



جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الليسانس مذكرة

تخصص قانون خاص

بعنوان :

أحكام العقد غير المسمى في القانون الجزائري

من إعداد الطالب :
طاهرة يعقوب عبد الصمد

أعضاء اللجنة :

الأستاذ : رئيسا
الأستاذ : مناقشا
الأستاذ : مناقشا

السنة الجامعية 2013/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأُدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ (النمل: 19)

الإهداء

إلى من قال فيهما الله تعالى وقل ربي أرحمهما كما ربياني صغيرا
إلى الوالدين الكريمين، حفظهما الله ورعاها ورزقنا رضاها
إلى كل أفراد عائلتي من عباس إلى إسلام، و كل عائلة طاهرة وعائلة دادة
موسى وخاصة إلى الخال العزيز دادة موسى محمد لخضر
إلى حاملي راية العلم والباحثين عن الحقيقة
إلى كل الأصدقاء الذين يسعهم القلب ولا تسعهم هذه الصفحة، خاصة
عماد ومحمد علي و آدم ويوسف
إلى دفعة السنة الثالثة ليسانس



شكر و عرفان

نشكر الله سبحانه و تعالى الذي منحنا السير الحسن

لإنجاز هذا العمل المتواضع كما نتقدم بالشكر والتقدير لأستاذ الفاضل الذي أشرف علينا الأستاذ:

"طوايية" على متابعته للموضوع، و أسأل الله العلي القدير أن يكون ممن قال فيهم الله

من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه...

كما أشكر كل من ساعدني في هذا البحث، وأخص بالذكر: مولاي الشايب، أشكره على

توجيهاته السديدة ومساعدته، كما أشكر الأساتذة الكرام: خويلدي، بوطيب، كرام، لعبادي، مجوج،

كما لا أنسى طلبة قسم الحقوق

شكر ممزوج بالدعاء لأساتذتي من التعليم الابتدائي إلى التعليم الجامعي، الذين كان لهم عظيم

الفضل في وصولنا إلى هذا المستوى بلغهم الله منازل الشهداء.

شكر خاص للوالدين الكريمين على مساعدتهما، بارك الله في عمريهما وفي ميزان حسناتهما، وجعلهما

من أهل الفردوس الأعلى.

كما أشكر كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.



خطة البحث

❖ مقدمة

❖ المبحث الأول : مفهوم العقود المسماة و غير المسماة

- ✓ المطلب الأول: تعريف العقد المسمى و العقد غير المسمى
- ✓ المطلب ثاني: أهمية التفرقة بين العقود المسماة و غير المسماة
- ✓ المطلب ثالث: أنواع العقود المسماة
- ✓ الفرع الأول: أهم العقود المسماة
- ✓ الفرع الثاني: أهم العقود غير المسماة

❖ المبحث الثاني : القواعد العامة للعقد

- ✓ المطلب أول: أركان العقد
- ✓ المطلب ثاني: تنفيذ و إثبات العقد
- ✓ المطلب ثالث: انتهاء العقد
- ✓ الفرع الأول: فسخ العقد
- ✓ الفرع الثاني : بطلان العقد

❖ الخاتمة

❖ قائمة المراجع



المقدمة

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزامات التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره، إذ أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في كثير من الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة، تنشأ عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين. ولقد شرعت العقود في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد، وتحقيق رغبتهم باعتبار أن العقد هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها بعض مصالحه الاقتصادية والاجتماعية، مادامت مصالحه لا تتعارض مع النظام العام و المبادئ العامة.

ولكن ما يثير الجدل هنا أنه بسبب إجازة المشرع إبرام مختلف العقود شريطة ألا تخالف النظام العام والمبادئ العامة كما لم يتم بحصر العقود التي يجب على الأشخاص إبرامها، لم يستطع أن ينظمها جميعها أو يعطيها اسم قانوني مناسب لها لاختلاف مصالح وحاجيات الأشخاص وتنوعها، مما سمح بظهور العقود غير المسماة إلى جانب العقود المسماة، ومن هنا تظهر لنا عدة تساؤلات. إذا كانت العقود المسماة هي التي قام المشرع بإعطائها اسم قانوني ونظم أحكامها في تشريعه.

الإشكالية:

ومن خلال ما سبق يمكن صياغة الإشكالية كالتالي:

فماذا نقصد بالعقود غير المسماة ؟

و يمكن تجزئة الإشكالية إلى:

- ما الفرق بينها وبين العقود الأخرى التي نظمها التشريع ؟

- ما هي الأحكام التي تنظم هذه العقود الغير مسماة؟

المبحث الأول :

مفهوم العقود المسماة و غير المسماة

المبحث الأول: مفهوم العقود المسماة و غير المسماة المطلب أول: تعريف العقد المسمى والعقد الغير مسمى

في التشريعات الحديثة لم يعد هناك فرق بين العقد سواء كان مسمى او غير مسمى فكلاهما يتم بمجرد التراضي الا في العقود الشكلية والعقود العينية، ان العقود المسماة تتطور من زمن الى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل، فقد تزيد العقود المسماة وتنقص من عصر الى عصر، اذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة، فكلمتا تعاطم شان عقد من العقود وكثر التعامل به في مجال من المجالات، ولكنها لم تصل بعد الى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تناوله بالتنظيم من هذه العقود مثال ذلك ما ذكره " الفقيه السنهوري " من ان المشرع المصري في التقنين المدني لم ينظم عقودا على شاكلة (الايراد المرتب، التأمين، التزام المرافق العامة) وهذا كله نظمه التقنين المدني الجديد ولم ينظم المشرع المصري في التقنين المدني الجديد (عقود النقل، الاعمال العامة، التوريد) مع ان هذه العقود تزداد اهميتها كل يوم.¹

الفرع الأول: تعريف العقد المسمى

هو العقد الذي وضع له القانون اسما خاصا وتكفل ببيان أحكامه و ذلك لشيوع هذا العقد بين الأفراد وانتشاره في معاملاتهم. فالعقد المسمى يخضع للقواعد القانونية التي أوردها القانون بشأنه، وهي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين في مجموعها، لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها، ولا تطبق القواعد العامة في نظرية الالتزام الخاصة بالعقد إلا إذا لم توجد قواعد خاصة بالعقد محل تنظيم القانون. والعقود المسماة متعددة متنوعة، وهي تختلف باختلاف الموضوع والغرض منها، فنجد أن هذه العقود ما يقصد به نقل ملكية شيء أو حق على الشيء مثل البيع والمقايضة والهبة. ومن هذه العقود ما يرد على الانتفاع بالشيء أو الحق، كعقد الإيجار والعارية والغرض الاستهلاكي. ومنها ما يرد عمل الإنسان، كعقد المقاولة والوكالة والوديعة، والحراسة. ومنها ما يستهدف استفتاء الدائن حقه، كعقد الكفالة، وعقد الرهن، ومنها ما يكون موضوعه شيئا غير محقق، كعقد التأمين والمرتب مدى الحياة، وهي ما تسمى بعقود الغرر.

العقد المسمى هو عقد خصه المشرع باسم معين وبنصوص تنظم أحكامه بالذات في المجموعة المدنية: كالبيع والمقايضة والشركة والقرض والصلح والإيجار والعارية والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة وغيرها.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 3-4.

وقد نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الثاني وخصص لها خمسة أبواب من المادة 351 إلى 673. ويتعين على المفسر أن يرجع إليها، قبل الرجوع الى المبادئ العامة في نظرية الالتزام.¹

الفرع الثاني: تعريف العقد الغير مسمى

هو العقد الذي لم يضع له القانون اسما خاصا ولم ينص على القواعد التي تحكم انعقاده وآثاره، ومثاله العقد الذي تتعهد بموجبه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين، وتتولى نشره وبيعه، في مقابل نسبة معينة من أرباحه، ومنه أيضا عقد الفندقية، وهو العقد الذي يبرمه المسافر مع صاحب الفندق، والعقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص القيام بعمل معين في مقابل إطعامه وإقامته ومن أمثلة هذه العقود أيضا عقد المباريات الرياضية والإعلان. والعقود غير المسماة لا يمكن تقسيمها لعدم إمكان حصرها، إذ أن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء هن العقود طالما لا تخالف النظام العام و الآداب.

ونظرا لعدم تنظيم المشرع لهذه العقود، فإنها تخضع للقواعد العامة التي تطبق على كل العقود، وذلك في حالة عدم اتفاق الطرفين على مسألة معينة أو عدة مسائل في العقد.

ويلاحظ أن وصف العقد أنه مسمى أو غير مسمى مسألة قانونية من اختصاص القاضي، ولا تتوقف على تسمية المتعاقدين للعقد، قد يخطئان في التسمية أو يعطيان العقد الوصف الخطأ عم عمد لستر عقد آخر، كما في حالة البيع الذي يخفي الوصية مثلا.²

وهناك من يعرف العقد غير المسمى بأنه العقد الذي لم يضع الشارع له تنظيما خاصا، فهو يخضع في تكوينه وآثره للمبادئ العامة لنظرية الالتزام. ويقاس العقد غير المسمى على ما يقرب منه في العقود المسماة. والقاعدة أن العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الإرادة حرة في إنشاء ما تريد من عقود في حدود النظام العام وحسن الآداب.

وإذا ما انتشرت بعض هذه العقود في اهتم بها المشرع وأضافها إلى القائمة العقود المسماة، كما فعل القانون المدني الجزائري إذ أضاف إلى طائفة العقود المسماة الرهان الرياضي وعقد التأمين مثلا. ومن أمثلة العقود غير المسماة: العقد الذي بمقتضاه دار النشر يطبع كتاب لمؤلف معين، وعقد الحضانة، وعقد المباريات الرياضية، وعقد الإعلان، وعقد السيرك وغيرها.³

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الساحة المركزية - بن عكون - الجزائر، ص 52

² الدكتور محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، ج 1- 2 - 2004 - دار الهدى - عين مليلة الجزائر، ص 51-52.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 53.

المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة

إننا نجد من خلال المقارنة بين العقود المسماة وغير المسماة إن هناك مشكلة فنية تثار هي تحديد مشكلة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الذي أبرمه الأطراف إلى جانب النظرية العامة للعقد؟
-ترجع مشكلة التكييف إلى أن القواعد القانونية محدودة بينما وقائع الحياة متنوعة وغير محدودة فعند تطبيق القانون على الواقع وجب التكييف أي تحديد الطائفة القانونية التي ينتمي إليها وهذا لتطبيق القواعد القانونية التي تحكم هذه الطائفة، ففي العقود مثلا نجد على المستوى التنظيمي القواعد العامة في نظرية الالتزامات والقواعد الخاصة في قانون العقود المسماة، أما عمليا نجد أن الأفراد يبرمون ما يشاءون من عقود وفق ما يلي رغبتهم دون مراعاة للصيغ والمصطلحات دون خلاف أما عندما يثار الخلاف حول تنفيذ هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف وطرحه أما القضاء فإن القاضي يبدأ في توصيف وتصنيف الاتفاق وفقا لنماذج العقود الواردة في قانون العقود المسماة فإذا انطبقت إحدى هذه النماذج فإن العقد يكون من العقود المسماة وبالتالي يطبق عليه القاضي القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد إلى جانب القواعد العامة، أما إذا لم يطابق هذا الاتفاق لأي من النماذج الواردة في العقود المسماة فإن العقد يكون من العقود غير المسماة فيطبق عليها القاضي القواعد الملائمة في النظرية العامة للالتزامات أو في أقرب عقد مسمى لهذا الاتفاق ليطبق عليه ما يناسبه من القواعد الخاصة بهذا العقد، فالتكييف إذا يتطلب القيام بعمليتين.

أولاهما: تحديد العناصر القانونية المميزة لنموذج معين من العقود كأن يبحث عن ما يميز عقد البيع كتوافر (عنصري الثمن، نقل الملكية).

ثانيهما: أما في العقد الفردي الذي أبرمه الأطراف عن العناصر الواقعية التي تقابل هذه العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى¹.

مما سبق تتضح أهمية التمييز بين العقد المسمى و العقد الغير مسمى فالأول يخضع للأحكام التي وضعها المشرع خاصة به.

أما العقد غير مسمى فيرجع إلى القواعد العامة التي تحكم العقد في نظرية الالتزام لتطبيق الأحكام عليه. وهذا و طائفة العقود المسماة في تطور مستمر، فإذا شاع عقد من العقود غير المسماة، وأصبح مهما إلى درجة وجوب تنظيمه، فإن المشرع يقوم بتنظيم هذا العقد، ليحدد أحكامه، وبهذا ينتقل هذا العقد غير المسمى من طائفة العقود غير المسماة إلى طائفة العقود المسماة، ومن ذلك ما فعله المشرع المصري بتنظيمه لعقد التأمين في التقنين المدني الحالي.²

¹ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، ط2، الإسكندرية، 2004، ص 9-10.

² الدكتور محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 52.

والهدف من التنظيم القانوني للعقود المسماة هو التيسير على الأفراد والقضاة. إذ عندما يجد المشرع أن عقداً ما يحظى بأهمية كبيرة في الحياة العملية فإنه غالباً ما يتصدى لتنظيم أحكامه تنظيمياً خاصاً وذلك لتحقيق عدة أهداف منها: التيسير على الأفراد الذين غالباً ما يجهلون الأحكام القانونية الدقيقة للعقد الذي يرغبون في إبرامه. كذلك لتيسير مهمة القاضي في الفصل في النزاعات المعروضة عليه دون الرجوع إلى القواعد العامة التي تتطلب جهداً كبيراً من القاضي عندما يريد تطبيقها على الحالات الخاصة. وقد يهدف المشرع من ذلك أيضاً الخروج عن القواعد العامة عندما يجد أن المصلحة تستدعي ذلك. وكذلك قد يهدف إلى تطوير عقد من العقود لجعله منسجماً مع متطلبات العصر. وفيما يأتي نتحدث عن القواعد التي تحكم العقود المسماة وطبيعتها وأصناف العقود المسماة والتكييف القانوني للعقود.

الفرع الأول: القواعد القانونية التي تحكم العقود المسماة والعقود غير المسماة

تخضع العقود المسماة للقواعد القانونية الخاصة بها، وعندما لا يجد القاضي في هذه القواعد قاعدة تناسب بالنزاع المعروض عليه يلجأ إلى القواعد العامة في العقد (نظرية العقد)، فإن لم يجد يرجع إلى مصادر القانون الأخرى. أما بخصوص العقود غير المسماة فيجب على القاضي أن يطبق عليها القواعد العامة مباشرة، فإن لم يجد يرجع إلى المصادر الأخرى.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقواعد التي تحكم العقود المسماة

إن الأصل في القواعد القانونية التي تحكم العقود المسماة أنها قواعد مكملة وليست أمرة، وعليه يجوز لطرفي العقد الاتفاق على خلافها ما لم يكن هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو مناقضاً لمقتضى العقد. والهدف من هذا التنظيم القانوني، غير الملزم للعقود المسماة هو التسهيل على المتعاقدين وإغناؤهم عن التطرق لجميع تفاصيل العقد.¹

المطلب الثالث: أنواع العقود المسماة

عرفنا مما سبق أن العقود المسماة هي العقود التي خصها المشرع بقواعد خاصة نتيجة استقرار تعامل الناس عليها ضمن مبادئ قام المشرع بتوحيدها ضمن نصوص القانون وكما رأينا في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة في التشريعات القديمة وفي التشريع الروماني بصفة اخص وكذا في التشريعات الحديثة رأينا أن المشرع قد وضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم عقود من أهمها (عقود البيع، الايجار، الوكالة، الوديعة، العارية، التامين) وما يهمنا في دراستنا عقدا البيع والايجار.

¹ علي هادي العبيدي، العقود المسماة - البيع و الإيجار و قانون المالكين و المستأجرين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1431 هـ - 2010 م، ص 9.

لكن لنلق نظرة قبل ذلك على ما نظمه المشرع من عقود ضمن التقنين المدني فنجد انه وضع خمس مجموعات نجد فيها.

- 1) العقود التي ترد على الملك.
- 2) العقود التي ترد على المنفعة.
- 3) العقود التي ترد على العمل.
- 4) عقود الغرر
- 5) عقود الضمان.

اولا: العقود التي تقع على الملكية (البيع، المقايضة، الشركة، القرض والصلح) في المواد 351 الى 466

مدني

ثانيا: العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء (الايجار، العارية)

ثالثا: لعقود الواردة على العمل (المقاولة، الوكالة، الوديعة والحراسة) في المواد 594 الى 611 مدني

رابعا: عقود الغرر اي العقود الاحتمالية (المقامرة والرهان) في المواد 613 الى 643 مدني

خامسا: عقود التامينات الشخصية العينية، افرد لها المشرع المواد من 644 الى 673¹

وكل نوع من العقود الواردة أعلاه يتسم بطبيعة قانونية خاصة به تميزه عن سواه من العقود، ولكن هناك بعض أوجه الشبه بين كل مجموعة من العقود التي تنتمي إلى طائفة أو صنف واحد، كما أن جميع هذه العقود تشترك في كثير من الحكام التي تخضع فيها لنظرية العقد.

ومن العقود المسماة أيضاً ما تضمنه قانون التجارة كعقد الحساب الجاري وعقد الوديعة النقدية وعقد إجارة الخزائن وعقد الوكالة بالعمولة وعقد النقل وغيرها. كما أن هناك عقوداً مسماة أخرى نظمتها قوانين خاصة كعقد الصيرفة مثلاً.

• التكييف القانوني للعقود

إن التنظيم القانوني الخاص لبعض العقود يثير لنا مسألة قانونية دقيقة ومهمة تستحق البحث، هي مسألة "تكييف العقود". إذ لولا هذا التنظيم الخاص لما ظهرت الحاجة إلى التكييف، لأنه مهما كان نوع العقد فإن نظرية العقد هي التي تكون واجبة التطبيق.²

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 1990، ص9

² علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 9.

ويراد بتكليف العقد تحديد طبيعته القانونية وإعطائه الوصف القانوني المناسب له. ويكون القاضي ملزماً بتكليف العقد، لأن التكليف من صميم عمله فسيحسم النزاعات، وهو يقوم بذلك من تلقاء نفسه دون أن يتقيد بتكليف الخصوم، كما أنه يقوم بهذه العملية وأن لم يحصل نزاع بين ذوي العلاقة حول الوصف القانوني الصحيح للعقد، فقد يجهل الطرفان الوصف الصحيح للعلاقة القانونية التي تربطهما، وقد يتواطآن على وصف هذه العلاقة وصفاً خاطئاً، وذلك بهدف التحايل على القانون.

• ولكي يقوم القاضي بعملية التكليف القانوني للعقد فإنه يكون ملزماً بأمرين:

الأمر الأول: تحديد مضمون العقد، أي الأثر القانوني المترتب عليه فعلاً والذي يمثل الهدف الحقيقي الذي اتجهت إليه النية المشتركة للطرفين، لذا فإن تحديد مضمون العقد يستلزم بالضرورة الكشف عن النية المشتركة.

الأمر الثاني: إضفاء الوصف القانوني على العقد، وتبدأ هذه العملية بالمقارنة بين مضمون العقد والوصف الذي وصفه به الطرفان فإن وجدتهما متلائمين أبقى الوصف كما هو، أما إذا وجدتهما غير متلائمين ترك الوصف واستأنف عملية المقارنة بين مضمون العقد والأوصاف القانونية الأخرى المعروفة في القانون، فإن وجد فيها وصف يلائم هذا المضمون اختاره ليصف به العقد، وهذا يعني أن هذا العقد من العقود المسماة، وإذا لم يجد وصفاً قانونياً مناسباً لهذا العقد اعتبره من العقود غير المسماة.

ويعد التكليف من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز، بل أكثر من ذلك يعد ضرورة من ضرورات التطبيق السليم لقواعد القانون، لأن الخطأ فيه يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون، كما أن التكليف الخاطئ هو في ذاته خطأ في تطبيق القانون.¹

الفرع الأول: أهم العقود المسماة

يعد البيع من أهم المعاملات المالية نظراً لانتشاره في التعامل بين الناس وكثرة تداوله في حياتهم اليومية لإشباع حاجاتهم الأساسية. ولهذا السبب فهو من أقدم العقود التي عرفتها المجتمعات، ولم يسبقه إلا عقد المقايضة الذي يعد صورة من صور البيع ومرحلة من مراحل تطوره قبل معرفة النقود، وكنتيجة للأهمية الكبيرة لهذا العقد فقد حظي بإهتمام القوانين المختلفة فتكاملت أحكامه في وقت مبكر وأصبحت مصدراً لكثير من العقود. وقبل أن تشري ببحث أحكام هذا العقد نهد لذلك بالحديث عن ماهيته من خلال التعريف به وبيان خصائصه ونميزه عن بعض العقود المشابهة له.

¹ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 10.

أولاً: عقد البيع:

من كل ما سبق يهمننا عقد البيع الذي سماه المشرع المدني وعرف عقد البيع في المادة 351 وما بعدها وعرف عقد البيع في المادة 351 من التقنين المدني " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " وحدد وبين من خلال النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بعقد البيع اركانه وشروطه واثاره¹.

تعريف عقد البيع :

يراد بالبيع لغة مقابلة شيء بشيء، وهو من أسماء الأضداد التي تطلق على الشيء وعلى ضده مثل الشراء، كما في قوله تعالى: (وشروه بثمن بخص) سورة يوسف الآية 20، أي باعوه، وقوله تعالى : (ومن الناس من يشتري نفسه إبتغاء مضاة الله) سورة البقرة، الآية 208، أي يبيع نفسه، ويطلق على كل من المتعاقدين بائع و مشتري.

وقد عرف القانون المدني الأردني البيع في المادة (420) التي نصت على أن : البيع تملك مال أو حق مالي لقاء عوض . ويتضح من هذا النص أن البيع يتكون من ثلاثة عناصر أساسية هي:

العنصر الأول : التملك

العنصر الثاني : أن يرد على مال أو حق مالي.

العنصر الثالث : أن يكون لقاء عوض.²

أركان عقد البيع:

التراضي:

البيع عقد رضائي في القانون المصري والفرنسي يتم بمجرد التراضي دون حاجة إلى إتباع شكلية ما سواء كان محل منقولاً أو عقاراً .

أما في القانون الجزائري فهو أيضا عقد رضائي إذا كان محله منقولاً ولكنه عقد شكلي إذا كان محله عقاراً استناداً إلى ما يأتي:

¹ نبيل سعد، مرجع سابق، ص 7.

² علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 15

المادة 14 من قانون السجل التجاري والتي تقضي بوجوب الإشارة إلى جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة للملكية وكذلك العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس البطاقات العقارية وذلك من اجل إنشاء مجموعة البطاقات العقارية.

كما أن الرسمية تضع بين يدي المشتري والبائع سنداً قابلاً للتنفيذ وإجراء الشهر بموجبه دون الحاجة إلى حكم لتنفيذه.

وندرس فيما يلي بعض صور التراضي في عقد البيع وهي الوعد بالبيع والشراء، ثم البيوع الموصوفة الأخرى وهي البيع بالعربون والبيع مع الاحتفاظ بحق العدول والبيع بشرط التجربة والبيع بالعينة.¹

• أوصاف البيع:

البيع بالعربون: والبيع مع الاحتفاظ بحق العدول لم ينص عليهما القانون المدني الجزائري في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول يتفق المتعاقدان على إدراج شرط في العقد يجعل لأحدهما أو كليهما الحق في العدول بحيث يصبح العقد كان لم يكن أي انه لا يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزامات ولا إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل بل يمتد أثره إلى الماضي فينهار العقد بأثر رجعي، ولخطورة هذا الوضع فان حق العدول لا يعطى إلا لمدة قصيرة تنتهي قبل البدء في تنفيذ الالتزامات، وبعدها يصبح العقد نهائياً .

والعربون هو مبلغ من المال يدفعه احد المتعاقدين عند التعاقد فإذا لم ينفذ العقد فقد مبلغ العربون وإذا كان عدم التنفيذ من الطرف الآخر رد العربون ومثله لمن دفعه.

البيع بشرط التجربة : هو البيع الذي يتفق فيه على أن للمشتري حق تجربة المبيع ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحاً بل قد يكون ضمناً من ذلك ما جرت عليه العادة فيه على التجربة بالنسبة لبعض الأشياء كالملابس الجاهزة وقد بينت المادة 1/355 مدي جزائري أحكام البيع بشرط التجربة فنصت على انه " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً "، ونصت الفقرة الثانية

1 د. خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الساحة المركزية - بن عكنون -

من المادة 355 مدني جزائري على أن يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . كما انه من غير المقبول أن يكيف بيع التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف إذ مادام للمشتري حرية القبول والرفض، والقاعدة هي أن الالتزام المعلق على شرط إرادي بحت باطل.¹

البيع بالعينة: نصت عليه المادة 353 مدني جزائري، وفي البيع بالعينة يقوم البائع بتقديم عينة للمشتري ويتفق معه على أن يقدم له بضاعة مطابقة لهذه العينة وهنا يتم البيع ويعتبر تعيين العينة تعيينا للشيء المبيع من حيث جنسه ونوعه ودرجته وجودته، فرؤية المشتري للعينة تعني عن رؤيته للشيء المبيع. ويمكن القول بأنه عقد بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم مطابقة المبيع للعينة وإذا سلم البائع بضاعة مطابقة للعينة تماما التزم المشتري بقبول المبيع وليس له أن يرفضه بحجة انه غير مطابق لرغبته الشخصية أما إذا كانت البضاعة غير مطابقة للعينة فلا يلزم المشتري بتنفيذ العقد ولو كانت من نوع أكثر جود أو اقل جودة فهنا للمشتري الخيار بين ثلاثة أمور 1- أن يطالب بفسخ العقد وتحميل البائع التعويض.²

2- أن يطالب بإلزام البائع بتقديم بضاعة مطابقة للعينة.

3- وللقاضي أن يلزم البائع بذلك وإذا اقتضى الأمر يلزمه بان يشتريها من السوق، وللقاضي أيضا أن يأذن للمشتري بشراء البضاعة من السوق على حساب البائع بمعنى أن يلزم البائع بدفع الفرق في الثمن.

المحل في عقد البيع:

محل أي عقد هو العملية القانونية، أي أنها يصبا الشيء المتفق على نقل ملكيته في قالب قانوني أي الالتزامات التي يراد إنشائها سواء التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن شروط محل التزام البائع:

بصفة عامة شروط المحل أربع إن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب، أن يكون ممكناً غير مستحيل استحالة مطلقة وان يكون معيناً بذاته أو بنوعه أو قابلاً للتعيين وان يعلم المشتري بالمبيع علماً كافياً.

1 د. خليل أحمد حسن قدارة مرجع سابق ص 65

2 د. خليل أحمد حسن قدارة مرجع سابق ص 65

أولا : شرط مشروعية المحل : نصت عليه المادة 93 مدني جزائري هنا نميز بين حالتين:

أن لا يكون محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب العامة أي غير جائز التعامل فيه كالمواد المخدرة ومنه بطلان العقد بطلانا مطلقا.¹

أن لا يكون محل الالتزام محملا بشرط عدم التصرف فيه لمدة معينة ولغرض مشروع (شرط المنع من التصرف) لم ينص عليه المشرع الجزائري.

ثانيا : شرط الإمكان : إذا كان المحل مستحيل التعامل فيه استحالة مطلقة ولو أن الشيء موجود أو قابل للوجود . مثال المبيع ملك للمشتري المادة 93 مدني جزائري.

-انتقاص من أهلية الوجوب لدى المشتري مثال ذلك منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها المادة 403/402 مدني جزائري.

وجود الشيء أو قابليته للوجود: يختلف باختلاف قصد العاقدين:

حالة 1 : أن يكون قصد المتعاقدين في أن الشيء المبيع موجود فعلا وقت التعاقد فإذا تبين انه غير موجود وقت التعاقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ولو أمكن وجوده في المستقبل .

وإذا تحقق وجود الشيء وقت التعاقد ثم هلك لا يترتب عليه بطلان لان الالتزام قد نشأ ولكن يترتب عليه الفسخ.

حالة 2 : يكون قصد المتعاقدين على أن الشيء المبيع يكون مستقبلي أو قابل للوجود أي تنقل الملكية عند وجوده ومنه فان التزام البائع يكون ممكنا بنص المادة 1/92 مدني جزائري تقابلها المادة 1/131 مدني مصري (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا)ومحققا جاءت المادة باستثناء وهو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة المادة 2/92 مدني جزائري.

يلاحظ أن القانون الوضعي يخالف الشريعة الإسلامية على أن هذه الأخيرة حكمت بالبطلان على الأشياء المستقبلية.

شرط أن لا يكون المشتري ممنوعا من اكتساب الحق المبيع (انتقاص الأهلية).

هي انتقاص صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه . مثال ذلك ما نصت عليه المادة 402 التي تقابلها المادة 471 مدني مصري والتي تمنع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها و المادة 403 التي تقابلها المادة 472 مدني مصري التي تمنع المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها¹.

منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها المادة 402 المحكمة من هذا المنع هي إبعاد رجال القضاء والمحاماة عن مواطن الشبهات لذلك نص المشرع على عدم صلاحيتهم لاكتساب الحقوق المتنازع فيها بطريق الشراء. حيث عدت المادة 402 الأشخاص الممنوعين من الشراء على سبيل الحصر، ويشترط لهذا المنع أن تثبت لهم هذه الصفة وقت الشراء (قبل تعيينه أو بعد اعتزاله فهنا شراءه صحيح) وان يكون الحق المتنازع فيه من اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله. بالإضافة إلى انه إذا مستشارا بالمجلس الأعلى امتنع عليه شراء أي حق من الحقوق المتنازع عليها في أنحاء الجمهورية نظرا لامتداد اختصاصه.

إذا كان مستشارا بالمجلس القضائي لولاية معينة يمنع عليه الشراء حتى ولو كان النزاع مما لا يجوز استئنافه لكن يجوز له شراء الحقوق التي يكون نظر النزاع فيها من اختصاص أي مجلس قضائي آخر، والعبرة هنا هي بالاختصاص.²

ثالثا : شرط التعيين أو القابلية للتعيين .

نصت عليه المادة 94 مدني جزائري ويترتب على تخلف شرط التعيين بان كان المبيع غير معين أو غير قبل للتعيين بطلان العقد بطلانا مطلقا .

- هناك طرق للتعيين ومن بينها تعيين المبيع على أساس العينة يتفق على أن يكون المبيع مطابقا لها . نص المادة

1/353

غير أن المشرع لم يكتفي بما تقضي به القواعد العامة في شأن تعيين المبيع وإنما أضاف شرطا آخر في البيع نص

1 د. خليل أحمد حسن قدارة مرجع سابق ص 65 - 66

2 د. خليل أحمد حسن قدارة مرجع سابق ص 81

عليه في المادة 1/352 ألا وهو شرط العلم المشتري بالمبيع علما كافيا . ويترتب على هذا التخلف أن يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري بعكس شرط التعيين فانه هذا تخاف يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

رابعا : شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا.

نصت عليه المادة 352م ج ويعتبر كذلك حق المشتري في طلب الإبطال، إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في الإبطال إلا إذا اثبت غش البائع م 2/352 مدني جزائري.

- والتقدم المسقط قد يسقط حق المشتري في إبطال العقد المادة 101 مدني جزائري.

- إذا لحق بالشيء المبيع تلف وهو في يد المشتري فلا يجوز له إبطال العقد

- تنازل المشتري عن حقه في طلب الإبطال (صريح أو ضمني) نص المادة 100 مدني جزائري.¹

● السبب:

إن السبب في عقد البيع هو نفسه السبب في الالتزام فهو ركن لا غنى عنه لنشوء الالتزام العقدي وتظهر أهمية نظرية السبب والنص عليها في القانون عند الاتفاق على إنتاج اثر قانوني مخالف للقانون وللنظام العام والآداب العامة.²

وبالرغم من عدم تعريف القانون المدني الجزائري وكذا القانون المدني الفرنسي للسبب فقد عمل القضاء سواء في الجزائر أو في فرنسا على إبطال العديد من العقود لعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته وهذا تطبيقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " وهناك اختلاف فقهي حول تعريف السبب لعدم وجود نص، فأنصار النظرية التقليدية التي يتزعمها "دوما" فهذه النظرية تدرس السبب في ثلاثة أنواع من العقود :

1 د. خليل أحمد حسن ققادة مرجع سابق ص76-77

2 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الساحة

المركزية - بن عكون - الجزائر. ص155-156

العقود التبادلية، العقود العينية الملزمة لجانب واحد وعقود التبرع . فما دام عقد البيع هو من العقود التبادلية أي المعاوضة فسبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، مثلا التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

الشروط الواجب توافرها في السبب حسب أنصار هذه النظرية صحته و مشروعيته، أما النظرية الحديثة في السبب فترى أن السبب العقد أمر ذاتي خارج عن نطاق العقد ويختلف باختلاف شخص المتعاقد والهدف أو الغرض المباشر منه هو الجواب على التزام مدني . ويقول البعض أن الباعث على التعاقد هو الدافع على التعاقد الذي ليس سببا للالتزام، ومثال ذلك أن البائع منزل يكون سبب التزامه تبعا للنظرية التقليدية هو استلام ثمن المنزل من النقود ولكن الباعث لديه الذي استبعد في النظرية التقليدية قد يكون اخذ النقود ليمارس بها عملا تجاريا أو يقامر أو يتبرع بها وهذا هو الباعث الذي يتغير من شخص لآخر .

ثانيا: عقد الإيجار:

يعد عقد الإيجار من العقود القديمة في ظهورها، إذ لم يسبقه إلا عقد المقايضة والبيع، إذ لم يسبقه إلا عقد المقايضة والبيع، وقد ظهر هذا العقد بعد ظهور الطبقة الثالثة في المجتمع الإنساني، وهي الطبقة الوسطى بين طبقتي العبيد و الأسياد، وذلك لأن أفراد هذه الطبقة غير قادرين على امتلاك الأراضي و المساكن وليس لديهم من الأموال ما يكفي لمعيشتهم فاضطروا إلى العمل في أراضي الغير من طبقة الأسياد و السكن في بيوتهم ومن هنا برزت الحاجة الى نظام يحكم هذه العلاقة الجديدة فظهر عقد الإيجار. ومن جهة أخرى فإن طبقة الأسياد كانوا بحاجة إلى هذا العقد أيضا لأنهم يملكون الأراضي الشاسعة التي لا يتمكنون من استغلالها بواسطة العبيد بسبب تحرر عدد كبير منهم، كما أنهم بدءوا يستثمرون أموالهم عن طريق بناء المساكن و تأجيرها.¹

و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الإيجار من حيث التطرق إلى تعريفه و أركانه والالتزامات والحقوق الناتجة عنه وشكله وطرق إثباته وانتهاء عقد الإيجار وفي مختلف المسائل التي تتمحور حول هذا العقد وستتناول في هذا المطلب ماهية عقد الإيجار من خلال التطرق إلى مفهومه وأركانه.²

¹ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 201

علي هادي العبيدي مرجع سابق ص 2219.

• تعريف عقد الإيجار

عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في م. 467 المعدلة بقانون 07-05 بتاريخ 13/05/2007 على أنه: "عقد يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم." ويكون الثمن في الأصل مالا، إلا أنه يجوز أن يكون هذا البدل تقدم عمل . ويستفاد من هذا التعريف أن عناصر الإيجار هي التمكين من الانتفاع والأجرة والمدة. و يلاحظ أن هذا التعريف من التعديلات التي جاء بها المشرع في القانون 07-05 بحيث تم تعديل المادة القديمة التي كانت تنص على أنه: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر". حيث كانت هذه المادة تهتم بانعقاد عقد الإيجار إضافة إلى أنها جمعت بين التعريف وحق البقاء للزوجة المطلقة الحاضنة. ويلاحظ أيضا أن هذه المادة المعدلة ما كان ينصب موضوعها على السكنات أو الأماكن المعدة للسكن. بحيث أن عقد الإيجار ينصب على عدة مواضيع أو محلات مثلا السكنات والأراضي الفلاحية والمحلات المخصصة للمهن. ونجد أن المادة الجديدة جعلت من الالتزام بالتمكين من الانتفاع شرطا أساسيا بحيث يعتبر التزام إيجابي. فيجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة لتمكين المستأجر من الانتفاع بها.

• خصائص عقد الإيجار

- نستخلص من خلال تعريف عقد الإيجار المدني أن لهذا العقد مجموعة من الخصائص تتمثل في :
- 1- عقد الإيجار عقد مسمى: أي أن المشرع الجزائري نظم أحكام هذا العقد عن طريق التشريع
 - 2- عقد الإيجار عقد رضائي: أي لا يشترط شكل معين لانعقاده بل يكفي شرط التراضي بين المتعاقدين فضلا عن المحل والسبب إلا أننا قد نجد بعض الاستثناءات التي تلزم إبرام عقد الإيجار كتابة. مثلا م. 507 مكرر 1 من قانون 07-05 التي تخضع للإيجارات ذات الاستعمال السكني المبرمة من قبل المؤسسات العمومية المختصة إلى الأحكام الخاصة بها. مما نستنتج أن قوانينها الأساسية تشترط كتابة عقد الإيجار. مثلا عقود الإيجار الصادرة عن ديوان شركة التسيير العقاري. وكذلك بالنسبة لإيجارات الأراضي الفلاحية الخاص . بالمستثمرة الفلاحية، فهي تخضع إلى مبدأ الكتابة¹.
- ولا ننسى في هذا الصدد المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري المعدل والمتمم بقانون 07-05 حيث أن المادة 21 منه تشترط وجوبا العلاقة ما بين المستأجر والمؤجر في عقد

الإيجار طبقا للنموذج الكتابي الذي حدده المرسوم التنفيذي رقم 74-69 بتاريخ 19/04/1974 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المتعلق بالنشاط العقاري . كذلك يجب الإشارة إلى أن نظرية عقد الإيجار في القانون المدني لا تنطبق على الإيجارات التجارية كأصل عام، باعتبار أن الإيجارات التجارية يجب أن تكون مكتوبة تحت طائلة البطلان ابتداء من سنة 2005 .

3- **عقد الإيجار عقد ملزم للجانبين:** أي انه ينشأ التزامات وحقوق لكلا طرفي العقد فالمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أما المستأجر فيلتزم بدفع مبلغ الإيجار .

4- **عقد الإيجار عقد معاوضة:** يقصد بعقد المعاوضة حصول كل من المتعاقدين على مقابل نتيجة للالتزامات التي يقضي بها العقد ففي عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المؤجر من الانتفاع بشيء في المقابل يلتزم المستأجر بدفع ثمن الانتفاع بذلك الشيء لمدة معينة .

5- **عقد الإيجار عقد مؤقت:** تعتبر هذه الخاصية عنصر جوهري تميز عقد الإيجار ومفادها بان عقد الإيجار عقد محدد المدة باتفاق بين أطرافه .

6- **عقد الإيجار من العقود المحددة:** أي أن الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد تحدد عند إبرام العقد باتفاق بين أطرافه عكس العقود الغير محددة أو العقود الاحتمالية .

7 - **قد الإيجار لا يرتب للمستأجر حقا عينيا في الشيء في المؤجر أي انه ينشأ التزامات شخصية فقط لكلا الطرفين وعليه فانه من أهم عقود الإدارة ويخرج تماما من دائرة العقود الناقلة للملكية .**

أركان عقد الإيجار المدني:

1 التراضي في عقد الإيجار:

شروط الانعقاد.

1- **وجود ارادة:** تخضع للقواعد العامة المنشأة للعقد ولا تخضع لشكل معين بل يكفي اتخاذ موقف من أطرافه لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير على الإرادة ضمنيا وذلك في حالة تجديد عقد الإيجار كالبقاء في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار .¹

2- **تطابق الإيجاب بالقابول:** يخضع كذلك للقواعد العامة لانعقاد العقد إذ يشترط لانعقاد عقد الإيجار أن يصدر إيجاب من احدهما وقابول مطابق من الآخر للإيجاب ويجدر بالإشارة إلى أن الإيجاب والقابول في عقد الإيجار يقع على أربع عناصر هي:

¹ . علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص212 - 213

- ماهية العقد:

- الشيء المؤجر :

- مدة الإيجار:

- سعر الإيجار:

3- طرفا عقد الإيجار: من المعلوم أن طرفا عقد الإيجار هما المؤجر والمستأجر و سنين الآن من له حق الإيجار ومن له حق الاستئجار.

أ- من له حق الإيجار: يملك حق الإيجار من له الصفات الآتية:

* من له حق ملكية الشيء.

* من له حق الانتفاع: يمكن لمن له هذا الحق أن يبرم عقد الإيجار إلا أن هذا الحق مؤقت وليس دائم كحق الملكية وعليه فإن مدة الإيجار يجب أن لا تتجاوز مدة الانتفاع وهذا ما أكدته المادة 469 من ق.م.ج. التي نصت على أن الإيجار الصادر من له حق المنفعة ينقضي بانقضاء هذا الحق على أن تراعى المواعيد المقررة للتبنيه والإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة.

* من له حق إدارة الشيء: يمكن لمن له هذا الحق أن يبرم عقد إيجار لمدة لا تفوق ثلاث سنوات ويمكن أن تتمدد هذه المدة بترخيص من القاضي وهذا حسب المادة 468 من ق.م.ج.

* من له صفة الولي على القاصر المالك للشيء : تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أن الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص وعليه أن يستأذن القاضي قبل القيام بأي تصرف ومن بين هذه التصرفات إيجار عقارات القاصر لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات .

* من له حق شخصي يتمتع به بموجب عقد إيجار: تنص المادة 505 من ق.م.ج على انه يمكن للمستأجر أن يؤجر بدوره العين المؤجرة إيجارا فرعيا وهذا الإيجار يعتبر بدوره مظهرا من مظاهر حق الانتفاع ويشترط في ممارسة هذا الحق الموافقة الصريحة للمؤجر الأصلي .

* بالإضافة إلى هذا يمكن أن يؤجر الشيء من طرف أشخاص لا يتمتعون بحق شخصي أو عيني مثل المسير، الوكيل، الحارس القضائي و اللذين يتمتعون بمقتضى الاتفاق أو القانون بصلاحيات إبرام عقد الإيجار.¹

ب- من له حق الاستئجار: لم يفرق المشرع الجزائري بين الأشخاص الطبيعيين و المعنويين في قدرتهم على الاستفادة من حق الإيجار فضلا عن هذا فان كل شخص طبيعيا كان أم معنوي يستطيع أن يدفع ثمن الإيجار فيحق له حق الاستئجار متى توافرت الأهلية الوجبة لذلك.

¹ . علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص215

شروط الصحة:

1- توافر الأهلية: يخضع الإيجار للقواعد العامة في الأهلية إذ يشترط في انعقاده واكتماله أهلية طرفي العقد وذلك بإتمام 19 سنة كاملة. فإذا كان أحد الطرفين عدس التمييز أي أقل من 13 سنة أو من في حكمه كالمعتوه والمجنون كان العقد باطلا بطلانا مطلق. وأما إذا كان أحد الطرفين مميزا وهو من أكمل 13 سنة كاملة أو من كان في حكمه كالسفيه وذا الغفلة فإن العقد يكون موقوفا على إجازة الولي أو الوصي في الحدود التي يجوز فيها لهما التصرف أو إجازة القاصر بعد اكتمال أهليته وذلك لأن الإيجار من بين التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. ولكن هل يجوز للولي أو الوصي إيجار شيء مملوك لعدس الأهلية أو ناقصها أو للمحجور عليه؟
يجب أن نشير إلى أنه إذا كانت أعماله من أعمال الإدارة، فيجوز له ذلك بشرط أن لا تتجاوز مدة الإيجار 3 سنوات حسب المادة (م. 468 ق.م.) إلا أن هذه القاعدة يمكن أن لا تطبق وبالتالي يجوز تجاوز المدة إذا كان النص القانوني ينص على خلاف ذلك.

2- عيوب التراضي: يكون التراضي في عقد الإيجار معيبا إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال وليس في ذلك إلا تطبيق القواعد العامة ولكن الغلط والاستغلال والغبن في عقد الإيجار له تطبيقات عملية لا تخلو من الأهمية والتي سيأتي على ذكرها:

الغلط في شخص المستأجر: إذا كان الغلط واقعا على شخص المستأجر فليس له بوجه عام تأثير على صحة العقد لان الإيجار من عقود المعاوضة ويستوي لدى المؤجر أن يكون قد أجر لشخص أو لأخر مادام يريد بهذا الإيجار أن يدير العين المؤجرة دون مراعاة لشخصية المستأجر ولكن مع ذلك يكون الغلط سببا في إبطال عقد الإيجار إذا كان شخص المستأجر محل اعتبار لدى المؤجر والأصل أن شخص المستأجر ليس محل اعتبار في العقد إلا إذا ثبت العكس.

الغلط في العين المؤجرة: إذا وقع الغلط في العين المؤجرة فإن الإيجار يكون باطلا طبقا للقواعد العامة أما إذا كان الغلط واقعا في وصف من أوصاف العين فإن كان محل اعتبار فيكون العقد قابلا للإبطال كأن يعتقد الشخص أنه يستأجر أرض صالحة للزراعة فإذا هي عكس ذلك والأمثلة متعددة
الغبن والاستغلال في عقد الإيجار: الغبن في عقد الإيجار لا تأثير له في صحة العقد فإذا أجر المؤجر بأجرة مرتفعة بحيث يصيب المستأجر من وراء ذلك غبن فاحش أو أجر باجرة منخفضة بحيث يصيبه هو غبن فاحش فإن الإيجار يكون مع ذلك صحيحا ما لم تكن الأجرة تافهة أو صورية. فيكون العقد قابلا للإبطال .
أما الاستغلال في عقد الإيجار فيؤثر في صحة هذا العقد شأنه شأن سائر العقود وتطبق القواعد العامة .

● المحل في عقد الإيجار:

الشيء المؤجر:

تطبق عليه القواعد العامة أي أن يكون موجودا أو قابلا للوجود معيننا أو قابلا للتعيين و غير قابل للاستهلاك وغير مخالف للنظام العام و قابلا للتعامل فيه ويجدر بالإشارة إلى أن قواعد القانون المدني لا تطبق إلا على المحلات الموجهة للسكن أو ممارسة مهنة ويقصي مفهوم المحل المنقولات والأرض الجرداء ذلك أنه يستوجب وجود عقار مبني مهما كانت حالته سواء كان كوخا أو بيتا قصديريا مع مراعاة أحكام النصوص المتعلقة بالمحلات الممنوع فيها السكن أما إذا تعلق الأمر بمحل مهني فشروط القابلية للسكن غير مطلوبة و يكفي أن تمارس مهنة في المحل كما تطبق قواعد القانون المدني على ملحقات السكن كالقبو والسطح إذا أجزيت تبعا للمحل الرئيسي أو إذا أجزيت أساسا للسكن أو ممارسة مهنة¹.

ويجدر بالإشارة إلى أن ممارسة المهنة في المحل المؤجر يجب أن تكون فعلية واعتيادية ومشروعة وبصفة رئيسية.

سعر الإيجار:

الأجرة أو بدل الإيجار هو المبلغ المالي الذي يلتزم المستأجر بدفعه في مقابل حصوله على المنفعة. وتقضي م.1/467 ق.م. أن بدل الإيجار قد يكون نقدا أو بتقدم أي عمل آخر، كأن يؤجر شخص أرض مقابل بدل الإيجار في نسبة معينة من المحصول ويجب أن تكون الأجرة حقيقية وجدية بحيث لا تكون مقدارا تافها يقترب من العدم. ويشترط أن تكون الأجرة معلومة وهذا ما قضت به م. 2/467 ومعنى أن تكون الأجرة متفق عليها بين الطرفين ومعلومة في العقد، فإذا كانت من النقود يكفي في تعيينها ذكر المقدار وإذا كان بدل الإيجار تقدم عمل يجب تقويمه وتقديره في العقد.

مدة الإيجار:

تعد المدة من العناصر الجوهرية في عقد الإيجار لأنه من العقود الزمنية التي تتخذ فيه التزامات وحقوق الطرفين تبعا لمدة العقد، ولهذا فقد نصت م. 467 المعدلة أنه يجب أن تحدد مدة الإيجار أي يجب أن تكون مدة معلومة وبالتالي استبعد المشرع العقود غير المحددة والعقود الأبدية إذ على أساس هذه المدة يتعين مقدار المنفعة التي يستحقها المستأجر ومقدار الأجرة التي يستحقها المؤجر و لم يحددها المشرع الجزائري في التعديل الجديد الحد الأقصى للمدة إلا أنه يستفاد من نص المادة أنه لا يجوز أن يبرم عقد الإيجار لمدة حياة المستأجر وإذا كان الشيء المأجور ملك لقاصر، فلا يجوز أن تزيد مدة الإيجار على 3 سنوات إذا قام بالإيجار وليه أو وصيه.

¹ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص213

السبب في عقد الإيجار:

يعرف السبب في العقود بأنه العنصر المعنوي الذي يسمح بمعرفة لماذا الإرادة تنشأ الالتزام فهو الهدف الذي من أجله يؤدي المتعاقد التزامه ويمكن تعريفه بالاعتبارات الاقتصادية التي ينتظر جنيها من طرف العقد و عليه فالاختلاف واضح بين السبب والمحل فالأول مادي والثاني معنوي و السبب في عقد الإيجار بالنسبة للمستأجر هو استغلال الشيء المؤجر أما بالنسبة للمؤجر فهو الاستفادة من سعر الإيجار¹.

الكتابة في عقد الإيجار:

إذا كان عقد الإيجار في القانون القديم لم تشترط الكتابة لإبرامه حيث جعلها أمر نسبي فقد تكون مشروطة ببعض القوانين الخاصة بالإيجارات السكنية مثلا ديوان الترقية والتسيير العقاري وكذلك إيجار الأراضي الفلاحية وكذلك الإيجارات المتعلقة بالنشاط العقاري، ولكن هذا لا يمنع أن يكون عقد الإيجار كتابة من أجل إثباته وبالرجوع إلى نص م. 467 مكرر في ظل تعديل 2007 فإنه يشترط الكتابة في عقد الإيجار تحت طائلة البطلان، وعليه فإن كتابة عقد الإيجار تعتبر شرط لانعقاده صحيحا، إضافة إلى الشروط التي ذكرناها سابقا غير أن المشرع لم يبين طبيعة الكتابة إذا كانت رسمية أو غيرها، وعليه يجب الرجوع للقواعد العامة التي تبين أحكام الكتابة لإثبات الالتزام وليس لانعقاده، ويستخلص أن الكتابة تكون رسمية كقاعدة عامة، ومفادها أن العقد يجر من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة في حدود سلطاته (م. 324² ق.م.) ويجب أن توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الانقضاء ويؤشر الضابط العمومي (الموثق) على ذلك في آخر العقد (م. 2/324 مكرر ق.م.). ويعتبر العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره .

المطلب الثالث: أهم العقود غير المسماة

الفرع الأول : العقد الطبي

بالرغم من عدم الوصول إلى وصف دقيق للعقد الطبي و معرفة الطبيعة القانونية له، فهذا لا يمنع أن يتمتع هذا العقد بخصائص معينة تميزه عن باقي العقود، فهو يعتبر عقد رضائي يقوم على اعتبار شخصي و متقابل الالتزامات .

¹ علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 216

² علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 217

- 1) عقد رضائي يقوم على اعتبار شخصي و متقابل الالتزامات
- 2) هو عقد مدني ممتد و متتابع
- 3) هو عقد يبرم عن بعد
- 4) هو عقد قابل للإلغاء أو الفسخ

أولاً: العقد الطبي عقد رضائي يقوم على اعتبار شخصي و متقابل الالتزامات

المريض يختار الطبيب نسبة إلى كفاءته العلمية الحقيقية أو المفترضة، و أيضا نظرا للثقة الموضوعية في شخص الطبيب حتى يطمئن لأوامره و تعليماته و هذا الاختيار لا يخضع لاتباع شكل م عمن ؛ و بالمقابل يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد في ممارسة نشاطه المهني، فمن حيث المبدأ يجوز رفض التعاقد مع مريض معين - بالمفهوم الضيق فقط - وفقا لمبدأ حرية التعاقد فلا يكره الطبيب على قبول التعامل مع أي مريض¹.

ويتضمن العقد الطبي التزامات متقابلة فهو ينظم التزاما على الطبيب بتقديم العلاج اللازم و بإتقان للمريض و يجبره على حفظ سره و عدم إفشائه، مقابل ذلك يلتزم المريض بدفع الأتعاب، كما يلتزم أيضا بإتباع نصائحه وإرشاداته، من هنا نستشف أن هذا العقد يعد من فئة عقود المعاوضة إذ تنص المادة : 310 من التقنين المدني على طابع المعاوضة لهذا العقد وتنص على أنه " أن تتقادم بسنتين حقوق الأطباء و الصيادلة

" بشرط أن تكون هذه الحقوق " واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم و عما تكبدوه من مصاريف " وتنص المادة : 211 من قانون ترقية الصحة و حمايتها على أن " تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة²."

فالحق في التطبيب (العلاج) يأتي على رأس الحقوق نتيجة لماله من أهمية اجتماعية، فيتدخل الطبيب كلما حصلت الضرورة دون أن يتقاضى مسبقا أي أجر على ذلك، مثاله : حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة

¹ . بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،**العقد الطبي**، من إعداد الطالب عشوش كريم، تخصص : عقود و

مسؤولية، السنة الجامعية 2000 - 2001، كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون. ص2

² . بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،**العقد الطبي**، من إعداد الطالب عشوش كريم، تخصص : عقود و

مسؤولية، السنة الجامعية 2000 - 2001، كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون. ص4

210 من قانون الصحة التي تنص على أنه " يتعين على الأطباء و ج 齷 راحي الأسنان و الصيادلة أن يمتثلوا لأوامر التسخير التي تصدرها السلطة العمومية مع مراعاة أحكام المادة : 206 التي تلزم الأطباء بكتف السر المهني إلا في حالات يسمح لهم قانونا، كما تنص المادة: 236 من القانون نفسه على أنه " يعاقب طبقا لأحكام المادة 442 مكرر قانون العقوبات " وعلى أنه " من لم يمتثل لأوامر السلطات العمومية المع تادة و المبلّغة حسب الأشكال التنظيمية "، كما نصت على ذلك المادة : 210 من هذا القانون .

كما أن العلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة تبادلية، تلقي بالتزامات متقابلة على طرفيها و هما الطبيب من جهة أولى، و المريض من جهة ثانية.

ثانيا: العقد الطبي عقد مدني ممتد و متتابع

يظل العمل الطبي يتصف بالطابع المدني بعيدا عن الطابع التجاري، و قد نصت المادة : 20 من مدونة أخلاق الطب صراحة " يجب ألا تمارس مهنة الطب ...

ممارسة تجارية ... " و منعت الطبيب من القيام بأساليب الإشهار المباشرة و غير المباشرة .

كما يتميز العقد الطبي على أنه عقد ممتد، متتابع ومستمر، فهو عادة لا يتحقق مرة واحدة و لا ينفذ فورا، لكونه يتحقق خلال عدة مراحل مرتبطة و منشئة لالتزامات جديدة يتخلى بها كل من المريض و الطبيب، فالقيام بفحوصات و إجراء التشخيص و معالجة الأسقام تستغرق وقتا قد يطول أو يقصر حسب الحالات، مما يجعل عنصر الزمن جوهريا في هذا العقد.

ثالثا: العقد الطبي عقد يبرم عن بعد

قد يبرم العقد الطبي بين المريض و الطبيب ليس في صورة لجوء هذا المريض إلى عيادة الطبيب، بل قد يبرم عقد عن بعد بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف و حضورهم مجلس العقد لحظة تبادل التراضي بينهما، فيصدر الإيجاب و يقترن به القبول عبر شبكة الأنترنت بين الطبيب و المريض اللذان يضمهما مجلس واحد حكومي افتراضي، ومن ثم فهو عقد فوري متعاصر، وعليه فهو يبرم بين غائبين في المكان في مثل هذه الأحوال، فهو من العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن؛ و العبرة في تحديد مكان العقد هو المكان الذي وصل فيه العلم بالقبول

من طرف من أصدر إيجابه للطرف الآخر، وهذا حسب المادة : 61 من التقنين المدني الجزائري " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من ووجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك"¹

رابعاً: العقد الطبي عقد قابل للإنهاء أو الفسخ

فما دام أن العقد الطبي يقوم على أساس التراضي و التقابل في الالتزامات و كذا على أساس الثقة مراعين الاعتبار الشخصي، فإن العقد ينقضي إذا ما وافق المريض على الطبيب المعالج كأصل عام ؛ و هذا الاعتبار نفسه الذي يحول للمريض أن ينهي العقد، و سبب ذلك هو أن ثقة المريض لا يشترط توافرها عند إبرام العقد فحسب بل ينبغي أن تبقى قائمة و مستمرة طيلة فترة العلاج، فإذا فقد المريض ثقته في الطبيب في أي لحظة من اللحظات كان له أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، و بالمقابل بإمكان الطبيب فسخ العقد إذا ما أحلّ المريض بالتزاماته - واجب دفع الأتعاب أو ثمن العلاج - قبل الطبيب المعالج غير أنه لا مجال لأن يكون جسم الإنسان محلاً للخطر بفسخ العقد خاصة في حالة الاستعجال و الضرورة.

وهكذا أخلص إلى أن العقد الطبي تكون الالتزامات فيه متقابلة، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقل الآخر بعد إعداره للمدين أن يطلب تنفيذ العقد وفسخه مع التعويض في كلتا الحالتين².

وأخلص أخيراً أن العقد الطبي يكتسي طابعاً خاصاً من قبيل العقود غير المسماة ذو الطبيعة المتميزة في قيام أركانه .

الفرع الثاني : عقد النشر الذي يبرمه المؤلف مع دار النشر

أولاً : طبيعة عقد النشر

عرفت الكثير من قوانين حق المؤلف عقد النشر وحددت شروط صحته، وبيّنت التزامات أطرافه : المؤلف، والناشر، فللقانون الفرنسي على سبيل المثال في المادة 1/132 منه يعرف عقد النشر بأنه : العقد الذي يتنازل

¹ عشوش كريم، مرجع سابق ص5

² . بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، العقد الطبي، من إعداد الطالب عشوش كريم، تخصص : عقود و

مسؤولية، السنة الجامعية 2000 - 2001، كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون. ص5

بمقتضاه المؤلف، أو أحد ورثته من بعده وفقا لشروط محددة الى شخص يسمى الناشر عن حق إنتاج أو العمل على إنتاج عدد من النسخ للمصنف، على أن يلتزم الأخير بالطبع والإعلان، وعرفه المشرع السويسري في المادة 16 بأنه : العقد الذي يتعهد المؤلف، أو خلفائه، بتسليم هذا الإنتاج الى الناشر والذي يلتزم من جانبه بنشره

، ولم يورد المشرع في القانون الأردني لحماية حق المؤلف أي تعريف لعقد النشر، وهذا قصور واضح كما أرى، وعلى المشرع الأردني تدارك هذا النقص ووضع تعريف موحد لعقد النشر، يبين فيه التزامات الناشر، والمؤلف .

في حين أن المشرع المصري أشار الى عقد النشر عند اشتراطه لصحة تصرف المؤلف في حقوقه المالية، أن يكون تعاقدته مع الناشر كتابيا، وأن يتضمن هذا العقد بالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حدة، وبيان مداره، والغاية منه، وزمان ومكان الاستغلال، وذلك حتى يكون كلا الطرفين على بينة من أمرهما، وتجنبنا للغموض في العقد¹

وتناول المشرع الأردني عقد النشر عند اشتراطه الكتابة لانعقاد عقد استغلال المصنف، حيث نصت المادة 9 من القانون الأردني لحماية حق المؤلف على أنه (للمؤلف الحق في استغلال مصنفه بأي طريقة يختارها ولا يجوز للغير القيام بأي تصرف مما هو مبين ادناه دون اذن كتابي من المؤلف او من يخلفه) ويعني هذا النص صراحة، أنه لا يعتد بنقل أي من حقوق المؤلف إلا إذا كان مكتوبا في ضمن عبارات واضحة، وصريحة، لأنه يستحيل بعد ذلك إثبات الانتقال بأي طريق آخر من طرق الإثبات، كما تضمنت بعض القوانين نماذج موحدة لعقود النشر بالنسبة لبعض المصنفات، بحيث يلتزم المؤلف، والناشر بها، بعد حصولهم على موافقة منظمات أو هيئات مختصة بموجب القانون، على اعتبار أن هذه المنظمات تؤدي دورا عاما يخفف على المؤلف من المصاعب التي يواجهونها في مفاوضاتهم مع المنتفعين، وأجازت هذه القوانين لطرفي العقد الخروج على شروط العقد النموذجي بشرط أن لا ينطوي العقد الجديد الذي تسفر عنه مفاوضاتهم على الانتقاص من حقوقهم التي كفلها القانون، أو العقود النموذجية الموحدة للمؤلف².

إن عقد النشر وكغيره من العقود يتأسس على اتفاق بين طرفين، المؤلف، والناشر، يتعهد الأول بمقتضاه بأن يقدم للثاني نتاجه الذهني، فيما يلتزم الثاني بطبع هذا المنتج على نفقته، وتوزيعه على مسؤوليته، في سبيل إيصاله الى علم الجمهور بإحدى وسائل النشر .

¹ الحق المالي للمؤلف (حق النشر) والتحكيم في المنازعات المتعلقة به، المحامي أيمن أحمد الحسون ص2

². المحامي أيمن أحمد الحسون، نفس المرجع اص3-4

ثاني : خصائص عقد النشر

يمتاز عقد النشر مثل باقي العقود بجملة من الخصائص تتمثل فيما يلي :

1) أنه عقد تبادلي : حيث أن الاتفاق يتم بين فريقيين، المؤلف والناشر، بعد تحديد الالتزامات المتبادلة بين

الفريقيين، ورغم أن عقد النشر من العقود الرضائية والتي تستلزم توافر الرضا الخالي من العيوب المبطللة كالغلط، والتدليس، والإكراه، وذلك لا يحول دون استلزام توفر أهلية التعاقد، وهي الأهلية المدنية للتعاقد بالنسبة للمؤلف، والأهلية التجارية بالنسبة للناشر .

ويتميز عقد النشر عن باقي العقود الرضائية بميزة خاصة تنبع من طبيعة محله، خاصة ما يرتبط منها بامتيازات الحق الأدبي للمؤلف، فعلى الرغم من التزام المؤلف بتسليم أصول مصنفه الى الناشر، إلا أن الناشر لا يملك الحق في إلزام المؤلف بتسليمه المصنف، إذ أن اكتمال واتمامه أمر يتوقف تقديره على المؤلف وحده، وإذا مات ولم يكن قد أتم مصنفه، فإنه لا يحق للناشر مطالبة ورثة المؤلف بإتمام المصنف و ولا أن يكلف شخصا آخر بإتمامه، ولا يملك الناشر إزاء امتناع المؤلف عن تسليمه المصنف إلا مطالبته بالتعويض .

2) انه عقد مختلط : فعقد النشر يعتبر عقدا مدنيا بالنسبة للمؤلف، وعقدا تجاريا بالنسبة للناشر، وهذا أمر

يترتب عليه أن أهلية التعاقد هي الأهلية المدنية التي حددها القانون المدني ضمن المواد (116-134)، في حين أن أهلية التعاقد للناشر هي أهلية التعاقد التجارية الواردة في القانون التجاري ضمن المواد (9-15)، إضافة الى ما يترتب على ذلك من اختلاف في طرق الإثبات، فالدعوى المقامة ضد المؤلف تخضع في إثباتها لأحكام الإثبات الواردة في القانون المدني، في حين أن الدعوى المقامة ضد الناشر فيخضع إثباتها لأحكام الإثبات الخاصة بالتجار، والواردة ضمن مواد القانون التجاري .

ومن الملاحظ أنه إذا كان من الممكن تكييف وضع الناشر بأنه تاجر، كون عمله يهدف الى المضاربة، وتحقيق الربح، إلا أن هذه الصفة لا تتوفر في المؤلف والذي لا يعتبر تاجرا حتى وان كان هو من قام بالنشر، والتوزيع، من أجل بيعه، وبهدف تحقيق الربح، إذ لا يعد تاجرا من قام بمعاملة تجارية عرضا .¹

¹ . المحامي أيمن أحمد الحسون، نفس المرجع ص6-7

3) أنه عقد محدد : إذ يتضمن عقد النشر تحديد الالتزامات المتعلقة بطرفي العقد، وتحديد المقابل المادي الذي سيتقاضاه المؤلف عن حقوق النشر، وتحديد المدة التي تنتهي فيها حقوق النشر، وما اذا كان العقد يتضمن حق الناشر في الطباعة لمرة واحدة، أو عدة طبعات، ونوع الطبعة المقترحة، وشكلها، وتحديد النطاق الإقليمي للتوزيع، والمدى والغرض من الاستغلال، وغيرها من الأمور .

وهذا أمر يتفق مع أحكام القانون الأردني لحماية حقوق المؤلف، إذ نص المشرع الأردني في المادة 13 على أنه (للمؤلف أن يتصرف بحقوق الاستغلال المالي لمصنفه ويشترط في هذا التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه)

إلا أن المشرع الأردني وفي تقصير واضح منه لم يتناول حالة عدم تحديد مدة العقد، فلم يرتب البطلان على عقد النشر غير محدد المدة، وحسنا فعل بذلك، لكنه أيضا لم يضع حلا لمثل هذه الإشكالية، وما أراه أن يقوم المشرع الأردني بوضع نص ملزم بحيث يكون كل عقد لم تحدد مدة فيه معقود حكما لمدة عشر سنوات مثلا، اعتبارا من تاريخ توقيع العقد، كما فعل المشرع اللبناني .

4) أنه عقد شكلي : فمعظم قوانين حماية حق المؤلف تضمنت أحكاما خاصة بعقود النشر، بأن تكون مكتوبة لصحة التصرف، فلا يعقد عقد النشر شفاهة، وإلا اعتبر باطلا، وهذه الميزة ينفرد بها عقد النشر عن الكثير من العقود الرضائية، ففي حين يمكن انعقاد عقد النشر بواسطة البرقية المرسلة من المؤلف الى الناشر، والتي وقع المؤلف على أصلها، بينما لا يتعدى العقد بواسطة المكالمات الهاتفية باعتبارها موافقة شفوية، وقد نص المشرع الأردني في المادة 9 من قانون حماية حق المؤلف على أنه (للمؤلف الحق في استغلال مصنفه بأي طريقة يختارها ولا يجوز للغير القيام بأي تصرف مما هو مبين ادناه دون اذن كتابي من المؤلف او من يخلفه ...)، وهذا النص يعني أن أي نقل لحقوق المؤلف لا يعتد به إلا اذا كان مكتوبا في عبارات واضحة وصريحة، فلا يمكن بعدها إثبات التعاقد بأي طريقة أخرى للإثبات .

وهذا أيضا ما أقرته المحاكم العربية في العديد من قراراتها، فقد قضت المحكمة التونسية الابتدائية برفض الاعتداد بعقد التنازل عن حق الاستغلال المالي نظرا لعدم كتابته مما يبطله .

ومما يبرر اشتراط الكتابة طول مدة العلاقة بين طرفي عقد النشر، وتشعب علاقاتهم، وهي علاقات تتطور بمرور الزمن مفسحة المجال لاحتمال تأويل بنود واجبة التطبيق بصورة مختلفة، الأمر الذي قد يترتب عليه منازعات عديدة، إضافة الى أن في الكتابة ضمانا أكيدة لحقوق كلا الطرفين .¹

ولعل المشرع اليمني كان أكثر توفيقا بوضعه نموذجا موحدًا لعقد النشر، يجوز للطرفين المؤلف والناشر التعاقد بموجبه أو بموجب أي نموذج آخر إلا أن أي ظلم، أو انتقاص لحقوق المؤلف أو غبن له لا يتفق وأحكام العقد النموذجي يعتبر باطلا، ويرد الى ما ورد في العقد النموذجي .

(5) أن أحكامه تخضع لقانون حماية حق المؤلف : إذ أن أحكام عقد النشر كانت فيما مضى تخضع للقوانين التجارية، والمدنية والتي كانت تتضمن أحكاما خاصة بالعقود ومن بينها عقد النشر .

ولم يتضمن قانون حماية حق المؤلف من أحكام عقد النشر سوى النزر اليسير، كاشتراط أن يكون تصرف المؤلف بحقوقه المالية كتابيا، وتحديد مدته .²

¹ . المحامي أيمن أحمد الحسون، نفس المرجع ص8

² . المحامي أيمن أحمد الحسون، نفس المرجع ص9

المبحث الثاني :

القواعد العامة للعقد

المبحث الثاني: القواعد العامة للعقد

المطلب الأول: أركان العقد

الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة أي تراضي المتعاقدين. وتحليل فكرة التراضي

(le consentement) يوضح عن ضرورة توافر عنصرين أساسيين فيه وهما: (l'objet) والسبب (la

cause). فللرضا موضوع أو محل يرد عليه، كما أن له سببا يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها بإبرام عقد

وإنشاء التزامات الناتجة عنه، لذلك جرى التقليد في الفقه المدني القول بأن أركان العقد ثلاثة:

التراضي، والمحل، والسبب، وعليه ينعقد العقد إذا توافرت أركانه جميعا، بحيث إذا تخلف واحد منها كان العقد باطلا

بطالانا مطلقا.¹

الفرع الأول: شروط الانعقاد وشروط الصحة:

عرفنا أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. لذا فلكلي ينشأ العقد لا بد من وجود

التراضي بين طرفيه، فالتراضي هو الركن الأساسي في العقد.

ويجب أن يكون تراضي الطرفين موجودا حقيقة وان يصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى

إنشاء التزام أو حق، أو تعديل الالتزام، أو نقله أو زواله. لذا يجب أن يكون هذا الالتزام محل صالح لكي يرد

عليه، وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي، على أن تتوافر فيه الشروط القانونية، وهذا هو محل العقد.

ويجب أن تكون إرادة كل متعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف، تحقيقها وهذا هو سبب العقد.

وبناء على ما تقدم، فلكلي ينشأ العقد يجب أن تتوافر له الأسس اللازمة لوجوده، وبمعنى آخر أركانه هي:

1) التراضي.

2) المحل.

3) السبب.

وقد يضيف القانون أو المتعاقدان إلى الأركان الثلاثة، ركنا رابعا هو الشكل، وهذا هو العقد الشكلي.

وفي العقود العينية، وهي القرض والعارية، والوديعة يستلزم القانون ركنا رابعا، هو التسليم.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني والإرادة المنفردة،

ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر، ص55

وقد اختلف الفقه في ركني المحل والسبب. فالبعض يرى أنهما ركنان في الالتزام دون العقد. ويرى البعض الآخر أن المحل ركن في الالتزام، والسبب ركن في العقد ومن الفقهاء من يعتبرهما ضمن عناصر الإرادة.¹

1 التراضي:

وجود التراضي وصحته:

سبق القول أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على أعلى إحداث أثر قانوني معين. وتوافق الإرادتين هو ما يعبر عليه بالتراضي أو الرضى، وهو أساس العقد، فلا يجوز له اذا لم يتوفر الرضا به. وجود الرضا وحده، لا يكفي لإنشاء العقد صحيحا، إذ لا بد أن يجيء الرضا سليما من العيوب، وإلا اعترى الفساد العقد برغم من قيامه، ويكون مهددا بالزوال.²

التراضي هو توافق إرادتين:

التراضي هو كما قدمنا أساس العقد وقوامه، فلا يقوم بغير توافره. ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، فيقال أن البائع قد ارتضى البيع، والمشتري قد ارتضى الشراء. و بالنسبة للعقد يعني توافق ارادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه. ولكي يقوم الرضا بالعقد، فلا بد من وجود ارادة لشخص محدد يتجه الى إحداث أثر قانوني معين، وأن يخرج هذه الإرادة الى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وأن تتطابق مع ارادة أخرى.

وتوافق الارادتين قد يتخذ بعض الصور الخاصة. كما هو الحال في التعاقد بطريق المزايدة، و التعاقد بالإذعان، والوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون، وعلينا أن نبين هذه الصور.

2- محل الالتزام ومحل العقد:

محل العقد (objet du contrat) هو العملية القانونية (l'opération juridique) التي تراضى الطرفان على تحقيقها (كالبيع، الإيجار، التأمين)، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين.

د. محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والارادة المنفردة، الجزء الأول-الطبعة الثانية - 2004 - دار الهدى - عين مليلة¹
الجزائر. ص 75

² د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 78-79

ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، ولذلك نجد محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، فالبيع يولد التزامين أساسيين أحدهما على البائع، وهو الالتزام بنقل الملكية، وثانيهما على المشتري، وهو الالتزام بدفع الثمن، فمحل عقد البيع هو المحل والثمن.

• تعريف محل الالتزام والشروط الواجب توافرها فيه:

نستطيع أن نعرف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله. ومثال الالتزام بإعطاء (obligation de donner) نقل أو انشاء حق عيني، كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري، فهنا التزام بنقل حق عيني، أما الالتزام بإنشاء حق عيني فمثاله انشاء حق الرهن أو حق الارتفاق، ومثال الالتزام بعمل (obligation de faire) التزام ممثل بتمثيل دور معين في تمثيلية معينة، والتزام مهندس معماري يعمل بتصميمات هندسية لمستشفى. ومثال الالتزام بالامتناع عن العمل (obligation de ne pas faire) التزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة أخرى والتزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر، والتزام من يشتري قطعة أرض بعدم بناء مصنع عليه. ويلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة تضمنتها المواد 92،96، م.ج، وهذه الشروط هي:

1. أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل.
2. أن يكون معيننا أو قابل للتعين .
3. أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب.¹

3- السبب:

يقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أو ركنا في الالتزام- كما يرى الكثير من الفقهاء - الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام. وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، ففي عقد البيع مثلا يرتضي البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه بهدف الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه، ومن ناحية أخرى يرتضي المشتري بتحمل دفع الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع.

¹ د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 210

وسبب الالتزام يتميز عن محل الالتزام، فالمحل كما سبق بيانه هو الأمر الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله.

أما سبب الالتزام، فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه، من وراء تحمله الالتزام، فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال لماذا التزم المدين؟ أما المحل فتتضمنه الإجابة عن السؤال بماذا التزم المدين؟ ويلاحظ أن مجال فكرة السبب في الالتزامات الإرادية، أي التي تنشأ بفعل الإرادة فقط، وفي هذه الحالة لا فرق بين الالتزامات الناشئة عن العقد وتلك الناشئة من جانب واحد، كالوصية.

السبب بمعنى مصدر الالتزام:

وينبغي عدم الخلط بين السبب بالمعنى الذي سبق تحديده، وبين السبب بمعنى المصدر، الذي يتولد الالتزام منه، فلفظ السبب يفيد في نظرية الالتزام معنيين أساسيين .

الأول: المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده، ويطلق عليه (السبب المنشئ).

ويقال في هذا السبب أن العقد مثلا، أو العمل غير مشروع سبب الالتزام.

والمعنى الثاني: يقصد به الغرض أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله أن يتحمل بالالتزام، ويسمى هذا

المجال (السبب القصدي) وتتناول في دراستنا السبب بالمعنى الأخير.¹

¹ د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 222

المطلب الثاني: تنفيذ وإثبات العقد

الفرع الأول: تنفيذ العقد

تنص المادة 107/2 و1 على ما يلي:

« يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ايضا ما هو مستلزماته وفقا للقانون، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام ». وقد سبق أن رأينا أن العقد يعتبر قانون المتعاقدين، فيجب عليهما تنفيذه بأمانة وبحسن نية، وحسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي الى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي (Le bon père de famille) كما يقتضي حسن النية ألا يتعسف أحد المتعاقدين في حقه الناشئ عن العقد. ولا يلتزم العقد كلا من المتعاقدين بتنفيذ م تناوله من التزامات فقط بل يلتزم كل منهما أيضا بتنفيذ ما يترتب على العقد من مستلزماته التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف، أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام. ويكون كل منهما سيء النية إذا لم يفعل ذلك.¹

تنفيذ العقد في الحالات الاستثنائية

■ نظرية الظروف الطارئة إن تسمية هذه النظرية بهذا الاسم، فيه الدلالة الكافية على معناها، حيث تفترض هذه النظرية أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجل كعقد التوريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظورا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كالأستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فما مصير هذا العقد وما ينبغي أن يكون موقف المشرع أو القاضي من هذا المدين الذي ابرم العقد وهو عازم على تنفيذه بأمانة وحسن نية، إلا أن ظروف باعته لم تكن في الحسبان طرأت به، أعاقته عن تنفيذ التزامه وهددته بخسارة فادحة؟ تقول نظرية الظروف الطارئة بأن الالتزام لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة القاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، بحيث يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق، وهذا بالرغم من تشبث الدائن بالقوة الملزمة للعقد وتمسكه بمطالبة المدين بوفاء التزاماته كاملة، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يلحق بالمدين من خسارة لو اكره على التنفيذ تقضي المادة 3/107 من ق م على: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

¹ . علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 97-98

وعليه يجوز تعديل العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقة على المدين. وهذه نظرية الظروف الطارئة التي استمدها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية ولم يأخذ بها القانون الفرنسي، حيث عمل الفقه الإسلامي بهذه النظرية من قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرناً

■ شروط تطبيق النظرية

- يتضح من خلال المادة 3/107 من ق م أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر ثلاثة شروط وهي :
- 1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقداً متراجحاً : وذلك سواء أن العقد من أصل طبيعته من عقود المدة (كعقد الإيجار)، أو العقود المستمرة، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه النظرية، بل يؤخذ فيها بنظرية الاستغلال، ولا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد إلى كسب كبير أو لخسارة جسيمة .
 - 2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ : أي خارج عن المألوف بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاءها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو وباء أو جراد يزحف سراها، ويجب ألا تكون هذه الحوادث خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس .
 - 3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً: ومن هنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل التنفيذ مرهقاً أما الثانية فتجعله مستحيلاً، ومن تم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين الدين والدائن¹ .

حكم الظروف الطارئة

- متى توفرت الشروط الثلاثة المتقدمة كان للقاضي تبعاً للظروف وبعد المقارنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وله أن يعدل العقد في حدود مهمته العادية وهي التفسير، كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل إذ المهم أن يعيد التوازن، وعليه تتمثل سلطة القاضي وفقاً لهذه النظرية في :
- أن يأمر بتنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقتاً يرجى زواله (م 281/2).
 - أن ينقص التزام المدين المرهق .
 - أن يؤخذ من التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين .

¹ . علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 99-100

- أن يجمع بين إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل أي أن يوزع الزيادة على عاتق طرفي العقد . ويلاحظ في هذا المجال أنه ليس للقاضي أن يفسخ العقد. وهنا يختلف القانون الجزائري عن الشريعة الإسلامية التي تجيز فسخ العقد للضرر. ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام، يقع كل اتفاق على مخالفتها باطلا.¹

الفرع الثاني: إثبات العقد

إن قواعد الإثبات (في المواد المدنية والتجارية) ليست كلها ذات طبيعة واحدة وإنما تتنوع إلى قواعد موضوعية بنجدها أساسا في القانون المدني والقانون التجاري إضافة لبعض القوانين الخاصة التي يمكن أن تهتم بها، وأخرى شكلية أو إجرائية بنجدها أساسا في قانون الإجراءات المدنية. وتميز هذه القواعد ومعرفتها له أهمية كبيرة سواء بالنسبة للأطراف خصوصا من حيث مدى تقييد حريتهم في هذه القواعد أو بالنسبة للغير الذي يهمه الإثبات .

القواعد الموضوعية في الإثبات

وهي تلك القواعد التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها، وعلى من يقع عبء الإثبات، ومحل الإثبات، ومثالها القاعدة التي تقضي بجواز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) بالنسبة للتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن حد معين. وهذه القواعد بنجدها كما قلنا أساسا في القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة الذي ينظم أحكام الالتزام بصفة عامة بما في ذلك إثباته وبالخصوص إثبات العقد، وكذلك بنجدها في القانون التجاري الذي ينظم المعاملات التجارية، كما يمكن أن بنجدها في بعض القوانين الخاصة مثل قانون المنافسة، وقانون المستهلك ... إذن فالقواعد الموضوعية في الإثبات هي التي تحدد²:

1- طرق الإثبات المختلفة ومدى حرية الأطراف في اختيارها :

وبغض النظر عن هذه الوسائل أو الطرق التي سنتناولها بالتفصيل في المبحث الثاني نكتفي هنا بتبيان مدى حرية الأطراف في اختيار وسائل الإثبات فنقول أن المشرع الجزائري قد سلك اتجاهين في هذا المجال فنجد تارة يأخذ بنظام الإثبات القانوني "الشرعي" الذي يقيد من حرية الأطراف حيث يفضل وسيلة معينة في الإثبات ويستبعد

¹ . علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص100

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص290

الوسائل الأخرى مثل الكتابة حيث نجد المشرع الجزائري في أغلب الحالات يفضل الإثبات بالكتابة على باقي الوسائل بل ويشترط الكتابة الرسمية في معظم العقود المهمة مثل عقد بيع العقار وبيع المحل التجاري ... هذا من جهة، لكن من جهة أخرى نجد ما يسمى حرية الإثبات أو ما يسميه الفقه " نظام الإثبات الحر " حيث يفتح المشرع الجزائري في الحالات الأخرى المجال للأطراف لاختيار الوسيلة التي يريدونها في الإثبات دون تحديد وسيلة بذاتها، وهذا ما نجده خصوصا في المعاملات التجارية.

هذا جانب من جوانب القواعد الموضوعية في الإثبات، كما نجد أن هذه القواعد تحدد أيضا

2 - على من يقع عبء الإثبات:

وفي هذا الصدد نجد أن القاعدة العامة في الإثبات أن المدعي هو المكلف قانونا بإثبات دعواه وتقديم الأدلة (لا يقصد بالمدعي هنا رافع الدعوى فقط ولكن يقصد به كل من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة)، أما المدعى عليه فعليه إثبات العكس ونفي ما يدعى به خصمه .

فعبء الإثبات ينتقل من طرف إلى آخر في الخصومة حتى يعجز أحدهما عن إثبات ادعائه فيخسر دعواه وهذا ما نص عليه القانون المدني في المادة 323 بقوله: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه .

والذي يجري عمليا أن عبء الإثبات يوزع بين الطرفين وكل منهما يداي بما يؤيد دعواه، وفي النهاية يكون اقتناع القاضي بناء على ما يقدم إليه من أدلة .

ومن الجوانب التي تحددتها أيضا القواعد الموضوعية في الإثبات

3 - محل الإثبات:

وهو الذي يهمنا لأن الإثبات ينصب عليه أصلا، وهو يتمثل أساسا في الواقعة القانونية المنشئة للحق وليس الحق في حد ذاته، وهذا باعتبارها مصدرا للحق وباعتبار هذا الأخير الأثر المترتب عليها .

هذه الواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية مثل الوفاة التي يترتب عليها الميراث، وقد تكن تصرف قانوني إما بإرادة مفردة أو إرادتين مثل العقود وهي محور دراستنا أي إثبات العقد .

ولكن لكي تقبل واقعة قانونية بما فيها العقد كمحل للإثبات ينبغي توافرها على شروط، تتمثل فيما يلي:

- أن تكون الواقعة محل الإثبات محل النزاع (النزاع يدور حولها).
- أن تكون الواقعة محددة لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها.
- ارتباط الواقعة بالحق محل الطلب¹.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 292

— أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات بحيث تتوافر على أحد عناصر الإقناع وتكون جائزة غير مستحيلة سواء استحالة مادية مثل القوة القاهرة أو استحالة قانونية لمخالفتها للنظام العام.

أولاً: القواعد الإجرائية في الإثبات .

وهي تلك القواعد التي تحدد ما يتبع من إجراءات في تقديم طرق الإثبات ودور القاضي والخصوم في الإثبات، ومثالها القاعدة التي توجب أن تؤدي اليمين شفاهة ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى .

هذه القواعد إذن تهتم بالجانب الإجرائي في الإثبات على خلاف القواعد الموضوعية التي تهتم بالجانب الموضوعي (وسائل الإثبات، ومحلها، وعبئته)، وهي تتمحور أساساً حول دور القاضي والخصوم في الإثبات والإجراءات التي تتبع في الإثبات بوسيلة ما.

فالنسبة لدور القاضي فالمبدأ العام في الإثبات في المواد المدنية والتجارية هو حياد القاضي وعدم تدخله في الإثبات وإنما عليه الاكتفاء بما يقدم إليه الخصوم من أدلة وبناء اقتناعه عليها، وإن كان هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ من بينها إعطاء القاضي سلطة توجيه اليمين المتممة في بعض الحالات والأمر بحضور الخصوم للاستجواب، وطلب تقديم الدفاتر التجارية للإثبات،...

ولكن تبقى هذه السلطة محدودة بما حدده القانون فقط أما في الحالات الأخرى فيكتفي القاضي بمراقبة دور الخصوم في الإثبات وبناء اقتناعه على ما يقدم إليه من أدلة أي التزامه بالحياد.

أما بالنسبة لدور الخصوم، فالإجراءات المتعلقة بهم تتمحور أساساً في عدم جواز أن يسطع الخصم دليلاً لنفسه، وكذلك عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، وهذه أيضاً من المبادئ العامة في الإثبات والتي ترد عليها كذلك استثناءات فيما يخص المواد التجارية حيث يجيز القانون للتاجر تقديم دفاتره التجارية للإثبات لصالحه، وكذلك يمكن مطالبته بتقديمها للإثبات ضده.

هذا كله بشأن اختلاف القواعد الإجرائية عن الموضوعية من حيث جوانب الإثبات التي تهتم بها (مضمونها)، إضافة لذلك تختلف عنها من عدة جوانب:

1- من حيث القانون الذي ينظمها :

على خلاف القواعد الموضوعية التي نجدها في القوانين الموضوعية فإن القواعد الإجرائية نجدها أساسا في قانون الإجراءات المدنية.

2- من حيث القانون الواجب التطبيق من حيث المكان :

من المسلم به أن القاضي يطبق فيما يتعلق بإجراءات التقاضي (بما فيها إجراءات الإثبات) قانون البلد الذي ولاه القضاء أي قانون البلد الذي تتبعه المحكمة المعروض عليها النزاع، ويسمى هذا القانون "قانون القاضي"، وهذا خلاف القواعد الموضوعية الذي يطبق بشأنها المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الذي يحدد القانون الموضوعي المطبق.

3- من حيث القانون الواجب التطبيق من حيث الزمان :

وفي هذا الصدد نقول أن القواعد الإجرائية في الإثبات تطبق بأثر فوري دون أن يكون لها أي أثر رجعي لأنها تعلق أصلا بحسن سير إجراءات الخصومة. أما القواعد الموضوعية فيمكن أن يكون لها أثر رجعي كما يمكن أن يطبق بشأنها قانون قديم خصوصا وأنها ليست من النظام العام.

4- من حيث علاقتها بالنظام العام :

على خلاف القواعد الموضوعية التي لا تعتبر من النظام العام، فإن القواعد الإجرائية تعد بصفة مطلقة من النظام العام وذلك لأن المشرع يضعها لخدمة العدالة وتحقيقها وحسن سير إجراءات الخصومة فيلتزم بها القاضي والخصوم على حد سواء دون أن يكون لهم حرية الاختيار في تطبيق هذه القواعد أو استبعادها أو تطبيق إجراءات أخرى غير التي نص عليها القانون. وبعد أن حددنا طبيعة قواعد الإثبات بصفة عامة بشقيها وما يحتويه كل شق، يمكن لنا أن نتطرق الآن إلى وسائل إثبات العقد والتي هي وسائل إثبات الالتزام بصفة عامة .

ثانيا: وسائل إثبات العقد

القاعدة أن الإثبات يتم بكافة الطرق باستثناء ما إذا استوجب المشرع طريقة محددة في القانون ولالإثبات طرق مختلفة سوف نذكر أهمها في هذا المبحث¹:

1- إثبات العقد بالكتابة

تعتبر الكتابة أهم وسيلة في الإثبات وقد نص القانون المدني والقانون التجاري على الكتابة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية.

الإثبات بالكتابة يستلزم إفراغ الالتزام حق ثابت في ورقة (أو هو ما يستفاد من ورقة محررة لإثبات عمل قانوني أو وقفه مادية تنشأ عنها حقوق والتزامات) وتعتبر الكتابة دليلاً قاطعاً على حين إقامة دليل عكسي وتكون هذه الكتابة في صورة محرر رسمي أو محرر عربي.

• الكتابة الرسمية :

المحرر الرسمي أو الورقة الرسمية هي كل ورقة صادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص بتحريرها من حيث نوعها ومن حيث مكان التحرير حسب القواعد المقررة قانوناً.

وتتميز الورقة الرسمية بكونها مدعومة بالقرينة الرسمية مما يخولها حجة خاصة في الإثبات وتعتبر حجة ما لم يطعن فيها في التزوير ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر من القانون المدني المعاملات المدنية والتجارية التي

يستوجب إثباتها بالكتابة تحت طائلة البطلان وذلك بإفراغ المعاملة في عقد رسمي وهذه المعاملات هي :

- العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حق عقاري أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها .
- كل معاملة تتعلق بالتنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.
- العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة.

ويعتبر العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره وتمتد حجتيه لأطرافه ولخلفهم الخاص.

• الكتابة العرفية:

هي المحررات المعدة من الأفراد دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها بحكم وظيفته والعقد العرفي هو العقد الذي يفتقد من أعدده إلى الكفاءة والأهلية اللازمة المستوجبة في الضابط العمومي .

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 294

ويكون العقد العربي حجة بين أطرافه ولكن هذه الحجية لا تمتد إلى غير أطرافه إلا منذ ثبوت تاريخه¹. ولقد نص المشرع الجزائري على العقد غير الرسمي كوسيلة إثبات في المادة 326 مكرر 2 وما يليها من القانون المدني.

وطبقا للمادة 329 من القانون المدني تلحق بالوثائق العرفية والرسائل الموقعة وكذلك البرقيات الموقعة والمودعة في مكتب التصدير.

كما تعتبر الدفاتر التجارية محررات عرفية بحيث يجوز قبولها من طرف القاضي كإثبات بين التجار إذا كانت منتظمة طبقا للمادة 13 من القانون التجاري وهذا بسبب إلزامية مسكها من قبل التاجر طبقا للمادة 9 من القانون التجاري .

كما يمكن أن تمتد حجيتها إلى غي التاجر وفقا لنص المادة 330 من القانون المدني (بشرط أن يتعلق النزاع ببضائع وردها التاجر لغير التاجر وأن يكون الدين محال النزاع مما يجوز إثباته بالبينة ومتى قرر القاضي قبول الدفاتر في الإثبات تعين عليه تكملته بتوجيه اليمين المتممة وهو أمر جوازي للقاضي فله كامل الحرية في تعيينه من توجه إليه هذه اليمين من الطرفين).

• الكتابة الالكترونية:

قد ادخل المشرع الجزائري نوع جديد من الكتابة وهي الكتابة الالكترونية كوسيلة لإثبات العقد وذلك بموجب المادة 323 مكرر 1 المدخلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني حيث نصت على ما يلي :

يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها².

• التوقيع :

المشرع الجزائري يشترط توقيع العقود الرسمية والعرفية طبقا للمادتين 324 مكرر 2 و 327 من القانون المدني وهو بذلك يعتبر التوقيع شكلية أساسية لازمة لصحة هذه الكتابة.

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 294

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 296

فالتوقيع يعتبر بمثابة الإجراء الذي يبعث الروح في العقد ويؤكد بموجبه الأطراف على قبولهم بما ورد في العقد، وبالتالي يصبح حجة عليهم.

والتوقيع مرتبط بالكتابة الموقع عليها، فبالنسبة للعقد الرسمي فإنه يتم تحت إشراف الضابط العمومي الذي يقوم بتحرير العقد ويوقعه الأطراف والشهود عند الاقتضاء ثم يؤشر عليه الضابط في الأخير، وأما العقد العرفي فلا يكون ذا قيمة إلا إذا كان موقعا ويحتوي على تاريخ ثابت ويتم توقيعه من قبل الأطراف فقط دون حاجة إلى شخص آخر، وكذلك يوجد التوقيع الإلكتروني الذي يرتبط أساسا بالكتابة الإلكترونية ويخضع لنفس شروطها .
وسواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية فإن المشرع استوجبها كدليل لإثبات العقد في المواد المدنية وفقا لنص المادة 333 من القانون المدني، والتي توجب إثبات التصرف القانوني الذي تتجاوز قيمته 100.000 دج كتابة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

كما يتطلب المشرع الجزائري في بعض التصرفات القانونية التجارية الكتابة وذلك نظرا لأهميتها مثل عقد الشركة وعقد النقل البحري فضلا عن طبيعتها التي لا تكون إلا كتابة لما تتضمنه من بيانات وهذا استثناء عن المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 30 من القانون التجاري والذي يجيز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما بلغت قيمتها بكافة وسائل الإثبات وهذا لما تتطلبه الحياة التجارية في سرعة في إبرام العقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عنها فضلا عن الثقة المتبادلة بين التجار .

2- إثبات العقد بغير الكتابة.

إلى جانب الإثبات بالكتابة هنالك وسائل أخرى محددة قانونا يمكن استعمالها لإثبات العقد وهي كالتالي:

● الإثبات بالبينة:

تمثل البينة في شهادة الشهود وتكون شهادتهم إما شهادة إثبات أو نفي .

وقد نصت المادة 333 على الإثبات بالبينة فيما لا يستوجب القانون إثباته كتابة أو في حالة توفر موجبات الإثبات بالبينة سواء وجدت بداية إثبات بالكتابة أو لم توجد وذلك في حالتين (المادة 336 ق م):
- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي كما في حالة التصرف بين الأزواج أو الفروع والأصول.

- إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته وفي هذه الحالة يتعين على الدائن تقديم البينة على وجود هذا الدليل الكتابي الذي ضاع منه.

وقد حددت المواد من 63 إلى 74 من قانون الإجراءات المدنية كيفية استعمال شهادة الشهود كدليل للإثبات¹

● القرائن :

أنشأ المشرع القرائن لتخفيف عبأ الإثبات على المدعي وعليه فإن القرينة طبقات لنص المادة 337 من ق م تغيي من تقررت لمصلحته من أية طريقة فلاإثبات، ويمكن نقلها بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بقطعيتها، والقرينة إما قانونية وهي التي نص عليها المشرع لإثبات واقعة معينة وإما قرينة قضائية ترك المشرع أمر استنباطها للقاضي وفقا لنص المادة 340 ق م.

كما أن القرينة القانونية تكون إما قرينة قاطعة بنص القانون لا تقبل لإثبات العكس ومن أمثلتها حجية الشيء المقضي به بحيث تقضي المادة 338 ق م بأن الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي فيه تكون حجة لما فصلت فيه من حقوق ولا يجوز قبول أي الدليل ينقض هذه القرينة.

أما القرائن القانونية البسيطة فهي التي يمكن إثبات عكسها لأنها مؤسسة في غالب على الظاهر (المادة 98 ق م تنص على أن كل إلتزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، التعاقد يفترض المشروعية سببه لحين إثبات العكس).

● اليمين :

اليمين هو حلف المدعى لإثبات الواقعة المدعى بها وحلف المدعى عليه لنفيها، نصت عليها المواد من 343 إلى 350 ق م. واليمين نوعان:

أ-اليمين الحاسمة :ويقصد بها، أنه لكل خصم الحق في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه مع إعطاء القاضي الحق في رفضها إذا ما بدا له تعسف الخصم المادة 343 من ق م.

ب-اليمين المتممة :وهي اليمين التي يوجهها القاضي تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبيي الحكم وهذا ما نصت عليه المادة 348 ق م ولا يجوز لمن وجهت إليه ردها ويتم توجيه هذه اليمين أثناء سريان الخصومة.

● الإقرار :

بالإضافة إلي هذه الوسائل هناك وسائل أخرى لإثبات العقد كالإقرار، وهو إقرار الخصم أمام القضاء بالواقعة القانونية المدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة (المادة 341 ق م .)

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 296-297

والإقرار بهذا المعنى يكون حجة على المقر ولا يتجزأ على صاحبه إما أن يؤخذ به كله أو يترك كله وهذا ما نصت عليه المادة 342 ق م.

المطلب الثالث : إنهاء العقد

الفسخ نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية وهو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته، ومعناه هو كل عاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقيم العاقد الآخر بتنفيذ التزامه على الرابطة العقدية. وزوال آثارها بأثر رجعي فيتخلص من الالتزامات التي فرضتها عليه (م 119، 123 ق م) وقد فرق القانون بين الفسخ، والانفسخ، وانحلال العقد.¹

- حسب المادة 119 الفقرة الأولى من القانون المدني : لقيام الحق في فسخ العقد يجب توافر ثلاثة شروط :

لنصوص القانونية:

تنص المادة 119 من ق م ج على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض اذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز القاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوفي له المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات).

الفرع الأول: فسخ العقد

أولاً: شروط الفسخ:

يتضح من الفقرة الأولى من نص المادة 119 م. ج أن مجال الفسخ هو في العقود الملزمة للجانبين (التبادلية) ذلك لأن الفسخ مبني على فكرة الارتباط التي تكون بين الالتزامات المتقابلة، أما العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بغير أجر والهبة بدون عوض , فلا يوجد فيها الا مدين غير ذلك دائن، فإذا ما أحل المدين أو الملتزم بالتزامه بعدم التنفيذ، فإنه لا يتصور أن يطالب الطرف الآخر الفسخ، وهو دائن غير مدين ليس في ذمته أي إلتزام ليتحلل منه، فمصلحته تكون في طلب تنفيذ العقد لا في فسخه، كما يتضح أيضا من النص أن الدائن الخيار بين الفسخ والتنفيذ. فالفسخ مجرد رخصة تخول الدائن الذي يحصل الاخلال بالتزامه التحلل من العقد وله أن يتمسك بتنفيذ الالتزام.

ويجب لإمكان وقوع الفسخ أو إلغاء العقد أن تتوافر شروط ثلاثة هي :

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 300-301

1. أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه.
2. أن يكون طالب الإلغاء قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذها.
3. أن يكون طالب الإلغاء قادرا على إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل العقد.

1) الشرط الأول: أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه:

وهذا هو الشرط الجوهرى للفسخ، فالفسخ جزاء يتقرر لصالح الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه، ويستلزم القانون اعدار المدين قبل طلب الفسخ. فإذا كان سبب استحالة تنفيذ الالتزام لا يرجع الى المدين، بل الى سبب أجنبي، كقوة القاهرة مثلا، فإن الالتزام ينقضي ويترتب عليه انقضاء الالتزام المقابل، وينفسخ العقد بقوة القانون (de plein droit) وهذا هو الانفساخ. ويخلص مما سبق أنه يشترط للفسخ، امتناع المدين عن القيام بالتزامه اذا كان التنفيذ العيني ممكنا، أو استحالة عليه التنفيذ العيني بسبب يرجع الى فعله.

• عدم التنفيذ الجزئي:

اذا قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، فإن الدائن يحق له المطالبة بالفسخ، ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي، أن يكون تنفيذ الدائن لالتزامه معيبا. وفي هذه الحالة للقاضي سلطة التقدير، فإذا كان الجزء الذي لم يتم بتنفيذه المدين يبرر الحكم بالفسخ أو يعطي للمدين مهلة ليكمل التنفيذ. فقد يرى القاضي أن عدم التنفيذ خطير يبرر الفسخ. وفي هذه الحالة اما أن يفسخ العقد كله، أو يقتصر على فسخ الجزء الذي لم ينفذ مع بقاء الجزء الآخر. كما يقضي بالفسخ كله اذا كانت التزامات المدين لا تحتل التجزئة، أو أن الجزء الباقي هو الأساسي في هذه الالتزامات.¹

2) الشرط الثاني: أن يكون طالب الإلغاء قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذها:

فلا يجوز للمتعاقد الذي أحل بالتزامه طلب الفسخ إلا إذا كان قد وفى بها أو فى الأقل كان مستعدا للوفاء بها، اذ ليس من العدل أن يكون طالب الفسخ محلا بالتزامه، وبطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما التزم به.

¹ د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 374-375

3) الشرط الثالث: أن يكون طالب الإلغاء قادرا على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد:

ذلك أن أثر الفسخ كما سنرى هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد فإذا كان طالب الفسخ لا يستطيع ذلك، فلا يجوز له طلب الفسخ.

ومثال ذلك إذا تسلم مشتري كمية من البضاعة كجزء من المبيع وباع هذه الكمية فإنه لا يستطيع طلب فسخ عقد البيع إذا لم يسلمه البائع باقي المبيع لعدم استطاعته رد ما تسلمه إلى البائع، لأنه لا يستطيع نزع ما باعه من يد المشتري إذ في هذا اخلال بالتزام الضمان، أما في حالة عدم استطاعة المدين رد الشيء إلى أصله أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد فإن ذلك لا يمنع من الحكم بالفسخ وفي هذه الحالة يقضي عليه بالتعويض (م 122 م.ج).

الفرع الثاني: بطلان العقد

ان العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر والأساس الذي يقوم عليه هو الرضا وهذا الأخير أساس كل عقد وعند قيام هذا الركن تقوم على أساسه الأركان الأخرى والمتمثلة في المحل والسبب وهناك من يضيف الشكل السليم. وقد أقر القانون أن أي تخلف لأي ركن من هذه الأركان يعني بطلانا لعقد. والبطلان يعني إبطاله أو انعدامه وذلك هو جزاء لتخلف ركن من الأركان المذكورة. وقد عرفه بعض الفقهاء " انه الجزء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد وشروط صحتها." من خلال هذه التعاريف السابقة يمكننا أن نقول أن العقد لا يكون دائما صحيحا فقد تتخلله عوارض تكون سببا في إبطاله أو قابليته للإبطال.¹

أولا: مفهوم البطلان وأنواعه:

1 - تعريف البطلان

كنا قد استعرضنا الشروط أو الأركان الواجب توفرها حتى يكون العقد صحيحا ، إلا انه بتخلف ركن من هذه الأركان يصبح العقد باطلا أو قابلا للإبطال.²

هناك من عرفه " يعني انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبهها المشرع في العقد . " بالإضافة إلى هذا التعريف هناك تعاريف أخرى : " هو وصف يلحق تصرفا قانونيا معيننا لنشاته مخالفا لقاعدة

¹ . علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات

الجامعية، الطبعة الخامسة 2003، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر، ص 77-78

² . بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 171.

قانونية يؤدي إلى عدم نفاذه " والسبب في استبدال كلمة جزء بكلمة وصف هو دقة المعنى ، فكلمة الجزء تفيد فكرة العقاب وهذه الفكرة مستبعدة تماما في القانون المدني ، واستبعاد فكرة العقاب فهذا لا يعني إن المشرع لا يقيم لها وزنا على الإطلاق فبطلان العقد كون سببه أو محله غير مشروع هو فعلا عقاب للمتعاقدين، على عكس إبطال العقد بسبب التدليس الذي يرمي قبل كل شيء إلى حماية رضا المدلس عليه مندون أن نتجاهل سلوك المدلس الذي يعاقب عن طريق إبطال العقد هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إن كلمة الجزء لا تعني حتما ردعا والعقاب المسلط على الفرد ، بل يقصد به النتائج القانونية المترتبة على التعريفات إذا تمت مخالفة للقانون .

بالإضافة إلى هذه التعاريف هناك من شبه العقد بكائن حي والبطلان حالة خاصة تلحق العقد وكيفية هذه الحالة حسب خطورتها .

ويترتب على بطلان العقد أو فسخه زوال كل آثاره وهذا هو وجه الشبه بين النظاميين ، فالبطلان مثل الفسخ يؤدي إلى انعدام الرابطة القانونية ، أما بالنسبة لوجه الاختلاف يتمثل في الأسباب التي أصابت العقد ، فالانعدام بسبب البطلان يعود إلى عيب أصاب العقد في احد أركانه، واما الفسخ فيرجع إلى عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه في العقد الملزم للجانبين ويزول العقد اي ينقضي وذلك عن طريق الانحلال ويجمع بين الانحلال والبطلان انه يترتب عليهما زوال العقد لكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحا وقد ينحل العقد باتفاق الطرفين .

وقد ينحل عن طريق الرجوع إلى الإرادة المنفردة لأحد العاقدين .

والعقد الباطل مثله مثل العقد غير النافذ لا يسري في حق الغير ولا يمكن الاحتجاج به لدى الغير، والسبب في عدم نفاذ العقد هو الإخلال بإجراءات الشهر العقاري وهذه الإجراءات تمثل تقييد نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين

يتميز البطلان عن عدم النفاذ لكون العقد الباطل منعدم الوجود قانونا بالنسبة للمتعاقدين نفسيهما وبالنسبة للغير كذلك .

أما في حالة عدم نفاذ العقد فهو موجود قانونا بين المتعاقدين ومنعدم بالنسبة للغير .

2- أنواع البطلان

أ - البطلان المطلق

إن العقد الباطل بطلالنا مطلقا ، فهو منعدم الوجود ولا حاجة إلى تقرير البطلان ، ويضاف لهذا النوع من بطلان العقد الذي لم يستوفى أركانه ، كانعدام تطابق الإرادتين ، وانعدام المحل أو السبب ، أو عدم مشروعية محله أو سببه .

إن كان من شروط التراضي هناك شروط أساسية وهي أن يصدر ممن بلغ سن التمييز ، وانه إذا صدر من عدم التمييز كان باطلا بطلانا مطلقا ولو كان العقد لمصلحته.¹

وكذلك بالنسبة للمحل يجب أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل وإذا لم يكون موجودا عند التعاقد بل كان قد هلك فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا وإذا كان المحل مستحيل الوجود في المستقبل استحالة مطلقة فان العقد يكون باطلا مطلقا²

وكذلك من شروط المحل أن يكون معينا او قابلا للتعين وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

بالإضافة لذلك فان المحل يجب أن يكون مشروعاً فإذا كان عكس ذلك فانه اي العقد يكون باطلا .

يترتب البطلان المطلق بنص في القانون لنص المادة 2/92 ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه وكذلك نص القانون على بطلان بيع الوفاء من ذلك نص المادة 396 : " يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في اجل معين " والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي اثر قانوني وإن كانت تترتب عليه آثار .

ولكل ذي مصلحة ان يطلبه. هذا البطلان المطلق لا ترد عليه الإجازة ولا يسقط الحق في طلب بطلانه

إلا بمضي مدة التقادم 15 سنة إن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبدا

ب- : البطلان النسبي

العقد القابل للإبطال أو البطلان النسبي ففيه يكون العقد قائما ولكن معيبا بعيب من عيوب الرضا وهي نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، ويكون طلب إبطال العقد (الناقص) لمن عيب رضاه إن الإبطال النسبي شرع لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو لمن وقع في غلط أو للمدلس عليه أو المكره أو لمن استغل فان احدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصبح العقد ويبقى قائما منتجا لآثاره.

قد حدد القانون مدة طلب الإبطال بمدة 10 سنوات وذلك طبقا لما جاءت به المادة 101 " :

يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير انه يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو أكراه إذا انقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد.

إلى جانب البطلان النسبي الذي تقرره القواعد العامة يوجد بطلان نسبي يقرره القانون طبقا لنص المادة

397 " : إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق بطلب إبطال البيع ويكون الأمر

¹ .بلحاج العربي،مرجع سابق،ص71

² .بلحاج العربي.مرجع سابق،ص172

كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أولم يعلن بيعه ، أو في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أحازه المشتري . " اختلال الرضا ينتج عنه أن يكون العقد قائما حتى يطلب من صدر منه الرضا حماية القانون وعندئذ يزول العقد وهذا هو البطلان النسبي فهو قائم وصحيح ومنتج للآثار غير انه على خطر الإبطال .

بالإضافة للمواد السابقة نصت المادة 99 على القابلية للإبطال: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا

في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر إن يتمسك بهذا الحق ."

وكذلك المادة 100: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ

الذي تم فيه العقد، دون إحلال بحقوق الغير ."

الإجازة تلحق العقد الباطل نسبيا فيزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية وهي تصرف قانوني

من جانب واحد يزيل به احد المتعاقدين العيب الذي لحق العقد ومن ثم فيلزم إن تتوافر فيه شروط التصرف من

حيث الأهلية وسلامة الإدارة من العيوب .

والفرق بين الإجازة والإقرار أن الأخير يصدر من جانب واحد ويكون خارج عن أطراف العقد مثال إقرار

المالك في حالة التمسك بالإبطال كناقص الأهلية بعد بلوغه وإن يكون العقد باطلا نسبيا ، وأن يكون على علم

بالعيب ويريد أن يجيزه أو أنها تصدر بعد زوال العيب فلا إجازة لقاصر أو لمكره ولا إجازة إلا بعد اكتشاف الغلط

والتدليس، وزوال ما يشوب الإرادة وهي الوقوع تحت الاستغلال .

إذا أحيى العقد الباطل بطلانا نسبيا استقر وجوده نهائيا والإجازة لا تصحح العقد القابل للإبطال لأنه

صحيح قبلها ولكنها تزيل خطر الإبطال وهي لا تخل بحق الغير إذ لا يصح إن تضر بحق الغير ، ويقصد بالغير هنا

الخلف الخاص للمتعاقد الذي له الحق في الإبطال .

مثال : إن يرهن قاصر عقار (مثل هذا العقد قابل للبطلان) ثم يجيزه بعد بلوغه سن الرشد العقد

الباطل نسبيا فهو مهدد بالإبطال لكن إذا مضت عليه المدة القانونية أصبح صحيحا وسقط الإبطال بالتقدم ،

وتحسب المدة من يوم زوال العيب ويفسر انه امتناع عن إقامة الدعوى .

ويعتبر تصحيحا لعقد البيع ما قضت به المادة 358 : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس فالبائع الحق

في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ."

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس إن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

كما يعتبر تصحيحاً لعقد القسمة ما نصت عامة المادة 2/732 : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة¹ ."

لا يتمسك بالإبطال إلا المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته ولا تملك المحكمة إن تقضي به من تلقاء نفسها والإبطال لا يتقرر إلا بالرضاء أو القضاء وحكم القاضي هنا الذي ينشئ البطلان وإن كان يستند بأثر رجعي² .

ثانياً: آثار تقرير البطلان

1- مبدأ زوال العقد

يترتب على تقرير البطلان أو إبطال العقد زواله الكلي أو بأثر رجعي .

أولاً : الزوال الكلي للعقد

إذا تقرر بطلان العقد إبطاله فانه يزول كلياً ، أي انه ينعقد ، أي كان لم يكن أصلاً .

فالواجبات والحقوق التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول كلياً .

مثلاً : تقرير إبطال عقد البيع أو إبطاله زوال عملية البيع فتزول صفة البائع للمالك وكل الحقوق والواجبات التي اكتسبها أو تحملها بموجب العقد .

فليس له الحق في المطالبة بثمن المبيع أو مصاريفه ، وليس عليه إن يسلم المبيع وكذلك بالنسبة للمشتري .

فهذا الأمر متعلق بالبطلان المطلق كون العقد لم ينعقد أصلاً ، إما بالنسبة للعقد القابل للإبطال فانه ينعقد

صحيحاً ويكتسب أطرافه حقوقاً ويحملهم واجبات ، وعليه فان تقرير الإبطال يزيل هذه الحقوق والواجبات وذلك من إبرام العقد

ثانياً : زوال العقد بأثر رجعي

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله سريان هذا الإبطال على المتعاقدين من يوم إبرام العقد ، وفي بعض الحالات إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، وذلك بالإضافة للغير إذا كان قد اكتسب حقاً من احد المتعاقدين

¹ .بلحاج العربي، مرجع سابق، ص73

² د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص264

ومثال ذلك : ما جاءت به المادة 103 مدني .

إعادة المتعاقدين إلى حالتها الأصلية:

جاءت المادة 103 مدني وكذلك ما قضى به قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1989/07/09 : " حيث وانه وان كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545 تجارية، من اجل عدم إفراغه في الشكل الرسمي فانه كان ينبغي عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان بقصد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل واستند إلى نص المادة 103 مدني . "

يعني ذلك إعادة المتعاقدين إلى ما قبل إبرام العقد ، خاصة إذا كان المتعاقد ناقص الأهلية أو الملوث (الغاش)²

2- كفيات الاسترداد:

إذا تقرر بطلان أو العقد الذي شرع في تنفيذه فلا بد أن يسترد كلمنها أداءه عينا (1) بمقابل (2) حتى تزول كل آثار هذا العقد .

أ / الاسترداد العيني :

أفضل حالة لإعادة المتعاقدين إلى ما قبل العقد هي استرداد كلمنهما ما أداءه عينا .

* فالبايع إن يسترد المبيع وثماره منذ إبرام العقد وللمشتري إن يسترد ما أداءه أي الثمن بالإضافة إلى المصاريف التي أنفقتها لحفظ المبيع .

و مثال ذلك أب المشتري اجري ترميمات على عقار وكان حسن النية فله الحق في طلب التعويض وذلك ما اخذ به المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1969/06/18 .

أما إذا استحال استرداد ما أداءه المتعاقدان عينا بسبب هلاك الشيء أو الطبيعة (كالإيجار) يكون الاسترداد عن طريق التعويض فإذا تقرير إبطال عقد الإيجار فلا يمكن للمؤجر إن يسترد المنفعة التي تحصل عليها المؤجر منذ إبرام العقد، في هذه الحالة للقاضي تحديد مبلغ التعويض الذي يحل محل الاسترداد العيني . وكذلك بالنسبة إذا هلك المبيع بعد تنفيذ العقد فله إن يسترد تعويضا عن ذلك فقط .

¹ . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 269

² . بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 192

ب/ حرمان المتعاقد جزئياً أو كلياً من الاسترداد:

إذا كانت نصت المادة 103 على المادة المتعاقدان إلى ما قبل العقد إلا أنه هناك حالات لا يمكن فيها ذلك منها إلزام المتعاقد ناقص الأهلية برد جزء فقط من الأشياء التي تحصل عليها .
بالإضافة إلى هذا فبالنسبة للملوث (الغاش) فليس له أن يستفيد من غشه ففي حالة بطلان العقد بسبب عدم مشروعيته، فإن المتعاقد المتسبب في عدم المشروعية لا يستفيد من حق استرداد ما أذاه .
وكذلك بالنسبة للتساوي في الغش فلا يستردان كلاهما .
مثال ذلك بالنسبة للراشي والمرثشي (م 133 عقوبات).
وكذلك مصادرة المال ما جاءت به المواد 161 – 167 – 203 – 202 – 168 – عقوبات .

ج- سقوط حقوق الغير:

إذا تم تقرير البطلان أو الإبطال في حق المتعاقدين فستسري حتى على الغير الذي استفاد من وراء هذا العقد .
فتتأثر حقوقه بصحة أو ببطلان العقد ، والغير ليس الأجنبي عن العقد إنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في حق عيني أو في عين معينة :
مثال : فإذا باع علي لعمر شقة وباعها عمر لأحمد فان تم إبطال عقد البيع الأول فان الثاني يبطل كذلك . إلا أنه هناك استثناء على هذه القاعدة وهو بتوفر حسن النية وعدم العلم ببطلان العقد وحيازة سندا صحيحا أو سند لحامله .

فقد نظم المشرع ذلك وافر بجيازة الشيء موضوع العقد وتكون حيازته صحيحة، وذلك ما نصت عليه م 885 مدني، فيما يتعلق بالرهن .

3- الآثار العرضية للعقد الباطل

من العقود الباطلة التي تنتج آثار عرضية الزواج بين المحارم فهو باطل إنما ينتج آثار عرضية بوصفه واقعة مادية كوجوب المهر وثبوت النسب والعدة .
والعقد الباطل لتدليس أو إكراه يوجب التعويض عن المسؤولية التقصيرية .

عن الفعل غير المشروع بالنسبة للمتعاقد حسن النية وذلك ببطلان العقد لسبب لم يكن يعلم به .
مثال ذلك: استعمال القاصر لطرق غير مشروعية لإخفاء نقص أهليته كتزوير شهادة ميلاده .¹

¹ . محمد صبري السعدي ،مرجع سابق ص283.

الخاتمة

وفي الأخير ومن خلال ما تطرقنا إليه في موضوع بحثنا هذا نستخلص أن العقود غير المسماة هي العقود التي لم يتكفل المشرع ببيان أحكامها ليعود إليها المتعاقدون مباشرة وذلك لعدم إمكانية حصرها، فهي دائمة الظهور وهذا حسب حاجة الأشخاص لإبرام عقود جديدة تسهل معاملاتهم وتلبي حاجاتهم، ولكن رغم هذا فالمشرع لم يتركها بدون رقابة أو أحكام يرجع إليها لنظر في مدى مشروعيتها، حيث اشترط أن تكون غير مخالفة للنظام العام والمبادئ العامة، كما جعل النظرية العامة للعقد هي التي تنظمها وذلك من خلال القواعد العامة للعقد.

كما نفهم أن تنظيم المشرع لعقد معين حتى يصبح عقدا من العقود المسماة تحت اسم خاص به متوقف على شيوع هذا العقد في المعاملات بين الأشخاص وكثرة تداوله، فيقوم المشرع بوضع أحكامه في كتاب أو باب خاص ليسهل على المتعاقدون وعلى القضاة بيان نظمه والرجوع إليها مباشرة في حالة نزاع مطروح حول هذا العقد.

قائمة المراجع

1. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2005، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر.
2. الدكتور. خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، عقد البيع الجزء الرابع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة 2005. الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر
3. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
4. الدكتور علي هادي العبيدي العقود المسماة - البيع و الإيجار و قانون المالكين و المستأجرين/ دار الثقافة للنشر و التوزيع ، طبعة 1431 هـ - 2010 م.
5. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2003، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر
6. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 3، 1990، الجزائر
7. الدكتور محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، العقد والارادة المنفردة، الجزء الأول- الطبعة الثانية - 2004 - دار الهدى - عين مليلة الجزائر.
8. نبيل ابراهيم سعد ، العقود المسماة عقد البيع ، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية ، الاسكندرية 2004،
9. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009
10. بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، العقد الطبي، من إعداد الطالب عشوش كريم ، تخصص عقود و مسؤولية، السنة الجامعية 2000 - 2001، كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون.
11. الحق المالي للمؤلف (حق النشر) والتحكيم في المنازعات المتعلقة به ، المحامي أيمن أحمد الحسون، بحث منشور على موقع اتحاد الناشرين العرب ، 2013.



الفهرس

الموضوعات	الرقم
المبحث الأول: مفهوم العقود المسماة و غير المسماة.....	02
تعريف العقد المسمى والعقد الغير مسمى.....	02
المطلب أول:المطلب أول:	02
الفرع الأول: تعريف العقد المسمى.....	02
الفرع الثاني: تعريف العقد الغير مسمى	03
المطلب الثاني: أهمية التفرقة بين العقود المسماة والغير مسماة.....	04
الفرع الأول: القواعد القانونية التي تحكم العقود المسماة والعقود غير المسماة.....	05
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للقواعد التي تحكم العقود المسماة.....	05
المسماة.....	05
المطلب الثالث: أنواع العقود	05
الفرع الأول: أهم العقود المسماة.....	07
المطلب الثالث: أهم العقود غير المسماة.....	20
المبحث الثاني: القواعد العامة للعقد.....	28
المطلب الأول: أركان العقد.....	28
الفرع الأول: شروط الانعقاد وشروط الصحة.....	28
المطلب الثاني: تنفيذ وإثبات العقد.....	32
الفرع الأول: تنفيذ العقد.....	32
الفرع الثاني: إثبات العقد.....	36
أولا: القواعد الإجرائية في الإثبات.....	36
العقد.....	37
ثانيا: وسائل إثبات	37
المطلب الثالث : إنهاء العقد.....	42
الفرع الأول: فسخ العقد.....	42
الفرع الثاني: بطلان العقد.....	44

ملخص الدراسة:

وفي الأخير ومن خلال ما تطرقنا إليه في موضوع بحثنا هذا نستخلص أن العقود غير المسماة هي العقود التي لم يتكفل المشرع ببيان أحكامها ليعود إليها المتعاقدون مباشرة وذلك لعدم إمكانية حصرها، فهي دائمة الظهور وهذا حسب حاجة الأشخاص لإبرام عقود جديدة تسهل معاملاتهم وتلبي حاجاتهم، ولكن رغم هذا فالمشرع لم يتركها بدون رقابة أو أحكام يرجع إليها لنظر في مدى مشروعيتها، حيث اشترط أن تكون غير مخالفة للنظام العام والمبادئ العامة، كما جعل النظرية العامة للعقد هي التي تنظمها وذلك من خلال القواعد العامة للعقد.

كما نفهم أن تنظيم المشرع لعقد معين حتى يصبح عقدا من العقود المسماة تحت اسم خاص به متوقف على شيوع هذا العقد في المعاملات بين الأشخاص وكثرة تداوله، فيقوم المشرع بوضع أحكامه في كتاب أو باب خاص ليسهل على المتعاقدون وعلى القضاة بيان نظمه والرجوع إليها مباشرة في حالة نزاع مطروح حول هذا العقد.

الكلمات المفتاحية:

- العقد المسمى
- العقد غير المسمى
- تنظيم الأحكام
- التشريع
- التحكيم
- التقنين
- تسمية العقد
- تضمين القوانين