



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية



حماية العقد من الإبطال والفسخ

- دراسة في القانون المدني الجزائري -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص: قانون العقود

إشراف الأستاذ الدكتور: جبالي وأعمر

إعداد الطالب: دحماني رشيد

أعضاء لجنة المناقشة

- محمد سعيد جعفرور أستاذ التعليم العالي جامعة تيزي وزو.....رئيسا

- جبالي وأعمر أستاذ التعليم العالي جامعة تيزي وزو.....مشرفا

- أمازوز لطيفة أستاذة محاضرة (أ) جامعة تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ: 30 أبريل 2016.



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية



حماية العقد من الإبطال والفسخ

- دراسة في القانون المدني الجزائري -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص: قانون العقود

إشراف الأستاذ الدكتور: جبالي وأعمر

إعداد الطالب: دحماني رشيد

أعضاء لجنة المناقشة

- | | | | |
|-------------|---------------------|----------------------|------------------|
| رئيسا..... | جامعة تيزي وزو..... | أستاذ التعليم العالي | محمد سعيد جعفرور |
| مشرفا..... | جامعة تيزي وزو..... | أستاذ التعليم العالي | جبالي وأعمر |
| ممتحنا..... | جامعة تيزي وزو..... | أستاذة محاضرة (أ) | أمازوز لطيفة |

تاريخ: 30 أفريل 2016.



إهداء

إلى أمي والجنة تحت أقدام الأمهات

إلى أبي الذي زرع في قلبي حب

العلم

إلى كل من يحب ويقدس ويضحي من

أجل العلم

أهدي له هذا العمل



شكر و عرفان

أتوجه بالشكر الجزيل إلى الذي كان له الفضل الكبير في إعدادي لهذه
المذكرة منذ اللحظة الأولى إلى غاية إتمامها بتوجيهاته ونصائحه وإرشاداته القيمة والشمينة

الأستاذ الدكتور جباللي وأحمد

كما أتوجه بالشكر الخاص لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه
المذكرة

وأستاذنا الجليل سيد محلي بلمختار

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة وجامعة مولود معمري بتيزي
وزو وموظفي المكتبة.

و خير الصحة صدقا وسعدا خلقا وعلما

 رشيد

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

د: دكتور.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

د ذ ط: دون ذكر الطبعة.

د ذ د ن: دون ذكر دار النشر.

د ذ ب ن: دون ذكر بلد النشر.

د ذ س ن: دون ذكر سنة النشر.

م ق: المجلة القضائية.

ج ر: جريدة رسمية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Ed : édition.

Op.cit : Ouvrage précité .

Pp : De page à page.

P : Page.

Puf : Presse Universitaire de France.

مقدمة

يعد العقد وسيلة هامة يسعى الأفراد بمقتضاها إلى إشباع وتلبية حاجياتهم الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما يفسر اهتمام وعناية غالبية التشريعات بتنظيم أحكامه، بما فيها المشرع الجزائري بمقتضى أحكام القانون المدني⁽¹⁾، وذلك من خلال التفصيل في تنظيم أحكامه المختلفة سواء من حيث إبرامه و كذلك من حيث تنفيذه وأيضا من حيث زواله وانقضائه.

يعرف العقد فقهاً بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين⁽²⁾، أما تشريعاً فنجد المادة 54 من القانون المدني الجزائري قد عرفت العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما⁽³⁾.

إن القول بوجود العقد من الناحية القانونية يستلزم توافر واجتماع مجموعة من الأركان وهي الرضا والمحل والسبب والشكلية والتسليم في بعض العقود، وكذا التحقق من توافر شروط صحتها⁽⁴⁾، وبناءً على توافر هذه الأركان يكون العقد قد أبرم صحيحاً.

وإبرام الأفراد لعقد ما إنما بهدف إشباع حاجيات معينة، وهو ما يتحقق من خلال تنفيذ العقد، و إنتاجه لمختلف آثاره، وهو ما يستلزم على كل طرف متعاقد تنفيذ ما التزم به إتجاه المتعاقد الآخر، وبذلك الوصول إلى الغاية التي من أجلها أبرم المتعاقدان العقد.

إن احترام الأطراف المتعاقدة لمختلف الأركان والشروط المطلوبة قانوناً في إبرام العقود، وقيام كل طرف متعاقد بتنفيذ ما التزم به إتجاه الطرف الآخر، سيؤدي ذلك إلى انقضاء العقد وزواله زوالاً طبيعياً، وبالتالي تحقيق المتعاقدين للغرض المقصود من اللجوء إلى التعاقد، فالأصل في العقد أن يبرم صحيحاً حتى ينفذ ويحقق الهدف والغرض من إبرامه.

(1)- أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005. والقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 13 ماي 2007.

(2)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للإلتزامات- مصادر الإلتزام- التصرف القانوني، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص38.

(3)- أنظر فيما يخص نقد المادة 54 من القانون المدني: د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 1990، ص28.

(4)- مع أننا سنفصل أكثر فيما يخص أركان العقد وشروط صحته لاحقاً عند دراسة أوجه البطلان المطلق والبطلان النسبي.

غير أنه في بعض الحالات قد لا تحترم الأركان والشروط المطلوبة قانوناً في إبرام العقد، كما أنه في حالات أخرى قد يبرم العقد صحيحاً لكن أحد المتعاقدين قد يخل بالتزامه. إنَّ مثل هذا الوضع يستتبع حتماً تقرير جزاء. وهذا الأخير بالرجوع إلى غالبية التشريعات نجده في الحالة الأولى هو البطلان، وفي الحالة الثانية هو الفسخ.

لذلك نقول فإنَّ البطلان هو جزاء يترتب القانون نتيجة خلل في تكوين إبرام العقد. وهو جزاء قاسٍ ويتسم بطابع الخطورة، نظراً لما يترتب من آثار تمس بوجود العقد⁽⁵⁾، ويحول تقرير جزاء البطلان دون تحقيق الهدف والغاية من اللجوء إلى التعاقد، وكنتيجة لخطورة جزاء البطلان نجد المشرع عملت على وضع آليات تهدف إلى ضمان والمحافظة على العقد والإبقاء عليه وحمايته.

وإذا كان تكيف البطلان كجزاء يرد نظراً لوجود خلل في تكوين العقد قد يكون حسب الإتجاه الغالب فقهاً وتشريعاً بطلان مطلق، كما قد يكون بطلان نسبي، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً أو ما يسمى بالعقد الباطل كما سنبين ذلك لاحقاً هو عقد منعدم وليس له وجود من الناحية القانونية، لذلك لا يمكن تصور أن تكون له حماية، فلا حماية لشيء غير موجود أصلاً، على خلاف العقد الباطل بطلاناً نسبياً أو ما يسمى بالعقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح ومنتج لآثاره، وبذلك له وجود قانوني، لذلك كان هذا الأخير هو المشمول بالحماية وحده دون العقد الباطل، وبناءً على ما تم تقديمه جاء عنوان مذكرتنا في شقها الأول يحمل تسمية حماية العقد من الإبطال، أي البطلان النسبي دون البطلان المطلق.

أما الفسخ فيعد جزاء يترتب القانون نتيجة خلل في تنفيذ العقد، حيث يفترض وجود عقد صحيح، أي أبرم صحيحاً بتوافر جميع أركانه وشروطه، إلا أن أحد المتعاقدين لم يقم بتنفيذ ما التزم به اتجاه المتعاقد الآخر. والملاحظ على أن الفسخ هو كذلك يحول دون تحقيق المتعاقدين للغاية والهدف من التعاقد أو تأخر في ذلك، هذا الذي يجعلنا نقول بأن الفسخ يعد كذلك إلى جانب البطلان جزاء خطير، تسعى الإرادة التشريعية إلى تقادي تقريره، وذلك بوضع آليات تهدف جميعها إلى حماية العقد وجعله في منأى وفي مأمّن من الفسخ.

(5) وهو ما سنفصل فيه عند دراسة أثر تقرير الإبطال وذلك في المبحث الثاني من الفصل الأول.

لكن حالات الفسخ كما سنرى لاحقا تتعدد وتتنوع بين الفسخ القضائي والفسخ الإتفاقي والفسخ بقوة القانون⁽⁶⁾. وإذا كان يمكن تصور حماية العقد في حالتي الفسخ القضائي والفسخ الإتفاقي، فإنه لا يمكن تصور ذلك لا من الناحية القانونية ولا من الناحية المنطقية في حالة الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى فقهاً بالإنفساخ⁽⁷⁾، لذلك نشير إلى أنه حتى وإن جاء عنوان مذكرتنا في شقها الثاني عام فيما يخص الفسخ، إلا أننا فيما يخص مسألة آليات الحماية سنستبعد حالة الفسخ بقوة القانون وهو ما سنبينه لاحقا.

هذا فيما يخص التعريف بموضوع المذكرة وتوضيح عنوانها، أما فيما يخص أهمية موضوع الدراسة فكما أشرنا في السطور الأولى من هذه المقدمة فإن العقد يعد وسيلة هامة في إشباع حاجيات الأفراد، ومن ذلك نجد أن كل ما يتعلق بدراسة هذه الوسيلة الهامة يعتبر مهم الدراسة، خاصة إذا تعلق موضوع الدراسة بمسألة حماية العقد و إنفاذه من الإبطال والفسخ، قصد المحافظة عليه وضمان وجوده القانوني، وبذلك تحقيق الأفراد للغرض والهدف من إبرام العقد. وكذلك من خلال دراسة مختلف الآليات المقررة لتحقيق هذه الحماية من جهة، وكذا دراسة مختلف الإشكالات التي يثيرها كلاً من جزاء الإبطال والفسخ.

أما فيما يخص أسباب اختياري لموضوع حماية العقد من الإبطال والفسخ، فتكمن في تلك الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع، سواء ما تعلق منها بحالات الإبطال والفسخ، وكذلك فيما يخص أثر تقريرهما، إلى جانب الإشكالات التي تثيرها تلك الآليات المقررة لحماية العقد سواء من الإبطال أو من الفسخ.

نحن بهذه الدراسة نهدف إلى تحديد وتحليل مختلف الإشكالات التي يثيرها موضوع الدراسة، وتقديم مختلف التوضيحات بشأنها، وما نراه يخدم بقاء العقد وترتيب آثاره، خاصة فيما يتعلق بحالات الإبطال والفسخ و ماهي الآليات المقررة لحماية العقد. من خلال الوقوف عليها بالدراسة والتحليل والنقد، للوصول إلى تفعيل هذه الآليات.

مع أننا في مناقشة مختلف الإشكالات التي يثيرها موضوع الدراسة سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي، قصد وصف وتحليل مختلف النظريات والآراء الفقهية، ونصوص مواد القانون المدني الجزائري التي لها علاقة بموضوع الدراسة.

(6) مع التفصيل في هذه الحالات في المبحث الأول من الفصل الأول.

(7) - مع أننا نرى بأن الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى بالإنفساخ لا يعد من أنواع الفسخ، وهو ما سنوضحه لاحقا.

مع أننا في سبيل الوصول إلى تقديم اقتراحات وما ينبغي أن يكون عليه موضوع الإبطال والفسخ، سواء من حيث حالاتهما، أو من حيث أثر تقريرهما، وكذلك من حيث آليات الحماية، فإن ذلك يتطلب ويستلزم إجراء نوع من المقارنة وذلك بإتباع المنهج المقارن في دراستنا لهذا الموضوع، وبذلك إبراز تلك المواقف التي يتميز بها القانون المدني الجزائري على بقية القوانين أو العكس، كالقانون المدني الفرنسي⁽⁸⁾، وبعض قوانين الدول العربية⁽⁹⁾. على أننا نشير أن دراستنا فيما يخص حالات الإبطال ستكون دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، والسبب في ذلك هو تبني المشرع الجزائري في ظل أحكام قانون الأسرة⁽¹⁰⁾ لما يعرف بنظرية العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي فيما يخص التصرف الدائر بين النفع والضرر الصادر من الصبي المميز، ومن ذلك رأينا تعميم الدراسة إلى كافة حالات الإبطال، خاصة أن ذلك سيتيح لنا الوصول إلى حلول في معالجة الإشكالات الخاصة بحالات الإبطال.

إنّ هناك دراسات سابقة لموضوع الإبطال والفسخ، إلا أن ما يلاحظ على هذه الدراسات أنها جاءت شاملة لموضوع البطلان والفسخ، وكانت غالبية هذه الدراسات قد انصبحت حول تحديد ماهية كل من البطلان والفسخ كجزء، لكن دون ربط هذين النوعين من الجزاء بمسألة ضمان وجود العقد وحمايته، وذلك من خلال دراسة الإشكالات التي يثيرها موضوع الإبطال والفسخ، خاصة فيما يخص تحديد ودراسة تلك الآليات التي تضمن هذا الوجود وتحليلها وتقديم ما من شأنه أن يؤدي إلى تفعيلها.

(8) - www.Droit.Org المنشور على الموقع: *code civil français édition: 05-01-2014*

(9) - القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 المؤرخ في 01 أكتوبر 1980، ج ر عدد 1335 الصادر بتاريخ 15 جانفي 1981، المعدل بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المؤرخ في 08 سبتمبر 1951، ج ر عدد 3015 الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 1951، المعدل بموجب القانون رقم 36 لسنة 1983 المتعلق بالشركات. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ج ر عدد 2645 الصادر بتاريخ 1 أوت 1976. قانون الالتزامات والعقود المغربي المؤرخ في 12 جوان 1913 المعدل بموجب ظهير شريف رقم 1.11.140 الصادر في 17 أغسطس 2011، ج ر عدد 5980 الصادر في 22 سبتمبر 2011. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 جويلية 1948، ج ر عدد 108 مكرر الصادر في 29 جويلية 1948. قانون رقم 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي عدد 68 الصادر في 15 أوت 2005. وقانون الموجبات والعقود اللبناني المنشور على الموقع: www.oproorob.org

(10) - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

انطلاقاً من عنوان المذكرة، يتبين لنا أن دراسة هذا الموضوع يستلزم دراسة ثلاث مسائل وهي: معنى الإبطال والفسخ، من خلال تحديد مختلف حالاتهما. ثم دراسة أثر تقريرهما على العقد. وأخيراً تبيان مختلف آليات الحماية المقررة ودراستها.

و بناءً على مختلف المسائل التي يطرحها موضوع الدراسة، نرى تقديم الإشكالية التالية: كيف يمكن ضمان والمحافظة على الوجود القانوني للعقد في ظل خطورة تقرير كل من جزاء الإبطال والفسخ؟

للإجابة عن الإشكالية رأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين، بتخصيص الفصل الأول لدراسة حالات الإبطال والفسخ وأثرهما على العقد، حيث أن دراسة موضوع الإبطال والفسخ يستدعي بداية تحديد مختلف حالاتهما (المبحث الأول)، ثم أن خطورة جزاء الإبطال والفسخ بالنسبة للعقد تظهر من خلال أثر تقريرهما، وهو ما يستلزم دراسة طبيعة هذا الأثر ومختلف الإشكالات التي يثيرها (المبحث الثاني). لتتوصل إلى بيان كيفية تصور حماية العقد من خطورة تقرير مثل هذين النوعين من الجزاء (الفصل الثاني)، وذلك من خلال تحديد مختلف آليات الحماية، سواء ما تعلق منها بآليات حماية العقد من الإبطال (المبحث الأول)، أو ما تعلق منها بآليات حماية العقد من الفسخ (المبحث الثاني). لنصل بعد كل ذلك وكخاتمة لدراستنا إلى أهم النتائج سواء المتعلقة بحالات الإبطال والفسخ، أو فيما يخص أثر تقريرهما، وكذلك فيما يخص آليات الحماية المقررة، وتقديم ما نراه ملائماً من اقتراحات فيما يخص المسائل الثلاث التي تتمحور عليها دراستنا.

الفصل الأول

الإبطال والفسخ وأثرهما على العقد

كما أشرنا إلى ذلك فإن موضوع حماية العقد من الإبطال والفسخ يستلزم بداية الوقوف على معنى كل من الإبطال والفسخ، ويقصد تقادي تكرار بعض المفاهيم التي سبق دراستها⁽¹¹⁾، فإننا نقتصر في دراستنا فيما يخص معنى جزاء الإبطال وكذلك جزاء الفسخ على تحديد ودراسة حالاتهما حسب موقف المشرع الجزائري (المبحث الأول)، و القول بخطورة و قساوة كل من جزاء الإبطال والفسخ وضرورة العمل على تقادي تقريرهما، يظهر ذلك من خلال الأثر الذي يترتب عن إبطال العقد أو فسخه، لذلك يستلزم الوقوف على ماهية وطبيعة الأثر المترتب على تقريرهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حالات الإبطال والفسخ

يعد البطلان بصفة عامة جزاء نتيجة خلل في تكوين العقد، وبالرجوع إلى غالبية التشريعات نجدها قد كرس وأخذت بالتنسيق الثنائي للبطلان⁽¹²⁾، من خلال التمييز بين البطلان المطلق للعقد و بين البطلان النسبي للعقد أو ما يسمى في هذه الحالة بالعقد القابل للإبطال، وهذا الأخير يعد عقد صحيح ومنتج لكافة آثاره إلى غاية تقرير إبطاله⁽¹³⁾. ولعل من المسائل التي تستوجب دراستها فيما يخص جزاء الإبطال نجد مسألة حالات الإبطال أي حالات قابلية العقد للإبطال (المطلب الأول)، في مقابل ذلك نجد أن الفسخ يعد جزاء يقرره القانون لخلل في تنفيذ العقد من قبل أحد طرفيه⁽¹⁴⁾، وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجده قد نص على عدة حالات يكون فيها العقد قابل للفسخ (المطلب الثاني).

(11) - كذلك المفاهيم المتعلقة بمختلف النظريات التي قيلت حول جزاء الإبطال وجزاء الفسخ، وتحديد أوجه الاختلاف و التشابه مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى.

(12) - كالتشريع المدني الجزائري والتشريع المدني التونسي والمغربي والمصري والليبي والكويتي والفرنسي. على خلاف التشريع المدني العراقي والأردني وذلك من خلال النص على البطلان المطلق للعقد دون النص على البطلان النسبي، كنتيجة للتأثر بأحكام الفقه الإسلامي وتكريس ما يسمى بنظرية العقد الموقوف. مع الإشارة إلى وجود عدة تقسيمات للبطلان، حيث نجد إتجاه فقهي يقسم البطلان إلى ثلاث مراتب وهي: الإنعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، وإتجاه يجعل للبطلان مرتبتين هما: البطلان المطلق والبطلان النسبي، وإتجاه يرى بوحدة البطلان وهو البطلان المطلق ولا بطلان نسبي، ونجد من يرى بأن البطلان تتعدد تقسيماته ومراتبه. للتفصيل أكثر في كل هذه الآراء أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ص 245-248.

(13) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة - ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2007، ص 177.

(14) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 15.

المطلب الأول

حالات إبطال العقد

بالرجوع إلى مواد القانون المدني الجزائري، نجد أن حالات إبطال العقد أو قابلية العقد للإبطال تكمن في ثلاث حالات، والمتمثلة في حالة العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر (الفرع الأول)، وكذلك الحالة التي يكون فيها رضا المتعاقد مشوب بعيب من عيوب الإرادة (الفرع الثاني)، كما نكون في صدد عقد قابل للإبطال كلما وجد نص في القانون يقضي بذلك، كما هو عليه الحال فيما يخص حالة بيع ملك الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر

إن البحث في حالة العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر باعتباره من حالات قابلية العقد للإبطال، يستلزم بداية تحديد المقصود بناقص الأهلية وذلك من خلال دراسة حالاته (أولاً)، ثم تحديد بعد ذلك المقصود بالعقد أو التصرف الدائر بين النفع والضرر (ثانياً).

أولاً

حالات ناقص الأهلية

نصت المادة 43 من التقنين المدني الجزائري على حالات ناقص الأهلية، حيث جاء فيها (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون)⁽¹⁵⁾، ومنه يظهر لنا أن ناقص الأهلية هو كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد المدني، أي ما يسمى بالصبي المميز (أ)، كما يعد كذلك ناقصاً للأهلية كلاً من السفيه وذا الغفلة رغم بلوغهما لسن الرشد (ب).

(15) - قبل تعديل 2005 للقانون المدني الجزائري كانت المادة 43 تعتبر المعنوه ناقص الأهلية، ولم تشر أصلاً إلى حالة ذا الغفلة، بينما بعد التعديل الذي مس المادة 43 نجد أن هذه الأخيرة اعتبرت ذا الغفلة ناقصاً للأهلية على غرار غالبية التشريعات، أما فيما يخص المعنوه فيعد عديم الأهلية طبقاً للمادة 42.

أ- حالة الصبي المميز

الصبي المميز كما أشرنا إلى ذلك هو كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وسن التمييز في القانون المدني الجزائري محدد بثلاثة عشر سنة، حيث نجد أن المادة 42 في فقرتها الثانية قد نصت (ويعتبر غير مميز من لم يبلغ سن الثالثة عشر)⁽¹⁶⁾، وهو ما يفهم بأن الشخص الذي بلغ سن ثلاثة عشر سنة يعد مميزاً، أما فيما يخص سن الرشد فقد حددته المادة 40 في فقرتها الثانية بتسعة عشر سنة، حيث نصت (وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة)⁽¹⁷⁾.

ب- حالة السفه و ذي الغفلة

قد يصاب المتعاقد بعارض من العوارض التي تنقص من إدراكه وتمييزه، فيأخذ في هذه الحالة حكم ناقص الأهلية رغم بلوغه سن الرشد، والعوارض التي تنقص التمييز والإدراك هي السفه وذا الغفلة⁽¹⁸⁾، وهذا حسب المادة 43 من القانون المدني والتي نصت (...وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).

(16) - بينما نجد سن التمييز في القانون المدني المصري محدد بسبع سنوات، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 45 (وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز). وهو نفس سن التمييز في القانون المدني العراقي عملاً بنص المادة 97 منه، وكذلك بالنسبة للمادة 86 من القانون المدني الكويتي. ونجد أيضاً القانون المدني الأردني حدد سن التمييز بسبعة سنوات، حيث نصت المادة 44 منه قد على ما يلي (وكل من لم يبلغ السابعة يعتبراً فاقداً للتمييز). ويلاحظ على أن التشريعات التي جعلت سن التمييز هو سبعة سنوات قد تأثرت بالفقه الإسلامي الذي يجعل سن التمييز سبعة سنوات. للتفصيل فيما يخص سن التمييز في الفقه الإسلامي راجع: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د ذ ط، د ذ ب ن، 1986، ص 313.

لذلك في نظرنا جعل سن التمييز هو ثلاثة عشر سنة في القانون المدني الجزائري هو سن متأخر، ما يستدعي ضرورة إعادة النظر فيه ومسايرة غالبية التشريعات التي جعلت سن التمييز سبعة سنوات. في نفس الرأي أنظر: لعصامي الوردني، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2003، ص 19.

(17) - أما سن الرشد في القانون المدني المصري، فطبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 44 هو واحد وعشرون سنة، حيث نصت (وسن الرشد هي واحد وعشرون سنة ميلادية كاملة). أما المادة 07 من مجلة العقود و الإلتزامات التونسية تجعل من سن الرشد 20 سنة حيث نصت (كل إنسان ذكر كان أو أنثى تجاوز عمره عشرون سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون). بينما نجد أن سن الرشد في القانون المدني الفرنسي طبقاً لنص المادة 408 محدد بثمانية عشر سنة.

(18) - كما يمكن أن يصاب المتعاقد بعارض من العوارض التي تعدم التمييز والإدراك، وهذه العوارض تتمثل في الجنون والعته، حيث نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون).

فالجنون مرض يصيب العقل فيفقد و يعدمه التمييز و الإدراك، ويعرف كذلك أنه اضطراب يؤدي إلى عدم انتظام قوى العقل واختلال توازنه على نحو يؤدي إلى انعدام الإدراك والتمييز لدى صاحبه. أما العته فهو اختلال في شعور الشخص، وذلك بأن يكون فهمه قليل وكلامه مختلط و تدبيره فاسد. للتفصيل أكثر فيما يخص التعريف بمرض الجنون والعته راجع: د/ إلياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أركان العقد، د ذ ن، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، د ذ س ن، ص 325. وأيضاً: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 162. وكذلك: د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن التفوق التشريعي الإسلامي)، د ذ ن، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1993، ص 140.

يعرف السفه بأنه مرض يجعل صاحبه يقوم بتبذير المال على خلاف مقتضى العقل والحكمة، وذلك بتبديد ثروته بصورة منافية للصواب، بحيث تتسم نفقاته بالمبالغة والإفراط⁽¹⁹⁾. كما عرفته كذلك محكمة النقض المصرية بأنه إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل⁽²⁰⁾.

أما الغفلة فيعد من صور ضعف الملكات النفسية، ويستدل عليها إقبال الشخص على تصرفات دون أن يهتدي إلى الربح فيها، أو بقبوله فاحش الغبن⁽²¹⁾، ويعرف كذلك بعدم الإهتمام إلى التصرفات الرباحة بسبب البساطة وسلامة القلب⁽²²⁾.

إن السفه و ذا الغفلة يعتبران في حكم ناقص الأهلية طبقاً للمادة 43 السالفة الذكر، لكن إذا رجعنا إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد نوعاً من التناقض والغموض فيما يخص مركز السفه و ذا الغفلة، فمن جهة لم تنص المادة 81 من قانون الأسرة على حالة ذا الغفلة، واكتفت بالإشارة إلى على حالة الجنون والعتة والسفيه، حيث نصت (من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون)، رغم أن السفه و ذا الغفلة نجده مقترنان في فقه الشريعة الإسلامية⁽²³⁾، وكذلك في العديد من القوانين المدنية العربية⁽²⁴⁾.

(19) - عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص44.

(20) - نقلا عن : د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني لجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2010، ص51.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية في مادتها 946 السفه بأنه (الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبدد في مصاريفه ويتلفها بإسراف).

(21) - د/ محمد أحمد الكرنبي، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، مطبعة كويل، الطبعة الأولى، العراق، 2005، ص44.

(22) - د/ محمد سعيد جعفرور - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2009، ص23. وكذلك: د/ محمد أحمد الكرنبي، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع نفسه، ص33.

(23) - أنظر في ذلك: د/ محمد سعيد جعفرور - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص28.

(24) - من أمثلة هذه القوانين، نجد القانون المدني العراقي حيث نصت المادة 100 منه (ذو الغفلة حكمه حكم السفه) وكذلك المادة 115 من القانون المدني المصري حيث نصت (إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفه...).

كما ألحق تقنين الأسرة الجزائري السفيه بكل من المجنون والمعتوه، بموجب المادة 85 والتي نصت على ما يأتي (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)، وعليه يعتبر بمقتضى هذه المادة السفيه عديم الأهلية، رغم أن المادة 43 من القانون المدني قد اعتبرت السفيه ناقص الأهلية. لنصل بعد كل ذلك للقول بأن ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري هو الصبي المميز الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكذلك يعد ناقصاً للأهلية كل من السفيه وذا الغفلة رغم بلوغهما لسن الرشد.

ثانيا

المقصود بالعقد الدائر بين النفع والضرر

تختلف طبيعة العقود والتصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية، فقد يبرم عقداً يكون نافعاً له نفعاً محضاً، حيث يكون من قبيل تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، ففي مثل هذه الحالة يكون عقداً صحيحاً⁽²⁵⁾، كما قد يبرم ناقص الأهلية عقداً يكون ضاراً به ضرراً محضاً، بحيث لا يكون له فيها أي نفع مالي، فيكون بذلك عقداً باطلاً حماية له⁽²⁶⁾.

إلى جانب ذلك قد يبرم ناقص الأهلية عقد يمكن أن يكون نافعاً له، كما يمكن أن يكون ضاراً به⁽²⁷⁾، ففي مثل هذه الحالة الأخيرة نجد أن قانون المدني الجزائري قد اعتبره عقد قابل للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، وذلك بموجب المادة 101 التي نصت (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...)⁽²⁸⁾.

(25) - د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 21 - 22.

(26) - باستثناء الوصية والوقف حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بصحتها، رغم أنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالصبي المميز. أنظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 336-337.

(27) - فهي تلك التصرفات التي لا تتمخض عن نفع خالص ولا عن ضرر صرف، وهي التي تحتمل الأمرين معا. أنظر للتفصيل أكثر: عجالي بلخاد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 79.

(28) - يلاحظ على نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري، أنها لم تحدد طبيعة العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية والذي يعد قابلاً للإبطال، لذلك كان من المستحسن أن تكون صياغة الفقرة الثانية منها كالآتي: (ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية فيما يخص العقد الدائر بين النفع والضرر من يوم زوال سبب نقصان الأهلية....).

إذا كان العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر عقد قابل للإبطال في ظل أحكام القانون المدني، فإن الأمر يختلف في ظل أحكام قانون الأسرة، حيث نجد أن العقد الذي يبرمه الصبي المميز أو ما يسمى بالقاصر الدائر بين النفع والضرر، يعد عقد موقوف النفاذ، وذلك طبقاً للمادة 83 التي نصت (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء)، وبذلك يكون قانون الأسرة الجزائري قد تبني عل غرار بعض التشريعات⁽²⁹⁾ القول الراجح في الفقه الإسلامي بوقف وعدم نفاذ العقد المبرم من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، أي الأخذ بفكرة العقد الموقوف⁽³⁰⁾.

فحسب هذا الإتجاه فإن الصبي المميز لم يكتمل رأيه بعد، وفي رأيه ضعف، فكان لا بداً من رأي وليه أو وصيه لتنفيذ العقود عليه، كما أن العقد الدائر بين النفع والضرر يحتمل أن ينطوي على مصلحة للصبي المميز، كما يحتمل أن يكون فيه ضرر له، ومن يدرك ويتحقق من ذلك كله هو الولي أو الوصي أو الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، لذلك ينعقد العقد لكن موقوف النفاذ على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد أو على إقرار وليه أو وصيه⁽³¹⁾.

(29) - من القوانين التي سلكت نفس مسك قانون الأسرة الجزائري بجعل العقد المبرم من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف النفاذ، نجد القانون المدني الأردني في مادته 171. وكذلك القانون المدني العراقي في مادته 133. وأيضاً المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية.

(30) - العقد الموقوف كما يعرفه الأستاذ إبراهيم الدسوقي هو عقد استجمع شرائط تكوينه وعناصر صحته، غير أنه لا ينفذ لأن شرط الولاية على المحل أو على نوع التصرف قد تخلف، ويبقى موقوفاً إلى حين الإقرار أو الإجازة. فيما يخص تعريف العقد الموقوف أنظر: عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 19.

إن العقد الموقوف عند جمهور الفقهاء هو عقد صحيح، والعقد الصحيح في الفقه الإسلامي هو العقد المشروع بأصله ووصفه، وذلك بأن يكون مستجعماً لأركانه وشروط صحته، وبناءً على ذلك يستبعد الرأي الذي يرى ببطان العقد الموقوف. أنظر في تفصيل أكثر حول صحة وبطالان العقد الموقوف: سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص ص 45-46. وأيضاً أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 63-72. في بطلان العقد الموقوف أنظر:

Chafik Chahta, Théorie générale des obligations en droit musulman hanéfite, les sujets de l'obligation, Siry, 1969, p139.

كما نرى أن استعمال الدكتور إبراهيم الدسوقي لفظي الإجازة و الإقرار في تعريفه للعقد الموقوف هو استعمال جيد، نظراً لما يوجد من إختلاف ما بين اللقطين، وهو ما سنوضحه لاحقاً عند البحث في تمييز الإجازة عن الإقرار.

(31) - للتفصيل أكثر في حجج القائلين بوقف نفاذ العقد المبرم من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر أنظر: عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 79. ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص 334-335.

كذلك نجد أن العقد الموقوف يتحقق في حالة إنعدام الولاية على محل التصرف⁽³²⁾، و حالة إنعدام الولاية على نوع التصرف، وفي حالة العقد الدائر بين النفع والضرر المبرم من قبل الصبي المميز يرجع السبب في القول بوقف العقد في هذه الحالة إلى إنعدام الولاية على نوع التصرف، حيث يشترط لتوافر الولاية على نوع التصرف توافر أهلية التعاقد، وكذلك خلو إرادة المتعاقد من العوارض المنقصة لها، فإذا كان المتعاقد مميزا كان العقد الذي أبرمه موقوفا لعدم اكتمال أهليته، بشرط أن يكون هذا العقد دائر بين النفع والضرر⁽³³⁾.

مع الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقهاء من يرون أن العقد الذي يبرمه الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر عقد باطل، حيث أن الصبي المميز هو كذلك غير مكلف فهو يشابه الصبي غير المميز، وأن صحة التصرفات تكون بالبلوغ، وهذا الأخير يتحقق ببلوغ سن الرشد وليس ببلوغ سن التمييز⁽³⁴⁾. هذا فيما يخص موقف قانون الأسرة الجزائري الذي يجعل من العقد الذي يبرمه الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر عقد موقوف النفاذ على إجازة الولي أو الوصي⁽³⁵⁾.

أما فيما يخص حكم العقد الذي يبرمه كل من السفية وذا الغفلة الدائر بين النفع والضرر باعتبارهما في حكم ناقص الأهلية، فنجد أن تقنين الأسرة الجزائري كما أشرنا إلى ذلك سابقا لم ينص أصلاً على حالة ذا الغفلة⁽³⁶⁾.

(32) - مع التفصيل فيما يخص حالة إنعدام الولاية على محل التصرف عند دراسة حكم بيع ملك الغير أو ما يسمى ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي.

(33) - للتفصيل فيما يخص إنعدام الولاية على نوع التصرف، وهو ما يصدق على حالة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر راجع: عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 77-78. وكذلك: د/ محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 42-43.

(34) - د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 139. وللتفصيل في فيما يخص أدلة القائلين بطلان العقد الذي يبرمه الصبي المميز والدائر بين النفع والضرر. أنظر: عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 79-80.

(35) - مع الإشارة أنه في الفقه الإسلامي يكون التصرف الذي يبرمه الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي أو الوصي، وكذلك موقوف على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد. وهو ما لم تنص عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري. كما يلاحظ كذلك بالنسبة للفقهاء المسلمين أنهم لا يميزون ما بين مصطلح الإجازة ومصطلح الإقرار، لذلك نجد يقولون بإجازة الولي أو الوصي، رغم أن الأصح هو قول إقرار الولي أو الوصي وهو ما سنبينه لاحقاً.

(36) - أنظر المادتين 81 و 101 من قانون الأسرة الجزائري حيث تم النص فيهما على حالة السفية دون النص على حالة ذي الغفلة.

أما فيما يخص السفية، فنجد أن المادة 85 من تقنين الأسرة قد ألحقت بكل من المجنون والمعتوه، حيث نصت (تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه)، ومن ذلك نجد أن السفية يأخذ حكم المجنون والمعتوه واعتباره عديم الأهلية، وهذا ما يعد تناقضاً صريحاً مع أحكام المادة 43 من القانون المدني، التي تعتبر السفية ناقص الأهلية وليس عديم الأهلية. وعملاً بالمادة 85 أعلاه نجد أن تصرفات السفية غير نافذة إذا صدرت منه وهو في حالة السفه إلى جانب كل من المجنون والمعتوه، رغم أننا نرى عدم صحة هذا القول، لأن التصرفات الغير نافذة هي تصرفات صحيحة، وتصرفات المجنون والمعتوه طبقاً لنص المادة 85 أعلاه، لا يمكن اعتبارها صحيحة لأن هؤلاء الأشخاص عديمي الأهلية، ومن ذلك فإن تصرفاتهم تكون باطلة⁽³⁷⁾.

بالإضافة إلى نص المادة 85، نجد أن المادة 101 من قانون الأسرة قد أقرت وجوب الحجر على السفية سواء بلغ سن الرشد سفيهاً، أو طرأت عليه حالة السفه بعد بلوغه سن الرشد⁽³⁸⁾، ونظام الحجر يسرى كذلك على المجنون والمعتوه، حيث نصت (من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه)، والحجر لا يكون إلا بحكم قضائي، وللقاضي في حكمه بالحجر له أن يستعين في تقدير أسباب الحجر بأهل الخبرة⁽³⁹⁾. لكن في مقابل ذلك نجد أن المادة 107 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات المحجور عليهم والمشار إليهم في المادة 101 باطلة إذا أبرمت بعد صدور حكم الحجر، وصحيحة إذا أبرمت قبل صدور حكم الحجر، إلا إذا كانت وقت صدور هذه التصرفات أسباب الحجر ظاهرة وفاشية فتعد باطلة هي كذلك، بنصها كالاتي (تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها).

(37) - لذلك نرى أن الأصح استعمال مصطلح باطلة عوض مصطلح غير نافذة، خاصة وأن المادة 85 من قانون الأسرة في صياغتها بالفرنسية قد استعملت مصطلح باطلة حيث نصت:

« Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbecillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces **états sont nuls** ».

للتوضيح أكثر أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، (نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة)، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، العدد الثالث لسنة 2001، ص 35 وما يليها.
(38) - أخذاً بالقول الراجح في الفقه الإسلامي بالحجر على السفية وهذا ما سنبينه عند دراسة حكم تصرفات السفية وذا الغفلة في الفقه الإسلامي.

(39) - حيث نصت المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري (يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر). يلاحظ أنه كذلك الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي عند جمهور الفقهاء أنظر للتفصيل في ذلك أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 62-64.

لذلك نجد أن تصرفات السفية باعتباره هو كذلك يحجر عليه تكون باطلة بعد صدور حكم الحجر عليه، أما قبل صدور حكم الحجر فتكون صحيحة إلا إذا كانت أسباب السفه ظاهرة وفاشية فتكون باطلة.

بعد دراسة كل من أحكام المادتين 85 و 107 من قانون الأسرة، يظهر لنا وجود غموض ولبس فيما يخص حكم تصرفات السفية، حيث نجد أن حكم هذه التصرفات مرتبط بحكم الحجر طبقاً للمادة 107، بينما لم تشر المادة 85 إلى مسألة الحجر أصلاً، ومن جهة أخرى نجد أن كلتا المادتين لم تميزا بين نوع التصرفات التي يجريها السفية، أي بين تلك الدائرة بين النافعة نفعاً محضاً، وتلك الضارة ضرراً محضاً، وبين تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي هي موضوع دراستنا في هذا المقام.

أما إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي فإن نجد القول الراجح من الفقهاء يرى بوجود الحجر على السفية، وهذا الأخير إما أن يبلغ سفيهاً، وإما أن يبلغ رشيداً ثم يصيبه السفه بعد ذلك⁽⁴⁰⁾، ولقد استدلوا في ذلك بقوله تعالى ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁽⁴¹⁾، وقد دلت هذه الآية الكريمة حسب الجمهور على أن السفية لا يسلم إليه ماله وليس له التصرف فيه، وإنما يتولى وليه الأنفاق على طعامه وكسائه وهذا يدل على أنه محجور عليه لسفهه⁽⁴²⁾.

غير أن أبي حنيفة خالف قول الجمهور، حيث أن الأصل عنده أن السفه ليس سبب في نقص الأهلية سواء أبلغ سفيهاً أو بلغ رشيداً ثم أصابه السفه بعد ذلك، حيث روي عنه أنه قال إذا (السفيه) بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً فأنا أستحي أن أحجر عليه⁽⁴³⁾.

(40) - د/ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 57. وأنظر: د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق 141. وللتفصيل أكثر فيما يخص الحالتين راجع: د/ جمعة سمحوي هلباوي، الأهلية وعوارضها، دار الهدي للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، د س ن، ص ص 40-42.

(41) - سورة النساء آية رقم خمسة « 5 ».

(42) - أنظر حول قول جمهور الفقهاء بالحجر على السفية ومختلف أدلتهم في ذلك: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص 324-325. و د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص ص 142-144. و عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 86.

(43) - أنظر في قول أبي حنيفة: د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 141. وللتفصيل أكثر راجع: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 319.

ففي نظري أبي حنيفة كلمة السفهاء الواردة في آية النساء التي استدل عليها جمهور الفقهاء في الحجر على السفية إنما المراد منها هم الصغار، لأن (أل) هي للعهد والمذكور هم اليتامى فهم صغار ولا دليل يفيد أن المقصود منها هم المبذرون⁽⁴⁴⁾.

أما فيما يخص رأينا في مسألة الحجر على السفية فإننا نرى أن قول الجمهور بالحجر على السفية هو الأصح، لأن في الحجر على السفية حماية له من خلال دفع الضرر عنه وعن زوجه وأولاده.

أما ذا الغفلة الذي يغبن في المعاملات بسبب سهولة خداع الآخرين له، فإنه يشبه السفية في الأحكام ويعبر عنه - أحيانا - بالضعيف أي ضعيف الرأي في التعامل مع الناس، فالسفيه ضعيف الإرادة فهو يبذر في ماله وذا الغفلة ضعيف الإدراك في المعاملات، والنتيجة واحدة وهي الخسارة في المال، ولذا فإن حكم ذي الغفلة هو حكم السفية والخلاف الفقهي فيهما واحد⁽⁴⁵⁾.

بصدور حكم الحجر يعتبر السفية و ذا الغفلة ناقص الأهلية، وتأخذ تصرفاتهما حسب جمهور الفقهاء حكم تصرفات الصبي المميز، بحيث تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً⁽⁴⁶⁾، وتكون باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً⁽⁴⁷⁾، أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر والتي هي موضوع دراستنا فتكون موقوفة على إجازة وليه⁽⁴⁸⁾.

(44) - أنظر فيما يخص أدلة أبي حنيفة في عدم الحجر على السفه: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 320-324. د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 141-142. د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 58-59. وكذلك: عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 86.

(45) - د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 145.

(46) - د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 81. وكذلك: محمد أبو زهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 333-334.

(47) - عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 87. لكن نجد أن الجمهور قد استثنى حالة وصية السفية وذا الغفلة في سبيل البر، حيث تعد جائزة، كالوصية في سبيل الفقراء والمساكين. وكذلك حالة الوقف على النفس ومن بعده على الأولاد أو على جهة خيرية. للتفصيل أكثر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 336-337.

(48) - أما أبو حنيفة فيرى بأنها صحيحة ونافذة، لأن السفية ليس بالمحجور عليه عن التصرف فهو كالرشيد في كل تصرفاته. أما الشافعية والحنابلة في أحد القولين قالوا ببطلانها، لأن السفية مبذور ومنتلف لماله، ووجب لذلك أن تناط تصرفاته بوليّه، فإذا أبرم تصرفاً دون إذن وليه كان التصرف باطلاً. أنظر: عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 87-88.

مع أننا نجد أن العديد من التشريعات قد أخذت بما قال به جمهور الفقهاء، ومن ذلك نجد المادة 115 من القانون المدني المصري التي نصت (إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية، بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام)، وكذلك نصت المادة 129 من القانون المدني الأردني والتي نصت (يسرى على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام...⁽⁴⁹⁾، ونفس الأمر بالنسبة للمادة 109 من القانون المدني العراقي حيث نصت (السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز...⁽⁵⁰⁾، وهذا الحكم يسرى كذلك على ذا الغفلة، حيث نصت المادة 110 من القانون المدني العراقي (ذو الغفلة حكمه حكم السفية).

لذلك كم كنا نحبذ لو أخذ المشرع الجزائري بما أخذت به هذه التشريعات تماشياً مع ما ذهب إليه القول الراجح في الفقه الإسلامي، من خلال اعتبار حكم تصرفات السفية وذا الغفلة بعد الحجر هو نفسه حكم تصرفات الصبي المميز، ومنه جعل تصرفات التي يقوم بها كل من السفية و ذا الغفلة بعد الحجر عليهما والدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة وليه.

أما فيما يخص تلك التصرفات التي أبرمها السفية وذا الغفلة قبل الحجر عليهما فهي تعد صحيحة ونافاذة، حيث أنهما لا يعتبران ناقصي الأهلية إلا إذا صدر حكم بالحجر عليهما، وعليه قبل صدور حكم الحجر يعتبران كاملي الأهلية، وبذلك فإن تصرفاتهما تكون صحيحة ونافاذة⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ - تنص المادة 118 من القانون المدني الأردني (أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد).

⁽⁵⁰⁾ - تنص المادة 97 من القانون المدني العراقي (...أما التصرفات الدائرة في حد ذاتها بين النفع والضرر فتتعد موقوفة على إجازة الولي في...). وهو ما قضي به كذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي. للتفصيل في حكم تصرفات السفية وذا الغفلة راجع: د/ عدنان سرحان، (ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للإلتزامات: الحقوق الشخصية - والعقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والعشرون، 2005، ص ص 197-198.

⁽⁵¹⁾ - لكن حماية للسفيه وذا الغفلة، نجد أنه حتى تلك التصرفات التي يبرمها قبل صدور الحكم بالحجر عليهما تكون موقوفة أو قابلة للإبطال، وذلك في حالة كون هذه التصرفات قد أبرمت نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة، أو تواطؤ بين السفية أو ذا الغفلة ومن تعاقده معه، وفي ذلك نصت المادة 129 من القانون المدني الأردني (...أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ). وكذلك نصت المادة 109 من القانون المدني العراقي (...أما تصرفات السفية التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف غشا وقع بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفية توقعا للحجر).

الفرع الثاني

حالة العقد المبرم من معيب الإرادة

يشترط لصحة التعاقد إلى جانب توافر الأهلية اللازمة في إبرام العقود، خلو إرادة كل طرف متعاقد من عيوب الإرادة، وعيوب الإرادة بالرجوع إلى تقنين المدني الجزائري نجدها تتمثل في عيب الغلط (أولاً)، وعيب التدليس (ثانياً)، وعيب الإكراه (ثالثاً)، وعيب الاستغلال (رابعاً).

أولاً

عيب الغلط

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص، فيصور له أمر على غير حقيقته بحيث يدفعه إلى التعاقد، حيث ما كان ليبرم العقد لو علم بالحقيقة⁽⁵²⁾، غير أن الغلط تتعدد صور وحالاته لذلك يستلزم في دراسة عيب الغلط، تحديد الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال من جهة (أ)، ثم انطلاقاً من التعريف أعلاه يظهر أن الغلط لا يكون عيباً إلا إذا كان جوهرياً دافعاً للتعاقد (ب).

أ- حالات الغلط وقابلية العقد للإبطال

إن حالات الغلط تتعدد فقد يقع المتعاقد في غلط يحول دون إنعقاد العقد أصلاً وهو ما يسمى بالغلط المانع، وهذا الأخير قد ينصب على ماهية التصرف القانوني كأن يقوم شخص ببيع شيء ويعتقد الآخر أنه هبة، ففي هذه الحالة لا وجود لركن التراضي لعدم توافق إرادتي الطرفين على نوع وطبيعة العقد⁽⁵³⁾، وكذلك قد ينصب الغلط المانع على ذاتية محل الالتزام، كما إذا قصد شخص بيع الطابق الأرضي فيعتقد المشتري أنه يشتري الطابق السادس، ففي هذه الحالة لم يتحقق ركن التراضي نظراً لعدم توافق إرادتي الطرفين على محل الالتزام⁽⁵⁴⁾.

(52) - د/ توفيق حسن فرج، مصادر و أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2008، ص126. وأنظر: مرية خالدي، العقد الباطل: واقعة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011-2012، ص13. وأيضاً:

Gérard Légier, Droit civil, les obligations, 18^{ème} éd, Dalloz, Paris, p32.

(53) - د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2002، ص21.

(54) - أنظر:

Jean Carbonnier, Droit civil, volume II, Les biens- Les obligations, 1^{ère} éd, PUF, Paris, 2004, p 956.

كما قد ينصب الغلط المانع على وجود السبب، كما في حالة إذا تعهد وارث بدفع مبلغ من النقود إلى شخص معين تنفيذاً لوصية المورث، ثم يظهر أن الوصية أو أن الموصي كان قد رجع فيها قبل موته، ففي هذه الحالة يتوهم الشخص وجود سبب لالتزامه، في حين أن هذا السبب غير موجود، وما يؤدي ذلك إلى تخلف ركن من أركان العقد وهو سبب الإلتزام، فلا ينعقد بذلك العقد⁽⁵⁵⁾. والغلط المانع في حالاته الثلاث يعدم الإرادة ويحول دون قيام العقد، لذلك نجد أن جزاءه هو البطلان المطلق⁽⁵⁶⁾.

من جهة أخرى قد يقع المتعاقد في غلط، دون أن يكون لهذا الغلط أي تأثير على إرادته في التعاقد وهو ما يسمى بالغلط غير المؤثر⁽⁵⁷⁾، كما في حالة الغلط المادي أو الحسابي، فهذا النوع من الغلط لا يؤثر في صحة العقد، ولا يخول للمتعاقد حق طلب الإبطال، وكل ما في الأمر يجب تصحيحه⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ - فيما يخص الغلط المانع المنصب على وجود سبب الإلتزام راجع: د / محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 21. وكذلك:

Jean Carbonnier, Droit civil..., op. cit, p. 956.

⁽⁵⁶⁾ - وفي ذلك يقول الأستاذان *Alex* و *François* :

«La sanction de l'erreur est, en principe, la nullité du contrat- une nullité relative.....pas la théorie de l'erreur obstacle qui admet dans certains cas, la nullité absolue... ». Voir : Alex Weill et François Terré, Droit civil, les obligations, 2^{ème} éd, DALLOZ, Paris, 1975, p p.195-196.

كما نجد أن بعض التشريعات قد نصت صراحة على أن العقد في حالة الغلط المانع يعد باطل ومن ذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني في مادته 203 حيث نصت (إذا وقع الغلط على ماهية العقد أو على حقيقة موضوع الموجب، فهو يحول دون إنشاء العقد، فيعد العقد كأن لم يكن)، وكذلك المادة 152 من القانون المدني الأردني والتي نصت (إذا وقع الغلط في ماهية العقد، أو في شرط من شروط الإنعقاد، أو في المحل، بطل العقد).

⁽⁵⁷⁾ - إن الغلط غير المؤثر هو ذلك الغلط الذي لا يمس صحة العقد، لكونه ليس العامل الدافع إلى التعاقد، كما في حالة الغلط في الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للمتعاقد، ومثال ذلك الغلط في نوع الورق بالنسبة للكتاب الذي اشتراه الشخص، كما يعد كذلك غلط غير مؤثر إذا وقع في قيمة الشيء طالما لم تكن هذه القيمة هي الدافع الرئيسي لتعاقد. أنظر أكثر في موضوع الغلط غير المؤثر: د/ توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الإلتزام (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 139-140. وكذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، د ط، مصر، 2004، ص 165. كذلك أنظر:

Jean Carbonnier, Droit civil..., op, cit, p957. ; Christian Larroumet, Droit civil, Les obligations, Tom III, Le contrat, 5^{ème} éd, Economica, Paris, 2003, p p. 307-309.

⁽⁵⁸⁾ - وفي ذلك نصت المادة 84 من القانون المدني الجزائري (لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط). أنظر فيما يخص الغلط الحسابي أو المادي:

Patrick Canin, Droit civil, Les obligations, 3^{ème} éd, Hachette supérieur, Paris, 2011, p44.

بينما قد يقع المتعاقد في غلط لا يحول دون انعقاد العقد، لكن يؤثر في إرادته فلا تكون سليمة، بمعنى أن هذا النوع من الغلط لا يعدم الإرادة كما في حالة الغلط المانع بل يعييبها فقط، وفي هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد المعيبة إرادته بعيب الغلط.

لذلك نصل للقول بأن الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال هو ذلك الغلط الذي يعيب إرادة المتعاقد الذي وقع فيه، وهذا النوع من الغلط هو الذي يعتبر عيب من عيوب الإرادة دون الغلط المانع، كون هذا الأخير يجعل العقد باطلاً، وكذلك استبعاد حالة الغلط غير المؤثر لكون هذا الغلط لا يؤثر في صحة العقد، وعليه حصر دراستنا فقط لحالة الغلط المعيب للإرادة الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، لكن هذا لا يعني أن كل غلط يعيب إرادة المتعاقد يجعل من العقد المبرم قابل للإبطال، وإنما يجب للقول بقابلية العقد للإبطال لعيب الغلط أن يكون هذا الأخير جوهرياً.

ب- أن يكون الغلط المعيب للإرادة جوهرياً

ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يجعل العقد قابل للإبطال، بل يجب أن يكون هذا الغلط جوهرياً، حيث نصت المادة 81 من التقنين المدني الجزائري (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله)، ويكون الغلط جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد⁽⁵⁹⁾، بمعنى أن الشخص ما كان ليبرم العقد لو أنه لم يقع في الغلط، وهذا عملاً بأحكام الفقرة الأولى من المادة 82 التي نصت (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط).

لذلك فإن المعيار المعتمد في تحديد الغلط الجوهري، هو معيار ذاتي يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط، والبحث في نيته لمعرفة ما إذا كان الغلط الذي وقع فيه جوهرياً بالنسبة له أم لا⁽⁶⁰⁾.

(59) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص172. ود/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص103. وأنظر أيضاً: قرار المحكمة العليا رقم 49339 الصادر في 14/11/1988، م ق لسنة 1990، العدد الرابع، ص147.

(60) - د/ نيل سعد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص166. وأنظر أيضاً: عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص ص31-32.

كما نجد أن المادة 82 في فقرتها الثانية اعتبرت الغلط جوهريا إذا وقع في صفة جوهرية للشيء بحيث لولا هذه الصفة ما أقدم الشخص على التعاقد⁽⁶¹⁾، حيث نصت (ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية)، و من أمثلة الصفة الجوهرية، شراء سيارة على أنها جديدة ثم يتضح على أنها مستعملة⁽⁶²⁾، كما يعد كذلك غلط جوهري حسب المادة 82 الغلط الذي يقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته وكانت ذاتية الشخص أو صفة من صفاته جوهرية، حيث نصت في فقرتها الثالثة (وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد). غير أن تصور الغلط في مثل هذه الحالة وارد في تلك العقود التي يكون فيها الشخص محل اعتبار في العقد، كما في عقود التبرع من خلال الغلط في ذاتية المتبرع، وأيضا في عقود العوض كما في حالة العقود المبرمة مع المهندسين، وكذلك مع الأطباء⁽⁶³⁾.

أما فيما يخص اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر فإنه حسب نظرنا لا يمكن الجزم بأنه يعد شرط يجب توافره في الغلط حتى يمكن المطالبة بإبطال العقد، والسبب في ذلك يرجع إلى تذبذب موقف القانون المدني الجزائري بين الأخذ بما يسمى بالغلط الفردي والذي يقصد منه أن وقوع أحد المتعاقدين في غلط يكفي للمطالبة بإبطال العقد، دون اشتراط أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، وبين الأخذ بما يسمى الغلط المشترك، والمقصود بهذا الأخير وجوب أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، وذلك إما أن يقع في نفس الغلط أو أن يكون عالما به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه⁽⁶⁴⁾.

(61) - د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص ص 27-28. وأنظر أيضا فيما يخص تفسير شرط وقوع الغلط في جوهر الشيء في الفقه والقضاء الفرنسي: Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 177-184.

(62) - د/ أنظر في أمثلة أخرى فيما يخص الغلط في صفة جوهرية للشيء: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 173.

(63) - د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص ص 28-29. وأيضا: Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 185-186. ; Patrick Canin, Droit civil..., op, cit, p44.; Jean Carbonnier, Droit civil ..., op, cit, p956.

(64) - لمزيد من التفاصيل أنظر فيما يخص المقصود بالغلط الفردي والغلط المشترك: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 33.

حيث نجد أن المادة 82 من القانون المدني قد كرست في فقرتها الأولى الغلط الفردي بنصها (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)، حيث لم تشر هذه الفقرة إلى ضرورة أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، واكتفت بالنص يمتنع به المتعاقد⁽⁶⁵⁾.

بينما نجد الفقرة الثانية من المادة 82 من القانون المدني الجزائري قد كرست وأخذت بالغلط المشترك، حيث نصت (ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية...)، بحيث لا يكفي أن يقع المتعاقد في غلط جوهري حتى يمكن له المطالبة بإبطال العقد، وإنما يجب أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر، وذلك إما أن يكون هذا الأخير قد وقع أيضا في نفس الغلط، أو على الأقل أن يكون عالما به، أو أن يكون من السهل عليه أن يعلم به⁽⁶⁶⁾. غير أن منطق عيوب الإرادة يقضي بتكريس الغلط الفردي، فإذا كان المتعاقد قد وقع في غلط وكان هذا الغلط جوهريا جاز له أن يطلب إبطال العقد، دون اشتراط أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، وجزاء الإبطال إنما تم تقريره حماية للمتعاقد المعيبة إرادته بعيب الغلط، فمن المنطقي أن يعمل فقط بهذه الإرادة المعيبة دون البحث في إرادة المتعاقد الآخر⁽⁶⁷⁾.

من جانب آخر نجد أن حق المتعاقد في إبطال العقد لعيب الغلط، يمتد كذلك إلى تلك الحالة التي يكون فيها الغلط منصب على قاعدة قانونية توهمها المتعاقد على غير حقيقتها وهو ما يسمى بالغلط في القانون⁽⁶⁸⁾.

(65) - وكذلك نجد أن المادة 110 من القانون المدني الفرنسي لم تشترط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، هذا ما يعني أن القانون المدني الفرنسي يأخذ بالغلط الفردي، وكذلك بالرجوع إلى أحكام المواد من 45-50 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية لا نجد ما يشير إلى وجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر.

(66) - هذا ما أخذ به القانون المدني المصري في مادته 120 والتي نصت (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع في مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه)، وهو ما يعني أن القانون المدني المصري يأخذ بالغلط المشترك، نفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الكويتي، وإن كان هذا الأخير بعد أن أخذ بالغلط المشترك فيما يخص عقود العوض، فقد أجاز في عقود التبرع طلب إبطال العقد حتى وإن لم يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر وبذلك تكريس الغلط الفردي، وذلك بمقتضى المادة 147 والتي نصت (إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث أن لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه، أو علم بوقوعه فيه، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك. على أنه في التبرعات، يجوز طلب الإبطال، دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله).

(67) - أنظر في هذا الرأي: د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 250.

(68) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 178.

حيث نجد أن المادة 83 من القانون المدني الجزائري قد نصت (يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك). ومن ذلك فإن الغلط في القانون⁽⁶⁹⁾ يجيز طلب إبطال العقد، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع⁽⁷⁰⁾، ومن أمثلة الغلط في القانون أن يهب الرجل مطلقته مالا، معتقدا أنه استعادها في عصمته بينما لم تعد فيها، جاهلا بأن الطلاق الرجعي بعد انقضاء عدتها صار بائنا⁽⁷¹⁾.

غير أنه سواء كان الغلط منصب على ظرف من ظروف التعاقد أو انصب على قاعدة قانونية، فإنه لا يجوز للمتعاقد الذي تقرر له حق طلب إبطال العقد بسبب وقوعه في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مبدأ حسن النية، وهذا ما أقرته المادة 85 بنصها (ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد). بناءً على ذلك يبقى المتعاقد الذي وقع في غلط ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر المتعاقد الآخر نيته لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد معه في العقد، والحكمة من ذلك تكمن في أن مصلحة المتعاقد في إبطال العقد تكون قد انتفتت، طالما أنه سيحصل على ما كان يبغى من تعاقد⁽⁷²⁾.

(69) - أنظر الغلط في القانون: Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op, cit, p194

وأيضاً أنظر: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص165.

(70) - الغلط في الواقع وهو الغلط المنصب على ظرف من ظروف التعاقد كمادة الشيء محل العقد وكشخصية المتعاقد، وكل ما سبق الإشارة إليه يعد غلط في الواقع. للتفصيل في موضوع الغلط في الواقع أنظر:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op, cit, p139. Henri et Léon Mazeaud- Jean Mazeaud- Michel Juglart, Leçons de droit civil, Tome 2, volume 1, obligations, théorie générale, 5^{ème} éd, montchrestien, Paris, 1973, p150.

لكن يجب عدم الخلط بين الغلط في القانون وبين جهل القانون، فالغلط في القانون هو العلم الخاطئ بالقاعدة القانونية، والذي يعد من أسباب إبطال العقد إذا ما توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، أما الجهل بالقانون فهو عدم العلم أصلاً بمضمون القاعدة القانونية، كما أن الغاية من تمسك الشخص بالغلط في القانون تكمن في الوصول إلى إبطال العقد، على خلاف الغاية من التمسك بجهل القانون والتي تكمن في محاولة استبعاد تطبيق حكم القانون على الواقعة المعروضة. أنظر في هذا المعنى: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص32. وكذلك د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص179. وأنظر أيضاً د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، د ز ط، الرباط، المغرب، 2007. صص 105-106.

(71) - أنظر في أمثلة أخرى للغلط في القانون. د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، صص 179-188.

(72) - د/ توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الإلتزام (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص55. وكذلك أنظر: لبنان فريدة، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص83.

بالنسبة للفتحة الإسلامي يعد كذلك الغلط عيب من عيوب الإرادة ، حيث يعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه توهم يتصور فيه المتعاقد غير الحقيقة فيحمله ذلك إلى التعاقد لولا هذا التوهم لما أبرم العقد⁽⁷³⁾. والغلط في الفقه الإسلامي قد يرد على جنس المعقود عليه فيؤدي ذلك إلى عدم قيام العقد أصلاً، نظراً لعدم حصول تطابق إرادتين المتعاقدان على نفس المعقود عليه⁽⁷⁴⁾، فإن هذا النوع من الغلط يعدم الإرادة أصلاً⁽⁷⁵⁾.

كما قد يرد الغلط على وصف مرغوب في المعقود عليه، أو يقع في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته وذلك في الحالة التي تكون شخصية العاقد محل اعتبار في العقد⁽⁷⁶⁾. والغلط في مثل هذه الحالة لا يعدم الإرادة وإنما يعيبها فقط⁽⁷⁷⁾، وغالبية الفقهاء يرون أن العقد في مثل هذه الحالة يكون صحيحاً غير لازم بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط، فله أن يمضي العقد وله أن يفسخه⁽⁷⁸⁾.

(73) - سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 72. وأنظر كذلك: د/ أحمد الكزيني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 46.

(74) - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 190. وفي ذلك يقول الأستاذ عباس حسني محمد (إذا وقع الغلط في جنس المعقود عليه واستطاع العاقد أن يثبت ذلك فإن العقد يكون باطلاً ولا يترتب عليه أثره الشرعي لأن العقد لا وجود له باعتباره سبباً للحكم وهذا يرجع إلى فوات المعقود عليه بسبب فوات الجنس لأن المعقود عليه ليس هو المطلوب، والبطان هنا يلحق بالعقود كلها بلا خلاف). أنظر: عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 156. وأنظر أيضاً: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 460.

(75) - يقابله ما يسمى عند فقهاء القانون بالغلط المانع. أنظر: د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، د ز ط، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 293.

(76) - للتفصيل أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 191-200.

(77) - يقابله عند فقهاء القانون الغلط المعيب للإرادة.

(78) - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 157. وعجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 92. وكذلك: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 193-199. وأيضاً: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 461. الأصل أن العقد الصحيح يكون لازماً، وهذا الأخير ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، لكن قد يقترن بالعقد رغم صحته خيار من الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، كخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية، ففي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم، بمعنى يجوز سواء لأحد المتعاقدين فسخه أو إمضائه، وذلك دون المتعاقد الآخر الذي يعتبر العقد لازم من جانبه وهو ما يسمى بالعقد غير اللازم من جانب واحد، كما قد يكون حق الفسخ أو الإمضاء مقرر لكلا طرفي العقد وفي هذه الحالة نكون أمام عقد غير لازم من الجانبين. كما قد تكون في صدد عقد غير لازم بطبيعته إذا كانت طبيعة العقد تجيز لأحد طرفي أو لكلاهما فسخ العقد دون التوقف على إرادة ورضا المتعاقد الآخر. أنظر للتفصيل أكثر فيما يخص العقد غير اللازم د/ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، د ز ط، الجزائر، 2003 ص 86-89. وكذلك: أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص 21-25. و محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 422-424. وأيضاً: د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 303-322.

يلاحظ على أن القانون المدني الأردني قد كرس قول الجمهور، حيث أن الغلط في وصف مرغوب في جنس المعقود، أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد يجعل العقد صحيح غير لازم، وذلك طبقاً للمادة 153 التي نصت (للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة منه)⁽⁷⁹⁾.

لكن إذا وقع في صفة غير مرغوبة (غير جوهرية) في المعقود عليه، أو وقع في شخص العاقد أو في صفة من صفاته، و لم تكن شخصية العاقد محل اعتبار في العقد، فإن العقد يقوم صحيحاً لازم للجانبين⁽⁸⁰⁾.

أما مسألة الغلط في الحكم الشرعي⁽⁸¹⁾، فإن الأصل أنه لا يجوز الإعتذار بجهل الحكم الشرعي، بحيث أن الجهل كان بتقصير المتعاقد، فيمتنع من الإستفادة من تقصيره، فلا يجوز له مثلاً أن يرجع عن البيع الذي أبرمه بسبب جهله، ومن أمثلة الغلط في الحكم الشرعي أن يقوم وارث ببيع حصته من الإرث يضمنها الربيع فإذا هي النصف⁽⁸²⁾، لكن إذا كان الأصل هو عدم جواز التمسك بالجهل بالحكم الشرعي، فإنه استثناء يجوز وذلك في حالة إذا ما انتفى التقصير من جانب الجاهل بالحكم الشرعي⁽⁸³⁾.

(79) - بالرجوع إلى تعريف العقد غير اللازم بأنه العقد الذي اقترن به خيار من الخيارات، وهذا الخيار يخول لأحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد أو إمضائه. يلاحظ على نص المادة 153 من القانون المدني الأردني أنها لم تشر إلى إمكانية الطرف الذي وقع في غلط إمضاء العقد (إجازته)، وإنما نصت فقط على إمكانية فسخه للعقد، وهذا ما لا يتفق مع طبيعة العقد غير اللازم. أما القانون المدني العراقي فطبقاً للمادة 117 فإن العقد في مثل هذه الحالة يكون موقوف على إجازة العاقد، حيث نصت (... وإن إتحدوا الجنس واختلف الوصف وكان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفاً على إجازة العاقد). كذلك يلاحظ على أن المادة 117 أعلاه أنها أشارت إلى مسألة صحة العقد الموقوف من خلال العبارة التي استعمالها والمتمثلة (...وينعقد لوجوده...)، فهي تكريس صريح من المشرع العراقي للرأي الغالب في الفقه الإسلامي القائل بصحة العقد الموقوف، على خلاف الرأي القائل ببطلانه. وقد سبق وأشرنا إلى ذلك عند دراسة موقف الفقه الإسلامي من العقد الموقوف عند تناولنا لموقف قانون الأسرة الجزائري من تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، والقول بوقف نفاذها على إجازة الولي أو الوصي.

(80) - أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 49. مع ملاحظة أن هذا النوع من الغلط يقابله في الفقه القانوني وفي غالبية التشريعات ما يسمى بالغلط غير المؤثر، والذي سبق وأن تناولنا أحكامه عند دراسة حالات الغلط وقابلية العقد للإبطال.

(81) - ما يقابل الغلط في الحكم الشرعي عند الفقه الإسلامي هو الغلط في القانون عند فقهاء القانون وكذلك مختلف التشريعات.

(82) - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 201.

(83) - المرجع نفسه، ص 202.

ثانيا

عيب التدليس

يعرف التدليس كعيب من عيوب الإرادة، بأنه إيهام الشخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد من خلال استعمال طرق احتيالية⁽⁸⁴⁾، فالتدليس يجعل المتعاقد المدلس عليه يتوهم أمر مخالف للحقيقة فيدفعه ذلك إلى التعاقد، ومن هنا تظهر لنا وجود علاقة ما بين عيب التدليس و عيب الغلط(أ)، غير أنه للقول بالتدليس بأن التدليس عيب من عيوب الإرادة، يجب بتوافر مجموعة من الشروط (ب).

أ- علاقة عيب التدليس بعيب الغلط

يتشابه عيب التدليس مع عيب الغلط من حيث أن كلاهما يجعلان المتعاقد يتوهم بغير ما هو موجود في الحقيقة، إلا أن ما يختلف فيه عيب التدليس عن عيب الغلط هو أن هذا الأخير يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يعتمد أحد إيقاعه فيه، أما في عيب التدليس فإن الغلط الذي وقع فيه المتعاقد المدلس عليه هو غلط مدبر، سواء كان بفعل المتعاقد الذي تعاقد معه أو بفعل الغير، كما نجد أن الغلط يعتبر عيب من عيوب الإرادة ومن ذلك فالعقد يكون قابلا للإبطال، بينما نجد التدليس يعتبر إلى جانب كونه من عيوب الإرادة ومنه قابلية العقد للإبطال، يعتبر عمل غير مشروع يوجب على المدلس التعويض⁽⁸⁵⁾.

ب- شروط التمسك بالتدليس لإبطال العقد

يشترط لتحقيق التدليس كعيب من عيوب الإرادة وفقا لإحكام القانون المدني الجزائري، ضرورة استعمال المدلس طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد(1)، وأن تكون هذه الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد(2)، وصدور هذه الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر كأصل عام(3).

(84) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص173. أنظر كذلك: Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p. 35.

أيضا: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص182.

(85) - أنظر في هذه الاختلافات وفي اختلافات أخرى بين عيب الغلط و عيب التدليس: Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p 45 ; Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p.198. وأيضا: د/ توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للإلتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ذ ط، الإسكندرية، مصر، د ذ س ن، ص104.

1- استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد

لقيام عيب التدليس يجب أن يستعمل المدلس طرق احتيالية، و هذه الأخيرة تكمن في الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد معه، ولقد أشارت المادة 86 من قانون المدني إلى هذا الشرط بنصها (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد...). كالظهور بمظهر الثراء على خلاف الحقيقة، كما اعتبرت نفس المادة السكوت تدليسا، إذا تعلق بواقعة أو ملابسة جوهرية، أي هي التي كانت وراء إبرام المتعاقد الآخر للعقد حيث نصت (ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت المدلس عليه أن ما كان أن يبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملابسة)، بمعنى أن السكوت أو كتمان واقعة معينة تهم المتعاقد الآخر يعد كافيا لقيام التدليس، خاصة إذا كان المتعاقد المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد لو كان عالما بتلك الواقعة⁽⁸⁷⁾.

أما فيما يخص الكذب فالأصل أنه لا يعد تدليسا، حيث أن المبالغة في مدح البضاعة بهدف وقصد الترويج بها وجلب الأنظار إليها لا يعد تدليسا، بل يعد من سبيل الكذب المألوف في التعامل⁽⁸⁸⁾، غير أنه إذا انصب الكذب على واقعة معينة ذات اعتبار في التعاقد ففي هذه الحالة يعد تدليسا⁽⁸⁹⁾، كما في حالة كون المتعاقد ملزم بأن يدلي ببيانات ومعطيات ذات أهمية في التعاقد، فمثلا تقديم بيانات ومعلومات كاذبة في إبرام عقد التأمين يعد تدليسا⁽⁹⁰⁾.

(86) - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 84.

(87) - د/ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، د ط، الجزائر، 2008، ص 180.

(88) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 183.

(89) - نجد أن محكمة النقض السورية قد اعتبرت كذلك الكذب تدليسا بقولها (... وقد يكون مجرد الكذب في بعض الحالات كافيا في حد ذاته لاعتباره طريقا احتياليا، والعبارة في كل ذلك هي في معرفة ما إذا كانت الوسيلة التي لجأ إليها المدلس كافية لتضليل المدلس عليه والدافع الرئيسي له للتعاقد). نقلا عن: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 48. وكذلك قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 233 625 المؤرخ في 2001/01/17، م ق، لسنة 2001، العدد الثاني، ص 109 (إن قضاة الموضوع بالغائهم سند البيع مع إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومنح تعويض للمطعون ضدها لكون أن الطاعنين ارتكبا تدليسا باستعمال حيلة لإبرام العقد تتمثل في التصريح لممثل المشتري أن هذه الأخيرة تستطيع القيام بتشبيد بناء على الأرض محل التعامل، وأن شركة سونلغاز سوف لا تتعرض لهذا المشروع إذ لو علمت المطعون ضدها بكذب هذه الحيلة لما أبرمت العقد ومن ثم فإن قضاة الموضوع قد أحسنوا تطبيق المادة 86 من ق م). نجد القانون المدني الكويتي قد نص صراحة على اعتبار الكذب وسيلة تدليسية وذلك بمقتضى المادة 152 والتي جاء فيها (يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات في وقائع التعاقد أو ملابساته...).

(90) -

لكن يجب أن تكون نية المدلس من استعمال هذه الطرق الاحتيالية هي تضليل المتعاقد معه، فلا يعد تدليسا إذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه، دون أن يعتمد المتعاقد الآخر إلى خداعه، فمثلا لا نكون في تدليس إذا انخدع المتعاقد بمظهر الثراء الذي يبدوا عليه المتعاقد الآخر، وللمتعاقد في هذه الحالة أن يرجع على أساس عيب الغلط وليس على أساس عيب التدليس⁽⁹¹⁾.

2- يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد

يشترط في عيب التدليس أن تكون الحيل التي استعملها المدلس مؤثرة بحيث لولا هذه الحيل لما أبرم المدلس عليه العقد، أي يجب أن تصل إلى درجة كبيرة من الجسامة فتكون بذلك هي الدافع الرئيسي للتعاقد⁽⁹²⁾، وهذا ما أشارت إليه المادة 86 في فقرتها الأولى بنصها (...إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد).

3- اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر

تشترط المادة 86 من القانون المدني في التدليس كعيب من عيوب الإرادة أن يكون صادر من المتعاقد الآخر أو من نائبه⁽⁹³⁾، وهذا الأخير يقصد به الشخص الذي يعاون المتعاقد في إنشاء العقد، حيث نصت (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه...). أما فيما يخص التدليس الصادر من غير المتعاقدين أي من الغير، ففي هذه الحالة اشترطت المادة 87 وجوب أن يكون المتعاقد المستفيد من التدليس عالما بهذا التدليس أو من المفروض حتما أنه يعلم به، حيث نصت (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس)⁽⁹⁴⁾.

(91) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص183.

(92) - لذلك نجد الفقه يميز بين التدليس الدافع إلى التعاقد بحيث لولا ما أبرم المدلس عليه العقد، وبين التدليس غير الدافع أو ما يسمى بالتدليس العرضي الذي يقتصر أثره على حمل التعاقد على قبول شروط في التعاقد أبهض وأشد مما كان يرتضيه لو لم يضلل، وهذا النوع من التدليس لا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، وإنما إلزام فقط المتعاقد المدلس بتعويض المتعاقد المدلس عليه. للتفصيل أكثر راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 53-55. وكذلك: لعصامي الوردي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص33. وكذلك أنظر: Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p. 46.

(93) - أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص113.

(94) - على خلاف المشرع الفرنسي الذي لا يجعل التدليس الصادر من الغير من أسباب قابلية العقد للإبطال، وبذلك اقتصر على التدليس الصادر من أحد المتعاقدين فقط، و في حالة التدليس الصادر من الغير فإنه يحق للمدلس عليه مطالبة المدلس بالتعويض=

إذا تحققت كافة هذه الشروط فإنه للمدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، كما أن له وفقا لإحكام المسؤولية التقصيرية أن يطالب بالتعويض، وذلك لكون التدليس يعد عمل غير مشروع⁽⁹⁵⁾، وحق المدلس في طلب التعويض يجوز حتى في الحالة التي يكون فيها المدلس ناقص الأهلية، و ذلك إذا لجأ إلى طرق احتيالية لحمل المتعاقد الآخر على التعاقد و إخفاء نقص أهليته⁽⁹⁶⁾. يعد كذلك التدليس أو ما يسمى بالتغريير عيب من عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي، والذي يعرف بأنه خداع أحد المتعاقدين للآخر بوسيلة موهمة قوليه أو فعلية تحمله على الرضا بالعقد ما كان ليرضى به لولاها⁽⁹⁷⁾، ومن هذا التعريف يظهر أن التغريير في الفقه الإسلامي قد يكون تغريير قولي أو ما يسمى بالتغريير في السعر، وهذا نظرا لأن أسعار الأشياء ليست منظورة فيها، ولذلك فإن وسيلة الإغراء في السعر هي البيان و الكلام الكاذب⁽⁹⁸⁾.

= دون المطالبة بالإبطال، حيث نصت المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى: « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu' il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait contracté ». غير أن القضاء الفرنسي يعتبر تدليسا ومنه إمكانية إبطال العقد في بعض الحالات رغم كون التدليس صادر من الغير، كما في حالة عقد الهبة وحالة الوصية. للتفصيل فيما يخص التدليس الصادر من الغير في كل من الفقه والقضاء الفرنسي أنظر: Gérard Légier, Droit civil..., op, cit, p34. ; Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op, cit, p 204-205.

(95) - أنظر :

« Le double aspect du dol se retrouve logiquement au plan de la sanction. En tant que vice du consentement le dol entraîne de la nullité relative du contrat ; en tant que délit civil il peut justifier que soit... » . voir : Christophe Lachière, Droit des contrats, Ellipses, Parise, 2003, p45.

أنظر كذلك في هذا المعنى :

Patrick Canin, Droit civil..., op, cit, p46. ; Jean Carbonnier, Droit civil..., op, cit, p958. ; Voir : Henri et Léon Mazeaud- Jean Mazeaud- Michel Juglart, Leçons de droit civil..., op, cit, p157.

(96) - هذا على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية طبقا لإحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تلزم كل شخص سبب ضررا للغير بالتعويض، وهذا الحكم يخضع إليه كذلك ناقص الأهلية في حالة تضليله للمتعاقد معه، مع الإشارة أن التزام ناقص الأهلية بالتعويض لا يحرمه ذلك من حقه في طلب إبطال العقد باعتباره ناقص الأهلية، وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري عليه صراحة في المادة 119 والتي جاء نصها كالآتي (يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته). للتفصيل أكثر فيما يخص حكم التدليس الصادر من ناقص الأهلية أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص62.

(97) - سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص59. كما يعرف كذلك بأنه استخدام أحد المتعاقدين أساليب خداع فعلية أو قولية لإيهام العاقد الآخر غير الحقيقة وحمله على إبرام العقد. أنظر: د/ كفاح عبد القادر الصوري، التغريير وأثره على العقود، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007، ص46. كذلك أنظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص461.

(98) - د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص158.

فالتغريب القولي أساسه الكذب المتعمد، وهذا الكذب قد يصدر من العاقد نفسه، أو من غير العاقد⁽⁹⁹⁾. وحكم هذا النوع من التغريب أنه يجعل العقد غير لازم إذا ترتب عنه غبن، فيثبت للمغرم المغبون خيار الفسخ أو الإمضاء، أما إذا لم يترتب عن التغريب غبن، فلا يكون للتغريب أي أثر على لزوم العقد⁽¹⁰⁰⁾.

كما قد يكون تغريب فعلي أو ما يسمى بالتغريب في الوصف، وذلك من خلال قيام أحد المتعاقدين بفعل ما لإيهام المتعاقد الآخر بصفة مصطنعة في الشيء المعقود عليه⁽¹⁰¹⁾. فالتغريب الفعلي يكون بعمل من العاقد يقصد به تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه⁽¹⁰²⁾. وهذا النوع من التغريب⁽¹⁰³⁾ يجعل العقد غير لازم بالنسبة للمتعاقد المغرم، فيثبت له حق الخيار، بين فسخ العقد، أو إمضائه⁽¹⁰⁴⁾.

(99) - نجد من تطبيقات التغريب القولي الصادر من الغير ما يسمى بحالة بيع النجش، ويعرف النجش بأنه زيادة الشخص في السلعة المعروضة للبيع ولا رغبة له بشرائها، فيغر المشتري بالزيادة لينتفع صاحبها. وأثر النجش على العقد محل إختلاف بين الفقهاء، فعند الحنفية والأصح عند الشافعية وفي قول عند الحنابلة أن العقد في هذه الحالة لازم، أما عند المالكية فهو عقد غير لازم وثبوت حق الخيار، وبيع النجش باطل عند الإمام أحمد. للتفصيل في كل هذه الأقوال وأدلتهم راجع: د/ كفاح عبد القادر الصوري، التغريب وأثره على العقود، المرجع السابق، ص 100-103. أنظر أيضا: سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 61-62.

(100) - رغم أن أستاذنا محمد سعيد جعفرور يرى أنه لا مبرر للفرقة بين تغريب يترتب عليه غبن وبين تغريب لا يترتب عليه غبن. فحسب رأيه متى ثبت وجود التغريب يثبت للمتعاقد خيار فسخ العقد أو إمضائه دون النظر إلى ما إذا كان التغريب قد أنتج غبنا أو لم ينتج، خاصة وأن الغبن يعد عيب مستقل بذاته. لتفصيل فيما يخص حكم التغريب القولي ورأي الأستاذ محمد سعيد جعفرور أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 165-167.

(101) - سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 63.

(102) - د/ كفاح عبد القادر الصوري، التغريب وأثره على العقود، المرجع السابق، ص 63.

(103) - من أهم تطبيقات التغريب الفعلي نجد حالة التصرية، والتي يعرفها الفقهاء بأنها ترك حلب الشاة والناقة مدة قبل بيعها ليجتمع اللبن في ضرعها فيظنها المشتري ذو لبن غزير ويشتريها لذلك. ولا خلاف بين الفقهاء بحرمة التصرية لحديث الرسول (ص) " لا تصروا الإبل والغنم فمن اتباعها بعد فإنه يخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"، ووجه الدلالة على تحريم التصرية هو قوله "لا تصروا" ومن المعلوم عند أهل العلم أن النهي يفيد التحريم ما لم توجد قرينة تصرفه عن ذلك، وفي هذا الحديث لا توجد قرينة صارفة.

أما مسألة إذا ابتاع العاقد الشاة فوجدها مصراة فهل يثبت له خيار التصرية أم لا؟، فهي مسألة خلاف بين الفقهاء، فنجد جمهور المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف والظاهرية والإمامية والزيدية والإباضية يرون بثبوت الخيار للمشتري، فهو مخير بين الرد والإمسك، وإذا ما أختار ردها فبردها وصاعا من التمر. أما أبو حنيفة ومحمد وأشهب من المالكية فقالوا بعدم ثبوت الخيار للمشتري، فلا يجوز له رد الشاة، وإنما يرد البائع للمشتري فرق الثمن الحاصل بفعل التصرية. مع الملاحظ أن الشيخ مصطفى الزرقا يرى أن ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية هو أفضل الآراء وأوجهها فقها، وهو أفضل من قول إمامه أبي حنيفة. للتفصيل أكثر فيما يخص التصرية وحكمها راجع: د/ كفاح عبد القادر الصوري، التغريب وأثره على العقود، المرجع السابق، ص 66-81. وأيضا سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 65-67.

(104) - للتفصيل أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 162-165.

ثالثا

عيب الإكراه

الإكراه هو استعمال وسائل تحدث رهبة في نفس المكره تحمله على تعاقد ما كان ليقدم عليه لو لا الخوف الذي أحدثته في نفسه تلك الوسائل⁽¹⁰⁵⁾، كما يعرفه كذلك الأستاذ السنهوري بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والإكراه لا يعدم الإرادة ولكن يفسدها، ذلك أنه بوقوع الإكراه يكون المتعاقد المكره قد اختار أهون الضررين وأن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة⁽¹⁰⁶⁾، غير أن الإكراه تتعدد صورته وحالاته، وهو ما يستلزم علينا تحديد الإكراه الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابل للإبطال من جهة (أ)، وكذلك تحديد الشروط الواجب توفرها في الإكراه المعيب للإرادة من جهة أخرى (ب).

أ- الإكراه المعيب للإرادة

إن الإكراه الذي يعد من عيوب الإرادة هو ذلك الإكراه الذي يعيب إرادة المتعاقد المكره، كما أشار إلى ذلك الأستاذ السنهوري في تعريفه للإكراه، حيث أن الإكراه في هذه الحالة لا يعدم الإرادة وإنما يقتصر أثره على جعل الرضا بالعقد فاسداً وغير سليماً⁽¹⁰⁷⁾، وهذا النوع من الإكراه ما يسميه الفقه بالإكراه المعنوي الذي يعتمد غالباً على التهديد الموجه إلى المتعاقد الآخر فيخلق فيه حالة نفسية من الخوف والفرع فيندفع إلى التعاقد⁽¹⁰⁸⁾.

بينما نجد أن الإكراه المادي لا يعد عيب من عيوب الإرادة، نظراً لأنه يعدم الإرادة أصلاً، من خلال انتزاع الرضا من المتعاقد عنوة لا رهبة، كما في حالة قيام المتعاقد بمسك يد المتعاقد الآخر بقصد إجباره على الالتزام من خلال التوقيع عليه⁽¹⁰⁹⁾.

(105) - د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 134. وأنظر أيضاً:

Gérard Légier, Droit civil..., op. cit. p. 36.

(106) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2000، ص 360.

(107) - د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 70.

(108) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 116. ود/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 192.

(109) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 360. وأيضاً:

Jean Carbonnier, Droit civil..., op. cit. p. 958.

انطلاقاً من القول بأن الإكراه المادي يعدم الإرادة، فإن العقد الذي يبرمه المكره في مثل هذه الحالة هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً⁽¹¹⁰⁾، وهو بذلك يخرج من نطاق دراستنا.

ب- شروط التمسك بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة

يشترط لاعتبار الإكراه عيب من عيوب الإرادة، حصول التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفسه و بدون وجه حق(1)، وأن تكون هذه الرهبة هي الدافعة للتعاقد(2)، ووجوب اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر(3).

1- التعاقد تحت سلطان رهبة بيّنة بعثت في نفس المتعاقد المكره بدون وجه حق

الرهبة هي الخشية من الأذى التي تؤثر في رضا المتعاقد وتحمله على إبرام العقد، ما كان ليبرمه لولا تلك الرهبة التي تولدت في نفسه⁽¹¹¹⁾. وفي ذلك نجد أن المادة 88 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى قد نصت (يجوز إبطال العقد لإكراه إذا شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق)، إلا أن الرهبة لا تكون إكراه معيب لإرادة المتعاقد، إلا إذا تولد عنها تصور لدى الطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً يحدق به أو بأحد أقاربه⁽¹¹²⁾، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 88 أعلاه بنصها (وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطر جسيماً محقق يهدده أو أحد أقاربه، في النفس، أو في الجسم، أو في الشرف، أو في المال)⁽¹¹³⁾.

(110) - أنظر:

Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud et Michel Juglart, Leçons de droit civil..., op. cit, p. 157.

أنظر كذلك:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p. 215.

(111) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص147.

(112) - للتفصيل أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص118.

(113) - لكن المادة 88 من القانون المدني الجزائري لم تحدد من هم الأقارب خلافاً للمادة 1113 من القانون المدني الفرنسي التي حددتهم بالزوج والزوجة والفروع والأصول حيث نصت:

« La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants ».

كما يلاحظ أن قانون الموجبات والعقود اللبناني سلك نفس مسلك القانون المدني الفرنسي، حيث نص في مادته 210 على ما يلي (باطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جنساني أو تهديد موجه على شخص المديون أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروع...).

كما يجب أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق، وتعتبر كذلك إذا كان القانون لا يسمح للمتعاقد بأن يبعثها في نفس المتعاقد معه، أما إذا كانت هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بحق فلا يعد ذلك إكراهًا، كما في حالة تهديد الدائن لمدينه بالالتجاء إلى إجراءات التنفيذ على أمواله وذلك لاستقاء حقه، فإذا قام المدين تحت تأثير هذا التهديد بإبرام عقد قرر به للدائن رهنا مثلاً، فإن هذا العقد يعد صحيحاً ولا يمكن للمدين المطالبة بإبطال العقد على أساس الإكراه، مع الإشارة أننا نكون أمام إكراه حتى وإن كانت الوسيلة المهدد بها قانونية ومشروعة كما في مثالنا أعلاه، إذا كانت الغاية المرجوة غير مشروعة⁽¹¹⁴⁾.

2- أن تكون الرهبة المتولدة هي الدافعة إلى التعاقد

يجب أن تكون الرهبة المتولدة عن الإكراه هي التي دفعت الطرف المكره إلى التعاقد، أي أن تكون الرهبة هي السبب المباشر الذي حملته على التعاقد، فلولها لما أبرم المتعاقد المكره العقد⁽¹¹⁵⁾.

3- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر

يجب أن تكون الرهبة المتولدة في نفس المتعاقد المكره والتي دفعتها إلى إبرام العقد مصدرها المتعاقد الآخر الذي تعاقد معه، حيث نجد أن المادة 88 من التقنين المدني في فقرتها الأولى قد نصت (يجوز إبطال العقد إذا تعاقد شخص تحت تأثير سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر....)⁽¹¹⁶⁾. أما إذا كان الإكراه قد صدر من الغير، ففي هذه الحالة لا يمكن للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد معه على علم بهذا الإكراه أو أنه كان من المفروض عليه أنه يعلم به.

(114) - حيث نصت المادة 88 من التقنين الجزائري في فقرتها الأولى (يجوز إبطال العقد لإكراه إذا شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق)، ونصت كذلك المادة 52 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملاً لم يرتضه). للتفصيل أكثر أنظر: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 186-187. وكذلك: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 84. و د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 114.

(115) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 168.

(116) - للتفصيل أكثر في هذا الشرط أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 86. غير أننا نلاحظ أن المادة 88 أعلاه لم تشر إلى حالة كون الإكراه صادر من نائب المتعاقد، رغم أن المادة 86 من القانون المدني قد أشارت إلى حالة التندليس الصادر من نائب المتعاقد.

وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة 88 والتي نصت (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً انه يعلم بهذا الإكراه)⁽¹¹⁷⁾.

فإذا ما توافرت شروط الإكراه، فللمتعاقد الذي وقع فيه أن يطلب إبطال العقد من جهة، ومن جهة أخرى أن يطلب تعويض لأن الإكراه يعد كذلك عمل غير مشروع⁽¹¹⁸⁾.

كما يعد الإكراه كذلك عيب من عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي، والذي يعرف بأنه ضغط يمارسه المرء على غيره لحمله على القيام بفعل أو القول بقول وذلك بالوعيد والتهديد وإنزاله الأذى إن لم يستحب لذلك⁽¹¹⁹⁾. كما يعرف أيضاً الإكراه بأنه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم له الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب⁽¹²⁰⁾.

(117)– يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي اعتبر كذلك الإكراه الصادر من الغير من أسباب إبطال العقد وذلك طبقاً للمادة 1111، والتي نصت:

« La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

مع أنه يلاحظ على القانون المدني الفرنسي أنه لم يضع نفس الحكم الذي أورده فيما يخص عيب التدليس، حيث لم يأخذ بالتدليس الصادر من الغير كسبب لإبطال العقد، بينما أخذ بذلك فيما يخص عيب الإكراه. للتفصيل أكثر:

Gérard Légiér, Droit civil..., op. cit, p. 37.

(118)– في ذلك يقول الأستاذة

«...La violence morale vice de consentement ; la nullité est alors relative. La victime peut obtenir des dommages- intérêts en réparation du préjudice subi. Voir : Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud et Michel Juglart, Leçons de droit civil..., op. cit, p. 157.

في نفس المعنى يقول الأستاذ *Jean carbonnier*

«Sanction de la violence : **c'est la nullité relative du contrat.** Elle peut n' être prononcée que pour partie et fonctionner, des lors, comme une réduction de l'avantage excessif qui, par hypothèse a été extorqué. **Elle peut être accompagnée d'une condamnation à dommages intérêts** ». Voir : Jean carbonnier, Droit civil..., op. cit, p. 957. ; Gérard Légiér, Droit civil..., op. cit, p. 37.

(119)– عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 87. و/ سامي عدنان العجوزي، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 51-52. وأنظر كذلك: د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 152.

(120)– فيما يخص شرح التعريف أعلاه أنظر: د/ عبد الحسب سند عطية، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة ومطبعة الغد للطبع والنشر والتوزيع، د ذ ط، د ذ ب ن، 2001، ص ص 8-10.

إن الإكراه في الفقه الإسلامي قد يكون إكراه ملجئ، وقد يكون إكراه غير ملجئ وذلك بحسب شدته ودرجة تأثيره، فالإكراه الملجئ أو ما يسمى بالإكراه التام هو ما كان بالتهديد بالقتل أو ببتير عضو أو ضرب مبرح يخشى منه تلف المال وهلاك النفس، أما الإكراه غير الملجئ أو ما يسمى بالإكراه الناقص فهو ما كان بالتهديد بإتلاف بعض المال أو ضرب لا يؤدي إلى فوات النفس وهلاكها و لا إلى بتر عضو⁽¹²¹⁾.

أما فيما يتعلق بحكم العقد الذي يجريه المكره فهو محل اختلاف كبير بين الفقهاء، حيث ترى الشافعية والحنابلة أن العقد الذي يبرمه المكره هو باطل، لأنه لا يبدأ لصحة التصرفات أن يكون هناك رضا والإكراه يعدم الرضا⁽¹²²⁾.

بينما ترى الحنفية أن العقد الذي يبرمه المكره عقد فاسد، ويثبت للمكره الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه إذا زال الإكراه⁽¹²³⁾.

(121) - أنظر د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص ص 128-130. وأيضا: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ص 454-455. وكذلك: د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 152. ولقد أخذ بهذا التقسيم القانون المدني العراقي وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 112 التي نصت (ويكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محقق كتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير للمال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس). ونفس الشيء بالنسبة للقانون المدني الأردني وذلك بموجب المادة 136 والتي نصت (يكون الإكراه ملجئا إذا كان تهديدا بخطر جسيم محقق يلحق بالجسم والمال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديدا بما دون ذلك).

(122) - في قول الشافعية والحنابلة ببطلان عقد المكره أنظر: سامي عدنان العجوزي، نظرية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 57. و/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 458. د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 155.

(123) - إن فكرة العقد الفاسد ترجع إلى الفقه الحنفي في أصلها، وذلك من خلال القول أن العقد إما أن يكون صحيحا وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وإما أن يكون باطلاً وهو ما دون العقد الصحيح، أي العقد غير المشروع لا في أصله ولا في وصفه، وبين العقد الصحيح والباطل نجد العقد الفاسد فهو يعد مرتبة بين الصحة والبطان، فالعقد الفاسد لا يعد باطلاً لأن الخل لم يمس ناحية جوهرية في العقد أي أصل العقد، وكذلك ليس عقد صحيح لأن فيه خلل قد مس ناحية فرعية فيه، لذلك يمكن تعريف العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعاً بأصله من خلال استجماع شروط انعقاده، ولكن غير مشروع من حيث وصفه وذلك لوجود خلل في شرط أو في وصف من أوصافه الخارجية عن ماهيته وأركانه، وفي ذلك يقول أبو حنيفة (والفاسد ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه)، ونجد ذلك مثلا في حالة عيب الإكراه وحالة الجهالة الفاحشة في المعقود عليه وكذلك حالة الشرط الفاسد، فهذه الأوصاف تجعل العقد عند الحنفية فاسداً. أنظر أكثر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه...، المرجع السابق، ص ص 103-110. وأنظر خاصة فيما يخص أسباب فساد العقد عند الحنفية: د/ علي أحمد صالح المهدي، (العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم 43 لسنة 1976)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزرقاء الأهلية، الأردن، سنة 2004، العدد الواحد والعشرون، ص ص 42-79.

أما حكم العقد الفاسد فيختلف حسب ما إذا تم تنفيذ العقد أم لا، ففي حالة عدم تنفيذه، وجب على العاقدين فسخه، بل حتى للقاضي فسخه إذا علم به وبذلك يأخذ العقد الفاسد نفس حكم العقد الباطل. أما إذا تم تنفيذ العقد الفاسد وذلك بتسليم المعقود عليه وقيام المتعاقدين الآخر بقبضه، ففي هذه الحالة يعد القابض مالك للمعقود عليه، لذلك نجد أن العقد الفاسد كذلك يثبت الملكية ==

بينما يجعل إمام زفر من الحنفية عيب الإكراه من حالات وقف العقد، وللعاقد المكره إجازة العقد أو إبطاله، وذلك لأن الإكراه يمس بمصلحة المكره، وعليه فإن حمايته تكون من خلال جعل العقد موقوفاً على رضاه بعد زوال الإكراه⁽¹²⁴⁾. ويرأي الإمام زفر أخذ القانون المدني العراقي، وذلك طبقاً للمادة 115 والتي نصت (من أكره إكراهها معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده).

بينما ترى المالكية أن العقد الذي يبزمه المكره هو عقد صحيح، ويقتصر أثر الإكراه على جعله عقداً غير لازماً بالنسبة للمكره، فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخه أو أمضائه، فحسب المالكية عقد المكره صحيح من جهة توافر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالة على الرضا، وغير لازم من جهة أخرى، لفقدان شرط لزوم العقد بالإكراه وهو التكليف⁽¹²⁵⁾. أما أستاذنا محمد سعيد جعفر فيؤيد و يرجح ما قالت به المالكية، خاصة في ظل رغبته في توحيد الجزاء بالنسبة لكافة عيوب الإرادة، واعتبار جميعها تجعل العقد غير لازم⁽¹²⁶⁾.

أما نحن فنميل إلى رأي الإمام زفر من الحنفية، والذي يجعل الإكراه من حالات وقف العقد، فللعاقد المكره حق إجازة العقد أو إبطاله، وذلك لأن الإكراه يمس بمصلحة المكره، وعليه فإن حمايته تكون من خلال جعل العقد موقوفاً على رضاه بعد زوال الإكراه.

= وذلك باشتراط ثبوت واقعة القبض ووجوب أن يكون القبض حاصلًا بإذن البائع مثلاً، وأن لا يقترن العقد الفاسد بشرط الخيار لأن العقد مع وجود الخيار يمنع انتقال الملك مدة الخيار. وعليه نتوصل للقول بأن العقد الفاسد يرتب أثرتين هما استحقاق الفسخ إذا لم يكن العقد الفاسد قد تم تنفيذه، وكذلك يرتب ثبوت حق الملك بتوافر الشروط المذكورة. أنظر لتفصيل أكثر: د/ أحمد ياسين القرالة، موانع فسخ العقد: د/ أحمد ياسين القرالة، موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني)، مقال منشور على موقع: www.arablawninfo.com ص 2-4. كذلك أنظر في فيما يخص أدلة الحنفية: د/ عبد الحسب سند عطية، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية...، المرجع السابق، ص 77.

(124) - في رأي الإمام زفر راجع: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 147-149. وكذلك: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 458. و د/ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 1979، ص 442. وسامي عدنان العجوزي، نظرية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 56. و د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 153. كذلك أنظر نص المادتين 187 و 195 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، واعتبار عقد المكره موقوف للتفصيل راجع: د/ عدنان سرحان، (ملاحظات نقدية بشأن الكتابين...)، المرجع السابق، ص 199.

(125) - راجع في أدلة المالكية بعدم لزوم عقد المكره: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 150. وسامي عدنان العجوزي، نظرية العقد عند الشيخ مصطفى الزرقا...، المرجع السابق، ص 57-58.

(126) - أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 151-153.

رابعاً

عيب الإستغلال

الإستغلال عيب من عيوب الإرادة، وهو عبارة عن انتهاز أحد المتعاقدين ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي بقصد دفعه إلى إبرام العقد وبذلك الحصول على مزايا من دون مقابل، أو على مزايا لا تتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الذي وقع ضحية إستغلال⁽¹²⁷⁾، كما يعرف كذلك بأنه إستغلال شخص ما في الطرف الآخر من طيش بين أو هوى جامح وذلك قصد إبرام تصرف يؤدي إلى غبن فادح⁽¹²⁸⁾. لكن الإستغلال و إن يؤدي إلى تحقق غبن بالنسبة للمتعاقد المستغل أوالمغبون، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود تمييز ما بين عيب الاستغلال وعيب الغبن(أ)، كما أنه للقول بتحقق عيب الإستغلال يستلزم توافر عدة شروط (ب)، وعيب الإستغلال يتميز عن بقية العيوب الأخرى من حيث الجزاء المترتب عنه(ج).

أ- تمييز عيب الاستغلال عن عيب الغبن

يقصد بالغبن الخسارة المالية التي تصيب أحد المتعاقدين نتيجة عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وذلك في عقود المعاوضة، أي اختلال التوازن الإقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد فيه وما يعطيه⁽¹²⁹⁾. وحسب التعريفين يمكن القول بأن معيار الغبن مادي، حيث ينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، فإذا بلغ حدًا معينًا كان ذلك غبنًا، بينما معيار الإستغلال هو معيار ذاتي أو شخصي، وذلك من خلال استغلال أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر، بحيث تفسد إرادة هذا الأخير فيندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الإستغلال⁽¹³⁰⁾.

(127)- د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص192. وأيضاً: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص90. و د/ توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص115.

(128)- يمتاز هذا التعريف بالدقة من خلال تحديده بوضوح لمظاهر الضعف النفسي وهما الهوى الجامح والطيش البين، وهذا ما يتفق مع موقف القانون المدني الجزائري في مادته 90.

(129)- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص127. في هذا المعنى يقول الأستاذان *Alex و François* :

« La lésion est le préjudice subi par un contractant et résultant, dans un contrat à titre onéreux, du défaut d'équivalence, au moment du contrat, entre les avantages réciproquement stipulés ». Voir :Alex Weill et François Terré, Droit civil...,op. cit, p. 217.

(130)- راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص92-93.

كما نجد أن عيب الإستغلال يقع في جميع العقود بما فيها عقود التبرع⁽¹³¹⁾، بينما نجد أن الغبن لا يمكن تصوره في عقود التبرع، إذ أن أحد المتعاقدين فيها يقدم أداء معيناً بدون مقابل، فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي، لا يتصور إلا في المعاوضات⁽¹³²⁾. كما نصل للقول كذلك أن الإستغلال يعد عيب من عيوب الإرادة، بينما الغبن يعد عيب في العقد بذاته، فيتحقق بمجرد التفاوت المادي دون النظر في إرادة المتعاقد المغبون⁽¹³³⁾.

ب- شروط التمسك بعيب الإستغلال

يشترط لإعتبار الإستغلال عيب من عيوب الإرادة، وما يترتب على ذلك من قابلية العقد للإبطال، وجوب إستغلال المتعاقد ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي⁽¹⁾، وأن يترتب عن هذا الإستغلال عدم التعادل ما بين التزامات المتعاقدين⁽²⁾، وأن يكون هذا الإستغلال هو الدافع إلى التعاقد⁽³⁾.

1- استغلال ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي

لتحقق عيب الإستغلال يجب أن يستغل المتعاقد ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي، ومن مظاهر الضعف النفسي لدى المتعاقد نجد الطيش البين، ويقصد بهذا الأخير حالة قيام الشخص بتصرفات دون اكتراث منه ولا مبالاة للنتائج والعواقب.

(131) - حسب رأي أستاذنا محمد سعيد جعفرور يمكن أن يرد الاستغلال كذلك في حالة عقود الإحتمال، إلى جانب عقود العوض والتبرع أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 104-105.

(132) - هذا ما يظهر حتى من تعريف قانون الموجبات والعقود اللبناني للغبن، حيث عرفه في مادته 213 بأنه (النقاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض). في القول بأن الغبن لا يرد إلا على عقود العوض راجع: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 202.

(133) - من حالات الغبن كعيب في العقد (الغبن المجرّد عن الاستغلال) في القانون المدني الجزائري، نجد حالة بيع عقار بغبن فاحش، أي بغبن يزيد عن الخمس، فيكون للبائع طبقاً للمادة 358 أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل، مع أنه في تقدير ما إذا بيع العقار بغبن فاحش، أي بغبن يزيد عن الخمس، يأخذ بقيمة العقار وقت إبرام العقد. ونجد كذلك حالة الغبن الفاحش في القسمة الرضائية، بحيث إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن فاحش يزيد عن الخمس منها له أن يطلب نقض القسمة، وهذا طبقاً لأحكام المادة 732. ويلاحظ أنه في كلتا الحالتين لا يشترط أن يستغل أحد المتعاقدين ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي، خلافاً في حالة عيب الإستغلال. كذلك يعد الغبن في القانون المدني الفرنسي عيب في العقد، يتحقق بمجرد عدم التعادل بين الإلتزامات المتقابلة في العقد دون البحث عن إرادة الطرف المغبون أو نية الطرف الغابن، والطرف الذي وقع في غبن يجوز له طبعاً إبطال العقد عن طريق دعوى تسمى «*action en rescision*». كما في حالة بيع العقار بغبن فاحش طبقاً للمادة 1674، وكذلك حالة القسمة الرضائية طبقاً للمادة 889 من القانون المدني الفرنسي.

أنظر للتفصيل أكثر فيما يخص عيب الغبن في القانون المدني الفرنسي خاصة فيما يخص دعوى «*action en rescision*»: = Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p p. 51-52. ; Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p p. 44-45.

كما نجد كذلك حالة استغلال المتعاقد ما في المتعاقد الآخر من هوى جامح، والهوى الجامح هي الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص سواء كانت إتجاه شخص أو إتجاه شيء معين بحيث تعميئه عن تبيان ما هو في صالحه⁽¹³⁴⁾.

لكن وجود المتعاقد في حالة طيش بين أو هوى جامح لا يكفي لتحقيق عيب الإستغلال، وإنما يجب أن تتوفر لدى المتعاقد (المستغل) نية الاستفادة من هذا الضعف النفسي، وهو ما يستلزم وجود نية الإستغلال وذلك بأن يكون الطرف المستغل عالماً بوجود هذا الضعف⁽¹³⁵⁾، وفي ذلك نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري (...وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيش بيننا أو هوى جامحاً....)⁽¹³⁶⁾.

2- عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين

لا يكفي أن يستغل أحد المتعاقدين ما في المتعاقد الآخر من ضعف نفسي، وذلك للطعن في العقد على أساس عيب الإستغلال، وإنما يجب أن يترتب على هذا الإستغلال عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين من جهة، كما يجب أن يكون عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين على درجة كبيرة، أي أن يكون هناك تفاوت كبير في الأخذ والعطاء، وهذا ما قضت به كذلك المادة 90 بنصها (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في بالنسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر....)⁽¹³⁷⁾.

= أما فيما يخص عيب الإستغلال فنجد أن القانون المدني الفرنسي لم يعتبره عيب من عيوب الإرادة، حيث حصر عيوب الإرادة في مادته 1109 في الغلط والتدليس والإكراه. مع أننا نشير أن الفقه والقضاء في فرنسا أوجدا ما يسمى بنظرية التسلط على الإرادة ونظرية الإيحاء أو الإستهواء، من أجل إبطال تلك التصرفات التي يكون فيها المتعاقد قد تصرف فيها بإرادة سليمة حرة لا أثر فيها لغلط أو تدليس أو إكراه، لكن كانت إرادته ضعيفة نتيجة لهوى أو رغبة جامحة. للتفصيل أكثر راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 119-120.

(134)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 206.

(135)- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 131.

(136)- لكن يلاحظ أن مظاهر الضعف النفسي غير مقتصرة فقط على حالتي الطيش البين والهوى الجامح بل تتعدد، ومثال ذلك ما أورده المادة 125 من القانون المدني العراقي التي نصت (إذا أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه...). كذلك ما أورده المادة 159 من القانون المدني الكويتي والتي نصت (إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيننا، أو ضعفاً ضاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه...)، لذلك كان على المشرع الجزائري عدم الإكتفاء بحالتي الطيش البين والهوى الجامح، والتوسيع من مظاهر الضعف النفسي.

(137)- د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 101-102.

3- أن يكون الإستغلال هو الدافع إلى إبرام العقد

مفاد هذا الشرط أن يكون الإستغلال هو الذي حمل الطرف المغبون على إبرام العقد، حيث ما كان ليتعاقد لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامع، لذلك فإن الإستغلال لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الذي حمل المتعاقد المغبون على التعاقد⁽¹³⁸⁾، وهذا ما أشارت إليه المادة 90 بنصها (... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامع ...).

ب- الجزء المترتب على تحقق عيب الإستغلال

إذا ما توفرت شروط عيب الإستغلال كان للمتعاقد المغبون أن يطلب إما إبطال العقد(1)، وإما طلب إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد(2).

1- حق المتعاقد المغبون في طلب إبطال العقد

استناداً إلى نص المادة 90 من القانون المدني، فإنه يحق للمتعاقد المغبون طلب إبطال العقد، حيث نصت في عبارتها الأخيرة (جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا العقد). غير أن القول بأن طلب المتعاقد المغبون الإبطال لا يعد طلباً ملزماً للقاضي، الذي يجوز له رفض طلب إبطال العقد رغم تحقق عيب الاستغلال⁽¹³⁹⁾، والحكم بإنقاص العقد نراه قول غير مؤسس قانوناً ويتنافى مع قاعدة أن القاضي لا يحكم بما لم يطلبه الخصوم، كما أنه يجوز للطرف الآخر أن يتقي إبطال العقد من خلال عرضه ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن، كما في حالة عرض المشتري زيادة الثمن لرفع الغبن عن البائع ولكن هذا الحكم خاص بعقود المعاوضات⁽¹⁴⁰⁾.

(138) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص205. وكذلك: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري....، المرجع السابق، ص131. أنظر: عزوز عبد الحميد، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، المرجع السابق، صص35-36.

(139) - خلافاً لبقية العيوب الأخرى وهي الغلط والتدليس والإكراه، حيث إذا توافرت فيها الشروط، التزم القاضي بطلب الإبطال.

(140) - وهذا عملاً بأحكام الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني والتي نصت (ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا ما عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن).

2- طلب المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته

كما يجوز أن يقتصر طلب للمتعاقد المغبون على إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد، وذلك دون التمسك بطلب الإبطال، وهذا ما قضت به المادة 90 من القانون المدني بنصه (جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد)، وفي هذه الحالة القاضي ملزم بالاستجابة لطلب الإنقاص، من خلال إنقاصه للالتزامات الطرف المغبون إلى الحد الذي يكفي لإزالة الغبن، وتحقيق نوع من التعادل في الالتزامات، والقاضي في مثل هذه الحالة لا يجوز له أن يحكم بإبطال العقد، نظرًا لأن طلب المتعاقد المغبون اقتصر فقط على إنقاص التزاماته (141).

أما إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما يخص عيب الغبن، فإننا نجد أن الفقهاء يجعلون من الغبن نوعان، غبن يسير ويتحقق في حالة التفاوت بالمقدار الذي يتسامح به الناس عادة في مختلف المعاملات. وغبن فاحش يعرف بأنه الغبن المخالف للعادة أو غير المألوف في التعاملات بين الناس (142)، غير أننا نشير أن تحديد المعيار الفاصل بين ما هو غبن يسير وما هو غبن فاحش من بين المسائل التي هي محل اختلاف كبير بين الفقهاء (143).

يرى غالبية الفقهاء بعدم تأثير الغبن اليسير على صحة العقد ولزومه، وذلك لأن الغبن اليسير يقع كثيرا في العقود ويتسامح الناس فيه، والعاقده مهما حاول الإحتراز منه، فلا يستطيع أن يتفاداه في كل عقود (144).

(141) - وهذا الحكم يعد مخالف للحالة التي يطلب فيها المتعاقد الذي وقع في استغلال الإبطال، من خلال أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلبه، وحسب تقديري كل ذلك رغبة من المشرع في التقليل من حالات توقيع جزاء الإبطال، نظرا لما يترتب على ذلك من مساس بالوجود القانوني للعقد. كما أنه عملا بعبارة الفقرة الأولى من المادة 90 والتي نصت (جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد)، فإنه لا يجوز للقاضي زيادة التزامات الطرف المتعاقد مع المتعاقد المغبون، إلا في حالة عقود المعاوضة إذا أبدى رغبته في ذلك وهذا ما يفهم من عبارة (إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

(142) - محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 50.

(143) - د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 169-171.

ومحمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 51-52.

(144) - لكن استثناءً نجد أن الغبن اليسير يؤثر في صحة العقد، كما في حالة تصرف المدين بدين مستغرق إذا كان محجور عليه، وكذلك تصرف المدين المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن محجورا عليه، وعليه فإن المحجور عليه في الحالة الأولى إذا باع أو اشترى بغير يسير، كان هذا التصرف موقوف على إجازة الدائنين أو على رفع الغبن. أما في الحالة الثانية فإن للورثة إما إجازة العقد أو فسخه ما لم يعرض المتعاقد الآخر ما يرفع به الغبن. أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 172-173. و محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 262-263. ومحمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 52.

أما فيما يخص حكم الغبن الفاحش فإنه ينظر إلى محل العقد، فإذا كان محل العقد مال موقوف لبیت المال أو لشخص محجور عليه، فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلاً، و ذلك لأن التصرف في هذه الأموال مرهون بتحقيق شرط المصلحة، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في حالة التصرف في هذه الأموال بغبن فاحش⁽¹⁴⁵⁾. أما في حالة كون محل العقد لا يدخل في نطاق الأموال المذكورة أعلاه، فنجد رأي من الفقهاء يرى بأن العقد في مثل هذه الحالة يأخذ حكم العقد الصحيح اللازم، وعلى عكس ذلك يرى البعض أن العقد في هذه الحالة هو عقد صحيح لكن غير لازم من جانب المتعاقد المغبون، فيثبت له بذلك خيار الفسخ، بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن حكم الغبن يختلف في حالة إذا ما اقترن بتغريب أم لا، حيث يؤثر في لزوم العقد إذا ما اقترن بتغريب، بينما لا يؤثر في لزوم العقد في حالة عدم اقترانه بتغريب⁽¹⁴⁶⁾.

غير أننا لا نوافق الإتجاه القائل بعدم تأثير الغبن الفاحش في لزوم العقد، لأن القول بذلك يجعلنا نتساءل عن الفائدة من التمييز بين الغبن اليسير والغبن الفاحش إذا كان حكمهما واحداً؟، بالإضافة أنه ليس من المنطقي أن نجعل حكم الغبن الفاحش هو نفسه حكم الغبن اليسير، كما أننا نرى أن اعتبار العقد لازم رغم توفر غبن فاحش فيه، يجعلنا نقول أنه لا حماية للعائد الذي وقع في غبن فاحش، وهذا ما لا يتفق مع حقيقة وجوب حماية المتعاقد الذي وقع في عيب من عيوب الإرادة بما فيه عيب الغبن. كما أننا لا نتفق مع الإتجاه القائل بالتمييز في حكم الغبن الفاحش بين حالة الغبن المقترن بالتغريب وبين حالة الغبن المجرد عن التغريب، لأن القول بذلك سيؤدي إلى مزج بين عيب الغبن وبين عيب التغريب الذي يعد عيب مستقل بحد ذاته ويتميز عن عيب الغبن. لذلك نؤيد الإتجاه القائل بعدم لزوم العقد في حالة وقوع أحد المتعاقدين في غبن فاحش، وبذلك تقرير للمتعاقد المغبون إمكانية فسخ العقد أو إمضائه.

(145) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 463. وأحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 52.

(146) - حجة الإتجاه القائل بلزوم وصحة العقد رغم ما فيه من غبن فاحش، هي أن الغبن يرد على عقود المعاوضات، وهذه الأخيرة لازمة بطبيعتها، وضرورة حمايتها من الفسخ وعدم التيسير في أمر فسخها بمجرد وقوع غبن ما سيؤدي إلى تغيير طبيعتها بأنها عقود لازمة. أما الإتجاه القائل بعدم لزوم العقد بوقوع المتعاقد في غبن فاحش، فيرون أن المتعاقد المغبون قد وقع في ظلم فهو بذلك مظلوم ورفع هذا الظلم عنه يكون بجعل العقد غير لازم وإعطاء المتعاقد المغبون حق الخيار. أما الإتجاه الذي يميز فيما يخص حكم الغبن الفاحش بين الحالة التي يكون الغبن فيها ناشئاً عن تغريب، وهنا يحق للمتعاقد المغبون فسخ العقد، نظراً لما لحقه من تضليل وخداع وغش، أما في حالة كون الغبن لم ينشأ عن تغريب (غبن مجرد عن التغريب) فإن المتعاقد المغبون لا حق له في فسخ العقد، لأن الغبن الذي وقع فيه كان نتيجة تقصيره وعدم ترويحه. أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 175-178. وكذلك: د/ حمداتي شبيهناء ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 152-154.

الفرع الثالث

بيع ملك الغير كحالة خاصة من حالات الإبطال

يعد بيع ملك الغير من بين المواضيع التي أسالت الحبر، وذلك لغموض أحكامه، وكثرة الإختلاف الحاصل فيما يخص تكييفه وطبيعته فقهاً وتشريعاً، ولقد عالجه القانون المدني الجزائري في ثلاث مواد من المادة 397 إلى المادة 399. مبرزاً فيها شروط تحقق بيع ملك الغير، وكذلك مختلف أحكامه خاصة فيما يخص طبيعته أو تكييفه القانوني، واجتتاباً للتفصيل في مختلف هذه المواد، نكتفي بتحديد مفهوم بيع ملك الغير (أولاً)، ثم تحديد شروط تحققه (ثانياً)، ثم البحث في تكييفه القانوني وهو جوهر دراستنا (ثالثاً).

أولاً

مفهوم بيع ملك الغير

يعرف بيع ملك الغير بأنه ذلك البيع الذي يرد على شيء معين بالذات والصادر من غير مالكة، وذلك استناداً على الفقرة الثانية من المادة 397 التي تنص (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهولاً يملكه)، أما فيما يخص المقصود بالغير في هذا النوع من البيوع، فهو المالك الحقيقي، حيث أن هذا الأخير ليست له أية علاقة بالبيع الذي أبرم بين البائع والمشتري⁽¹⁴⁷⁾.

ثانياً

شروط تحقق بيع ملك الغير

بالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة 397 من القانون المدني الجزائري، نجد أنها تشترط لتحقيق ما يسمى ببيع ملك الغير أن يكون التصرف المبرم عقد بيع (أ)، وأن يرد عقد البيع على شيء معين بالذات (ب)، وأن لا يكون البائع مالكا للشيء للمبيع (ج).

(147) - في تعريف بيع ملك الغير أنظر: أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 17. وكذلك أنظر: د/ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاءً، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، الطبعة الثانية، د ز ب ن، 2007، ص ص 07-08.

أ- يجب أن يكون التصرف المبرم عقد بيع

لتتحقق بيع ملك الغير يجب أن يكون التصرف المبرم بين الطرفين عقد بيع، وعقد البيع طبقاً للمادة 351 من القانون المدني الجزائري هو (عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)، أما إذا لم يكن التصرف بيعاً فلا مجال لتطبيق أحكام بيع ملك الغير طبقاً للمادة 397⁽¹⁴⁸⁾.

ب- يجب أن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالذات

ذلك لأن المبيع المعين بالذات تنتقل ملكيته وقت انعقاد العقد، فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت إبرامه لعقد البيع، يكون البيع في هذه الحالة صادراً من غير مالك، و أما إذا ورد عقد البيع على شيء معين بنوعه فلا يعتبر بيعاً صادراً من غير مالك، أي لا يمثل بيعاً لملك الغير، لأن ملكية الأشياء المعينة بنوعها لا تنتقل وقت إبرام العقد، وإنما من وقت إفرازها، ومن ثم لا يشترط أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت إبرام عقد البيع⁽¹⁴⁹⁾.

ج- يجب أن يكون البائع غير مالك للمبيع

للقول بأننا في حالة بيع ملك الغير، يجب أن يكون هذا البيع صادر من غير مالك، أي أن البائع ليس مالكا للمبيع من جهة، وكذلك نزولاً عن مقتضيات القواعد العامة، يجب أن لا يكون المشتري مالكا للمبيع من جهة أخرى، حيث أنه في حالة امتلاك المشتري للمبيع نكون أمام عقد باطل لاستحالة المحل من جانب المشتري⁽¹⁵⁰⁾.

لكن لنفترض أن البيع صادر من الوكيل، والوكيل لا يعد مالكا للمبيع، فإنه طبقاً للنص الحرفي للمادة 397 من القانون المدني الجزائري، نقول كذلك بأن البيع الصادر من الوكيل يعد بيعاً لملك الغير، لذلك نرى وجوب استدراك النقص الموجود في عبارة المادة 397، وذلك بإضافة عبارة (بدون وجه حق)، فيصبح نص الفقرة الأولى من المادة 397 كالتالي (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه وبدون وجه حق...).

(148) - أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين)، المرجع السابق، ص 23. د/ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاءً، المرجع السابق، ص 14.

(149) - د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، د ز ط، الجزائر، 2000، ص 210.

(150) - المرجع نفسه، ص 211.

فإذا باع شخص شيء معين بالذات وهو ليس مالكا له، فلا يعد بيعا لملك الغير، وذلك في حالة إذا كان هذا الشخص قد خوله القانون ذلك، كما في حالة البيع الصادر من الوكيل، نظرا لوجود عقد وكالة بين الوكيل المتصرف والموكل المتصرف لحسابه.

ثالثا

التكليف القانوني لبيع ملك الغير

اختلف فقهاء القانون حول تكليف بيع ملك الغير، حيث ذهب البعض إلى القول بأنه بيع باطل، وحثتهم في ذلك هو انعدام سبب التزام المشتري بدفع الثمن وكذا استحالة المحل، حيث يستحيل على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري⁽¹⁵¹⁾، و يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي قد أخذ بهذا الاتجاه من خلال اعتبار بيع ملك الغير بيع باطل⁽¹⁵²⁾.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبار بيع ملك الغير هو بيع قابل للفسخ، نظرا لكون البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري لأنه لا يعد مالك له، فيكون من حق المشتري طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية⁽¹⁵³⁾.

في مقابل ذلك إتجه البعض الآخر إلى اعتبار بيع ملك الغير بيع قابل للإبطال لفائدة المشتري، وذلك على أساس أحكام الغلط، حيث أن المشتري لو كان عالما بعدم ملكية البائع للمبيع لما أبرم العقد⁽¹⁵⁴⁾. بينما أسس البعض الآخر قابلية بيع ملك الغير للإبطال على فكرة الاستحالة النسبية، لا المطلقة من خلال إمكانية البائع شراء المبيع من مالكة ليصبح هو مالكة، حتى يستطيع نقل الملكية إلى المشتري⁽¹⁵⁵⁾.

(151) - عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص49. وكذلك: د/ عبد الرحمان جمعة، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998، ص ص124-148. وأنظر: د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ط، مصر، 2005، ص18.

(152) - أنظر المادة 1559 من القانون المدني الفرنسي.

(153) - عبد الرحمان جمعة، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص148-156. وكذلك: أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص ص47-48.

(154) - عبد الرحمان جمعة، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص157-156.

(155) - عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص50.

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري، نجد أن المادة 397 تجعل من بيع ملك الغير بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، حيث نصت (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهولاً يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع...)⁽¹⁵⁶⁾. وبذلك يكون القانون المدني الجزائري قد تبنى خلافاً لنظيره الفرنسي القول الفقهي القائل بقابلية بيع ملك الغير للإبطال.

أما فيما يخص حكم بيع ملك الغير أو ما جرى على تسميته ببيع الفضولي عند الفقه الإسلامي، فنجد أن بعض الفقهاء يرون أن بيع الفضولي باطل، وذلك لانتهاء الملكية والولاية وهما شرطان للإنعقاد، حيث نجد أن الفضولي لا يعد مالكا وليس له ولاية التصرف على المبيع⁽¹⁵⁷⁾.

ذهب غالبية الفقهاء إلى القول بوقف بيع الفضولي على إجازة المالك، نظراً لأن حالات وقف العقد تنحصر في انعدام الولاية على نوع التصرف، وهذا ما أشرنا إليه في حالة العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية والدائر بين النفع والضرر، ويتحقق كذلك في حالة انعدام الولاية على محل التصرف، كما هو عليه الحال بالنسبة للتصرف الصادر من غير المالك ولم تكن له وكالة أو وصاية تصرف على محل العقد، وانطلاقاً من أن شرط الولاية على محل التصرف هو شرط نفاذ، فإنه في حالة تخلفه ينعقد التصرف موقوفاً، وهذا ما ينطبق على بيع الفضولي⁽¹⁵⁸⁾.

بدورنا نرجح قول غالبية الفقهاء، نظراً لأن وقف العقد فيه تسهيل لمعاملات الناس من جهة، وعدم تحقيق الإضرار بالآخرين من جهة أخرى، حيث لا يجبر شخص على بيع شيء يملكه، كما أن ملكية المحل ليس شرطاً للإنعقاد، وإنما وجود المحل هو الذي يعد ركناً في إبرام العقد، وملكية المحل تعد شرطاً نفاذاً يترتب على تخلفه عدم نفاذ العقد، فينعقد البيع موقوفاً.

(156) - للتفصيل في موقف القانون المدني الجزائري من بيع ملك الغير أنظر: د/ محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص 187-197. وكذلك: د/ خليل أحمد حسن فدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، المرجع السابق، ص 211-218. غير أننا إذا رجعنا إلى طبيعة العقد القابل للإبطال، نجد أنه بإجازته تتأكد صحته بصفة نهائية، وهو بذلك يسري في حق الأطراف وكذا في حق الغير، بينما نجد أن المشتري في بيع ملك الغير إذا ما أجاز البيع، يصبح البيع ساري إيجاباً ويبقى غير نافذ إيجاباً للمالك، كما أن العقد القابل للإبطال إذا لم يطالب بإبطاله مدة معينة يستقر نهائياً و تتأكد جميع آثاره، على خلاف في حالة بيع ملك الغير الذي يبقى لا ينتج آثاره حتى في حالة عدم المطالبة بإبطاله. كما أن بيع ملك الغير لا ينتج أثره قبل إقرار المالك، بينما العقد القابل للإبطال فهو ينتج آثاره إلى أن يحكم ببطلانه.

(157) - عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص 71. ود/ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 22-31.

(158) - د/ محمد أحمد الكرنبي، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي...، المرجع السابق، ص 53. ود/ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 32-42. وهو ما كرسه القانون الأردني، حيث نصت المادة 171 (يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غير ..).

كما أننا إذا بحثنا في مسألة المفاضلة بين اعتبار بيع ملك الغير قابلاً للإبطال طبقاً لإحكام القانون المدني الجزائري وغالبية التشريعات الوضعية ، وبين اعتبار بيع ملك الغير عقد موقوف طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي، فإننا نفضل اعتبار بيع ملك الغير أو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي عقد موقوف، نظراً لما يحقق ذلك من حماية للمشتري من جهة وللمالك الحقيقي من جهة أخرى، وذلك من خلال عدم إحداث العقد لأية آثار إلى غاية إقراره، أي من حيث الآثار القانونية التي يترتبها هذا البيع، فلو كان الحكم هو وقف آثار البيع، لما خفنا من أية آثار لعدم ترتيبها أصلاً ما دام المالك لم يقر البيع، أما في حالة الحكم بقابلية البيع للإبطال، فإن الآثار تترتب كاملة، وهذا من شأنه أن يضر بالمالك، كما لو تم بيع ملكه لمرة ثانية. هذا ما جعل أستاذنا محمد سعيد جعفرور يقول بأن إبطال العقد يعد بمثابة علاج، في حين يعتبر وقفه وقاية، والوقاية خير من العلاج⁽¹⁵⁹⁾.

كذلك نجد الأستاذ السنهوري يفضل القول بالوقف على القول بقابلية للإبطال فيما يخص حالة بيع ملك الغير، حيث يقول (يرجح العقد الموقوف على القابل للإبطال لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر، فإذا قلنا عقد الفضولي موقوف في الفقه الإسلامي فقد قلنا كل شيء، أما إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي قابل للإبطال، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه غير سار في حق المالك الحقيقي....)⁽¹⁶⁰⁾.

(159) - د/ محمد سعيد جعفرور، (بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص43.

(160) - نقلاً عن: أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة في ضوء القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص91.

المطلب الثاني

حالات فسخ العقد

الأصل في التعاقد أن كل متعاقد يقوم بتنفيذ ما التزم به اتجاه المتعاقد الآخر، ومذا سيؤدي إلى انقضاء العقد وتحقيق كل طرف متعاقد للغاية التي من أجلها أبرم العقد، غير أنه قد يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، وفي هذه الحالة يكون للمتعاقد الآخر متى توافرت مجموعة من الشروط أن يتحلل من العقد، وذلك من خلال قيامه بفسخ العقد.

إن الأصل في فسخ العقد أنه يتم بموجب حكم قضائي (الفرع الأول)، غير أنه قد يتم فسخ العقد دون الحاجة إلى حكم قضائي متى وجد اتفاق بين المتعاقدين على فسخ العقد بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه (الفرع الثاني)، كما قد يتحقق الفسخ في حالات أخرى بقوة القانون (الفرع الثالث)⁽¹⁶¹⁾.

الفرع الأول

الفسخ القضائي للعقد

يقصد بالفسخ القضائي أن العقد لا يُفسخ بإرادة الدائن لوحدها وبمجرد تحقق واقعة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وإنما يستلزم لفسخ العقد تدخل القاضي وصدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد (أولاً)، والقول بفسخ العقد قضائياً يستلزم توافر مجموعة من الشروط من جهة (ثانياً)، وكذلك وجوب إتباع الدائن مجموعة من الإجراءات من جهة أخرى (ثالثاً).

أولاً

تدخل القاضي لفسخ العقد

المقصود من فسخ العقد عن طريق القضاء، أنه لحل الرابطة التعاقدية لا بدّاً من تدخل القاضي، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه كقاعدة عامة⁽¹⁶²⁾، نظراً لما يمتاز به جزاء الفسخ من خطورة على وجود ومستقبل العقد⁽¹⁶³⁾.

(161) - في نظرنا لا يعد الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى عند الفقهاء بالإنفساخ من أنواع الفسخ، وه ما سنبينه عند التفصيل في أحكام الفسخ بقوة القانون. كما أشير أن دراستنا لحالات الفسخ ستكون دراسة موافقة لمنهجية القانون المدني الجزائري، تبعاً للمواد 119 و 120 و 121.

(162) - غير أنه استثناءً يمكن فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء إذا ما اتفق المتعاقدين صراحة على ذلك.

(163) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص123.

لذلك نجد أن فسخ العقد يستلزم تدخل القاضي واستصدار حكم يقضي بذلك، وهذا ما يفهم من نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري حيث نصت في فقرتها الأولى (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا أقتضي الحال ذلك).

فرغم أن المادة أعلاه لم تشر صراحة إلى وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد⁽¹⁶⁴⁾، إلا أن استعمال عبارة (له أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...) تقيد الفسخ القضائي، لأن المطالبة بحد ذاتها تكون أمام القضاء، بالإضافة إلى أن الفقرة الثانية من المادة أعلاه والتي نصت (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له رفض الفسخ...) تؤكد وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد، وأن حل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين تكون بحكم قضائي⁽¹⁶⁵⁾.

إن الحكمة من اشتراط وجوب تدخل القاضي في فسخ العقد إنما بقصد تفادي ما يمكن أن يقع من أحد المتعاقدين من ظلم نتيجة فسخه للعقد بإرادته المنفردة من جهة، و لكون القاضي المرفوع أمامه النزاع هو أعلم من الناحية القانونية بمدى توافر شروط الفسخ من عدمه من جهة أخرى⁽¹⁶⁶⁾، كما نرى أن اشتراط وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد هو كنتيجة حتمية لخطورة هذا الجزاء، و ما يترتب عليه من زوال العقد بأثر رجعي، الأمر الذي يستدعي عدم ترك توقيع هذا الجزاء للمتعاقدين دون تدخل للقضاء.

(164) - خلافا لنص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي التي نصت صراحة على وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد، حيث نصت في فقرتها الثالثة:

«La résolution doit être **demandée en justice**, et elle peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

(165) - أماوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 443. وأنظر أيضا : عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 124. وأنظر كذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص18. أنظر كذلك فيما يخص وجوب تدخل القاضي لفسخ العقد:

Patrick canin, Droit civil..., op. cit, p. 82 ; Christian Larroumet, Droit civil..., op. cit, p. 142 ; Gérard Légier, Droit civil..., op, cit, p102.

(166) - أماوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص444.

ثانيا

شروط فسخ العقد قضائياً

يشترط لفسخ العقد قضائياً طبقاً لأحكام المادة 119 من القانون المدني الجزائري، توافر مجموعة من الشروط سواء ما تعلق منها بطبيعة العقد المراد فسخه، وذلك بأن يكون من العقود الملزمة للجانبين (أ)، أو ما تعلق منها بالمدين من خلال ثبوت واقعة إخلاله بالتزامه (ب)، أو ما تعلق منها بالدائن بأن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (ج).

أ- أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين

إن المادة 119 تشترط لطلب الفسخ، أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، حيث نصت (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين....)، والعقد الملزم للجانبين طبقاً للمادة 55 من التقنين المدني الجزائري⁽¹⁶⁷⁾ هو العقد الذي يترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفي العقد⁽¹⁶⁸⁾، حيث نصت (يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً)، ومنه فإن الفسخ يرد فقط على العقود الملزمة للجانبين، ولعل الحكمة من ذلك يرجع إلى كون تقرير حق الدائن في فسخ العقد هو بغية تخلصه من الالتزامات التي تقع على عاتقه و ذلك حينما لا ينفذ المتعاقد الآخر التزاماته⁽¹⁶⁹⁾.

(167)- تقابلها المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص:

«Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres».

(168)- ويعرف الأستاذ *Gérard Ligier* العقد الملزم للجانبين بقوله:

« Le contrat synallagmatique ou bilatéral c'est tout contrat qui contient un engagement réciproque des contractants. P. ex, contrat de vente, le vendeur est obligé de livrer et de garantir la chose, alors que l'acheteur est obligé de la payer la prix». / voir : Gérard Ligier, Droit civil..., op, cit. p. 11.

(169)- بناءً على ذلك يرى غالبية الفقه أن أساس الفسخ يعود إلى فكرة ترابط الإلتزامات، حيث نجد في العقود الملزمة للجانبين رضاء كل متعاقد بالالتزامات التي تنقل عاتقه، إنما يقوم على اعتبار المتعاقد الآخر قد تحمل بدوره التزامات مقابلة. و لذلك فإن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية سيؤدي ذلك إلى سقوط التزامات المتعاقد الآخر المقابلة لها، لأن طبيعة العقود الملزمة للجانبين تقضي بعدم وجود التزام لا يقابله التزام آخر وما يؤدي ذلك إلى انعدام فكرة ترابط الإلتزامات. غير أن هناك من يرى أن أساس الفسخ يكمن في الشرط الفاسخ الصريح و هو ذلك الشرط الذي يتضمنه العقد في شكل بند صريح، حيث إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد الذي يربطه به، غير أن غالبية التشريعات تجيز فسخ العقد حتى في حالة عدم وجود اتفاق على الفسخ، وجعل الفسخ الاتفاقي (الشرط الفاسخ لصريح) استثناء من الأصل وهو الفسخ القضائي، وفي اتجاه آخر يرى البعض أن الفسخ أساسه يرجع إلى ما يعرف بالشرط الفاسخ الضمني، من خلال افتراض أن المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين قد اتفقوا ضمناً على شرط يقضي بفسخ العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته، غير أن هذا الرأي يؤدي بنا إلى القول أن تحقق الشرط الفاسخ الضمني وحده كاف لفسخ العقد و هذا ما لا يتفق مع ما ذهب إليه غالبية التشريعات الحديثة على غرار المشرع الجزائري، من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية سواء في قبول أو رفض طلب الفسخ و حتى منح المدين أجل لتنفيذ العقد، على خلاف ذلك يتجه بعض الفقه إلى تأسيس الفسخ على فكرة السبب القسدي من خلال الغاية المباشرة التي =

ويلاحظ على أن هذه الغاية لا تتحقق إلا في العقود الملزمة للجانبين على خلاف العقود الملزمة لجانب واحد نظرا لعدم إنشاء هذه الأخيرة لالتزامات متقابلة⁽¹⁷⁰⁾.

ب- إخلال المدين بالتزامه

لا يكفي كون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين وذلك للمطالبة بالفسخ، وإنما يشترط كذلك وجوب إخلال أحد المتعاقدين (المدين) بالتزامه المترتب عن العقد الذي أبرمه، وهذا ما أشارت إليه المادة 119 بنصها (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه...). وإخلال المدين بالتزامه قد يكون إخلال كلياً، و ذلك في حالة عدم تنفيذه لجميع التزاماته، و قد يكون إخلالاً جزئياً، بأن يكون المدين قد نفذ جزء من التزاماته وامتنع عن تنفيذ جزء منها⁽¹⁷¹⁾. كما تجدر الإشارة إلى أن إخلال المدين بالتزامه يتحقق كذلك في حالة تأخره في التنفيذ، كما في حالة تأخر البائع في تسليم المبيع، وفي حالات أخرى قد ينفذ المدين التزاماته غير أن هذا التنفيذ قد يكون معيباً، كما في حالة التنفيذ المخالف لما أتفق عليه في العقد⁽¹⁷²⁾، إن المدين في جميع هذه الصور يعد مخالفاً بالتزامه العقدي، ما يمنح للدائن الحق في التحلل من الرابطة العقدية عن طريق الفسخ.

غير أن إخلال المدين بالتزامه العقدي قد ينصب على التزامات رئيسية، و قد ينصب كذلك على التزامات ثانوية وعليه فهل يجوز للدائن في الحالتين طلب فسخ العقد؟

= يتوخاها كل متعاقد من جراء إبرامه للعقد، ففي العقود الملزمة للجانبين نجد التزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، وعليه فإن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته يجعل المتعاقد الآخر ملتزم بدون سبب، الأمر الذي يخول له طلب التحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ، غير أن المنطق القانوني يقضي في حالة تخلف السبب أن الجزاء هو بطلان العقد وليس الفسخ، و ذلك باعتبار أن السبب هو ركن من أركان العقد و تخلفه يجعل العقد باطل، بينما الفسخ يرد على عقد صحيح مكتمل الأركان. للتفصيل أكثر في أساس الفسخ أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 303. وكذلك: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص 19 وأيضاً: عبد الكريم بلعويور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 65-78. و أنظر كذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص ص 15-17.

(170) - عبد الكريم بلعويور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 127.

(171) - د/ أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، د ط، الإسكندرية، مصر، 2004، ص ص 06-07. و كذلك: حسين تونسي، إنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاول)، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 42. وأنظر أيضاً:

Patrick Canin, Droit civil ..., op. cit, p. 83 ; Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 541-542.

(172) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 374.

فمثلا نجد أن عقد البيع يرتب على عاتق البائع التزام أساسي (رئيسي) و هو نقل ملكية المبيع، وإلى جانب ذلك يرتب عليه أيضا التزام تباعي يتمثل في تسليم المبيع إلى المشتري، والتزامه أيضا بضمان عدم التعرض والاستحقاق كالتزامات تبعية ومرتبطة بالالتزام الرئيسي المتمثل في نقل الملكية⁽¹⁷³⁾. وكذلك التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فهو التزام رئيسي، فهو يتلزم أيضا بأن يكون انتفاع المستأجر هادئا خلال مدة الإيجار⁽¹⁷⁴⁾.

انطلاقا من الحكمة من تقرير حق الفسخ وهي حماية المتعاقد الذي لم يستوفي حقه من المتعاقد الآخر نتيجة إخلال هذا الأخير بالتزامه، فإن ذلك يستدعي عدم التمييز بين طبيعة الالتزامات التي هي محل إخلال المدين سواء كانت رئيسية أو تبعية، خاصة في ظل وجود ترابط فيما بينها من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن في بعض الحالات الإخلال بالالتزام التباعي يؤدي إلى ضياع المصلحة الناجمة عن تنفيذ الالتزام الرئيسي، كما في حالة عدم تسليم المبيع، فبالرغم أنه التزام تباعي، فإن ذلك سيؤدي إلى عدم تحقق الفائدة من تنفيذ البائع لالتزامه الرئيسي بنقل الملكية⁽¹⁷⁵⁾. لذلك نتوصل للقول بأنه سواء أخل المدين بالتزام رئيسي أو تباعي ففي كلتا الحالتين يحق للدائن طلب فسخ العقد.

غير أنه قد يتم فعلا أن يخل المدين بالتزامه العقدي، رغم ذلك نجد أن الدائن لا يحق له طلب فسخ العقد طبقا لأحكام المادة 119 من القانون المدني وهذا ما يتجسد في حالتين وهما:

الحالة الأولى: كون عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجع لسبب أجنبي

فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية راجع إلى سبب أجنبي لا يد له، فإن التزام المدين ينقضي وبذلك ينقضي الالتزام المقابل له⁽¹⁷⁶⁾، وعليه لا يمكن للدائن المطالبة بفسخ العقد طبقا للمادة أعلاه والتي تشترط أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين.

(173) - أنظر المواد من 361 إلى 386 من القانون المدني الجزائري.

(174) - أنظر المواد من 446 إلى 490 من القانون المدني الجزائري.

(175) - حيث نصت المادة 167 من القانون المدني الجزائري (الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم). كما قد نصت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (يتفرع عن الإلتزام بنقل حق عيني متى عين الشيء المعقود عليه، التزام تباعي، يتمثل في وجوب تسليم هذا الشيء): نقلا عن/ عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 129.

(176) - وفي هذه الحالة نكون في صدد حالة الفسخ بقوة القانون أو ما يسميه الفقه بالإنفاسخ.

الحالة الثانية: امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته امتناعاً مشروعاً

حيث يشترط على الدائن في طلبه فسخ العقد، أن لا يكون امتناع المدين عن تنفيذ التزامه امتناعاً مشروعاً، أي راجع إلى ممارسة هذا الأخير لحقه في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ⁽¹⁷⁷⁾، فإذا كان المدين قد تمسك بعدم التنفيذ بقصد حمل الدائن على تنفيذ التزاماته، فلا يجوز لهذا الأخير طلب فسخ العقد⁽¹⁷⁸⁾.

ج - أن يكون الدائن مستعد لتنفيذ التزامه و قادر على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ
لا يكفي للحكم بالفسخ أن يكون وارد على عقد ملزم للجانبين، وأن يخل المدين بالتزامه، وإنما يشترط كذلك في الدائن طالب الفسخ أن يكون قد نفذ هو التزامه أو على الأقل مستعد لتنفيذه، حيث ليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطالب بالفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام⁽¹⁷⁹⁾.

كذلك لما كان فسخ العقد يقضى بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فلا بدأ للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذي يطلب الفسخ قادر على رد ما أخذه بموجب تنفيذ العقد الذي تقرر فسخه⁽¹⁸⁰⁾، ويترتب على ذلك أن الدائن إذا قبض أو تسلم شيئاً من المدين كتفويض جزئي للعقد ثم طالب بالفسخ لأن المدين لم يقم بتنفيذ ما تبقى من التزاماته، فإن القاضي لا يستجيب لطلب الدائن بالفسخ إلا إذا كان قادراً على رد ما تسلمه من المدين، عملاً بقاعدة الأثر الرجعي للفسخ، أما إذا كان الدائن لا يستطيع الرد كتصرفه مثلاً في المبيع الذي تسلمه من البائع فإن ذلك يجعله عاجزاً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وهو ما يؤدي إلى فقدان حقه في طلب فسخ العقد منذ البداية، و يبقى أمام الدائن المطالبة بتنفيذ العقد باعتباره الطريق الذي لا يغلق في وجهه من الناحية القانونية، والذي يعد هو الأصل⁽¹⁸¹⁾.

(177) - سنفصل في أحكام التمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند دراسة آليات حماية العقد من الفسخ في الفصل الثاني.

(178) - د/ أنور طلبية، انحلال العقود، المرجع السابق، ص 09.

(179) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 577. وأيضا: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص 32.

(180) - حمو حسينية، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 27.

(181) - سنفصل في أحكام التمسك بالتنفيذ سواء التنفيذ العيني أو التنفيذ عن طريق التعويض عند دراسة آليات حماية العقد من الفسخ في الفصل الثاني.

أما إذا كانت استحالة الرد تخص المدين فلا يمنع ذلك على الدائن طلب الفسخ، مع إلزام المدين بالرد عن طريق التعويض كاستثناء عن الأصل وهو الرد العيني⁽¹⁸²⁾.

ثالثا

إجراءات فسخ العقد قضائياً

إن نشوء حق الفسخ للدائن بتوافر الشروط المطلوبة طبقاً للمادة 119 من القانون المدني الجزائري لا يعني تلقائياً أن العقد قد فُسخ، وإنما يجب على الدائن لإيقاعه إتباع إجراءات معينة، تتمثل بداية في وجوب إعدار المدين قصد حمله على تنفيذ التزامه (أ)، وبعد ذلك يجب على الدائن المتمسك بالفسخ رفع دعوى مطالبا فيها بفسخ العقد (ب)، رغم كل ذلك لا يعتبر الدائن متحلل من التزاماته نحو المدين، إلا بعد صدور حكم قضائي يقضى بفسخ العقد (ج).

أ- إعدار المدين

يشترط على الدائن قبل رفع دعوى الفسخ، أن يقوم بتوجيه إعدار للمدين مطالبا إياه بتنفيذ التزامه الناتج عن العقد المراد فسخه⁽¹⁸³⁾، ولقد أشارت إلى هذا الشرط المادة 119 بنصها (...). لتتأكد بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال (ذلك). تظهر أهمية اشتراط إعدار المدين قبل رفع الدائن لدعوى الفسخ في جعل القاضي أسرع للاستجابة لطلب الفسخ، بالإضافة إلى الحكم على المدين بالتعويض إلى جانب الحكم بالفسخ، من خلال إثبات تقصير المدين في تنفيذ التزامه⁽¹⁸⁴⁾.

مع الإشارة إلى كون الإعدار لا يعد إجراء ضروري فقط لفسخ العقد، بل حتى عند المطالبة بالتعويض، حيث نجد المادة 179 من القانون المدني قد نصت (لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك).

(182) - وهذا عملاً بأحكام المادة 122 من القانون المدني الجزائري، حيث نجدها قد نصت (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بتعويض). وهو ما سنفصل فيه عند دراسة أثر تقرير كلا من الإبطال والفسخ.

(183) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص33. وأنظر كذلك: قرار رقم 206796 مؤرخ في 2000/01/12، م ق لسنة 2001، العدد الأول، ص120. وأنظر أيضاً:

Philippe Le Tournou, La responsabilité civile professionnelle, 2^{ème}ed, Dalloz, Paris, 2005, p49.

(184) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص56.

غير أن التساؤل الذي يطرح عن حال دعوى الفسخ التي يرفعها الدائن والتي لم يسبقها توجيه إعدار للمدين؟

يرى الأستاذ عبد الكريم بلعور أن دعوى الفسخ التي لم يسبقها توجيه إعدار للمدين تكون صحيحة، وأن الدعوى في حد ذاتها تعتبر إعداراً للمدين بوجوب تنفيذ التزاماته⁽¹⁸⁵⁾، غير أننا وإن نوافقه على أن دعوى الفسخ الغير المسبوقه بالإعدار هي دعوى صحيحة، إلا أن القول بأن دعوى الفسخ بحد ذاتها تعد وتعتبر بمثابة إعدار وتقوم مقام هذا الأخير، نراه قول يتناقض مع ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 182115⁽¹⁸⁶⁾، والذي جاء فيه مايلي (...أن الطاعن لم يثبت أنه قام فعلاً بإعدار خصمه عند إخلاله بشروط العقد، فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما اعتبروا العقد الملزم للجانبين، مازال قائماً بينهما لأن إعدار المدين الذي لم يف بالتزامه ضروري، وليس اختياري، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن).

ف نجد أن المحكمة العليا لم تعتبر رفع الدعوى إعداراً للمدين قصد تنفيذ التزاماته، وإنما صرحت بوجوب إعدار المدين، وأن الإعدار في دعوى الفسخ إجراء ضروري وليس اختياري⁽¹⁸⁷⁾. ويمكن القول بناءً على القرار أعلاه بأن الإعدار إنما يشترط للحكم بالفسخ وليس لرفع دعوى الفسخ، حيث أن دعوى الفسخ التي يرفعها الدائن دون إعدار المدين تكون صحيحة قانوناً، أما الحكم بالفسخ فلا يكون إلا إذا أثبت الدائن قيامه بتوجيه إعدار المدين قبل رفعه لدعوى الفسخ.

لكن تجدر الإشارة إلى أن اشتراط وجوب إعدار المدين لفسخ العقد هو الأصل العام، غير أن الدائن طالب الفسخ يعفى من هذا الإجراء في بعض الحالات، كما في حالة تصريح المدين كتابة بأنه لن ينفذ التزامه، أو أن التزام المدين أصبح مستحيل التنفيذ بفعل المدين⁽¹⁸⁸⁾.

(185) - عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 133. وكذلك أشارت إلى هذا الرأي/ حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 28.

(186) - قرار المحكمة العليا رقم 182115 الصادر في 21/03/1994، م ق لسنة 1994، العدد الثاني، ص ص 167-169.

(187) - كما قضت المحكمة العليا بأن رفع دعوى الفسخ بدون إعدار المدين يستوجب على طالب الفسخ التعويض إذا ترتب عن ذلك ضرر وذلك حسب المادة 124 من القانون المدني، وهذا في قرارها رقم 34951 المؤرخ في 30/10/1985 والذي جاء كالآتي (ولما كان ثابتاً في قضية الحال - أن المطعون ضدها لم تنكر وجود الوعد بالبيع بينها وبين الطاعن ولأنها طالبت بفسخ هذا العقد دون إعدار المدين، فهي بذلك قد أخلت بالتزامها التعاقدية مسببة ضرراً للمدعي الذي من حقه أن يطالب بتعويض عما أصابه منه طبقاً للمادة 124 من القانون المدني). أنظر: م ق لسنة 1990، العدد الثاني، ص 44.

(188) - أنظر المادة 181 من القانون المدني الجزائري التي تحدد مختلف حالات التي يعفى فيها الدائن من توجيه الإعدار.

هكذا نصل للقول بأن الدائن إذا ما أختار طلب فسخ العقد وجب عليه القيام بتوجيه إعدار للمدين وهذا ما يعد دليلاً لمصلحته على أن المدين قد قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويحمل القاضي على الإستجابة لطلبه في فسخ العقد، كما نرى أن الرغبة في تفادي الفسخ لما يترتب عن هذا الأخير من زوال العقد، وتشجيعاً على تنفيذ العقود، وراء تقييد حق الفسخ بوجوب الإعدار.

ب - رفع الدائن دعوى الفسخ

لا يعد الإعدار الإجراء الوحيد المطلوب لفسخ العقد ، حتى ولو واصل المدين امتناعه عن التنفيذ بعد إعداره، وإنما يجب على الدائن أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ، حيث أن ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزاماته، لا يجعل العقد مفسوخاً بذاته، وإنما يجب على الدائن الذي يريد الفسخ إعلان رغبته في الفسخ بعد إعداره للمدين من خلال رفع دعوى الفسخ⁽¹⁸⁹⁾. إن الحكمة من ضرورة رفع دعوى الفسخ، هي أن الإعدار الذي يقوم به الدائن عند حلول أجل تنفيذ العقد قد يعقبه تسامح مع مدينه، وعليه من حق الدائن أن يبقى متمسكاً بالتنفيذ، و قد يبادر المدين إلى تنفيذ العقد بعد إعداره، لذلك لا يمكن القول بأن الإعدار كافٍ لإيقاع الفسخ وإنما يجب رفع دعوى للمطالبة به⁽¹⁹⁰⁾.

ج- صدور حكم يقضي بفسخ العقد

إن رفع الدائن دعوى قضائية مطالباً فيها القاضي بالفسخ لا يكفي، وإنما يجب لاعتبار العقد مفسوخاً أن يصدر حكم قضائي يقضى بذلك، ومن ذلك اعتبار الدائن متحلاً من التزاماته، فلا يكفي رفع دعوى الفسخ نظراً لإمكانية رفض القاضي دعوى الفسخ، لما له من سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب فسخ العقد، و كذلك إمكانية منح القاضي للمدين أجل لتنفيذ التزامه عوض الحكم بفسخ العقد⁽¹⁹¹⁾.

(189) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص31. حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ في تلك الحالة التي يتمسك فيها الدائن بالتنفيذ، حيث قضت المحكمة العليا بأن الحكم بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطلب ذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيء للمادة 119 من القانون المدني، إذا كان يتعين على قضاة الموضوع التقييد بالدعوى وطلباتها. أنظر قرار رقم 225843 المؤرخ في 20/02/2002، م ق لسنة 2002، العدد الثاني، ص 370.

(190) - أماروز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص445.

(191) - وهذا ما عملا بالمادة 119 من القانون المدني الجزائري والتي نصت في فقرتها الثانية (ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات).

كذلك يمكن للدائن الذي طلب فسخ العقد العدول عن ذلك للمطالبة بتنفيذ العقد، وجواز قيام المدين بالتنفيذ بعد رفع الدائن دعوى الفسخ طالما لم يصدر حكم نهائي يقضى بالفسخ⁽¹⁹²⁾. لذلك فإن القول بفسخ العقد يستلزم صدور حكم قضائي يقضى به⁽¹⁹³⁾، وحكم القاضي بالفسخ في هذه الحالة هو حكم منشئ للفسخ⁽¹⁹⁴⁾، مع أن رفع دعوى الفسخ لا يؤدي دائماً إلى حكم القاضي به، نظراً لما له من سلطة تقديرية اتجاه طلب الدائن المتضمن فسخ العقد⁽¹⁹⁵⁾.

لذلك نتوصل للقول بأن الفسخ وإن كان حق مقرر للدائن حماية له في اتجاه المدين المخل بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، إلا أن ممارسة الدائن لحقه في الفسخ يستوجب إتباع إجراءات معينة، من خلال وجوب إعدار للمدين، ووجوب رفع دعوى في حالة تمسكه بالفسخ، ثم صدور حكم يقضى بالفسخ، و بناءً على ذلك يتحلل الدائن من التزاماته اتجاه المدين المخل بالتزامه.

لكن القول بوجوب صدور حكم قضائي لاعتبار العقد مفسوخاً وإن كان هو الأصل في الفسخ إلا أنه لا يعمل به في كل الحالات، فقد يتحقق فسخ العقد دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي يقضى به، وذلك في حالة وجود انفاق بين المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، و هذا ما يسمى بالفسخ الإتفاقي للعقد.

(192) - وهو ما سنفصل فيه عند دراسة آليات حماية العقد من تقرير جزاء الفسخ المقررة من جانب المتعاقدين، سواء من خلال تمسك الدائن بالتنفيذ عوض الفسخ، وسواء من خلال تمسك المدين بالتنفيذ المتأخر لالتزامه. فيما يخص هذا الأخير قضت محكمة النقض المصرية بما يلي (إذا قام المدين بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ، يمنع قانونا الحكم بالفسخ)، وعليه فيجوز للمدين أن يقوم بتنفيذ التزامه بعد رفع الدائن دعوى الفسخ ما لم يكن قد صدر حكم نهائي يقضى بفسخ العقد.

(193) - هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها (من المتفق عليه فقهاً و قضاءً أن الشرط الفاسخ الضمني كالتأخر عن دفع الثمن لا ميعاده، لا يقضي بذاته بالفسخ، بل لا يبدأ لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك، وهذا الحكم يصدر بناءً على طلب البائع) نقلاً عن: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 577.

(194) - وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها (إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً بحكم المادة 157 (تقابلها المادة 119 من قانون المدني الجزائري)، لا استناداً إلى شرط فاسخ صريح في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له). نقلاً عن: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 577.

(195) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 379.

الفرع الثاني

الفسخ الإتفاقي للعقد

نظرا لما تتسم به إجراءات الفسخ القضائي بالبطء، وما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية سواء في رفض طلب الفسخ أو في منح المدين أجل لتنفيذ العقد، وهذا مالا يتفق مع إرادة الدائن الذي يريد فسخ العقد، أجازت المادة 120 من التقنين المدني الجزائري أن يتفق المتعاقدان على فسخ العقد كاستثناء (أولا)، لكن بتقييد وقوع الفسخ الإتفاقي للعقد بتوافر مجموعة من الشروط (ثانيا)، وضرورة إتباع الدائن مجموعة من الإجراءات من (ثالثا).

أولا

جواز الاتفاق على فسخ العقد

إن القاعدة التي تقضي بوجوب صدور حكم قضائي لفسخ العقد لا تعد من النظام العام، ويظهر ذلك في جواز اتفاق المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية⁽¹⁹⁶⁾، وهذا ما كرسه القانون المدني الجزائري في نص المادة 120 حيث نصت في فقرتها الأولى (يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي)⁽¹⁹⁷⁾. من خلال ذلك يظهر لنا أن الفسخ الإتفاقي قوامه الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حل الرابطة التعاقدية، وهو بذلك يتشابه مع ما يسمى بالإقالة، والتي هي اتفاق يرد على عقد قد تم تكوينه تكويننا صحيحا، يهدف من ورائه المتعاقدين إلى حل الرابطة التعاقدية⁽¹⁹⁸⁾.

(196) - أنظر:

Christian Larroumet, Droit civil..., op. cit, p. 781.

(197) - على خلاف المشرع الفرنسي الذي لم يضع قاعدة عامة للفسخ الاتفاقي، رغم أن القضاء في فرنسا يأخذ بحالة الفسخ الاتفاقي إذا اقترن بحسن النية، ومن ذلك نجد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة 1956 والذي جاء فيه ما يلي: «Si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134».

أشار إلى هذا الحكم: عبد الكريم بلعير، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص165.

(198) - في تعريف الإقالة راجع: إبراهيم أنيس محمد يحي، الإقالة (فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الفلسطينية، نابلس، فلسطين، 2009، ص ص50-51.

رغم أن غالبية التشريعات لم تأخذ بالإقالة كسبب من أسباب إنحلال الرابطة العقدية صراحة كما هو عليه الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري، غير أنه إذا رجعنا إلى نص المادة 106 منه التي تنص (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين)، يمكن أن نقول بجواز إقالة العقد بعد إبرامه، وذلك استناداً على عبارة لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، حيث يفهم منها جواز نقض العقد باتفاق الطرفين، وهذا الذي يسمى بالإقالة⁽¹⁹⁹⁾.

غير أن تشابه الفسخ الإتفاقي مع الإقالة من حيث اعتبار كلاهما اتفاق على حل الرابطة العقدية بإرادة المتعاقدين، لا يعنى القول بأن الإقالة هي صورة من الفسخ الإتفاقي، والقول بذلك نراه قول غير صحيح، وذلك لأن سبب حصول الفسخ الإتفاقي إنما يرجع إلى إخلال المدين بالتزامه، فلا مجال للكلام عن الفسخ الإتفاقي في حالة عدم ثبوت واقعة الإخلال من قبل المدين بالتزامه. بينما نجد في حالة الإقالة السبب يرجع إلى الإتفاق بحد ذاته، ولا يشترط لإقالة العقد وقوع إخلال من قبل أحد طرفي العقد بالتزامه⁽²⁰⁰⁾. كما أن فسخ العقد يكون بأثر رجعي كأصل عام وهو ما سندرسه لاحقاً في أثر تقرير الفسخ، بينما الأصل في الإقالة أن أثرها فوري أي مستقبلي، حيث تبقى الآثار التي رتبها العقد و ذلك قبل إقالته صحيحة وملزمة للجانبين معاً، ما لم يوجد اتفاق يقضي بسريان أثر الإقالة إلى الماضي كاستثناء بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير⁽²⁰¹⁾.

بعد تحديد طبيعة الفسخ الإتفاقي وتمييزه عن ما يسمى بالإقالة سواء من حيث سبب وأثر تقريرهما واحد، يلاحظ على أن حصول الفسخ الإتفاقي مرهون بتوافر مجموعة من الشروط.

(199) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 95.

(200) - إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة (فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 50-51.

(201) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 94-95. وكذلك أنظر: إبراهيم أنيس محمد يحيى، الإقالة (فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 50-51.

ثانيا

شروط فسخ العقد إتفاقيا

إلى جانب اشتراط أن يكون العقد الذي اتفق المتعاقدان على فسخه من العقود الملزمة للجانبين، وذلك باعتبار أن الفسخ لا يرد إلا على تلك العقود الملزمة للجانبين، وعملا بأحكام المادة 120 الخاصة بالفسخ الإتفاقي، فإنه لتحقيق هذا الأخير يجب أن يكون هناك اتفاق صريح على اعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي (أ)، وكذلك وجوب ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه (ب).

أ- وجود اتفاق صريح يقضي باعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة إلى حكم قضائي

للقول بالفسخ الإتفاقي للعقد يجب أن يكون هناك اتفاق صريح على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، عملاً بالمادة 120 والتي نصت (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا....)، غير أن وجود اتفاق يقضى بفسخ العقد بتلقاء نفسه لا يكفي للقول بفسخ العقد إتفاقيا، وإنما يجب أن يكون المقصود من هذا الاتفاق هو استبعاد الفسخ القضائي⁽²⁰²⁾، وهو ما أشارت إليه المادة أعلاه في عبارتها (... وبدون الحاجة إلى حكم قضائي).

لذلك لا يعد كل اتفاق فسحاً للعقد، فإذا تضمن الإتفاق عبارة أن يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ فلا نكون في صدد فسخ اتفاق، نظرا لعدم استبعاده اللجوء إلى القضاء، وكذلك إذا تضمن الإتفاق عبارة أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، فإنه في هذه الحالة يقتصر دور الإتفاق على منع القاضي من إعطاء المدين مهلة قضائية للتنفيذ⁽²⁰³⁾.

بالإضافة إلى اشتراط وجود اتفاق بين المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، فإنه يشترط كذلك لتحقيق الفسخ الإتفاقي ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه.

(202) - أماروز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص457.

(203) - علاق عبد الكريم، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص45. كذلك للتفصيل في جميع صور الإتفاق على الفسخ راجع: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص34-35.

ب- ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه

يشترط للتمسك بالفسخ الإتفاقي ثبوت و تحقق واقعة إخلال المدين بالتزامه (204)، حيث نصت المادة 120 من القانون المدني (يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة...)، ويعد شرط إخلال المدين بالتزامه شرط عام في جميع حالات الفسخ سواء في الفسخ القضائي أو في الفسخ الإتفاقي.

غير أن الملاحظ في نص المادة 120 أنها لم تحدد الالتزامات التي يمكن أن تكون محل اتفاق على الفسخ نتيجة عدم تنفيذها، وكذلك لم تلزم الأطراف بتحديد الالتزام الذي يجيز للمتعاقد عند عدم تنفيذه من المتعاقد الآخر أن يفسخ العقد، وعليه يمكن القول أن المادة 120 أعطت حرية واسعة للمتعاقدين في مجال الفسخ، لكن رغم ذلك يجب إخضاع اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد إلى مبدأ حسن النية، وبذلك عدم جواز الاتفاق مثلا على فسخ العقد في حالة الإخلال اليسير بالعقد (205).

على أن وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخا دون اللجوء إلى القضاء ، وثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه، لا يكون كافياً لفسخ العقد، وإنما يجب كذلك على الدائن إتباع إجراءات معينة.

ثالثا

إجراءات الفسخ الإتفاقي للعقد

لا يترتب على توافر شروط الفسخ الاتفاقي جعل العقد مفسوخاً تلقائياً، و إنما يجب على الدائن الذي يريد التمسك بالفسخ الإتفاقي مراعاة إجراءات معينة، سواء ما تعلق منها بإعذار المدين (أ)، أو ما تعلق منها بإعلان رغبته في التمسك بالفسخ الإتفاقي (ب).

(204) - حيث جاء في حكم محكمة النقض المصرية الصادر لسنة 1954 ما يلي (أن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليه). نقلاً عن: أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص457. لذلك فإن سلطة القاضي في حالة الفسخ الإتفاقي تكمن في البحث في مدي ثبوت واقعة الإخلال بالالتزام من عدمه من قبل المدين، ومن ذلك لا يمكن القول بأن العقد قد فسخ بموجب اتفاق سابق على الفسخ بين المتعاقدين إلا إذا تم وتحقق فعلاً إخلال المدين بالتزامه.

(205) - في وجوب مراعاة مبدأ حسن النية عند التمسك بالفسخ الإتفاقي أنظر: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص35.

أ- إعدار المدين

يعد الإعدار إجراء ضروري لفسخ العقد سواء كان فسخًا قضائيًا أو إتفاقيًا، وفيما يخص الفسخ الإتفاقي، نجد أن المادة 120 من التقنين المدني قد أوجبت إعدار المدين من قبل الدائن الذي يريد فسخ العقد، حيث نصت في فقرتها الثانية (وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين)⁽²⁰⁶⁾، حيث رغم وجود اتفاق بين المتعاقدين على فسخ العقد دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي يقضى بذلك، فإن ذلك لا يعفي الدائن من وجوب توجيه إعدار للمدين قصد تنفيذ التزامه.

غير أن الإشكال الذي تطرحه الفقرة الثانية من المادة 120 أعلاه يتمثل في عدم النص على جواز الإتفاق على الإعفاء من الإعدار على خلاف بعض التشريعات⁽²⁰⁷⁾. حيث أن القول بعدم جواز الإتفاق على إعفاء الدائن من إعدار المدين هو قول يتناقض مع المنطق القانوني، الذي يقضي بجواز الإتفاق على الإعفاء من الإعدار تبعا لجواز الإتفاق على فسخ العقد.

كما أن عبارة (الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين) تحمل العديد من الغموض، من خلال المقصود من تحديد الإعدار حسب العرف، فهل القصد من ذلك هو كيفية وطريقة القيام بالإعدار؟ فلنفترض عدم وجود عرف ينظم ويحدد كيفية حصول الإعدار، مع أن الأستاذ عبد الكريم بلعير يري أن المقصود من العبارة أعلاه هي المهلة التي يمنحها الدائن للمدين بعد إعداره و ذلك قصد تنفيذ هذا الأخير لالتزامه، حيث إذا لم يتفق المتعاقدين على تحديدها يرجع في أمر تحديدها إلى العرف⁽²⁰⁸⁾.

(206) - نرى أن عبارة (وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار) الواردة في الفقرة الثانية من المادة 120 أعلاه خاطئة، حيث بما أن المشرع في صدد النص على أحكام الفسخ الاتفاقي، ومن أحكام هذا الأخير وجوب إعدار المدين، فكان من المفروض أن يكون نص العبارة كالآتي (وهذا الإتفاق لا يعفي من الإعدار).

(207) - حيث نجد مثلا القانون المدني المصري يجيز الإتفاق على الإعفاء من الإعدار وذلك في حالة الفسخ الاتفاقي، حيث نصت المادة 158 منه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفي من الإعدار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه). أما بالنسبة للقانون المدني الكويتي فنجده يجيز كذلك الإتفاق على إعفاء الدائن من توجيه إعدار للمدين وذلك فيما يخص المسائل التجارية فقط، طبقا للمادة 210 والتي نصت (والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الأعدار، ولو اتفق على الإعفاء منه). أنظر فيما يخص نقد المادة 120 أعلاه: أمازو لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص459.

(208) - عبد الكريم بلعير، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص147.

لذلك في سبيل إزالة كل ما تحمله عبارة المادة 120 من غموض فإننا نرى بضرورة إلغائها، والنص على إمكانية الإتفاق على إعفاء الدائن من الإعذار⁽²⁰⁹⁾، أي تصبح الفقرة الثانية من المادة أعلاه) وهذا الإتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك).

ب- إعلان الدائن عن رغبته في التمسك بفسخ العقد

قد يتحقق عدم التنفيذ و ذلك في حالة الإتفاق المسبق على فسخ العقد، رغم ذلك يبقى العقد قائما من الناحية القانونية، ما دام الدائن لم يعلن عن رغبته في فسخ العقد. وهذا نظرا لكون عدم التنفيذ حتى في حالة الفسخ الإتفاقي ينشيء للدائن الحق في الفسخ، والرابطة العقدية لا تتحل إلا إذا تمسك الدائن به من خلال الإعلان عن رغبته في الفسخ⁽²¹⁰⁾.

إلا أن هذا الإعلان يجب أن يكون قاطعاً في دلالاته على الفسخ من جهة، وأن يتصل بعلم المدين من جهة أخرى⁽²¹¹⁾ عملاً بأحكام المادة 61 من القانون المدني، والتي نصت (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)⁽²¹²⁾.

في الأخير نقول أن اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد في حالة إخلال المدين بالتزامه، لا يجعل العقد منحلًا بصفة تلقائية حتى في حالة ثبوت واقعة الإخلال، بل إلى جانب وجوب كون المقصود من الإتفاق هو استبعاد اللجوء إلى القضاء، فإنه يجب كذلك على الدائن إتباع تلك الإجراءات المحددة لفسخ العقد اتفاقياً، سواء ما تعلق منها بوجوب إعدار المدين، وكذلك ما تعلق منها بوجوب إعلان الدائن عن رغبته في فسخ العقد من جهة أخرى.

(209) - أنظر علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص22.

(210) - حسين تونسي، إنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، المرجع السابق، ص48.

(211) - عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص175. وكذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص38.

(212) - للتفصيل فيما يخص الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني راجع: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص65. وأيضاً: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص101-102.

الفرع الثالث

فسخ العقد بقوة القانون

كما قد يفسخ العقد بقوة القانون وهو ما يسمى عند الفقهاء بالإنفساخ، و ذلك عملاً بأحكام المادة 121 من القانون المدني الجزائري حيث نجدها قد نصت (في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب تنفيذه انقضت معه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون). ومن ذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام وكانت هذه الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن هذا الالتزام ينقضي و يترتب على ذلك انقضاء الالتزام المقابل له، و يفسخ العقد بقوة القانون دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي يقضي بذلك⁽²¹³⁾. وعليه نجد أن فسخ العقد بقوة القانون يكمن أساسه في حالة استحالة التنفيذ (أولاً)، و ما يترتب على ذلك ضرورة تحديد من يتحمل تبعه انفساخ العقد بقوة القانون(ثانياً).

أولاً

استحالة تنفيذ العقد كأساس لفسخ العقد بقوة القانون

إن الفسخ بقوة القانون يقوم على أساس الإستحالة في تنفيذ العقد، غير أنه لا يجب القول بأن كل استحالة في تنفيذ العقد تؤدي إلى انفساخه، و إنما يجب أن تكون هذه الإستحالة ناشئة بعد إبرام العقد(أ)، وأن تكون استحالة التنفيذ مطلقة(ب)، وأن تكون هذه الإستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه(ج).

أ- نشوء استحالة التنفيذ بعد إبرام العقد

فالقول بفسخ العقد لاستحالة تنفيذه، يستوجب أن تكون هذه الاستحالة ناشئة بعد إبرام العقد، أما إذا كانت استحالة التنفيذ قد نشأت قبل إبرام العقد فلا نكون في هذه الحالة أمام انفساخ للعقد، وذلك لعدم وجود العقد أصلاً، وإنما نكون أمام حكم يختلف عن حكم الإنفساخ وهو بطلان العقد نظراً لاستحالة تحقق محل العقد⁽²¹⁴⁾.

(213) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص53.

(214) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص319. وكذلك: عبد الكريم بلعور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص195.

ب- وجوب كون استحالة التنفيذ مطلقة

حيث يجب أن تكون استحالة التنفيذ شاملة لجميع الالتزامات الناشئة عن العقد، أما إذا كانت هذه الاستحالة جزئية، أي قد انصبت على جزء من العقد دون بقية الأجزاء الأخرى، فإن العقد في هذه الحالة لا يفسخ و يظل قائما، ويثبت للدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ العيني لما مازال ممكنا من محل الإلتزام⁽²¹⁵⁾، مع أن حق المطالبة بالفسخ في حالة الإستحالة الجزئية يكون وفقا للقاعدة العامة الواردة في المادة 119 من القانون المدني⁽²¹⁶⁾.

ج- وجوب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي

يجب لفسخ العقد بقوة القانون، أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي، لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة مثلا⁽²¹⁷⁾، رغم أن المادة 121 الخاصة بالفسخ بقوة القانون لم تحدد مصدر الإستحالة⁽²¹⁸⁾. وعليه إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين فإنه لا يترتب على ذلك انفساخ العقد، وفي هذه الحالة للدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض⁽²¹⁹⁾، نظرا لاستحالة تنفيذ المدين التزامه عينيا وذلك وفقا لإحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري التي نصت (إذا استحال على المدين تنفيذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه.....)⁽²²⁰⁾.

(215) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، ص54. وكذلك: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص388.
(216) - عبد الكريم بليغور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص196.

(217) - لقد عرفت المحكمة العليا القوة القاهرة بأنها حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، بحيث لا يستطيع هذا الأخير أن يجتنبها أو أن يتحكم فيها، كما أنها تتميز القوة القاهرة بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها... وذلك في قرارها رقم 65920 المؤرخ في 1990/06/01، م ق لسنة 1991، العدد الثاني، ص88. للتفصيل أكثر فيما يخص تعريف القوة القاهرة وخصائصها راجع: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص376-367. وأيضا:

Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, pp. 76-77. ; Gérard Légier, Droit civil..., op, cit, pp. 88-89.

(218) - على خلاف نص المادة 307 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على وجوب أن تكون استحالة الوفاء ناتجة عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيها، حيث نصت (ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته). وكذلك نجد أن المادة 215 من القانون المدني الكويتي قد نصت على أن استحالة التنفيذ في حالة انفساخ العقد هي تلك التي يكون مصدرها سبب أجنبي عن إرادة المدين، حيث نصت (في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ينفسخ العقد من تلقاء نفسه...).

(219) - سنفصل في أحكام التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض عند دراسة آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من الدائن وبالضبط عن دراسة تمسك الدائن بتنفيذ العقد عوض تمسكه بالفسخ.

(220) - أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص380.

لكن الحكم بالتعويض عند استحالة التنفيذ يكون في حالة كون هذه الإستحالة يرجع سببها إلى المدين، أما إذا كانت استحالة التنفيذ تعود إلى سبب أجنبي فلا يحكم على المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه بالتعويض، وهذا ما قضت به المادة 176 بنصها (...ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون كذلك الحكم إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

ب- تحمل تبعة انفساخ العقد

إذا ما فسخ العقد بقوة القانون، فإن المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الذي يتحمل تبعة هذا الإنفساخ، إذ ينقضي بذلك الإلتزام المقابل ولا يستطيع المدين المطالبة بالتنفيذ، لأن هو لم ينفذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، وبذلك تقع عليه الخسارة ويتحمل هو تبعة انفساخ العقد⁽²²¹⁾. ففي عقد البيع مثلا إذا هلك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري لسبب أجنبي فإن البائع باعتباره المدين في الإلتزام بالتسليم لا يستطيع مطالبة المشتري بالثمن المتفق عليه، و كذلك يتعين عليه رده و ذلك في حالة كون المشتري قد دفع الثمن للبائع، ومن ثم نجد أن البائع هو من يتحمل تبعة الهلاك⁽²²²⁾. أما إذا كنا في عقد ملزم لجانب واحد كما في حالة عقد الوديعة بدون أجر فإن تبعة الهلاك في حالة استحالة التنفيذ الراجعة إلى سبب أجنبي يتحملها الدائن وهو المودع⁽²²³⁾.

(221) - د/ توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الإلتزام (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص338. وعبد الكريم بلعبور، نظرية الفسخ في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 202-203. أنظر أيضا: مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص48. بينما نجد في القانون المدني الفرنسي تبعة الهلاك الشيء محل الإلتزام بعد انعقاد العقد تكون على الدائن ولو تم الهلاك بعد التسليم، ما لم يكن الدائن قد أعذر المدين بالتسليم فتكون تبعة الهلاك على المدين. أنظر فيما يخص تحمل تبعة الانفساخ في القانون المدني الفرنسي:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 556-563. ;Christophe Lachièze, Droit des contrats, op. cit, p p. 144-145.

(222) - أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص471. وأنظر المادة 369 من القانون المدني الجزائري.

(223) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص322.

بعد دراستنا لأحكام الفسخ بقوة القانون، فإننا نرى أن هذا الأخير لا يعد نوعاً من أنواع الفسخ، وذلك من خلال عدم إمكانية إخضاعه للأحكام المنظمة لنظرية الفسخ، وهذا ما يظهر من عدة جوانب:

حيث نجد أن الفسخ وذلك بنوعيه القضائي والإتفاقي يقوم على واقعة إخلال وعدم تنفيذ المدين للالتزامه، غير أن هذا الإخلال يجب أن ينسب إلى المدين، بينما في الفسخ بقوة القانون فإن واقعة الإخلال لا تنسب إلى المدين وإنما إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. كذلك نجد أن الدائن لممارسة حقه في فسخ العقد سواء فسحاً قضائياً أو فسحاً إتفاقياً، فإنه لا بدّ عليه من توجيه إعدار للمدين كإجراء ضروري للفسخ، بينما في الفسخ بقوة القانون لا ضرورة من إعدار المدين، لأن الإعدار لا يكون إلا إذا كان التنفيذ ممكناً و في الفسخ بقوة القانون ينتفي هذا القصد لاستحالة التنفيذ. كما نجد أنه في الفسخ بنوعيه القضائي والإتفاقي، يجوز للدائن المطالبة بالتعويض و ذلك في حالة ثبوت تقصير من المدين، بينما الدائن في الفسخ بقوة القانون لا يمكنه المطالبة بالتعويض لأن عدم التنفيذ لا يرجع إلى تقصير المدين أصلاً.

كما أن القول بأن الفسخ بقوة القانون يعد نوعاً من أنواع الفسخ سيؤدي ذلك إلى تناقض مع أساس الفسخ، كون الفسخ بقوة القانون يمكن أن يرد كذلك على عقد ملزم لجانب واحد، ونحن نعلم أن أساس الفسخ يقوم على فكرة ارتباط الالتزامات التي لا يمكن تصورها إلا في العقد الملزم للجانبين، وبناءً على ذلك نرى أن الفسخ بقوة القانون لا يعد أن يكون نوعاً من أنواع الفسخ.

المبحث الثاني

أثر تقرير الإبطال والفسخ

يترتب على تقرير الإبطال وكذلك الفسخ زوال العقد، بحيث يصبح من الناحية القانونية منعدم الوجود، وهذا الزوال ينصرف إلى أطراف العقد أي المتعاقدين (المطلب الأول)، كما يمتد كذلك أثر تقرير كلاً من الإبطال والفسخ إلى الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر تقرير الإبطال والفسخ بالنسبة للمتعاقدين

إذا تم تقرير إبطال العقد أو فسخه أدى ذلك إلى زوال العقد فيما بين المتعاقدين وذلك بأثر رجعي (الفرع الأول)، والقول بزوال العقد بأثر رجعي نتيجة تقرير الإبطال أو الفسخ يترتب عنه عدة نتائج (الفرع الثاني)، وقد يترتب عن تقرير الإبطال أو الفسخ ضرراً، وهو ما يستوجب الحكم بتعويض للمتعاقد المتضرر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

زوال العقد بأثر رجعي

في حالة إذا ما تم تقرير الإبطال أدى ذلك إلى انهيار زوال العقد، وأعتبر كأنه لم يوجد، بمعنى أن العقد في حالة تقرير إبطاله يأخذ حكم العدم فيعتبر معدوماً⁽²²⁴⁾. وفي ذلك يقول الأستاذ علي سليمان أنه متى تقرر جزاء البطلان⁽²²⁵⁾ أدى ذلك إلى انهيار العقد⁽²²⁶⁾.

(224) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 215. وكذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 86. و: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 268.

(225) - استعمال الأستاذ علي سليمان لمصطلح البطلان نظراً لأن هذا الأخير بنوعيه (بطلان مطلق وبطلان نسبي) إذا ما تم تقريره أدى إلى تحقيق نفس الأثر وهو زوال العقد.

(226) - د/ علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص 83. كذلك أنظر:

Patrick Canin, Droit civil...., op. cit, p. 83. ; Christian Larroumet, Droit civil..., op. cit, p. 580.

نفس الشيء إذا تقرر فسخ العقد، حيث يترتب على فسخ العقد وفقاً للشروط والإجراءات المحددة قانوناً إنحلال العقد ومحو آثاره، وبالتالي زوال الإلتزامات التي كانت قد نشأت عنه⁽²²⁷⁾. لذلك نجد أن الإبطال والفسخ يشتركان من ناحية الأثر المترتب عنهما و هو زوال العقد.

غير أن هذا الزوال كنتيجة للإبطال أو الفسخ يستند إلى تاريخ إنعقاد العقد، بمعنى أن تقرير الإبطال أو الفسخ يكون بأثر رجعي، حيث أن محو آثار العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه لا يقتصر فقط على المستقبل، بل يمتد أيضاً إلى تلك الآثار التي رتبها العقد قبل الحكم بإبطاله أو فسخه⁽²²⁸⁾. ففيما يخص الإبطال نجد أن المادة 103 من القانون المدني الجزائري قد نصت (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله....)⁽²²⁹⁾. أما فيما يخص الفسخ فقد نصت المادة 122 من القانون المدني (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد...)⁽²³⁰⁾.

لكن يلاحظ على أن زوال العقد في حالة تقرير الإبطال أو الفسخ هو في حقيقته زوال غير طبيعي للعقد، نظراً لأن الإبطال أو الفسخ يحول دون تنفيذ العقد وإنتاج آثاره التي قصدتها الأطراف من التعاقد، فالأفراد عندما يبرمون عقد ما إنما بهدف تنفيذه قصد إشباع حاجياتهم. كما أن القول بزوال العقد بأثر رجعي من شأن ذلك أن يؤدي إلى زعزعة الثقة بين الأفراد وعدم استقرار المعاملات في المجتمع، وهذا ما جعلنا نقول بأن الإبطال و الفسخ جزاء خطير يؤثر سلباً على مصلحة الأفراد من جهة، وعلى مصلحة المجتمع من جهة أخرى⁽²³¹⁾.

(227) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص55. وحمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص86.

(228) - محمد حسن قاسم، (نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2010، العدد الأول، ص280.

(229) - تقابلها في بعض القوانين العربية: المادة 122 من القانون المدني المصري، والمادة 316 من قانون الإلتزامات المغربي. والمادة 187 من القانون المدني الكويتي. والمادة 138 من القانون المدني العراقي. للتفصيل في الأثر الرجعي للإبطال راجع: لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص85.

(230) - تقابلها في بعض القوانين العربية: المادة 160 من القانون المدني المصري. والمادة 212 من القانون المدني الكويتي، والمادة 247 من القانون المدني الأردني، والمادة 336 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية. للتفصيل في الأثر الرجعي للفسخ راجع: مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، المرجع السابق، ص37.

(231) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص215.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على زوال العقد بأثر رجعي

يجب التمييز في تحديد النتائج المترتبة على زوال العقد بأثر رجعي في حالتي تقرير الإبطال والفسخ، بين تلك الحالة التي يكون فيها العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه لم يتم تنفيذه (أولاً)، وبين تلك الحالة التي يكون فيها الإبطال والفسخ قد تقرر لاحقاً لتنفيذ العقد (ثانياً).

أولاً

حالة عدم تنفيذ العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه

بتقرير إبطال العقد أو فسخه ينشأ التزام على عاتق كل متعاقد بعدم مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذه وذلك في حالة كون العقد لم يتم تنفيذه بعد، حيث أن تقرير الإبطال و الفسخ يمنع تنفيذ العقد، بحيث لا يستطيع أي من المتعاقدين إجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ عقد قد زال ولم يبقى له وجود⁽²³²⁾.

ثانياً

حالة تقرير الإبطال و الفسخ بعد تنفيذ العقد

إذا تقرر إبطال العقد أو فسخه بعد تنفيذه من قبل المتعاقدين، كما في حالة التنفيذ الجزئي، فإن تقرير الإبطال أو الفسخ ينشأ التزام على كل متعاقد برد ما تحصل عليه عملاً بقاعدة الاسترداد⁽²³³⁾. فقاعدة الاسترداد تفترض أن المتعاقدين قاموا بتنفيذ العقد كلياً أو جزئياً ثم تقرر إبطال العقد أو فسخه، وهو ما يستوجب على كل متعاقد رد ما استلمه من المتعاقد الآخر بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه⁽²³⁴⁾.

(232) - د/ أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008، ص158. وكذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص86. وأيضاً: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص201.

(233) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص192 و314. وكذلك: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص269 و381.

(234) - أنظر:

Gérard Léger, Droit civil..., op. cit, p67 ; Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p59 ; Jean Carbonnier, Droit civil..., op. cit, p2100.

فمثلا لو أبرم عقد بيع و كان البائع قد سلم للمشتري الشيء المبيع وفي نفس الوقت قبض الثمن، فإذا تقرر إبطال عقد البيع التزم البائع برد الثمن للمشتري و التزم هذا الأخير برد الشيء المبيع للبائع .

نفس الشيء في حالة فسخ العقد، حيث نجد أن الدائن الذي يكون تلقي من المدين بعض الأداءات كتتفيذ جزئي للعقد قبل تقرير فسخه، فإنه يجب عليه رد ما تلقاه من المدين، لأن بفسخ العقد يزول المبرر القانوني الذي يسوغ له الإحتفاظ بما تلقاه، و من جهة أخرى له أن يطالب من المدين رد ما سلمه له بموجب العقد الذي تم فسخه (235). كما أن للدائن إلى جانب حقه في استرداد الأداء الذي قدمه للمدين، له أيضا المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحقه من فسخ العقد (236).

كذلك للمدين أيضا عملا بالأثر الرجعي للفسخ المطالبة باسترداد ما كان قدمه للدائن قبل فسخ العقد من جهة، وملزم برد ما أخذه من الدائن من جهة أخرى (237). و للمدين الحق في إجراء المقاصة مع الدائن، وذلك في حالة كون ما يجب على المدين رده و ما يحق له استرداده نقودا أو من المثليات، ولعل الحكمة من جواز إجراء المقاصة بين المدين والدائن هي عدم إجبار المدين على ما بذمته ثم سعيه من جهة أخرى إلى الحصول على حقه من المتعاقد الآخر، واعتبار المقاصة عملية قانونية مختصرة و التي تقيد المتعاقدين معا (238).

(235)- عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص215-216. وكذلك: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص ص87-88.

(236)- وهذا ما أقرته المادة 119 من القانون المدني بنصها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب المدين بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك....). وسنفضل أكثر فيما يخص مسألة حق الدائن في طلب التعويض عند دراسة أحكام التعويض عن الفسخ.

(237)- عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص218. وحمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 89.

(238)- تنص المادة 297 من القانون المدني الجزائري (للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل واحد منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع والجودة وكان كل منها ثابتا وخاليا من النزاع ومستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء...). فيما يخص حق المدين في إجراء المقاصة أنظر: عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص219.

لكن إذا كان الأثر الرجعي للإبطال والفسخ يقضي بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك من خلال استرداد كل متعاقد لما دفعه للمتعاقد الآخر فعلى أي أساس يتم هذا الإسترداد؟

إن الإسترداد في حالة الإبطال والفسخ يؤسس على أحكام الدفع غير المستحق⁽²³⁹⁾، فبالرجوع إلى نص المادة 144 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص (يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو لإلزام قد زال سببه)⁽²⁴⁰⁾، وبذلك نجد أن الوفاء الذي يتم كتنفيذ للالتزام لم يتحقق سبب وجوده أو زال سببه يعد وفاء أو دفع غير مستحق، ويجوز بناءً على ذلك للموفي استرداد ما دفعه، وهذا ما ينطبق في حالة تقرير الإبطال والفسخ، فنجد أن المتعاقد الذي قام بتنفيذ العقد له الحق في المطالبة باسترداد ما دفعه نظراً لزوال سبب التزامه بالوفاء أو الدفع و هو العقد الذي زال نتيجة تقرير الإبطال أو الفسخ⁽²⁴¹⁾.

من جهة أخرى نجد أنه في بعض الحالات يستحيل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وذلك من خلال استحالة استرداد ما سلمه المتعاقد، كما في حالة هلاك المبيع، وحالة كون العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه طبيعته من عقود المدة أو الزمنية، حيث أن الأصل أنه إذا تقرر الإبطال أو الفسخ، التزم طرفي العقد برد ما تحصلوا عليه من العقد الباطل أو المفسوخ، و في فرضية هلاك الشئ المبيع الذي تسلمه المشتري، نجد في مثل هذه الحالة لا يمكن للمشتري تنفيذ التزامه برد المبيع للبائع، وعليه لا يستطيع البائع الحصول على الأداء الذي قدمه للمشتري⁽²⁴²⁾.

(239) - يعد الدفع غير المستحق من تطبيقات قاعدة الإثراء بلا سبب، والتي مفادها أن كل شخص يثرى على حساب غيره دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثري به وفي حدود ما أفقر به الغير. ولقد اعتبره المشرع الجزائري مصدراً عاماً للالتزام طبقاً للمادتين 141 و 142. للتفصيل أكثر في موضوع الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق أنظر: د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2011، صص 246-257.

(240) - تقابلها المادة 182 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 297 من القانون المدني الأردني، والمادة 264 من القانون المدني الكويتي.

(241) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، صص 382. وكذلك: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، صص 315.

(242) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صص 220.

أمام هذا الوضع الذي يحول دون استقاء البائع لحقه في استرداد المبيع نجد أن المشرع الجزائري وضع قاعدة استثنائية، أجاز بموجبها للقاضي الحكم بالتعويض في حالة استحالة الرد العيني، ففيما يخص استحالة تحقق الإسترداد العيني عند إبطال العقد، نجد أن المادة 103 من القانون المدني قد نصت (يعاد المتعاقدان.....فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل). ونفس الشيء في حالة فسخ العقد حيث أقرت المادة 122 من القانون المدني أنه إذا استحال استرداد كل طرف لما تحصل عليه بموجب العقد الذي تم فسخه، كان للمحكمة أن تحكم بتعويض معادل، حيث نصت (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بتعويض).

بناءً على نص المادتين أعلاه إذا تقرر إبطال أو فسخ العقد، ولم يستطع أحد المتعاقدين رد الأداء الذي قبضه من طرف المتعاقد الآخر عيّنًا تعين عليه أن يرد بدلا منه تعويضا عادلا. كما في حالة هلاك المبيع، فيلتزم المشتري بتعويض البائع، لكن بشرط أن يكون هلاك المبيع راجع و بسبب خطأ المشتري. أما إذا كان الهلاك راجع إلى البائع أو إلى سبب أجنبي فلا يلتزم المشتري بالتعويض⁽²⁴³⁾.

كما أنه يستحيل إعمال الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ وما يستلزم ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، من خلال استرداد كل متعاقد لما دفعه، في حالة كون العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه عقد زمني، وهذا الأخير هو الذي يكون فيه الزمن عنصرا جوهريا، حيث تقاس فيه أداءات الأطراف بعنصر الزمن⁽²⁴⁴⁾.

(243) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص588.

(244) - يعرف الأستاذ *Patrick Canin* العقد الزمني بقوله:

« Le contrat successif (ou à exécution successive) est celui dont l'exécution des obligations d' au moins un des contractants se prolonge dans le temps pour une durée qui peut être déterminée ou indéterminée». Voir : Patrick Canin, droit civil..., op. cit, p. 26.

أنظر فيما يخص تمييز العقد الزمني عن العقد الفوري:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op.cit, pp. 45-46.

ما يلاحظ فيما يخص العقود الزمنية أنه في حالة تقرير إبطالها أو فسخها يستحيل إزالة آثارها التي ترتبت في الماضي، وعليه انطلاقاً من كون عقود المدة مرتبطة بعنصر الزمن، وهذا الأخير ما فات منه لا يمكن الرجوع فيه، فإن أثر إبطال أو فسخ مثل هذا النوع من العقود لا يسري إلى الماضي، أي يكون بأثر فوري⁽²⁴⁵⁾. كما في حالة عقد الإيجار، حيث أن المستأجر الذي انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير إبطال أو فسخ عقد الإيجار يستحيل عليه رد المنفعة التي تحصل عليها. وكذلك في حالة تقرير إبطال أو فسخ عقد العمل، حيث يستحيل على المستخدم في هذه الحالة رد الخدمة التي تحصل عليها من العامل الأجير نتيجة عقد العمل الذي تقرر إبطاله أو فسخه. ولمواجهة حالة استحالة الرد و أعمال الأثر الرجعي سواء للإبطال أو الفسخ في عقود المدة أجازت المادتين 103 و 122 من القانون المدني للمحكمة أن تحكم بتعويض معادل.

رغم أن القاعدة العامة في الإبطال والفسخ تقضي بزوال العقد بأثر رجعي، و ما يترتب على ذلك من رد كل متعاقد لما استلمه من المتعاقد الآخر، وهذا الرد يكون كلياً، غير أن المشرع الجزائري أورد على قاعدة الإسترداد الكلي استثناء فيما يخص إبطال العقد الذي أبرمه ناقص الأهلية.

(245) - لقد اختلف الفقهاء فيما يخص أثر الإبطال والفسخ في عقود المدة بين الرأي القائل بالأثر الفوري للإبطال والفسخ في عقود المدة، حيث أن الإبطال والفسخ عندما يرد على عقود المدة لا يسري بأثر رجعي، وبذلك لا تزول آثاره التي نشأت في الماضي، وإنما يكون أثره قاصراً على إنهاء العلاقة التعاقدية بالنسبة للمستقبل فقط، وهو موقف غالبية الفقه وإن اختلفوا في تبرير عدم رجعية أثر الفسخ والإبطال في عقود المدة، بين من يقول باستحالة رد الأشياء إلى أصلها، وبين القول أن الالتزامات في عقود المدة متعاقبة ومن ثم فإن فسخ البعض منها لا يؤثر على البعض الآخر الذي لم ينفذ بعد للتفصيل راجع:

Christophe Lachière, Droit des contrats, op. cit, p. 130 ;Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p.356. ;Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p. 84.

كما نجد رأي يذهب للقول بالأثر الرجعي للإبطال و الفسخ في عقود المدة: إن الإبطال والفسخ لهما أثر رجعي في جميع العقود دون تمييز بين عقود المدة والعقود الفورية، استناداً على كون النصوص القانونية المنظمة للإبطال والفسخ جاءت بصفة عامة دون تمييز بين عقود المدة والعقود الفورية، وهذا ما يتضح من أحكام المادتين 103 و 122 التي تقضيان بزوال العقد بأثر رجعي سواء في حالة تقرير الإبطال أو الفسخ، دون أن ترد أي استثناء خاص بعقود المدة، كما أن القول بعدم رجعية أثر الإبطال والفسخ في عقود المدة يؤدي إلى القول بأن وصف الفسخ في هذه العقود غير سائب، مع العلم أنها من العقود الملزمة للجانبين الذي يشملها وصف الفسخ، وعليه لا يمكن إخراج طائفة عقود المدة من مجال تطبيق نظرية الفسخ في جميع أسسها وقواعدها وما ترتبه من آثار قانونية. أنظر لتفصيل أكثر: حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 133. وكذلك أنظر: عبد الكريم بعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 223-226.

حالة إبطال العقد الذي أبرمه ناقص الأهلية

الأصل أنه إذا تقرر إبطال العقد التزم المتعاقدان برد ما تحصلوا عليه بسبب تنفيذ العقد الذي تم تقرير إبطاله، غير أنه استثناء إذا كان أحد المتعاقدين ناقص أهلية وأبطل العقد بسبب ذلك، فإن ناقص الأهلية لا يرد للمتعاقد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة⁽²⁴⁶⁾، عملاً بالمادة 103 حيث نصت في فقرتها الثانية (غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

إن المقصود بالمنفعة طبقاً للمادة أعلاه ليس الإغتناء، وإنما يراد بها أن يكون ناقص الأهلية قد استخدم ما حصل عليه لإشباع وتلبية حاجات حققت له نفعاً، كما في حالة دفع أجرة مسكن أو تسديد دين، أما إذا استخدم ما تحصل عليه في إشباع شهواته كما في حالة اللهو أو القمار، فإنه لا يلتزم بالرد، لأنه في هذه الحالة لم يصب منفعة من وراء تنفيذ العقد⁽²⁴⁷⁾.

انطلاقاً من القول بأن أساس استرداد كل متعاقد لما دفعه للمتعاقد الآخر في حالة تقرير الإبطال أو الفسخ يرجع إلى أحكام الدفع غير المستحق وذلك من خلال زوال سبب التنفيذ نتيجة لتقرير الإبطال وكذلك الفسخ، و بالرجوع إلى أحكام الدفع غير المستحق نجد أن المتعاقد الذي تسلم غير المستحق وهو لا تتوافر فيه أهلية التعاقد لا يلتزم برد إلا مقدار ما أثرى به. حيث نصت المادة 148 من القانون المدني الجزائري (إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثرى به)⁽²⁴⁸⁾.

(246) - وفي هذا المعنى يقول الأستاذ *Gérard Légier*:

« Afin que L'annulation ne se retourne pas contre l'incapable, qu'elle a pour objet de Protéger, celui-ci devra restituer, ne pas tout ce qu'il a reçu, mais seulement ce qui a tourné à son profit » ; Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p. 41. ; et voir: Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p. 60. ; Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 390.

(247) - أنظر فيما يخص المقصود من المنفعة: د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني...، المرجع السابق، ص 159. د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص 117. د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص 93.

(248) - تنص المادة 1241 من القانون المدني الفرنسي:

«Le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de la recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier ».

لذلك فإن إلزام ناقص الأهلية برد فقط مقدار ما عاد عليه من فائدة بسبب تنفيذ العقد، ما هو إلا تطبيق لأحكام الدفع غير المستحق⁽²⁴⁹⁾.

كما نجد أن المشرع الجزائري أورد استثناء آخر فيما يخص عدم جواز استرداد في حالة إبطال العقد لعدم المشروعية. وتتحقق عدم مشروعية العقد في حالة كون محل أو سبب العقد مخالف للنظام العام والآداب العامة⁽²⁵⁰⁾. فإذا رجعنا إلى القاعدة الرومانية التي مفادها (عدم جواز استرداد ما سلمه المتعاقد الملوث)، فإنه إذا تقرر إبطال العقد لعدم مشروعيته امتنع على المتعاقد الذي تسبب في عدم مشروعية العقد استرداد ما سلمه للمتعاقد الآخر، بمعنى آخر إذا قام أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد الذي تقرر إبطاله لعدم مشروعيته، فليس له المطالبة باسترداد ما دفعه إذا كان هو المتسبب في عدم مشروعية العقد (أي سبب عدم مشروعية العقد آت من ناحيته أو جهته)⁽²⁵¹⁾.

(249) - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص84.

(250) - راجع في فكرة النظام العام والآداب العامة: د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص544-558. وأيضا:

Christian Larroument, Droit civil..., op. cit, p p. 373-378. ; Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p p. 49-50.

(251) - للتفصيل أكثر فيما يخص قاعدة عدم جواز استرداد في حالة إبطال العقد لعدم مشروعيته أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص195. و د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص85.

لكن رغم أن هذه القاعدة تحمل نوعاً من الصواب من خلال عدم السماح للمتعاقد الملوث في استرداد ما دفعه كتتفيذ لعقد غير مشروع، و اعتبار ذلك جزءاً على ما صدر منه من غش، إلا أنه بالرجوع إلى منطق البطلان الذي يقضي بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، من خلال استرداد كل متعاقد لما سلمه للمتعاقد الآخر، فإن القول بعدم جواز الاسترداد في حالة بطلان العقد لعدم مشروعيته يتناقض مع ما قلناه حول منطق البطلان⁽²⁵²⁾. كما أن القول بعدم جواز الاسترداد يؤدي إلى ترتيب العقد الباطل لآثاره من خلال احتفاظ كل متعاقد لما تسلمه من المتعاقد الآخر كما في حالة كون عدم مشروعية العقد ترجع إلى المتعاقدين معاً، فما فائدة تقرير الإبطال في مثل هذه الحالة إذا قلنا باحتفاظ كل متعاقد لما تسلمه. وفي ذلك يقول الأستاذ بلحاج العربي أن القول بعدم جواز الاسترداد سيؤدي إلى تشجيع على الفساد، وذلك من خلال الوصول إلى نفس النتيجة المترتبة على العقد الصحيح⁽²⁵³⁾.

لكن رغم كل هذه الإنتقادات الموجهة للقاعدة الرومانية التي تقضي بعدم جواز استرداد المتعاقد لما سلمه إذا كان هو المتسبب في عدم مشروعية العقد، نجد أن القانون المدني الجزائري قد تبني هذه القاعدة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 103 والتي نصت (يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به)⁽²⁵⁴⁾. حيث بمقتضى الفقرة الثالثة أعلاه، فإن المتعاقد الذي تسبب في عدم مشروعية العقد، لا يجوز له المطالبة باسترداد ما سلمه للمتعاقد الآخر.

ويلاحظ على أن عدم جواز الإستراداد في حالة إبطال العقد لعدم مشروعيته لا يقتصر فقط على المتعاقد الذي تسبب في عدم المشروعية طبقاً لمضمون القاعدة الرومانية، وإنما يمنع كذلك من الإستراداد المتعاقد الذي كان يعلم بعدم مشروعية العقد، وإن لم يكن هو المتسبب في ذلك. لذلك يمكن أن نقول أن القانون المدني الجزائري إلى جانب تبنيه للقاعدة الرومانية، وسع من نطاق تطبيقها.

(252) - د/ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، د ز ط، تونس، 2004، ص 123.

(253) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 111.

(254) - مع أن الفقرة الثالثة من المادة 201 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تبنت مضمون القاعدة الرومانية، حيث نصت (لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب).

الفرع الثالث

التعويض عن الإبطال والفسخ

قد يترتب على تقرير إبطال العقد ضرر يلحق أحد المتعاقدين، ما يستلزم وجوب تعويض المتعاقد الذي تضرر من تقرير الإبطال (أولاً)، ونفس الأمر بالنسبة لفسخ العقد فقد يترتب على ذلك ضرر يلحق الدائن ما يستوجب تعويض هذا الأخير (ثانياً).

أولاً

التعويض عن الإبطال

إذا تقرر إبطال العقد وكان سببه أحد المتعاقدين، وأدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر الذي كان يعتقد بأن العقد الذي أبرمه صحيح، جاز لهذا الأخير طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه والناجم عن إبطال العقد⁽²⁵⁵⁾.

غير أن التساؤل الذي يطرح هو على أي أساس يستند عليه المتعاقد المتضرر من الإبطال في طلبه بالتعويض؟

يرى الفقيه الألماني "ايرنج" أن التعويض عن الضرر الناجم عن إبطال العقد يكون على أساس أحكام المسؤولية العقدية، وهذا انطلاقاً من نظرية الخطأ عند تكوين العقد. حيث يرى أن كل اتفاق مبرم ما بين طرفين يقترن به دائماً عقد ضمني يتعهد من خلاله كل طرف في العقد بضمان صحة العقد، فإذا تقرر بعد ذلك إبطال العقد وجب الحكم بالتعويض على من تسبب في تقرير الإبطال، ويكون هذا التعويض على أساس المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بعقد الضمان الذي اقترن بالعقد الذي تقرر إبطاله⁽²⁵⁶⁾.

(255) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 202. أنظر أيضاً:

Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p p. 66-67.

(256) - حول نظرية 'ايرنج' راجع: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ص 280 - 281. وكذلك: د/ توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 282. وكذلك: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص ص 200-201. وأنظر أيضاً:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p. 369.

غير أننا إذا بحثنا في أحكام المسؤولية العقدية نجدتها تقوم على أساس وجود عقد صحيح، ولا يمكن القول بأن العقد الذي تقرر إبطاله هو عقد صحيح، ومنه القول بناءً على ذلك أن التعويض الذي يحكم به القاضي يكون على أساس مسؤولية عقدية. لذلك نجد غالبية الفقهاء والتشريعات يؤسسون التعويض عن الضرر اللاحق من جراء تقرير الإبطال على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁵⁷⁾، أي طبقاً لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري متى توفرت شروطها⁽²⁵⁸⁾.

(257) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 281.

(258) - هي مسؤولية عن العمل الشخصي طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي تنص (كل فعل أيا كان، يرتكبه يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)، ومن خلال المادة 124 يتضح لنا أن أركان المسؤولية التقصيرية هي:

أولاً - الخطأ

فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، أي بمعنى الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف كان هذا خطأً منه يستوجب ذلك قيام مسؤولية التقصيرية. أنظر للتفصيل: د/ على فيلاي، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2005، ص 45. وأنظر كذلك في تعريف الخطأ التقصيري:

Patrick Canin, Droit civil....,op .cit, p p. 97-98. ; Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p. 116.

ثانياً - الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يقع خطأ وإنما يجب أن يترتب عنه ضرر، ويعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه. للتفصيل أنظر: د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 16. وأيضاً:

Gérard Légier, Droit civil...op. cit, p p.112-113. ; Patrick Canin, Droit civil.. ,op. ,cit, pp. 93-96.

ثالثاً - العلاقة السببية

وهو الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية ويعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي لحق بالمضروب. وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 في عبارة " و يسبب ضرراً"، لذا حتى يستحق الضرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر، و على المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية أن يثبت أن الضرر ناتج عن:

خطأ المضروب: ويقصد أن الضحية هو من وقع منه الفعل الضار، ومعيار قياس خطأ المضروب هو معيار الرجل العادي وبالتالي يعتبر المضروب قد ارتكب خطأ إذا ما انحرف عن سلوك الرجل العادي، ويستطيع المدعى أن يتمسك بخطأ المضروب ليس فقط في مواجهة المضروب وإنما في مواجهة ورثته إذا انتهى الحادث بموت المضروب مثلاً.

خطأ الغير: إذا وقع الخطأ بفعل الغير فلا يثار أي إشكال إذ تنتفي العلاقة السببية ويكون هذا الغير هو المسؤول الوحيد بالتعويض.

القوة القاهرة والحادث المفاجئ: ولقد اختلف الفقهاء حول استقلالية الحادث المفاجئ والقوة القاهرة وما ذهب إليه غالبية الفقهاء من القول بعدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ بحيث يعتبران شيئاً واحداً لا اختلاف بينهما، فيجب أن يجتمعا فيهما صفة عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع وإلا كان سبباً غير أجنبي، بالإضافة إلى أن القانون يعطي للحادث المفاجئ حكم القوة القاهرة من حيث اعتبارهما كسبب أجنبي يمنع من إقامة العلاقة السببية، أنظر في مفهوم ركن العلاقة السببية وحالات انتفاؤها : د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق ص ص 94-134. وكذلك للتفصيل فيما يخص مفهوم السبب الأجنبي راجع: د/ منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، د ز ط، عمان، الأردن، 1997، ص ص 451-456.

كما نجد أن القانون المدني الجزائري قد نص صراحة على إمكانية طلب التعويض عن الضرر الناتج عن إبطال العقد وذلك في حالة تقرير الإبطال فيما يخص بيع ملك الغير⁽²⁵⁹⁾، حيث نصت المادة 399 من القانون المدني (إذا أبطل البيع لصالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية).

كذلك نجد أن الحكم بالتعويض يخضع إليه أيضا ناقص الأهلية إذا ما استعمل طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته، حيث يلتزم بتعويض المتعاقد معه وذلك على أساس أحكام عيب التدليس، نظرا لأن التدليس يعد عمل غير مشروع⁽²⁶⁰⁾، رغم أن القانون المدني الجزائري لم ينص على ذلك صراحة على خلاف القانون المدني المصري، الذي نص في مادته 119 (يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته).

ثانيا

التعويض عن الفسخ

قد يحدث في الحياة العملية أن يفسخ العقد، ويسترد الدائن ما كان قد قدمه للمدين من أداء، ومع ذلك يلحق به ضرر من جراء فسخ العقد، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطلب إلى جانب الفسخ، كذلك التعويض عن الضرر الذي أصابه. هذا طبقا للمادة 119 من القانون المدني الجزائري التي نصت في فقرتها الأولى (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك). وهذا التعويض الذي يحكم به القاضي للدائن نتيجة للضرر الذي لحقه من فسخ العقد إنما يكون على أساس مسؤولية المدين التقصيرية كما أشرنا إلى ذلك في حالة التعويض عن الإبطال⁽²⁶¹⁾، حيث أنه بتقرير جزاء الفسخ يزول العقد، وبذلك لا يمكن تأسيس التعويض عنه على أحكام المسؤولية العقدية.

(259) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 279.

(260) - المرجع نفسه، ص 280.

(261) - المرجع نفسه، ص 280.

غير أن حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن فسخ العقد مقرر فقط للدائن دون المدين، الذي وإن لحقه ضرر من فسخ العقد فإنه لا يجوز له أن يطالب بالتعويض، لأنه يعد هو المتسبب في فسخ العقد و من ذلك يجب عليه تحمل وزر تقصيره⁽²⁶²⁾.

إلا أنه يجب عدم الخلط بين التعويض عن الضرر الذي ترتب عن فسخ العقد، طبقا للمادة 119 من القانون المدني، وبين حالة التعويض عند استحالة الاسترداد العيني المنصوص عليه في المادة 122 من القانون المدني، من خلال نصها (... فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض). حيث أن التعويض عن الفسخ طبقا للمادة 119 إنما يكون بسبب ما لحق الدائن من ضرر نتيجة فسخ العقد، ويكون كما أشرنا سابقا على أساس المسؤولية التقصيرية، بينما التعويض الوارد في المادة 122 فهو يخص حالة استحالة الاسترداد العيني لما تم تسليمه ويكون على أساس أحكام الدفع غير المستحق⁽²⁶³⁾. كما أن التعويض عن الضرر المترتب عن الفسخ هو حق للدائن فقط، بينما في حالة التعويض عن استحالة الاسترداد العيني، فهو حق ينصرف إلى الدائن و المدين⁽²⁶⁴⁾.

(262) - كما يجوز أيضا للدائن الجمع بين طلب التعويض مع طلب التنفيذ، عملا بالمادة 119 التي تنص (... أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحاليتين..)، غير أن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة لا يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، إنما على أساس المسؤولية العقدية، نظرا لكون أن العقد لازال قائما. راجع: بلعبيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص216.

(263) - المرجع نفسه، ص219.

(264) - حمو حسينة، إحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص89. و كذلك: عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص218.

المطلب الثاني

أثر تقرير الإبطال والفسخ بالنسبة للغير

لا يقتصر أثر تقرير الإبطال والفسخ على المتعاقدين فقط بل يمتد كذلك إلى الغير، وذلك من خلال زوال حقوق الغير كقاعدة عامة (أولاً)، غير أنه استثناء في بعض الحالات ومراعاة لحسن نية الغير من جهة وبهدف ضمان استقرار المعاملات من جهة أخرى، نجد أن أثر تقرير الإبطال و الفسخ لا يمتد إلى الغير وبذلك عدم المساس بحقوقه (ثانياً).

الفرع الأول

زوال حقوق الغير كقاعدة عامة

يقصد بالغير كل من اكتسب حقا على العين محل العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه⁽²⁶⁵⁾. كما يعرفه الأستاذ محمد ياسين الجبوري بأن الغير هو من يكون قد تعاقد مع المتصرف إليه في العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه و اكتسب حقا متعلقا بمحل العقد، وعليه فالغير هو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين⁽²⁶⁶⁾.

تقضي القاعدة العامة إذا تم تقرير إبطال العقد ترتب على ذلك زوال العقد بأثر رجعي، وهو ما يقتضي تأثر وزوال تلك الحقوق التي اكتسبها الغير قبل تقرير الإبطال⁽²⁶⁷⁾. فمثلا إذا كان العقد الذي تقرر إبطاله عقد بيع، و تصرف المشتري في العين محل العقد التي اشتراها برهنها إلى شخص آخر ثم تقرر إبطال عقد البيع، فإعمالا بالأثر الرجعي للإبطال فإن زوال ملكية المشتري بتقرير الإبطال يؤدي كذلك إلى زوال حقوق الدائن المرتهن، ومنه استرداد البائع ملكيه العين غير منقله بالرهن.

(265) - د/ أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني...، المرجع السابق، ص160.

(266) - د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص182.

(267) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص283. وكذلك: د/ خليل أحمد حسن قدارة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص93. كذلك: لعصامي الوردي، نظرية البطلان في التقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص126. كذلك أنظر:

Patrick Canin, Droit ciil..., op. cit, p. 59.

نفس الأمر إذا تقرر فسخ العقد فإن الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق متعلقا بالشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ، فإن هذا الحق يزول تبعا لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه نتيجة فسخ العقد. وبناءً على ذلك فإن حقوق الغير على المبيع مثلا سواء كانت حقوق ارتفاق أو انتفاع تزول بعد فسخ العقد بين المتعاقد الدائن والمدين، فتعود بذلك العين المباعة خالية من كل الحقوق التي رتبها المدين عليها⁽²⁶⁸⁾.

إن بتقرير فسخ العقد يعفى الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه من الالتزامات التي كانت على عاتقه سواء في اتجاه المدين الذي تعامل معه وكذلك اتجاه الغير، و بذلك لا يجوز للغير التمسك اتجاه الدائن الذي فسخ العقد لصالحه بالحقوق التي اكتسبها بتعاقدته مع المدين قبل تقرير الفسخ⁽²⁶⁹⁾. كما أنه لا يجوز للغير وفقا للقواعد العامة إنكار ميلاد العقد الأول من جهة، ولا يجوز له كذلك إنكار انحلاله من جهة أخرى، وإنما يجب عليه التسليم بهذا الإنحلال ويكون بالتالي للفسخ حجة على الكافة⁽²⁷⁰⁾.

إن الحكمة من تقرير قاعدة زوال حقوق الغير في حالتي تقرير الإبطال والفسخ، تكمن في أن المدين الذي رتب حقوقا لصالح الغير، يعد من الناحية القانونية بعد إيقاع الإبطال أو الفسخ غير مالكا للشيء المبيع مثلا، وبالتالي فإن كل ما رتبته من حقوق لا تسري في مواجهة المتعاقد الدائن باعتباره المالك الأصلي للمبيع، ما لم يقر هذا الأخير البيع وفقا لقواعد بيع ملك الغير⁽²⁷¹⁾.

(268) – أنظر: حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص93. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 227. و د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص56. وأيضا: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص316. وأيضا:

Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p105.

(269) – حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص94.

(270) – عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 227.

(271) – المرجع نفسه، ص227.

غير أن القول بزوال حقوق الغير في حالتي تقرير إبطال العقد أو فسخه عملا بالأثر الرجعي للإبطال والفسخ من شأن ذلك أن يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، وكذلك الإضرار بالثقة والائتمان، خاصة في حالة كون الغير حسن النية وهو ما يتطلب وجوب حمايته. لذلك نجد القانون المدني الجزائري على غرار غالبية التشريعات قد تعمد إلى توفير حماية للغير حسن النية من جهة، ولاستقرار المعاملات من جهة أخرى، وذلك كله من خلال تلك الحالات الإستثنائية التي لا تزول فيها حقوق الغير رغم تقرير الإبطال و الفسخ.

الفرع الثاني

الإستثناءات الواردة على قاعدة زوال حقوق الغير

إذا كانت القاعدة العامة في الإبطال والفسخ تقضي بزوال حقوق المتعاقدين وكذلك حقوق الغير، غير أنه يجب عدم الأخذ بها على إطلاقها، ففيما يخص الغير فقد يكون هذا الأخير حسن النية، بأن يكون جاهلا ما يهدد العقد من إبطال أو فسخ لذلك وجب حمايته. كما أن ضرورة استقرار المعاملات في المجتمع يستلزم عدم المساس بحقوق الغير في حالتي تقرير الإبطال والفسخ، وهذا ما تم تكريسه في ظل تلك الإستثناءات التي لا يمس فيها تقرير الإبطال والفسخ حقوق الغير.

أولا: الاستثناء الخاص بالغير الحائز لمنقول بحسن النية

إن الغير الحائز لمنقول أو حقا عينيا يكون في منأى عن أثر الإبطال و الفسخ الذي يقع بين من تلقى منه الحق والمتعاقد معه، وعليه فإن أثر الإبطال والفسخ في مثل هذه الحالة لا يمتد إلى الغير بل يقتصر فقط بين المتعاقدين⁽²⁷²⁾. حيث عملا بأحكام المادة 835 من القانون المدني الجزائري التي تنص (من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا، أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته....).

(272) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص230. وكذلك د/ محمد ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مراب إنعقاد العقد، المرجع السابق، ص184. وكذلك أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص119. وكذلك: د/ أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني....، المرجع السابق، ص161. وكذلك أنظر:

Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p. 59 . ; Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p. 550.

فرغم أن القاعدة العامة في الإبطال والفسخ هي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد و بذلك قيام كل طرف برد ما تحصل عليه من الطرف الأخر، غير أن ذلك يستحيل في حالة حيازة الغير للمنقول نظرا لتملكه من قبل هذا الغير بالحيازة، وهذا ما أشارت إليه المادة 835 بنصها (...فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته....). وعليه في هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي استحال عليه رد ما تسلمه نظرا لتملكه من قبل الغير عملا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بتعويض المتعاقد الآخر وفقا لإحكام المادتين 103 و122 من القانون المدني⁽²⁷³⁾.

غير أنه لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، والتي تقرت لحماية الغير من أثر تقرير الإبطال والفسخ، يجب أن تكون هذه الحيازة بموجب سند صحيح أي بمقتضى عقد صحيح⁽²⁷⁴⁾، وأن يكون الحائز حسن النية، أي لم يكن يعلم ما يشوب سند المتصرف من أسباب الإبطال أو الفسخ⁽²⁷⁵⁾. وحسن نية الحائز أمر مفترض، حيث أن واقعة الحيازة في حد ذاتها تعتبر قرينة على وجود السند الصحيح وعلى توافر حسن النية⁽²⁷⁶⁾، وفي ذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة 835 من القانون المدني (والحيازة في حد ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك)، وإن كانت تعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، حيث يمكن إثبات أن الغير الحائز لمنقول أو حقا عينيا كان على علم بما يهدد العقد الذي يربط سلفه بمن تعاقد معه من إبطال أو فسخ، وعليه فإن الغير في هذه الحالة يعد سيئ النية وبذلك لا تسري عليه ولا يستفيد من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن هذه الأخيرة تقرت لفائدة الغير حسن النية، وبناءً على انتفاء صفة حسن النية في الغير، فإن حقوق هذا الأخير تزول بتقرير الإبطال أو الفسخ، أي تطبيق القاعدة العامة في الإبطال والفسخ، فلا مجال لتطبيق الاستثناء⁽²⁷⁷⁾.

(273) - وفي هذه الحالة الإلتزام بالتعويض يكون على أساس أحكام الدفع غير المستحق.

(274) - للتفصيل فيما يخص السند الصحيح أنظر: د/ محمد فريدة زواوي، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 2002، ص ص 105-110.

(275) - المرجع نفسه، ص ص 111-112.

(276) - ويمكن القول بأن الحيازة والسبب الصحيح قرينة على الملكية.

(277) - حمو حسينية، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 99. وكذلك د/خليل أحمد حسن قداد، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق ص 93.

ثانياً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تقرر له حقا عينيا وشهره

إن نطاق حماية الغير حسن النية من أثر الإبطال والفسخ لا تقتصر على المنقول فقط، و إنما تمتد هذه الحماية كذلك إلى العقار⁽²⁷⁸⁾.

بداية نشير أنه في الجزائر يأخذ بنظام الشهر العيني وما يتطلبه ذلك من وجوب شهر الحقوق العينية وكل ما يرد عليها من تصرفات في البطاقات العقارية، وهذا حتى ترتب آثارها سواء بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، وذلك عملاً بأحكام الأمر رقم 75-74 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽²⁷⁹⁾. حيث نجد المادة 15 منه قد نصت (كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية. غير أنه نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية)، كما نصت كذلك المادة 16 منه على (إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية). لذلك نجد أنه لإمكانية التحجج بالحقوق العينية فيما بين المتعاقدين وكذلك في اتجاه الغير يجب شهرها وفقاً لقواعد الشهر. ومنه فإن الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار وقام بشهره فإن حقه لا يتأثر بتقرير إبطال أو فسخ العقد الذي أبرمه سلفه⁽²⁸⁰⁾.

غير أن اعتبار الغير حسن النية بمجرد الشهر هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فقد يكون الغير الذي قام بشهر حقه يعلم أن سند المتصرف مهدد بالإبطال أو الفسخ.

(278) - رغم أن حماية الغير حسن النية في حالة العقار في البداية اصطدمت بالقاعدة الشهيرة التي تقضي بأن (من لا يملك لا يستطيع أن يملك)، وعليه فإن فسخ العقد أو إبطاله يؤدي إلى زوال العقد بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، باعتباره تعامل مع شخص لا يعد مالكا في نظر القانون. غير أنه تخفيفاً على هذه القاعدة ورغبة في استقرار المعاملات في المجتمع، وإعمالاً بقاعدة (المظهر الخادع يحمي المخدوع)، تقرر وجوب حماية الغير متى كان حسن من أثر الإبطال و الفسخ، وذلك حتى وإن ورد محل العقد على عقار. أنظر: بلعيبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 231-232.

(279) - الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 82، الصادر في 18 نوفمبر سنة 1975.

(280) - راجع في هذا المعنى: د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني...، المرجع السابق، ص 161. وأيضاً: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 594.

وعليه إذا ثبت سوء نية الغير الذي تقرر لمصلحته حق عيني على عقار، فإنه لا مجال للقول بحمايته من أثر الإبطال أو الفسخ، فتقريرها سيؤدي إلى زوال حقه طبقاً للقاعدة العامة، والتي تسري عليه أيضاً في حالة قيامه بشهر حقه بعد تسجيل دعوى الإبطال أو الفسخ⁽²⁸¹⁾.

ثالثاً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تقرر له رهن رسمي

قد يلجأ المدين كضمان للوفاء بدينه إلى رهن عقار لفائدة دائئه رهنًا رسميًا، وهذا الأخير عرفته المادة 882 من القانون المدني الجزائري بأنه (عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)، وعليه فإن الرهن الرسمي يعد حق عيني تبعية⁽²⁸²⁾، يرد على عقار ويخول لصاحبه حق التتبع والتقدم⁽²⁸³⁾.

(281) - عبد الكريم بلعور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 232.

(282) - إن الدائن يمكن أن تواجهه مشكلتين: حق المدين في التصرف في أمواله فلا يستطيع الدائن الحجز عليها لاستيفاء حقه منها، والأخرى أن يكون المدين معسراً (أي لا تكفي أمواله للوفاء بديونه) ولا يجد الدائن وسيلة لاستيفاء حقه سوى الدخول في قسمة الغرماء مع باقي الدائنين، وعليه فقد لا يحصل على كامل حقه بل على جزء منه فقط. ولحل هاتين المشكلتين أوجد المشرع الحق العيني التبعية الذي يضمن للدائن الوفاء بحقه كاملاً من أموال المدين، فالحق العيني هو سلطة مباشرة للدائن على مال معين من أموال المدين يخول له حق تتبع هذا المال وحق الأولوية على سائر الدائنين. لتفصيل أكثر أنظر: د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2006، ص ص 11-13.

الحقوق العينية التبعية تتمثل في الرهن الحيازي، وهو حق عيني تبعية يرد على المنقول كما يرد على العقار، يخول لصاحبه استيفاء دينه متقدماً على سائر الدائنين ويخوله كذلك أن يتتبع المال محل حقه في أي يد يكون، والرهن الحيازي هو عقد ينشئ أيضاً الحق في احتباس ما في يد الدائن ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين. وحق الإختصاص والذي هو حق عيني تبعية يخول لصاحبه سلطة مباشرة على عقار مملوك لمدينة، حيث لا يرد حق الإختصاص إلا على العقارات ولا يمكن أن يرد على المنقول هذا ولا ينشأ حق الإختصاص بموجب عقد وإنما مصدره من القضاء بناءً على طلب يقدمه الدائن على سند واجب التنفيذ. بالإضافة إلى حق الإمتياز وهو حق عيني تبعية ينقرر بنص القانون يخول للدائن أسبقية في اقتضاء حقه مراعاة لصفته، وحق الإمتياز يعطى أولوية بنص القانون لبعض من الحقوق مراعاة لصفقتها، ويترتب على ذلك تخويل صاحبها ميزة استيفاء حقه من أموال المدين كلها أو بعضها متقدماً بذلك على الدائنين الآخرين. هذا وقد يكون حق الإمتياز عاماً يقع على كل أموال المدين، كما قد يكون خاصاً فيرد على منقول أو عقار معين. للتفصيل في كل هذه الحقوق العينية التبعية راجع: د/ رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مصادر وأحكام الحقوق الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني)، منشورات الحلبي القانونية، د ز ط، بيروت، لبنان، 2002، ص ص 10-12.

(283) - حق التتبع: يعطى الحق العيني التبعية للدائن حق تتبع المال الواقع عليه الحق (التأمين العيني) في أي يد كانت وذلك للحجز عليه واستيفاء حقه منه، مثال إذا تقرر لمحمد حق رهن على سيارة مملوكة لمدينة سالم وباع سالم هذه السيارة لشخص آخر هو إسماعيل، فإن من حق محمد تتبع هذه السيارة في يد إسماعيل والحجز عليها واستيفاء حقه منها.

حق التقدم: يقصد به الأسبقية أو الأفضلية على سائر الدائنين، أي أنه إذا تم الحجز على المال من دائن صاحب تأمين عيني ودائن عادي ليس له تأمين عيني على هذا المال ولم يكف المال للوفاء بالدائنين معاً. فلا يدخل الدائن صاحب التأمين العيني في قسمة الغرماء مع الدائن الآخر أو الدائنين الآخرين، بل يستوفي حقه كاملاً قبلهم بصرف النظر عما سيبقى بعد ذلك من الثمن. للتفصيل في حق التتبع وحق التقدم راجع: د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية (الرهن الرسمي، حق الإختصاص والرهن الحيازي وحقوق الإمتياز طبعة لآخر التعديلات ومزينة بأحكام القضاء)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2010، ص ص 113-156. وكذلك: د/ سي يوسف حورية، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص ص 118-136.

يعد الرهن الرسمي عقد شكلي، حيث أن الشكلية في الرهن الرسمي مطلوبة للإنعقاد، لذلك يجب تحرير الرهن من طرف ضابط عمومي وفي حدود اختصاصه ووفقا للإجراءات التي حدتها القانون لتحرير العقود الرسمية⁽²⁸⁴⁾. حيث نصت المادة 883 من القانون المدني (لا ينقذ الرهن إلا بعقد رسمي....)⁽²⁸⁵⁾.

غير أن الإشكال الذي يطرح في الرهن الرسمي يكمن في حالة إبطال أو فسخ سند ملكية المدين الراهن، فإذا رجعنا إلى القاعدة العامة في الإبطال و الفسخ فإن حق الرهن الذي اكتسبه الدائن المرتهن بموجب عقد الرهن الذي أبرمه مع المدين الراهن يزول تبعا لزوال ملكية المدين الراهن نتيجة تقرير الإبطال أو الفسخ، وما يترتب على ذلك من استرداد العقار غير منقلاً بالرهن، لكن قد يكون الدائن المرتهن حسن النية باعتقاده أن ملكية العقار المرهون خالصة للمدين الراهن، وهو ما يستدعي وجوب حمايته، وهو ما تقرر بموجب المادة 885 من القانون المدني بنصها) يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه أو إلغاؤه، أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام العقد)⁽²⁸⁶⁾.

وعليه لا يكون للإبطال أو الفسخ أي أثر على الرهن الذي تقرر لصالح الغير، بل يبقى الرهن قائما و لو زال العقد بأي سبب من أسباب الزوال كالإبطال أو الفسخ، ما دام الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن⁽²⁸⁷⁾، لكن باعتبار حق الرهن من الحقوق العينية التي ترد على العقار فهو يخضع لنظام الشهر، ومن ذلك وجوب شهره طبقا لقواعد الشهر العقار⁽²⁸⁸⁾.

(284) – للتفصيل فيما يخص ركن الشكلية في عقد الرهن الرسمي أنظر: د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص ص 21-27. وكذلك: د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية...، المرجع السابق، ص ص 72-74.

(285) – أنظر أيضا المادة 2127 من القانون المدني الفرنسي تشترط كذلك الكتابة الرسمية في إنعقاد الرهن الرسمي.
(286) – تقابلها المادة 1034 من القانون المصري والتي تنص (يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن).

(287) – عبد الكريم بلعبيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 233.

(288) – حيث يسري قانون الشهر العقاري على كل الإجراءات الخاصة بقيد الرهن وتجديده و شطبه وإلغاء الشطب، هذا طبقا لنص المادة 905 حيث تنص (تسري على إجراء القيد و تجديده و شطبه و إلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري).

ولضمان الدائن المرتهن بقاء حقه في الرهن رغم إبطال أو فسخ سند ملكية المدين الراهن يجب شهر حق الرهن قبل تسجيل دعوى الإبطال أو الفسخ⁽²⁸⁹⁾. مع أن هذه القرينة المتمثلة في الشهر والتي يجب بموجبها حماية الغير من أثر الإبطال والفسخ، لا تعني بأي حال من الأحوال أنها قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وأن من قام بشهر حقه في جميع الحالات حسن النية، بل هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، ويكون ذلك من خلال إثبات سوء نية الدائن المرتهن الذي قام بشهر حقه، كما في حالة قيامه بالشهر وهو يعلم ما يهدد سند المدين الراهن من إبطال أو فسخ⁽²⁹⁰⁾. لذلك فإن الغير الذي يقوم بشهر حقه في الرهن وهو يعلم بأن سند مدينه الراهن مهدد بالإبطال أو الفسخ من جهة، أو أنه قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الإبطال أو الفسخ أو التأشير بهما على هامش العقد من جهة أخرى، لا ينجو من أثر الإبطال والفسخ، وذلك لانتهاء صفة حسن النية فيه، وبذلك تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانوناً له⁽²⁹¹⁾.

كذلك يمكن للمدين كضمان للوفاء أن يقوم برهن عقار رهنا حيازياً لفائدة دائنه⁽²⁹²⁾، فهل إذا تقرر إبطال أو فسخ سند المدين الراهن يؤدي ذلك إلى زوال حق الدائن المرتهن على العقار المرهون حيازياً تطبيقاً للقاعدة العامة في أثر الإبطال والفسخ، أم أنه يسري عليه الاستثناء الوارد على الرهن الرسمي طبقاً للمادة 835 من القانون المدني؟

أحالت المادة 950 الواردة في الأحكام الخاصة بالرهن الحيازي إلى تطبيق بعض أحكام الرهن الرسمي المقررة في المواد 891 و 893 و 904⁽²⁹³⁾. ونظراً لعدم الإحالة إلى تطبيق نص المادة 835 التي أقرت عدم سريان آثار الإبطال والفسخ في مواجهة الدائن المرتهن رهناً رسمياً متى كان حسن النية، فإن هذا الحكم لا يسري في اتجاه الدائن المرتهن رهناً حيازياً.

(289) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص 57.

(290) - عبد الكريم بلعور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 233.

(291) - المرجع نفسه، ص 234.

(292) - كما قد يرد الرهن الحيازي على المنقول خلافاً للرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار، كذلك يتميز الرهن الحيازي بأنه عقد رضائي لا يحتاج لإنعقاده إتباع شكلية معينة على عكس الرهن الرسمي الذي طبقاً للمادة 833 من القانون المدني هو عقد رسمي. كما أن الرهن الحيازي ينقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، بينما في الرهن الرسمي حيازة العقار المرهون تبقى لصالح المدين الراهن. راجع في إختلاف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي: د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية...، المرجع السابق، ص 145.

(293) - يعتبر تحديد الدين المضمون من الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الرهن، وتخصيص الدين يتم بتحديد من حيث =

لذلك إذا تقرر إبطال أو فسخ سند المدين الراهن أدى ذلك بالضرورة إلى زوال الرهن الذي رتبه لصالح الدائن المرتهن، واسترجاع العقار المرهون حيازيا عملا بقاعدة الاسترداد في حالتي إبطال العقد أو فسخه غير منقل بالرهن⁽²⁹⁴⁾.

رابعاً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تلقي حق بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة

إن عقود الإدارة الحسنة التي يبرمها المالك باعتباره هو الذي له حق الإدارة أو النائب عنه، سواء كانت هذه النيابة قانونية كما هو عليه بالنسبة للولي في إدارة ملكية ابنه القاصي، أو نيابة اتفاقية كما هو الشأن عليه بالنسبة للوكيل الذي يجوز له بناء على عقد الوكالة إدارة سواء كل أو جزء من ملكية الموكل، أو نيابة قضائية وذلك بتعيين القضاء حارس قضائي لإدارة الشيء المتنازع عليه⁽²⁹⁵⁾.

= المقدار، وقد يكون الدين المضمون معلقاً على شرط مستقبلي أو احتمالي، و في هذه الحالة لا مانع من ترتيب رهن ضماناً له طالما أن مقدار الدين معين وقت العقد. وإذا كان الدين يحتمل الزيادة كما في حالة فتح حساب جاري، فيجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه، ويعتبر هذا تحديداً كافياً للدين على أساس حده الأقصى لكي يكون معلوماً مسبقاً وقت الإنعقاد، لأن الدين لا يتعدى هذا الحد مهما كان، وهذا ما نصت عليه المادة 891 بنصها (يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين). راجع للتفصيل في ذلك: د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص ص 68-71.

يتميز عقد الرهن بتبعيته للدين المضمون سواء في نشأته وكذلك في إنقضائه، وهذا ما أشارت إليه المادة 893 من القانون المدني، فلا ينشأ الرهن مستقلاً بل هو تابع للدين الأصلي قصد ضمان الوفاء به، مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 891 الخاص بضمان دين مستقبلي أو احتمالي. كما أن الرهن يتبع أيضاً الدين الأصلي من حيث الانقضاء، فينقضي الرهن بانقضاء الدين المضمون عملاً بالمادة 933 والتي نصت (ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون....)، غير أنه استثناء ينقضي الرهن دون انقضاء الدين المضمون كما في حالة بيع العقار في المزاد العلني طبقاً للمادة 936، وكذلك حالة التطهير طبقاً للمادة 934، كما ينقضي أيضاً في حالة هلاك العقار المرهون طبقاً للمادتين 898 و 965، مع الإشارة أن هذه الحالة الأخيرة خاصة بالرهن الحيازي والتي يمكن تطبيقها بالنسبة للرهن الرسمي. راجع في ذلك: د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص ص 71 و 173-182.

إن الرهن الرسمي يتوافر شروطه الموضوعية والشكلية يرتب آثار فيما بين المتعاقدين وهذه الأخيرة محددة من المادة 898 إلى المادة 903. أما فيما يخص آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير فإنه لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بقيده، وهذا عملاً بالمادة 904 حيث نصت (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينياً على عقار....). بمعنى أن الدائن المرتهن لا يسمح له أن يتدرع بميزتي التتبع والتقدم ضد الغير، إلا إذا كان في وسع الغير وقت أن كسب حقه أن يعلم بوجود حق الرهن، لذلك اشترطت المادة أعلاه قيد الرهن لنفاذه في مواجهة الغير. والغير المقصود هنا كل صاحب حق يضار من وجود الرهن، سواء هو دائن مرتتهن آخر رسمياً أو حيازياً أو صاحب حق تخصيص أو صاحب امتياز وكل دائن عادي. راجع في ذلك: د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 103.

(294) -حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 100. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 234.

(295) -حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 100. وللتفصيل فيما يخص موضوع النيابة بأنواعها راجع: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ص 145-153.

إذا ما تقرر إبطال أو فسخ مثل هذا النوع من العقود فإنه يجب مراعاة في ذلك الحقوق التي اكتسبها الغير، وذلك من خلال عدم تأثير الإبطال و الفسخ على تلك الحقوق المكتسبة من الغير⁽²⁹⁶⁾.

إن الحكمة من تقرير ذلك ترجع إلى طبيعة هذه العقود أنها عقود إدارة حسنة يوجب القانون حمايتها من جميع أسباب زوال السند الذي تستند إليه الملكية كالإبطال والفسخ. كما أن استقرار المعاملات يتطلب عدم تأثير إبطال أو فسخ العقد الذي تستند إليه الملكية على أعمال الإدارة الحسنة، لأن القول بغير ذلك سيؤدي حتما إلى زعزعة الثقة بين المتعاملين⁽²⁹⁷⁾.

لذلك فإن الحقوق التي تلقاها الغير بناءً على عقود الإدارة الحسنة، لا تتأثر بتقرير الإبطال أو الفسخ، وهذا ما يعد استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بزوال حقوق الغير في حالتها إذا ما تم تقرير الإبطال والفسخ.

إن عدم تأثير حقوق الغير التي تلقاها من عقود الإدارة الحسنة من أثر الإبطال والفسخ، تبقى معلقة على مدى اعتبارها فعلا من عقود الإدارة الحسنة، وكل ذلك من خلال انقضاء التواطؤ والغش بين أطرافها، فإذا كان القصد من عقود الإدارة هو الإضرار بمن أبطل أو فسخ العقد لصالحه، كما لو أجر الشيء الذي كان محل للعقد المفسوخ لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو كان بدل الإيجار بخسًا لا يتناسب مع العين المؤجرة⁽²⁹⁸⁾، ففي هذه الحالات نكون أمام سوء نية بين من قام بعمل الإدارة ومن تلقى منه حقا بموجبها، وبالتالي لا نكون بصدد عقود إدارة حسنة، فإذا تقرر إبطالها أو فسخها زالت حقوق الغير تبعا لزوال العقد الذي اكتسب بموجبه الغير هذه الحقوق⁽²⁹⁹⁾.

(296) - أنظر: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص100.

(297) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص235.

(298) - تنص المادة 468 من القانون المدني الجزائري (لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. وإذا أبرم لمدة أطول من ذلك ترد المدة إلى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك).

(299) - أنظر: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص101. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص236.

خامسا: الاستثناء الخاص بالغير الذي تملك بالتقادم

يعرف التقادم المكسب بأنه وسيلة يستطيع بموجبها الحائز إذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب ذلك الحق⁽³⁰⁰⁾، وبذلك يعد التقادم المكسب وسيلة لاكتساب الملكية⁽³⁰¹⁾. بناءً على ذلك فإن التقادم المكسب يكسب الحائز ملكية الشيء محل الحيازة بمرور مدة زمنية معينة وبتوافر شروط معينة⁽³⁰²⁾.

(300) - لذلك فهو يختلف عن التقادم المسقط سواء من حيث النطاق: من خلال كون التقادم المسقط أوسع نطاقاً من التقادم المكسب، فهذا الأخير يشمل فقط الحقوق العينية التي يمكن وضع اليد عليها، بينما التقادم المسقط يشمل الحقوق العينية والشخصية ما عدا حق الملكية. وكذلك يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط من حيث المقومات: فالتقادم المكسب يقوم على قرينة ايجابية هي حيازة الشيء لمدة معينة، بينما يقوم التقادم المسقط على قرينة سلبية هي سكوت صاحب الحق عن اقتضائه أو استعماله لمدة معينة. وكذلك يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط من حيث الأثر: حيث أن التقادم المكسب إلى جانب تعزيز الحالة الواقعة يقوم بتحويلها إلى حق، أما التقادم المسقط فيقتصر دوره على تثبيت حالة واقعة استمرت مدة معينة من الزمن. وكذلك يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط من حيث حسن النية: حيث يعتد بحسن النية في التقادم المكسب (التقادم المكسب القصير)، بينما في التقادم المسقط لا يعتد فيه بحسن النية. للتفصيل أكثر أنظر: أحمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009، ص 26-32. وكذلك أنظر: محمد احمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص 90. وأيضا: د/ محمد فريدة زواوي، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، ص 53.

(301) - إلى جانب التقادم المكسب نجد طرق أخرى لاكتساب الملكية، سواء كانت عبارة عن وقائع مادية، كما في حالة الإستلاء طبقاً للمادة 773 من القانون المدني، وكذلك الالتصاق سواء كان التصاق طبيعي عملاً بالمادة 778 أو التصاق صناعي طبقاً للمادة 782 من القانون المدني. وكذلك يمكن اكتساب الملكية بالميراث طبقاً للمواد من 123-126 من قانون الأسرة الجزائري. كما قد تكتسب الملكية بتصرفات قانونية، كما في حالة الوصية طبقاً للمواد من 184-201 من قانون الأسرة، وكذلك عن طريق الشفعة عملاً بالمواد من 794-807 من القانون المدني، وكذلك العقد يعتبر من طرق اكتساب الملكية عملاً بأحكام المادة 792. للتفصيل في كل هذه الطرق: راجع أحمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب...، المرجع السابق، ص 35-56.

(302) - في البحث عن مدة التقادم المكسب وشروطه يجب التمييز بين:

التقادم المكسب الطويل حيث نصت المادة 828 من القانون المدني الجزائري (من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكاً أو خاصاً به، صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع). وعليه فإن الحائز لعقار أو منقول أو لحق عيني وارد على عقار أو منقول دون أن يكون مالكا له، واستمرت حيازته مدة خمسة عشر سنة، مع توافر شروط الحيازة القانونية وذلك من خلال كونها حيازة شخصية بظهور الحائز بمظهر المالك، وأن تكون الحيازة هادئة وذلك باستمرارها دون تعرض لها، وأن تكون حيازة علنية حيث يباشرها الحائز بصفة علنية. فإذا توفرت هذه الشروط وانقضت مدة خمسة عشر على الحيازة بدون انقطاع كان للحائز التمسك بملكية الشيء أو الحق العيني بصفة قانونية.

التقادم المكسب القصير حيث نصت المادة 828 في فقرتها الثانية (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات). وعليه يشترط في التقادم المكسب القصير بالإضافة أن ترد الحيازة بشروطها على عقار أو حق عيني عقاري، وجوب توافر لدى الحائز السند الصحيح وذلك حسب الفقرة الثالثة من المادة 828 والتي نصت (إذا وقعت... ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح...)، والسند الصحيح حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة (هو تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب الحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إظهار السند). وعليه فإن السند الصحيح هو تصرف صادر من غير المالك، ويكون من شأنه نقل الملكية لو كان صادراً من المالك، وأن يكون تصرف قانوني ناقلاً للملكية أو الحق العيني، وأن يكون السند الصحيح مشهوراً. ويجب أن يكون الحائز حسن النية، ويكون كذلك من خلال وقوعه في غلط يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو ==

لذلك فإن الغير (الحائز) الذي تملك بالتقادم حقوقا، لا تتأثر حقوقه بتقرير إبطال أو الفسخ العقد الذي وقع بين المتصرف والمتصرف إليه. فمثلا لو تقرر إبطال أو فسخ عقد البيع بين البائع والمشتري باعتبارهما طرفي العقد، لا يؤثر ذلك على حق الغير الذي اكتسبه طبقا لقاعدة التقادم المكسب، لأنه محمي من الناحية القانونية بهذه القاعدة التي تحول دون سريان أثر الإبطال و الفسخ اتجاهه⁽³⁰³⁾.

لكن الأصل إذا تقرر إبطال أو فسخ العقد، فالقاعدة العامة هي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومنه وجوب رد كل متعاقد لما تسلمه من المتعاقد الآخر بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه. ففي مثالنا أعلاه وجب على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد الشيء المبيع، غير أن المشتري يستحيل عليه رد المبيع للبائع نظرا لتملكه من قبل الغير وذلك عن طريق قاعدة التقادم المكسب، ولمواجهة حالة استحالة الرد لتملك الغير بالتقادم المكسب، أقرت المادتين 103 و122 من القانون المدني الجزائري ضرورة تعويض المتعاقد الذي تضرر نتيجة استحالة استرداد ما سلمه للمتعاقد الآخر، كما هو عليه بالنسبة للبائع الذي يستحيل عليه استرداد المبيع نظرا لتملكه من الغير بالتقادم، و ما يستلزم بذلك على المشتري تعويض البائع عن الضرر الذي هذا الأخير.

= صاحب الحق وهذا ما يفهم من المادة 824 التي نصت (يفترض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم)، وعليه إذا كان جهل الحائز ناشئا عن خطأ جسيم وكذلك حالة اغتصاب حيازة الغير بالإكراه، يعد في هذه الحالة سيء النية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 825 (...). ويعد سيئ النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه). وعليه إذا توافرت هذه الشروط فإن مدة التقادم المكسب تقصر إلى عشرة سنوات، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى جهل الحائز أنه يغتصب أو يعتدي على عقار أو حق عيني مقرر لغيره، و نظرا لاعتقاده أنه تلقي العقار أو الحق العيني من مالكة الحقيقي، فمثل هذا الحائز قد قام بكل ما يتطلبه القانون للحصول على ملكية العقار، ولكنه تلقى هذه الملكية من غير مالك أو من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي، عندئذ يقر القانون من حق هذا الحائز أن يكون مالكا لما تلقاه بعد مدة قصيرة قدرها بعشر سنوات. راجع: فيما يخص شروط التقادم المكسب الطويل والقصير: أحمد برادي، اكتساب الملكية بالتقادم المكسب...، المرجع السابق، ص118. وكذلك: د/ محمدي فريدة زواوي، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، ص89-122. على أن المشرع المصري طبقا لنص المادة 969 من القانون المدني، قصر مدة التقادم المكسب إلى خمس سنوات، حيث نصت (إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات...). وللتنصيص كذلك أنظر: د/ أنور طلبية، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، د ط، مصر، 2004، ص ص473-565.

ج- تقادم حقوق الميراث: إلى جانب التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير أضاف المشرع الجزائري نوع ثالث من التقادم المكسب، وهو تقادم حقوق الميراث، وذلك طبقا لنص المادة 829 من القانون المدني والتي حيث نصت (لا تكتسب في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة). وهو نفس اتجاه المشرع المصري من خلال المادة 970 التي نصت (في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث ثلاثين سنة). أنظر في تقادم حقوق الميراث أحمد برادي، اكتساب الملكية بالتقادم الكسب...، المرجع السابق، ص123.

(303)- عبد الكريم بلعبيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص236. د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص198.

سادسا: الاستثناء الخاص بالشركة الفعلية

عرفت المادة 416 من القانون المدني الجزائري الشركة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي تنتج عن ذلك). والقول بأن الشركة عقد⁽³⁰⁴⁾ طبقا للمادة أعلاه، فهي بذلك تخضع للأحكام العامة في إبرام العقود، وذلك من خلال وجوب توافر الأركان الموضوعية العامة في التعاقد⁽³⁰⁵⁾، بالإضافة إلى الأركان الشكلية⁽³⁰⁶⁾، كما أن القانون التجاري الجزائري⁽³⁰⁷⁾ يشترط كذلك وجوب توافر أركان موضوعية خاصة لقيام الشركة⁽³⁰⁸⁾.

(304) - بذلك يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالفقه التقليدي الذي ينظر إلى الشركة أنها عقد، وإخضاعها في ذلك سواء من حيث تنظيم العلاقة بين الشركاء فيما بينهم، وكذلك فيما يخص انقضاء الشركة وتصفيتهما إلى إرادة الأطراف، أما النصوص القانونية الموجودة فهي تكون مفسرة ومكملة لإرادة الأطراف الشركاء. على خلاف الفقه الحديث الذي يرى أن الشركة ليست عقد، من خلال تمييز الشركة سواء من حيث جواز تعديلها بأغلبية الشركاء، وكذلك من خلال تنظيمها لمصالح غير متناقضة، وما يترتب عن الشركة من نشوء شخص معنوي مستقل بإرادته عن إرادة الشركاء وهذا مالا نجده في العقود، لذلك يرى أنصار الفقه الحديث أن الشركة هي نظام قانوني. راجع في تفاصيل أكثر: د/ نادية فضيل أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص ص 22-26.

(305) - يقصد بالأركان العامة للشركة (الرضا، المحل، والسبب) طبقا للأحكام العامة في التعاقد، للتفصيل في أحكام هذه الأركان العامة راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية (الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2005، ص ص 244-254.

(306) الأركان الشكلية لعقد الشركة:

الكتابة: إن عقد الشركة من العقود المستمرة لفترات طويلة لذلك نجد غالبية التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري اشترط الكتابة لصحة عقد الشركة، وقصد اثبات ما ينضمه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة وكذلك الشركاء أنفسهم حيث نصت المادة 418 من القانون المدني على وجوب كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا، حتى وإن عدل العقد فإنه لا يبدأ من كتابة مختلف التعديلات."

الشهر: استلزم المشرع في الشركات التجارية إلى جانب الكتابة الرسمية الشهر، حيث أوجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا اعتبرت باطلة. راجع: د/ نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، المرجع السابق، ص ص 42-44.

(307) - أمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 نوفمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، الصادر 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج ر عدد 77 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1996. والقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 11، الصادر بتاريخ 09 فيفري 2005.

(308) - الأركان الموضوعية الخاصة بالشركة تتمثل: أ- تعدد الشركاء يستلزم ركن تعدد الشركاء من نص المادة 416 من القانون المدني، والتي نصت (الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر...). غير أنه يجوز تكوين شركة الرجل الواحد والتي تسمى (مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة)، ومسؤولية هذا الشريك محدودة بإطار المؤسسة التي أنشأها، فيسأل فقط في حدود الموال التي خصصها للمشروع. وركن تعدد الشركاء ليس قاعدة مطلقة بل يرد عليها استثناء إذ نجد في مجال الشركات ذات المسؤولية المحدودة قد وضع المشرع الجزائري حدا أقصى لقيامها وذلك في نص المادة 590 التي توضح ضرورة وجود عدد معين من الشركاء في هذا النوع من الشركات بحيث لا يجوز أن يتعدى عشرين شريكا وإلا تعرضت للإبطلال في حالة ما إذا لم تقم بتسوية وضعيتها في خلال سنة كاملة. ب- تقديم الحصص حيث يلتزم كل شريك =

لكن قد يتخلف أحد الأركان المطلوبة لقيام الشركة سواء ما تعلق منها بالأركان الموضوعية العامة أو الأركان الموضوعية الخاصة، كما قد يتخلف أحد الأركان الشكلية في قيام الشركة، ففي كل هذه الحالات يترتب على ذلك بطلان الشركة⁽³⁰⁹⁾، كما قد يقع أحد الشركاء في عيب من عيوب الإرادة، أو أنه قاصر أي ناقص الأهلية، ففي هذه الحالات تكون في صدد بطلان نسبي للشركة⁽³¹⁰⁾.

= بتقديم حصته للشركة، سواء كانت حصة نقدية لكون الشركة دائنا في حاجة إلى مال لمواصلة نشاطها لذا غالبا ما تتمثل حصة الشريك في تقديم مبلغ من المال، وفي هذه الحالة يجب عليه تقديم الحصة النقدية في الميعاد المحدد لها، وإذا لم يقدمها أو تأخر في دفعها التزم بالتعويض وقد تكون حصة الشريك عينية، أي تكون حصة الشريك متمثلة في مال معين غير النقود، كان يقدم الشريك عقارا أو منقولاً ماديا كآلة مثلا أو منقول معنوي كبراءة اختراع أو علامة تجارية أو محل تجاري أو دين له في ذمة الغير... إلخ، وتقديم الحصة يكون على سبيل التملك كما جاء في المادة 419 من القانون المدني و بالتالي تخرج نهائيا من ذمة صاحبها لتنتقل إلى ذمة الشركة فتكون جزء من الضمان العام المقرر لدائنيها، وبتقديم تلك الحصة يجب تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالبيع لاسيما إجراءات نقل الملكية وتبعية الملاك وضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية، فإذا كانت عقار يجب إتخاذ إجراءات الشهر والتسجيل وانتقال الملكية إلى الشركة، أما إذا كان منقول مادي وجب تسليمها، أما المنقول معنوي وجب إتباع إجراءات المتعلقة بنقل الملكية هذا المنقول المعنوي، أما إذا كانت الحصة العينية للشريك دين له في ذمة الغير، وجب إتباع إجراءات حوالة الحق ولا ينقضي التزامه إلا إذا تحصلت الشركة على أهم هذه الديون، ويبقى كذلك مسؤولا عن تعويض الضرر إذا لم توف الديون عند حلول أجلها، وهذا ما قضت به المادة 424 من القانون المدني. وهذا كله من أجل تمكين الشركة من جمع رأس مالها الفعلي حتى تستطيع النهوض بالمشروع، فضلا عن اجتناب ما قد يقع من غش في تقدير الحصص تتمثل في ديون قبل الغير يستحيل استيفاءها. كما قد تكون حصة الشريك في الإنضمام إلى الشركة متمثلة في عمل يؤديه لها، ويقصد بالعمل في هذا المجال هو العمل الفني، كالخبرة في مجال الإتجار أو التخطيط أو التسيير الإداري... إلخ. مع أن رأس مال الشركة يتكون من مجموع الحصص النقدية والعينية ولا تدخل في الاعتبار الحصص من العمل لكون الحصص النقدية والعينية هي التي تكون الضمان العام للدائنين نظرا لقبليتها للتنفيذ الجبري عليها.

ج- نية المشاركة يستخلص هذا الركن من المادة 417 من القانون المدني، ومقتضاه بذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك يتمثل في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء، وقوام هذه النية تتمثل في ثلاث عناصر:

1- إن الشركة لا تنشأ عرضا أو جبرا، وإنما تنشأ بين أفراد لهم الرغبة في إنشاء هذا الشخص المعنوي، فهي حالة إرادية قائمة على الثقة قصد تحقيق الهدف المنشود.

2- وجود تعاون إيجابي بين الشركاء من خلال اتخاذ مختلف المظاهر قصد تحقيق غرض الشركة كتقديم الحصص، وتنظيم إدارة الشركة والإشراف عليها ومراقبة أعمالها، وقبول المخاطر المشتركة التي قد تعترض المشروع.

3- المساواة بين الشركاء في المراكز القانونية، فلا تكون بينهم علاقة تبعية بحيث يعمل أحدهم لحساب الآخر، كما هو الحال في علاقات العمل إذ نجد تابع ومتبوع، بل يتعاون الجميع في العمل على قدم المساواة قصد تحقيق الهدف المنشود من خلال الشخص المعنوي، وركن نية المشاركة هو الذي يميز عقد الشركة عن بقية العقود الأخرى .

د- اقتسام الأرباح والخسائر يتمثل هذا الركن في رغبة الشركاء في جني الأرباح عن طريق إستغلال المشروع، وقابلية كل شريك في تحمل نصيب من الخسائر الذي قد ينتج عن إستغلال المشروع، وتخضع كيفية تقسيم الأرباح والخسائر إلى اتفاق الشركاء، شريطة ألا يدرج العقد التأسيسي للشركة حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إعفائه من الخسائر. راجع للتفصيل في كل هذه الشروط: د/ نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، المرجع السابق، ص 32-40.

(309)- ولكن بطلان الشركة قد يكون بطلانا مطلقا كما في حالة عدم مشروعية محل أو سبب عقد الشركة، كما قد يكون بطلان من نوع خاص كما في حالة تخلف أحد الأركان الشكلية لقيام الشركة، نظرا لعدم جواز وإمكانية أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وهذا خلافا لأحكام البطلان المطلق طبقا للمادة 102 من القانون المدني، حيث يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ولا يعد بطلان نسبي، نظرا لكون الخلل لم يكمل في إصابة أحد الشركاء بعيب من عيوب الإرادة أو لكونه ناقص الأهلية.

راجع: د/ نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص) المرجع السابق، ص 47-50.

(310)- للتفصيل راجع: د/ فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص القانونية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، د ذ ط، وهران، 2007، ص ص 71-73.

فالأصل أنه إذا تم تقرير الإبطال زال العقد بأثر رجعي سواء بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، ومنه وجوب إرجاع وإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد طبقاً لنص المادة 103 من القانون المدني.

غير أنه إذا كان العقد قد تم تنفيذه نفذ ونشأ عنه الشخص المعنوي، فإننا إذا طبقنا القاعدة العامة في الإبطال أدى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قام بها الشخص المعنوي وإزالة آثارها، الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو من الناحية الاقتصادية، فتطبيق الأثر الرجعي للإبطال يؤدي إلى تجاهل أوضاع ووقائع وجدت فعلاً في الفترة السابقة على الحكم بالإبطال، وأهمها وجود شخص معنوي ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائناً أو مديناً وحصل على أرباح وألحقته خسائر⁽³¹¹⁾، لذلك استقر الفقه والقضاء على أنه متى حكم بإبطال الشركة اقتصر آثاره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بإبطالها⁽³¹²⁾.

لكن الإقرار بوجود الشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة، ولا يرتكز على أساس وجود قانوني لذا تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية أو الشركة الواقعية، وترجع الحكمة من إيجاد نظرية الشركة الفعلية إلى قصد حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية، لأن الغير تعامل مع الشركة قبل الحكم بإبطالها على أساس أنها شركة صحيحة، ومن ثم فلا يسوغ مفاجئة هذا الغير الذي اطمئن إلى الوضع الظاهر بإبطال الشركة لسبب خفي عليه.

أما الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه هذه النظرية هو اعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة، فإذا تقرر الإبطال امتد أثره إلى مستقبل العقد فقط، أما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة لكن وجودها ليس له كيان قانوني وإنما كيان فعلي واقعي⁽³¹³⁾.

(311) - وفي ذلك يقول الأستاذ محمد حسي الجبر " إن تطبيق الأثر الرجعي للإبطال يجافي المنطق السليم وينكر العدالة". نقلاً عن: د/ نادية فضيل أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، المرجع السابق، ص 51.

(312) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص وكذلك: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 199.

(313) - د/ نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، المرجع السابق، ص 52.

لكن يشترط لتطبيق نظرية الشركة الفعلية أن تكون الشركة قد باشرت أعمالها قبل الحكم بالإبطال، أما إذا صدر الحكم قبل مباشرة الشركة أعمالها فلا يمكن القول بوجود كيان واقعي أو فعلي للشركة ومن ثم اعتبارها شركة فعلية، ومنه فإن تقرير إبطال الشركة يكون بأثر رجعي عملاً بالأصل العام في أثر تقرير الإبطال⁽³¹⁴⁾.

كما أنه لا يعترف بالشركة الفعلية في جميع حالات بطلان عقد الشركة، إذ هناك حالات لا يجوز فيها الاعتراف بوجود الشركة، بحيث لا يكون لها لا وجود قانوني ولا وجود فعلي للشركة، ففي هذه الحالات يعمل بالأصل العام في تقرير الإبطال⁽³¹⁵⁾.

(314) - هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في قرارها رقم 1198 المؤرخ في 20 جوان 1988، (أن المشرع اعتبر الشركة الباطلة لعدم شهر ونشر عقدها قائمة فعلاً فيما بين الشركاء في الفترة من تكوينها إلى طلب الإبطال، قد اشترط أن تكون هذه الشركة قد باشرت بعض أعمالها فعلاً بأن اكتسبت حقوقاً والتزمت بتعهدات وذلك حتى يمكن القول بوجود كيان لها من الواقع ليس الشركاء من ذلك إلى تصفية العمليات المشتركة، فلا ينفرد بنتائجها من ربح أو خسارة أحدهم دون الباقيين، وهو ما أريد تفاديه بالالتجاء إلى فكرة الشركة الفعلية، أما إذا كانت الشركة لم تبدأ بتنفيذها قبل أن يحكم ببطلانها لعدم اتخاذ إجراءات شهر ونشر عقدها ولم تكن قد زاولت أي عمل من أعمالها، فإنه لا يكون قد توافرت لها كيان من الواقع في الفترة السابقة لطلب البطلان ولا يمكن بدها اعتبارها شركة فعلية، وتكون العلة في عدم تطبيق الأثر الرجعي للبطلان منتفية في هذه الحالة). نقلاً: عن د/ أنور طلبية، إنحلال العقود، المرجع السابق، ص256.

(315) - كما في حالة البطلان المؤسس على عدم توفر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، كعدم وجود نية الاشتراك أو تخلف ركن تقديم الحصص أو تخلف ركن تعدد الشركاء، ففي هذه الحالة لا يكون للشركة وجود قانوني ولا وجود فعلي. وكذلك حالة بطلان عقد الشركة لعدم مشروعية المحل، كما في حالة كون محل الشركة مخالف للنظام العام والآداب العامة، حيث أنه لا يمكن في مثل هذه الحالة الاعتراف بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة، والقول بعكس ذلك يعني الاعتراف بالنشاط غير المشروع للشركة وهذا ما يتناقض مع أحكام القانون.

أما حالة بطلان الشركة لعدم كتابة عقد الشركة أو شهره، فنجد أن الأستاذ محمد حسن الجبر يرى أنه لا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية، نظراً لاقتصار الجزاء في هذه الحالة على عدم جواز الاحتجاج بالشركة اتجاه الغير.

رغم أن الأستاذة نادية فضيل ترى عكس ذلك، أي إمكانية تطبيق نظرية الشركة الفعلية حتى في حالة كون الركن الذي تخلف يتعلق بالأركان الشكلية (الكتابة، الشهر)، واستنادها في ذلك إلى نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري والتي تنص (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه العقد. غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان). راجع فيما يخص حالات تطبيق نظرية الشركة الفعلية: د/ نادية فضيل، أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، المرجع السابق، ص52-54.

غير أننا بالرجوع إلى قرار محكمة النقض المصرية أعلاه، نجد أنها لم تشر إلى عدم إمكانية تطبيق نظرية الشركة الفعلية في الحالة التي لم تحترم فيها الأركان الشكلية لقيام عقد الشركة، وإنما أشارت إلى وجوب أن تكون الشركة قد باشرت أعمالها قبل الحكم بإبطالها. حيث كان بمقدورها أن تشير إلى عدم جواز أصلاً الاعتراف بالشركة الفعلية عند تخلف الأركان الشكلية فيها وهذا ما لم تشر إليه.

سابعاً: الإستثناء الخاص بإبطال العقد الصوري

تعرف الصورية بأنها اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، وذلك بأن يتفق طرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، حيث يكون تصرفهما الظاهر صورياً وتصرفهما المستتر حقيقياً⁽³¹⁶⁾. كما يمكن تعريف الصورية في التعاقد بأنها اصطناع مظهر مخالف للحقيقية عن طريق تعبير ظاهر عن تصرف قانوني غير مقصود كلياً أو جزئياً، يخالفه في نفس الوقت تعبير خفي عن الحقيقة المقصودة⁽³¹⁷⁾، سواء كانت هذه الحقيقة هي عدم وجود التصرف أصلاً، أو وجود تصرف بشروط وطبيعة مختلفة عن تلك الشروط أو الطبيعة المعلنه⁽³¹⁸⁾.

(316) - عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 10. كما عرفت محكمة النقض الفلسطينية العقد الصوري في قرارها رقم 186 لسنة 2004 بقولها (الصورية هي اتفاق المتعاقدين على إخفاء العقد الحقيقي بينهما بعقد ظاهر غير حقيقي ويشترط فيهما اتحاد العاقدين واتحاد موضوع التعاقد وتزامن العاقدين الظاهر والمستتر والاتفاق على إخفاء إرادتهما الحقيقية). نقلاً عن: عرفات نواف، فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 10.

(317) - د/ أيمن أبو العيال، (الصورية ودعوي الطعن بها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة دمشق، سوريا، 2004، العدد الأول، ص 48. وفيما يخص تعريف الصورية في الفقه الإسلامي راجع: عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام الصورية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، ص 50-54.

(318) - انطلاقاً من عبارة سواء كانت هذه الحقيقة هي عدم وجود التصرف أصلاً، أم وجود تصرف بشروط وطبيعة مختلفة عن الشروط أو الطبيعة المعلنه نقول بوجود نوعين من الصورية في التعاقد:

أ- **الصورية المطلقة في التعاقد:** وهي الصورية التي تلغي كل أثر للعقد، أي أن المتعاقدين لم يقصدا بالتصرف الظاهر أن تترتب عليه آثار قانونية، مثال ذلك أن يبيع المدين جزء من ماله لزوجته لكي يمنع تطبيق إجراءات التنفيذ على هذا المال دون أن يقصد بيعه فعلاً، ولتحقيق الصورية في مثل هذه الحالة نحتاج إلى علاقة حقيقية بين المتصرف البائع (الزوج) والمتصرف إليها المشتري (الزوجة) لتبيان أن الملكية مازالت للبائع (الزوج)، فنكون بذلك أمام عقدين، الأول هو العقد الظاهري، أي الصوري والمتمثل في عقد البيع، والثاني هو العقد الحقيقي المثبت لملكية البائع، وهو ما يسمى عند الفقه بورقة الضد. أنظر أكثر في الصورية المطلقة: د/ أيمن أبو العيال، (الصورية ودعوي الطعن بها)، المرجع السابق، ص 49.

ب- **الصورية النسبية في التعاقد:** تتحقق هذه الأخيرة عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة التصرف الحقيقي أو أحد عناصره أو شخصية أحد أطرافه فهي بذلك تنقسم إلى:

1- الصورية بطريق التستر أو تسمى بالصورية النسبية من حيث الطبيعة كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لإخفاء عقد الهبة.

2- الصورية بطريق التسخير أو ما تسمى بالصورية بإسم مستعار: ومن ذلك نجد نص المادة 411 من القانون المدني الجزائري التي تمنع رجال القضاء من شراء الأموال المتنازع عليها والتي يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة التي يباشرون اختصاصهم في دائرتها. فتعتمد القضاة إلى التعاقد تحت ستار إسم شخص آخر مثل اسم الزوجة، وعليه فالإخفاء هنا ينصب على شخص الملتزم أو المستفيد من التصرف القانوني.

3- الصورية بطريق المضادة: لا يتعلق هذا النوع من الصورية بأشخاص العقد ولا بوجوده ولا بتكليفه، وإنما يتعلق بشرط من شروط أو ركن من أركان العقد، كما في حالة الشراء وذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه، وذلك بقصد إنقاص رسوم التسجيل، أو ذكر ثمن أكثر من الثمن الحقيقي المتفق عليه وذلك للتخلص من ممارسة الشفيع لحقه في الشفعة. راجع في الصورية النسبية للتعاقد: د/ عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 17-18. وكذلك: د/ أيمن أبو العيال، (الصورية ودعوي الطعن بها)، المرجع السابق، ص 49-51.

من خلال التعاريف المقدمة للعقد السوري يتضح لنا أن شروط تحقق الصورية في التعاقد تتمثل في وجوب أن يكون هناك عقدان اتحدا فيهما الطرفين وموضوعهما⁽³¹⁹⁾، مع اختلاف العقدين من حيث طبيعة الأركان والشروط⁽³²⁰⁾، وأن يكون هناك تزامن بين العقدين⁽³²¹⁾.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 198 من القانون المدني الجزائري والتي تنص (إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص، متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري)، وعلية فإن نص المادة 198 أعلاه أجازت للدائني وكذلك للخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري أو الظاهر في حالة كونهم حسنوا النية، أي لا يعلمون بصورية العقد، ومن ذلك إذا تقرر إبطال العقد الصوري⁽³²²⁾ فإن أثر الإبطال في هذه الحالة لا يمتد إلى الغير كاستثناء عن القاعدة العامة في الإبطال، وللغير في حالة إبطال العقد السوري أن يتمسك به⁽³²³⁾. وفي ذلك يقول الأستاذ بلحاج العربي لا أثر لصورية العقد على الحقوق التي كسبها الغير بحسن النية مطمئنا إلى جديته، وهو يشمل دائني المتعاقدين والخلف الخاص، إذ يكون لهؤلاء متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا به، فإذا أبطل البيع السوري مثلا ومع ذلك رتب المشتري بمقتضاه حقا عينيا، وكان المتصرف إليه حسن النية، كان لهذا الأخير أن يتمسك به رغم إبطال سند ملكية المتصرف⁽³²⁴⁾.

(319) - وهما: العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين والعقد الصوري الظاهر الذي لم تتجه إليه إرادة الأطراف، وكذلك الصورية لا تتحقق بوجود شخص واحد وإنما يشترط دائما وجود طرفين على الأقل.

(320) - سواء كان اختلاف جزئي وفي هذه الحالة نكون أمام صورية نسبية، أو اختلاف كلي وعليه فنكون أمام صورية مطلقة.

(321) - وإتجاه كلا من الطرفين إلى إبرام العقد السوري والعقد الحقيقي معا، وذلك حتى لا يعتبر العقد الثاني ناسخا للعقد الأول أو مجرد تعديل له، فإذا انفق المتعاقدين على تصرف ما ثم انفقا لاحقا على تغيير ذلك التصرف أو على تعديل شروطه فلا نكون في هذه أمام عقد صوري، وإنما نكون بصدد تصرف سابق عدلت شروطه بتصرف لاحق.

(322) - لكن هذا لا يعني أن الصورية في حد ذاتها سببا في إبطال التصرف القانوني، وفي ذلك يقول الأستاذ جميل الشرفاوي أن الصورية لا يمكن أن تكون سببا للإبطال إلا إذا دخلت في صور عدم المشروعية أي إذا منعها القانون لحماية مصلحة ما، وفي هذه الحالة فإن سبب الإبطال لا يكون عندئذ في الصورية بل في عدم المشروعية الناتج عن المنع القانوني للصورية. راجع في تفصيل أكثر حول هذا الرأي: د/ جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مكتبة القاهرة، د ذ ط، مصر، 1953، ص ص 328-330.

(323) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 284.

(324) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 200.

من ذلك كله نخلص للقول بأن العقد يكون قابلاً للإبطال في القانون المدني الجزائري إذا أبرم من ناقص الأهلية وكان دائراً ما بين النفع و الضرر، وكذلك إذا أبرم من معيب الإرادة سواء نتيجة تدليس أو غلط أو إكراه أو استغلال، بالإضافة إلى تلك الحالات الخاصة التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال كما في حالة بيع ملك الغير.

أما في ظل أحكام الفقه الإسلامي فإننا نجد أن القول الراجح يرى بأن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تتعدّد صحيحة وموقوفة على إجازة وليه أو وصيه أو على إجازته بعد بلوغه لسن الرشد، ويأخذ حكم الصبي المميز كل من السفه و ذا الغفلة بعد الحجر عليهما. أما فيما يخص عيوب الإرادة فالقول الراجح يرى بأنها تؤثر على لزوم العقد، فيكون بذلك العقد المبرم من معيب الإرادة صحيح غير لازم، حيث يثبت له حق الخيار ما بين فسخ العقد و ما بين إمضائه. أما حالة بيع ملك الغير أو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي، فإن القول الراجح يرى بأنه بيع موقوف على إجازة المالك الأصلي للشيء المبيع.

أما فيما يخص حالات الفسخ فيمكن القول بوجود حالتين وهما: حالة الفسخ القضائي والذي يعد الأصل العام في الفسخ، حيث أنه لا يمكن القول بالفسخ إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بذلك. ونجد كذلك حالة الفسخ الإتفاقي، وذلك في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان صراحة على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ، مع الإشارة إلى أن في كلتا الحالتين يجب على الدائن الذي يتمسك بالفسخ مراعاة مجموعة من الشروط من جهة، وإتباعه كذلك لمجموعة من الإجراءات من جهة أخرى.

إن الميزة التي يشترك فيها كل من الإبطال والفسخ تتمثل في أثر تقريرهما بالنسبة للعقد، وهو زوال العقد بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين كقاعدة عامة، وهو ما يستوجب على كل متعاقد رد ما تسلمه من المتعاقد الآخر، كتفويض لعقد تقرر إبطاله أو فسخه، مع وجوب مراعاة بعض الحالات التي لا يمكن فيها إعمال الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ، كما في حالة عقود المدة، واللجوء في مثل هذه الحالات إلى الحكم بتعويض معادل. وزوال العقد ينصرف كذلك إلى الغير، وذلك من خلال زوال الحقوق التي اكتسبها الغير بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه كقاعدة

عامة، لكن مراعاة لحسن نية هذا الغير من جهة، وبهدف ضمان استقرار المعاملات في المجتمع من جهة أخرى، نجد أن حقوق الغير في بعض الحالات لا تتأثر رغم تقرير الإبطال أو الفسخ، كما في حالة عقود الإدارة الحسنة، وكذا حالة تملك الغير حسن النية بالنقادم، والغير الذي تلقي حق عيني وقام بشهره وفقاً لقواعد الشهر العقاري. مع اشتراط في هذه الحالات كون الغير المراد حمايته من الأثر الرجعي للإبطال والفسخ حسن النية، بحيث لا يعلم ما يهدد العقد من إبطال أو فسخ، أما إذا انتفت فيه قرينة حسن النية بأن كان عالماً بما يهدد العقد من إبطال أو فسخ وبذلك ثبوت سوء نية الغير، فإنه في هذه الحالة تسري عليه القاعدة العامة في الإبطال والفسخ من خلال امتداد أثرهما إليه وبذلك تتأثر وتزول حقوقه.

و كما أوضحنا عند شرح مختلف المسائل القانونية التي يطرحها موضوع حماية العقد من الإبطال والفسخ. حيث بعد الوقوف على معنى كلاً من الإبطال والفسخ من خلال تحديد مختلف حالاتهما طبقاً لأحكام القانون المدني والأسرة الجزائريين وبعض القوانين العربية والقانون المدني الفرنسي (المسألة الأولى). وبعد تبيان أثر تقرير جزاء الإبطال وجزاء الفسخ، وزوال حقوق المتعاقدين وكذلك حقوق الغير كقاعدة عامة (المسألة الثانية)، نصل إلى دراسة آليات حماية العقد من الإبطال والفسخ (المسألة الثالثة)، وذلك كنتيجة حتمية لخطورة تقرير أثر الإبطال والفسخ و ضرورة تفادي تقريرهما.

الفصل الثاني

آليات حماية العقد من الإبطال والفسخ

انطلاقاً من خطورة تقرير كلاً من جزاء الإبطال والفسخ بالنسبة للعقد، حيث يترتب على إبطال العقد أو فسخه زواله واعتباره كأن لم يكن سواء فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، ومن هنا تظهر خطورة و قساوة الإبطال والفسخ كجزاء يحول دون وصول المتعاقدين للغرض المقصود من التعاقد من جهة، كما أن تقرير كلاً من الإبطال والفسخ من شأنه أن يؤدي ذلك إلى المساس باستقرار المعاملات وخلق فوضى في المجتمع من جهة أخرى، لذلك يتبين لنا بوضوح ضرورة وضع وتكريس آليات تهدف إلى حماية العقد من جزاء الإبطال وتعمل على تقادي تقريره (المبحث الأول)، ونفس الشيء بالنسبة للفسخ وذلك من خلال وضع آليات تهدف إلى الحفاظ على العقد واجتتاب فسخه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

آليات حماية العقد من الإبطال⁽³²⁵⁾

إن العقد القابل للإبطال عقد صحيح ومنتهج لكافة آثاره فهو بذلك له وجود قانوني، وفي سبيل حماية هذا الوجود القانوني من خطورة تقرير جزاء الإبطال والمتمثل في زوال العقد بأثر رجعي، نجد أنه تم تكريس آليات كرسست بقصد المحافظة على الوجود القانوني للعقد بصفة نهائية، وتحقيق ذلك يكون إما بإجازة العقد كآلية حماية خاصة بالعقد القابل للإبطال (المطلب الأول)، وإما من خلال إنقاصه (المطلب الثاني)، وإما من خلال تحويله إلى عقد صحيح آخر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإجازة كآلية حماية خاصة بالعقد القابل للإبطال

إن دراسة الإجازة كآلية لحماية العقد من خطورة تقرير جزاء الإبطال، يستدعي بداية الوقوف على تعريف الإجازة ودراسة خصائصها (الفرع الأول)، وكذلك تحديد مختلف الشروط المطلوبة في إجازة العقد (الفرع الثاني)، كما أن القول بأن الإجازة آلية لحماية العقد من الإبطال يظهر ذلك من خلال دراسة الأثر الذي ترتبه بالنسبة للعقد (الفرع الثالث).

(325) - وهذا ما يتماشى مع المنطق كون الحماية في أصلها مقررة للعقد القابل للإبطال باعتباره عقد موجود من الناحية القانونية، على خلاف العقد الباطل فهو عقد منعدم وغير موجود من الناحية القانونية، لذلك لا يمكن تصور حماية عقد غير موجود أصلاً ما عاد في بعض الحالات (تحديد هذه الحالات في المطلب الثاني من هذا المبحث).

الفرع الأول

تعريف الإجازة وخصائصها

إن غالبية التشريعات لم تعرف الإجازة، تاركةً ذلك للفقهاء وهو ما يجعلنا نعتمد في تعريف الإجازة على التعريفات الفقهية (أولاً)، كما أنه في سبيل وضع تعريف دقيق للإجازة يستلزم تحديد كذلك أهم خصائصها (ثانياً).

أولاً

تعريف الإجازة

بالنظر إلى مختلف التعريفات التي قيلت حول الإجازة فإننا يمكن أن نميز في تعريفها بين اتجاهين، حيث حسب الإتجاه الأول تعد الإجازة تصرف قانوني انفرادي بموجبها يتم النزول عن حق طلب الإبطال وذلك من طرف من تقرر لمصلحته الإبطال، مما يجعل العقد يستقر وجوده القانوني نهائياً⁽³²⁶⁾. وعليه بالرغم من تقرير حق المتعاقد في إبطال العقد، فإن هذا الحق يمكن النزول عنه وذلك بإجازة العقد بدلاً من ممارسة حق الإبطال، ومن خلال كل ذلك يمكن القول أن الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال. أما حسب الإتجاه الثاني فإن الإجازة هي ذلك العمل الذي بموجبه يصبح التصرف المعيب صحيحاً⁽³²⁷⁾، وفي هذا يقول الأستاذان Aubry و Rau بأن الإجازة تصرف قانوني بمقتضاه يزيل الشخص العيوب المشوب بها الالتزام والتي يمكنه المطالبة بالإبطال بسببها⁽³²⁸⁾، وعليه فإن العقد لا ينقلب صحيحاً حسب أنصار هذا الاتجاه إلا إذا تم تطهيره من العيوب التي تشوبه وذلك بإجازته، وعليه فالإجازة تطهر العقد من العيب الذي اعتراه، وما يؤدي ذلك إلى صحة العقد.

(326) - من بينهم نجد الأستاذة *Laurent* و *Demolombé* و *Baudry* و *Barde*. وللتفصيل أكثر في هذه التعاريف راجع: د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، صص 19-20.

(327) - من بينهم الأستاذين *Drogoul* و *Larombière*. راجع حول هذه التعاريف: د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، صص 11-14.

(328) - حيث يقولان:

«...acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vice dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité....».

نقلا عن: د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، صص 12. أنظر كذلك في تعريف للإجازة:

Gérard Légier, Droit civil..., op. cit, p. 64.

إذا تأملنا في نظرة كل اتجاه من الإتجاهين فيما يخص تعريف الإجازة، نستنتج أن الإتجاه الأول من الفقه يركز في تعريفه للإجازة على اعتبارها وسيلة للنزول على حق طلب الإبطال، بينما الإتجاه الثاني من الفقه فنجده يركز في تعريفه للإجازة على أنها وسيلة لتصحيح العقد، أما نحن فنرى بتأييد الإتجاه الفقهي الأول القائل بأن الإجازة وسيلة للنزول عن حق طلب الإبطال، حيث بالرجوع إلى النتيجة المترتبة عن إجازة العقد نجدها تتمثل في استقرار الوجود القانوني للعقد بصفة نهائية وذلك من خلال إسقاط حق المتعاقد في إبطال العقد.

كما أننا من جانب آخر ونحن في ذلك نؤيد أستاذنا محمد سعيد جعفر في قوله أن الإجازة لا تجعل العقد صحيحاً⁽³²⁹⁾ كما قال ذلك الاتجاه الثاني من الفقهاء، نظراً لأن الإجازة كما سنوضح ذلك عند دراسة شروطها ترد فقط على عقد قابل للإبطال، وهذا الأخير عقد صحيح ومنتج لآثاره، وفي حالة إجازته تتأيد صحته بصفة نهائية من خلال زوال خطر إبطاله، ومن ذلك فإن القول بأن الإجازة تصحح العقد القابل للإبطال هو قول يفيد أن العقد قبل إجازته هو عقد باطل، وهذا ما يتنافى مع حكم وطبيعة العقد القابل للإبطال لكونه عقد صحيح واقتصار فقط دور الإجازة على تأييد صحته⁽³³⁰⁾.

لذلك نتوصل للقول بأن الإجازة تصرف قانوني انفرادي يؤيد من خلالها المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال صحة العقد وذلك من خلال النزول عن حقه في إبطال العقد.

كما أن الوقوف على معنى الإجازة يستدعي تمييزها عن الإقرار نظراً لوجود تشابه بينهما، أي بين الإجازة والإقرار، خاصة في ظل كون الإقرار يعد كذلك تصرف قانوني يصدر بإرادة منفردة كما هو عليه الحال بالنسبة للإجازة، حيث نجد أن الإقرار كما يعرفه الأستاذ السنهوري هو تصرف قانوني صادر من شخص أجنبي عن العقد ويترتب عنه سريان آثار العقد إتجاهه⁽³³¹⁾.

(329)- د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص16.

(330)- بناءً على ذلك يرى أستاذنا محمد سعيد جعفر أفضلية مصطلح التأييد مقارنة بمصطلح الإجازة، نظراً لما يفيد به مصطلح التأييد من معنى استقرار العقد بعد أن كان مهدداً بالزوال. أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص22.

(331)- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص525.

وبذلك فإن الإقرار تصرف قانوني يصدر من شخص ليس طرفاً في العقد، فتصرف آثار العقد اتجاهه، وانطلاقاً من هذا التعريف نجد أن الإقرار يختلف عن الإجازة سواء من حيث المصدر (أ)، وكذلك من حيث المحل (ب)، و أخيراً من حيث الأثر المترتب عن كل منهما (ج).

أ - من حيث مصدر الإجازة و الإقرار

يعد الإقرار عمل قانوني صادر من طرف أجنبي عن العقد، أي من شخص خارج عن العقد، يترتب عنه سريان آثار العقد اتجاهه⁽³³²⁾، ومن أمثله ذلك إقرار الأصيل للتصرف الذي أبرمه نائبه خارج عن حدود النيابة، حيث أن الأصيل لا يعد طرف في العقد الذي أبرمه النائب مع الغير⁽³³³⁾. بينما نجد أن الإجازة تصرف قانوني صادر من أحد طرفي العقد وهو ذلك المتعاقد الذي تقرر لمصلحته حق طلب الإبطال⁽³³⁴⁾.

ب - من حيث محل الإجازة والإقرار

الإجازة ترد على عقد قابل للإبطال، وإن كان هذا الأخير عقد صحيح فإن صحته ليست بصفة نهائية لكونه مهدد بالزوال إذا ما تقرر إبطاله⁽³³⁵⁾، بينما نجد أن الإقرار يرد على عقد صحيح بشكل نهائي⁽³³⁶⁾.

(332)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص260. وكذلك: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص180.

(333)- حيث نصت المادة 77 من القانون المدني الجزائري (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد...)، مع ملاحظة الخطأ الوارد في نص المادة من خلال استعمال مصطلح الإجازة غير أن الأصح استعمال مصطلح الإقرار. كذلك حالة إقرار الوكيل للعقد الذي أبرمه موكله مع الغير وهذا طبقاً لنص المادة 585 والخاصة بعقد الوكالة والتي أحالت إلى تطبيق بعض المواد الخاصة بالنيابة ومن ذلك نص المادة 77 أعلاه. كذلك نجد إقرار المالك الحقيقي للبيع في حالة بيع ملك الغير طبقاً للمادة 398 من القانون المدني حيث نصت (إذا أقر المالك البيع سرى مفعول عليه وصار ناجزاً في حق المشتري...).

(334)- د/ محمد ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، المرجع السابق، ص92. وكذلك: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص207.

(335)- كما ترد الإجازة أيضاً على العقد الموقوف وذلك طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

(336)- د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص61. وأيضاً: عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص117.

ج- من حيث الأثر المترتب عن كلاً من الإجازة والإقرار

يترتب عن الإجازة تأييد وتثبيت صحة العقد القابل للإبطال بصفة نهائية من خلال زوال خطر إبطاله، بينما نجد أن الأثر المترتب عن الإقرار يتمثل في سريان آثار العقد اتجاه الطرف المقر وجعلها نافذة في حقه، فلا يمكن للمقر بعد إقراره للعقد أن يتمسك بقاعدة عدم سريان العقد اتجاهه، وعليه فإن الإجازة تسقط حق المجيز في التمسك بالإبطال، والإقرار يسقط حق المقر في التمسك بعدم سريان آثار العقد اتجاهه⁽³³⁷⁾.

بعد تحديد مختلف أوجه الاختلاف بين كل من الإجازة والإقرار فإننا نرى أنه من قبيل الخطأ وعدم الصواب استعمال المصطلحين كمرادفين⁽³³⁸⁾.

كما نشير إلى وجود اختلاف بين الإجازة والإذن المنصوص عليه في المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت (للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله...)، ويظهر هذا الاختلاف من حيث كون الإجازة تصرف لاحق لإنعقاد العقد، على خلاف الإذن الذي يعد ترخيص سابق لإبرام التصرف، كما أن الإجازة لا تقبل الرجوع فيها مقارنة بالإذن الذي يجوز الرجوع فيه⁽³³⁹⁾.

(337)- د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص62.

(338)- من ذلك نجد نص المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي والتي استعملت لفظ الإجازة أو الإقرار كمرادفين رغم ما بين اللفظين من اختلاف حيث نصت:

«L'acte de **confirmation ou ratification** d'une obligation.....».

كذلك نص المادة 1311 الخاصة بإجازة المتعاقد للعقد الذي أبرمه وهو ناقص الأهلية حيث نصت:

« LL n' est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait soucrit en minorité, lorsqu' il - **L'a ratifié** en majorité...».

حيث أن الأصح استعمال مصطلح الإجازة باعتبار ناقص الأهلية طرف في العقد.

كما نجد كذلك المشرع الجزائري في بعض النصوص يستعمل مصطلح الإجازة بدلا من مصطلح الإقرار، كما في حالة نص المادة 152 من القانون المدني الخاصة بالفضالة والتي أحالت إلى تطبيق قواعد الوكالة في حالة إجازة رب العمل ما قام به الفضولي، رغم أن الأصح هو إقرار رب العمل لما قام به الفضولي. كذلك نجد نص المادة 412 والتي اعتبرت بيع النائب لنفسه طبقاً للمادتين 410 و411 صحيحاً إذا أجازته من تم البيع لحسابه، رغم أن الأصح يعد البيع صحيحاً إذا أقره من تم البيع لحسابه. كذلك بالنسبة لنص المادة 83 من قانون الأسرة والتي نصت على إجازة الولي أو الوصي للعقد الذي أبرمه ناقص الأهلية، رغم أن الأصح هو النص على إقرار الولي أو الوصي للعقد الذي أبرمه ناقص الأهلية.

كما نجد قول الأستاذ السنهوري فيما يخص بيع ملك الغير (إذ يجوز أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقي في بيع ملك الغير)، رغم أن الأصح هو قول يجوز أن يصدر الإقرار من المالك الحقيقي. أشار إلى قول الأستاذ السنهوري: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص65.

(349)- عجالى بلخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي...، المرجع السابق، صص116-117.

كما أنه في سبيل الوقوف على معنى دقيق للإجازة يستلزم إلى جانب تعريفها وتمييزها عن بعض التصرفات القانونية المشابهة لها، تحديد وتبيان مختلف خصائصها.

ثانيا

خصائص الإجازة

بالرجوع إلى التعريف الذي رجحناه وذلك من خلال القول بأن الإجازة تصرف قانوني إنفرادي يترتب عنه سقوط حق المجيز في طلب الإبطال، وهو ما يؤدي إلى تأييد صحة العقد بصورة نهائية وبصفة مطلقة، يظهر لنا أن الإجازة تصرف قانوني إنفرادي (أ)، تؤدي إلى إسقاط حق المجيز في إبطال العقد (ب)، وما يترتب عن ذلك من تأييد صحة العقد بصفة نهائية (ج).

أ - الإجازة تصرف قانوني انفرادي

إن القول بأن الإجازة تصرف قانوني إنفرادي يرجع لكونها تصدر بإرادة واحدة⁽³⁴⁰⁾، وهي إرادة المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال⁽³⁴¹⁾. ويترتب على اعتبار الإجازة تصرف قانوني إنفرادي عدة نتائج:

- 1- إرادة المجيز وحدها كافية حتى ترتب الإجازة أثرها، دون الحاجة إلى اقترانها بإرادة المتعاقد الآخر، فهي بذلك لا تعد عقدا حتى يشترط اقترانها بإرادة أخرى.
- 2- عدم إمكانية الرجوع عن الإجازة، فهي تعد ملزمة لصاحبها (المجيز) بمجرد صدورها، فهي ذلك تختلف عن الإذن كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

(340)- تعد الإجازة باعتبارها تصرف إنفرادي من بين تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام إلى جانب العقد وبقية المصادر الأخرى، حيث رغم معارضة أنصار المدرسة الفرنسية لإمكانية أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام وأن هذا الأخير يجد مصدره في العقد، نجد أن أنصار المدرسة الألمانية يرون أن الإرادة المنفردة كافية لإنشاء التزم على عاتق صاحبها، وحسب رأيهم فإن من يتعاقد فإنه يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا يتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر. غير أنه إذا نظرنا إلى غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري، نجد أنها اعتبرت الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الإلتزام في حالات خاصة وذلك من خلال النص على بعض تطبيقاتها، فنجد في القانون المدني الجزائري مثلا حالة الإيجاب الملزم طبقا للمادة 63 منه، وكذلك حالة الوعد بالجائزة طبقا للمادة 115، إلى جانب حالة الإجازة كتصرف قانوني إنفرادي. راجع في تفصيل أكثر حول نظرة المدرستين إلى الإرادة المنفردة وكذلك مختلف تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري: د/ محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1999، ص 58-64. وكذلك: د/ فوزان صالح، (الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للإلتزام)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة دمشق، 2012، العدد الأول، ص 148-152.

(341)- أنظر في هذا المعنى:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p.337; Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p.59.

3- اعتبار الإجازة منتجة لأثرها بمجرد صدورها دون الحاجة إلى اشتراط علم المتعاقد الآخر بها، فهي بذلك تصرف غير واجب التسليم، نظرا لكون الإجازة تخص المتعاقد المجيز فقط دون المتعاقد الآخر، وكون الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء وبذلك فهي بذلك لا تلحق ضرر بالمتعاقد الآخر فلا حاجة إلى تبليغه بها⁽³⁴²⁾.

ب - الإجازة تصرف مسقط لحق طلب الإبطال

يتبين ذلك من نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري التي تنص (يزول حق إبطال العقد بالإجازة...)، حيث أن إجازة العقد من قبل من تقرر لمصلحته الإبطال يؤدي ذلك إلى سقوط حقه في طلب الإبطال، وبذلك لا يجوز له بعد إجازته للعقد طلب إبطاله⁽³⁴³⁾.

3- الإجازة تصرف كاشف لصحة العقد

انطلاقا من أن الإجازة ترد على عقد قابل للإبطال وهذا الأخير عقد صحيح ومنتج لكافة آثاره رغم ما يهدده من زوال إذا ما تقرر إبطاله، وباعتبار الإجازة هي تنازل عن حق طلب الإبطال، فإنه بإجازة العقد يستقر وجوده القانوني وتتأكد وتتأيد صحته بصفة نهائية⁽³⁴⁴⁾.

هذه هي مجمل خصائص الإجازة كتصرف قانوني إنفرادي يجعل من العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا بصفة نهائية، وكل ذلك من خلال النزول عن طلب الإبطال.

(342)- فيما يخص النتائج المترتبة على اعتبار الإجازة تصرف قانوني إنفرادي أنظر: عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص ص111- 113. وكذلك: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص65.

(343)- بخالد عجالى، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص114.

لذلك نقول بأن الإجازة من بين التصرفات الإنفرادية المسقطة، حيث يترتب على الإجازة سقوط حق المجيز في طلب الإبطال. ومن بين التصرفات الإنفرادية المسقطة لحق معين، نجد كذلك تنازل الدائن المرتهن سواء في الرهن الرسمي أو الحيازي عن الرهن، ما يترتب على ذلك من سقوط حقوقه المترتبة عن الرهن. أنظر: د/ محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، المرجع السابق، ص ص167-172.

(344)- رغم أننا نفضل استعمال مصطلح تأييد على مصطلح كاشف، لما يحقّه مصطلح التأييد من وضوح أكثر لدور الإجازة، الذي يكمن في تأييد صحة العقد القابل للإبطال و استمراره في إنتاج آثاره بصفة نهائية وبذلك القول بأن الإجازة تصرف كاشف، حيث أن الإجازة لا يكمن دورها فقط في الكشف عن صحة العقد، حيث أن الأصل في العقد القابل للإبطال أنه عقد صحيح حتى قبل إجازته، ودور الإجازة تأييد صحته وليس الكشف عن هذه الصحة. أنظر فيما يخص الإجازة تصرف قانوني كاشف: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص52. وكذلك: عجالى بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص115.

الفرع الثاني

شروط إجازة العقد القابل للإبطال

انطلاقاً من القول بأن الإجازة تصرف قانوني انفرادي، فإنه يشترط لصحتها توافر مجموعة من الشروط، سواء ما تعلق منها بمحل الإجازة، وذلك بأن ترد على عقد قابل للإبطال (أولاً)، أو ما تعلق منها بالطرف المجيز بأن يكون هو صاحب الحق في الإجازة (ثانياً)، كما يشترط كذلك في المجيز أن يكون عالماً بسبب قابلية العقد للإبطال (ثالثاً)، و زوال هذا السبب عند صدور الإجازة منه (رابعاً)، واشترط أن تتجه إرادته إلى إجازة العقد (خامساً).

أولاً

وجوب أن ترد الإجازة على عقد قابل للإبطال

إن العقد الذي يجوز أن يكون محلاً للإجازة هو العقد القابل للإبطال⁽³⁴⁵⁾، و هذا الأخير عقد صحيح ومنتج لأثاره بصفة غير نهائية، ودور الإجازة تأييد سريان آثاره بصفة نهائية وذلك بإزالة خطر إبطاله، وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نكون بصدد عقد قابل للإبطال في ثلاث حالات:

أ - حالة العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر

ناقص الأهلية هو الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكذلك حالة السفیه وذا الغفلة، وذلك حسب المادة 43 من التقنين المدني الجزائري، والتي نصت (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية، وفقاً لما يقرره القانون). وإذا رجعنا إلى أحكام المادة 101 التي بينت مدة تقادم حق طلب إبطال العقد نجدها أشارت إلى حالة ناقص الأهلية. وهذا ما يبيّن لنا أن العقود التي يبرمها ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال، حيث نصت (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، و يبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب (...)⁽³⁴⁶⁾).

(345) - أنظر: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 207. أنظر كذلك في الفقه الفرنسي:

Gérard Légiér, Droit civil..., op.cit, p. 64. ; Patrick Canin, Droit civil..., op. cit, p. 59.

(346) - رغم أن المادة 101 أعلاه لم تحدد طبيعة العقد المبرم من ناقص الأهلية.

ب- حالة العقد المبرم من معيب الإرادة

حيث أن العقد الذي يبرمه المتعاقد الذي وقع في عيب من عيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والاستغلال والإكراه، يعد عقداً قابلاً للإبطال⁽³⁴⁷⁾.

ج- الحالات الخاصة للعقد القابل للإبطال

إن حالات قابلية العقد للإبطال لا تقتصر فقط على حالة العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، وكذلك حالة تعاقد معيب الإرادة، وإنما أيضاً تلك الحالات الخاصة التي اعتبرها القانون المدني في حكم العقد القابل للإبطال، كما في حالة بيع ملك الغير⁽³⁴⁸⁾.

أما العقد الباطل فلا ترد عليه الإجازة⁽³⁴⁹⁾، وذلك طبقاً لأحكام المادة 102 من القانون المدني، حيث نصت هذه الأخيرة (إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة...).

(347) - راجع ما قلناه فيما يخص عيوب الإرادة، ص ص 21-45 من المذكرة.

(348) - أنظر ما قلناه حول قابلية بيع ملك الغير للإبطال، ص ص 46-49 من المذكرة.

(349) - إذا كانت الإجازة ترد على العقد القابل للإبطال، فإننا نجد المشرع الفرنسي نص على جواز إجازة الهبة الباطلة لعيب في الشكل، حيث اعتبر الإجازة الصادرة من الورثة وذوي الحقوق بعد وفاة المورث لهبة باطلة لعيب في الشكل تتضمن عدولهم عن التمسك ببطلان الهبة بسبب هذا العيب. وهذا طبقاً لنص المادة 1340 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت:

« La confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers, ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception ».

وهذا ما بعد خروجنا من المشرع الفرنسي عن الأصل العام الذي يقضي بأن الإجازة ترد على عقد قابل للإبطال. راجع فيما يخص إجازة الهبة الباطلة لعيب في الشكل في القانون المدني الفرنسي:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p. 338.

نفس الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري، فرغم أن البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة، وطبيعة البطلان الذي يلحق الهبة نتيجة عيب الشكل هو بطلان مطلق، نجد أن المادة 479 أقرت جواز إجازة الهبة الباطلة لعيب في الشكل، حيث نصت (إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه)، وفي تفسير ذلك يقول الأستاذ السنهوري أن الهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة مادام القانون قد نص على ذلك، ونص في الوقت ذاته على الطريقة التي بها تجاز وهي التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة. للتفصيل أكثر راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية...، المرجع السابق، ص ص 72-77. وأنظر كذلك: د/ محمد منصور حسين، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ن ط، مصر، 2006، ص 253. أما فيما يخص القانون المدني الجزائري فإن خلف الشكل في عقد الهبة (هبة العقار) يجعلها باطلة، وطبيعة هذا البطلان أنه بطلان مطلق، وهذا الأخير لا يمكن أن ترد عليه الإجازة في جميع الحالات، وحتى في حالة الهبة الباطلة لعيب في الشكل عملاً بالمادة 102 من القانون المدني السالفة الذكر. أنظر فيما يخص عدم جواز إجازة العقد الباطل: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 180. وأيضاً: د/ خليل أحمد حسن ققادة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 86. وكذلك: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 207.

إن العلة في عدم جواز إجازة العقد الباطل، تكمن في كون هذا الأخير منعدم وليس له وجود قانوني، كما أن سبب تقرير البطلان المطلق يتصل بالنظام العام والمصلحة العامة، وإبطال العقد في هذه الحالة حق يتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، فلا يمكن تصور أن يكون هناك تنازل عن حق يتصل بالنظام العام وذلك بإجازة العقد الباطل⁽³⁵⁰⁾.

غير أن القول بأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لا يمنع كما يرى في ذلك الأستاذ السنهوري من إعادة عمله من جديد⁽³⁵¹⁾، وهو ما يستلزم في مثل هذه الحالة وجوب توافق إرادتين المتعاقدين لأننا في صدد عقد جديد، ويكون تاريخ هذا العقد هو وقت صدوره لا وقت صدور العقد الباطل.

ثانيا

أن يكون المجيز هو صاحب الحق في الإجازة

إن صاحب الحق في إجازة العقد القابل للإبطال هو المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال، حيث أن الإجازة هي نزول عن حق طلب الإبطال، وهذا التنازل لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته دون الطرف الآخر، وهذا عملا بأحكام المادة 99 من القانون المدني التي نصت (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)، وعليه فإن حق الإبطال يتمسك به فقط من تقرر لمصلحته الإبطال، ولكون الإجازة نزولا عن حق طلب الإبطال، فإنه من المنطق أن تصدر ممن له حق إبطال العقد⁽³⁵²⁾. وإذا أردنا التدقيق فيما يخص صاحب الحق في الإجازة فنجد في التصرف الدائر بين النفع والضرر هو الصبي المميز أو من يمثله قانونا من ولي أو وصي⁽³⁵³⁾.

(350) - أشبه ذلك بالتنازل عن الدعوى العمومية، انطلاقا من أنها حق للمجتمع، وما تهدف إليه من حماية المصلحة العامة، فإنه لا يجوز للنيابة العامة التنازل عنها، كما لا يجوز كذلك للمضروور التنازل عنها، وإن كان له أن يتنازل عن حقه في الدعوى المدنية التبعية. فيما يخص الدعوى العمومية وعدم جواز التنازل عنها أنظر: د/ علي شلال، دعاوى الناشئة عن الجريمة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، الجزائر، 2010، ص ص 11-26.

(351) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، ص 565.

«La réfection du contrat nécessite un nouvel accord de volontés entre les parties contractantes....». voir : Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op, cit. p. 337. ; Gérard Lègier, Droit civil..., op, cit, p. 64.

(352) - أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 90-91.

(353) - مع إغفال نص المادة 83 من قانون الأسرة الإشارة إلى إجازة الصبي المميز بعد بلوغه للسن الرشد للعقد الذي أبرمه أثناء نقص أهليته، وهو ما يتماشى مع أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.

أما فيما يخص حالة العقد المبرم من قبل معيب الإرادة، فإن المتعاقد الذي تعاقد نتيجة غلط أو بدافع التدليس أو تعاقد تحت وقع الإكراه أو لوقوعه ضحية إستغلال، هو صاحب الحق في إجازة العقد، وذلك انطلاقاً من كون أن حق الإبطال تقرر لمصلحته فقط، والنزول عن حق الإبطال من خلال الإجازة لا يكون إلا من طرف المتعاقد الذي تقرر له الإبطال، وعلية فإن المجيز هو المتعاقد المشوب إرادته بعيب من عيوب الإرادة⁽³⁵⁴⁾.

أما في حالة بيع ملك الغير باعتبار هذا الأخير كحالة خاصة من حالات قابلية العقد للإبطال، فإن صاحب الحق في إجازة بيع ملك الغير هو المشتري، عملاً بأحكام المادة 397 من القانون المدني التي تنص (إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ولا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال العقد.... وفي كل حالة..... ولو أجازته المشتري). غير أن التساؤل الذي يطرح يتمثل في مدى جواز انتقال حق الإجازة إلى الخلف العام؟

يعرف الخلف العام بأنه من يخلف الشخص في نمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها⁽³⁵⁵⁾. وفي ظل غياب نص خاص في القانون المدني الجزائري ينظم مسألة مدى جواز انتقال حق الإجازة إلى ورثة المتعاقد الذي توفي قبل أن يجيز العقد على خلاف بعض التشريعات⁽³⁵⁶⁾، فإننا نعود إلى القواعد العامة في انتقال آثار العقد، حيث نجد أن آثار العقد تنتصرف إلى المتعاقدين والخلف العام عملاً بأحكام المادة 108 من التقنين المدني حيث نصت (ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث). وعليه إذا كانت القاعدة العامة هي انتقال آثار العقد من حقوق و التزامات إلى ورثة المتعاقد المتوفي، ونظراً لكون الإجازة حق متعلق بالمال، فهي بذلك حق ينتقل إلى الورثة، فيجوز بذلك للورثة إجازة العقد الذي أبرمه مورثهم والذي توفي قبل أن يجيزه بنفسه⁽³⁵⁷⁾.

(354) - د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص45.

(355) - أنظر: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص206. وكذلك: د/ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص596.

(356) - حيث نصت المادة 124 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على (إذا توفي من له خيار الفسخ قبل انقضاء الأجل انتقل الخيار لورثته في الإمضاء والفسخ فيما بقي من الأجل لمورثهم).

(357) - د/ محمد سعيد جعفر - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صص92-93.

لكن يجب مراعاة تلك الحالات الإستثنائية التي أوردها المادة 108 والتي تقضي فيها بعدم جواز انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، وما يستتبع من ذلك عدم جواز كذلك انتقال حق الإجازة إلى ورثة المتعاقد المتوفي في مثل هذه الحالات (358).

ثالثا

علم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال

المنطق القانوني يقضي بأن المتعاقد الذي تقرر له حق الإبطال، قبل أن يتنازل عنه عن طريق الإجازة، فإنه يجب عليه أن يكون عالما بالسبب الذي بموجبه تقرر له حق الإبطال، بمعنى أنه يجب على المجيز أن يكون عالما بالعيب الذي لحق العقد والذي جعل هذا الأخير قابلاً للإبطال، وبناءً على ذلك إذا كان المجيز يجهل العيب الذي لحق العقد فإن إجازته تكون باطلة (359).

أما في حالة تعدد العيوب أو الأسباب التي جعلت العقد قابلاً للإبطال، فإنه في مثل هذه الحالة يشترط على المجيز أن يكون عالماً بجميع هذه العيوب والأسباب، فإذا اقتصر علم المجيز على بعضها فقط، فإن إجازته تكون صحيحة بالنسبة للعيوب التي علم بها فقط (360). مع أن شرط علم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال، يتكسر بوضوح في حالة عيوب الإرادة، وذلك من خلال اشتراط أن يكون المتعاقد يعلم أنه قد تعاقد بفعل إكراه أو تدليس مثلاً.

(358)- تتمثل الحالات الاستثنائية التي لا تنتقل فيها آثار العقد إلى الخلف العام في:

- 1- حالة كون طبيعة العقد الذي أبرمه السلف تآبى أن تنتقل آثاره إلى خلفه العام كما في حالة تلك العقود التي تقوم على أساس الإعتبار الشخصي، ومن ذلك التعاقد مع رسام أو مهندس، فإذا توفي الذي التزم برسم لوحة ما فإن هذا الإلتزام لا ينتقل إلى خلفه العام ونفس الشيء بالنسبة للمهندس وجميع العقود التي يكون فيها المتعاقد محل اعتبار في العقد.
- 2- كما قد ينص القانون على عدم جواز انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، فمثلاً في حالة عقد الشركة حيث تنقضي الشركة على وجه الخصوص بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإفلاسه طبقاً للمادة 438 من القانون التجاري الجزائري، ومنه لا يمكن القول بانتقال آثار الشركة إلى الخلف العام للشريك المتوفي. وكذلك ما نصت عليه المادة 586 من القانون المدني من انقضاء الوكالة بموت الموكل أو بموت الوكيل.
- 3- رغم أن المادة 108 أعلاه لم تشر إلى ذلك إلا أنه قد تتفق الأطراف المتعاقدة على أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام، على أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعليه بوجود مثل هذا الإتفاق فإن آثار العقد في حالة موت المتعاقد لا تنتقل إلى خلفه العام. راجع أكثر: سريم زاهية، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012، ص 36. وأيضاً: د/ علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 86-87.

(359)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 260. أيضاً: د/ نبيل سعد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 241.

(360)- د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب إنقضاء العقد، المرجع السابق، ص 92.

رابعاً

إتجاه إرادة المجيز إلى إجازة العقد

يقصد بهذا الشرط انصراف نية وإرادة المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال إلى إجازة العقد، ومن ذلك العدول عن حقه في التمسك بالإبطال⁽³⁶¹⁾، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 26 نوفمبر 1953 حيث جاء فيه (الإجازة التي تصحح العقد هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد، وأن يكون قاصداً إجازته)⁽³⁶²⁾. ويلاحظ على هذا الشرط أن تحقيقه مرتبط بعلم المجيز بما له من حق في طلب الإبطال الذي خوله القانون إياه بناءً على العيب الذي يشوب العقد، حيث لا يمكن تصور حصول الإجازة من طرف المجيز وإتجاه إرادته إلى ذلك دون أن يكون هذا الأخير عالماً بحقه في طلب إبطال العقد⁽³⁶³⁾.

خامساً

زوال سبب قابلية العقد للإبطال

يجب أن تكون الإجازة لاحقة لزوال سبب الإبطال، فلا فائدة من إجازة العقد إذا كان سبب قابليته للإبطال مازال قائماً. فإذا كان سبب تقرير حق الإبطال إنما يرجع لصغر سن المتعاقد، فإنه يجب لصحة الإجازة في هذه مثل هذه الحالة أن تصدر منه بعد بلوغه سن الرشد، أما إذا كان سبب تقرير حق الإبطال هو وقوع المتعاقد في عيب من عيوب الإرادة، فالإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا زال ذلك العيب⁽³⁶⁴⁾.

(361)- هذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 236 من قانون العقود والموجبات اللبناني، حيث جاء فيها (إن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن مشيئة العدول عن دعوى البطلان). ويلاحظ على قانون العقود والموجبات اللبناني استعماله لمصطلح التأييد بدلاً من مصطلح الإجازة وهو استعمال جيد من خلال تبيان دور ووظيفة الإجازة المتمثلة في تأييد صحة العقد. كما أننا نشير إلى أن الدقة في ضبط المصطلح الملائم يقضي استعمال مصطلح الإبطال عوض مصطلح البطلان.

(362)- نقلاً عن: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 89. مع أننا نشير إلى أن قول محكمة النقض المصرية في حكمها أعلاه (الإجازة التي تصحح العقد...) نراه قول غير صائب كون الإجازة لا تصحح العقد، حيث أنها ترد على عقد قابل للإبطال وهذا الأخير قبل إجازته عقد صحيح.

(363)- للتفصيل راجع: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 89-92.

(364)- أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 260. و أيضاً: د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 208. د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب إنعقاد العقد، المرجع السابق، ص 92.

كما نشير في الأخير أنه لا يشترط لصحة الإجازة ضرورة أن ترد في شكل معين، فقد ترد في شكل إجازة صريحة، ويقصد بهذه الأخيرة تلك التي ترد في شكل تعبير صريح عن إرادة المتعاقد في إجازة العقد، حيث يتضح منها نية المتعاقد في العدول عن التمسك بالإبطال⁽³⁶⁵⁾، والتعبير الصريح عن الإجازة قد يكون باللفظ، كما قد يكون بالكتابة، وفي هذه الحالة أي التعبير بالكتابة نجد أن المادة 100 من التقنين المدني الجزائري⁽³⁶⁶⁾ لم تشترط بيانات معينة⁽³⁶⁷⁾، كما قد يكون بالإشارة، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته عن مقصود صاحبه في النزول عن التمسك بحقه في طلب الإبطال⁽³⁶⁸⁾.

كما قد تكون إجازة العقد القابل للإبطال ضمنية، وذلك من خلال اتخاذ المتعاقد موقفا من شأنه أن يستنتج منه بصورة أكيدة وقاطعة رغبته في النزول عن حقه في التمسك بإبطال العقد⁽³⁶⁹⁾. غير أن المادة 100 من التقنين المدني وإن أقرت إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال إجازة ضمنية، لكن ما يلاحظ عليها أنها لم تشر إلى تلك المظاهر و الصور التي يمكن أن تكشف عنها.

(365)- حيث نصت (يزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير).

(366)- أما القانون المدني الفرنسي فقد اشترط توافر مجموعة من البيانات في وثيقة الإجازة، متمثلة في تبيان جوهر التصرف المراد إجازته، وكذلك سبب قابلية التصرف للإبطال، وتبيين مشيئة العدول عن دعوى الإبطال، وهذا عملا بالمادة 1338 حيث نصت

« L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée... ».

فيما يخص شرح المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي مع تبيان البيانات المطلوبة في وثيقة الإجازة راجع: Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 338-340.

لقد أخذ القانون الموجبات والعقود اللبناني بنفس موقف القانون المدني الفرنسي وذلك من خلال اشتراط ضرورة توافر وثيقة الإجازة على مجموعة من البيانات، حيث نصت المادة 236 (على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه ومشية العدول عن دعوى البطلان).

نفس الشيء بالنسبة إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي نصت في المادة 337 على (إمضاء الإلتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه قانونا لا يصح إلا إذا تضمن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ)، مع الإشارة أن المشرع التونسي يستعمل مصطلح الفسخ وهو يقصد الإبطال من جهة، وللدلالة على الإجازة يستعمل مصطلح التصديق من جهة أخرى.

(367)- فيما يخص الإجازة الصريحة أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص ص141-147.

(368)- أنظر نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

(369)- عجالي يخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي...، المرجع السابق، ص134.

بينما نجد المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي قد أشارت إلى ما يسمى بالتنفيذ الإختياري كمظهر أو صورة من صور الإجازة الضمنية⁽³⁷⁰⁾، حيث إذا قام المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال بتنفيذ العقد تنفيذًا فعليًا، وكان هذا التنفيذ اختياري منه، أي لم يقم بالتنفيذ تحت وقع ضغط مادي أو معنوي، وهذا التنفيذ قد حصل في المدة المقررة للإجازة، أعتبر التنفيذ في مثل هذه الحالة إجازة ضمنية للعقد⁽³⁷¹⁾.

كما يعد كذلك قيام المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال بتصرفات تحول دون إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، بخلاف ما إذا كان قد تمسك بالإبطال وحكم له به إجازة ضمنية للعقد، ومثال ذلك إبرام تصرف قانوني لا حق بين المتعاقدين، كاتفاق القاصر بعد بلوغه سن الرشد على استئجار الشيء الذي كان قد باعه قبل اكتمال رشده، حيث يمكن تفسير ذلك بأنه نزول من جانب القاصر عن حقه في المطالبة بالإبطال، وهو بذلك إجازة ضمنية للعقد⁽³⁷²⁾. غير أن التساؤل الذي يطرح يتمثل في حالة مرور المدة الزمنية المحددة لطلب الإبطال دون أن يتمسك به من تقرر لمصلحته الإبطال فهل يعد ذلك إجازة ضمنية للعقد؟

مدة تقادم حق طلب الإبطال في القانون المدني الجزائري حددتها المادة 101 بخمس سنوات⁽³⁷³⁾، حيث نصت في فقرتها الأولى (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات).

(370) - حيث نصت المادة 1338 في فقرتها الثانية :

« A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit qu' l'obligation soit *exécutée volontairement* après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée... ».

(371) - Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p340.

(372) - وفي ذلك يقول الأستاذ *TRIFONESCU* :

« En se mettant dans l'impossibilité de remettre les choses dans l'état ou il les reçut, il c'est implicitement considéré comme propriétaire, il a, par suit, tenue la vent pour valable ».

كما جاء كذلك في حكم محكمة التمييز اللبنانية لعام 1958 ما يلي (لا يحق لمن اشترى سيارة أن يطلب إبطال عقد البيع بسبب الغلط أو الخداع (التذليس) بعد تصرفه في السيارة التي اشترىها وإصلاح أوائلها ومحركها أكثر من مرة، لأن هذا التصرف بعد العلم بعيوب المبيع يعد إجازة لبيع الباطل بطلانا نسبيا، ويزيل عنه البطلان. أنظر في كل من قول الأستاذ *TRIFONESCU* وكذلك حكم محكمة التمييز اللبنانية أعلاه: د/ محمد سعيد جعفر - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص107.

(373) - هي نفس مدة تقادم دعوى الإبطال في القانون المدني الفرنسي حسب نصت المادة 1304 في فقرتها الأولى

« Dans tous les cas ou' l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, *cette action dure cinq ans* ».

أما في القانون المدني المصري فإن مدة تقادم حق طلب الإبطال محددة بثلاث سنوات، حيث نصت المادة 140 منه (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلا ثلاث سنوات...).

على أن مدة خمس سنوات يبدأ سريانها من تاريخ زوال سبب نقصان الأهلية، أو من تاريخ كشف الغلط أو التدليس، أو من تاريخ انقطاع الإكراه عن المكره، حيث نصت المادة 101 في فقرتها الثانية (ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقصان الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه...) (374).

لكن يجب الإشارة إلى أن حق الإبطال في كل الحالات يسقط بمرور مدة عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد، حيث نجد أن المادة 101 قد أقرت ذلك في عبارتها الأخيرة، والتي نصت فيها (غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد). أما فيما يخص عيب الاستغلال فنجد أن القانون المدني الجزائري قد أورد بشأنه حكم خاص، جعل بمقتضاه مدة تقادم حق طلب الإبطال بسبب الاستغلال هو سنة واحدة، ويبدأ سريان مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، حيث نصت على ذلك المادة 90 في فقرتها الثانية (ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت باطلة) (375).

أما فيما يخص الإجابة عن الإشكال الذي طرحناه أعلاه، فنجد أن أستاذنا محمد سعيد جعفر مع جانب من الفقه يرون بأن سقوط حق المتعاقد في طلب الإبطال بانقضاء المدة المحددة قانوناً لا يعني ذلك إجازة ضمنية للعقد، وإنما سقوط حق الإبطال بالتقادم وتأييد العقد القابل للإبطال بمرور مدة معينة، إنما يقوم على أساس رغبة المشرع في المحافظة على استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع وإقرار المراكز الواقعية، وبمعنى آخر فإن سقوط حق طلب الإبطال في هذه الحالة يقوم على أساس المصلحة العامة التي تقتضي تأييد الأوضاع المستقرة، ذلك أن حماية النظام الاجتماعي يتطلب استمرار الأوضاع التي استقرت مدة طويلة من الزمن، ولأن تغييرها بعد هذه المدة يترتب عليه زعزعة المعاملات وعدم استقرارها (376).

(374) - نفس الحكم نصت عليه الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 1304 من القانون المدني الفرنسي، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 140 من القانون المدني المصري.

(375) - رغم أننا لا نرى وجود أية ضرورة تستدعي تخصيص مدة تقادم خاصة بعيب الاستغلال، بل العكس من ذلك فمن باب أولى توحيد مدة تقادم بالنسبة لجميع عيوب الإرادة. كما أننا نحبذ لو سلك القانون المدني الجزائري مسلك القانون المدني الكويتي، حيث جعل هذا الأخير تقادم دعوى الاستغلال سنة واحدة من زوال الاستغلال وليس من تاريخ إبرام العقد كما هو عليه الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري.

(376) - د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 172-173.

لذلك يصل أستاذنا محمد سعيد جعفرور للقول بأن التقادم الخاص بالعقد القابل للإبطال، إنما يجد أساسه في تأييد الأوضاع المستقرة، وبذلك فإن هذا النوع من التقادم هو عبارة عن إجازة مفترضة بقربنة قانونية لا تقبل إثبات العكس، بحيث لا يسمح لمن سكت طيلة المدة المقررة عن ممارسة حقه في الإبطال، بأن يثبت أن سكوته هذا يرجع إلى علة أخرى غير الرغبة في الإجازة.

غير أنه نجد قول آخر يرى بأن عدم تمسك المتعاقد بحقه في الإبطال طوال المدة المحددة لإبطال العقد، يعد ذلك إجازة ضمنية للعقد القابل للإبطال⁽³⁷⁷⁾، ونحن بدورنا نرجح ذلك، لأن الإجازة الضمنية تتحقق كلما اتخذنا أو سلك المتعاقد موقفا يفهم منه أنه قد تنازل عن حقه في الإبطال، فإذا كان قيام المتعاقد بتنفيذ العقد تنفيذا اختياريا موقفا يدل على نية المتعاقد في النزول عن طلب الإبطال، فإن عدم مطالبة المتعاقد بإبطال العقد مع علمه بما له من حق في إبطال العقد مدة معينة يعد كذلك موقفا يفهم ويستنتج منه رغبته في النزول عن طلب الإبطال. مع الإشارة أن القول بأن مرور مدة معينة دون ممارسة حق الإبطال إجازة ضمنية للعقد، هو ما يفهم من نص المادة 235 من قانون العقود والموجبات اللبناني، حيث نصت (وإن مرور الزمن المشار إليه مستند إلى تقرير تأمين العقد ضمنا من قبل صاحب دعوى البطلان فهو كأنه عدل عن إقامتها).

لكن قولنا بأن مرور مدة معينة دون ممارسة حق الإبطال يعد بذلك إجازة ضمنية للعقد، مقيد بشرط وهو أن يكون المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال عالما بحقه في إبطال العقد، فإذا كان غير عالما بذلك فلا يمكن القول بأن عدم إبطاله للعقد طيلة المدة المحددة إجازة ضمنية، بل يمكن تفسير عدم مطالبته بإبطال إلى عدم علمه أصلاً بحقه في الإبطال، خاصة وأن الإجازة سواء كانت ضمنية أو صريحة تستند إلى واقعة علم المتعاقد بحقه في إبطال العقد. هذا فيما يخص شروط وصور التعبير عن الإجازة، فإذا توافرت جميع الشروط السالفة الذكر ترتب عن الإجازة أثر، سواء كانت في صورة إجازة صريحة أو ضمنية أو مفترضة على حسب تقدير أستاذنا محمد سعيد جعفرور.

(377) - أشار إلى هذا الرأي: د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 170-171.

الفرع الثالث

أثر إجازة العقد القابل للإبطال

إذا استوفت الإجازة الشروط المطلوبة لصحتها باعتبارها تصرف قانوني فإنها ترتب أثر، وهذا الأثر الذي ترتبه الإجازة يمس من جهة العقد محل الإجازة (أولاً)، كما يمس كذلك أثر الإجازة من جهة أخرى أطراف العقد الذي تم إجازته (ثانياً).

أولاً

أثر الإجازة بالنسبة للعقد المجاز

يترتب على الإجازة زوال وسقوط حق المتعاقد في طلب إبطال العقد، وهو ما يؤدي إلى تأييد صحة العقد بصفة نهائية (أ)، مع الإشارة إلى أن أثر الإجازة إنما يقتصر فقط على موضوع الإجازة (ب).

أ- تأييد صحة العقد المجاز بصفة نهائية

يترتب على الإجازة تأييد صحة العقد بصفة نهائية وذلك بزوال خطر الإبطال الذي كان يحق بالعقد، وعليه فإن العقد بالإجازة يستقر وجوده نهائياً وتستقر معه الآثار التي كانت قد ترتبت عليه في المرحلة السابقة على إجازته، وبالإجازة يستمر كذلك العقد في إنتاج آثاره (378).

إن الإجازة ليس من شأنها أن تصحح العقد المجاز ولا أن تزيده صحة، على خلاف ما يراه البعض من خلال القول بأن أثر الإجازة يكمن في جعل العقد المجاز صحيحاً، أي بالإجازة ينقلب العقد صحيحاً (379). حيث أنه بالرجوع إلى طبيعة العقد القابل للإبطال باعتباره محل الإجازة، نجد أنه عقد صحيح ومنتج لكافة لآثاره، والعقد الصحيح لا ينقلب صحيحاً، كما أن القول بأن الإجازة تجعل العقد صحيحاً يجعلنا نقول بأن العقد قبل إجازته باطل ومن المعلوم أن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً.

(378)- د/ محمد سعيد جعفرور- فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صص 118-119. وكذلك: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 262.

(379)- أشار إلى هذا الرأي: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 570. وكذلك: د/ محمد محفوظ، دروس في العقد، المرجع السابق، ص 256.

كما أن القول بأن الإجازة تجعل العقد صحيحا، يستتبع ذلك نتيجة حتمية وهي أن صحة العقد تثبت من يوم إبرامه، وبذلك يكون للإجازة أثر رجعي، مع أن القول بالأثر الرجعي للإجازة يتعارض مع كون العقد القابل للإبطال عقد صحيح، ودور الإجازة يكمن في تأييد وتثبيتته بصفة نهائية من خلال النزول عن حق طلب الإبطال، و كل ذلك من تاريخ صدور الإجازة وليس من تاريخ إبرام العقد، فيكون للإجازة بناءً على ذلك أثر فوري وليس رجعي⁽³⁸⁰⁾.

كما يؤكد أستاذنا محمد سعيد جعفرور على عدم سلامة الرأي القائل بأن للإجازة أثر رجعي، وذلك من خلال كون تقرير الأثر الرجعي لتصرف قانوني معين يكون إما بقصد ترتيب هذا التصرف لآثار قانونية لم يربتها التصرف وذلك من يوم إبرامه، وإما بقصد إزالة آثار قانونية رتبها التصرف القانوني خلال فترة زمنية ماضية⁽³⁸¹⁾. وعليه إذا قلنا أن للإجازة أثر رجعي فهل سيؤدي ذلك إلى ترتيب آثار قانونية لم يربتها العقد قبل إجازته، وهل إذا تمت الإجازة سيؤدي ذلك إلى زوال الآثار التي رتبها العقد قبل حصول الإجازة ؟

بالرجوع إلى طبيعة الإجازة نجدها لا تنتج آثار جديدة، وإنما تسمح فقط باستمرار إنتاج العقد لآثاره بزوال خطر إبطاله، كما أن الإجازة لا تزيل الآثار التي رتبها العقد قبل إجازته، بل العكس تقرير الإبطال هو الذي سيؤدي إلى زوال آثار العقد وليست الإجازة التي تعمل على تثبيت وتأييد الآثار التي أنتجها العقد قبل إجازته⁽³⁸²⁾، وعليه فعلى أي أساس يكون للإجازة أثر رجعي؟

رغم ذلك نجد موقف المشرع الجزائري قد سائر الإتجاه القائل بأن للإجازة أثر رجعي، حيث نصت المادة 100 من القانون المدني (...وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير)⁽³⁸³⁾.

(380) - أنظر في النقد الموجه للرأي القائل بأن للإجازة أثر رجعي: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص262. وكذلك: د/ خليل أحمد حسن قداة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص87.

(381) - أنظر: د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص200.

(382) - المرجع نفسه، ص201.

(383) - يقابلها نص الفقرة الثالثة من المادة 1338 من القانون المدني الفرنسي، والفقرة الثانية من المادة 139 من القانون المدني المصري، والمادة 237 من قانون العقود والموجبات اللبناني.

كما أن القول بأن للإجازة أثر رجعي، يقودنا ذلك إلى القول بمدى تأثير ذلك على حقوق الغير، والمقصود بالغير هو الخلف الخاص الذي اكتسب على المال حقا عينيا أو تلقى ملكية الحق ذاته قبل الإجازة⁽³⁸⁴⁾، حيث طبقا للمادة 100 من القانون المدني إذا ما أجاز العقد فإنه يجب ألا تمس الإجازة بحقوق الغير التي نشأت قبل حصولها، فلا تتأثر حقوقهم التي اكتسبوها على الشيء موضوع العقد قبل حصول الإجازة⁽³⁸⁵⁾، فحسب تقدير الأستاذ السنهوري لو باع قاصر عيناً، ثم بعد بلوغه سن الرشد قام برهن العين، ثم أجاز البيع، فإن هذه الإجازة لا تضر بحقوق الدائن المرتهن، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري متقلة بحق الرهن⁽³⁸⁶⁾.

غير أن الأستاذ علي سليمان يرى أن النص طبقا للمادة 100 على عدم الإخلال بحقوق الغير إذا أجاز العقد غير منطقي، ولا يتفق مع اعتبار العقد صحيحا ومنتجا لكافة آثاره حتى يقضى بإبطاله. وأن الأثر الرجعي للإجازة كالأثر الرجعي لتقادم دعوى الإبطال، يجب أن يزيل حقوق الغير⁽³⁸⁷⁾.

غير أنه حسب نظرنا فإن القول بأن للإجازة أثر رجعي يصدق على حالة العقد الموقوف، كون هذا الأخير رغم أنه عقد صحيح إلا أنه غير نافذ، من خلال عدم إنتاجه لآثار سواء بين المتعاقدين وكذلك في اتجاه الغير، فإذا أجاز أمكن ذلك إنتاج آثاره سواء فيما بين المتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير. وإنتاج العقد الموقوف لآثاره في حالة إجازته يكون من تاريخ إبرامه، أي يكون ذلك بأثر رجعي. خاصة أن القول بالأثر الرجعي للإجازة في العقد الموقوف لا يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير، كون أن العقد الموقوف قبل إجازته لم ينتج آثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، وعليه في حالة إجازته لن تمس بحقوق الغير نظراً لأنه لم يرتب لهم حقوق أصلا.

(384)- د/ خليل أحد حسن قعدة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص87.

(385)- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص181.

(386)- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص518.

غير أننا نجد من يقول بأن البيع الصادر من القاصر صحيحا ومنتجا لآثاره، فإن قيام هذا الأخير بعد بلوغه سن الرشد برهن العين المبيعة ثم إجازته بعد ذلك لعقد البيع، يعد رهنا لملك الغير. كما أن قيام البائع (القاصر) برهن المبيع يعتبر تعرضا قانونيا للمشتري وإخلالا بالتزامه بالضمان يمنح للمشتري حق الرجوع عليه بدعوى الضمان. أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، صص202-203.

(387)- د/ علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص83.

ب- اقتصار أثر الإجازة على موضوع الإجازة

إذا كان تقرير قابلية العقد للإبطال نتيجة لسبب واحد كنقصان أهلية المتعاقد، فإنه بإجازته للعقد بعد بلوغه سن الرشد يستقر العقد نهائياً بعد أن كان مهدد بالزوال، لكن قد تتعدد أسباب قابلية العقد للإبطال كأن يكون المتعاقد قاصراً وفي نفس الوقت قد وقع في عيب غلط، ففي هذه الحالة إذا قصر المتعاقد إجازته على سبب معين، فإن أثر الإجازة ينصرف إلي ذلك السبب فقط دون بقية الأسباب الأخرى التي لم تشملها الإجازة، وعليه فإن حقه في طلب الإبطال يزول لكن في حدود موضوع الإجازة أما الأسباب الأخرى التي لم تكن موضوع الإجازة فإن حقه في طلب الإبطال يبقى قائماً⁽³⁸⁸⁾.

ثانياً

أثر الإجازة بالنسبة لإطراف العقد المجاز

إن دراسة أثر الإجازة إتجاه أطراف العقد الذي تم إجازته يستلزم التمييز بين تلك الحالة التي يكون فيها حق الإبطال قد تقرر لفائدة أحد طرفي العقد (أ)، وبين الحالة التي يكون فيها حق الإبطال مقرر لعدة أطراف (ب).

أ- حالة كون حق الإبطال مقرر لأحد طرفي العقد

فإذا كان حق الإبطال قد تقرر لأحد طرفي العقد، فإنه بإجازة هذا الأخير للعقد يترتب على ذلك سقوط حقه في طلب الإبطال، ومن ذلك نجد أن أثر الإجازة في هذه الحالة ينصرف إلى المجيز فقط، حيث أن الإجازة تصرف يتم بإرادة منفردة هي إرادة من تقرر لمصلحته الإبطال فمن الطبيعي أن ينصرف أثرها فقط إتجاه المجيز⁽³⁸⁹⁾.

ب- حالة تقرير حق الإبطال لعدة أطراف

قد يتقرر في العقد الواحد حق الإبطال لعدة أشخاص، وذلك إما بتقرير حق الإبطال لكلا طرفي العقد (1)، وإما بتقرير حق الإبطال لعدة أطراف ولكن من جانب واحد (2).

(388) - راجع: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 263. وكذلك: د/ توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الإلتزام (مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص 254.

(389) - د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 204.

1- حالة تقرير حق الإبطال لطرفي العقد

كما في حالة إبرام ناقص الأهلية لعقد مع طرف آخر على أن هذا الأخير تعاقد تحت وقع الإكراه مثلا، فإذا أجاز ناقص الأهلية العقد بعد بلوغه سن الرشد فإن أثر الإجازة ينصرف إليه فقط من خلال سقوط حقه في إبطال العقد، أما المتعاقد الآخر المكره فلا يمتد إليه أثر الإجازة، وبذلك يثبت له حق الخيار ما بين إجازة العقد أو إبطاله⁽³⁹⁰⁾.

2- حالة كون حق الإبطال مقرر لعدة أطراف من جانب واحد

ففي مثل هذه الحالة يثبت لهم جميعا الحق في إبطال العقد، غير أنه إذا تنازل أحد الأطراف عن حقه في طلب الإبطال وذلك بإجازته للعقد، فإن ذلك لا يسري في مواجهة بقية الأطراف الأخرى الذين بإمكانهم ممارسة حقهم في طلب الإبطال، أي أن حقهم في الإبطال يبقى قائما رغم تلك الإجازة الصادرة من أحد أطراف العقد. ومثال ذلك أن يقع مجموعة من الأطراف ضحية غلط، فإن حق الإبطال يثبت لهم جميعا، وإذا تنازل أحد الأطراف على ذلك بالإجازة، فإن أثرها لا ينصرف إلى بقية الأطراف الأخرى التي لم تجز العقد⁽³⁹¹⁾.

من خلال كل ما قلناه عن الإجازة خاصة فيما يخص أثرها والمتمثل في تأييد وتثبيت صحة العقد بصفة نهائية وذلك من خلال زوال خطر إمكانية إبطاله، يظهر لنا جليا الدور الذي تلعبه الإجازة كآلية لتفادي وحماية العقد من الإبطال وبذلك التقليل من حالاته، نظرا لما يترتب من أثر سلبي والمتمثل في زوال العقد دون أن يحقق الأطراف الغاية المرجوة من إبرامه وتلبية حاجياتهم من جهة، والمساس من جهة أخرى باستقرار المعاملات في المجتمع خاصة في ظل امتداد أثر تقرير الإبطال إلى الغير.

(390)- د/ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص213.

(391)- ومن أمثلة ذلك نجد حالة وفاة المتعاقد الذي تقرر لمصلحته الإبطال فلنفترض أن ورثته (خلفه العام) قد أجاز البعض من هم العقد، بينما تمسك بقية الورثة بإبطال العقد، فإن أثر الإجازة ينصرف فقط إلى الورثة الذين أجازوا العقد، أما بقية الورثة فيثبت لهم حق طلب الإبطال. د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، مراتب إنعقاد العقد، المرجع السابق، ص94.

المطلب الثاني

آلية إنقاص العقد⁽³⁹²⁾

انطلاقاً من خطورة الأثر المترتب على إبطال العقد والمتمثل في زوال العقد من وقت إبرامه، ورغبة في ضمان استقرار المعاملات في المجتمع، نجد أن الإرادة التشريعية عملت على تقاضي أو على الأقل التقليل من حالات الإبطال من خلال إمكانية إبطال فقط الجزء المعيب في العقد عوض إبطال العقد كله وهو ما يسمي بإنقاص العقد. ودراسة الإنقاص كآلية لحماية العقد يستدعي بداية الوقوف على المقصود من إنقاص العقد (الفرع الأول)، ثم تحديد مختلف الشروط المطلوبة قصد إمكانية إنقاص العقد (الفرع الثاني)، ثم البحث في الأثر الذي يترتب عن عملية الإنقاص (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بإنقاص العقد

إن المقصود بإنقاص العقد هو استبعاد وإبطال الشق الباطل أو القابل للإبطال والإبقاء على الشق الصحيح في العقد متى كان العقد قابلاً للإنقسام⁽³⁹³⁾، حيث نجد أن المادة 104 من القانون المدني الجزائري قد نصت (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله)⁽³⁹⁴⁾. فجوهر عملية الإنقاص يتمثل في وجود جزء باطل أو قابل للإبطال من العقد، فينصب الإبطال عليه وحده دون الجزء الآخر الصحيح متى تبين أن الجزء الباطل أو القابل للإبطال لم يكن هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد⁽³⁹⁵⁾.

(392)- مع الإشارة إلى أن إنقاص العقد يمكن أن يرد كذلك على العقد الباطل وهذا ما سنبينه عند دراسة شروط إنقاص العقد.
 (393)- راجع في تعريف إنقاص العقد: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص188. وأنظر أيضاً: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص276.
 (394)- تقابلها المادة 143 من القانون المدني المصري والتي تنص (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله).
 (395)- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص79. د/ منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات...، المرجع السابق، ص246. و د/ محمد منصور حسين، النظرية العامة للإلتزام...، المرجع السابق، ص276. وأيضاً: د/ خليل أحمد حسن ققادة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص94.

حيث أن العقد إذا لم يكن باطلاً بأكمله وذلك من خلال كونه باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه وصحيح في شقه الآخر فإنه ينتزع فقط الشق الباطل أو القابل للإبطال، أما الشق المتبقي من العقد فيبقى صحيحاً باعتباره عقداً قائماً بذاته، ولكن ما لم يتبين أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة العقد فيبطل العقد في هذه الحالة بأكمله⁽³⁹⁶⁾.

من أمثلة إنقاص العقد نجد الإنقاص لعيب الغلط، حيث إذا كان أثر الغلط متى توافرت شروطه جعل العقد قابلاً للإبطال، غير أنه في حالات أخرى قد يكون أثره تجزئة العقد إلى جزء قابل للإبطال وجزء صحيح، فيبطل الجزء القابل للإبطال ويبقى الجزء الصحيح بعد إسقاط الجزء القابل للإبطال منتجاً لآثار العقد، كما إذا اشترى شخص بثمن إجمالي عدد من الساعات معتقداً بأنه من الذهب الخالص، ثم يتضح له أنه قد وقع في غلط جوهري بالنسبة إلى بعض ما اشتراه، فهنا يمكن تجزئة العقد إلى شقين، الشق الأول يشمل بيع الساعات التي لم يقع المشتري في غلط بالنسبة لها، والشق الثاني يشمل بيع تلك الساعات التي وقع المشتري فيها في غلط، والإبطال في مثل هذه الحالة يقتصر فقط على الشق الثاني، ما لم يثبت أن المشتري ما كان ليبرم العقد من غير الساعات التي انصب غلظه عليها، فيبطل العقد بأكمله⁽³⁹⁷⁾.

بناءً على كل ذلك يمكن القول بأن الإنقاص نوع من تصحيح العقد، وذلك بحذف وإلغاء الشق الباطل أو القابل للإبطال مع استبقاء الشق الصحيح، وما يترتب على ذلك من اجتناب حصول إبطال كلي للعقد، وفي هذا الإطار نرى أنه لا يشترط في تصحيح العقد دائماً إحداث تغيير فيه من خلال استبدال عنصر قديم فيه بعنصر جديد آخر، وإنما صور تصحيح العقد تتعدد، وقد يرد التصحيح في شكل إلغاء أو حذف لجزء من العقد. وهذا ما يصدق في إنقاص العقد من خلال إلغاء وحذف الجزء أو الشق الباطل أو القابل للإبطال دون إدخال أي تغيير وعنصر جديد على العقد⁽³⁹⁸⁾.

(396) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 251.

(397) - د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق، د ذ ط، د ذ ب ن، د ذ س ن، ص 120.

(398) - مع الإشارة أنه تعددت أقوال وأراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للإنقاص، بين القائل بأن إنقاص العقد هو عبارة عن تعديل قضائي للعقد، وبين القائلين بأنه عبارة عن تعديل قانوني له، وبين الإتجاه القائل بأن إنقاص العقد هو بطلان جزئي للعقد، مع تفضيل الأستاذ عادل حسن القول بأن الإنقاص عبارة عن بطلان جزئي للعقد. للتفصيل في الطبيعة القانونية للإنقاص أنظر: د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص 38-54.

قبل التطرق إلى دراسة شروط إنقاص العقد، أشير إلى ملاحظتين تتعلق الأولى بمجال الإنقاص، فرغم أن دراستنا تصب في حماية العقد من الإبطال من خلال آلية الإنقاص، فإن هذا لا يعني أن الإنقاص ينحصر مجاله فقط في العقد سواء كان هذا الأخير عقدا باطلاً أو قابلاً للإبطال، وإنما يمتد مجال الإنقاص كذلك إلى تلك التصرفات القانونية التي تتم بإرادة منفردة كما في حالي الوصية والوعد بالجائزة⁽³⁹⁹⁾، لذلك نتوصل إلى أن الإنقاص مجاله هو التصرف القانوني⁽⁴⁰⁰⁾ سواء كان هذا التصرف صادر من جانب واحد أو صادر من جانبين (العقد) ويستوي أن يكون هذا الأخير باطلاً أو قابلاً للإبطال.

أما الملاحظة الثانية فتخص التمييز بين إنقاص العقد وبين إجازته، وإن كان كلاً من الإنقاص والإجازة من آليات حماية العقد من الإبطال، فإن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما، بل بالعكس حيث نجد أن الإجازة يكمن أثرها في إزالة خطر الإبطال دون المساس بمضمون العقد الذي ترد عليه، أما الإنقاص فإنه يغير من مضمون العقد الذي يرد عليه من خلال إسقاط الشق الباطل أو القابل للإبطال⁽⁴⁰¹⁾. كما أن الإجازة كتصرف قانوني يتم بإرادة واحدة وهي إرادة من تقرر لمصلحته الإبطال، بينما نجد أن الإنقاص يتقرر بحكم قضائي بناءً على إرادة طرفي العقد كأصل عام⁽⁴⁰²⁾. وكذلك نجد أن الإجازة ترد فقط على عقد قابل للإبطال مقارنة بالإنقاص الذي يرد كما أشرنا إلى ذلك عند دراسة مجال الإنقاص على عقد باطل وكذلك على عقد قابل للإبطال⁽⁴⁰³⁾.

غير أن الإنقاص وإن نظرنا إليه كتصحيح للعقد بإزالة الشق المعيب فيه مع الإبقاء على الشق الصحيح وبذلك تفادي إبطال العقد بصورة كلية، غير أن تحقق ذلك يبقى مرهون بتوافر مجموعة من الشروط.

(399)- د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص75.

(400)- فيما يخص التصرف القانوني راجع: د/ جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، صص16-52.

(401)- د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص62.

(402)- غير أنه كاستثناء يمكن إجراء الإنقاص دون مراعاة لإرادة طرفي العقد وهو ما يسمى في هذه الحالة بإنقاص العقد بقوة القانون وهو ما سنفصل فيه عند دراسة شرط إتجاه إرادة طرفي العقد إلى إنقاص العقد.

(403)- راجع فيما يخص عدم جواز إجازة العقد الباطل و اقتصر نطاق الإجازة على العقد القابل للإبطال ما قلناه سابقاً، صص112-114.

الفرع الثاني

شروط إنقاص العقد

استناداً إلى نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري، يتضح لنا أنه يشترط لتحقيق عملية الإنقاص أن يتضمن العقد المراد إنقاصه شق باطل أو قابل للإبطال وشق صحيح (أولاً)، وكذلك يشترط في الإنقاص قابلية العقد للإنقسام أو التجزئة (ثانياً).

أولاً

وجوب تضمن العقد شق باطل أو قابل للإبطال وشق صحيح

لإمكانية إنقاص العقد يجب أن يتضمن العقد المراد إنقاصه شق قابل للإبطال⁽⁴⁰⁴⁾، أو باطل⁽⁴⁰⁵⁾، مع وجوب كون الشق الآخر من العقد صحيحاً، وهذا ما نصت عليه المادة 104 في عبارتها (إذا كان العقد باطل في شق منه أو قابل للإبطال وصحيح في شقه الآخر...).

(404) - أما فيما يخص حالات العقد القابل للإبطال أنظر ما قلناه أعلاه ص ص 11-51.

(405) - تتمثل حالات العقد الباطل في:

أ- حالة تخلف ركن التراضي: يعد التراضي ركن من أركان العقد، ويتحقق بتوافق إرادتين الطرفين الإيجاب والقبول، و من ذلك كان من المنطقي أن يكون العقد الذي يتخلف فيه ركن التراضي باطلاً بطلاناً مطلقاً. وتخلف ركن التراضي يتجلى في حالتين، وهما حالة تعاقد عديم الأهلية(1)، وكذلك حالة عدم تطابق إرادتين القبول والإيجاب(2).

1- حالة تعاقد عديم الأهلية: يقصد بالأهلية في التعاقد أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن تكسبه حقوقاً أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانوناً، وهذه الأهلية إذا كانت منعدمة فإن العقد يكون باطلاً، وتكون أهلية التعاقد منعدمة في حالتين:

حالة عدم بلوغ المتعاقد سن التمييز بالرجوع إلى أحكام المادة 42 من القانون المدني الجزائري، نجد أن سن التمييز محدد بثلاثة عشر سنة وعلية فالمتعاقد الذي لم يبلغ هذا السن يعد عديم الأهلية أو ما يسمى بفاقد التمييز وتصرفاته تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وهذا ما قضت به المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت(من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة).

حالة إصابة المتعاقد بالعوارض التي تعدم الأهلية حددت المادة 42 من القانون المدني في فقرتها الأولى العوارض التي تعدم الأهلية وهي الجنون والعتة، حيث نصت(لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون). والجنون مرض يصيب العقل فيفقدته و بعدم التمييز ويعرف كذلك أنه اضطراب يؤدي إلى عدم انتظام قوى العقل، واختلال توازنه على نحو يؤدي إلى انعدام الإدراك والتمييز لدى صاحبه. أما العته فهو اختلال في شعور الشخص، بأن يكون فهمه قليل وكلامه مختلط و تدبيره فاسد. أنظر: د/ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه...، المرجع السابق، ص75.

2- حالة عدم تطابق القبول بالإيجاب: إلى جانب حالة انعدام أهلية التعاقد نجد أن تخلف ركن التراضي يتحقق كذلك في تلك الحالة التي لا يتطابق فيها القبول بالإيجاب، كون أن التراضي كركن من أركان العقد يتحقق بتطابق إرادتين القبول والإيجاب، وعليه فإن عدم حصول هذا التطابق سيؤدي ذلك إلى عدم توفر ركن الرضا ومنه جعل العقد باطلاً. ويتحقق عدم التطابق بين القبول والإيجاب في عدة حالات، كما في حالة الغلط المانع والإكراه المادي، ففي الحالتين لا يتصور قيام ركن التراضي أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ص 162-166.

ب- تخلف ركن المحل يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، وذلك من خلال إنشاء التزامات =

حيث أنه في فرضية أن العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بصفة كلية، فإنه في هذه الحالة لا يمكن القول بإمكانية إنقاصه، وإنما الشيء الممكن في مثل هذه الحالة هو القيام بتحويله إذا ما توفرت فيه شروط تحول العقد. وكذلك لا يمكن الكلام عن إنقاص العقد في فرضية أن العقد صحيحاً بأكمله، وإنما للأطراف في مثل هذه الحالة إقالته أو تجديده. كما أنه إلى جانب وجوب كون العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال وصحيح في الشق الآخر، فإنه يشترط لإنقاص العقد كذلك أن يكون العقد المراد إنقاصه قابلاً للإنقسام.

ثانياً

قابلية العقد للإنقسام

يشترط لإنقاص العقد إمكانية الفصل بين الشق الباطل أو القابل للإبطال وبين الشق الصحيح فيه، وقابلية العقد للإنقسام أو التجزئة تكون من الناحية الموضوعية (أ)، وكذلك من الناحية شخصية (ب).

= على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما، سواء كانت في صورة إعطاء شيء، أو عمل أو امتناع عن عمل. وبالرجوع إلى مواد القانون المدني الجزائري المنظمة لركن المحل، نجدها قد اشترطت وجوب توافر في محل العقد مجموعة من الشروط يمكن حصرها فيما يلي: وجوب كون محل العقد ممكناً، يشترط لصحة المحل كركن من أركان العقد أن يكون ممكناً أي غير مستحيل، وفي ذلك تنص المادة 93 من القانون المدني (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً). لكن هذا لا يعني أن كل استحالة تجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإنما الإستحالة المقصودة و التي تحول دون نشوء العقد هي الاستحالة المطلقة والتي تقوم بالنسبة لجميع الناس، سواء كانت هذه الاستحالة طبيعية كما في حالة التزام شخص ببيع منزل تهدم وزال، أو كانت استحالة قانونية كما في حالة التزام محام برفع استئناف في حكم لا يجوز الاستئناف فيه. كما يشترط في المحل أن يكون موجوداً أو على الأقل قابلاً للوجود في المستقبل طبقاً لأحكام المادتين 92 و 93 من القانون المدني، وأن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعين عملاً بأحكام المادتين 94 و 95 من القانون المدني، مع وجوب كون المحل مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهو ما أشارت إليه المادة 93 أعلاه. فيما يخص ركن المحل وشروطه راجع: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 138-154. وكذلك: د/ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 165-186. أيضاً راجع:

Alex Weill et François Terré, Droit civil..., op. cit, p p. 251-280.

ج- حالة تخلف ركن السبب: يقصد به السبب الباعث والدافع إلى التعاقد حسب رأي النظرية الحديثة والتي ترى بأن السبب ليس الغرض المباشر كما هو عليه الحال في النظرية التقليدية، وإنما هو السبب الدافع إلى التعاقد والمتمثل في الإعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد. ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام والآداب العامة أنظر فيما يخص ركن السبب: علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص 73-76. وأيضاً:

Gérard Légiér, Droit civil..., op. cit, p p. 51-54. ; Jean Carbonier, Droit civil..., op. cit, p p. 2017-2026.

د- حالة تخلف ركن الشكل في العقود الشكلية: رغم أن القاعدة العامة هي مبدأ رضائية العقود، حيث يكفي لقيام العقد توافق إرادتين المتعاقدين. إلا أنه في بعض أنواع العقود نجد أن التراضي لا يكفي لانعقاد العقد وإنما لابد من إتباع شكلية معينة، وتختلف ركن الشكلية في هذه الحالة يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وغالباً ما يكون الشكل المطلوب هو الكتابة، وهذه قد تكون رسمية، أي يقوم بها موظف مختص وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون (أنظر المادة 324 من القانون المدني)، والعقد الشكلي في هذه الحالة يسمى بالعقد الرسمي كما في عقد الرهن الرسمي طبقاً للمادة 383 من القانون المدني. كما قد تكون كتابة ==

أ- قابلية العقد المراد إنقاؤه للتجزئة الموضوعية

يكون العقد قابلاً للتجزئة الموضوعية في حالة كون طبيعته أو أصله لا يحول دون تجزئته، بحيث يتحقق في ذلك للجزء أو الشق الصحيح المتبقي من العقد بعد إسقاط الشق الباطل أو القابل للإبطال له الوجود الذاتي المستقل بحيث يرتب آثار العقد الأصلي في حدود ما تبقى منه⁽⁴⁰⁶⁾، غير أنه للقول بإمكانية تجزئة العقد من الناحية الموضوعية لا بد من توافر شرطين:

حيث يشترط في البداية قابلية العقد للتجزئة المادية البحة، من خلال إمكانية الفصل بين الشق الباطل أو القابل للإبطال والشق الصحيح في العقد المراد إنقاؤه⁽⁴⁰⁷⁾، ومن ذلك لا يكون العقد قابل للتجزئة المادية لو أن أحد الإلتزامات التي يرتبها العقد غير قابلة للتجزئة بسبب طبيعة المحل الذي يرد عليه، ومن أمثلة ذلك البيع الذي يرد على عدة أشياء بثمن إجمالي ويكون بيع أحد هذه الأشياء باطل فيبطل البيع كله لتعذر تحديد ما يخص البيع الباطل من ثمن⁽⁴⁰⁸⁾.

= عرفية وهي التي يقوم بها المتعاقدان دون تدخل الموظف الرسمي (أنظر المادة 327). للتفصيل في ركن الشكلية أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 58. وأيضاً: د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 47.

ه- حالة تخلف ركن التسليم في العقود العينية: العقد العيني هو ذلك العقد الذي لا ينعقد بمجرد التراضي، بل يجب إلى جانب ذلك تسليم العين محل العقد. فالتسليم يعد ركن فيه، وتخلف ركن التسليم في العقد العيني يجعل العقد باطلاً بطلاً مطلقاً. ومن أمثلة العقود العينية في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري القديم نجد عقد العارية والوديعة والرهن الحيازي وعقد الرهن. أما في القانون المدني المصري الجديد والقانون المدني الجزائري فإن هذه العقود أعلاه تعد عقود رضائية. ومن أمثلة العقد العيني نجد هبة المنقول طبقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 206 منه (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة). أنظر في العقد العيني: د/ محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه...، المرجع السابق، ص 76.

حالات خاصة للبطلان المطلق: بالإضافة إلى ما قلناه فيما يخص حالات العقد الباطل نجد حالات أخرى للعقد الباطل بموجب نصوص خاصة، كما في حالة بطلان شراء رجال القضاء وأعوانهم للأشياء المتنازع فيها طبقاً للمادتين 403 و402 من القانون المدني الجزائري. أنظر: د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، المرجع السابق، ص 234-235.

(406) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 123.

(407) - غير أن الأستاذ جميل الشرفاوي يرى أنه لا يمكن تجزئة التصرف القانوني إلى جزء معيب فهو بذلك باطل وجزء صحيح، وإنما إذا كان التصرف القانوني معيب فإن هذا العيب يمتد إلى التصرف القانوني بأكمله وبذلك يعتبر باطلاً بأكمله فلا يمكن تصور أن العقد معيب في جزء منه فقط. كما أن التصرف القانوني سواء تم بإرادتين أو بإرادة واحدة يقوم أساساً على اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين والإرادة واحدة لا يتصور تقسيمها، والقول بأن نصف التصرف القانوني صحيح والنصف الأخر باطل هو قول متناقض لأننا الصحة والبطلان متناقضان فكيف يجتمعان في تصرف قانوني واحد. أنظر: د/ جميل الشرفاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 80-92.

(408) - د/ عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص 114.

كما يشترط كذلك قابلية العقد للتجزئة القانونية، حيث أنه في بعض العقود لا يمكن القول بوجودها جزئياً إذا شابها عيب في جزء أو شق منها، فإما أن توجد كاملة وإما أن تبطل بأكملها وهذا ما يسمى بعدم قابلية العقد للتجزئة القانونية رغم إمكانية تقسيمه أو تجزئته من الناحية المادية⁽⁴⁰⁹⁾، ومن أمثلة ذلك نجد عدم جواز تجزئة الصلح عملاً بنص المادة 465 من القانون المدني الجزائري حيث نصت في فقرتها الأولى (الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله)، ومن ذلك نجد أن عقد الصلح إذا تضمن عدة أمور وتقرر إبطاله إما لنقص الأهلية أو لعدم مشروعية محله مثلاً أبطل العقد في جميع أجزائه، إلا إذا اتجهت إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً إلى اعتبار أجزاء الصلح بعضها مستقل عن بعضها الآخر ففي هذه الحالة إذا أبطل جزء منها لا يمتد أثر الإبطال إلى بقية الأجزاء الأخرى. وفي ذلك نصت المادة أعلاه (على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة عن بعضها البعض)⁽⁴¹⁰⁾.

ب - قابلية العقد المراد إنقاصه للتجزئة الشخصية

يقصد بقابلية العقد للإنقسام أو التجزئة الشخصية إتجاه إرادة طرفي العقد إلى إلغاء وحذف الشق الباطل أو القابل للإبطال مع الإبقاء والإحتفاظ بالشق الصحيح في العقد، وعليه لا يكفي لإنقاص العقد قابلية هذا الأخير للتجزئة الموضوعية المادية و القانونية طالما لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام العقد دون الشق الباطل⁽⁴¹¹⁾. وعليه فإن إنقاص العقد مرهون بأن لا يكون الشق الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد⁽⁴¹²⁾، أما إذا كان هو الدافع للتعاقد فإن العقد يبطل بأكمله ولا كلام عن إنقاص العقد.

(409) - د/ عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص115.

(410) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص190.

(411) - حيث قضت في ذلك محكمة النقض المصرية (يجب ألا يكون الإنقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين، بثبوت أن أياً من المتعاقدين ما كان يرضي بغير الشق المعيب، ما يجعل الإبطال يمتد إلى العقد كله). نقلاً عن: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص125.

(412) - وعليه فإن إشتراط قابلية التصرف للتجزئة الشخصية ما هو إلا تطبيق لفكرة الشرط الدافع، وكذلك فإن تحديد مدى بطلان التصرف جزئياً يتوقف على قصد وإرادة المتعاقدين، أي على المعيار القصدي، فيتحقق الإنقاص إذا لم يكن الجزء أو الشق الباطل من التصرف جوهرياً في قصد المتعاقدين، أي لم يكن هذا الشق أو الجزء هو الدافع إلى التعاقد، ويبطل التصرف كله لو كان هذا الجزء أو الشق الباطل جوهرياً في قصد المتعاقدين، أي كان هو الدافع إلى التعاقد). نقلاً عن: د/ عادل حسن علي السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص125.

غير أن التساؤل الذي يطرح هو هل يشترط لإبطال العقد بصورة كلية ومن ذلك استبعاد إنقاص العقد أن يكون الشق الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد في قصد ونية المتعاقدين معا أم في قصد ونية أحد المتعاقدين فقط؟

إن الشق الباطل أو القابل للإبطال غالبا ما يتقرر لتحقيق مصلحة أحد المتعاقدين فقط، ومن ذلك فإن هذا الشق يكون دافعا إلى التعاقد لهذا المتعاقد دون المتعاقد الآخر، وبناءً على ذلك يرى الأستاذ عادل حسن بأنه يكفي أن يكون الشق الباطل أو القابل للإبطال دافعا إلى التعاقد في قصد ونية أحد المتعاقدين فقط⁽⁴¹³⁾. خاصة أن المادة 143 من القانون المدني المصري لم تشترط أن يكون الشق الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد في قصد ونية المتعاقدين⁽⁴¹⁴⁾. غير أننا انطلاقا من القول بوجود قابلية العقد للتجزئة الشخصية من خلال اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنقاص العقد، فإن شرط عدم كون الشق الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد يجب أن يتحقق في قصد ونية المتعاقدين معا.

لكن إذا كان الأصل في إنقاص العقد أنه يتوقف على قصد وإرادة المتعاقدين، وذلك من خلال كون الشق الباطل أو القابل للإبطال ليس هو الدافع إلى التعاقد في قصد ونية المتعاقدين، وفي حالة العكس يبطل العقد بأكمله ولا كلام عن إنقاص العقد، فإنه في بعض الحالات قد يفرض فيها الإنقاص دون مراعاة لقصد وإرادة المتعاقدين وهو ما يسمى بالإنقاص بقوة القانون⁽⁴¹⁵⁾.

(413)- د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، صص 107-108.

(414)- تقابلها المادة 104 من القانون المدني الجزائري الخاصة بإنقاص العقد.

(415)- وهو ما يسميه الأستاذ نبيل إبراهيم سعد بالبطان الجزئي، حيث أن هذا الأخير يتمثل في بطلان شرط أو بعض الشروط المخالفة لقواعد قانونية أمرية، دون النظر إذا كانت ستننتج إليه إرادة المتعاقدين أم لا، أي أنه يقع بقوة القانون. ومن ذلك نجد أن البطان الجزئي للعقد يختلف عن الإنقاص كون أن هذا الأخير أي إنقاص العقد لا يتم إلا إذا تبين أنه ليس للمتعاقدين مانع على الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد دون الجزء الباطل أو القابل للإبطال، على خلاف البطان الجزئي الذي يقع دون مراعاة لإرادة المتعاقدين. أنظر: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، صص 252-254. على خلاف ما يراه الأستاذ عادل حسن بأن الإنقاص هو بطلان جزئي للعقد أنظر: د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، صص 52-54.

من أمثلة الإنقاص بقوة القانون نجد حالة الإتفاق على عدم جواز إعفاء القاضي الطرف المدعى من الشروط التعسفية، فإن هذا الشرط يبطل حتى ولو أثبت الطرف الآخر بأنه ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط (416). وكذلك حالة الإتفاق على البقاء في الشروع لمدة تزيد عن خمس سنوات، فتخفف المدة إلى خمس سنوات (417). وأيضا حالة اشتراط عدم جواز تعديل القاضي للعقد في حالة حدوث الظروف الطارئة، فإن مثل هذا الشرط يبطل (418).

لنتوصل للقول أنه لإنقاص العقد لأبدا من توافر شرطين، ففيما يخص الشرط الأول يجب أن يتضمن العقد المراد إنقاظه شقين وهما: شق باطل أو قابل للإبطال وشق صحيح، أما الشرط الثاني فيتمثل في وجوب قابلية العقد للإنقسام والتجزئة سواء تجزئة موضوعية وكذلك تجزئة شخصية.

ثالثا

الأثر المترتب على إنقاص العقد

إذا توافرت شروط الإنقاص السالفة الذكر، وأنقص القاضي العقد ترتب على ذلك عدم إنتاج العقد لكل آثاره القانونية بل ينتج فقط العقد الأصلي آثاره في حدود ما تبقى منه بعد إسقاط الشق الباطل أو القابل للإبطال (419). و أثر الإنقاص ينصرف إلى المتعاقدين بأثر رجعي، أي من تاريخ إبرام العقد الأصلي وليس من تاريخ إنقاظه، كما يسري كذلك أثر الإنقاص في حق الغير وذلك منذ تاريخ إبرام العقد الأصلي (420).

(416)- حيث نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

(417)- وفي ذلك تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية (ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس (5) سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه).

(418)- حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

(419)- د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنقاص العقد الباطل، المرجع السابق، ص130.

(420)- المرجع نفسه، ص136.

لذلك نتوصل للقول بأن أثر الإنقاص يتمثل في إنتاج العقد الأصلي لآثاره القانونية في حدود الشق الصحيح، وذلك من تاريخ إبرام العقد الأصلي سواء بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير.

مع الإشارة في الأخير أنه عملاً بما قلناه فيما يخص الأثر المترتب على الإنقاص يتضح جلياً الدور الذي يلعبه الإنقاص كآلية لحماية العقد، حيث عوض إبطال العقد بصورة كلية يبطل فقط ذلك الشق الباطل أو القابل للإبطال، مع بقاء واستمرار الشق الصحيح في العقد وإنتاج آثار العقد الأصلي في حدود ما بقي منه.

المطلب الثاني آلية تحول العقد

نجد كذلك من بين آليات حماية العقد من جزاء الإبطال تحول العقد إلى جانب الآليات التي سبق دارستها ويتعلق الأمر بكل من آلية الإجازة والإنقاص، ودراسة تحول العقد كآلية تهدف إلى تفادي وحماية العقد من تقرير جزاء الإبطال يستلزم بالضرورة الوقوف على المقصود بتحول العقد (الفرع الأول)، ثم تحديد ودراسة مختلف الشروط المطلوبة قصد تحول العقد (الفرع الثاني)، ثم تبيان الأثر المترتب عن تحول العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول المقصود بتحول العقد

إن البحث في المقصود من آلية التحول كآلية من آليات حماية العقد من الإبطال يستدعي بداية تحديد معني تحول العقد وذلك من خلال تعريفه (أولاً)، كما أنه قصد الوصول إلى تعريف دقيق وواضح فيما يخص تحول العقد نرى ضرورة تمييزه عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة له (ثانياً).

أولاً

تعريف تحول العقد

يعرف تحول العقد بأنه تغيير في وصف العقد⁽⁴²¹⁾ من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان⁽⁴²²⁾ الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي⁽⁴²³⁾.

(421)- غير أننا نرى أن استعمال **(عبارة تغيير وصف العقد)** قد يؤدي بنا إلى الوقوع في لبس مع نظام قانوني آخر يتمثل في تكيف العقد رغم ما بينهما من اختلاف وهو ما سنوضحه لاحقاً.

(422)- استعمال صاحب التعريف لمصطلح البطلان، إنما يرجع إلى كون التحول يرد على كلا النوعين من البطلان، أي المطلق والنسبي، كما هو عليه الحال بالنسبة لآلية الإنقاص، على خلاف آلية الإجازة التي تخص فقط العقد القابل للإبطال (البطلان النسبي).

(423)- د/ عبد الحميد بعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون (دراسة مقارنة وموازنة)، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات المتحدة، أيام 31 ماي إلى 3 جوان 2009، ص28.

كما يعرف كذلك بأنه نوع من تأويل العقد بما يرجع إلى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك التزاما غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجري عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام⁽⁴²⁴⁾.

بناءً على هاذين التعريفين يتضح لنا أن تحول العقد يقوم على أساس تضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال لأركان عقد صحيح آخر فيتحول إلي هذا الأخير متى اتجهت إرادة المتعاقدين إلى إبرامه لو علموا ما في العقد الأصلي من بطلان. ومن ذلك يظهر الدور الذي يلعبه التحول في المحافظة والإبقاء على العقد رغم ما لحقه من بطلان، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ صاحب عبيد الفتلاوي بالرغم من أن العقد الذي أبرمه الأطراف معيب لخلل في مضمونه إلا أنه قد يكون من مصلحة الأطراف الإبقاء عليه نظرا لأهميته دون إبطاله، وهذا الإبقاء يتحقق من خلال إيجاد علاقة قانونية تتفق مع المصالح والأهداف الإجتماعية و الإقتصادية التي يستلزم القانون تحقيقها عن طريق إبرام العقود في إشارة منه إلى آلية التحول⁽⁴²⁵⁾.

انطلاقاً من الدور الذي يلعبه التحول في المحافظة والإبقاء على العقد، نجد المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات⁽⁴²⁶⁾ وتأثراً بالمشرع الألماني⁽⁴²⁷⁾، قد تبني نظرية تحول العقد بمقتضى المادة 105 من التقنين المدني والتي نصت (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد).

(424)- د/ عبد الحميد بعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون (دراسة مقارنة وموازنة)، المرجع السابق، ص28.
(425)- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1997، ص23.

(426)- من التشريعات التي أخذت بنظرية تحول العقد كقاعدة عامة نجد القانون المدني المصري طبقاً لنص المادة 144. وكذلك مجلة الإلتزامات والعقود التونسية طبقاً للمادة 327. وقانون الإلتزامات والعقود المغربي طبقاً للمادة 309. والقانون المدني الكويتي طبقاً لنص المادة 191. والقانون المدني العراقي طبقاً للمادة 140.

أما المشرع الفرنسي فلم يضع قاعدة عامة تنظم نظرية تحول العقد وإن أخذ ببعض تطبيقاتها كما هو وارد في نص المادة 840 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بتحول القسمة النهائية الباطلة إلى قسمة مؤقتة، ونص المادة 1318 الخاصة بتحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عادية. يلاحظ كذلك على أن المشرع اللبناني لم يأخذ بنظرية تحول العقد، ورغم ذلك نجد الأستاذ عبد المنعم فرج الصده يقول (على الرغم من عدم وجود نص في القانون اللبناني في هذا الشأن، فإن نظرية تحول العقد يصح الأخذ بها في هذا القانون). نقلاً عن: د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص21.

(427)- تعد نظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها فقهاء الألمان في القرن 19 م، وأخذ بها القانون المدني الألماني الصادر لعام 1896 في مادته 140 والتي تنص (إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل هو الذي يأخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كان يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان). لكن تجدر الإشارة أن فقهاء الألمان عندما وضعوا نظرية تحول العقد انطلقوا من بعض التطبيقات الخاصة بتحول العقد التي عرفها القانون الروماني، ومن أبرزها مسألة تحول=

من تطبيقات وأمثلة حول نظرية تحول العقد نجد حالة تحول عقد البيع الباطل لتفاهة الثمن إلى عقد هبة صحيحة إذا ثبت في ورقة رسمية وتوافرت نية التبرع لدى البائع⁽⁴²⁸⁾، وتحول القسمة الباطلة لنقص أهلية أحد المتقاسمين إلى قسمة مهايئة صحيحة⁽⁴²⁹⁾.

ثانياً

تمييز تحول العقد عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة له

إن الوصول إلى وضع تعريف دقيق لما يعرف بتحول العقد يستدعي بعد تعريفه تمييزه عن مجموعة من المفاهيم والنظم القانونية المشابهة له، ومن هذه النظم والمفاهيم المشابهة نجد كل من نظام تفسير العقد (أ)، وكذلك نظام تكييف العقد (ب)، ونظام تعديل العقد (ج).

أ- تمييز تحول العقد عن تفسير العقد

بداية يقصد بتفسير العقد البحث والكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وعدم التقيد الحرفي بالألفاظ الواردة في العقد، وبمعنى آخر تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽⁴³⁰⁾، مع الإشارة إلى أن تفسير العقد من مهمة القاضي⁽⁴³¹⁾.

= العقد الزواج إلى خطبة، حيث أن سن الزواج فيما يخص المرأة عند القانون الروماني هو اثني عشرة (12) سنة، وسن الخطبة هو سبعة (7) سنوات، فإذا كان الزواج باطل من الناحية القانونية لعدم بلوغ المرأة سن الثانية عشر فيمكن القول بأن هذا الزواج بعد مجرد خطبة إذا كانت المرأة قد بلغت سن السابعة من عمرها. ولتفصيل أكثر فيما يخص تاريخ نظرية تحول العقد وتطبيقات هذه النظرية في القانون الروماني راجع: د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 11-12. وكذلك: د/ محمد عبد الله محمود الديلمي، تحول القرار الإرادي، دار الثقافة للنشر والتوزيع- الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، د ذ ط، عمان، الأردن، 2001، ص ص 18 - 19.

(428)- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 197. وكذلك: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 274. كما نجد كذلك من تطبيقات تحول العقد حالة تحول الهبة في مرض الموت إلى وصية طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت (الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية). للتفصيل خاصة فيما يخص مرض الموت (تعريفه- شروطه) أنظر: د/ إياد محمد جاد الحق (هبة المريض في مجلة الأحكام العدلية- دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، العدد الثاني، 2011، ص ص 517-523. وكذلك: د/ مازن مصباح صالح، (الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، العدد الثاني، ص ص 670-676.

(429)- أنظر المواد من 733 إلى 735 من القانون المدني الجزائري.

(430)- د/ إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعيد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 183.

(431)- بناءً على ذلك نفضل التعريف الذي قدمه الأستاذ محمد صبري السعدي بأن تفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، نظراً لتحديد هذا التعريف صاحب الحق والاختصاص في تفسير العقد وهو القاضي على خلاف التعريفين المذكورين أعلاه. أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 288.

إن تفسير القاضي للعقد يكون في حالة كون عبارات العقد غير واضحة⁽⁴³²⁾، بأن كانت غامضة أو متناقضة أو مبهمة أو تحمل أكثر من معنى، ففي مثل هذه الحالات يلجأ القاضي إلى تفسير العقد قصد الإهتداء إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽⁴³³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 111 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية (أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات)، مع أن القاضي في عملية البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يستعين بمجموعة من العوامل مثل طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وكذلك الإستهزاء بالعرف الجاري في المعاملات⁽⁴³⁴⁾.

وبذلك فإن تفسير العقد يركز على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهو ما يصدق كذلك بالنسبة لتحول العقد الذي يقوم على شروط منها البحث عن نية المتعاقدين ومدى إتجاه إرادتهما إلى عناصر العقد الجديد، ومن هنا يظهر لنا التشابه الموجود بين تحول العقد وتفسيره، لأن القاضي في كل منهما يحاول التوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدين من وراء إبرام العقد⁽⁴³⁵⁾.

لكن وجود مثل هذا التشابه لا يعني ولا ينفي وجود اختلافات ما بينهما، حيث نجد أن القاضي في تفسيره للعقد يبحث عن إرادة موجودة وحقيقية لكن لم يعبر عنها بوضوح، بينما في تحول العقد القاضي يبحث عن إرادة جديدة، غير الإرادة الأولى التي اتجهت إلى العقد الباطل أو القابل للإبطال⁽⁴³⁶⁾.

(432)- بمفهوم المخالفة لا يجوز للقاضي تفسير العقد في حالة كون عبارات العقد واضحة، وفي ذلك نصت المادة 111 من القانون المدني في فقرتها الأولى (إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طيق تأويلها لتعرف على إرادة المتعاقدين).

(433)- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 241.
(434)- لتفصيل في هذه العوامل التي يعتمد عليها القاضي عند تفسير العقد راجع: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص ص 76-77. وأيضا: د/ عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، د ط، مصر، 2002، ص ص 497-505.

(435)- د/ إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعيد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 75.

(436)- المرجع نفسه، ص 75.

كما نجد أن التفسير يكون لعقد صحيح⁽⁴³⁷⁾ لم يدخله بطلان، وعدم وضوح عبارات العقد لا يجعل العقد باطلا ولا قابلا للإبطال، على خلاف تحول العقد الذي يرد على عقد باطل أو قابل للإبطال. كما أن التفسير لا يؤدي إلى المساس بوجود العقد محل عملية التفسير ولا يدخل عناصر جديدة عليه، بينما نجد العقد الأصلي يزول ويلغي في حالة تحول العقد⁽⁴³⁸⁾.

من ذلك كله نتوصل للقول بأنه رغم التشابه الموجود والقائم بين تحول العقد وتفسيره من حيث قيام كل منهما على ضرورة البحث عن النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين من قبل القاضي، إلا أن هذه النية والإرادة هي موجودة وحقيقية في حالة التفسير وجديدة ومحتملة في حالة التحول، وتفسير العقد يكون لاحقا لمرحلة انعقاده انعقاداً صحيحاً، بينما نجد التحول مرهون ببطلان العقد الأصلي.

ب - تمييز تحول العقد عن تكيف العقد

يقصد بتكيف العقد تحديد ماهيته وإعطائه الوصف الصحيح، وذلك بعد أن يحدد القاضي التزامات طرفي العقد وتفسير العقد إن كان فيه ما يستوجب تفسيره⁽⁴³⁹⁾. ومن ذلك فإن مهمة التكيف يختص بها القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في فهمه لإرادة المتعاقدين ودون أن يتقيد بالوصف أو التسمية التي أطلقها المتعاقدان على العقد، حيث إذا تبين للقاضي أن ذلك الوصف أو تلك التسمية مختلفة مع ماهية العقد المبرم وجب عليه صرف النظر على وصف وتسمية المتعاقدين والعمل بالتكيف الصحيح للعقد⁽⁴⁴⁰⁾.

بعد تحديد ماهية التكيف يلاحظ وجود تشابهه بينه وبين تحول العقد، والذي يظهر في حالة إعطاء المتعاقدين وصف غير صحيح، ففي هذه الحالة القاضي يقوم بإعطاء الوصف الصحيح للعقد، وقد يفضي هذا التصحيح إلى بطلان غير متوقع للعقد، وهنا تبرز مشكلة تحول العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد صحيح آخر ومنه إمكانية القول بأن القاضي باشر عملية التحول لكن بعد تصحيح التكيف السيئ للعقد⁽⁴⁴¹⁾.

(437)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص289.

(438)- د/ ابراهيم بن عبد الرحمان بن سعيد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص114.

(439)- المرجع نفسه، ص78.

(440)- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص116.

(441)- المرجع نفسه، ص121.

كما نجد أن القاضي سواء في تحول العقد أوفي تكيفه يعتمد على النية المشتركة للمتعاقدين⁽⁴⁴²⁾.

في حقيقة الأمر هذا التشابه القائم ما بين تحول العقد وتكيفه دفع ببعض الأسانذة إلى عدم التمييز بينهما، فنجد أن الأستاذ سمير عبد السيد تناغوا عند دراسته لشروط تحول العقد يقول (فأول شرط لتحول العقد أن يكون التصرف الأصلي باطلا بحسب الإسم الذي أطلقه المتعاقدان، والشرط الثاني أن يكون من الممكن استبدال التكيف الذي يجعل العقد باطلا بتكيف آخر يجعله صحيحا...)، ويخلص للقول أن نظرية تحول العقد لا تعدوا أن تكونا تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكيف العقد⁽⁴⁴³⁾.

كذلك نجد الأستاذ على حسن الذنون يقول في تحول العقد (إذا أعطي المتعاقدان للعقد وصفا معينا وبعبارات وألفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بهذا الوصف ويستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيّفه به المتعاقدان وهذه هي مسألة تحول العقد)⁽⁴⁴⁴⁾.

غير أنه رغم هذا الخلط ما بين تحول العقد وتكيفه والذي يعد كنتيجة كما أشرنا إلى ذلك إلى وجود تشابهه بينهما، إلا أن الوقوف بدقة على ماهية كلاً من التحول والتكيف يظهر لنا تلك مظاهر الاختلاف الموجودة بين تحول العقد وتكيفه، فنجد أن تحول العقد يتصور في حالة بطلان العقد الأصلي، أما التكيف فهو مرحلة لاحقة لتفسير العقد نتيجة وجود غلط في تكيف العقد لكن دون أن يكون لهذا الغلط تأثير على صحة العقد، بمعنى آخر الغلط في تكيف العقد لا يجعل هذا الأخير باطلاً أو قابلاً للإبطال، كما أنه يترتب على تحول العقد استبعاد العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، أما في حالة التكيف يبقى للعقد الأصلي قائماً بحاله ودون حصول أي تغيير في مضمونه، وإنما التغيير يشمل فقط وصف العقد من خلال إعادة تكيفه تكيفا صحيحا يتفق مع طبيعة و ماهية العقد⁽⁴⁴⁵⁾.

(442)- إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص80.

(443)- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص120.

(444)- المرجع نفسه، ص120.

(445)- إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 81. و د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص122.

بناءً على كل ذلك نتوصل للقول بأن تحول العقد وإن كانت هناك نقاط تشابه بينه وبين تكييف العقد، إلا أن ذلك لا يعني القول بأن تحول العقد وتكييفه شيء واحد أو صورة واحدة أو أن أحدهما تطبيق للآخر، فكلًا من تحول العقد وتكييفه نظام قانوني مستقل بأحكامه الخاصة سواء من حيث نطاقه (المجال الذي يرد فيه)، وكذلك من حيث الأثر (النتيجة المترتبة عن أعمال التحول أو التكييف).

ج- تمييز تحول العقد عن تعديل العقد

يقصد بتعديل العقد إجراء القاضي تغيير جزئي في العقد، بحيث ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره أو على بند من بنوده بهدف وغاية محددة هي تحقيق التوازن بين الإلتزامات المتقابلة في الإلتزام العقدي ومنع إلحاق الضرر بأحد أطرافه تحقيقاً للعدالة التعاقدية⁽⁴⁴⁶⁾.

إن تعديل القاضي للعقد هي سلطة استثنائية⁽⁴⁴⁷⁾، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يملك أحد المتعاقدين وكذلك القاضي نقض العقد أو تعديله، وفي هذا نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون). غير أنه لاعتبارات العدالة والصالح العام، مُنِح للقاضي في بعض الحالات سلطة تعديل العقد، كما مثلاً في حالة عقود الإذعان⁽⁴⁴⁸⁾، حيث أجازت المادة 111 من القانون المدني للقاضي تعديل أو إعفاء⁽⁴⁴⁹⁾ الطرف المذعن من الشروط التعسفية⁽⁴⁵⁰⁾.

(446)- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 68.

(447)- المرجع نفسه، ص 69.

(448)- عقد الإذعان " هو ذلك العقد الذي يملئ فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها". أنظر: منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقہ المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008، ص 39. ويلاحظ عدم تناول هذا التعريف جميع مميزات عقود الإذعان، خاصة فيما يخص موضوعه المتمثل في سلعة أو خدمة ضرورية ومحتكرة من قبل الموجب. لذلك نفضل تعريف الأستاذ عبد المنعم فرج الصده الذي يقول في عقد الإذعان أنه هو " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها". نقلا عن: د/ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2007، ص 56.

(449)- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 164-165.

(450)- الشروط التعسفية هي " تلك الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الإقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظراً لضعف مركزه الإقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها" أنظر: علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 86. يمكن كذلك =

حيث نصت المادة 111 من التقنين المدني (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

كما نجد أن القاضي يتدخل كذلك لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة⁽⁴⁵¹⁾، عملاً بالمادة 107 من القانون المدني الجزائري التي نصت في فقرتها الثالثة (غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك)⁽⁴⁵²⁾.

ففي سبيل خلق وإعادة نوع من التوازن بين التزامات الطرفين، نجد أن القاضي يتدخل لتعديل بنود العقد سواء من خلال إنقاص التزامات المدين المرهق أو زيادة الإلتزامات المقابلة للإلتزام المرهق⁽⁴⁵³⁾.

= الشروط التعسفية أيضاً بأنها " تلك الشروط المجحفة أو المفرطة أو المبالغ فيها" راجع: د/ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، المرجع السابق، ص19.
(451)- يقصد بالظروف الطارئة تلك الحوادث الإستثنائية العامة وغير المتوقعة التي تطرأ فجأة على الإلتزام التعاقدية فيصبح تنفيذه مرهقاً لأحد طرفيه، بمعنى آخر كل حادث عام استثنائي لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينتج عنه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل معين، بحيث يصبح تنفيذ المدين للإلتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً ويهدده بخسارة فادحة. أنظر لتفصيل أكثر: د/ رائف محمد النعيم، (الظروف الطارئة وأثرها على الإلتزام العقدي- دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية في المضمون والآثار)، مجلة الساتل، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، زلتنين، ليبيا، 2008، ص11. وكذلك: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص242. أنظر كذلك بعض قرارات المحكمة العليا في تكريس نظرية الظروف الطارئة والتي أوردها: حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر 2009، ص ص51-52.

(452)- انطلاقاً من كون أن تعديل القاضي للعقد سواء في حالة الظروف الطارئة أو الحالات الأخرى ما هي إلا سلطة استثنائية، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ذلك لا يجوز للقاضي مثلاً أن يتدخل ويعدل العقد الذي أبرمه المتعاقدين، وإن وجدت حالات استثنائية يمكن تصور ذلك، فهذا يعني وجود استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 106 من القانون المدني وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، لذلك يرى الأستاذ على على سليمان أن مضمون الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الخاصة بتدخل القاضي بغية تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة موقعها الصحيح في نص المادة 106 كفقرة ثانية، حيث بعد النص على القاعدة العامة في الفقرة الأولى من المادة 106 يتم النص في الفقرة الثانية على الإستثناء الذي أورده المشرع خطأ في نص المادة 107. أنظر على على سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص90. فمثلاً نجد أن المشرع المصري قد تقادى مثل هذا الخطأ حيث نص في المادة 147 على (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة...).

(453)- للتفصيل أنظر: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص ص325-326.

إلا أن تعديل القاضي للعقد في مثل هذه الحالة يبقى مرهون بتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁵⁴⁾.

بناءً على كل ما قلناه بالنسبة لتعديل القاضي للعقد يظهر وجود تشابه ما بين هذا الأخير و بين تحول العقد، وذلك من حيث أن كلاهما يغيران في العقد الأصلي، غير أن هذا التغيير يكون التغيير بصورة كلية في حالة تحول العقد من خلال استبعاد العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال، بينما التغيير في العقد الأصلي في حالة التعديل يكون بصورة جزئية، كما أن تحول العقد يخص العقد الباطل أو القابل للإبطال على خلاف تعديل العقد الذي ينصب على عقد صحيح، كما أنه في تحول العقد يأخذ بإرادة المتعاقدين، بينما تعديل القاضي للعقد يتم خارج إرادة المتعاقدين⁽⁴⁵⁵⁾.

بعد كل هذا يمكن القول بأن تحول العقد وإن هو يتشابه مع مجموعة من النظم والمفاهيم القانونية، إلا أنه يبقى نظام قانوني مستقل بحد ذاته، وهذا ما سيوضح أكثر عند دراسة شروطه.

(454) - تتمثل شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في:

1- وجود التزام تعاقدي متراخي التنفيذ: إن نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة يخص الإلتزامات الناتجة عن العقد، وهذا العقد يجب أن يكون من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، أي أن يكون عقد زمني سواء بطبيعته مثل عقد المقاولة وعقد العمل، أو أن يكون عقد فوري لكن تنفيذه مؤجل مثل عقد التوريد.

2- أن يكون الظرف الطارئ حادث استثنائي عام غير متوقع وعدم القدرة على دفعه: الحادث الاستثنائي هو ذلك الحادث الذي يكون نادر الحدوث بحسب السير العادي للأمر مثل حدوث زلزال أو ارتفاع الأسعار، وهذا الظرف الطارئ يجب أن يكون عاما، أي أن يشمل جميع أو طائفة من الناس بحيث لا يقتصر أثره على المدين فقط، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية لسنة 1975 " أنه يشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث عاما إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس...". غير أن المنطق يقضي بعدم صحة اشتراط عمومية الظرف الطارئ، لأن الغاية من نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق مبدأ العدالة، بإعادة التوازن للعقد من خلال رفع الإرهاق عن المدين، فإذاً هي خاصة بالمدين المرهق، كما أن أساس هذه النظرية يتمثل في وقوع حادث استثنائي يؤدي إلى جعل تنفيذ المدين لإلتزامه فيه إرهاق له ومبدأ العدالة يقضي بضرورة رفع هذا الإرهاق عن المدين، لكن دون النظر إذا كان سبب إرهاق المدين وهو الظرف الطارئ هو ظرف عام أو خاص بالمدين. كما يجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع من جهة وكذا عدم استطاعة المدين دفعه وتحاشيه من جهة أخرى. فيما يخص نقد اشتراط وجوب كون الظرف الطارئ عاما أنظر: بن يحي شارف، (ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، 2010، ص ص 51-52.

3- أن يجعل الظرف الطارئ تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فاتحة، لكن هذا الإرهاق لا يبلغ درجة استحالة التنفيذ لأنه في هذه الحالة تكون في صدد قوة قاهرة. للتفصيل في كل هذه الشروط راجع: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 245-252. وأنظر كذلك: فاضلي إدريسي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د ن ط، الجزائر، 2004، ص ص 132-133. و د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص ص 255-257.

(455) - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 232.

الفرع الثاني

شروط تحول العقد

انطلاقاً من كل ما قلناه حول المقصود بتحول العقد، وأخذاً بنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري، فإنه يشترط لتحول العقد بطلان العقد الأصلي (أولاً)، وتضمن العقد الأصلي أركان وعناصر عقد صحيح آخر (ثانياً)، واشتراط كذلك إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إبرام العقد الصحيح الآخر (ثالثاً).

أولاً

بطلان العقد الأصلي

يشترط لتحول العقد أن يكون العقد الأصلي باطل أو قابل للإبطال⁽⁴⁵⁶⁾، فإذا كان العقد صحيحاً فلا يتحول إلى عقد آخر يؤثرانه المتعاقدين على العقد الأصلي حتى ولو تضمن أركان وعناصر العقد الآخر، فمثلاً إذا وقعت الهبة صحيحة فإنها لا تتحول إلى وصية حتى وإن تبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة⁽⁴⁵⁷⁾.

لكن يجب أن يكون بطلان العقد الأصلي بأكمله أي بصفة كلية وليس في شق منه فقط⁽⁴⁵⁸⁾، وهنا يظهر لنا الفرق الموجود ما بين تحول العقد وإنقاصه، حيث أنه لتحول العقد يجب أن يمس البطلان جميع أجزاء العقد خلافاً لحالة الإنقاص أين نجد أن البطلان يمس فقط جزء أو شق من العقد، كما أنه يترتب على تحول العقد استبدال العقد الأصلي بعقد صحيح آخر (جديد)، أما في حالة إنقاص العقد فإن العقد الأصلي يبقى قائماً مع حذف فقط الجزء أو الشق الباطل أو القابل للإبطال⁽⁴⁵⁹⁾.

(456)- فهي آلية حماية مشتركة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

(457)- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص548.

(458)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص275.

(459)- بالرغم من هذا الاختلاف الموجود ما بين تحول العقد وإنقاصه غير أن هناك عدة نقاط تشابه بينهما والتي تتمثل فيما يلي: حيث أن كلا من تحول العقد وإنقاصه يقومان على نفس الفكرة الأساسية وهي استثمار العقد إلى أكبر قدر طالما أنه يمكن أن يستثمر، وكذلك من حيث اشتراط سواء في تحول العقد أو إنقاصه وجوب إتجاه إرادة المتعاقدين إلى عناصر العقد الجديد في حالة التحول وإلى استبقاء الجزء الصحيح وإلغاء الجزء الباطل أو القابل للإبطال في حالة الإنقاص، كما نجد أنه سواء في التحول أو إنقاصه يجب أن يرد البطلان على العقد الأصلي وذلك بصفة كلية في حالة التحول أو بصفة جزئية أي في شق من العقد الأصلي فقط وهذا في حالة الإنقاص. للتفصيل في نقاط التشابه ما بين تحول العقد وإنقاصه راجع: إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد السحيلي، تحول العقد المال وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص53.

ثانيا

توافر في العقد الأصلي عناصر عقد صحيح آخر

لا بدّا لتحول العقد أن يتضمن العقد الأصلي أركان وعناصر العقد الصحيح الذي يتحول إليه، دون استحداث أو إضافة عناصر جديدة لا يتضمنها العقد الأصلي⁽⁴⁶⁰⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 105 من القانون المدني (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد صحيح...). إن اشتراط توافر في العقد الأصلي أركان وعناصر عقد صحيح آخر يترتب على ذلك وجوب أن يكون هناك اختلاف ما بين العقد الأصلي والعقد الجديد، حيث أنه لا مجال للتحويل إذا كان العقدان يشكلان وحدة واحدة، فالعقد الجديد وإن ليس هو المقصود أصلاً من قبل المتعاقدين عند إبرام العقد لأول وهلة⁽⁴⁶¹⁾، إلا أنه يجب أن يختلف عن العقد الباطل أو القابل للإبطال⁽⁴⁶²⁾. غير أن الإشكال الذي يطرح يتمثل في طبيعة هذا الاختلاف، أي هل يشترط أن يكون الاختلاف بين العقدين من حيث النوع أم يكفي أن يكون هناك اختلاف ما بينهما من حيث المضمون فقط؟

حيث نجد إتجاه من الفقه يشترط لإمكانية تحول العقد أن يكون العقد الجديد مختلفاً عن العقد الأصلي من حيث طبيعته ونوعه، بأن يقع كل منهما في نطاق قانوني مختلف عن الآخر، استناداً إلى عبارة (توافر عناصر وأركان عقد آخر)، مع أن هذا الاختلاف لا يحول دون تحقيق عملية التحول طالما أنها تحقق الغاية التي قصدها المتعاقدان⁽⁴⁶³⁾.

بينما نجد إتجاه آخر يري أن اختلاف المضمون بين العقدين أي بين العقد الأصلي والعقد الجديد هو كافٍ لإعمال التحول، حيث نجد أن القانون يتطلب لتحول العقد توافر أركان عقد آخر والعقد الجديد المتغير والمختلف من حيث مضمونه فقط عن العقد الأصلي هو عقد آخر، ومنه إمكانية وجواز إجراء التحول حتى وإن كان من نفس النوع مع العقد الأصلي⁽⁴⁶⁴⁾.

(460) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص259. وأيضاً: د/ بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للإلتزام، دار الخلدونية، د ذ ط، الجزائر، 2012، ص112.

(461) - وفي ذلك يقول الأستاذ السنهاوري (إن العقد الذي ينتج أثراً قانونية ليس هو العقد الباطل الذي أختاره المتعاقدان بل هو العقد الصحيح الذي انقلب إليه العقد الباطل بمعنى إعمالاً لسلطة القاضي في التفسير، وهذا العقد الصحيح ليس أساسه العقد الباطل، بل أساسه عناصر مستقلة تجمعت في دائرته وفسرها القاضي تفسيراً يتماشى فيه مع نية المتعاقدين فاستخلص منها العقد الصحيح). نقلاً: إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، تحول العقد وأثاره المالية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص119.

(462) - د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص79.

(463) - المرجع نفسه، ص ص78-80.

(464) - المرجع نفسه، ص ص81-84.

مع أننا نرى بأن اشتراط أن يحصل الاختلاف في طبيعة ونوع العقدين في عملية التحول من شأنه أن يؤدي إلى التقليل من حالات التحول وكذا نطاق تطبيقه، وهذا ما سيؤدي إلى تزايد حالات الإبطال وما يترتب على ذلك من انعكاسات سلبية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، لذلك في نظرنا يكفي أن يتحقق لتحول العقد الاختلاف في المضمون ما بين العقد الأصلي والعقد الجديد⁽⁴⁶⁵⁾.

من جانب آخر إذا كان من شروط تحول العقد ضرورة موافقة العقد الأصلي أركان عقد جديد آخر، فإن هذا لا يعني احتواء العقد الأصلي لعناصر العقد الجديد، وما يترتب على ذلك من وجوب أن تشبه واقعة العقد الأصلي كافة وجوه العقد الجديد⁽⁴⁶⁶⁾، وإنما التوافق المطلوب لإمكانية تحول العقد يتمثل مقصوده في وجود رابطة بين العقدين، وتوصف هذه الرابطة بأنها رابطة الغاية والغرض التي قصدها المتعاقدان⁽⁴⁶⁷⁾.

ثالثاً

إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إبرام عقد صحيح آخر

تعد إرادة المتعاقدين شرطاً هاماً لتحول العقد، إذ لا بد أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى عناصر العقد الجديد، وطبيعة هذه الإرادة أنها إرادة محتملة من خلال القول بأن المتعاقدين كانا يريدانه (أي العقد الجديد) لو علموا ما في العقد الأصلي من بطلان، فهي بذلك ليست إرادة حقيقية أو واقعية، من خلال كون هذه الأخيرة قد انصرفت إلى إبرام العقد الأصلي⁽⁴⁶⁸⁾.

(465) - د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص84.
 (466) - رغم أن هناك اتجاه من الفقه يرى أن المقصود من التوافق الذي ينبغي أن يكون بين عناصر العقد الأصلي وعناصر العقد الجديد هو الإحتواء، بمعنى أنه يجب أن يكون العقد الأصلي متضمناً ومحتوياً لعناصر العقد الجديد ولا ينبغي أن يكون هناك أي فارق موضوعي، فالتصرف الباطل يجب أن يتضمن في واقعه المادية العناصر القانونية المكونة للتصرف الآخر، ويجب أن يحتويها في ذاته، وتبعاً لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هي نفسها عناصر العقد الأصلي، ولا ينبغي أن تكون أكبر منها. غير أن الأخذ بهذا الإتجاه يوصلنا إلى نتيجة وهي أن مضمون التصرف الجديد إما هو نفسه التصرف الباطل تماماً، وإما أن يكون مجرد مضمون أقل محتوي منه، وهذا ما يجعل التحول نظام لا قيمة له من خلال إقتصار تطبيقه على حالات محدودة وضيقة. للتفصيل في الرأي راجع: إبراهيم بن عبد الرحمان، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص122. وكذلك: د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص85.

(467) - أي أن التوافق لا يمكن أن يكون معناه الإحتواء، حيث ليس من اللزوم أن تشبه واقعة العقد الأصلي كافة وجوه العقد الجديد، بمعنى آخر لا يلزم أن يكون العقد الجديد متضمناً على وجه كامل في العقد الأصلي الباطل، وإنما المقصود من التوافق أن توجد أو تقوم رابطة ما بين العقدين وتوصف هذه الرابطة بأنها رابطة الغرض والغاية التي قصدها المتعاقدان. حيث يتحول العقد الباطل إلى العقد الجديد طالما أن هذا الأخير يحقق الأغراض الاقتصادية والاجتماعية التي قصدها المتعاقدين من إبرام العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال.

(468) - أنظر لتفصيل أكثر: عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة وموازنة)، المرجع السابق، ص31.

تبعاً لذلك نجد أن دور القاضي في عملية التحول يتمثل في الكشف عن إتجاه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى إبرام العقد الجديد، مستعينا في ذلك بما له سلطة في تفسير العقد، وفي حقيقة الأمر أن هذا الدور ينسجم مع المعيار الذاتي الذي يجعل لإرادة المتعاقدين وإتجاهها إلى العقد الجديد شرطاً أساسياً لتحول العقد، فيكون بذلك دور القاضي الكشف عن هذا التوجه والتثبت من استكمال شروط التحول، وعند ذلك يفرض هذا الأخير على القاضي⁽⁴⁶⁹⁾.

هذه هي الشروط التي حددتها المادة 105 من القانون المدني الجزائري ومختلف التشريعات قصد وإمكانية تحول العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد صحيح آخر. وتوافر هذه الشروط يقودنا إلى البحث عن أثر تحول العقد

الفرع الثالث

أثر تحول العقد

إذا توفرت جميع الشروط المطلوبة لتحول العقد وذلك من خلال كون العقد محل عملية التحول باطل أو قابل للإبطال وامتداد البطلان إلى كافة أجزائه، وفي نفس الوقت توافرت فيه عناصر وأركان عقد صحيح آخر، وتبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى إبرام العقد الصحيح الآخر لو علموا ما في العقد الأصلي من بطلان، تحول العقد وترتب على ذلك حلول وقيام العقد الصحيح الآخر (الجديد) محل العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال⁽⁴⁷⁰⁾.

مع أن حلول العقد الجديد محل العقد الأصلي المشوب بالبطلان لا يكون من تاريخ إجراء عملية التحول وإنما يكون بأثر رجعي، فهو بذلك يحمل تاريخ العقد الأصلي المشمول بالبطلان⁽⁴⁷¹⁾. كما أن صحة العقد الجديد الذي تحول إليه العقد الباطل أو القابل للإبطال لا تسري فيما بين المتعاقدين فقط، وإنما تمتد وتسري كذلك في مواجهة أي شخص آخر⁽⁴⁷²⁾.

(469)- للتفصيل فيما يخص موضوع دور القاضي في تحول العقد أنظر: د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 65-72.

(470)- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 551.

(471)- وفي ذلك يقول الأستاذ أحمد يسري (والواقع أن أثر تحول التصرف الباطل يقع وقت إبرامه فالتصرف الجديد يحمل تاريخ التصرف المراد أصلاً وبعبارة أخرى فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال...). نقلاً عن: إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 137.

(472)- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 124.

المبحث الثاني

آليات حماية العقد من الفسخ⁽⁴⁷³⁾

إن خطورة جزاء الفسخ وهو زوال العقد بأثر رجعي، وما من شأن ذلك أن يؤدي إلى تعطيل تحقيق المتعاقدين لمختلف حاجياتهم الإقتصادية والإجتماعية من جهة، والمساس باستقرار المعاملات في المجتمع من جهة أخرى، هو الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى وضع وإيجاد آليات تهدف في مجملها إلى اجتناب وتفادي تقرير جزاء الفسخ. وهذه الآليات قد تتقرر من جانب المتعاقدين باعتبارهما أطراف العقد (المطلب الأول)، وقد تتقرر كذلك من جانب القاضي باعتباره الفاصل في دعوى الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من المتعاقدين

لا يعد الفسخ هدف يسعى إليه المتعاقدين الدائن والمدين، حيث أن تقرير جزاء الفسخ يعني عدم حصول كل متعاقد على ما قصده من إبرام العقد، ولذلك نجد أن الدائن رغم ما له من حق في فسخ العقد إلا أن من مصلحته الإبقاء والمحافظة عليه (الفرع الأول)، وكذلك بالنسبة للمدين، حيث رغم أن التقصير آت من جهته إلا أن من مصلحته استمرار العقد وترتيب آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور الدائن في حماية العقد من الفسخ

يمكن للدائن الذي له حق طلب فسخ العقد أن يلعب دوراً في اجتناب تقرير مثل هذا الجزاء، يظهر ذلك من خلال تمسكه بتنفيذ العقد بدلاً من التمسك بالفسخ من جهة (أولاً)، وكذلك يظهر دور الدائن في حماية العقد من الفسخ من خلال تمسكه بما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ قصد حمل المدين على تنفيذ التزامه (ثانياً).

(473) - مع الإشارة إلى أن حماية العقد من الفسخ تتصرف فقط إلى حالي الفسخ القضائي والإتفاقي.

أولاً

تمسك الدائن بتنفيذ العقد

لا يوجد ما يمنع الدائن رغم ما له من حق في طلب الفسخ أن يتمسك بتنفيذ العقد، غير أن التمسك بالتنفيذ عوض التمسك بالفسخ من قبل الدائن قد يكون من خلال البدء في اختيار المطالبة بتنفيذ العقد(أ)، كما يمكن للدائن أن يتمسك بتنفيذ العقد في صورة عدول وتنازل عن دعوى الفسخ التي أقامها(ب).

أ- اختيار الدائن البدء باستعمال دعوى التنفيذ

إن الفسخ نظام أقره القانون لحماية الدائن فهو بذلك يعد حق ثابت له ولا يقع إلا إذا تمسك به، وإذا كان الفسخ حق للدائن فلا يوجد ما يمنعه من التنازل عنه واختيار التمسك بالتنفيذ، خاصة وأن الأصل من إبرام العقود هو تنفيذها(474). ومن ذلك كان للدائن الخيار بين أن يطلب تنفيذ العقد وبين فسخه، وهذا عملاً بأحكام المادة 119 من التقنين المدني الجزائري التي نصت في فقرتها الأولى (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك)(475)، ومنه يتضح جواز مطالبة الدائن بالتنفيذ عوض الفسخ.

إن الأصل في التمسك بتنفيذ العقد أن يكون تنفيذاً عينياً(1)، غير أنه إذا تعذر التنفيذ العيني جاز للدائن أن يتمسك بتنفيذ العقد عن طريق التعويض(2).

1- التنفيذ العيني للعقد

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به عينياً سواء كان ما تعهد به عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء، ومن ذلك أن ينقل البائع إلى المشتري ملكية العين المبيعة(476).

(474)- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص39.

(475)- تظهر الإرادة التشريعية في تشجيع تنفيذ العقود واجتئاب فسخها حتى من الناحية الشكلية، حيث نجد أن الفقرة الأولى من المادة 119 قد قدمت المطالبة بالتنفيذ على المطالبة بالفسخ.

(476)- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2004، ص08. و/ حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص41.

لكن حتى يمكن للدائن أن يطالب المدين بالتنفيذ العيني لا بدّ أن يكون هذا الأخير ممكناً، أي أن لا يكون تنفيذ الإلتزام عينياً مستحيلاً، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العيني، واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين، ففي مثل هذه الحالة لا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض، أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الإلتزام في هذه الحالة ينقضي ولا يلتزم المدين بتعويض الدائن⁽⁴⁷⁷⁾.

كما يشترط كذلك في التنفيذ العيني مطالبة الدائن به أو أن يتقدم به المدين من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة إذا طلب الدائن تنفيذ العقد أجبر المدين على هذا التنفيذ، ونفس الأمر بالنسبة للدائن إذا ما تقدم المدين للتنفيذ، حيث وجب على الدائن عدم رفض ذلك، حيث يجب للحكم على المدين بتنفيذ التزامه أن يكون الدائن قد طالب بالتنفيذ أو أن المدين هو نفسه من تقدم وعرض التنفيذ⁽⁴⁷⁸⁾.

كما أنه يجب أن لا يكون في تنفيذ المدين لالتزامه عينياً إرهاباً له، ففي بعض الحالات لا يكون التنفيذ العيني مستحيلاً ولكن فيه إرهاب للمدين، بحيث يترتب على إجبار المدين على التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يلحق الدائن من ضرر جراء تخلف المدين عن الوفاء عينياً، ففي هذه الحالة للقاضي أن يحكم على المدين بدفع تعويض نقدي فقط، لكن رغم جواز العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض في حالة كون التنفيذ العيني فيه إرهاباً للمدين إلا أن ذلك يبقى مشروطاً بأن لا يترتب على هذا العدول إلحاق ضرر جسيم بالدائن، فإذا كان الأمر كذلك وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العيني⁽⁴⁷⁹⁾.

(477) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامعية، د ز ط، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 29. وكذلك: د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الإلتزامات، المجلد الرابع، أحكام الإلتزام، صادر للمنشورات القانونية، الطبعة الثانية، مصر، 1992، ص 73. وأيضاً: د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، د ز ط، بيروت، لبنان، 1983، ص ص 45-47.

(478) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 45.

(479) - د/ عادل محمد جبري حبيب، التنفيذ العيني للإلتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، د ز ط، الإسكندرية، مصر، د ز س ن، ص 60. وكذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 30.

كما يجب كذلك على الدائن أن يقوم بتوجيه إعدار للمدين، ويقصد بالإعدار إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، لأن عدم قيام الدائن بتوجيه الإعدار بعد حلول الأجل قد يجعل المدين يفهم أن الدائن يتسامح معه في التأخير في تنفيذ الإلتزام⁽⁴⁸⁰⁾، ويتم الإعدار عن طريق الإنذار الذي يتولاه المحضر القضائي، أو ما يقوم مقام الإنذار وذلك عن طريق البريد أو التنبيه بالوفاء أو التكليف بالحضور، غير أن جميع هذه الطرق لا تعد من النظام العام حيث يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ومن ذلك نجد الإلتزام على اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء دون إجراء آخر⁽⁴⁸¹⁾، مع مراعاة تلك الحالات يعفى فيها الدائن من شرط الإعدار⁽⁴⁸²⁾.

أما فيما يخص طريقة وكيفية تنفيذ المدين عين ما التزم به فإن ذلك يتوقف على محل التزامه، فإذا كان التزام المدين عبارة عن نقل حق عيني وارد على منقول وكان هذا الأخير معيناً بذاته ومملوكاً له، فإن التنفيذ العيني للالتزام يتم بمجرد نشوئه وبقوة القانون، فتنقل ملكية المنقول من البائع الذي كان يملكه إلى المشتري مثلاً بمجرد انعقاد العقد⁽⁴⁸³⁾. أما إذا كان محل التزام المدين يتعلق بحق عيني وارد على منقول معين بنوعه، فإن الحق العيني لا ينتقل إلا بإفراز الشيء، وإذا لم يقم المدين بعملية الإفراز جاز للمدين الحصول على الشيء محل العقد، ومن النوع ذاته من السوق وعلى نفقة المدين وذلك بعد استئذان القضاء، أو حتى دون الاستئذان من القضاء وذلك في حالة الإستعجال⁽⁴⁸⁴⁾. أما إذا كان محل التزام المدين يتعلق بحق عيني وارد على عقار، فإن الحق العيني في هذه الحالة لا ينتقل ولا ينشئ إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يلزم لتمامها مشاركة المدين، فإذا امتنع المدين عن ذلك كان للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء وإقامة دعوى صحة ونفاذ العقد⁽⁴⁸⁵⁾.

(480) - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص10.

(481) - وفي ذلك المادة 180 من القانون المدني الجزائري (... كما يجوز أن يكون مترتباً على إلتزام يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إجراء آخر).

(482) - ويقصد بها تلك الحالات الواردة في المادة 181 من القانون المدني. وللتفصيل فيما يخص هذه الحالات راجع: د/ سليمان مرفس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص75-100.

(483) - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص11.

(484) - د/ نبيل سعد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص32. وأنظر: د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام...، المرجع السابق، ص50.

(485) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص47.

كما قد يلتزم المدين بأداء عمل معين سواء كان التزامه ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، ففي هذه الحالة إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه، وكان تنفيذ الالتزام عينياً يمكن تصوره دون تدخل شخصي من المدين جاز للدائن أن ينفذ الإلتزام على نفقة المدين، لكن بعد حصوله على الإذن من القضاء، أو دون حصوله على الإذن في حالة الإستعجال⁽⁴⁸⁶⁾.

أما بالنسبة إلى تلك الحالة التي لا يكون فيها التنفيذ العيني ممكناً إلا بتدخل المدين شخصياً سواء كان ذلك بموجب اتفاق أو أن طبيعة الدين تستوجب تدخل المدين بنفسه، فإذا امتنع المدين عن التنفيذ لم يبقى للدائن إلا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض⁽⁴⁸⁷⁾، مع أن القاضي في مثل هذه الحالة يجوز له اللجوء إلى أسلوب التهديد المالي لحمل المدين على التنفيذ العيني⁽⁴⁸⁸⁾.

وقد يلتزم المدين بالإمتناع عن القيام بعمل معين، ويعد التزام المدين في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة، أي أن المدين به يكون ملزماً بتحقيق الامتناع ولا يكفي منه أن يبذل جهده أو درجة معينة من العناية في سبيل تحقيق ذلك، فإذا أخل المدين بالتزامه كان للدائن أن يطلب التنفيذ العيني من خلال إزالة المدين ما وقع منه، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى القضاء لإزالة ما وقع من المدين على نفقة هذا الأخير⁽⁴⁸⁹⁾.

(486) - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص13. وأنظر كذلك: نص

المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

(487) - للتفصيل أكثر راجع: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام المرجع السابق، ص34.

(488) - تعرف الغرامة المالية بأنها وسيلة مالية يلجأ إليها الدائن من أجل إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، عندما يكون هذا الإلتزام قائماً على الإعتبار الشخصي للمدين، بحيث لا يكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً إلا إذا قام به المدين بنفسه، وللتفصيل أكثر فيما يخص تعريف الغرامة المالية راجع: د/ فواز صالح، **(النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة قانونية مقارنة)**، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، 2011، العدد الثاني ص13. ونجد أن التقنين المدني الجزائري قد نص على الغرامة كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، حسب الفقرة الأولى من المادة 174 من التقنين المدني والتي نصت (إذا كان تنفيذ الإلتزام عينياً غير ممكن أو ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالإلزام المدين بهذا التنفيذ **وبدفع غرامة إجبارية إن إمتنع عن ذلك**). ويشترط قصد اللجوء إلى الغرامة المالية أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه عينياً، وأن يكون التنفيذ العيني للإلتزام ما زال ممكناً، وأن يطلب الدائن من القاضي الحكم على المدين بغرامة مالية، حيث لا يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه. انظر للتفصيل في شروط الحكم بالغرامة التهديدية: دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، المرجع السابق، صص20-21. وإذا حكم القاضي على المدين بدفع غرامة مالية جاز له بعد ذلك أن يزيد في مقدارها، إذا رأى أن مقدارها ليس كافياً لإكراه المدين على تنفيذ التزامه عينياً، وهذا طبقاً للفقرة الثانية من المادة 174 والتي تنص (وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة).

(489) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، صص34-35. وأنظر أيضاً: دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص13.

لكن رغم أن الأصل في التنفيذ أن يكون تنفيذاً عينياً، غير أنه في بعض الحالات يتعذر تحقق ذلك، كما في حالة استحالة التنفيذ العيني بسبب المدين، أو أن التنفيذ العيني ممكن لكن فيه إرهاق للمدين، أو أن الدائن لم يطالب به و المدين لم يتقدم به، ففي جميع هذه الحالات ما يبقى للدائن إلا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل.

2- التنفيذ عن طريق التعويض

يتم التنفيذ بطريق التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه عينياً سواء كان كلياً أو جزئياً، ففي كلتا الحالتين يكون التعويض عن عدم التنفيذ، كما يتصور كذلك في حالة تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً متأخراً، والتعويض في هذه الحالة هو تعويض عن التأخر في التنفيذ، ولذلك نجد أن التعويض عن عدم التنفيذ يشمل حالتي، حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه وكذا حالة تأخره في التنفيذ⁽⁴⁹⁰⁾.

بناءً على ذلك يمكن القول بأن التنفيذ عن طريق التعويض هي وسيلة علاجية يعوض بها للدائن عما يلحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره في التنفيذ، غير أن التساؤل الذي يطرح هو كيف يتم تحديد مقدار التعويض؟

يمكن لأطراف العقد سواء في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق النص على مقدار التعويض الذي يلتزم المدين بأدائه للدائن في حالة عدم تنفيذه لما التزم به عينياً أو تأخر في ذلك، وفي ذلك نصت المادة 183 من التقنين المدني الجزائري (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181). حيث أن تقدير التعويض في هذه الحالة يكون بموجب اتفاق المتعاقدين، لذلك يسمى بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، بمعنى آخر أن يكون هناك اتفاق يقدر فيه المتعاقدين سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه عينياً⁽⁴⁹¹⁾.

(490) - راجع: د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص45.

(491) - على خلاف القانون المدني الجزائري الذي لم يعرف الشرط الجزائي، نجد أن القانون المدني الفرنسي قد عرفه في نص المادة 1226 بأنه الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ.

« La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

كما عرفته نص المادة 1229 بأنه تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي.

« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que l'créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale... » .

من ذلك يظهر أن التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي يتصف بخاصية الإتفاقية، حيث أنه يعد اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض المستحق من قبل الدائن والذي يلتزم به المدين في حالة عدم تنفيذ التزامه عيناً أو تنفيذه لكن تنفيذاً متأخراً⁽⁴⁹²⁾، كما يتصف كذلك بخاصية التبعية، وذلك من خلال كون الشرط الجزائي لا ينشأ مستقلاً عن الالتزام الأصلي، بل يعد تابع له، والإلتزام الأصلي هو ذلك الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن⁽⁴⁹³⁾، ومن نتائج تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي نجد أن بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع حتماً بطلان الشرط الجزائي⁽⁴⁹⁴⁾.

أما فيما يخص شروط استحقاق الشرط الجزائي فهي نفسها الشروط العامة في المسؤولية المدنية، والتي تتمثل في وجوب وجود خطأ من المدين، ومن ذلك فإن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا ثبت عدم أو تأخر المدين في تنفيذ التزامه وكون ذلك راجع إلى فعل المدين، مع أن خطأ المدين لا يوجب استحقاق الشرط الجزائي إلا إذا ترتب عنه ضرر لحق الدائن حيث نصت المادة 184 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

مع اشتراط كذلك وجوب وجود علاقة سببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن، بأن يكون هذا الأخير ناتج عن خطأ المدين، وإلى جانب هذه الشروط يجب على الدائن كذلك القيام بتوجيه إعدار للمدين، عملاً بأحكام المادة 179 والتي نصت (لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك)⁽⁴⁹⁵⁾.

= أنظر مجموعة من الملاحظات حول التعريفين: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، 2007، صص 13-14.

(492) - فيما يخص خاصية الإتفاقية أنظر: طارق محمد أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، صص 17-18. وكذلك: نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، صص 33. وفيما يخص التعويض عن التنفيذ المتأخر راجع: حازم ضاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، صص 2011، صص 72 وما يليها.

(493) - أنظر لتفصيل أكثر: دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صص 17. وأيضا: طارق أبو ليلي، التعويض الإتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، صص 19-22.

(494) - أنظر المادة 1230 من التقنين المدني الفرنسي والتي نصت صراحة على أن بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي.

(495) - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، صص 347.

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر استحق الدائن الشرط الجزائي كاملاً والتزم القاضي الحكم به كما هو وارد في الإتفاق، غير أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي التدخل في بعض الحالات لتعديل مبلغ التعويض، وذلك إما بتخفيضه إذا تبين للقاضي أن تقدير الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى حد الإفراط، أو في حالة أن المدين قد نفذ جزء من التزامه، حيث نصت المادة 184 في فقرتها الثانية (ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)⁽⁴⁹⁶⁾.

بالإضافة يمكن للقاضي زيادة مبلغ التعويض إذا أثبت الدائن أن الضرر الذي لحقه أكبر من التعويض المقدر والمتفق عليه، بشرط أن يكون المدين قد ارتكب غشاً وخطأً جسيماً، وهذا عملاً بأحكام المادة 185 (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأً جسيماً)⁽⁴⁹⁷⁾.

كما للقاضي في حالة عدم تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك من طرف المتعاقدين في العقد، أن يتولى هو بنفسه تحديد مقدار هذا التعويض، وفي ذلك نصت المادة 181 من القانون المدني (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو القانون فالقاضي هو الذي يقدره...)، وحتى في هذه الحالة يشترط كذلك توافر الشروط العامة لاستحقاق التعويض، من خلال ثبوت خطأ من جانب المدين، وضرر أصاب الدائن، بالإضافة إلى ثبوت العلاقة السببية بينهما أي خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، هذا مع الأخذ بعين الإعتبار قاعدة لا يستحق أي تعويض إلا بعد إعدار المدين⁽⁴⁹⁸⁾.

إن التعويض سواء نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه أو نتيجة لتأخره في التنفيذ، غرضه الأساسي هو جبر الضرر الذي أصاب الدائن، وهو يشمل في ذلك ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وهو ما نصت عليه المادة أعلاه (...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...)⁽⁴⁹⁹⁾.

(496) - دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص18.

(497) - المرجع نفسه، ص15.

(498) - للتفصيل أنظر: علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير -

المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 1994، صص 216-221.

(499) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص289.

كما أن الأصل في التعويض أن يكون تعويض نقدي، خاصة أن هذا الأخير يتميز ببساطته وسهولة استيفائه من قبل الدائن من خلال تنفيذه على أموال المدين، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يحكم القاضي بتعويض عيني⁽⁵⁰⁰⁾، ومثال ذلك إذا أخل المدين بالتزامه في المحافظة على شيء معين ونتج عن ذلك سرقة ذلك الشيء، فيحكم القاضي بناءً على طلب الدائن بإلزام المدين بتسليم شيء مثله، أو القيام بإصلاح ما أصاب الشيء من تلف⁽⁵⁰¹⁾، و يترتب على اعتبار التعويض العيني استثناءً، أنه في حالة إذا ما طالب الدائن بالتنفيذ النقدي فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم التعويض العيني، وكذلك فإن القاضي لا يجوز له أن يحكم بالتعويض العيني إلا إذا طلب الدائن منه ذلك⁽⁵⁰²⁾.

غير أنه في بعض الحالات نجد أن القانون هو الذي يحدد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن لعدم قيام المدين أو تأخره في تنفيذ ما التزم به، أي أن القانون يتدخل و يتكفل بتحديد مقدار التعويض، وهذا ما نجده فيما يخص حالة الإلتزام بدفع مبلغ من النقود، والتعويض هنا إنما يتقرر نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، أما في حالة عدم التنفيذ فإن للدائن أن يطلب التنفيذ العيني لا أن يطلب التنفيذ عن طريق التعويض، وذلك لأن الإلتزام بدفع مبلغ من النقود يعد من الإلتزامات التي يمكن دائماً تنفيذها عينياً ومن ذلك فلا مجال للمطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض⁽⁵⁰³⁾. ولذلك نجد الأستاذ سليمان مرقس يقول بأن هذا النوع من الإلتزامات أي الإلتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور فيه استحالة الوفاء العيني، فلا محل فيه إذن للوفاء بمقابل، وإنما إذا تأخر المدين في الوفاء يمكن أن يستحق الدائن تعويضاً عن هذا التأخر، ويسمى في هذه الحالة بفوائد التأخير⁽⁵⁰⁴⁾.

(500) - في تعريف التعويض العيني وتمييزه عن التنفيذ العيني راجع: نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2001، صص 68-83. وللتفصيل في التعويض النقدي وصوره راجع: علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، صص 208-210.

(501) - د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، صص 58.

(502) - المرجع نفسه، صص 58-60.

(503) - المرجع نفسه، صص 84.

(504) - د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، صص 197.

من ذلك يتبين أنه إذا ما تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود وكان هذا المبلغ معلوم المقدار، حكم عليه القاضي بدفع نسبة معينة من الفائدة والتي حددتها المادة 226 من القانون المدني المصري بأربعة من المائة في المسائل المدنية وبخمس من المائة في المسائل التجارية⁽⁵⁰⁵⁾، أما القانون المدني الجزائري فقد خالف نظيره المصري، حيث لم يأخذ بما يعرف بفوائد التأخير في تنفيذ الإلتزام⁽⁵⁰⁶⁾، وإنما الإكتفاء بمنح الدائن الحق في الحصول على تعويض من المدين الذي تأخر في تنفيذ التزامه، عملاً بأحكام المادة 186 والتي نصت (إذا كان محل الإلتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت فع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير). ومنه نجد أن القانون المدني الجزائري أخضع حالة التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بدفع مبلغ من النقود إلى أحكام التعويض القضائي⁽⁵⁰⁷⁾.

لنتوصل للقول بأن الأصل في تمسك الدائن بتنفيذ العقد أن يكون تنفيذاً عينياً متى توافرت شروطه التي سبق دراستها، واستثناءً يكون للدائن أن يتمسك بالتنفيذ عن طريق التعويض إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو فيه إرهاب للمدين. وتقدير قيمة ومقدار التعويض في هذه الحالة يمكن أن يكون بموجب اتفاق المتعاقدين في عقد ذاته أو في عقد لاحق، وقد يتحدد مقدار التعويض بفعل القاضي، كما نجد في حالات أخرى القانون يتكفل بتحديد مقدار التعويض. غير أنه سواء كان تنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً بمقابل فإن كلاهما يعد وسيلتان لتنفيذ الإلتزام، إلا أن التساؤل الذي يطرحه موضوع التنفيذ يتمثل في مدى تصور تمسك الدائن بالتنفيذ في جميع حالات الفسخ؟

(505) - حيث نصت (إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للمدين على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المائة وخمسة في المائة في المسائل التجارية...). فيما يخص موضوع الفوائد القانونية في القانون المدني المصري أنظر: د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام...، المرجع السابق، صص 80-95.

(506) - وتفسير ذلك يرجع إلى تحريم القانون المدني الجزائري تعامل الأفراد فيما بينهم بالفائدة، حيث نصت المادة 454 منه (القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك).

(507) - كما لا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على تقدير مقدار التعويض في العقد أو في إتفاق لاحق إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود، لأن ذلك يعد تعامل بالفائدة بين الأفراد، وهذا الأخير لا يجوز طبقاً للمادة 454 أعلاه. ونجد أن القانون المدني الكويتي قد نص صراحة على عدم جواز إدراج الشرط الجزائي في حالة كون طبيعة الإلتزام يتمثل في مبلغ من النقود، حيث نصت المادة 302 منه على (إذا لم يكن محل الإلتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً مقدار التعويض في العقد أو في إتفاق لاحق). ومنه بمفهوم المخالفة إذا كن محل الإلتزام مبلغاً من النقود، فإنه لا يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً مقدار التعويض في العقد ذاته أو في إتفاق لاحق.

مما لا شك فيه أن تمسك الدائن بالتنفيذ في حالة الفسخ القضائي لا يطرح أي إشكال، نظرا لأن المادة 119 من التقنين المدني في فقرتها الأولى نصت صراحة على جواز تمسك الدائن بتنفيذ العقد عوض التمسك بفسخه.

أما فيما يخص حالة الفسخ بقوة القانون، فإن الدائن باعتباره طرفا في العقد يتحلل من التزاماته في مواجهة المدين الذي استحال عليه التنفيذ، بمعنى انقضاء التزامات الدائن المقابلة للالتزامات المدين التي استحال عليه تنفيذها، وإذا كان العقد ينحل بقوة القانون بمجرد تحقق الإستحالة، فلا يمكن تصور مطالبة الدائن من المدين تنفيذ ما هو مستحيل، والقول بعكس ذلك هو قول مخالف للمنطق وللقانون معا⁽⁵⁰⁸⁾. لذلك فإن تمسك الدائن بالتنفيذ لا يطرح أية مشكلة فيما يخص حالة الفسخ القضائي وذلك نظرا لأن نص المادة 119 أجازت ذلك صراحة، وكذا في حالة الفسخ بقوة القانون نظرا لعدم تصور منطقيًا ولا قانونيًا تمسك الدائن بالتنفيذ في مثل هذه الحالة.

أما في حالة الفسخ الإتفاقي فإن الأمر على خلاف ذلك، لكون المادة 120 من التقنين المدني والخاصة بالفسخ الإتفاقي لم تشر إلى إمكانية أو عدم إمكانية الدائن التمسك بالتنفيذ بدلا من تمسكه بالفسخ، حيث اكتفت بالنص على جواز الإتفاق على فسخ العقد، حيث نجدها قد نصت (يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي...). إلا أننا بالرجوع إلى أحكام الفسخ الإتفاقي، نجد أن إخلال المدين بالتزامه العقدي لا يؤدي في ذاته إلى فسخ العقد، وإنما ينشأ عن ذلك حق المتعاقد الدائن في طلب الفسخ، وأن الفسخ في هذه الحالة لا يتحقق إلا إذا تمسك الدائن بالفسخ الإتفاقي وأعلن عن رغبته في الفسخ، فالعقد لا يفسخ إلا بعد أن يعلن الدائن عن رغبته في التمسك به⁽⁵⁰⁹⁾.

(508)- عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص113.

(509)- حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص56-57. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص113. وكذلك أنظر: حسين تونسي، إنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاول)، المرجع السابق، ص49.

بمعنى آخر إخلال المدين بالتزامه ينشئ للدائن حق أصلي وهو التمسك بالتنفيذ، وهو الأصل الطبيعي في جميع العقود، و ينشئ له كذلك حق احتياطي وهو فسخ العقد، وبناءً على ذلك لا نرى ما يمنع الدائن من التمسك بحقه الأصلي وهو التنفيذ طالما لم يعلن عن رغبته في التمسك بالفسخ الإتفاقي، لأن بإعلانه لذلك يكون العقد قد انفسخ و يأخذ في ذلك حكم عدم، فلا مجال بعد ذلك للتمسك بالتنفيذ. مع أنه في نظرنا القول بمنح الدائن إمكانية التمسك بالتنفيذ بدلاً من فسخه سواء كان ذلك في حالة الفسخ القضائي أو الإتفاقي، ما هو إلا تجسيداً للإرادة التشريعية التي تسعى إلى المحافظة والإبقاء على العقد، ومن ذلك الوصول إلى الغاية من العلاقة العقدية وتحقيق الهدف الذي يريه المتعاقد من التعاقد.

ب- عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ

قد يختار المتعاقد الدائن التمسك بفسخ العقد بدلاً من التمسك بالتنفيذ، وذلك من خلال إقامة دعوى الفسخ، حيث نجد أن المادة 119 من القانون المدني تجيز للدائن الخيار بين طلب التنفيذ و بين طلب الفسخ، وهذا الأخير أي طلب الفسخ يعد حق مشروع للدائن وبطلبه للفسخ لا يمكن اعتباره في ذلك متعسفا⁽⁵¹⁰⁾.

غير أنه قد يظهر للمتعاقد الدائن بالإلتزام الذي لم ينفذ أن مصلحته وهو أدري بذلك من المدين ومن القاضي تقتضي العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، ومن هذا المنطلق لا يوجد ما يمنع الدائن من العدول عن الفسخ إلى طلب التنفيذ، خاصة وأن الغاية من وضع وإيجاد نظرية الفسخ هي حماية مصلحة الدائن، فإذا كانت مصلحة هذا الأخير تستدعي عدم الاستمرار في التمسك بالفسخ وضرورة العدول عنه إلى طلب التنفيذ، كان ذلك سببا كافيا ووجيها للقول بجواز العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ⁽⁵¹¹⁾. لكن كما سبق وأشرنا إلى ذلك فإن حالات الفسخ تتعدد وتختلف، لذاك فإن التساؤل الذي يطرحه موضوع تمسك الدائن بتنفيذ العقد بعد أن تمسك بفسخه من خلال عدوله عن دعوى الفسخ يتمثل في مدى تصور جواز ذلك في جميع حالات الفسخ؟

(510) - أنظر:

Christian Lopoyade Deschamps, Droit des obligations, Ellipses, Paris, 1998, p113.

(511) - أنظر: د/ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص358.

إن القول بجواز العدول عن الفسخ إلى طلب التنفيذ لا يصدق في جميع حالات الفسخ، وإنما يتصور ذلك في حالة الفسخ القضائي، فمن المعلوم أن هذا الأخير لا يتحقق إلا بعد صدور حكم قضائي ونهائي يقضي به، وهذا ما يعني أنه قبل صدور حكم القاضي بالفسخ وقبل حيازة هذا الحكم قوة الشيء المقضي به، فإن للدائن إمكانية العدول عن الفسخ سواء كان هذا العدول أمام محكمة الابتدائية، أو أمام المجلس القضائي، وفي هذه الحالة الأخيرة أي عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ أمام المجلس القضائي من الناحية القانونية أمر جائز ومقبول، لأن تمسك الدائن بطلب التنفيذ أمام المجلس بعد أن كان قد طالب بالفسخ أمام المحكمة لا يعد طلبا جديدا، وإنما يعد طلب الدائن للتنفيذ أمام المجلس من الطلبات العارضة التي يجوز تقديمها لأول مرة أمام المجلس⁽⁵¹²⁾، لأن طلب التنفيذ وإن كان لم يطرح صراحة من المتعاقد الدائن أمام المحكمة، فهو مطروح ضمنا أمام هذه الأخيرة، حيث لو كان هناك تنفيذ ما كان بإمكان الدائن طلب التنفيذ أمام المحكمة⁽⁵¹³⁾.

أما في حالة صدور حكم الفسخ وحيازته لقوة الشيء المقضي به، فإنه في هذه الحالة لا يجوز للدائن العدول عن الفسخ إلى طلب التنفيذ، لأن أصلا العقد بصدور حكم قضائي نهائي يتضمن فسخه لم يبقى له وجود فهو منعدم من الناحية القانونية، فلا يمكن تصور مطالبة الدائن من المدين تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد أصبح غير موجود قانونا⁽⁵¹⁴⁾.

كما أنه لا يمكن تصور عدول الدائن عن الفسخ إلى طلب التنفيذ في حالة الفسخ الإتفاقي، والقول بجواز ذلك هو قول غير صحيح، لأن الفسخ يتحقق في هذه الحالة بمجرد إعلان الدائن عن رغبته في التمسك به، أي أنه بمجرد إبداء الدائن رغبته في الفسخ تتحل الرابطة العقدية ولا يكون للعقد بعد هذا الإعلان وجود قانوني، وعليه فالمنطق القانوني يفرض علينا رفض إمكانية عدول الدائن عن موقفه الأول الذي أعلن فيه عن تمسكه بفسخ العقد، لأنه بمجرد إتخاذ الدائن هذا الموقف لم يعد هناك عقد من الناحية القانونية حتى يتصور إمكانية مطالبة هذا الأخير المدين بالتنفيذ⁽⁵¹⁵⁾.

(512) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 67.

(513) - المرجع نفسه، ص 68.

(514) - عبد الكريم بلعير، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 189.

(515) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، ص 61.

غير أنه إذا كان الأصل هو عدم جواز عدول الدائن الذي تمسك بالفسخ الإتفاقي إلى طلب التنفيذ، إلا أنه بالرجوع إلى حقيقة الفسخ الإتفاقي، نجد أن إخلال المدين بالتزامه ينشئ للدائن فقط حق طلب الفسخ، وأن هذا الأخير لا يقع إلا إذا أعلن الدائن عن إرادته ورغبته في التمسك به، وبشترط لفسخ العقد في مثل هذه الحالة يشترط وصول إعلان الدائن بالفسخ إلى المدين وفقا لقواعد التعبير عن الإرادة، ومن ذلك لا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع على الدائن من العدول عن التمسك بالفسخ إلى طلب التنفيذ إذا كان هذا العدول تقرر قبل وصول رغبته بالفسخ إلى المدين، لأن العقد في هذه الحالة لا يزال قائماً، ومنه فرضية العدول عن الفسخ إلى التنفيذ أمر ممكن وجائز.

كما أن العقد الذي يفسخ بمجرد استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، فإنه في هذا النوع من الفسخ، الدائن لا يستطيع إيقاعه من جهة ولا يستطيع كذلك تقاضي إيقاعه من جهة أخرى، وبناءً على ذلك فلا يمكن القول بعدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ لا من الناحية القانونية ولا من الناحية المنطقية⁽⁵¹⁶⁾.

لنتوصل للقول بأن إمكانية عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ يتصور في حالة الفسخ القضائي طالما لم يصدر حكم القاضي بالفسخ، أو أنه قد صدر حكم الفسخ لكن ما زال لم يكتسب قوة الشيء المقضي به، أي لم يصبح حكم نهائي. كما يمكن تصور أيضا عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ في حالة الفسخ الإتفاقي وذلك إذا تقرر هذا العدول قبل وصول رغبته في الفسخ إلى علم المدين.

(516)- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص123. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص200.

كما أشرنا إلى ذلك سابقا فإن ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه يقر للدائن حق التمسك بفسخ العقد بقصد التحلل من التزاماته العقدية، و يترتب على ذلك زوال العقد فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، وفي سبيل إجتنب كل ذلك والحفاظ والإبقاء على العقد جاز للدائن عوض التمسك بالفسخ أن يقتصر طلبه على وقف تنفيذ التزامه من خلال تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ.

ثانيا

تمسك الدائن بالدفع بعدم التنفيذ

إن التمسك بفسخ العقد تبقى مسألة جوازية في يد الدائن فله أن يتمسك به، كما له أن يتمسك أيضا بالدفع بعدم تنفيذ التزامه، ويقصد بهذا الأخير أن يكون لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين إذا ما طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام⁽⁵¹⁷⁾، وبمعنى آخر فإن الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام⁽⁵¹⁸⁾. وهذا ما قضت به المادة 123 من التقنين المدني الجزائري حيث نصت (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)⁽⁵¹⁹⁾.

في حقيقة الأمر الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا تطبيق للمبدأ العام المكرس للحق في الحبس، حيث أن هذا الأخير يعد هو الأصل، والدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق لهذا الأصل في مجال العقود الملزمة للجانبين⁽⁵²⁰⁾.

(517) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص127.

(518) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص315.

(519) - غير أن المشرع الجزائري لم يكن موافقا حينما أدرج نظام الدفع بعدم التنفيذ إلى جانب نظام الفسخ تحت عنوان انحلال العقد، حيث أن الدفع بعدم التنفيذ لا يعد سببا لانحلال العقد، فهو وسيلة ضغط يستخدمها أحد أطراف العقد لحمل المتعاقد الآخر على التنفيذ.

(520) يعرف الحق في الحبس بأنه وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن لأجل اقتضاء حقه من مدينه، وذلك بحبس شيء مملوك لمدينه أو حبس محل التزامه، وهذا إلى أن يوفي المدين بالدين الذي عليه إتجاه الحابس، ولقد أخذ القانون المدني الجزائري بالحق في الحبس في ظل المادة 200 والتي جاء فيها (لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين. أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا...). في تعريف الحق في الحبس أنظر: دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صص22-26. كما نجد قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1965 والذي أشارت فيه إلى أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا تطبيق=

عملاً بأحكام المادة 123 من القانون المدني، فإن الدفع بعدم التنفيذ يكون جائزاً كلما كان العقد ملزماً للجانبين، لأن أصلاً الأساس الذي أُسس عليه الدفع بعدم التنفيذ هو تقابل بين الإلتزامات، حيث أن تنفيذ كل متعاقد يكون مقابلاً لتنفيذ المتعاقد الآخر، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو كذلك عن تنفيذ التزامه، وتربط الإلتزامات لا يمكن تصورها إلا في العقود الملزمة للجانبين⁽⁵²¹⁾.

كما أنه يشترط كذلك على الدائن في تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ، أن يكون الإلتزام الذي إمتنع المدين عن تنفيذه مستحق الأداء، أما إذا كان غير مستحق الأداء كأن يكون مؤجلاً، أو معلقاً على شرط واقف، أو أن العقد قد تضمن اتفاقاً يقضي بأن يبدأ الدائن هو بتنفيذ التزامه قبل المدين، فإنه في جميع هذه الحالات لا يجوز للدائن أن يتمسك بعدم التنفيذ⁽⁵²²⁾، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية (يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة 161 من القانون المدني أن يكون الإلتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء، أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع)⁽⁵²³⁾.

مع الإشارة أن المادة 123 الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ لم تشترط ضرورة الإعذار، خلافاً في حالة الفسخ أين يشترط على الدائن إعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ⁽⁵²⁴⁾.

= للمبدأ العام وهو الحق في الحبس، حيث جاء فيه (إن المادة 161 من القانون المدني خولت للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقاً في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يمتنع عن تنفيذ ما التزم به، وهذا الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ، إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين...). نقلاً عن: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص316.

(521) - د/ علي فيلال، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص362. ود/ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص109.

(522) - د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص392.

(523) - المرجع نفسه، ص392.

(524) - د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام...، المرجع السابق، ص110. عدم اشتراط الإعذار في التمسك بعدم التنفيذ يعد من بين المظاهر التي يختلف فيها مع الفسخ الذي يشترط فيه الإعذار. للتفصيل في مختلف أوجه التي يختلف فيها الدفع بعدم التنفيذ والفسخ أنظر: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص320-321. وكذلك: د/فواز صالح، (الطبيعة القانونية للحق في الحبس)، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، العدد الأول، ص50-60. وأنظر أيضاً: عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص118-120.

كما يجب أن يكون الدائن في تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ حسن النية، أي وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في حالة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، بحيث لا يجوز للدائن الإمتناع عن تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم تنفيذ المدين قد بلغ درجة من الأهمية والجسامة⁽⁵²⁵⁾.

إذا توافرت جميع الشروط المطلوبة من أجل التمسك بالدفع بعدم التنفيذ طبقاً للمادة 123 ترتب عن ذلك وقف تنفيذ الدائن لالتزامه، دون أن يمس ذلك بوجود العقد حيث يبقى قائماً، بمعنى أن العقد لا ينحل خلافاً للفسخ الذي يؤدي إلى انحلال وزوال الرابطة العقدية بصفة نهائية، لأن الهدف من التمسك بعدم التنفيذ هو الضغط على المتعاقد الآخر لكي ينفذ التزامه، وفي هذه الحالة يمكن أن تتحقق هذه الغاية وينفذ المدين التزامه وهو الأصل في جميع العقود، أما إذا أصر المدين على عدم تنفيذ التزامه، فإن للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو بالتعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني، كما له أن يتمسك كذلك بالفسخ⁽⁵²⁶⁾.

وسواء تمسك الدائن بتنفيذ العقد أو أنه تمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزامه، فإن الغرض في كلتا الحالتين هو حمل المدين على تنفيذ التزامه، لأن الأصل في إبرام العقود هو تنفيذها لا فسخها. لكن لا يعد الدائن الطرف الوحيد الذي يمكن أن يلعب دوراً في حماية العقد من الفسخ، وبذلك الحفاظ على وجوده القانوني، وإنما يمكن كذلك للمدين باعتباره طرف من أطراف العقد المراد فسخه أن يتوقى تقرير جزاء الفسخ.

(525) - فيما يخص شرط حسن النية في التمسك بعدم التنفيذ راجع: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص318. و د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص392.

(526) - حسين تونسي، إنحلال العقد، (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة)، المرجع السابق، ص37. د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص ص319-320.

الفرع الثاني

دور المدين في حماية العقد من الفسخ

رغم أن المدين هو المتسبب في طلب الدائن فسخ العقد، وذلك لإخلاله بالتزامه العقدي، إلا أنه يمكن له أن يلعب دوراً في تقاضي واجتتاب تقرير الفسخ، بقصد المحافظة على وجود العقد، وذلك من خلال قيامه بتنفيذ ما التزم به في خلال الفترة الممتدة من رفع الدائن دعوى الفسخ إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي يقضي بالفسخ، وهو ما يسمى بالتنفيذ المتأخر من قبل المدين لالتزامه.

غير أن التساؤل الذي يطرح هل بإمكان المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً في جميع حالات الفسخ التي تتعدد وتختلف؟ فقد يكون الفسخ قضائياً (أولاً)، كما قد يكون الفسخ اتفاقياً (ثانياً)، كما قد يكون الفسخ بقوة القانون (ثالثاً).

أولاً

التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في حالة الفسخ القضائي

يشترط لفسخ العقد قضائياً إلى جانب ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، وضرورة إتباع الدائن لجميع الإجراءات المحددة قانوناً، صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد، حيث أن هذا الأخير هو الذي ينشأ الفسخ، وليس طلب الفسخ المقدم من المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ. بناءً على ذلك وحسب الرأي الراجح فقهاً، فإن المدين المقصر في تنفيذ التزامه يجوز ويمكن له تصحيح تقصيره من خلال القيام بتنفيذ ما التزم به في الفترة الممتدة من رفع دعوى الفسخ إلى غاية صدور حكم قضائي بفسخ العقد⁽⁵²⁷⁾.

(527) - غير أن هناك رأي آخر يرى أنه لا يجوز للمدين القيام بتنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، لأن القيام بمثل هذا النوع من التنفيذ يعد عرقلة لدعوى الفسخ التي رفعها الدائن قصد التحلل من التزاماته، وأن حق الخيار تم تقريره لصالح الدائن من حيث جواز لهذا الأخير أن يختار ما بين الفسخ وما بين العدول عنه والتمسك بالتنفيذ، وليس من العدل نقله إلى المدين، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي *Planiol* :

« Est il juste de déplacer ainsi l'option qui appartient naturellement au créancier pour la faire passer au débiteur en faute ».

خاصة وأن نظرية الفسخ إنما وجدت لحماية المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ وليس حماية المدين الذي يعد هو المتسبب في رفع الدائن دعوى الفسخ وذلك بتقصيره في تنفيذ التزامه. أنظر لتفصيل أكثر: عبد الكريم بلعبور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص158.

حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن طلب الدائن الفسخ لا يسلب حق المدين في تنفيذ العقد، ليتفادى بذلك تقرير الفسخ، والقول بعكس ذلك هو قول يخالف قواعد العدالة، وهذه الأخيرة تقضي بضرورة المساواة بين المتعاقدين، فلا يعد من العدل منح الدائن في العلاقة التعاقدية حق الخيار بين فسخ العقد وبين العدول عن حق الفسخ إلى طلب التنفيذ، ولا يعطى للمدين حق تنفيذ التزامه تنفيذًا متأخرًا⁽⁵²⁸⁾.

نحن بدورنا نؤيد هذا الإتجاه الذي يرى بجواز التنفيذ المتأخر من قبل المدين لالتزامه، لكون أن إخلال المدين بالتزامه ينشئ للدائن الحق في فسخ العقد، وهذا الأخير أي الفسخ لا يقع ولا يتحقق إلا إذا صدر من القاضي حكم يقضي بذلك، فلا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع على المدين من تنفيذ التزامه ما دام لم يصدر حكم الفسخ من طرف القاضي من جهة، كما أن السماح بالتنفيذ المتأخر من طرف المدين من شأن ذلك أن يؤدي إلى التقليل من حالات تقرير جزاء الفسخ، وهذا ما يتفق مع الإرادة التشريعية التي تهدف إلى تشجيع الأطراف على تنفيذ العقود عوض فسخها. وما يؤكد صحة القول بجواز تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذًا متأخرًا، هو موقف القضاء الذي أجاز للمدين التنفيذ المتأخر، حيث نجد محكمة حسين داي في حكمها رقم 79428 لسنة 1980 قضت بجواز التنفيذ المتأخر رغم رفع الدائن دعوى الفسخ، حيث جاء فيه (...إن المدعى عليه الذي يريد تقاضي الفسخ عليه أن يكون موقفه أمام المحكمة جدياً)⁽⁵²⁹⁾، فعبارة الذي يريد تقاضي الفسخ تفيد جواز التنفيذ أمام المحكمة، أي بعد رفع دعوى الفسخ بشرط أن يكون جدياً. وفي جواز التنفيذ المتأخر قضت كذلك محكمة النقض المصرية في قرارها لسنة 1953، والذي جاء فيه (يجوز للمدين تنفيذ التزامه حتى بعد رفع دعوى الفسخ)⁽⁵³⁰⁾.

مع الإشارة إلى أن منح المدين فرصة لتنفيذ التزامه حتى بعد رفع الدائن دعوى الفسخ، إنما تمتد إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي يقضي بفسخ العقد، بمعنى أن صدور حكم القاضي بفسخ العقد على مستوى الدرجة الأولى، لا يمنع المدين من تنفيذ التزامه أمام محكمة الاستئناف⁽⁵³¹⁾.

(528)- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص45.

(529)- نقلا: عن عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص161.

(530)- المرجع نفسه، ص161.

(531)- المرجع نفسه، ص171.

كما نجد ذلك في قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1980 والذي جاء فيه (إلا أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف المقصر متخلف عن الوفاء بالتزامه حتي صدور الحكم النهائي، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره...) (532). وهو ما قضت به أيضا في قرارها لسنة 2000 حيث جاء فيه (... وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وباقي أوراق الدعوى أن الطاعنين قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بجلسة وقبوله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروض وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول الدرجة بفسخ العقد على سند من أن الفسخ وقع وفقا للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئا للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه يكون معيبا) (533).

غير أن التنفيذ المتأخر الذي يعتد به بعد رفع دعوى الفسخ والذي يحول دون الحكم به، يجب أن يكون تنفيذا حقيقيا، من خلال قيام المدين بعرض الأداء الملزم أمام المحكمة وإيداعه في خزانتها (534)، ففي حكم محكمة حسين داي الذي أشرنا إليه سابقا جاء فيه كذلك (... على المدين الذي يبدي استعدادا للتنفيذ أن يودع الأداء المطالب به في خزانة المحكمة)، كما يجب كذلك أن يكون التنفيذ المتأخر من قبل المدين لالتزامه تنفيذا كاملا (535)، طالما لا يوجد اتفاق أو نص قانوني يجيز الوفاء الجزئي، حيث نصت المادة 277 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى (لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

لكن إذا كان التنفيذ المتأخر من قبل المدين لالتزامه جائز فقها وقضاء طالما لم يصدر حكم قضائي ونهائي يقضي بالفسخ، إلا أن جوازه مرهون بشرط ألا يلحق هذا النوع من التنفيذ ضررا بالدائن (536).

(532) - نقلا عن أنور طلبية، إنحلال العقود، المرجع السابق، ص54.

(533) - المرجع نفسه، ص52.

(534) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص162.

(535) - المرجع نفسه، ص162.

(536) - د/ أنور طلبية، إنحلال العقود، المرجع السابق، ص54.

حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1981 (أنه من المقرر وعلى ما جاء به قضاء هذه المحكمة أن الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة 157 من القانون المدني يخول للمدين الحق في أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل الحكم النهائي ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن...)⁽⁵³⁷⁾.

لذلك نقول أن المدين يمكن له تقادي تقرير الفسخ، من خلال قيامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، أي بعد رفع الدائن لدعوى الفسخ، طالما لم يصدر حكم قضائي نهائي يقضي بالفسخ، غير أن هذا النوع من التنفيذ يجب أن يكون حقيقياً وكاملاً، بالإضافة أن لا يترتب عليه ضرر يلحق بالدائن. مع الإشارة أن نص المادة 119 من التقنين المدني والخاصة بالفسخ القضائي، لم تشر إلى جواز وإمكانية تنفيذ المدين التزامه تنفيذاً متأخراً، غير أن الرأي المستقر عليه فقهاً وقضاءً هو جواز ذلك.

ثانياً

التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في حالة الفسخ الإتفاقي

كما أشرنا إلى ذلك عند دراسة الفسخ الإتفاقي، فإن ثبوت إخلال المدين بالتزامه العقدي، مع تضمن العقد الشرط الفاسخ الصريح، لا يجعل العقد منفسخاً من تلقاء نفسه، وإنما يستلزم لذلك ضرورة إعلان الدائن رغبته في التمسك بالفسخ الإتفاقي، وهذا ما يفيد أن فسخ العقد في هذه الحالة يكون بعد إعلان الدائن رغبته في الفسخ، وبذلك لا يبقى للعقد وجود قانوني، ومنه لا يمكن تصور إمكانية قيام المدين بالتنفيذ تنفيذاً متأخراً لالتزامه. لكن لنفترض أن المدين لم يعلن عن رغبته في التمسك بالفسخ الإتفاقي، فإنه من الناحية القانونية العقد ما زال قائماً، لذلك يمكن للمدين تقادي الفسخ من خلال تنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً⁽⁵³⁸⁾.

(537)- كذلك جاء في قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1988 ما يلي (طلب فسخ العقد غير المتضمن للشرط الصريح الفاسخ، عدم التزام المحكمة بإجابته. للمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه ولو بعد إنقضاء الأجل المحدد بالعقد وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ. شرطه ألا يكون هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن) نقلاً عن: د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص177.

(538)- عبد الكريم بلعبور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص190.

بمعنى آخر أن إخلال المدين بالتزامه العقدي لا يجعل العقد منفسخا تلقائيا سواء كنا أمام فسخ قضائي أين يشترط صدور حكم قضائي نهائي يقضي بالفسخ، أو أمام فسخ اتفاقي أين يشترط فيه تمسك وإعلان الدائن عن رغبته في الفسخ. إلا أن عدم قيام المتعاقد الدائن بالتمسك وإعلان عن رغبته في التمسك بالفسخ، يفسح أمام المدين طريقا استثنائيا من خلاله يمكن تقاضي إيقاع الفسخ، وكل ذلك من خلال تنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، والتنفيذ المتأخر من قبل المدين في مثل هذه الحالة مقبول من الناحية القانونية والمنطقية ولا يعد ذلك مخالفا لقواعد نظرية الفسخ، لأن هذا التنفيذ يزيل السبب الذي وضعت النظرية من أجله، ولو أن هذا التنفيذ جاء متأخراً ما دام الدائن لم يعلن رغبته في الفسخ.

ثالثا

التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في الفسخ بقوة القانون

قلنا سابقا أن الفسخ بقوة القانون إنما يرد في تلك الحالة يكون الإخلال أو عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فقد يكون هذا الأخير قد قام بكل ما في وسعه لتنفيذ التزامه، إلا أن قوة قاهرة قد أحالت دون إمكانية تنفيذه لما التزم به بموجب العقد الذي أبرمه، ففي مثل هذه الحالة الخلل وعدم التنفيذ لا يعود سببه إلى المدين حتى يمكن القول بإمكانية تصحيحه لما بدر منه من تقصير في تنفيذه التزامه وذلك من خلال القيام بتنفيذه متأخر⁽⁵³⁹⁾.

لذلك فإن الرابطة العقدية في حالة الفسخ بقوة القانون تتحل بمجرد تحقق استحالة التنفيذ، ولا يمكن للمدين تقاضي الفسخ في هذه الحالة، حتى وإن كانت مصلحته تقتضي تنفيذ العقد نظراً لكونه هو الذي يتحمل تبعه الإنفاساخ⁽⁵⁴⁰⁾. من ذلك كله نقول بأنه لا يمكن تصور فرضية تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً متأخراً في حالة الفسخ بقوة القانون.

(539) - د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص139.

(540) - فيما يخص تحمل المدين تبعه الإنفاساخ في القانون المدني الجزائري أنظر: عبد الكريم بلعير، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص200.

ما نخلص إليه في الأخير أن المدين له أيضا دور في حماية العقد من الفسخ، وذلك من خلال قيامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، أي بعد رفع الدائن لدعوى الفسخ، طالما أن القاضي لم يصدر حكماً يتضمن فسخ العقد في حالة الفسخ القضائي، وطالما أن الدائن لم يعلن عن رغبته في التمسك بالفسخ وذلك في حالة الفسخ الإتفاقي، أما التنفيذ المتأخر في حالة الفسخ بقوة القانون فلا يمكن تصوره.

كما أن آليات حماية العقد من الفسخ لا تقتصر ولا تخص فقط المتعاقدين سواء الدائن من خلال تمسكه بتنفيذ العقد أو من خلال تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ، أو المدين من خلال تنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، مادام لم يصدر حكم الفسخ، أو أن هذا الأخير لم يصبح نهائي فيما يخص الفسخ القضائي، أو أن الدائن لم يعلن عن رغبته في التمسك بالفسخ فيما يخص الفسخ الإتفاقي. وإنما نجد أن آليات حماية العقد من الفسخ تنقرر كذلك من القاضي الفاصل في دعوى الفسخ.

الفرع الثاني

آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من القاضي

تظهر الإرادة التشريعية التي تهدف إلى تقادي واجتتاب تقرير جزاء الفسخ، وسعياً منها إلى تشجيع المتعاقدين على تنفيذ العقد والحفاظ عليه أكبر قدر ممكن، في تلك السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي إتجاه طلب الفسخ المقدم من الدائن، حيث يمكن للقاضي عوض الاستجابة لطلب الفسخ أن يمنح للمدين أجلاً لتنفيذ التزامه من جهة (أولاً)، كما له كذلك أن يرفض طلب الفسخ من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً

منح القاضي المدين أجلاً لتنفيذ التزامه

رغم توافر الشروط القانونية لفسخ العقد وقيام الدائن بجميع الإجراءات الواجب إتباعها قصد التحلل من التزاماته التعاقدية، نجد أن القاضي غير ملزم بطلب الفسخ المقدم من الدائن، وإنما عوض الإستجابة لطلب الفسخ له أن يمنح للمدين وفقاً لسلطته التقديرية أجلاً لتنفيذ التزامه⁽⁵⁴¹⁾.

(541)- لكن هذا القول يصدق فقط في حالة الفسخ القضائي، أما في حالة الفسخ الإتفاقي فلا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً=

من الملاحظ أن منح القاضي للمدين أجل قصد تنفيذ التزامه يعتبر نوع من تعديل للعقد (أ)، كما أن الأجل القضائي الممنوح للمدين بهدف تنفيذ التزامه لا يقتصر فقط على ما هو منصوص عليه في المادة 119 وإنما نجده كذلك في نص المادة 281 من التقنين المدني، وهو ما جعلنا نرى بضرورة التمييز ما بين الأجلين (ب)، كما أن القاضي في منحه للمدين أجلاً للتنفيذ يراعى في ذلك مدى توافر مجموعة من الشروط (ج)، وكذلك تلك الحالات التي لا يجوز فيها منح المدين أجلاً قضائياً (د).

أ - منح الأجل القضائي للمدين تعديل قضائي للعقد

يجوز للقاضي طبقاً لأحكام المادة 119 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية أن يمنح للمدين أجلاً قصد تنفيذ التزامه حيث نصت (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف...)⁽⁵⁴²⁾.

إن منح القاضي المدين أجلاً للتنفيذ أو ما يسمى بالأجل القضائي أو النظرة الميسرة⁽⁵⁴³⁾، إنما غرضه هو حمل وتشجيع المدين على تنفيذ العقد واجتناب تقرير جزاء الفسخ، لأن الغرض الأصلي من العقود هو تنفيذها لا فسخها⁽⁵⁴⁴⁾.

= لتنفيذ التزامه، رغم أن هناك من يرى بأن للقاضي أن يمنح للمدين أجل للتنفيذ حتى في حالة الفسخ الإتفاقي، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتأخر في التنفيذ، عملاً بقواعد العدالة تقضي بمنحه أجل إضافي للتنفيذ. حيث يقول في ذلك الفقيه الفرنسي *Préamaneu Bigot* :

« Lors même que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer d'un simple retard et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai ».

نقلاً عن: عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 182. غير أن الفقه يجمع على عدم جواز منح المدين أجلاً للتنفيذ إذا تعلق الأمر بحالة الفسخ الإتفاقي، حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية (بأنه في حالة الفسخ الإتفاقي لا يملك القاضي سلطة تقديرية يستطيع معها إعطاء المدين مهلة للتنفيذ). نقلاً عن عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 183. وعليه فإن سلطة القاضي في حالة الفسخ الإتفاقي تقتصر فقط على التحقق من توافر شروطه سواء الموضوعية أو الإجرائية. راجع فيما يخص هذه الشروط: حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 33-37.

(542) - وتقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري والتي نصت في فقرتها الثانية (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً، إذا اقتضت الظروف ذلك...). وكذلك الفقرة الثالثة من المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت:

« La résolution doit être demandée en justice, st il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

(543) - كما يعرف الأجل القضائي بأنه الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك. راجع: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 376.

(544) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 183.

إن الأجل القضائي الذي يُمنَح للمدين هو في حقيقته نوع من تعديل للعقد من قبل القاضي⁽⁵⁴⁵⁾، وذلك من خلال تعديل أحد عناصر وأركان العقد والمتمثل في أجل تنفيذ الإلتزام العقدي، حيث أن هناك من العقود من يتراخى تنفيذها بطبيعتها، فالزمن يعد عنصرا جوهريا فيها كعقود التوريد والإيجار مثلا، ومنها ما يتوقف تنفيذها على حلول الأجل المتفق عليه من قبل المتعاقدين كعقد بيع بثمن مؤجل مثلا، فالأصل أنه بحلول أجل الوفاء يقوم المدين بتنفيذ التزامه، غير أن هذا الأخير قد يكون معسرا وهذا ما يجعل القاضي يمنح له مهلة وأجل إضافي لتنفيذ ما التزم به، والقاضي وهو يمنح للمدين مهلة للتنفيذ يكون قد تدخل في العقد وقام بتعديل أجل تنفيذ الإلتزام العقدي الذي سبق وأن اتفق عليه المتعاقدين، لذلك يمكن القول بأن منح القاضي المدين مهلة لكي يتمكن من تنفيذ الإلتزام المطلوب منه ما هو إلا مظهر من مظاهر تعديل القاضي لشروط العقد⁽⁵⁴⁶⁾.

ب - التمييز بين الأجل القضائي الممنوح للمدين طبقا للمادة 119 وبين الأجل الممنوح له طبقا للمادة 281 من التقنين المدني الجزائري

زيادة على الأجل القضائي الوارد في نص المادة 119 من التقنين المدني، أورد هذا الأخير أجل قضائي آخر، وذلك طبقا لأحكام المادة 281 والتي نصت في فقرتها الثانية (غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها). لقد جرى الفقه والقضاء على التمييز ما بين الأجلين القضائيين والمنصوص عليهما في المادتين 119 و 281 من عدة جوانب سواء من حيث الأساس الذي يستند عليه القاضي في منحه للأجلين(1)، وكذلك من حيث طبيعة ومدى سلطة القاضي في منح الأجلين(2)، وأخيرا من حيث مدى اعتبار سلطة القاضي في منح الأجلين من النظام العام(3).

(545) - مع الإشارة إلى أن تعديل العقد يمكن أن يكون اتفاقي، وهو الذي يتم بإرادة طرفي العقد، سواء كان هذا التعديل معاصرا للعقد، أو أن يكون اتفاقهما لاحقا لإنشاء العقد، كما نجد نوع آخر من التعديل، وهو التعديل القانوني أو التشريعي للعقد، والذي يتم خارج عن إرادة المتعاقدين. أنظر لتفصيل أكثر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص70.

(546) - د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية و الأدبية، د ن ط، بيروت، لبنان، 2006، ص119. و محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص374.

1- من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجلين

الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي طبقاً لأحكام المادة 281 والخاص بدعوى التنفيذ يكون على أساس قواعد العدالة، والتي تقضي بضرورة التخفيف على المدين نظراً لما يحيط به من ظروف قاسية تستدعي ذلك، ومن جانب آخر يعد نوع من التخفيف على قسوة وشدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من التقنين المدني⁽⁵⁴⁷⁾، لذلك فإن منح القاضي المدين أجل لتنفيذ العقد ما هو إلا استثناء من هذه القاعدة، ومن ذلك لا يجوز للقاضي منح هذا الأجل إلا في حالات خاصة تتطلبها حالة المدين الاقتصادية أو مركزه المالي⁽⁵⁴⁸⁾. بينما نجد أن أساس منح القاضي المدين أجل لتنفيذ التزامه طبقاً لأحكام المادة 119 والخاصة بدعوى الفسخ يتمثل في الرغبة في الحد من صرامة الفسخ باعتباره جزاء ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها آثار بالغة الخطورة⁽⁵⁴⁹⁾.

2- من حيث مدى سلطة القاضي في منح الأجلين

تعد سلطة القاضي في الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ أكثر اتساعاً من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح هذا الأجل، وذلك من خلال جواز منح المدين أجلاً متعاقبة كلما استدعت حالة المدين إلى ذلك⁽⁵⁵⁰⁾، بينما نجد أن سلطة القاضي في منح الأجل في دعوى الفسخ ضيقة نوعاً ما، من خلال عدم جواز منحه للمدين أكثر من أجل واحد⁽⁵⁵¹⁾.

3- من حيث اعتبار سلطة القاضي في منح الأجلين من النظام العام

إن طبيعة الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في حالة دعوى التنفيذ يعد من النظام العام، ومن ذلك لا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على استبعاده، بينما نجد أن الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في حالة دعوى الفسخ يجوز للمتعاقدين استبعاده، فهو لا يعد من النظام العام، بحيث يجوز بذلك للمتعاقدين الإتفاق على عدم جواز منح القاضي أجلاً للمدين لتنفيذ التزامه انطلاقاً من جواز استبعاد للجوء إلى القاضي لفسخ العقد⁽⁵⁵²⁾.

(547)- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص74.

(548)- المرجع نفسه، ص74.

(549)- عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص139.

(550)- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص383.

(551)- المرجع نفسه، ص383.

(552)- عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص140.

غير أننا بعد تحديد أهم الجوانب التي يختلف ويتميز فيها الأجل القاضي الوارد في المادة 119 والذي يخص دعوى الفسخ عن الأجل القاضي الوارد طبقاً للمادة 281 والخاص بدعوى التنفيذ، سواء من حيث الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في منحه للأجلين، وكذلك من حيث مدى سلطة القاضي في منح الأجلين، و من حيث مدى اعتبار الأجلين من النظام العام، يمكن القول بأنه لا يوجد اختلاف جوهري بين الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى الفسخ والأجل الذي يمنحه في دعوى التنفيذ، وأن أوجه الاختلاف والفروق الموجودة بينهما تعد فروق بسيطة، خاصة وأن كلا من الأجلين يعبران عن تمتع القاضي بسلطة معترف بها في مجال منح الأجل القضائي للمتعاقد المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، وهذه السلطة تعتبر تدخلاً صريحاً في العقد من قبل القاضي في إطار سلطة أخرى يتمتع بها القاضي وهي سلطة تعديل العقد.

إلا أن منح المشرع للقاضي إمكانية إعطاء المدين مهلة أو أجل إضافي حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، وذلك كاستثناء من الأصل المتمثل في وجوب تنفيذ المدين التزامه عند حلول أجل الوفاء، يبقى ذلك مرهون بتوافر مجموعة من الشروط.

ج- شروط منح القاضي المدين أجلاً لتنفيذ التزامه

لمنح القاضي المدين أجلاً للتنفيذ يشترط أن لا يوجد مانع قانوني يمنعه من ذلك (1)، و أن تستدعي حالة المدين منحه أجلاً قضائياً (2)، كما يشترط في الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أن يكون معقولاً (3)، وأن لا يترتب عليه ضرر جسيم يلحق بالدائن (4).

1- عدم وجود مانع قانوني يمنع على القاضي منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه

إن منح المدين أجل لتنفيذ التزامه هي سلطة استثنائية يمارسها لقاضي، ولقد خولها له المشرع عوض الحكم بفسخ العقد، غير أنه يمكن كذلك للمشرع تعطيل ممارسة القاضي لهذه السلطة بالنص على عدم جواز منح المدين أجل قضائي⁽⁵⁵³⁾.

(553)- د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص37.

من ذلك نجد المادة 464 من التقنين التجاري المنظمة لأحكام السفتجة⁽⁵⁵⁴⁾، حيث نصت في فقرتها الثانية (ولا يجوز منح أجال قانونية كانت ولا شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون)⁽⁵⁵⁵⁾، وعليه لا يجوز للقاضي منح المدين بسفتجة أجل قضائي للوفاء بقيمتها⁽⁵⁵⁶⁾.

2- أن تستدعي حالة المدين منحه أجلاً للتنفيذ

يجب أن تكون حالة المدين تستدعي منحه أجل قضائي، ويتحقق ذلك إذا كان المدين في حالة عسرة مؤقتة ينتظر زوالها، ويرتبط هذا الشرط بأن يكون المدين حسن النية في تأخره عن الوفاء بالتزامه، وكون له المال الكاف للوفاء لكن ليس موجود تحت يده عند حلول أجل الوفاء، لذلك تظهر حاجة المدين إلى منحه أجل إضافي قصد التصرف في أمواله وقبض ما له لدى الغير⁽⁵⁵⁷⁾، كما قد يكون عدم وفاء المدين بالتزامه ناتج وراجع إلى ظروف أمنية استثنائية معينة⁽⁵⁵⁸⁾. و يمكن استخلاص هذا الشرط من عبارة الفقرة الثانية من المادة 119 والتي نصت (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...)⁽⁵⁵⁹⁾.

(554) تعد السفتجة ورقة تجارية تتضمن أمر صادر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود في أجل معين لفائدة شخص ثالث يسمى المستفيد. انظر لتفصيل أكثر حول مفهوم السفتجة وخصائصها والوظائف التي تحققها: عثمانى كريمة، القبول في السفتجة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص ص 11-18.

(555) نجد أن المادة 426 من التقنين التجاري في فقرتها الأولى تقضي بجواز رجوع حامل السفتجة على بقية الملتزمين سواء عند حلول ميعاد الإستحقاق دون أن يحصل الوفاء، وكذلك يجوز الرجوع حتى قبل حلول ميعاد الإستحقاق إذا امتنع المسحوب عليه على تقديم القبول سواء امتناع كلي أو جزئي، وكذلك في حالة إفلاس المسحوب عليه، أو إفلاس الساحب إذا تضمنت السفتجة شرط عدم تقديمها للقبول. غير أن للمحكمة أن تمنح لهؤلاء الضامنين والملتزمين أجل إضافي للوفاء بقيمة السفتجة واجتناب إقامة الدعوى الصرفية، وهذا عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة أعلاه.

أما فيما يخص المادة 438 من التقنين التجاري، فهي تخص وتعالج حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون تقديم الحامل السفتجة أو تحرير الإحتجاج في الميعاد المحدد، ففي هذه الحالة يجوز منح الحامل مدة إضافية لتقديم السفتجة أو تحرير الإحتجاج. و من خلال ذلك يتضح لنا أنه يجوز منح مهلة وأجل إضافي للقيام بالوفاء، كاستثناء على عدم جواز ذلك طبقاً لأحكام المادة 464 من القانون التجاري.

(556) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي المرجع السابق، ص 376.

(557) المرجع نفسه، ص 377.

(558) هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 212782 الصادر بتاريخ 2000/1/12، حيث جاء فيه (بأن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً). أنظر: مرق، لسنة 2000، العدد الأول، ص 114.

(559) ويستخلص كذلك من نص المادة 281 والخاصة بالأجل القضائي الممنوح في دعوى التنفيذ، والتي نصت (... غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية...).

أما في حالة كون المدين معسرا عسرا دائما فلا يجوز للقاضي منحه أجل قضائي نظرا لعدم وجود أية فائدة من منحه إياه⁽⁵⁶⁰⁾.

3- يجب أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا

يجب أن يقاس الأجل الذي يمنحه القاضي بقدر ما هو ضروري لتمكين المدين من تنفيذ التزامه⁽⁵⁶¹⁾، بحيث لا يجب أن يكون هذا الأجل القضائي الممنوح من للقاضي للمدين طويلا، ونجد أن المادة 119 لم تتضمن مثل هذا الشرط، بينما نجد أن المادة 281 والخاصة بدعوى التنفيذ قد قيدت القاضي بعدم منحه أجل تزيد مدته عن سنة واحدة.

4- أن لا يكون في منح المدين أجلا قضائيا ضررا جسيما قد يلحق بالدائن

بمعنى أن القاضي في منحه للمدين أجلا لتنفيذ التزامه يجب كذلك مراعاة مصلحة الدائن، فلا ينبغي له مراعاة مصلحة المدين فقط، فإذا رأى القاضي أن منح مثل هذا الأجل للمدين من شأنه أن يلحق ضررا جسيما وفادحا بالدائن وجب عليه عدم منح هذا الأجل. أي يجب على القاضي مراعاة التوازن بين المصلحة التي ستتحقق من منح الأجل القضائي للمدين والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك، فإذا كان هذا الأخير بالغا وجسيما فعملا بقاعدة (دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف) امتنع القاضي عن منح الأجل للمدين⁽⁵⁶²⁾.

لكن هل يشترط حتى يمنح القاضي للمدين أجلا لتنفيذ التزامه أن يكون هذا الأخير قد

طالب به ؟

نجد أن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي يرى أنه لا يشترط على المدين أن يكون قد طلب من القاضي أجلا لتنفيذ التزامه بل يجوز للقاضي منحه الأجل حتى وإن لم يطلبه، حيث يقول " للقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة ولو لم يطلبها هذا منه "، على خلاف الرأي الآخر الذي يرى أنه يجب لمنح المدين أجلا قضائيا لتنفيذ التزامه أن يكون قد طلب ذلك من القاضي⁽⁵⁶³⁾.

(560) - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 377.

(561) - المرجع نفسه، ص 378.

(562) - رغم أن القانون المدني الجزائري لم ينص سواء في المادة 119 ولا في المادة 281 على شرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن عندما يمنح القاضي للمدين أجلا لتنفيذ التزامه، على خلاف المادة 346 من القانون المدني المصري التي نصت على ذلك في فقرتها الثانية بنصها (...إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم).

(563) - للتفصيل أكثر راجع: أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 448.

غير أننا نرى انطلاقاً من الغاية و الهدف من إعطاء القاضي سلطة منح الأجل القضائي والمتمثل في الحد من صرامة الفسخ وآثاره، والعمل على المحافظة على العقود واستقرار المعاملات، يجعلنا نقول أنه لا يعد طلب المدين من القاضي منحه مهلة أو أجل لتنفيذ التزامه شرط للحصول على هذه المهلة أو على هذا الأجل، والقول بذلك هو تضيق وتقييد على سلطة القاضي في منح الأجل القضائي دون مبرر مقبول، ومن شأن ذلك أن يؤثر سلباً على الغاية التي يهدف المشرع إلى تحقيقها من خلال تكريس مثل هذه الآلية.

د - الحالات التي لا يجوز فيها منح المدين أجلاً قضائياً

إذا قلنا أن القاضي يمنح للمدين أجل لتنفيذ التزامه في حالات كونه حسن النية، وأن تأخره في التنفيذ كان له سبب مقبول، أو أن الدائن هو المتسبب في هذا التأخير أصلاً، فإنه في حالات أخرى يمنع على القاضي منحه أجلاً للتنفيذ، كما في حالة التزام المدين بالقيام بعمل في وقت معين، ثم لم يقم به في ذلك الوقت المتفق عليه، مما يجعل تنفيذه فيما بعد لا فائدة له، ومن ذلك لا توجد أية فائدة من منحه أجل قضائي لتنفيذ التزامه⁽⁵⁶⁴⁾.

كذلك لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجل إضافي لتنفيذ التزامه إذا كان سيئ النية، حيث يعد مبدأ حسن النية مبدأ عام يخضع له المتعاقدين في تنفيذ العقد⁽⁵⁶⁵⁾، وهو ما قضت به المادة 107 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية، حيث نصت (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية)، فإذا كان المدين سيئ النية، فهو بذلك قد أخل بمبدأ حسن النية، فيجب مجازاته بجزاء مشدد، من خلال عدم منحه أجل لتنفيذ التزامه⁽⁵⁶⁶⁾.

لكن لنفترض أن المدين بعد منحه من قبل القاضي أجلاً لتنفيذ التزامه نظراً لتوافر جميع الشروط، لم يقم بالتنفيذ خلال ذلك الأجل فما مصير العقد في مثل هذه الحالة وهل يجوز للقاضي إعادة منح المدين أجلاً آخر للتنفيذ؟

(564)- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص78. وكذلك: عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في

القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص141.

(565)- راجع: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، صص116-123.

(566)- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص83.

إذا انقضت المدة الممنوحة للمدين دون أن ينفذ التزامه فسخ العقد، ويصبح الدائن بذلك متحلاً من الإلتزامات التي كانت على عاتقه نحو المدين، دون الحاجة إلى صدور حكم آخر يقضي بالفسخ، كما نجد أن للقاضي وهو يمنح للمدين أجل لتنفيذ التزامه له أن يحكم عليه بالفسخ فيما لو انقضت هذه المهلة دون أن يقوم بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بانقضاء ذلك الأجل الممنوح للمدين إذا لم ينفذ هذا الأخير التزامه خلال الأجل الممنوح له⁽⁵⁶⁷⁾.

لذا قد يكون حكم القاضي واحد يشمل على أمرين وهما منح المدين أجلاً للتنفيذ وكذا الحكم بالفسخ إذا لم يحصل التنفيذ في الأجل الممنوح لذلك، وفي هذه الحالة يكون فسخ العقد قائم على شرط واقف وهو انقضاء الأجل دون تنفيذ المدين لالتزامه، وقد يمنح القاضي المدين أجل دون أن يتضمن الحكم بفسخ العقد عند عدم التنفيذ، مع أنه في كلتا الحالتين يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم جديد أو إتباع الدائن إجراءات أخرى لإيقاع الفسخ⁽⁵⁶⁸⁾.

أما فيما يخص مدى جواز أن يمنح القاضي للمدين أجلاً آخر بقصد تنفيذ التزامه، فنجد أن الجواب يكون بالنفي، حيث أن سلطة القاضي في منح الأجل هي في الواقع استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن المتعاقد الدائن له الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد المدين التزامه التعاقدية، ولا ينبغي المبالغة في تطبيق الإستثناء، وما يترتب على ذلك من عدم نجاعة القاعدة العامة والتي تقضي بالفسخ عملاً بأحكام الفقرة الأولى من المادة 119 من التقنين المدني⁽⁵⁶⁹⁾.

كذلك إذا رجعنا إلى شروط منح الأجل القضائي للمدين نجد من بينها ضرورة أن لا يكون من شأنه أن يلحق ضرراً جسيماً بالدائن، والقول بمنح أجل جديد وآخر للمدين بعد انقضاء الأجل الممنوح له من قبل القاضي من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسيماً بالدائن، كما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه خلال الأجل القضائي الممنوح له يعد قرينة ولو بسيطة على سوء نيته، لذلك لا يجوز منحه أجلاً جديداً.

(567) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقعة، المرجع السابق، ص 36-37.

(568) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص 76.

(569) - عبد الكريم بليور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 141.

نخلص للقول بأن منح المدين أجل لتنفيذ التزامه ما هي إلا وسيلة وآلية من وضع المشرع رغبة منه في تقليل وتقادي والحد من فسخ العقد، خاصة إذا نظرنا إلى الأثر الذي يترتب عن الفسخ سواء بالنسبة للمتعاقدين، وكذلك بالنسبة إلى ضرورة استقرار المعاملات في المجتمع، ومنح المدين أجلا للتنفيذ هي سلطة استثنائية يمارسها القاضي، والتي من خلالها يتدخل في العقد ويعدل أحد عناصر العقد وهو أجل التنفيذ أو الوفاء، غير أن هذا التعديل في العقد من خلال منح أجل قضائي للمدين يستلزم لذلك توافر مجموعة من الشروط سواء ما تعلق منها بالمدين بأن يكون حسن النية، وأن تستدعي حالته الاقتصادية أو مركزه المالي منحه أجل إضافي، أو ما تعلق منها بالأجل الممنوح بأن يكون معقولا وأن لا يلحق ضررا جسيما بالدائن. وكنتيجة لذلك فإن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي للمدين نراها سلطة مقيدة بشروط وضوابط قد تجعلها لا تحقق الغاية التي وجدت من أجلها.

ثانيا

رفض القاضي طلب الفسخ

إلى جانب منح المشرع للقاضي سلطة إعطاء المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، نجد أنه قد منحه كذلك سلطة أخرى تهدف إلى الحد والتقليل من صرامة وخطورة جزاء الفسخ، وهذه الأخيرة تتمثل في إمكانية القاضي عملاً بسلطته التقديرية رفض طلب الفسخ الذي يقدمه الدائن قصد التحلل من التزاماته العقدية، وسلطة القاضي في رفض طلب الفسخ قد تمتد إلى كافة أجزاء العقد، فيكون بذلك رفض كلي لطلب الفسخ (أ)، كما قد يشمل فقط بعض أجزائه فنكون في حالة رفض جزئي لطلب الفسخ (ب).

أ - رفض القاضي طلب الفسخ كلياً

للقاضي سلطة تقديرية إزاء طلب الدائن في فسخ العقد، حيث له أن يستجيب لطلب الدائن ويحكم بالفسخ، كما له أن يمنح المدين أجل لتنفيذ التزامه. مع أن سلطة القاضي لا تقتصر على هذا الحد فقط، وإنما تمتد سلطته كذلك إلى درجة رفض طلب الفسخ بصورة كلية، وهذا ما نصت عليه المادة 119 في فقرتها الثانية (... كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات). والتساؤل الذي يطرح متى يمكن للقاضي رفض طلب الفسخ؟

من المعلوم أن من شروط طلب الفسخ ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه التعاقدية، غير أن هذا الإخلال قد يكون كلياً، أي أن المدين لم ينفذ جميع التزاماته التي رتبها العقد على عاتقه، والقاضي في هذه الحالة غالباً ما يستجيب لطلب الدائن ويحكم بفسخ العقد⁽⁵⁷⁰⁾، كما أنه قد يحدث أن يخل المدين بالتزامه العقدي إخلالاً جزئياً، وذلك في حالة قيامه بتنفيذ بعض التزاماته وامتناعه عن تنفيذ بقية التزاماته الأخرى، ففي مثل هذه الحالة يمكن للقاضي رفض طلب الفسخ.

(570) - عبد الكريم بلعبيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص143. وأيضاً:

Huet Jérôme, Traite de droit civil, les principaux contrats spéciaux, L G D J, Paris, 1996, p213.

لذلك نجد أن سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ يمارسها في حالة الإخلال الجزئي أو عدم التنفيذ الجزئي للعقد، من خلال كون المدين قد نفذ جزء من التزامه وبقي جزء لم ينفذه، بشرط أن يكون هذا الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قليل الأهمية مقارنة بالجزء الذي نفذه⁽⁵⁷¹⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 119 (... إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات)، لأنه قد يكون الجزء الذي لم ينفذه المدين من التزاماته قليل الأهمية ويسيرا وهذا ما يجعل القاضي يرفض طلب الفسخ، أما في حالة العكس، أي كون الجزء الذي لم ينفذه المدين جوهريا وجسيما ففي هذه الحالة للقاضي أن يستجيب لطلب الفسخ، وهو ما يجعلنا نقول أن رفض القاضي طلب الفسخ يكون في حالة كون الجزء المتبقي أي عدم التنفيذ قليل الأهمية وليس جسيما.

بناءً على ذلك يظهر لنا أن للقاضي دورا هاما في تقدير جسامه عدم التنفيذ الحاصل من قبل المدين حتى يقضي بالفسخ⁽⁵⁷²⁾، والقاضي في سبيل الوصول إلى معرفة درجة جسامه عدم التنفيذ إنما يستعين ويعتمد في ذلك بمعياري أحدهما موضوعي(1)، والآخر ذاتي(2).

1- اعتماد القاضي المعيار الموضوعي في تقدير جسامه عدم التنفيذ

إن القاضي في تقدير جسامه عدم التنفيذ قصد الحكم بفسخ العقد أو رفض طلب الفسخ، يأخذ بعين الاعتبار ما يترتب عن عدم التنفيذ من الإختلال في التوازن بالنسبة إلى الإلتزامات المقابلة في مجموعها، ولو لم يكن الدائن بالإلتزام الذي لم ينفذ يتوقع ذلك عند إبرامه العقد مع المتعاقد الآخر⁽⁵⁷³⁾. حيث طبقا للمعيار الموضوعي فإن القاضي عند البحث عن مدى أهمية الجزء الذي لم ينفذ بالنسبة للدائن بالالتزام قصد الحكم بالفسخ أو رفضه، ما عليه إلا أن يقارن بين مقدار ما لم ينفذ من الإلتزامات بالنسبة إلى كامل الإلتزامات التي رتبها العقد.

(571) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص37.

(572) - أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص449.

(573) - د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص38.

فإذا تبين للقاضي أن الإلتزامات التي لم تنفذ تفوق ما نفذه المدين، فما عليه إلا أن يستجيب إلى طلب الفسخ⁽⁵⁷⁴⁾، أما إذا وجد أن الإلتزامات التي لم تنفذ قليلة الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات الأخرى كان له أن يرفض طلب الفسخ، وذلك طبقاً لأحكام المادة 119 من التقنين المدني، حيث نصت الفقرة الثانية منها (... كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات)⁽⁵⁷⁵⁾.

ب- اعتماد القاضي المعيار الذاتي في تقدير جسامه عدم التنفيذ

يقصد بالمعيار الذاتي أن القاضي في تقديره لجسامه عدم التنفيذ، يأخذ بعين الإعتبار بنية المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ، حيث إذا تبين للقاضي أن عدم التنفيذ وإن كان جزئي يحرم الدائن من أداء يعتبر في نظره أهم عنصر في العقد كان ذلك كافياً ليحكم القاضي بفسخ العقد، أما إذا لم تتوفر وتتحقق هذه الأهمية لدى الدائن، فللقاضي في مثل هذه الحالة أن يرفض فسخ العقد⁽⁵⁷⁶⁾، بمعنى آخر إذا تبين للقاضي أن الجزء الذي لم ينفذه المدين من التزاماته له أهمية كبيرة بالنسبة إلى الدائن، حيث أن هذا الجزء هو الذي دفع بالدائن إلى التعاقد، وما كان ليبرم العقد لو لا ذلك الجزء المتبقي وغير المنفذ، كان ذلك سبباً وجيهاً لفسخ العقد، أما في حالة العكس بأن يكون هذا الجزء المتبقي والذي لم ينفذه المدين قليل الأهمية في قصد نية وإرادة الدائن كان للقاضي رفض طلب الفسخ.

مع الإشارة إلى أن القاضي حسب المعيار الذاتي في تقدير جسامه عدم التنفيذ، يعول على إرادة المتعاقد الدائن بالالتزام لا على إرادة المدين ولا على إرادته هو، والمقصود من إرادة الدائن، هي إرادة كل دائن على حدة، وليس إرادة الدائن العادي، حيث ما يمكن اعتباره مفيداً ومهماً بالنسبة لأحد الدائنين قد لا يكون كذلك بالنسبة لدائن آخر⁽⁵⁷⁷⁾. وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجده قد كرس المعيار الذاتي في نص المادة 365 والتي نصت (... غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع).

(574)- عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص146.

(575)- فيما يخص تطبيقات المعيار الموضوعي في عقد الإيجار أنظر المواد 477 و481 و482 من القانون المدني الجزائري.

(576)- د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد على ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص38.

(577)- عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص144.

كذلك نجد تكريساً للمعيار الذاتي في المادة 370 من التقنين المدني والتي نصت (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن)، ففي كلتا المادتين نجد أن فسخ عقد البيع يتوقف على نية وإرادة ونظرة المشتري إلى الجزء الذي نقص من قيمة المبيع. ومن جهة أخرى نقول بأن اعتماد القاضي على المعيار الذاتي في نظرنا لا يسهل له مهمة تقدير جسامة عدم التنفيذ⁽⁵⁷⁸⁾، نظراً لصعوبة التحقق في بعض الحالات من نية وإرادة الدائن، فهي تعد من الأمور الداخلية والنفسية التي يصعب على القاضي التوصل إليها.

أما فيما يخص تحديد ما هو المعيار العام في تقدير جسامة عدم التنفيذ، خلافاً للرأي القائل بأن المعيار الذاتي هو الأصل والمعيار العام⁽⁵⁷⁹⁾، فإن المعيار الموضوعي يعد هو الأصل العام في تقدير جسامة وأهمية عدم التنفيذ أو الإخلال الجزئي، لأننا إذا رجعنا إلى نص المادة 119 نجده نص عام ينظم سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ، والمعيار المكرس فيها هو المعيار الموضوعي، أما النصوص القانونية الأخرى سواء في عقد البيع أو في عقد الإيجار ما هي إلا نصوص خاصة تطبيقية، مع أنه في عقد الإيجار كذلك تم تكريس كذلك المعيار الموضوعي، على خلاف أحكام المادتين 365 و370 من خلال تكريس المعيار الذاتي، لذلك نصل للقول بأن الأصل هو المعيار الموضوعي الذي يشمل جميع العقود، بخلاف عقد البيع أين نجد تكريساً للمعيار الذاتي، فهو بذلك يعد استثناء من الأصل.

لكن إذا رجعنا إلى نص المادة 119 في فقرتها الثانية نجدها لا تلزم القاضي برفض طلب الفسخ في حالة كون الجزء الذي لم ينفذه المدين من التزاماته قليل الأهمية، سواء توصل إلى ذلك بالإعتماد على المعيار الموضوعي أو الذاتي، بمعنى آخر حتى ولو تبين للقاضي أن ما لم ينفذه المدين من التزاماته يسير وقليل الأهمية، فله رغم ذلك أن يحكم بفسخ العقد، وهذا ما يعد في نظرنا خرقاً للغاية التي منحت من أجلها للقاضي سلطة رفض طلب الفسخ وكذلك سلطة منح المدين أجلاً للتنفيذ، وهي المحافظة و الإبقاء على العقد، و اجتناب وتقادي فسخ العقود.

(578) - حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص80.
(579) - أماروز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، ص449.

فكان أجدر على المشرع الجزائري إلزام القاضي برفض طلب الفسخ، إذا ما وجد أن عدم التنفيذ قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات الأخرى. ولعل هذا الإشكال يطرح من خلال عبارة " كما يجوز" الواردة في الفقرة الثانية من المادة 119، والتي تفيد إمكانية رفض طلب الفسخ حتى في حالة عدم التنفيذ الجزئي القليل الأهمية.

مع أننا كم كنا نأمل لو سلك المشرع الجزائري مسلك اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع، حيث أجازت هذه الأخيرة لطرفي عقد البيع الدولي الحق في فسخه، إذا أحل أحد طرفي العقد بالتزاماته⁽⁵⁸⁰⁾.

(580) - تتمثل التزامات البائع في عقد البيع الدولي للبضائع فيما يلي:

1- التزام البائع بالتسليم حيث يعد أهم التزامات البائع، وقد نصت عليه اتفاقية فيينا من المواد 30 إلى 34. والتزام البائع بالتسليم يشمل تسليم البضائع، طبقا لأحكام المواد 31 و32 و33 من الاتفاقية، وذلك من خلال تحديد مكان وزمان التسليم. وللتفصيل فيما يخص كيفية التسليم وزمان ومكان حصول تسليم البضائع راجع: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، د ذ ن، الطبعة الثانية، د ذ ب ن، 2001، ص ص 57-59. و د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، د ذ ط، مصر، 2007، ص ص 160-170. كما يتضمن كذلك التزام البائع بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع المباعة، ويعد التزام أساسي خاصة في البيوع الدولية التي تستدعي نقل البضاعة من دولة إلى أخرى. أما فيما يخص مكان وزمان تسليم المستندات فعملا بالمادة 34 من الاتفاقية هو المكان والزمان المتفق عليه من قبل البائع والمشتري. فيما يخص التزام البائع بتسليم المستندات راجع: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص ص 63-65. وأيضا:

Yessad Houria, Le contrat de vente Internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2008, p 268-269.

2- التزام البائع بضمان المطابقة سواء المطابقة المادية والتي تتمثل في التزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة لما ورد بالعقد سواء من حيث الكم والنوع والوصف والتعبئة، وكذا كل ما اتفق عليه الأطراف من شروط وأوضاع أخرى منصوص عليها في العقد. للتفصيل في ضمان البائع المطابقة المادية أنظر: حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص 350-358. وأنظر أيضا:

Yessad Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, op, cit. p 292-305.

كذلك يلتزم البائع بضمان المطابقة القانونية من خلال تسليم البائع للمشتري بضائع خالصة من أي إيداع أو حق للغير، حتى إذا كان إيداع حالة الحق الغير المبني مبني على أساس الملكية الصناعية أو أية ملكية أخرى. فيما يخص المطابقة القانونية راجع: د/ عصام أنور السليم، خصائص البيع الدولي، منشأة المعارف، د ذ ط، مصر، 2004، ص ص 43-47. وكذلك: جديد رباد، التزامات البائع في عقد لبيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص ص 59-64.

أما التزامات المشتري فتتمثل:

1- الإلتزام بدفع الثمن يعد الثمن عنصرا جوهريا في عقد البيع، والإلتزام بدفعة هو التزام أساسي يتحمل به المشتري. أنظر للتفصيل: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص ص 74-78. كذلك: د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص ص 227-236.

2- الإلتزام باستلام البضائع وذلك من خلال قيام المشتري بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة حتى يتمكن =

إلا أن حصول الفسخ حسب اتفاقية فيينا يتوقف على ضرورة أن يكون الإخلال الحاصل من أحد طرفي العقد يشكل مخالفة جوهرية، وهذه الأخيرة قد تكون أصلية، كما قد تكون مكتسبة. ويقصد بالمخالفة الجوهرية الأصلية الحالة التي ينتج عنها ضرر يلحق الطرف الآخر يجرمه بشكل أساسي مما كان من حقه أن يتوقع الحصول عليه من إبرام العقد، إلا إذا كان الطرف المخالف لم يتوقع مثل هذه النتيجة، وما كان ليتوقعها أي شخص سوي الإدراك إذا وجد في نفس الظروف⁽⁵⁸¹⁾.

ومن ذلك يمكن القول بأنه لتوافر المخالفة الجوهرية الأصلية يجب أن يكون هناك إخلال بالعقد⁽⁵⁸²⁾، وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر جوهري يلحق بالطرف الآخر⁽⁵⁸³⁾، وأن لا يكون الطرف المخالف قد توقع مثل هذا الضرر⁽⁵⁸⁴⁾.

= البائع من تسليم البضائع. راجع: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص 79-80. وكذلك أنظر:

EL meskini Youssef, La vente internationale de marchandises, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures avancées, Faculté de droit, Université Cadi Ayyad de Marrakech, 2008, p70.

أنظر كذلك: ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 362.

(581)- راجع في تعريف المخالفة الجوهرية: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص 33. و د/ أحمد هاني محمد السيد أبو العيين، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامع المنوفية، مصر، 2005، ص 215-217. وكذلك فيما يخص تعريف المخالفة الجوهرية أنظر المادة 25 من اتفاقية فيينا لعام 1890.

(582)- الإخلال بالالتزام عموماً قد يكون بعدم تنفيذ الالتزام برمته، كعدم قيام البائع بتسليم البضاعة محل البيع، وقد يكون بعدم تنفيذ جزء من الالتزام، كقيام البائع بتسليم جزء من البضاعة، كما يتحقق الإخلال أيضا بتنفيذ الالتزام تنفيذاً معيباً كقيام البائع بتسليم بضاعة غير صالحة أو غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد، وأخيراً قد يتجلى الإخلال في صورة التفتيش المتأخر للالتزام، مما يؤدي إلى ضياع كل منفعة يقصدها المتعاقد من العقد. أنظر: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص 34-43.

(583)- لم تكثف اتفاقية فيينا لعام 1980 باشتراط تحقق الضرر لإقرار مسؤولية المتعاقد عن عدم التنفيذ والسماح للمتعاقد الآخر بفسخ العقد، بل أنها اشترطت أن يبلغ الضرر درجة كبيرة من الجسامه. وتعتبر الاتفاقية عن ذلك من خلال النص على اعتبار المخالفة جوهرية متى تسببت بإلحاق ضرر بالطرف الآخر يترتب عليه حرمانه بصفة أساسية بما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه من منفعة من العقد، ومعيار التوقع هنا هو معيار موضوعي لا شخصي فلا يعتد بما يتوقعه المتعاقد وفقاً لرؤيته الخاصة، بل إلى ما يفترض به أن يتوقعه وفقاً لظروف العقد. أنظر: د/ جودت هندي، (التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، دمشق، 2012، العدد الثاني، ص 3.

(584)- العنصر الثالث للمخالفة الجوهرية للعقد هو أن يكون الضرر متوقعاً من قبل الطرف المخل بالتزامه، واشتراط توقع الضرر أمر يحقق العدالة، فليس من المعقول أن يتحمل المتعاقد نتيجة لا يمكن له توقع حدوثها. د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص 40.

أما المخالفة الجوهرية المكتسبة فتتحقق عند انقضاء المدة والمهلة الممنوحة للطرف المخل بالتزامه دون قيام هذا الأخير بالتنفيذ، فتتحول هذه المخالفة إلى مخالفة جوهرية، حتى ولو لم تكن جوهرية في بدايتها⁽⁵⁸⁵⁾.

لذلك نتوصل للقول أن اتفاقية فيينا اشترطت لفسخ العقد وجوب وقوع مخالفة جوهرية سواء كانت أصلية أم مكتسبة من أحد طرفي العقد، أما إذا لم يكن الإخلال يشكل مخالفة جوهرية، فإن اتفاقية فيينا لم تجز فسخ العقد، وإنما اكتفت بمنح تعويض للطرف المضرور. ونحن نرى أن مثل هذا الحكم يصلح كذلك فيما يخص فسخ العقد طبقاً للمادة 119 من التقنين المدني الجزائري، فإذا كان إخلال المدين بالتزاماته إخلالاً جوهرياً وجسيماً، كان على القاضي فسخ العقد، أما في حالة كون الإخلال بالعقد يسيراً وقليل الأهمية، وجب على القاضي رفض طلب الفسخ. هذا فيما يخص سلطة القاضي في رفض طلب الفسخ رفضاً كاملاً، إلا أن سلطته في رفض الفسخ قد تنحصر فقط في جزء من العقد، فنكون أمام حالة رفض جزئي الفسخ.

ب - رفض القاضي طلب الفسخ رفضاً جزئياً

قد يستجيب القاضي لطلب الدائن الذي يريد الفسخ إذا رأى ضرورة لذلك، كما قد يرفض القاضي طلبه رفضاً كلياً في حالة كون ما أخل به المدين قليل الأهمية، كما يمكن للقاضي أن يأخذ موقف معتدلاً وذلك من خلال رفض طلب الفسخ جزئياً فقط، وما يترتب على ذلك من فسخ العقد فسخاً جزئياً، بمعنى أن القاضي يمكن له أن يستعمل سلطته التقديرية استعمالاً معتدلاً، من حيث عدم فسحه للعقد في جميع أجزائه، وكذلك من حيث عدم رفضه لطلب الفسخ بصفة كلية، فيفسخ العقد في جزء منه و يرفض الفسخ في الجزء الآخر من العقد⁽⁵⁸⁶⁾.

(585) - للتفصيل فيما يخص المخالفة الجوهرية المكتسبة راجع: د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، المرجع السابق، ص 85-91.

(586) - أماروز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 451.

إن رفض طلب فسخ العقد جزئياً يتفق مع المنطق القانوني، كون من يملك الكل يملك الجزء، وإذا كان للقاضي سلطة رفض الفسخ كلياً، فأولى أن يكون له سلطة رفض الفسخ جزئياً، على أن هذا الأخير يعد استثناءً من الأصل، وهو إما الفسخ الكلي للعقد وإما الرفض الكلي لطلب الفسخ⁽⁵⁸⁷⁾.

غير أن التساؤل الذي يطرح يتمثل في متى يمكن للقاضي رفض طلب الفسخ جزئياً و بذلك حصول فسخ جزئي للعقد؟

قلنا أن القاضي قد يتخذ موقفاً وسطاً بين فسخ العقد كلياً وبين رفضه كذلك بصفة كلية، وذلك من خلال فسخ فقط جزء منه و الإبقاء على بقية الأجزاء الأخرى، واتخاذ القاضي هذا الموقف يكون في حالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد، أي أن يقوم المدين بتنفيذ بعض التزاماته التعاقدية ويحجم عن تنفيذ بقية الإلتزامات الأخرى، مع أن هذا النوع من الفسخ لا يمكن تصوره في جميع أنواع العقود، وإنما الفسخ الجزئي يقع فقط في تلك العقود التي تتضمن أداءات متتابعة، كما في حالة عقد التوريد، من خلال ترتيب التزامات متقابلة تكون في معظم الحالات مجموعة من الأداءات مستقلاً بعضها عن البعض، من حيث كيانها الاقتصادي وتحقق كل مجموعة منها مصلحة للمتعاقدين، حتى وإن لم تنفذ جميع الأجزاء الأخرى⁽⁵⁸⁸⁾.

لذلك فإن الفسخ الجزئي للعقد إنما يرد على تلك العقود التي يمكن وتقبل الإنقسام إلى عدة مجموعات من الأداءات، حيث يكون للقاضي أن يحكم بالفسخ على إحداها دون أن يمس الفسخ بقية الأداءات الأخرى. إلا أن الفسخ الجزئي مرهون برغبة وإرادة الدائن، حيث لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ الجزئي للعقد، في حالة تمسك الدائن بالفسخ الكلي، من خلال تمسك هذا الأخير بأهمية الجزء الذي لم ينفذ⁽⁵⁸⁹⁾.

(597) - حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، المرجع السابق، ص84.

(598) - عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص145.

(599) - أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص452.

كخلاصة لما درسناه في الفصل الثاني، نقول أن الرغبة في المحافظة على الوجود القانوني للعقد وضمن إنتاج آثاره إنما تتكرس بوضع آليات حماية، سواء ما تعلق منها بحماية العقد من الإبطال أو ما تعلق منها بحماية العقد من الفسخ.

فيما يخص آليات الحماية العقد من الإبطال نجد آلية الإجازة، وهذه الأخيرة باعتبارها كآلية حماية خاصة بالعقد القابل للإبطال، يترتب عنها تأييد صحة العقد بصفة نهائية واستمرار العقد في إنتاج آثاره، وذلك من خلال زوال خطر إبطاله. كما نجد كلاً من الإنقاص والتحول العقد كآليات حماية يشترك فيها كل من العقد الباطل والقابل للإبطال، ويشترط سواء في إنقاص العقد أو تحوله، أن تنجبه إرادة المتعاقدين إلى إزالة الشق الباطل أو القابل للإبطال في حالة الإنقاص، أو إلى إبرام العقد الجديد الآخر في حالة تحول العقد. وهو ما يعد تكريسا للمعيار الذاتي أو الشخصي في عملية الإنقاص والتحول.

نفس الأمر بالنسبة للفسخ، فانطلاقاً من خطورة تقرير جزاء الفسخ بالنسبة لمصير العقد، تم تكريس آليات تهدف إلى اجتناب وتقادي تقريره. ويمكن التمييز في ما يخص آليات حماية العقد من الفسخ، بين تلك الآليات المقررة من جانب المتعاقدين، وبين تلك الآليات المقررة من جانب القاضي.

ففيما يخص تلك الآليات المقررة من المتعاقدين نجد من جهة الدائن تمسكه بتنفيذ العقد عوض تمسكه بالفسخ، والأصل في تمسك الدائن بتنفيذ العقد هو التنفيذ العيني ما دام ممكناً، غير أنه إذا تعذر التمسك بالتنفيذ العيني، كان له أن يتمسك بالتنفيذ عن طريق التعويض أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل. كما للدائن كذلك أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا توافرت شروطه عملاً بأحكام المادة 123 من القانون المدني. وسواء تمسك الدائن بتنفيذ العقد أو تمسك بالدفع بعدم التنفيذ ففي كلتا الحالتين الهدف واحد وهو حمل المدين على تنفيذ التزامه واجتناب فسخ العقد.

ومن جهة المدين يمكن لهذا الأخير أن يلعب دور في حماية العقد من الفسخ، وذلك من خلال قيامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً، طالما لم يصدر حكم نهائي يقضي بفسخ العقد في حالة الفسخ القضائي من جهة، وبشروط عدم إعلان الدائن عن رغبته في التمسك بالفسخ الإتفاقي من

جهة أخرى. ولعل منح المدين إمكانية التنفيذ المتأخر لالتزامه هدفه هو محاولة اجتناب تقرير جزاء الفسخ والتقليل من حالات تقريره.

أما فيما يخص آليات الحماية المقررة من جانب القاضي، فهي تكمن في تلك السلطات التي يتمتع بها في مواجهة طلب الفسخ المقدم من قبل الدائن، حيث له أن يمنح المدين أجلاً قضائياً لتنفيذ التزامه عوض أن يحكم بفسخ العقد، متى توافرت شروط منح الأجل القضائي، وانتقت تلك الحالات التي لا يجوز فيها منح المدين أجلاً قضائياً. كما للقاضي كذلك أن يرفض طلب الفسخ، إذا توصل أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يسير وقليل الأهمية سواء اعتمد في ذلك على المعيار الموضوعي أو على المعيار الذاتي، مع أن رفض القاضي طلب الفسخ قد يكون رفضاً كلياً كما قد يكون رفضاً جزئياً. ويلاحظ على أن منح القاضي للمدين أجل إضافي للتنفيذ من جهة وكذلك رفضه طلب الفسخ من جهة أخرى، يحقق الغاية المرجوة وهي الإبقاء على العقد والمحافظة على وجوده القانوني.

خاتمة

كخاتمة لموضوع دراستنا الذي حمل عنوان حماية العقد من الإبطال والفسخ، والذي كما أشرنا إلى ذلك في تقديمنا للموضوع يطرح ثلاث مسائل جوهرية تستدعي الوقوف عليها بالدراسة والتحليل والنقد. سواء ما تعلق بحالات الإبطال والفسخ، وكذلك ما تعلق بأثر تقريرهما بالنسبة للعقد، أو ما تعلق بآليات الحماية.

ففيما يخص حالات الإبطال توصلنا إلى أن حالات قابلية العقد للإبطال في القانون المدني الجزائري تكمل في حالة تعاقد ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، وحالة تعاقد معيب الإرادة، وكذلك يكون العقد قابلاً للإبطال كلما وجد نص خاص يقضي بذلك، كما في حالة بيع ملك الغير.

ففيما يخص حالة العقد المبرم من ناقص الأهلية والدائر بين النفع والضرر، توصلنا إلى ناقص الأهلية في التقنين المدني الجزائري يتمثل في الصبي المميز وهو الذي بلغ سن التمييز المحدد بثلاثة عشر سنة ولم يبلغ سن الرشد المحدد بتسعة عشر سنة عملاً بأحكام المادتين 40 و42. كما يعد كذلك ناقصاً للأهلية كلاً من السفیه وذا الغفلة طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني، فإذا تصرف ناقص الأهلية وأبرم عقداً دائراً بين النفع والضرر أعتبر عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية طبقاً لنص المادة 101 والتي حددت مدة تقادم حق طلب الإبطال، وأشارت إلى حالة العقد المبرم من ناقص الأهلية، رغم أنها لم تشر وتفصل في نوع العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية.

لكن عندما بحثنا في أحكام قانون الأسرة الجزائري وجدنا أن العقد الذي يبرمه القاصر أو الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر هو عقد موقوف النفاذ على إجازة وليه أو وصيه طبقاً لنص المادة 83، وبذلك يكون قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بالرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يرى بأن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو على إجازة الصبي المميز بعد بلوغه لسن الرشد، مع أن المادة 83 لم تشر إلى حالة الإجازة الصادرة من الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد. أما فيما يخص السفیه وذا الغفلة، فنجد أن قانون الأسرة لم ينص على حالة ذا الغفلة أصلاً، رغم أن هذا الأخير يعد ناقصاً للأهلية طبقاً لأحكام القانون المدني. أما السفیه فقد جاء موقف قانون الأسرة حاملاً لكثير من الغموض والتناقض، حيث نجد أن المادة 85 من قانون الأسرة قد ألحقت السفیه بكل من المجنون والمعنوه،

واعتباره بذلك عديماً للأهلية، رغم أن المادة 42 من القانون المدني تعتبر السفية ناقصاً للأهلية، ونفس المادة أي 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات السفية وكذلك المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت في حالة السفه والجنون والعتة، رغم أن الصواب اعتبارها باطلة أي غير صحيحة كما سبق وأن وضحنا ذلك. بينما نجد المادة 101 من قانون الأسرة قد أقرت نظام الحجر على عديمي وناقصي الأهلية، ومن ذلك الحجر على السفية، واعتبرت من جهة أخرى المادة 107 من قانون الأسرة تصرفات المحجور عليهم بما في ذلك السفية باطلة إذا صدرت بعد الحجر، أما قبل الحجر فتعد تصرفات صحيحة غلا إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية.

في مقابل ذلك عند رجوعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي وجدنا أن جمهور الفقهاء يرون بالحجر على السفية، وأن الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي. وبالحجر على السفية يأخذ هذا الأخير حكم الصبي المميز، لذلك تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر صحيحة موقوفة على إجازة الولي. وكل ما قلناه فيما يخص الحجر على السفية، وأخذ هذا الأخير بعد الحجر عليه حكم الصبي المميز كذلك، ينطبق كذلك على ذا الغفلة فحكما واحداً.

كما أن العقد الذي يبرمه معيب الإرادة يعتبر كذلك عقد قابل للإبطال لمصلحته، وعيوب الإرادة بالرجوع إلى المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري، يمكن حصرها في عيب الغلط، وعيب التدليس، وعيب الإكراه، وعيب الاستغلال. وما لحضناه عند دراستنا لهذه العيوب، هو تكريس المعيار الذاتي أو الشخصي بخصوصها، حيث يشترط لإمكانية إبطال العقد في حالة عيوب الإرادة، وجوب أن تكون هذه الأخيرة هي الدافعة إلى التعاقد. فيشترط في عيب الغلط أن يكون جوهرياً طبقاً للمادة 81، ويشترط كذلك أن الرهبة المتولدة عن الإكراه هي التي دفعت بالمتعاقدين المكره إلى التعاقد عملاً بالمادة 88، وأن تكون الحيل التي لجأ إليها المتعاقد المدلس على قدر كبير من الجسامه، بحيث لولاها ما أبرم المتعاقد المدلس عليه العقد طبقاً للمادة 86، وإثبات أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً.

إذا كانت عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري تجعل العقد قابلاً للإبطال، فإن أثر عيوب الإرادة على العقد محل اختلاف كبير في ظل أحكام الفقه الإسلامي، حيث هناك من يرى بتأثير عيوب الإرادة على لزوم العقد، أي جعله عقد صحيح غير لازم، وبهذا الرأي أخذ القانون

المدني الأردني، ونجد من الفقهاء من يرى بأن العقد في حالة عيوب الإرادة صحيح لكن موقوف، وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي. ونحن رجحنا بدورنا الرأي القائل بوقف العقد في حالة عيوب الإرادة، نظراً لما يحققه وقف العقد من حماية أفضل للمتعاقد المعيبة إرادته بعيب من عيوب الإرادة.

كذلك يكون العقد قابلاً للإبطال كلما وجد نص خاص يقضي بذلك كما في حالة بيع ملك الغير، حيث يعد بيع شيء معين بالذات صادر من غير مالكة و دون أن يكون هناك سبب قانوني يخول له ذلك بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، وهو ما نصت عليه المادة 397 من القانون المدني الجزائري، وبذلك يكون القانون المدني الجزائري قد أخذ بالإتجاه الفقهي الذي يرى بقابلية بيع ملك الغير للإبطال. بينما نجد أن بيع ملك الغير أو ما يسمى ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي يعتبر وفقاً للرأي الراجح بيع موقوف على إجازة المالك الأصلي للشيء المبيع. وبهذا الرأي أخذ كل من القانون المدني العراقي والأردني. مع أن القول بوقف بيع الفضولي يحقق حماية أفضل للمالك الحقيقي من القول بقابلية بيع ملك الغير للإبطال.

أما حالات الفسخ في القانون المدني الجزائري فقد توصلنا إلى القول بحالتين، حالة الفسخ القضائي وحالة الفسخ الإتفاقي. فالفسخ القضائي للعقد يعد الأصل العام في فسخ العقود، ويقصد به أن فسخ الرابطة العقدية لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، أي ضرورة تدخل القاضي في تقرير الفسخ. لكن رغم أن الفسخ يعد حق للدائن نتيجة تقصير المدين وعدم تنفيذه لالتزامه إلا أنه لا يعد حق مطلق، وإنما هو حق مقيد بمجموعة من الشروط من جهة، وبمجموعة من الإجراءات من جهة أخرى. حيث يشترط في الفسخ القضائي إلى جانب كون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، وقدرة الدائن طالب الفسخ على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وكون هذا الأخير لم يظهر منه ما يدل على تقصيره كذلك في تنفيذ التزامه، يشترط ثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال قد انصب على التزام أصلي أو التزام تباعي، وسواء كان هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو في شكل تنفيذه لكن متأخراً، أو في شكل تنفيذ معيب من المدين لالتزامه، ففي جميع هذه الحالات يجوز للدائن طلب الفسخ. كما أن الدائن في تمسكه بفسخ العقد يجب عليه إتباع مجموعة من الإجراءات، سواء ما تعلق منها بإعذار المدين، حيث يعد هذا الأخير إجراء إلزامي وضروري لفسخ العقد، إلا في بعض الحالات التي

يعنى فيها الدائن من توجيه الإعدار طبقاً لنص المادة 181 من القانون المدني الجزائري. أو ما تعلق منها بإعلان الدائن عن رغبته في فسخ العقد. مع التنبيه إلى أن الفسخ في مثل هذه الحالة لا يكون إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بذلك، و حكم القاضي في هذه الحالة يكون منشأً ومقررًا للفسخ.

لكن قد يتفق المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد ثبوت واقعة الإخلال من أحد المتعاقدين بالتزامه، سواء كان في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق. وفي هذه الحالة نكون في صدد فسخ اتفاقي للعقد. غير أنه لا يعني أن كل اتفاق يعد فسخاً اتفاقياً للعقد، وإنما يجب أن يكون اتفاق المتعاقدين صريحاً وقاطعاً في دلالاته على استبعاد اللجوء إلى القضاء. مع أن وجود اتفاق صريح مسبق على فسخ العقد من جهة، وثبوت واقعة إخلال المدين بالتزامه من جهة أخرى، لا يجعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وإنما حتى في مثل هذه الحالة يجب على الدائن الذي يتمسك بالفسخ أن يقوم بتوجيه إعدار للمدين. والملاحظ على أن المادة 120 من القانون الجزائري لم تجيز اتفاق المتعاقدين على إعفاء الدائن من الإعدار على خلاف غالبية القوانين التي أجازت ذلك، خاصة وأن المنطق القانوني يقضي بأن من يملك الكل يملك الجزء، وجواز الإتفاق على فسخ العقد يقضي بالضرورة جواز الإتفاق على الإعفاء من الإعدار. كما يجب كذلك على الدائن لفسخ العقد في مثل هذه الحالة أن يعلن عن رغبته في فسخ العقد، حيث بهذا الإعلان يمكن القول بأن العقد قد فُسخ دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، ولكن إذا ثار نزاع حول مدى توافر شروط الفسخ الاتفاقي أو مدى احترام الدائن للإجراءات الواجب إتباعها، وتوصل القاضي بعد ذلك إلى الحكم بفسخ العقد، فإن حكمه هذا يكون كاشفاً لا منشأً للفسخ.

في نظرنا تقييد الفسخ سواء فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً بشروط وإجراءات معينة، فإن الحكمة من كل ذلك هي الرغبة في التقليل من حالات تقرير جزاء الفسخ، وبذلك الحفاظ والإبقاء على العقود وضمناً تنفيذها، انطلاقاً من كون الأصل في العقود التنفيذ لا الفسخ.

أما الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى بالإنفساخ ففي نظرنا لا يعد نوعاً ولا حالة من حالات الفسخ، ببساطة لأنه يخضع لأحكام مخالفة لتلك الأحكام التي تنظم وتحكم جزاء الفسخ بنوعيه القضائي والاتفاقي، خاصة فيما يخص مصدر الإخلال بالالتزام، حيث نجد في الفسخ بقوة القانون

إخلال المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، بينما يشترط في الفسخ بنوعيه القضائي والإتفاقي، أن يكون إخلال المدين بالتزامه راجع إلى تقصير منه.

هذا فيما يخص حالات الإبطال والفسخ، أما فيما يخص أثر تقريرهما، فقد توصلنا إلى أن الميزة التي يشترك فيها كل من الفسخ والإبطال، إنما تكمل في طبيعة الأثر المترتب عن تقريرهما، وهذا الأثر يتمثل في زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، وهذا ما نصت عليه كل من المادة 103 والمادة 122 من القانون المدني الجزائري. وزوال العقد في حالة تقرير الإبطال والفسخ يكون بأثر رجعي من جهة، وينصرف بالنسبة إلى المتعاقدين وكذلك بالنسبة إلى الغير من جهة أخرى.

إن القول بزوال العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه بأثر رجعي، يستلزم بالضرورة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وذلك من خلال استرداد كل طرف لما سلمه للطرف الآخر بموجب تنفيذ العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه. والأصل في الإسترداد في حالتي الإبطال والفسخ أن يكون عيناً، غير أنه قد يستحيل تحقق ذلك، كما في حالة هلاك محل العقد، أو أن طبيعة العقد تحيل دون إمكانية أعمال الأثر الرجعي للإبطال أو الفسخ، كما في حالة فسخ أو إبطال عقود المدة، ففي مثل هذه الحالة يكون الإسترداد عن طريق تعويض تحكم به المحكمة وهذا طبقاً للمادتين أعلاه.

كما أن الأصل في الإسترداد في حالة تقرير الإبطال والفسخ أن يكون استرداداً كاملاً، إلا أنه كاستثناء نجد أن ناقص الأهلية إعمالاً لقواعد الدفع غير المستحق يلتزم فقط برد ما عاد عليه من فائدة ومنفعة، كما نجد أن القانون المدني الجزائري قد تبنى بعد تعديل 2005 للقاعدة الرومانية والتي تقضي بعدم جواز استرداد المتعاقد الذي تسبب في عدم مشروعية العقد، لما سلمه للمتعاقد الآخر، وهو ما يعد تناقضاً صريحاً مع منطق البطلان الذي يقضي بوجوب الإسترداد من جهة، ويعد ذلك تشجيعاً للفساد من جهة أخرى كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

إن زوال العقد بتقرير العقد والفسخ يمتد كذلك إلى الغير، من خلال زوال حقوق هاذ الأخير التي اكتسبها بموجب العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه. غير أن هذا الغير قد يكون حسن النية، وذلك لكونه لا يعلم ما يهدد العقد من إبطال أو فسخ، كما أن فلسفة استقرار المعاملات، وما

تقتضيه من ضرورة احترام حقوق الغير المكتسبة، تستلزم عدم تأثر حقوق الغير في بعض الحالات، حيث تبقى حقوق هذا الأخير نافذة وسارية رغم تقرير الإبطال أو الفسخ.

إن إبطال العقد وكذلك فسخه يحول دون تحقيق المتعاقدين للهدف والغاية التي دفعتم للتعاقد، كما أن من شأن تقرير الإبطال والفسخ المساس باستقرار المعاملات في المجتمع خاصة في ظل امتداد أثر الفسخ والإبطال إلى الغير، وكنتيجة لذلك نقول بأن الإبطال و الفسخ جزء خطير وقاسٍ بالنسبة للوجود القانوني للعقد وكذلك بالنسبة للمتعاقدين. وانطلاقاً من خطورة تقرير كلاً من الإبطال والفسخ، نجد أن الإرادة التشريعية كرسّت آليات حماية تهدف إلى المحافظة والإبقاء على العقد وتنفيذه، نظراً لأن الأصل في العقود هو تنفيذها لا إبطالها ولا فسخها.

فمن حيث آليات حماية العقد من الإبطال، نجد آلية الإجازة، وهذه الأخيرة ترد فقط على العقد القابل للإبطال، ومن المعلوم أن هذا الأخير عقد صحيح ومنتج لآثاره، لذلك فإن القول بأن الإجازة تصحح العقد نراه قولاً غير صائب، حيث أن الإجازة لا تصحح العقد وإنما دورها ينحصر في تثبيت صحة العقد بصفة نهائية وذلك بإزالة خطر إبطاله. ومنطقياً فإن هذا التثبيت لصحة العقد يكون من وقت صدور الإجازة لا من وقت إبرام العقد. لذلك فالقول بأن للإجازة أثر رجعي هو قول مخالف للصواب. كذلك نجد إنقاص العقد يعد آلية من آليات حماية العقد من الإبطال، وذلك من خلال حذف الشق الباطل أو القابل للإبطال مع الإبقاء على العقد، وإنتاج هذا الأخير لآثاره في حدود الشق الصحيح. وكذلك نجد تحول العقد، فهذا الأخير يعد كذلك آلية لحماية العقد من الإبطال، حيث عوض إبطال العقد يحول إلى عقد صحيح آخر، متى توافرت أركان هذا الأخير في العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال.

لكن نشير إلى أنه يشترط اتجاه نية وإرادة المتعاقدين إلى إنقاص الشق الباطل أو القابل للإبطال فيما يخص آلية الإنقاص، أو إلى إبرام العقد الجديد الصحيح الآخر لو علم المتعاقدين ما في العقد الأصلي من بطلان فيما يخص آلية التحول، وهو ما يعد تكريساً صريحاً للمعيار الذاتي أو الشخصي. وفي نظرنا نرى أن حماية العقد والإبقاء عليه والمحافظة عليه واستثماره أكبر قدر ممكن يستوجب تكريس المعيار الوظيفي بدلاً من المعيار الشخصي، حيث إذا تبين للقاضي أن من شأن إنقاص العقد أو تحويله إلى عقد صحيح آخر أن يحقق الوظيفة والغاية التي من أجلها أبرم المتعاقدين العقد، كان ذلك كافياً لمباشرة الإنقاص والتحول، دون النظر إذا ما اتجهت إرادة

المتعاقدين إلى الإنقاص أو التحول. وربما سيقول قائل أن إجراء الإنقاص والتحول دون مراعاة لإرادة المتعاقدين يعد مساس صريح بمبدأ سلطان الإرادة، فإننا نرد على ذلك بالقول بأن مبدأ سلطان الإرادة لم تبقى له تلك القداسية عند ظهوره، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يعرف الكثير من القيود في مجال التعاقد، وأن تدخل القاضي في العقد بإنقاصه أو تحويله دون مراعاة إرادة المتعاقدين ليس بالشيء الجديد، طالما يجوز له الدخول لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة أو في حالة تضمن العقد شروطاً تعسفية مثلاً، مع أن القاضي في هذه الحالات لا يأخذ بإرادة المتعاقدين. لذلك نرى أنه لا إشكال في تجسيد المعيار الوظيفي بخصوص الإنقاص والتحول، خاصة وأن ذلك يتماشى مع رغبة المشرع في حماية العقد.

أما فيما يخص آليات حماية العقد من الفسخ فتظهر من خلال تمسك الدائن بتنفيذ العقد عوض تمسكه بالفسخ سواءً تمسك بالتنفيذ العيني أو تمسك بالتنفيذ عن طريق التعويض إذا كان التنفيذ في الحالة الأولى غير ممكناً. وكذلك يمكن للدائن أن يتمسك بحقه في الدفع بعدم التنفيذ وذلك لحمل المدين على تنفيذ التزامه. وسواء تمسك الدائن بالتنفيذ أو تمسك بالدفع بعدم التنفيذ ففي كلتا الحالتين الغرض والهدف واحد وهو الوصول إلى تنفيذ العقد.

كما يمكن للمدين أن يتوقى تقرير الفسخ عن طريق قيامه بالتنفيذ المتأخر لالتزامه طالما لم يصدر حكم قضائي يقضي بالفسخ أو أنه صدر ولكن لم يصبح نهائياً، وهذا في حالة الفسخ القضائي. أما في حالة الفسخ الإتفاقي، فيجوز كذلك للمدين تنفيذ التزامه تنفيذاً متأخراً بشرط أن لا يكون الدائن قد أعلن عن رغبته في التمسك بالفسخ. مع الإشارة إلى أن التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه هو ما استقر عليه فقهاً وقضاءً، في ظل غياب نص تشريعي يقر إمكانية التنفيذ المتأخر من المدين.

كما يمكن للقاضي أن يلعب دوراً في حماية العقد من الإبطال، نظراً لما له من سلطات تقديرية اتجاه طلب الفسخ، حيث له أن يمنح للمدين أجلاً لتنفيذ التزامه عوض أن يحكم بفسخ العقد رغم توافر شروطه، مع أن سلطة القاضي في منح المدين أجلاً قضائياً للتنفيذ لا تعد سلطة مطلقة يستعملها كما يشاء، وإنما تخضع لمجموعة من الشروط، ومنح المدين أجلاً للتنفيذ في حقيقة الأمر يعد نوعاً من التعديل القضائي للعقد، المنصب على عنصر أجل تنفيذ الإلتزام

العقدي. كما للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا تبين له أن الجزء الذي لم ينفذه المدين قليل الأهمية، سواء توصل إلى ذلك استناداً على المعيار الموضوعي أو على المعيار الذاتي. ورفض القاضي طلبا الفسخ قد يكون رفضاً كلياً، كما قد يكون رفضاً جزئياً، مع التأكيد على أن القاضي إذا توصل إلى أن الجزء الذي لم ينفذه المدين قليل الأهمية، وجب عليه أن يرفض طلب الفسخ، رغم أن المادة 119 من القانون المدني لم تلزمه بذلك. وهو ما أقرت به اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع.

يلاحظ على أن آليات الحماية المقررة سواء فيما يخص الإبطال أو الفسخ أنها تهدف كلها إلى ضمان المحافظة على العقد واستثماره والإبقاء عليه وجعله في منأى من الإبطال والفسخ، وإن كانت تحتاج إلى نوع من التنفيع لتحقيق وتصل إلى الغاية من تكريسها وهو ما سنقدمه في شكل اقتراحات.

ففيما يخص حالات الإبطال، نقترح تكريس نظرية العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي، خاصة وأن وقف العقد يحقق حماية أفضل سواء لناقص الأهلية أو لمعيب الإرادة أو للمالك الحقيقي. وبذلك نرى فيما يخص حالة العقد المبرم من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، الإبقاء على نص المادة 83 من قانون الأسرة، مع تعديلها من خلال النص على إمكانية إجازة العقد من الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد. حيث تجري صياغة المادة 83 كالاتي (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافعة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إقرار الوالي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، أو على إجازته بعد بلوغه سن الرشد، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء).

مع مراعاة وجوب تعديل الفقرة الثانية من المادة 101 من القانون المدني من خلال حذف عبارة (في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب). أو استحداث نص في القانون المدني يقضي بوقف العقد المبرم من الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، مع التأكيد على عدم الخلط ما بين مصطلح الإجازة ومصطلح الإقرار.

نفس الشيء بالنسبة للسفيه وذا الغفلة، فتكون تصرفاتهما الدائرة بين النفع والضرر بعد الحجر عليهما موقوفة على إقرار الولي، وفي ظل غياب نص في قانون الأسرة نقترح استحداث نص يقضي بذلك، وتجرى صياغته كالاتي (**تتعقد موقوفة على إقرار الولي** تصرفات السفيه وذا الغفلة إذا صدرت بعد الحجر عليهما. أما تلك التصرفات الصادرة قبل الحجر فتكون موقوفة كذلك إذا كانت نتيجة تواطؤ أو استغلال).

كذلك تكريس نظرية العقد الموقوف فيما يخص عيوب الإرادة، وبالتالي الأخذ بالإتجاه القائل في الفقه الإسلامي بوقف العقد إذا ما أبرم تحت تأثير عيب الإكراه أو التدليس (التغيير) أو الغلط أو الاستغلال.

وفيما يخص عيب الغلط في ظل التناقض الحاصل ما بين المادتين 81 و 82 من القانون المدني، وتكريس الغلط الفردي من جهة والغلط المشترك من جهة أخرى، وعملا بمنطق عيوب الإرادة نقترح التأكيد على الغلط الفردي، وبذلك تعديل الفقرة الثانية من المادة 82 بالنص كالاتي (**ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقد جوهرية...**).

كذلك نقترح تكريس الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يرى بأن بيع الفضولي (بيع ملك الغير في القوانين الوضعية) عقد موقوف على إقرار المالك، حيث يجرى النص كالاتي (**ينعقد بيع ملك الغير موقوفاً على إقرار المالك الحقيقي**). وبذلك نصل بخصوص جميع حالات الإبطال تكريس نظرية العقد الموقوف التي تحقق حماية أفضل من تلك التي توفرها وتحققها نظرية قابلية العقد للإبطال.

أما بخصوص أثر تقرير الإبطال والفسخ، فإننا نقترح تعديل نص المادة 103 من القانون المدني في فقرتها الثانية بالنص كذلك على حالة عديم الأهلية إلى جانب ناقص الأهلية، حيث يجرى نص الفقرة الثانية كالاتي (**غير أنه لا يلزم عديم الأهلية وناقصها إلا برد ما عاد عليهما بمنفعة بسبب تنفيذ العقد إذا أبطل العقد لسبب نقص أو إنعدام الأهلية**). وكذلك نقترح إلغاء نص الفقرة الثالثة من المادة أعلاه التي بموجبها قد تبني القانون المدني الجزائري للقاعدة الرومانية

القاضية بحرمان الملوث من استرداد ما دفعه والتي تتناقض مع منطق البطلان القاضي بوجوب الاسترداد إذا ما أبطل العقد.

فيما يخص آليات حماية العقد من الإبطال فنقترح مايلي: بالنسبة لآلية الإجازة انطلاقاً من الأثر الذي ترتبه بالنسبة للعقد وهو تثبيت صحة العقد بصفة نهائية، فإننا نرى تعديل نص المادة 100 من القانون المدني كالاتي (يزول حق إبطال العقد بالتأييد الصريح أو الضمني ويستند هذا الأخير إلى تاريخ صدوره). بالنسبة لآلية الإنقاص وكذلك آلية التحول نرى ضرورة تكريس معيار الغاية والوظيفة بدلاً من المعيار الشخصي، حيث ينتقص العقد أو يتحول كلما تبين للقاضي أن من شأن الإنقاص أو التحول أن يحقق الغاية والهدف الذي من أجله أبرم العقد الأصلي. لذلك نقترح تعديل المادتين 104 و 105 من القانون المدني كالاتي:

- نص المادة 104) للقاضي إنقاص الشق الباطل أو القابل للإبطال من العقد مع الإبقاء على الشق الصحيح إذا كان هذا الأخير قابلاً للإنقسام و طالما أن من شأن ذلك أن يحقق للمتعاقد الغرض الذي من أجله أبرم العقد).

- نص المادة 105) للقاضي أن يحول العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد صحيح آخر إذا توافرت فيه أركان وشروط العقد الصحيح الآخر، كلما تبين له أن من شأن ذلك أن يحقق للمتعاقد الغرض الذي من أجله أبرم العقد الأصلي).

أما فيما يخص آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من جانب الدائن، انطلاقاً من كون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يعد بحد ذاته انحلالاً للعقد لذلك فإننا نرى إخراج نص المادة 123 المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ من القسم الرابع الحامل لعنوان انحلال العقد.

بالنسبة لآليات الحماية المقررة من المدين نرى ضرورة تكريس ما استقر عليه الفقه والقضاء من خلال جواز تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً متأخراً، وذلك سواء بالنسبة للفسخ للقضائي وكذلك الفسخ الإتفاقي، وهو ما يستتبع إضافة فقرة جديدة سواء لمادة 119 و المادة 120 كالاتي:

- بالنسبة للمادة 119) كما يمكن للمدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور حكم نهائي يقضي بفسخ العقد).

- بالنسبة للمادة 120) كما يمكن للمدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالتزامه ما دام لم يعلن الدائن عن رغبته في التمسك بالفسخ).

بالنسبة لآليات الحماية المقررة من القاضي، نقترح استحداث نص ينظم بموجبه المشرع سلطة القاضي في منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه لتجري صياغته كآلاتي (كما يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجل لتنفيذ التزامه بشرط أن تستدعي حالته ووضعه الإقتصادي والمالي ذلك، وأن يكون الأجل الممنوح من قبل القاضي معقولاً، وليس من شأنه أن يلحق ضرراً فادحاً وجسماً بالدائن. مع مراعاة تلك الحالات التي لا يجوز فيها للقاضي منح المدين أجل لتنفيذ التزامه بمقتضى نصوص القانون، لاسيما حالة كون المدين سيئ النية).

أما بخصوص رفض القاضي طلب الفسخ، فإننا نقترح تكريس ما تسميه اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع بالمخالفة الجوهرية للعقد، حيث إذا تبين أن إخلال المدين بالتزامه قليل الأهمية التزم القاضي برفض طلب الفسخ، سواء توصل إلى ذلك بالإستناد على المعيار الذاتي أو الموضوعي. وكل ذلك من خلال استبدال عبارة كما يجوز بعبارة كما يجب، لتجرى صياغة الفقرة الأولى من المادة 119 كآلاتي (... كما يجب عليه أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات).

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- القرآن الكريم برواية ورش

ب- الكتب

- 1- د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، د ز ط، مصر، 2007.
- 2- د/ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، د ز ط، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 3- د/ إلياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أركان العقد، د ز ن، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، د ز س ن.
- 4- د/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1983.
- 5- د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008.
- 6- د/ أنور طلبة، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، د ز ط، مصر، 2004.
- 7- د/ أنور طلبة، إنحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، د ز ط، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 8- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني - العقد والإرادة المنفردة - ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2007.
- 9- د/ بن شويخ رشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، د ز ط، الجزائر، 2012.
- 10- د/ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2007.

- 11- توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، د ذ ط، الإسكندرية، مصر، د ذ س ن.
- 12- د/ توفيق حسن فرج، مصادر و أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2008.
- 13- د/ جمعة سمحاوي هلباوي، الأهلية وعوارضها، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، د ذ س ن.
- 14- د/ جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة القاهرة، د ذ ط، مصر، 1953.
- 15- حسين تونسي، إنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاوله)، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.
- 16- د/ حمداتي شبيها ماء العينين، تأثر مصادر الإلتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، د ذ ط، الرباط، المغرب، 2007.
- 17- حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2009.
- 18- خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فيينا لعام 1980، د ذ ن، الطبعة الثانية، د ذ ب ن، 2001.
- 19- د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 2000.
- 20- د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.
- 21- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2004.

- 22- د/ رمضان أبو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مصادر وأحكام الحقوق الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني)، منشورات الحلبي القانونية، د ذ ط، بيروت، لبنان، 2002.
- 23- د/ رمضان جمال كمال، أحكام بيع ملك الغير فقهاً وقضاءً، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، الطبعة الثانية، د ذ ب ن، 2007.
- 24- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، في الالتزامات، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، صادر للمنشورات القانونية، الطبعة الثانية، مصر، 1992.
- 25- د/ سي يوسف زاهية حورية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2006.
- 26- د/ صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1997.
- 27- د/ عادل حسن على السيد، أحكام إنفاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق، د ذ ط، د ذ ب ن، د ذ س ن.
- 28- د/ عادل محمد جبري حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، د ذ ط، الإسكندرية، مصر، د ذ س ن.
- 29- د/ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن التفوق التشريعي الإسلامي)، د ذ ن، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 1993.
- 30- د/ عبد الحسب سند عطية، الإكراه وأثره على إرادة المكره في الأفعال الجنائية والتصرفات الشرعية والعقود المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة ومطبعة الغد للطبع والنشر والتوزيع، د ذ ط، د ذ ب ن، 2001.
- 31- د/ عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، د ذ ط، مصر، 2002.

- 32- د/ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر، 1997.
- 33- د/ عبد الرحمان جمعة، بيع ملك الغير (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 1998.
- 34- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس، العقود التي ترد على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2005.
- 35- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي القانونية، الطبعة الثامنة، بيروت، لبنان، 2008.
- 36- د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية و الأدبية، د ذ ط، بيروت، لبنان، 2006.
- 37- د/ عصام أنور السليم، خصائص البيع الدولي، منشأة المعارف، د ذ ط، مصر، 2004.
- 38- د/ علي شملال، الدعاوي الناشئة عن الجريمة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2010.
- 39- د/ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الغير- التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 1984.
- 40- د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 1990.
- 41- د/ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008.
- 42- د/ علي فيلال، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2005.

- 43- د/ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، د ذ ط، الجزائر، 2008.
- 44- د/ فاضلي إدريسي، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د ذ ط، الجزائر، 2004.
- 45- د/ فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص القانونية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، د ذ ط، وهران، 2007.
- 46- د/ كفاح عبد القادر السوري، التغير وأثره على العقود، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007.
- 47- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د ذ ط، د ب ن، 1986.
- 48- د/ محمد أحمد الكزني، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة)، مطبعة كويل، الطبعة الأولى، العراق، 2005.
- 49- د/ محمد بن أحمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1999.
- 50- د/ محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.
- 51- د/ محمد سعيد جعفرور - فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2009.
- 52- د/ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.
- 53- د/ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني لجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ذ ط، الجزائر، 2010.

- 54- د/ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2003.
- 55- د/ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2002.
- 56- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية (الرهن الرسمي، حق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز طبعة لآخر التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2010.
- 57- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ز ط، الجزائر، 2011.
- 58- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- التصرف القانوني، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004.
- 59- د/ محمد عبد الله محمود الديلمي، تحول القرار الإرادي، دار الثقافة للنشر والتوزيع- الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، د ز ط، عمان، الأردن، 2001.
- 60- د/ محمد فريدة زاوي، الحياة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، د ز ط، الجزائر، 2002.
- 61- د/ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، د ز ط، تونس، 2004.
- 62- محمد منصور حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ز ط، مصر، 2006.
- 63- د/ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.

- 64- د/ نادية فضيل أحكام الشركة في القانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008.
- 65- د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، د ز ط، مصر، 2004.
- 66- د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، د ز ط، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 67- د/ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر. د ز س ن.
- 68- د/ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الثاني، مراتب انعقاد العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002.

ت - الرسائل الجامعية

- 1- أحمد هاني محمد السيد أبو العنين، الفحص والإخطار كواجب على المشتري في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامع المنوفية، مصر، 2005.
- 2- أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2011.
- 3- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007.

- 4- تكاري هيفاء رشيدة، النظام القانوني لعقد التأمين دراسة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 5- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
- 6- محمد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، القاهرة، مصر، 2004.
- 7- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة لنيل رسالة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، 2007.
- 8- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.
- 9- محمد على محمد بني طه، قواعد التبويض وأثرها في فقه المعاملات المالية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

ث/ المذكرات الجامعية

- 1- إبراهيم أنيس محمد ليلي، الإقالة (فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

- 2- إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعيد السحيلي، تحول العقد المالي وأثاره (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2007.
- 3- أحمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009.
- 4- جديد رباد، التزامات البائع في عقد لبيع الدولي للبضائع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.
- 5- حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.
- 6- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 7- سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
- 8- سريم زهية، الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود و مسؤولية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2012.
- 9- عبد الكريم بلعبور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.

- 10- عثمانى كريمة، القبول في السفتجة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- 11- عجالى بلخاد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2005.
- 12- عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام الصورية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2006.
- 13- عرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
- 14- عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- 15- علاق عبد الرزاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة، أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 16- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
- 17- لعصامي الوردى، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2001.
- 18- مرية خالدي، العقد الباطل: واقعة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2012.

- 19- مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2010.
- 20- منال جهال أحمد خلة، أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، 2008.
- 21- نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
- 22- نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النهرين، العراق، 2001.

ج- المقالات

- 1- د/ إياد محمد جاد الحق (هبة المريض في مجلة الأحكام العدلية - دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2011، ص 515-544.
- 2- د/ أيمن أبو العيال، (الصورية ودعوي الطعن بها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة دمشق، سوريا، 2004، ص 3-26.
- 3- بن يحي رشيد، (ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، العدد الرابع، الجزائر، 2010، ص 46-56.
- 4- د/ جودت هندي، (التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، دمشق، 2012.
- 5- د/ رائف محمد النعيم، (الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي - دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية في المضمون و الآثار)، مجلة السائل، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، زلتين، ليبيا، 2008. ص 9-36.

- 6- د/ عدنان سرحان، (ملاحظات نقدية بشأن الكتابين الأول والثاني المنظمين للالتزامات: الحقوق الشخصية - العقود من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة)، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والعشرون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 185-232.
- 7- د/ علي أحمد صالح المهداوي، (العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم 43 لسنة 1976)، مجلة الرافدين للحقوق، العدد الواحد والعشرون، جامعة الزرقاء الأهلية، الأردن، 2003، ص 39-81.
- 8- د/ فواز صالح، (الطبيعة القانونية للحق في الحبس)، مجلة العلوم الاقتصادية و القانونية، العدد الأول، جامعة دمشق، سوريا، 2013، ص 39-67.
- 9- د/ فواز صالح، (النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة قانونية مقارنة)، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، جامعة دمشق، سوريا، 2011، ص 9-38.
- 10- د/ فوزان صالح، (الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، جامعة دمشق، 2012، ص 133-136.
- 11- د/ مازن مصباح صالح، (الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة)، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2011، ص 665-699.
- 12- د/ محمد حسن قاسم، (نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2010، ص 59-287.
- 13- د/ محمد سعيد جعفر، (نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، العدد الثالث، جامعة الجزائر، 2001، ص 31-46.

14- د/ محمد سعيد جعفرور، (بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، العدد الثالث، جامعة الجزائر، 2002.

ح- المؤتمرات

1- د/ عبد الحميد بعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون (دراسة مقارنة وموازنة)، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، تنظيم دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات المتحدة، أيام 31 ماي إلى 3 جوان 2009.

خ- النصوص القانونية

1- النصوص القانونية الجزائرية

1-1- النصوص التشريعية

1-1-1- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 44، الصادر بتاريخ 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 13 ماي 2007.

1-1-2- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج ر عدد 77 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1996. والقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 11 الصادر بتاريخ 09 فيفري 2005.

1-1-3- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

1-2-2- النصوص التنظيمية

1-2-1- الأمر رقم 75- 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 82، الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

2- النصوص القانونية الأجنبية

1-2-1- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 المؤرخ في 01 أكتوبر 1980، ج ر عدد 1335 الصادر بتاريخ 15 جانفي 1981، المعدل بموجب القانون رقم 15 لسنة 1996.

2-2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المؤرخ في 8 سبتمبر 1951، ج ر عدد 3015 الصادر في 03 سبتمبر 1951، المعدل بموجب القانون رقم 36 لسنة 1983 المتعلق بالشركات.

2-3- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ج ر عدد 2645، الصادر بتاريخ 1 أوت 1976.

2-4- قانون الالتزامات والعقود المغربي المؤرخ في 12 جوان 1913، المعدل بموجب ظهير شريف رقم 1.11.140، ج ر عدد 5980 الصادر في 22 سبتمبر 2011.

2-5- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 جويلية 1948، ج ر عدد 108 مكرر، الصادر في 29 جويلية 1948.

2-6- قانون رقم 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي عدد 68، الصادر في 15 أوت 2005.

د/القرارات القضائية

1- قرار المحكمة العليا رقم 34951 الصادر في 30/10/1985، م ق لسنة 1990، العدد الثاني.

- 2- قرار المحكمة العليا رقم 65920 الصادر في 11 /06/ 1990، م ق لسنة 1991، العدد الثاني.
- 3- قرار المحكمة العليا رقم 182115 الصادر في 21/03/1994، م ق لسنة 1994 العدد الثاني.
- 4- قرار المحكمة العليا رقم 206796 الصادر في 12/01/2000، م ق لسنة 2001، العدد الأول.
- 5- قرار المحكمة العليا رقم 212782 الصادر في 12/01/2001، م ق لسنة 2000، العدد الأول.
- 6- قرار المحكمة العليا رقم 233625 الصادر في 17/01/2001، م ق لسنة 2001، العدد الثاني.
- 7- قرار المحكمة العليا رقم 225843 الصادر في 20/02/2002، م ق لسنة 2002، العدد الثاني.

ذ/ المواقع الإلكترونية

- 1- أحمد ياسين القرالة، موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني)، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، د ذ س ن. منشور على موقع

www.arablawinfo.com

- 2- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 09 مارس 1932 المنشور على موقع:
www.oproorob.org.

- 3- القانون المدني الفرنسي: طبعة 2014. المنشور على الموقع:
www.droit.org.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

I- Les ouvrages :

- 1- Alex Weill – François Terré **Droit civil, les obligations** Paris,1975.
- 2- Chafik Chahtta, **Théorie générale des obligations en droit musulman hanéfite, les sujets de l'obligation**, Sirey, 1969.
- 3- Christian Larroumet, **Droit civil, Les obligations, Tom III, Le contrat**, 5^{ème}Ed, Economica, Paris, 2003.
- 4- Christian Loboyade Deschamps, **Droit des obligations**, Ellipses, Paris, 1988.
- 5- Gérard Légier, **Droit civil, les obligations**, 18^{ème}Ed, Dalloz, Paris.
- 6- Henri et Léon Mazeaud- Jean Mazeaud- Michel Juglart, **Leçons de droit civil**,Tome 2,volume1,**obligations, théorie générale**, 5^{ème}ed, montchrestien, Paris, 1973, p150.
- 7- HUET Jérôme, **Traite de droit civil, les principaux contrats spéciaux**, L G D J, Paris, 1996.
- 8- Jean Carbonnier, **Droit civil**, volume II , **Les biens- Les obligations**, PUF, Paris, 2004.
- 9- Patrick Canin, **Droit civil, Les obligations**, 3^{ème}, Hachette supérieur, Paris, 2011.

10- Philippe Le Tournou, **La responsabilité civile professionnelle**, 2^{ème}Ed, Dalloz, Paris, 2005.

II- LES MEMOIRES

1- EL meskini Youssef, **La vente Internationale de marchandises**, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures avancées, Faculté de droit, Université Cadi Ayyad de Marrakech, 2008.

2- Yessad Houria, **Le contrat de vente Internationale de marchandises**, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2008.

فهرس الموضوعات

06.....	مقدمة.....
104-11.....	الفصل الأول: الإبطال والفسخ وأثرهما على العقد.....
70 - 11.....	المبحث الأول: حالات الإبطال والفسخ.....
51 - 11.....	المطلب الأول: حالات إبطال العقد.....
21-11.....	الفرع الأول: العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.....
11.....	أولاً: حالات ناقص الأهلية.....
13.....	أ- حالة الصبي المميز.....
13.....	ب- حالة السفية وذا الغفلة.....
15.....	ثانياً: المقصود بالعقد الدائر بين النفع والضرر.....
21 - 16.....	ثالثاً: حكم العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.....
16.....	أ- في ظل القانون المدني الجزائري.....
17.....	ب- في ظل قانون الأسرة الجزائري.....
18.....	ج- في ظل الفقه الإسلامي.....
46 - 22.....	الفرع الثاني: العقد المبرم من معيب الإرادة.....
29 - 22.....	أولاً: عيب الغلط.....
22.....	أ- حالات الغلط وقابلية العقد للإبطال.....
24.....	1- اشتراط أن يكون الغلط معيب للإرادة جوهرياً.....
25.....	2- مدى اشتراط اتصال الغلط بالمتعاقدين الآخر.....
26.....	3- مسألة حالة الغلط المنصب على قاعدة قانونية.....
26.....	4- الغلط في القانون.....
27.....	5- التمسك بالغلط ومبدأ حسن النية.....
28.....	ج- عيب الغلط وأثره على العقد في الفقه الإسلامي.....

- ثانيا: عيب التدليس..... 30 - 34
- أ- علاقة التدليس بعيب الغلط 30
- ب- شروط التمسك بعيب التدليس..... 30 - 32
- 1- استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد الآخر..... 31
- 2- يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد..... 32
- 3- اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر..... 32
- ج- عيب التدليس (التغيير) في الفقه الإسلامي..... 33 - 34
- 1- أنواع التغيير في الفقه الإسلامي..... 33
- 2- أثر التغيير على العقد في الفقه الإسلامي..... 34
- ثالثا: عيب الإكراه..... 35 - 40
- أ- الإكراه المعيب للإرادة..... 35
- ب- شروط التمسك بعيب الإكراه..... 35
- 1- التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق..... 36
- 2- وجوب كون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد..... 37
- 3- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر..... 37
- ب- عيب الإكراه في الفقه الإسلامي..... 38 - 40
- 1- أنواع الإكراه في الفقه الإسلامي..... 39
- 2- أثر الإكراه على العقد في الفقه الإسلامي..... 40
- رابعا: عيب الاستغلال..... 41 - 46
- أ- تمييز عيب الغبن عن عيب الاستغلال..... 41
- ب- شروط التمسك بعيب الاستغلال..... 42
- 1- استغلال ما في المتعاقد من ضعف نفسي..... 42

- 2- عدم تعادل بين التزامات المتعاقدين.....43
- 3- وجوب كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد.....44
- ب- الجزء المترتب على تحقق عيب الاستغلال.....44
- 1- طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد.....44
- 2- طلب المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته.....45
- ج- عيب الاستغلال (الغبن) في الفقه الإسلامي.....45 - 46
- 1- أنواع الغبن في الفقه الإسلامي.....45
- 2- أثر الغبن على العقد في الفقه الإسلامي.....46
- الفرع الثالث: بيع ملك الغير كحالة خاصة للإبطال.....47 - 51
- أولاً: مفهوم بيع ملك الغير.....47
- ثانياً: شروط تحقق بيع ملك الغير.....47
- أ- وجوب كون التصرف المبرم عقد بيع.....48
- ب- وجوب كون المبيع من الأشياء المعينة بالذات.....48
- ج- وجوب كون البائع غير مالك للمبيع.....48
- ثالثاً: التكييف القانوني لبيع ملك الغير.....49
- رابعاً: بيع ملك الغير (بيع الفضولي) في الفقه الإسلامي.....50 - 51
- المطلب الثاني: حالات فسخ العقد.....52 - 70
- الفرع الأول: الفسخ القضائي للعقد.....52 - 59
- أولاً: تدخل القاضي لفسخ العقد.....52
- ثانياً: شروط فسخ العقد قضائياً.....52 - 55
- أ- وجوب كون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين.....52
- ب- إخلال المدين بالتزامه.....53

- ج- أن يكون الدائن مستعد للقيام بالتزامه وعلى إعادة الحالة إلى أصلها إذا حكم بالفسخ.....55
- ثالثا: إجراءات فسخ العقد قضائيا.....59-56
- أ- إعدار المدين.....57
- ب- رفع الدائن دعوى الفسخ.....59
- ج- صدور حكم يقضي بالفسخ.....59
- الفرع الثاني: الفسخ الإتفاقي للعقد.....62 - 68
- أولا: جواز الإتفاق على فسخ العقد.....62
- ثانيا: شروط فسخ العقد إتفاقيا.....64
- أ- وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخا دون الحاجة إلى حكم.....
- قضائي.....64
- ب- ثبوت إخلال المدين بالتزامه.....65
- ثالثا: إجراءات فسخ العقد إتفاقيا.....66-65
- أ- إعدار المدين.....66
- ب- إعلان الدائن عن رغبته في التمسك بفسخ العقد.....67
- الفرع الثالث: فسخ العقد بقوة القانون.....68 - 71
- أولا: استحالة تنفيذ العقد كأساس لفسخ العقد بقوة القانون.....68
- أ- نشوء استحالة التنفيذ بعد إبرام العقد.....68
- ب- وجوب كون استحالة التنفيذ مطلقة.....69
- ج- وجوب كون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي.....69
- د- تحمل تبعة انفساخ العقد.....70
- المبحث الثاني: أثر تقرير الإبطال والفسخ.....103- 72
- المطلب الأول: أثر تقرير الإبطال والفسخ بالنسبة للمتعاقدین.....84 - 72

- الفرع الأول: زوال العقد بأثر رجعي.....73
- الفرع الثاني: النتائج المترتبة على زوال العقد بأثر رجعي.....74 - 81
- أولاً: حالة عدم تنفيذ العقد الذي تقرر إبطاله أو فسخه.....74
- ثانياً: حالة تقرير الإبطال أو الفسخ بعد تنفيذ العقد.....74
- الفرع الثالث: التعويض عن الإبطال والفسخ.....82 - 85
- أولاً: التعويض عن الإبطال.....82
- ثانياً: التعويض عن الفسخ.....84
- المطلب الثاني: أثر تقرير الإبطال والفسخ بالنسبة للغير.....86 - 103
- الفرع الأول: زوال حقوق الغير كقاعدة عامة.....86
- الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة زوال حقوق الغير.....87 - 101
- أولاً: الإستثناء الخاص بالغير الحائز لمنقول بحسن النية.....88
- ثانياً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تقرر له حقا عينيا وشهره.....90
- ثالثاً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تقرر له رهن رسمي.....91
- رابعاً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تلقي حق بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة.....94
- خامساً: الاستثناء الخاص بالغير الذي تملك بالتقادم.....96
- سادساً: الإستثناء الخاص بالشركة الفعلية.....98
- سابعاً: الإستثناء الخاص بإبطال العقد الصوري.....102
- خلاصة الفصل الأول:.....104
- الفصل الثاني: آليات حماية العقد من الإبطال والفسخ.....106 - 192
- المبحث الأول: آليات حماية العقد من الإبطال.....106 - 150
- المطلب الأول: الإجازة كآلية خاصة لحماية بالعقد القابل للإبطال.....106-126
- الفرع الأول: تعريف الإجازة وخصائصها.....107 - 111

- أولاً: تعريف الإجازة.....107
- ثانياً: خصائص الإجازة.....111- 112
- أ- الإجازة تصرف قانوني إنفرادي.....111
- ب- الإجازة تصرف مسقط لحق طلب الإبطال.....112
- ج- الإجازة تصرف كاشف لصحة العقد.....112
- الفرع الثاني: شروط إجازة العقد القابل للإبطال.....113- 121
- أولاً: وجوب أن ترد الإجازة على عقد قابل للإبطال.....113
- أ- العقد المبرم من ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.....113
- ب- العقد المبرم من معيب الإرادة.....114
- ج- الحالات الخاصة للعقد القابل للإبطال.....114
- ثانياً: يجب أن يكون المجيز هو صاحب الحق في الإجازة.....115
- ثالثاً: علم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال.....117
- رابعاً: إتجاه إرادة المجيز إلى إجازة العقد.....118
- خامساً: زوال سبب قابلية العقد للإبطال.....118
- الفرع الثالث: أثر إجازة العقد القابل للإبطال.....122- 126
- أولاً: أثر الإجازة بالنسبة للعقد المجاز.....122- 127
- أ- تأييد صحة العقد المجاز.....122
- ب- اقتصار أثر الإجازة على موضوع الإجازة.....126
- ثانياً: أثر الإجازة بالنسبة لأطراف العقد المجاز.....126- 127
- أ- حالة كون حق الإبطال مقرر لأحد طرفي العقد.....126
- ب- حالة تقرير حق الإبطال لعدة أطراف.....126
- 1- حالة تقرير حق الإبطال لطرفي العقد.....127

- 2- حالة كون حق الإبطال مقرر لعدة أطراف من جانب واحد.....127
- المطلب الثاني: آلية إنقاص العقد128-136
- الفرع الأول: المقصود بإنقاص العقد.....128
- الفرع الثاني: شروط إنقاص العقد.....131-135
- أولاً: وجوب تضمن العقد شق باطل أو قابل للإبطال وشق صحيح.....131
- ثانياً: وجوب كون العقد المراد إنقاصه قابل للانقسام.....132
- أ- قابلية العقد للتجزئة من الناحية الموضوعية.....132
- ب- قابلية العقد للتجزئة من الناحية الشخصية.....134
- الفرع الثالث: الأثر المترتب على إنقاص العقد.....136
- المطلب الثاني: آلية تحول العقد.....137-150
- الفرع الأول: المقصود بتحول العقد.....137-145
- أولاً: تعريف تحول العقد.....137
- ثانياً- تمييز تحول العقد عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة له.....139-146
- أ- تمييز تحول العقد عن تفسير العقد.....139
- ب- تمييز تحول العقد عن تكييف العقد.....141
- ج- تمييز تحول العقد عن تعديله.....144
- الفرع الثاني: شروط تحول العقد.....147-149
- أولاً: بطلان العقد الأصلي.....147
- ثانياً: تضمن وتوافر العقد الأصلي أركان وعناصر عقد صحيح آخر.....148
- ثالثاً: إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إبرام العقد الآخر.....149
- الفرع الثالث: أثر تحول العقد.....150
- المبحث الثاني: آليات حماية العقد من الفسخ.....151-192

- المطلب الأول: آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من المتعاقدين.....151-172
- الفرع الأول: دور الدائن في حماية العقد من الفسخ.....151-166
- أولاً: تمسك الدائن بتنفيذ العقد.....152-164
- أ- اختيار الدائن البدء باستعمال دعوى التنفيذ.....152
- 1- التنفيذ العيني للعقد.....151
- 2- التنفيذ عن طريق التعويض.....156
- ب- عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ.....162
- ثانياً: تمسك الدائن بالدفع بعدم التنفيذ.....165-166
- الفرع الثاني: دور المدين في حماية العقد من الفسخ.....168-171
- أولاً: التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في الفسخ القضائي.....168
- ثانياً: التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في الفسخ الإتفاقي.....171
- ثالثاً: التنفيذ المتأخر من المدين لالتزامه في الفسخ بقوة القانون.....172
- الفرع الثاني: آليات حماية العقد من الفسخ المقررة من القاضي.....173-189
- أولاً: منح القاضي للمدين أجلاً للتنفيذ.....173-182
- أ- منح الأجل القضائي للمدين تعديل قضائي للعقد.....174
- ب- التمييز بين الأجل القضائي الممنوح للمدين طبقاً للمادة 119 وبين الأجل الممنوح له طبقاً للمادة 281 من القانون المدني.....175-176
- 1- من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجلين.....176
- 2- من حيث مدى سلطة القاضي في كل من الأجلين.....176
- 3- من حيث اعتبار سلطة القاضي في منح الأجلين من النظام العام.....176
- ج- شروط منح القاضي المدين أجل لتنفيذ التزامه.....177-179
- 1- عدم وجود مانع قانوني يمنع القاضي منح المدين أجل لتنفيذ التزامه.....177

177.....	2- أن تستدعي حالة المدين منح القاضي له أجلاً لتنفيذ العقد.....
179.....	3- يجب أن يكون الأجل الذي يمنحه المدين معقولاً.....
179.....	4- أن لا يكون في منح المدين أجلاً قضائياً ضرراً جسيماً قد يلحق بالدائن.....
182-180.....	د- الحالات التي لا يجوز فيها منح المدين أجلاً قضائياً.....
190-183.....	ثانياً: رفض القاضي طلب الفسخ.....
188-183.....	أ- رفض القاضي طلب الفسخ كلياً.....
184.....	1- اعتماد القاضي المعيار الموضوعي في رفض طلب الفسخ.....
185.....	2- اعتماد القاضي المعيار الذاتي في رفض طلب الفسخ.....
189.....	ب- رفض القاضي طلب الفسخ جزئياً.....
191.....	خلاصة الفصل الثاني.....
193.....	خاتمة.....
	قائمة
204.....	المراجع.....
226- 217.....	الفهرس.....