



جامعة مولود معمري تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الأليات القانونية لزوال الرابطة التعاقدية وفقا لقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذة

د/ عبد الدايم سميرة

من إعداد الطالبة:

- شرياف كاتية

- تزكريت صبرينة

د- عيساوي زاهية، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا

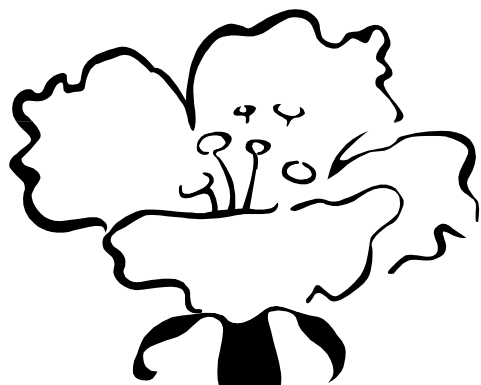
د- عبد الدايم سميرة، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفا ومقررا

د- بومدين سامية، أستاذ محاضر "ب"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنا

لجنة المناقشة

تاريخ المناقشة: 2023/..../..





شكر و عرفان

أحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع
وعرفانا بالجميل والتقدير أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرف

"د/عبد الدايم سميرة"

والذي بفضل الله سبحانه وتعالى ثم فضلها تم إنجاز هذا العمل
كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أستاذ ساعدني من
قريب أو بعيد

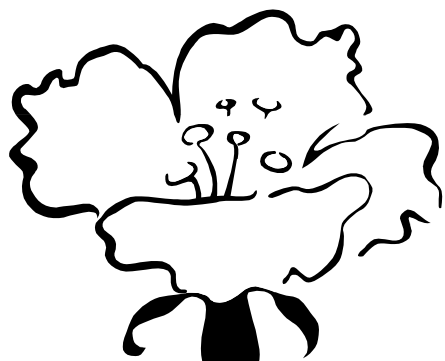
* كاتبة وصبرينة *



إهداء

إلى أعز الناس وأقربهم إلى قلبي والدتي العزيزة ووالدي العزيز اللذان
كانا عوناً وسنداً لي، وكانا لدعائهما المبارك أعظم الأثر في سير
سفينة البحث حتى رست علي هذه الصورة. إلى إختي الذين
ساندوني وإلى أستاذتي وكل أهل الفضل على الذين غمروني بالحب
والتقدير والنصيحة والتوجيه والإرشاد.

صبرينة



إهداء

بكل حب اهدي ثمرة نجاحي إلى والداي واللذانني بفضل
دعاءهما وصلت إلى ما أنا عليه اليوم. وإلى أشقائي وشقيقاتي
دليلة، ماسينيسا، كريم.

وإلى صديقاتي فروجة وهندة وميليزة وأميرة وسعاد وصونيا
اللواتي أتمني لهن كل النجاح والتوفيق في حياتهن المهنية
والشخصية.

كاتبة

قائمة المختصرات

- ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- ص: صفحة.
- ص ص: من صفحة إلى صفحة
- ط: طبعة

مقدمة

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية التي يسعى أطرافه من خلال إبرامه إلى إحداث آثار قانونية من جهة، كما يؤدي إبرامه إلى استحداث مراكز قانونية جديدة وإلغاء مراكز قانونية كانت موجودة سابقا من جهة أخرى، إذ لا يختلف أثنى على اعتبار العقد من أهم المصادر القانونية لنشوء الالتزامات التي تربط بين الأفراد في معاملاتهم مع الغير، ذلك أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في معظم الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة تنشأ عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين، وهذا ما دفع المشرع الجزائري مثله مثل سائر التشريعات الوضعية إلى تنظيم الأحكام القانونية المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها تنظيما متماسكا أزال من خلاله كل لبس وكل غموض. فعلى خلاف طبيعة المشرع الجزائري الذي اعتاد ترك مسألة تحديد المفاهيم الخاصة بالمسائل القانونية للاجتهادات الفقهية، فإنه ونظرا لأهمية دور العقد في استقرار المعاملات القانونية للفرد والمجتمع أبى إلا أن يخصص لتعريفه المادة 54 من القانون المدني الجزائري¹، أين اعتبره اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح شيء أو القيام أو عدم القيام بعمل. أما الهدف من وجوده فينحصر في تحقيق مصالح الأفراد المتعاقدة وذلك من خلال التعاملات التي تتنوع وتعدد بحسب تنوع المنافع التي يهدف الأطراف المتعاقدة إلى تحقيقها.

يكتسب العقد منذ نشأته صحيحا قوة ملزمة تلزم أطرافه على تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه وفقا لما نصت عليه المادة 106 ق.م.ج، فلا يجوز لأحد المتعاقدين بعد انعقاد العقد صحيحا عدم تنفيذ أحكامه أو التأخر في تنفيذها، أو اللجوء إلى فسخه متى توفرت الشروط القانونية لتنفيذه وذلك وفقا لما جاءت به المادة 119 من القانون المدني الجزائري. ذلك أن المشرع الجزائري تطرق بالدراسة والتنظيم القانوني إلى عدة آليات التي من شأنها أن تؤدي إلى فك الرابطة التعاقدية بين أطراف العقد، هذه الآليات التي اكتست أهمية قانونية بالغة

¹ - امر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ج.ر عدد 31، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.، العدد 31، فادر بتاريخ 13 ماي 2007.

باعتبار أن العمل بها من شأنه أن يرتب آثار قانونية من جهة، كما يحدد طبيعة هذه الآثار سواء تعلق الأمر بالتنفيذ أو تحديد طبيعة التعويض وكذلك نوع المسؤولية

وهذا ما قادنا إلى ضرورة دراسة موضوع الآليات القانونية لزوال الرابطة التعاقدية، غير أنه ونظرا لاتساع الموضوع واحتوائه على العديد من الآليات التي خصها المشرع الجزائري بالعديد من الأحكام القانونية، ارتأينا من خلال هذه الدراسة التطرق إلى آيتين مهمتين فقط تمثلتا في الفسخ والبطلان.

إذ نكون أمام الفسخ في حالة إذا ما أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن العقد، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد إذا ما توفرت شروط تنفيذه، والفسخ هنا يعد بمثابة جزاء اقره المشرع لعدم احترام القوة الملزمة للعقد.

فالفسخ نظام يفترض وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه أو رفض التنفيذ أصلا، وهذا ما يمنح الطرف الآخر حق طلب فسخ العقد نظرا للأضرار اللاحقة به جراء عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، والهدف من ذلك التقليل من الأضرار اللاحقة به وكذا الحصول على تعويض مناسب لما فاتته من كسب ولحقه من خسارة، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية وكانوفاء المدين بالتزام ممكنا فإن للدائن حقا لخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أعذر المدين من قبل وذلك في حالات خاصة. فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد تعين على القاضي أن يستجيب لهذا الطلب وجاز له أن يحكم بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالدائن جراء التأخر في التنفيذ، أما إذا اختار المدين فسخ العقد وحل الرابطة التعاقدية فلا يجوز للقاضي أن يرفض اختياره لكن يجوز أن يمنح المدين مهلة للتنفيذ.

والفسخ أنواع قضائي، اتفاقي، والفسخ بقوة القانون، إذ بقصد بالفسخ القضائي فسخ العقد عن طريق القضاء، ذلك أن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه وذلك كقاعدة عامة نظرا لما لهذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد، وبذلك ينبغي تدخل القاضي واستصدار حكم قضائي بذلك.

أما الفسخ بقوة القانون يقصد به انفساخ العقد وانحلاله بقوة القانون، مما يجعل الالتزامات التي نشأت عنه من قبل تزول وتنقضي رغم إرادة المتعاقدين ورغم إرادة القاضي أيضا في حالة ما عرض عليه النزاع. أما الفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين فيقصد به أن للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق عند إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخا لعقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد، دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم قضائي.

إلى جانب الفسخ توجد آلية أخرى لا تقل أهمية عن الفسخ وهي آلية البطلان، حيث تعتبر نظرية البطلان نظرية قديمة تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، وهي من النظريات الهامة والمعقدة في المجال القانوني، فالبطلان جزء فرضته طبيعة الأمور في صورة توقيف أثار العقد أو التصرف القانوني نتيجة عدم إتباع الأطراف المتعاقدة للقواعد التي أوجبها المشرع لتحقيق مصلحة عامة أو سمة جوهرية في مصلحة خاصة.

والبطلان كأثر مترتب على وجود خلل أصاب العقد في أحد أركانه مختلف باختلاف نوع الخلل الذي أصاب أيا من أركان العقد، فالعقد له أركان انعقاد إذا تخلف أحدها أصابه بخلل، مما يولد ذلك حالة من حالات البطلان المطلق أو الانعدام الذي يلغي أي وجود للعقد، وكذلك في حالة وجود خلل في شروط صحة العقد التي يترتب عليها بطلان نسبي حيث يمكن التغلب عليه عن طريق التصحيح والإجازة.

ومن هذا المنطلق نستخلص فحوي هذه المذكرة، والتي يتطلب إعدادها الخوض في تحليل الأحكام الخاصة بالعقود جانبها الخاص بالآليات القانونية لزوال الرابطة التعاقدية، ومن هنا نؤسس اشكاليتنا المتمثلة:

فيما تتمثل الأحكام والآثار القانونية المتعلقة بالفسخ والبطلان كآليتين قانونيتين لانحلال الرابطة العقدية وفقا للقانون المدني الجزائري؟.

لمعالجة هذه الإشكالية وتحليل أهم عناصر الموضوع ارتأينا ضرورة الاعتماد على المنهج التحليلي الذي طغى على أغلب أجزاء البحث، كما تم الاعتماد على المنهج الوصفي كلما اقتضت الحاجة والضرورة إلى ذلك.

كما تم الاعتماد على التقسيم الثنائي للدراسة، أين تم تقسيم الموضوع إلى فصلين أساسيين، تناولنا في الفصل الأول تحديد الإطار المفاهيمي لكل من الفسخ والبطلان وفقا للقانون المدني الجزائري، أما الفصل الثاني فتم التطرق من خلاله إلى تحديد أهم الآثار القانونية الناتجة عن تمسك أحد أطراف العقد أو كلاهما بإحدى هاتين الآليتين، وكل ذلك تم تحليله ودراسته في إطار الأحكام القانونية الواردة في القانون المدني الجزائري.

الفصل الأول

الفسخ والبطلان كآلية لزوال الرابطة التعاقدية

قد تنشأ بعض العقود صحيحة مرتبة لجميع أثارها نحو المتعاقدين، وفي هذه الحالة يجب تنفيذ بنودها وأحكامها المقررة في مضمونها وذلك وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

إلا أنه قد يخل أحد أطراف العقد بتنفيذ بنوده إما اختياراً أو جبراً، وفي هذه الحالة للمتعاقد الآخر حق اللجوء إلى خيارات قانونية أخرى تعد بمثابة جزاءات مدنية تترتب عن الإخلال بتنفيذ العقد، كالتمسك بدعوى المسؤولية العقدية، أو التمسك بالفسخ وما يترتب عليه من آثار قانونية كدعوى التعويض، بل قد يطالب المتعاقد الدائن - بإبطال العقد وفك الرابطة التعاقدية بأثر رجعي متى توفر سبب قانوني في جانبه كنقص في أهليته أو ورود عيب من عيوب الإرادة شاب إرادته لحظة إبرام العقد.

إذ من شروط صحة التمسك بالفسخ انعقاد العقد صحيحاً مستوفياً لكل أركانه القانونية، وكذلك شروط صحته، مرتباً لكل الآثار القانونية الناتجة عن العقود الصحيحة، غير أن أحد أطرافه أو كلاهما أخلا بتنفيذ بنوده ويستوي الأمر هنا حالة ما إذا كنا أمام التأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ فكلا الحالتين تمنحان الحق للطرف المتضرر -الدائن- حق التمسك بالفسخ.

أما البطلان فمن شروط صحة إثارته والتمسك به من طرف كل من تقرر لمصلحته وجود عيب في ركن من أركانه أو في شرط من شروط صحته، وعلى أساس ذلك يتقرر نوع البطلان والآثار المترتبة عنه.

وسنتناول كل ما سبق بيانه بالدراسة والتحليل من خلال تحديد الإطار المفاهيمي الخاص بالفسخ (مبحث أول)، وكذلك تحليل أهم شروط التمسك بالبطلان (مبحث ثاني) وفقاً لما قرره المشرع الجزائري في القانون المدني.

المبحث الأول

ماهية الفسخ

لتحديد ماهية الفسخ كآلية قانونية لإنهاء وفك الرابطة التعاقدية، وجب التطرق إلى مختلف التعاريف الفقهية التي جاءت على لسان الفقهاء فيما يخص تعريف الفسخ، وللوصول إلى تحديد مفهوم دقيق له كان لا بد من تمييز الفسخ عن غيره من المصطلحات والآليات القانونية المشابهة له (مطلب أول)، من جهة ولتكون الدراسة مستوفية لكل عناصرها استلزم الأمر منا ضرورة التطرق إلى تحديد أنواع الفسخ وشروط التمسك به، هذه الشروط والأنواع التي تعددت يتعدد النصوص القانونية المنظمة لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم الفسخ

يعتبر هذا المطلب بمثابة مدخل لدراسة نظرية الفسخ حيث سنتناول من خلاله مفهوم الفسخ (فرع أول) وما يندرج تحته من عناصر أساسية للدراسة من تعريف، وتميز هذه الآلية عن غيرها من الآليات المشابهة لها (فرع ثاني)، ولعل التطرق إلى ذلك من شأنه أن يزيل كل لبس في ذهن القارئ حول مفهوم الفسخ.

الفرع الأول

تعريف الفسخ

تعددت التعاريف الفقهية الواردة في شأن الفسخ، غير أنه وقبل التطرق إلى أهمها، وجب تحديد مفهوم الفسخ من الناحية اللغوية وذلك على النحو التالي:

يعرف الفسخ على أنه حل الرابطة التعاقدية بطلب أحد المتعاقدين إنجازاً لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته المتفق عليها في العقد¹.

أولاً: تعريف الفسخ لغة

للفسخ عدة معاني من حيث اللغة وبالتالي سأقتصر علي بعض منها فقط. الفسخ إفساد الرأي.

الفسخ: من لا يظفر بحاجته ولا يصلح لأمره كالفسخ².

فسخ العقد هو فك تلك الرابطة التعاقدية التي نشأت بمقتضى العقد وعلى هذا فيكون فسخ العقد من إضافة الشيء إلى نقيضه فالفسخ والعقد معنيان متناقضان³.

ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً

لم تقم اغلب التشريعات العربية المقارنة بتقديم تعريف قانوني للفسخ، وإنما اكتفت بذكر شروطه وأثاره، وحسنا فعلت هذه التشريعات إذ ترتب عن ذلك ثراء فقهي في مجال تحديد مفهوم الفسخ، حيث ظهرت تعارف عديدة ومختلفة للفسخ، وبمراجعة هذه التعاريف نجد أن هناك تطور من حيث مفهوم الفسخ، فالفقه في عهده القديم نجده إما كان يتوسع في مفهوم الفسخ أو يخلط بين الفسخ وغيره من أنظمة انحلال وزوال العقد، وذلك يظهر جلياً من خلال تعريف القاضي احمد فتحي زغلول الذي يعرف الفسخ بأنه: " فسخ العقد هو إسقاط التعهدات التي كانت مترتبة عليه والفسخ أربعة أنواع بطلان، فساد، تقابل، إلغاء"⁴.

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص348.

2- محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7، ط2، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1980، ص320

3- محمد عبد المالك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليميني، أطروحة دكتوراة، جامعة عين الشمس، 2006، ص55 .

4- أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، د.ط، الأميرية، مصر، 1913، ص 208 .

أما الفقه الحديث وعلى اختلاف التعاريف التي قدمها للفسخ فقد تجنب ما وقع فيه الفقه القديم من خلط ولبس، وعلى اختلاف الصياغات في الفقه الحديث كما ذكرنا إلا أن الفقه الحديث في معظمه يتفق على اعتبار الفسخ انه حل للرابطة العقدية، وأنه جزاء على عدم التنفيذ وهو حق مخول لدائن، وأن نطاقه يشمل العقود الملزمة لجانبين، إذ تتفق أغلب التعاريف الواردة في شأن الفسخ على طائفة من العناصر الجوهرية في تعريف الفسخ وهو ما يظهر من خلال ما يأتي:

1-الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين متى لم يفي الطرف الآخر بتنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته، فالفسخ هو جزاء على تعدي احد المتعاقدين أو تقصير منه والمتمثل في عدم تنفيذه أو الإخلال بهذا التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا حصل هذا الإخلال جاز للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر من التزاماته الناشئة بسبب العقد¹.

2-الفسخ هو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم لجانبين يختلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ليفلت من تنفيذ ما التزم به².

3-هو حل العقد بسبب عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد وأحياناً يكون بأثر رجعي وأحياناً لا يكون كذلك³.

4-هو انحلال العقد بأثر رجعي¹.

1- عدنان إبراهيم السرحان ونور أحمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط3، دار الثقافة، عمان، 2008، ص208.

2- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1997، ص15.

3- مصطفى عبد السيد الخارجي، فسخ العقد دراسة مقارنة، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص3.

الفرع الثاني

تميز الفسخ عن غيره من الأنظمة المشابهة

إن نظام الفسخ ليس هو السبيل أو الطريق الوحيد لحل الرابطة التعاقدية، بل توجد طرقا وسبل وأنظمة قانونية أخرى، يؤدي تطبيقها إلى انحلال العقد، ومع ذلك لا يدخل مفهومها في مفهوم الفسخ وذلك لاختلاف القواعد التي تبني عليها بالنظر إلى قواعد نظرية الفسخ، فهي نظام البطلان، كما يتشابه مع نظام المسؤولية العقدية، والدفع بعدم التنفيذ وعدم النفاذ.

أولاً: تميز الفسخ عن البطلان

علي الرغم من وجود التشابه بين كل من الفسخ والبطلان في زوال العقد وفك الرابطة التعاقدية بأثر رجعي، إلا انه يوجد بينهما فروق كثيرة تميزهما عن بعضهما، ويمكن بيان ذلك من حيث ما يلي:

1- من حيث السبب:

الفسخ هو الجزاء الذي يترتب القانون علي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التعاقدية، فالعقد بعدما يُنشأ صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروط صحته ينحل بعد ذلك لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وهذا على خلاف البطلان الذي يكون لعلّة صاحبت إبرام العقد².

2- من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

إن البطلان تنعدم فيه السلطة التقديرية للقاضي فمتى تحققت شروطه فلا يكون في وسع القاضي إلا الحكم به، أما في الفسخ فالقاضي غير ملزم بإجابة طالب الفسخ على طلبه وفسخ العقد فالسلطة التقديرية هنا للقاضي الذي لا يخضع في تقديره للفسخ لأي رقابة¹.

1- أنور السلطان، الموجز في نظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام"، دار الجامعة، الإسكندرية، 2005، ص 270.

2- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 330-328.

3- من حيث الوصف:

يرد الفسخ على العقد بعد أن يكون نشأ نشأة صحيحة، حيث يترتب على ذلك أنه منتج لأثاره القانونية منذ تكوينه، مما يعني أن العقد صحيحا من جميع جوانبه القانونية. في حين يرد البطلان المطلق على عقود لم تتكون منذ إبرامها تكويننا سليما، وبذلك يكون نظام الفسخ وصفا لاحقا لإبرام العقد لا معاصرا لتكوينه و وجوده².

4- من حيث النطاق:

إن نظرية البطلان أوسع نطاق من نظرية الفسخ، لذلك يفترض في الفسخ وجود عقد صحيح ولكن واقعة لاحقة على نشوئه هي التي أجازت طلب فسخه، والتي تتمثل في عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بينما البطلان ليس سببه عدم التنفيذ، ولكن له أسباب أخرى، ضف إلى ذلك فإن نظرية البطلان تطبق سواء كان العقد ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد³.

ثانيا: تمييز الفسخ عن المسؤولية العقدية

إن طبيعة الأنظمة القانونية تلتقي في بعض الحالات بصدد مسائل قانونية معينة ولكنها تختلف فيما يخص أحكامها. وهذا هو الشأن بالنسبة لنظام المسؤولية العقدية الذي له علاقة بنظام الفسخ، ولكنهما يختلفان فيما يلي:

1- من حيث الجزاء:

قلنا إن كلا من الفسخ والمسؤولية العقدية، هما عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين، لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية. فهذا الجزاء في نفس الوقت إذا نظرنا إليه من ناحية

1- عبد الحكيم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء " البطلان في القانون المدني"، مجلد 1، جزء 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 66.

2-Pierre GEORGE PYRARDK, Droit civil, les obligation, tome2, le régime général vermés, paris, 3 année 1992, p261.

3- محمد سعيد جعفرور، إجازة عقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول علي دبلوم ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 83.

الدائن لا من ناحية المدين هو عبارة عن حق قرره القانون لصالح الدائن يحاسب به المدين سواء عن طريق فسخ عقد أو عن طريق ثارة مبدأ المسؤولية العقدية.

غير أن حق الفسخ يبقى قائما في جميع الحالات التي يخل بها المدين بالتزامه، أي أن الدائن له حق اللجوء إلى الفسخ بغض النظر عن سبب الإخلال، فيستوي الأمر فيما إذا كان سبب الإخلال راجع للمدين نفسه أو أن يكون راجع إلى سبب أجنبي، بينما لو استعمل الدائن حقه ضد مدينه عن طريق دعوى المسؤولية العقدية فإن الأمر يختلف بين عدم التنفيذ الذي يرجع إلى المدين وعدم التنفيذ الراجع إلى سبب أجنبي الذي لا يد للمدين فيه¹.

2- من حيث الضرر:

يعتبر الضرر شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية فلا يمكن أن تقوم المسؤولية العقدية بدون وجود ضرر، أما في الفسخ فيكفي تحقق عدم التنفيذ حتى ينشأ الحق بالمطالبة بالفسخ لصالح الدائن، إلا أن هذا لا ينفي أن يتضرر الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية وهو سبب وجيه لفك الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ، فيطلب الدائن الفسخ لعدم التنفيذ وليس لوقوع الضرر².

3- من حيث الأثر القانوني:

يختلف الفسخ عن المسؤولية العقدية من حيث الآثار التي تترتب عنه، فتحقق المسؤولية العقدية لا ينحل العقد بموجبها بل تعتبر تنفيذا عن طريق التعويض، وغاية ما في الأمر انه تم استبدال التنفيذ العيني وهو الأصل بالتنفيذ عن طريق التعويض. في حين أنه إذا تحقق الفسخ بأي صورة من صوره فإن العقد ينحل بأثر رجعي ويعود الأطراف إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

ثالثا: تميز الفسخ عن عدم النفاذ

- 1- بليعور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص1.
- 2- مليكة حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص9.

لا يعتبر نظام الفسخ النظام الوحيد الذي أقره القانون المدني لحماية الدائن ضد مدينه، بل أقر إلى جانبه حماية أخرى يحققها الدائن عن طريق المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، فقد يحدث في الحياة العملية أن يبرم المتعاقدان عقدا معينا وفقا للقانون فيكون العقد المبرم صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروط صحته، منتجا لأثاره القانونية، لكن المدين يعتمد عدم تنفيذ التزاماته في مواجهة الدائن، فيعتمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عن الدائن¹.

1- من حيث الآثار القانونية:

إن الحكم بنفاذ تصرفات المدين في حق دائنه، لا يؤثر بأي حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدينه بمن تصرف إليه، بل يبقى قائما منتجا لأثاره القانونية بينه وبين المتصرف إليه، بينما إذا تحقق الفسخ فإنه يهدم العقد وما رتبته من التزامات تعاقدية².

2- من حيث الاستفادة:

إذا تقرر الفسخ بأية طريقة من طرق فسخه فإن الذي يستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه، وليس للدائنين الآخرين أن يتخلوا من التزاماتهم الناشئة عن ذات العقد الذي تم فسخه لان العقد لا يزال قائما بالنسبة إليهم³.

رابعا: تميز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ

سنت التشريعات عدة وسائل لحماية الدائن من تصرفات المدين ومنها الفسخ والدفع بعدم التنفيذ، لذا وجب التمييز بينهما، إذ يختلف الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ من عدة نواحي أهمها:

1- من حيث الأثر القانوني:

1- بليغور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 155-156

2- عبد المالك محشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراة، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص 320 .

3- تنص المادة 55 من ق.م.ج: " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"

يؤدي الفسخ إلى حل العقد بأثر رجعي فيعيد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، أما الدفع بعدم التنفيذ فليس له هذا الأثر فهو عبارة عن إجراء تأجيلي تتوقف الالتزامات على إثره ولكنها لا تزول¹.

2- من حيث الإعدار:

عندما يطالب أحد المتعاقدين بالفسخ، فإنه يجب أن يعذر الطرف الآخر، أما في حالة الدفع بعدم التنفيذ فلا يشترط الإعدار ذلك أن الدفع في حد ذاته يعتبر إعداراً.

3- منحيت السلطة التقديرية للقاضي:

لا يمكن فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء، بينما في مجال الدفع بعدم التنفيذ يمكن أن يوقعه الدائن دون اللجوء إلى القضاء فلاحاجة لرفع دعوى قضائية، أما إذا عارض المدين وأراد اللجوء إلى القضاء فإن دور القاضي يقتصر على التحقق من توفر شروط الدفع فإن توفرت شروطه أقره وإن تخلفت لا يحكم به².

يعتبر الدفع بعدم التنفيذ مرحلة تمهيدية، فلمعمول به غالباً أن الدائن لا يقوم بالفسخ إلا بعد الدفع بعدم التنفيذ³.

المطلب الثاني

شروط التمسك بالفسخ

1- دحماني رشيد، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراة والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 2016، ص 54.

2- مجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقہ الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 205.

3- دحماني رشيد، مرجع سابق، ص 55.

ليست كل العقود قابلة لطلب الفسخ، وليس كل إخلال من أحد المتعاقدين يعد تقصيرا منه نحو المتعاقد الآخر، وليس للدائن حق طلب الفسخ في كل الأحوال، فلكي يكون هناك حق مقرر قانونا للدائن لطلب الفسخ يجب توافر الشروط معنية تتعلق بعضها بالعقد (فرع اول) و بعضها الآخر يتعلق بأطرافه (فرع ثاني) كما هناك شروط تخص طالب الفسخ (فرع ثالث)

الفرع الأول

أن يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين

لا يقع الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين، وليست كل العقود ملزمة للطرفين، بل هناك منها ما هو ملزم لجانب واحد، والعقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي يترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفي العقد حسب المادة 55 منق.م.ج¹.

ومثال عن هذه العقود نجد عقد البيع أين يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع، في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، فكلاهما يصبح دائنا ومدينا في نفس الوقت، وكمثال آخر نجد عقد الإيجار حيث يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مع ضمان الانتفاع خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر من جهته بدفع الأجرة وكذلك الحفاظ على العين المؤجرة وردها عند انتهاء مدة العقد².

ويعتبر هذا التقابل هو الظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر. أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد كالعارية مثلا، والوديعة والهبة وهي عقود بدون عوض فلا يسرى عليها الفسخ باعتبار أنها تولد التزاما على

1-Jaquegustin, christophejamin, more billiau, Traité de droit civil; Les effets du contrat, 2^{ème} édition, L.G.D.G, paris, 1994, p 16.

2- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص166.

طرف دون الطرف الآخر، مما يجعل طلب الفسخ من المستفيد أمرا مستحيلا نظرا أن مصلحته تكمن في طلب التنفيذ¹.

إن العلة من كون الفسخ يقع فقط على العقود الملزمة للجانبين، يرجع إلى كون تقرير الدائن في فسخ العقد هو بغية تخلصه من الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك عندما لا ينفذ احد المتعاقدين التزاماته، ويلاحظ أن هذه الغاية لا تتحقق إلا في العقود الملزمة للجانبين، على خلاف العقود الملزمة لجانب واحد نظرا إلى عدم إنشاء هذه العقود التزامات متقابلة².

وبذلك يكون مجال الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، والتي تنشأ عنها التزامات متقابلة والغاية من ذلك أن عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته، يجعل التزامات الطرف الآخر لا معنى لها، ولذلك يطلب الفسخ³.

الفرع الثاني

عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه

يستوجب لطلب الفسخ توافر شرط ثاني إضافة إلى الشرط السالف الذكر، وهو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المنصوص عليها في العقد، إذ أنه بعد إعدار المدين بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ يتقرر للدائن حق طلب الفسخ.

ومثال ذلك تخلف المستأجر عن دفع بدل الإيجار رغم قيام المؤجر بكل الالتزامات الملقاة على عاتقه. إلا إذا كان سبب عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمدين

1- عبد المنعم فرج العدة، نظرية العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 587.

2- مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 351.

3- الدكتور محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهادي عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 145.

فيه كالقوة القاهرة، الحادث الفجائي، خطأ المضرور، أو فعل الغير، ففي هذه الحالة لا يتقرر الفسخ بل ينفسخ العقد بقوة القانون¹.

يعتبر هذا الشرط شرطاً جوهرياً للمطالبة بالفسخ، فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالفسخ إلا إذا لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه، وإن لا يكون عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي، إذ في هذه الحالة ينقضي الالتزام وينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون، وهذا ما يطلق عليه مصطلح انفساخ العقد. وهو يتحقق عندما يستحيل على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي خارج عن إرادته أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى تصرف المدين ويستوي أن يكون بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذ الالتزام تنفيذاً معيناً كالمقاول الذي يمتنع عن إقامة المنشآت التي تعهد بإقامتها، أو أن يكون التنفيذ نتيجة أفعال قام بها المدين وجعلت التنفيذ مستحيلاً كالمؤجر الذي يهدم البناء المستأجر بعد تأجيله².

طلب الفسخ حق مخول للدائن سواء كان عدم تنفيذ المدين التزامه كلياً أو جزئياً، وللقاضي السلطة التقديرية في حالة التنفيذ الجزئي حيث يجوز له أن يحكم بفسخ جزء من العقد دون الجزء الآخر إلا إذا كان العقد لا يتحمل التجزئة أو كان الجزء الذي لم ينفذ هو الجزء الأساسي في الالتزام³.

الفرع الثالث

أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه

وقادر على إمكانية إعادة الحال إلى مكان عليه

يقضي المنطق أن لا يطلب أحد المتعاقدين الفسخ إلا إذا كان هو قادر ومستعد على تنفيذ التزامه بالمقابل، فإذا كان من آثار الفسخ أن يعيد المتعاقدين إلى مكان عليه قبل

1- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، مصادر إدارية العقد وإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص220.

2- عبد الملك محشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص76

3- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأبحاث للكتاب المختص، تونس، 2014، ص427.

التعاقد فلا يقضي بالفسخ إلا إذا كان طالب الفسخ قادر على رد ما أخذه أي قادر على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد¹.

فلا يجوز للمتعاقد الذي أخل بالتزامه طلب الفسخ إلا إذا كان قد وفي بها أو على الأقل كان مستعدا للوفاء بها، إذ ليس من العدل أن يكون الفاسخ مخلا بالتزامه ويطلب الفسخ لعدم قيام المدين بالتنفيذ، وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد: "من المقرر قانونا أنه في العقود الملزمة لجانبين إذ لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطلب الفسخ مع التعويض إذا اقتضي الحال ذلك، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرق للقانون، ولما كان ثابتا في قضية الحال، فإن المطعون ضدها لم تنكر وجود العقد -الوعد بالبيع- بينها وبين الطاعن، وأنها طالبت بفسخ هذا العقد دون إعدار المدين وهي بذلك فقد أخلت بالتزامها التعاقدية مسببة الضرر للمدعي الذي من حقه أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر طبقا للمادة 124 ق.م.ج، وإن اكتفاء قضاة الاستئناف برفض دعوى تعويض الطاعن أساسا علي أنه هو الآخر قد ارتكب خطأ لكون المطعون ضدها أكدت بأنها طالبت بدفع باقي الثمن بهدف الإسراع في عملية إتمام البيع ولكنه رفض وتماطل، فإنهم بقضائهم هذا لم يسببوا قرارهم تسببا كافيا ومن ذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه².

المطلب الثاني

أنواع الفسخ

يأتي الفسخ على ثلاثة أنواع أولهما الفسخ القضائي وهو الأصل ويطبق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على الفسخ (فرع أول). وثانيها الفسخ الاتفاقي ويكون في حالة اتفاق

1- محمد المصري، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، ط 3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 98

2- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 28.

التعاقدين على الفسخ (فرع الثاني)، وثالثها الفسخ القانوني ويتم بقوة القانون بمجرد تحقق استحالة التنفيذ (فرع الثالث).

الفرع الأول

الفسخ القضائي

تنص المادة 1/119 ق.م.ج: "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضي الحال ذلك". قد يظهر من خلال هذه المادة أن المشرع لم يفرض تدخل القضاء لأنه لم يفصح عن ذلك صراحة، إلا أن اعتبارات النص تدل ضمناً على ذلك كقوله "يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه" فالمطالبة لا تكون إلا من القضاء.

يعرف الفسخ القضائي بأنه حل ارتباط العقد بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه في العقد الملزم لجانبين، ويكون ذلك بناء على طلب يرفع من أحد المتعاقدين إلى القاضي يطلب فيه فسخ العقد¹.

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي وهذه القاعدة عامة بنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأطراف، والحكمة من جعل الفسخ القضائي هو الأصل من فسخه بإرادة المتعاقدين، هو تفادي ما يمكن أن يقع من أحد المتعاقدين من ظلم إذا استعمل الفسخ بإرادته المنفردة، إذ قد يعمد إلى تحقيق مصلحة علي حساب المتعاقد الآخر فيفسخ العقد ويتخلص من التزاماته².

أولاً: كيفية المطالبة بالفسخ القضائي:

إذا تقرر للدائن رفع دعوي الفسخ، فعليه أن يمر عبر مراحل هذه الدعوي وهي:

1-إعذار المدين:

1- عبد الملك محشي، مرجع سابق، ص155

2- محمد المصري، مرجع سابق، ص80

يجب على الدائن حسب المادة 119 ق.م.ج وقبل رفع دعوى الفسخ أن يوجه إعدار للمدين، وهذا لا يعني أن دعوى الفسخ لا تكون غير مقبولة دون الأعدار لأن رفع الدعوى في حد ذاته يعتبر إعدار، فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون إعدار فإنه يتحمل مصاريفها. وتظهر أهمية الإعدار في كونه:

- يجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ، إذ أن المدين يصبح في صورة الممتنع عن التنفيذ.

- يجعله أقرب إلى الحكم بالتعويض على المدين فوق الحكم بالفسخ. وقد نصت م 179 ق.م.ج على أنه: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

- نصت م 181 ق.م.ج عن حالات لا ضرورة للإعدار فيها:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل الدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو يعلم ذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

كذلك تحديد اجل للوفاء بالالتزام لا يغني عن ضرورة الإعدار في القانون المدني المصري حسب ما نصت عليه المواد 157-158 من هذا القانون¹.

حسب المادة 180 ق.م.ج: يكون إعدار المدين بإنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم عن طريق البريد، كما يكون عن طريق اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إجراء آخر.

لم يحدد القانون المدني الجزائري أي مدة أو مهلة تمنح للمدين من اجل تنفيذ التزامه لكن يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة فيحدد ب 10 أيام مثلا.

1- حمو حسينة، مرجع سابق، ص30.

2- صاحب الحق في رفع دعوى الفسخ:

يحق لدائن المتعاقد أن يرفع دعوى الفسخ على المدين الذي لم ينفذ التزامه، وذلك بعد اذار هذا الأخير ولم يظهر رغبته بالتنفيذ¹.

إن مصدر حق طلب الفسخ هو العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين، بينما مصدر الدعوى هو النزاع القائم حول ما رتبته العقد من التزامات تعاقدية، فالدعوى وسيلة قانونية لحماية الحقوق، فلا يجوز الاتفاق على حرمان احد الطرفين من رفعها ولو كان ذلك باتفاق الأطراف، فاتفاق الدائن مع المدين على عدم رفع دعوى الفسخ في حالة قيام المدين بعدم التنفيذ اتفاق باطل يرفضه المنطق القانوني، ذلك أن الدائن يصير تحت وطأة المدين إن شاء أو أبى فلا وسيلة ثمة لحمله على التنفيذ².

3- ضرورة صدور الحكم بالفسخ:

إذا اختار الدائن الفسخ عليه اللجوء إلى المحكمة لاستصدار الحكم بالفسخ، ولا يجب أن يعتبر الدائن نفسه متحلاً بمجرد رفع الدعوى، فالقاضي بما له من سلطة تقديرية يمكنه أن يرفض طلب الفسخ، إذن لا يعتبر الدائن نفسه متحلاً حتى ينطق القاضي بالحكم الذي يفسخ العقد بموجبه³.

ثانياً: حق الدائن في طلب الفسخ:

الفسخ حق مقرر للدائن، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إلا إذا طلبه من تقرر الفسخ لمصلحته، وطلب الفسخ أمر جوازي للدائن مقابل الالتزام الذي لم ينفذ، فله الخيار بين طلب الفسخ أو طلب التنفيذ. وللدائن أن يعدل عن أحد هذين الطلبين، فإذا كان قد بدأ طلب

1- بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 176.

2- محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 177.

3- محمد حسين المنصور، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، د ط، الدار الجامعية، بيروت،

التنفيذ جاز له أن يطلب بعد ذلك الفسخ سواء كان ذلك في صورة تعديل طلباته أمام المحكمة أو كان في صورة إقامة دعوي جديدة¹.

ولذلك إذا لم يصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي به يثار التساؤل عن حكم العدول عن طلب الفسخ أمام محكمة الدرجة الثانية؟ لأن الطلب الذي يتقدم به المتعاقد الدائن لمحكمة الدرجة الثانية لا يعتبر من الطلبات العارضة، فهو مرتبط بالدعوى الأصلية ولا يعتبر من الطلبات العارضة، فهو مرتبط بالدعوى الأصلية ولا يعتبر طلبا جديدا فيجوز له أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ولو أمام محكمة الاستئناف والعكس صحيح².

ثالثا: حق المدين في تجنب الفسخ:

يستطيع المدين تعطيل دعوى الفسخ وذلك إذا قام بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم نهائي في الدعوى، ويبقى للقاضي النظر إذا كان هنا كمحل للحكم بالتعويض عن التأخر كما يمكن أن يتم الوفاء أمام محكمة الاستئناف ما لم يضر هذا الوفاء المتأخر بالدائن³.

رابعا: سلطات القاضي التقديرية في الفسخ:

تنص المادة 2/119 ق.م.ج على: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

يتمتع القاضي بموجب سلطته التقديرية من الحكم بالفسخ من عدمه، كما له أن يمنح المدين أجلا أو مهلة للقيام بالتنفيذ، فالغاية من إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها وبشترط بعض الفقهاء لإعطاء هذه المهلة توافر الشروط الآتية:

- أن يكون المدين معسرا وحسن النية.
- ألا يترتب عليها ضرر جسيم للدائن.

1- محمد المصري، مرجع سابق، ص 34.

2- بليغور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 196.

3- محمد حسين المنصور، مرجع سابق، ص 50.

- ألا يكون قد منح مهلة سابقة لأن المهلة القضائية لا تعطي إلا مرة واحدة، ومن الفقهاء من يرى أن جواز إعطاء المدين أكثر من مهلة من شأن ذلك أن يؤخر التنفيذ ويعطل مصالح الدائن¹.

وسلطة القاضي في منح المهلة ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق علي استبعادها، كما لا يجوز للقاضي أن يبالغ في منح المدين أجلا للتنفيذ، كما أن هناك حالات لا يجوز للقاضي أن يمهل فيها المدين كما لو تمثل التزامه في القيام بعمل معين ثم لم يقم به، مما يجعل التنفيذ بعد ذلك لا فائدة منه بالنسبة إلى الدائن وبالتالي لا فائدة من إعطاء المدين أجلا لتنفيذ².

خامسا: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقدير الفسخ:

أجاز القانون للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا كان الجزء غير المنفذ قليل الأهمية، وبالتالي فإن للقاضي دور هام في تقدير جسامه عدم التنفيذ ولكي يصل القاضي إلى معرفة درجة عدم التنفيذ عليه الاستعانة بإحدى المعيارين: الشخصي أو الموضوعي، و بجدر التنبيه إلى أن المشرع لم يلزم القاضي بمعيار معين³.

1- المعيار الموضوعي:

يعرف البعض هذا المعيار بأنه على القاضي معرفة ما إذا كان تخلف الكمية في الأداء من الأهمية بحيث يترتب عليه فوات المنفعة التي يرجوها الدائن من العين⁴. ولقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات لهذا المعيار عند تنظيمه لعقد الإيجار، أين نصت مادة 477 ق.م.ج علي ما يلي: " إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال

1- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980، ص 187.

2- بليغور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 187.

3- مصطفى السيد الخرجي، فسخ العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 150.

4- مصطفى السيد الخرجي، نفس المرجع، ص 99.

الذي أجريت لأجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر جاز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض في الحالتين".

فالمشرع الجزائري إذن أعطى للدائن بالالتزام في هذه الحالات إذا اقتضى الأمر ذلك الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الاستعمال معتبرا¹. ويجوز التوسع في الأخذ بهذا المعيار لأن التطبيق المطلق له يترتب عليه جعل قوة الفسخ القضائي كالفسخ القانوني، إذ كلما توفرت نسبة معينة على القاضي أن يحكم بالفسخ وهذا يتنافى مع سلطة القاضي التقديرية².

2- المعيار الشخصي:

يقصد بهذا المعيار أن القاضي عند تقديره لعدم التنفيذ يجب أن يصب اعتباره على نية الدائن بالالتزام، فإن وجد عدم التنفيذ ولو كان جزئيا وكان ذلك الجزء على جانب من الأهمية بالنسبة للدائن حكم بالفسخ، وقد وردت في القانون الجزائري عدة تطبيقات لهذا المعيار فقد نصت المادة 365 ق.م.ج على: " لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا اثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أقام البيع³."

يترتب على الأخذ بهذا المعيار بصفة مطلقة أنه لا يوصل القاضي لمعرفة الحقيقة في كل الحالات، فنية الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ يصعب التحقق منها في كل الحالات⁴.

1- عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2014، ص 15.

2- بليور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 190.

3- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج2، د.ط، مطبوعة الجامعة الكويت، الكويت، 1980، ص 320.

4- بليور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 97.

يقول الأستاذ مصطفى الخارجي: "أرى انه لا يجوز الأخذ بهذا المعيار إلا إذا نص القانون على ذلك".

كخلاصة للقول لا ينبغي أخذ أحد هذين المعيارين على إطلاقه والاستغناء به عن الآخر، يجب على القاضي إلى جانب اهتمامه بالقيمة المادية للمحل أن يهتم بالقيمة الشخصية لهذا المحل أي القيمة التي أصبغها المتعاقدان على هذا المحل¹.

سادسا: سلطة القاضي في فسخ العقد أو تنفيذه:

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية تمكنه إما أن يرفض الفسخ ويلزم المدين بالتنفيذ أو رفض الفسخ وإلزام المدين بالتعويض أو قبول الفسخ والحكم به.

1- رفض الفسخ وإلزام المدين بالتنفيذ:

للقاضي أن يرفض الفسخ لأن المدين نفذ الجزء الأكبر من التزاماته كالمقاول الذي نفذ جل التزامه فبنى 95 شقة من أصل 100، للقاضي أن يرفض فسخ العقد ويلزم المقاول بالتنفيذ، وله أن يحكم بتعويض يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن جراء التأخر في التنفيذ².

2- رفض الفسخ وإلزام المدين بالتعويض:

للقاضي أن يرفض طلب الفسخ ويلزم المدين بالتعويض إذا كان ما نفذه المدين أكبر مما بقي، ولم يبد استعداده لتنفيذ ما بقي من التزامه، ويحكم عليه القاضي بالتعويض لعدم تنفيذه الجزء الذي بقي من التزامه³.

3- قبول الفسخ والحكم به:

1- عبد الحي حجازي، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 109.

2- عدنان إبراهيم السرحان، نور أحمد خاطر، مرجع سابق، ص 96.

3- ياسين الجبوري، الوجيز في الشرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 482.

يجوز للقاضي أن يفسخ العقد فوار إذا كان المدين لم ينفذ ولو جزء من التزامه أو أخل في تنفيذه أو امتنع عن تنفيذ الجزء الأكبر منه أو تأخر في تنفيذه، بحيث لم يعد للدائن من تنفيذه فائدة وكان المدين سيء النية، في هذه الأحوال يمكن للقاضي فسخ العقد بمجرد أن يطلبه الدائن وله أن يحكم بالتعويض عما لحقه من ضرر جزاء عدم التنفيذ¹.

لا يحكم القاضي بالتعويض من تلقاء نفسه وإنما يطلب من المدعي في دعوى الفسخ ويؤسس التعويض في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي للحكم بالتعويض وجود عدم التنفيذ، إنما يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المدين، وبالتالي يجب تأسيس التعويض على الفعل الضار لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح أساسا للحكم بالفسخ، إذ لم يعد له وجود فلا يمكن تأسيس الفسخ عليه².

يحكم الفسخ مع التعويض القواعد الآتية:

- يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وأن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ.
- إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته لا ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فلا يلزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع، أما إذا اقترن عدم التنفيذ بغش أو خطأ جسيم فإن المدين يلزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع.
- لا يلزم المدين بالتعويض إلا عن الضرر الذي هو نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ، سواء كان عدم التنفيذ ناتج عن غش صادر منه أو خطأ جسيم أم لم يكن كذلك³.

1- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 96.

2- مصطفى السيد الخرجي، مرجع سابق، ص 120-125.

3- ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص 486.

الفرع الثاني

الفسخ الاتفاقي

إذا كان الأصل في العقود الملزمة أنه يتم فسخها عن طريق القضاء، فإن المشرع الجزائري اقر طريقا آخر في المادة 120 من القانون المدني الجزائري ألا وهو الفسخ الاتفاقي.

بالتالي يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين، هو اتفاق المتعاقدين لى أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون إذا لم يقم احد التعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية دون اللجوء إلى القضاء¹.

يعرف الفسخ الاتفاقي على أنه: " حل ارتباط العقد بسبب عدم التنفيذ بمقتضي اتفاق صادر عن المتعاقدين قبل حصول عدم التنفيذ، أو هو اتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحدهما وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر"².

ولقد أخذت به معظم التشريعات الحديثة خاصة منها التشريعات العربية ومن بينها المشرع الجزائري، وذلك كاستثناء من الأصل العام كطريقة أخرى يمكن بواسطتها التحلل من الرابطة التعاقدية، باللجوء إلى القضاء ليكشف على الاتفاق والحكم بالفسخ³.

الفرع الثالث

الفسخ بقوة القانون

كما أن هناك طريقة أخرى لانحلال العقد والمتمثلة في الفسخ بقوة القانون أو ما يسمى أيضا بالانفساخ، وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني الجزائري¹،

1- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 107.

2- عبد الملك محشي، مرجع سابق، ص 101.

3- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 81.

فيعرف الانفساخ على أنه: انحلال رابطة العقد بقوة القانون بشروط مخصوصة مجملها استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه¹.

أو بتعريف آخر: "هو انحلال العقد دون الحاجة لأن يكون ذلك مشروط في العقد ودون الحاجة إلى حكم قضائي، ويحدث هذا الانفساخ إذا استحال لأحد المتعاقدان أن ينفذ التزامه نتيجة قوة قاهرة أو لسبب لا يد للمدين فيه"².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يختلف الانفساخ عن الفسخ بنوعيه، بحيث أنه في الانفساخ يتقرر لاستحالة التنفيذ الذي يكون لسبب الأجنبي، في حين أن الفسخ يكون نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته بحيث يكون مقصرا في ذلك، وموقف القضاء في هذه الحالة يقتصر على التأكد أو الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا. علاوة على ذلك فإن الانفساخ لا يشترط فيه الاعذار³.

وهناك شروط يجب توفرها لكي نجعل العقد مفسوخا بحكم القانون:

- أن يصير التزام العقد مستحيلا، بمعنى بأن تنفيذه أصبح غير ممكنا، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة التي تتعلق بالالتزام في ذاته وليست تلك المتعلقة بالمدين.
- أن تكون استحالة التنفيذ كاملة، فإذا كانت جزئية فإن الانفساخ لا يقع، وإنما يثبت للدائن الخيار بين والتنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام.

1- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص352.

2- صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 78.

3- إبراهيم أنيس محمد يحيي، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2010، ص53.

- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد لمدین فيه، كما كانت ناشئة عن قوة قاهرة أو فعل الدائن، فإذا كانت تلك الاستحالة لسبب يرجع إلى المدين فإن العقد لا يفسخ ويبقى التزامه قائما وإن استحال حكم بالتعويض لتعذر تنفيذه عينا¹.

المبحث الثاني

ماهية البطلان وفقا لقانون الجزائري

ينعقد العقد صحيحا إذا توفرت فيه أركانه من رضاء ومحل وسبب وشكل في العقود الشكلية، وتوفرت في تلك الأركان شروطها القانونية وفي حالة تخلف ركن منها فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة فيكون جزاء العقد البطلان النسبي ويطلق عليه بالعقد القابل للإبطال.

بناء على ما تقدم، يمكن اعتبار البطلان الجزاء المقرر على العقد الذي تخلف ركن من أركانه أو لم يستوفي شرط من شروطه، أو هو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد.

سنحاول في هذا البحث دراسة مفهوم البطلان (مطلب أول)، ثم معرفة أنواعه وشروط التمسك به (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم البطلان

يعتبر البطلان أخطر جزاء قد يتعرض له العقد، نظرا لأنه يؤدي إلى انعدام العقد إذا تعلق الأمر باختلال في أركانه، أو القابلية للانعدام إذا تخلف شرط من شروط صحته، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسية، نتطرق من خلالها إلى تعريف البطلان (فرع أول)، بينما سنخصص ثانيها (فرع ثاني) لنلقي نظرة على موقف المشرع الجزائري فيما يخص هذه الآلية (فرع ثالث).

1- الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد، في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1990، ص 57.

الفرع الأول

تعريف البطلان

إن مصطلح البطلان له عدة تعريفات، وسنذكر أهمها وأبرزها، كما سنقوم بشرحها وتحليلها. ومن هذا المنطلق قسمنا هذا الفرع إلى قسمين: القسم الأول سنتعرف فيه عن المقصود بالبطلان لغة، أما القسم الثاني نتعرف فيه على المقصود بالبطلان اصطلاحاً. أولاً: المقصود بالبطلان لغة:

يقصد بالبطلان لغة الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة¹.

وجاء بالمصباح المنير (بطل الشيء، يبطل بطلانا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه، فهو باطل، وجمعه بواطل. قيل بجمع أباطيل على غير قياس. وقال أبو حازم الأبطال مع أبطولة بضم الهمزة، وقيل جمع إبطاله بالكسر ويتعدى الهمزة، فيقال أبطلته وذهب دمه بطلا أي هدار.

وجاء في فاكهة البستان (بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا) بضمهم بمعنى ذهب ضياعاً وخسر. بطل في حديثه يبطل بطالة هزل².

ومنه من قال أن البطلان هو سقوط الشيء لفساده، والباطل ما لا ثبات له عند الفحص عنه، ويتعدى بالهمزة فيقال: "أبطله" و"بطل" و"بطل": ذهب ضياعاً وخسرانا². ومنه قيل لخلاف الحق "باطل"¹ وعليه قول كعب بن زهير: ومن دعا الناس إلى ذمة ذمومه بالحق وبالباطل.

1- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرفعات المدنية، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 09.

2- محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، د.ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ص 95.

وجاء في اللغة الفرنسية، البطلان هو الشيء الباطل لا قيمة له².

ثانياً: المقصود بالبطالان اصطلاحاً

لقد تعدد تعاريف البطلان، فقد عرفه السنهوري، بأن بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها³.

فيرى أصحاب هذا الرأي أنه العقد الذي لم يستجمع الشروط اللازمة لانعقاده. ومن منطلق هذا الرأي يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، أن البطلان كجزاء هو في الواقع القانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام غير قائم بسبب اختلال تكوينه. كما ذهب الدكتور محمد جمال الدين زكي إلى أن البطلان جزاء صارم أقره المشرع عند مخالفة القواعد التي أوجب إتباعها في إبرام العقد أي أنه لا ينتج عنه أثراً ولا ينشأ عنه حق أو التزام.

وفي نفس المعنى يرى الدكتور توفيق فرج أن البطلان جزاء لتحلف عنصر من العناصر الأساسية للعقد سواء بتخلف ركن من أركان أو شرط من شروط صحته. ويرى نفس الرأي الدكتور سلطان⁴.

ويذهب الأستاذ نصر الدين محمد زغلول إلى تبني فكرة أن البطلان هو انعدام للأثر القانوني الذي ينبغي وضعه للفعل. ويشير إلى أن لفظ إعدام الأثر القانوني يعني أن البطلان جزاء لتخلف الأوضاع التي يبطلها القانون.

1-Paul robert, petit robert,(Dictionnaire de langue),nullite : cartactée de ce qui est nul, sans valeur, 1977, paris, p 1289.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص532.

3- توفيق حسن فرج، دروس في نظرية الإلتزام، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص157.

4- فؤاد افرام البستاني، مجند الطلاب، ط45، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986، ص36.

وقد نادى الدكتور جميل الشرقاوي، بأن البطان وصف يلحق التصرف القانوني ذاته نتيجة عيب وليس جزاء وجيه إلى أثاره مباشرة، ويلحق العيب بالتصرف إذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بإبرام التصرف، وينتهي إلى أن هذا الوصف يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف¹. وتلخيصا لما تقدم، نذكر أن البطان في حقيقته نظام قانوني للجزاء المدني، يبدأ بنعت التصرف بالبطان عند ثبوت المخالفة لنصوص القانون، ثم ينتقل إلى تطبيق الجزاء وهو شل الفعالية وإفقاد العقد لقوته الملزمة، ولا ينصب الجزاء على أطراف العقد بل يلحق بآثاره فقط، فهذه الطبيعة القانونية للبطان المدني².

ويعد تعريف الفقيهين الكبرين "Aubry وأوبري و"RAU" «التعريف الراجح للبطان في الفقه الفرنسي، فالبطان عندهما هو "عدم الصحة أو النفاذ الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهى من القانون"³.

كما جاء في تعريف أغلب الفقهاء ومن بينهم الدكتور بلحاج العربي وأمير فرج يوسف، أن البطان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد أو اختلاله، أو شرط من شروط صحته⁴. وهو نظام يؤدي لزوال العقد أي أنه يرد على عقد نشأ بشكل غير سليم قانونيا. بمعنى أن هناك علة صاحبت إبرام العقد⁵.

والعقد الباطل هو العقد الذي لا تتوفر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح، فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده منرضا ومحل وسبب والشكل في حالة اشتراط

1- عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطان في ضوء الفقه والقضاء، "البطان في القانون المدني"، مجلد 1، جزء 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 26.

2- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 36-37.

3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 26.

4- حسين تونسي، انحلال العقد، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2007، ص 171.

5- أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص 321.

القانون أو الاتفاق الشكلية، ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانوني غير موجود وأنه لم يقد منذ البداية. بمعنى انعدام العقد مستقبلا ومن يوم إبرامه، فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام. ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير أيضا¹.

يميز معظم الفقهاء بين البطلان المطلق والبطالان النسبي. ويتضح أن المشرع الجزائري تبني التقسيم الثنائي للبطلان كمعيار أساسي للتفرقة بين نوعي البطلان على غرار جانبنا من الفقه الحديث، الذي يقوم على أساس المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من وراء تقرير البطلان، وهو نفس المعيار الذي أخذ به الفقه².

إذ تناول أحكامه في القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني تحت عنوان شروط العقد. وذلك بعد أن عالج أركان العقد، ثم أعقبها مباشرة بتفصيل أحكام البطلان³.

مما سبق نلاحظ أن قوة الجزاء تختلف باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي مصلحة عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق، بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون، وغنى عن البيان يكون البطلان جزاء تخلف ركن من أركان العقد في حكم القانون أو الواقع، يحول دون انعقاده أو وجوده، أو يكون للمحافظة على النظام العام والآداب العامة⁴.

أما إذا كان المشرع يريد حماية مصلحة خاصة، فيكون الجزاء هو البطلان النسبي، فيكون للعقد وجوده القانوني، بمعنى أنه يبطل إذا طلب إبطاله لمن تقرر الجزاء لمصلحته،

1- أمير فرج يوسف مرجع سابق، ص 321

2- علي فيلاي، الالتزامات نظرية العقد، د.ط، موزم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 251-256.

3- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 74.

4- محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا مقدم إلى الجزائر، 1976، ص 15.

ومتى تقرر هذا الإبطال يزول ذلك الوجود، ويرتد زواله إلى حين إبرامه وبذلك يكون جزاء مخالفة قاعدة مقررة لمصلحة شخص أو أشخاص معينين، كما في حالة عيوب الرضا، ونقص الأهلية¹.

وخلاصة لهذا القول يتضح لنا من خلال هذا التقسيم أن المصلحة العامة هي أساس البطلان المطلق، ومن الطبيعيان يخول لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، أما البطلان النسبي فقوامه المصلحة الخاصة، ومادام الأمر يتعلق بمصلحة خاصة، فلصاحبها وحده أن يتمسك بإبطال العقد، وله أن يتخلى عن ذلك بالإجازة، ويتقادم الإبطال إذا لم يتمسك به المتعاقد المعني لمدة من الزمن².

وإعمالاً لما تقتضي به المادة 102 من التقنين المدني على أنه: " إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان المطلق بالإجازة.....".

ويراد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان، تلك التي تستند إلى كل صاحب حق تؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، ولا يشمل على هذا التحديد سوى الخلف العام والخلف الخاص لكلا المتعاقدين ودائني كل منهما³.

كما أنه يكون للمحكمة أن تقضي بالبطلان المطلق من تلقاء نفسها إذا ما عرض عليها طلب تنفيذ عقد باطل، ولها ذلك حتى ولم يطلبه أحد الطرفين⁴. وذلك لأن العقد الباطل

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 171.

2- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 250.

3- أنور طلبية، انحلال العقد، د.ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص 236.

4- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 77.

ليس له وجود قانوني فهو إما منعدم بسبب تخلف ركن من أركانه، أو باطل بسبب مخالفة النظام العام والآداب.

أما فيما يتعلق بالبطلان النسبي فتتص المادة 99 من القانون المدني الجزائري : "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا العقد".

وعليه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها بل لابد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة أو خلفه العام، إذا فالإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس للغير ولا بحكم طبيعة الأشياء ولا مخالفتها النظام العام والآداب العامة¹.

الفرع الثاني

أقسام بطلان عقد

اختلف الفقه في تقسيمه للبطلان، إذ منهم من قسمه تقسيما ثلاثيا ومنهم من إعتد على التقسيم الثنائي، إذ أن التقسيم الثلاثي يتضمن ثلاثة أنواع وهي: الانعدام، البطلان المطلق، والبطلان النسبي.

فالانعدام يتقرر إذا تخلف ركن من أركان العقد كانهام الأهلية في احد طرفي العقد، أما بالنسبة للتقسيم الثنائي وخلافا للتقسيم الثلاثي فإن البطلان ينحصر في نوعين بطلان مطلق وآخر نسبي، إذ استبعد الانعدام.

أولا: تقسيمات البطلان حسب النظرية التقليدية:

اختلف الفقه التقليدي حول مسألة تقسيم البطلان، حيث تنازع حول هذا الموضوع اتجاهاً يأخذ الأول بالتقسيم الثنائي (1)، فيما يأخذ الثاني بالتقسيم الثلاثي (2)

1- التقسيم الثنائي للبطلان:

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 186.

يري هذا الاتجاه أن البطان نوعين بطلان مطلق وبطلان نسبي، فإذا تخلف ركن من أركان العقد يترتب عليه بطلان مطلق نظرا لخطورة العيب الذي لحق بالعقد، أما إذا تخلف شرط من شروط صحة العقد فالبطان في هذه الحالة يكون نسبيا، لأن العيب أقل خطورة ويكون قابل للتصحيح.

تعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات ولعل أبرزها أن هناك بعض الحالات يكون فيها أحد أركان العقد موجودا لكنه معيب ومع ذلك يكون البطان مطلقا لا نسبيا مثل عدم مشروعية السبب أو المحل¹.

2-التقسيم الثلاثي لبطلان:

البطلان ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب هذا الاتجاه، فبالإضافة إلى البطان المطلق والبطان النسبي هناك نوع ثالث، ألا وهو الانعدام والذي يختلف عن البطان المطلق في كون الأول (الانعدام) يعود إلى حائل طبيعي والثاني (البطلان) يعود إلى حائل قانوني. فكرة الانعدام ظهرت بداية في فرنسا بمناسبة عقد زواج تخلف فيه ركن من أركانه الجوهرية كإتحداد جنس الزوجين ثم توسعت بعد ذلك لتشمل كافة التصرفات القانونية إلى حد دفع ببعض الفقه إلى القول أن البطان نوعين هما الانعدام والبطان النسبي².

تعرضت فكرة الانعدام لانتقادات شديدة تتمثل في كونها عديمة الجدوى مادام أن آثار البطان تكفي للوفاء بالغرض المقصود منها، كما أنه ليس هناك حالات في الواقع محددة على سبيل الحصر يمكن تطبيق هذه الفكرة عليها، لهذا يجب إدخال الحالات التي تعالجها ضمن حالات البطان المطلق³.

1- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام

بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2005، ص491.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية،

بن عكنون، 2007، ص154.

3- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص55.

ثانيا: النظرية الحديثة:

نظرا للانتقادات التي تعرضت لها النظرية التقليدية، ظهرت نظرية أخرى حديثة تناولت هذا الموضوع، غير أنهم اختلفوا حول مسألة تقسيمها لذلك ظهرت ثلاثة اتجاهات ينادي الأول بالتقسيم الأحادي (أولا) ويرى الاتجاه الثاني أن البطلان ثنائي (ثانيا)، في حين يرى الاتجاه الثالث أن البطلان لامتناهي (ثالثا).

أولا: التقسيم الأحادي للبطلان:

يرى بعض الفقه أن العقد لا يمر إلا بمرحلتين، مرحلة الصحة ومرحلة البطلان ولا وجود لحالة ثالثة اسمها البطلان النسبي، فحسبهم أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يمر بحالتين واحدة تلوى الأخرى، فينعدد صحيحا وينتج جميع آثاره إلى أن يكتشف العيب الذي يعترضه وعندها يختار أحد المتعاقدين وهو الذي تقرر البطلان لمصلحته بين أمرين هما: إما أن يجيز العقد وبالتالي يصبح صحيحا أو أن يبطل العقد وفي هذه الحالة يصبح مثله مثل العقد الباطل. غير أن هذا التقسيم تعرض لانتقاد على أساس أن كل من البطلان المطلق والبطلان النسبي له نظامه الخاص¹.

ثانيا: التقسيم الثنائي للبطلان:

يتفق أنصار هذا الاتجاه على أن البطلان نوعين، بطلان مطلق يتحقق إذا تخلف ركن من أركان العقد أو أكثر، وبطلان نسبي يتحقق في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد.

غير أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول أساس هذا التقسيم، فهناك من يرى أن معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، هو المصلحة التي يستهدفها المشرع من وراء تقرير البطلان، فإذا كان الهدف منه هو حماية المصلحة الخاصة كان البطلان نسبيا (نقص الأهلية، الإكراه، التدليس)....، أما إذا كان الهدف من تقرير البطلان هو حماية مصلحة جماعية كان البطلان مطلقا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

1- علي فيلاي، مرجع سابق، ص ص 335-336.

هذا المعيار لا يعتبر أساساً قانونياً يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين البطلان المطلق والبطالان النسبي، وذلك لعدم وجود حدود دقيقة تفصل بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

لذا يري البعض الآخر، أن معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطالان النسبي هو انعدام أحد أركان العقد أو اختلال ركن الرضا، فالعقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط هذه الأركان، ويكون قابلاً للإبطال إذا اختل فيه ركن الرضا. وقد أخذ بهذا المعيار لكونه وضع حد فاصل بين البطلان المطلق والبطالان النسبي وهذا بالوقوف على حالاته سواء كان مطلقاً أو نسبياً¹.

ثالثاً: التقسيم اللامتناهي للبطالان:

تتنوع مراتب البطلان حسب هذا الاتجاه تبعاً للأغراض التي يتوخاها القانون؛ أي أن البطلان تتعدد درجاته وفقاً لاختلال أي شرط من شروط العقد التي يتطلبها القانون، فما دام كل شرط في العقد يراد به غرض معين، فإنه إذا اختل هذا الشرط كان العقد باطلاً في الحدود التي تتلائم مع هذا الشرط.

غير أن هذا الرأي وإن كان يتسع لتفسير بعض حالات البطلان الشاذة التي يصعب تفسيرها طبقاً للقواعد التقليدية؛ كبطلان عقد الشركة إذا لم يكن مكتوباً فلا يجوز للشركاء الاحتجاج به اتجاه الغير، الهيئة التي لم تستوفي الشكل المطلوب إذا قام الواهب أو رثته بتنفيذها. إلا أنه لا يصلح أساساً لتحديد حالات البطلان لافتقاره لقواعد ثابتة ومستقرة يمكن الرجوع إليها، لذلك يجب استبعاد هذه الفكرة حتى لا تتنوع مراتب البطلان دون ثبات أو استقرار².

1- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص ص 61-64.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من تقسيمات البطلان

تناول المشرع الجزائري نظرية البطلان في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المدني، وذلك من المادة 99 إلى 105 منه، حيث يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، وقد اعتمد في تحديده لنوعي البطلان علي معيار تحميل عناصر العقد، والتمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة¹.

فبعد أن عالج أركان العقد، أعقبها مباشرة بتفصيل أحكام البطلان وقد عالج البطلان بنوعيه، وحرص المشرع الجزائري على النص على نوعي البطلان ضمن النصوص التي تحدد جزاء للشروط التي يشترطها ومن مجمل هذه النصوص يتبين أنه انحاز إلى رأي من يري أن معيار التفرقة بين نوعي البطلان إنما يقوم على أساس تحليل عناصر العقد والتمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة. فمن جهة، يظهر من هذه النصوص أن جزاء تخلف أحد أركان العقد أو اختلاله هو البطلان المطلق وتعتبر المواد 93 و 96 و 97 خير دليل علي ذلك. ومن جهة أخرى ثانية، يفهم من نصوص أخرى أن جزاء تخلف شروط صحة الرضا هو قابلية العقد للإبطال.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع قائمة يبين فيها متى يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، لأن مهمته هنا إنما هي بيان أركان انعقاد العقد وشروط صحته، لذا، فإنه للإلمام بحالات بطلان العقد وحالات قابليته للإبطال، يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان الانعقاد وشروط لصحة وإذا ما فعلنا ذلك، انتهينا إلى ما يلي:

أ- يكون العقد باطلا في الحالات التالية:

- 1- حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية، يستوي في ذلك أن يكون هذا الشخص صبيا غير مميز أو أن يكون راشدا لكنه مصاب بالجنون أو العته وذلك بعد تسجيل قرار الحجز عليه¹.

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 112

2- حالة إبرام عقد ينعدم فيه التراضي أو يختلف فيه المخل أو السبب أو لا تتوفر فيه شروط المحل أو السبب.

3- حالة تخلف الشكل المطلوب للانعقاد العقد الشكلي أو تخلف التسليم المطلوب للانعقاد العقد العيني

4- حالة حكم القانون ببطالان العقد في صورة معينة كبطالان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو ركن برضاه و بطلان بيع الوفاء.

ب- ويكون العقد قابلا للإبطال في الحالات التالية:

1- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر (المدتان 43 و 101 مدني).

2- حالة وجود عيب يشوب إرادة احد المتعاقدين (81 إلى 91).

3- حالة جود نص خاص في القانون يقضي بان العقد قابل للإبطال كما هو الأمر بالنسبة إلى بيع ملك للغير (397، 398، 399).

وكما كنا نريد أن يقتدي مشرعنا بمسلك نظيره المصري في استعماله لفظي البطلان والقابلية للإبطال، ذلك أننا نرى أن عبارة البطلان المطلق التي استعمالها مشرعنا تستدعي بالضرورة أن يكون هناك في مقابلها عبارة بطلان نسبي وما دام هذا المشرع قد ترك هذه التسمية الأخيرة، فكان يجدر به ترك تلك العبارة الأولى، فيقول إما البطلان فقط دون وصف وهو ما نجده، أو يقول باطل وبذلك يكون عندنا وضعان للعقد الذي لم يستجمع أركان انعقاده أو شروط صحته وهما: العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

وهكذا نصل إلى أنه يتبين من خلال النصوص التقنين المدني الجزائري ان التقسيم

الثنائي للبطلان هو ما اعتمده مشرعنا¹.

1- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 115

المطلب الثاني

شروط التمسك بالبطلان وفقا للقانون الجزائري

كما سبق لنا القول فإن البطلان المطلق يختلف عن البطلان النسبي باعتبار أن الأول لا يحتاج عند وجوده إلى تقرير إلا في حالات معينة، بينما في البطلان النسبي فيحتاج دائما لتقرير من القضاء لينتج آثاره القانونية. لا يتقرر البطلان إلا إذا تمسك به من له المصلحة في ذلك، ويختلف الأشخاص الذين لهم حق التمسك بالبطلان وبين من لهم الحق بالإبطال، كما تختلف كيفية تقريره حسب نوع البطلان. وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا المطلب حيث سنخصص (الفرع الأول) لدراسة شروط التمسك بالبطلان المطلق وفي (الفرع الثاني) سوف نقوم بدراسة شروط التمسك بالبطلان النسبي.

الفرع الأول

شروط التمسك بالبطلان المطلق

من خلال المادة 102 من ق.م يتضح لنا أن حق التمسك بالبطلان بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا يكون لكل ذي مصلحة، ولا يقتصر على المتعاقدين أو من يقوم مقاميهما، بل يتقرر أيضا للخلف الخاص والخلف العام وللدائنين¹، لكن بشرط أن تستند هذه المصلحة إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه مثل ذلك يجوز لمشتري العقار التخلص من دعوى الشفعة التي يرفعها عليه الجار عن طريق التمسك ببطلان سند الملكية².

كما نصت نفس المادة على أنه يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد حتى ولو لم يطلب ذلك أحد وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

1- المادة 102 من ق.م تنص على: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك

بهذا البطلان، والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها..."

2- محمد السعيد جعفر، مرجع سابق، ص ص 74-75.

يتقرر البطلان المطلق سواء من خلال الدفع به أو من خلال رفع دعوي بشأنه¹ وقد أوضحت المادة 102 م.ج، من له الحق في التمسك ببطلان العقد، وجعلت من المصلحة قوام هذا التمسك، ويراد بالمصلحة في هذا السياق الحق الذي يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه ويتوفر شرط المصلحة المشروعية كلما ادعى الشخص حقا من جهة ووقع اعتداء على هذا الحق بسبب العقد المراد إبطاله من جهة أخرى وعليه لا يكفي أن تتوفر مصلحة في بطلان العقد دون قيام هذا الأخير أصلا، كأن يطلب التاجر تقرير بطلان عقد شركة منافسة وله بالتأكيد مصلحة في ذلك الطلب².

مما سبق، يكون لصاحب المصلحة الذي له حق يؤثر فيه بطلان العقد أن يتمسك بهذا البطلان³.

وعليه يحق لكل من البائع والمشتري وفي العقد الباطل التمسك ببطلان العقد، فيسترد البائع الشيء المبيع ويسترد المشتري من جهته الثمن ولدائني كل منهما حق التمسك ببطلان عقد البيع، كما يحق لخلفهما الخاص التمسك بالبطلان كذلك وهذا الحق مقرر أيضا للنائب العام والنقابات والجمعيات. وتبقى العبرة بالمصلحة التي يدعيها صاحبها لإبطال العقد وليست بالصفة التي يكتسبها. وبناء على ما جاء في نص المادة 102م، ج، فللمحكمة في حالة عرض عليها نزاع بشأن عقد باطل بطلانا مطلقا أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها، أي حتى ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك.

وإذا كان مناط حق التمسك بالبطلان هو المصلحة، فإن الغير الذي يتأثر بالعقد الباطل بطريقة غير مباشرة له هذا الحق.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 113.

3- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ج 2، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1988، ص 420.

ومثال ذلك إذا رفعت ضد حائز عقار دعوى استيراد ملكيته وتمسك المسترد في إثبات ملكيته بعقد البيع أبرمه مع المالك الحقيقي يحق لحائز أن يتمسك ببطلان العقد. إذ أن له مصلحة في رفع دعوى الاستيراد فنجد أن الحائز ولو أنه أجنبي عن العقد وليس خلفاً لأحد طرفيه يحق التمسك ببطلان إذ عنصر المصلحة متوفر.

كما لا يحق للتاجر إبطال عقد الشركة ليتخلص من المنافسة التجارية، وتتوافر هذه المصلحة للمتعاقدین كليهما، كما أن لخلفائهما العامين والخاصين ولدائنيهما حق التمسك ببطلان لمصلحتهم في تقريره .

فالخلف العام هم الورثة الذين لهم مصلحة في التمسك ببطلان تصرف مورثهم والخلف الخاص كالمشتري أو الدائن أيضاً له مصلحة في إبطال التصرف على مدينه لأنه إذ لم يبطله سيؤثر في الجانب الإيجابي من ذمته المالية.

الفرع الثاني

شروط التمسك ببطلان النسبي

نص المادة 99 م، ج على أنه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، ومن خلال قراءة هذا النص القانوني يتبين أنه في العقد القابل للإبطال لا يمكن تصور إبطال هذا العقد من تلقاء نفسه بسبب وجوده القانوني وترتيب آثاره ما دام لم يتقرر بطلانه، كما أن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة توجب فقط حق طلب إبطال العقد على صاحب المصلحة فيه.

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحة، كما أنه يجوز التمسك بالبطلان النسبي لأول مرة أمام المجلس القضائي ما لم يكن المتعاقد صاحب المصلحة قد تنازل عنه¹.

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، صص 234-235.

يتم تقرير الإبطال عن طريق رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة، إذ يجب على رافع الدعوى أن يراعي أحكام المادة 13 من ق.ا.م حيث يجب أن تتوفر فيه أهلية التقاضي، الصفة والمصلحة¹.

كما يجوز أن يكون التمسك بالإبطال على شكل دفع إذا قام المتعاقد معه برفع دعوى قضائية يطالب فيها المدعي عليه بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد².

و رغم تقرير المشرع الجزائري لحق اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال العقد، إلا أن هذا الحق لا يبقى أبدياً، بل يسقط بالتقادم، إذ تنص المادة 101 من ق.م.ج: "يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد"³.

ويستتبع من خلال نص المادة السالفة الذكر أن عدم تمسك صاحب الحق بإبطال العقد خلال خمس سنوات من زوال السبب، يؤدي إلى سقوط هذا الحق بالتقادم، غير أنه في حالة ما إذا تعلق الأمر بغلط، تدليس أو إكراه يتقدم بمرور عشر سنوات من إبرام العقد.

1- زغاري حنان، نظرية البطلان في القانون المدني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2007، ص 33.

2- زغاري حنان، المرجع نفسه، ص 34.

3- المادة 101 من ق.م.ج: " يسقط في حق إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات "

الفصل الثاني

آثار تمسك بالفسخ والبطلان كآلية لزوال الرابطة التعاقدية

تناول المشرع الجزائري آثار فسخ العقد في مادة 122 ق.م.ج التي تنص: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، يتجه المعنى إلى كل العقود دون استثناء سواء العقود الفورية أو العقود الزمنية، فإذا تم الفسخ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويعتبر العقد كأن لم يكن، مع إمكانية طلب الدائن التعويض إذا لحقه ضرر منعدم التزم المدين. فإذا تغير السعر في السوق وبقي المبيع في يد المدين الذي لم يكمل الثمن ثم انخفض سعر السوق. توجب رد المبيع كما تسلمه مع التعويض.

أما المادة 103 من نفس القانون فتطرق من خلالها المشرع الجزائري إلى الآثار الناتجة عن الحكم بالبطلان، إذ يترتب عن تقرير هذا الأخير زوال العقد الكلي وبأثر رجعي، أي انعدامه واعتباره كأن لم يكن أصلاً، إذ يسترد كل من المتعاقدين أدائه عينا أو بمقابل حسب الحال، وسيتم مناقشة هذه الآثار وغيرها من خلال هذا الفصل الذي سنتطرق من خلال (المبحث الأول) منه إلى آثار التمسك بالفسخ، أما (المبحث الثاني) فسيتم تخصيصه لمناقشة أهم الآثار المترتبة عن التمسك بالبطلان نسبياً كان أم مطلقاً.

المبحث الأول

آثار التمسك بالفسخ بالنسبة للمتعاقدین

إن المشرع الجزائري تناول آثار فسخ العقد في نص المادة 122 من ق.م.ج والتي يظهر من خلالها أن المشرع الجزائري تطرق إلى جميع أنواع وصور الفسخ، قضائياً و اتفاقي أو قانوني وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى دراسة آثار التمسك بهذه الصور

سواء بالنسبة للمتعاقدین (مطلب أول)، أو بالنسبة للغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدین (مطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار الفسخ بين المتعاقدین

إن القاعدة العامة المترتبة على فسخ العقد هي محو آثاره في الماضي وإعادة المتعاقدین إلى الوضع الذي كانا عليه من قبل (فرع أول)، إلا أن هناك حالات استثنائية يستحيل فيه إعادة المتعاقدین إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد (فرع ثاني).

الفرع الأول

زوال العقد بأثر رجعي كقاعدة عامة

أولاً: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة لدائن

عند تقرير الفسخ يعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وكل منه ما يعيد للآخر ما أخذه، فالبائع إذا كان هو الذي رفع دعوى الفسخ، فيستحق الثمار إذا كان المبيع ينتج ثمار من وقت طلب رد المبيع وثمراته، سواء قدم هذا الطلب مع دعوى الفسخ أو بدعوى مستقلة¹. إذا تلقى الدائن تنفيذا جزئياً من المدين وقت التعاقد فإذا زال العقد زال معه الالتزام تطبيقاً للأثر الرجعي للفسخ.

وإذا كان قد وقع خطأ من الدائن وكان العقد يقوم على الشرط الصريح، فإن هذا الخطأ يؤدي إلى زوال الشرط لأن القاضي يسقط الشرط، فالأصل في الفسخ هو تقصير المدين وإخلاله بالتزامه، فمادام قد وقع بفعل الدائن فللقاضي رقابة على العقد وفي تقرير الفسخ.

1- أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المسؤولية العقدية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 687.

فللدائن رد ما أخذه من المدين وكذلك المدين يسترجع ما قدمه للدائن بحكم الأثر الرجعي -مادة 122 من ق.م-وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا لحق الدائن ضرر لعدم تنفيذ المدين التزامه فيتحمل تبعه فسخ العقد مع التعويض، فالتعويض ناتج عن المسؤولية التقصيرية بينما طلب التنفيذ ناتج عن المسؤولية العقدية، وللدائن وحده حق الجمع بينهما فالمتعاقد الدائن له حق في استرداد ما قدمه للمدين قد حصل إلى جانب ذلك على تعويض.

بالتالي يكون قد جمع بين فسخ العقد والتعويض وهو أمر جائز من الناحية القانونية خاصة عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فيه المدين¹. وللدائن فسخ العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد فكل أداء يلقاه من المدين حتى وإن كان عبارة عن تنفيذ جزئي فهو ملزم برده للمدين ولا يجوز له الاحتفاظ به حتى لا يكون قبض غير مستحق، وحتى يسترد ما قدم هو أيضا للمدين عملا برجعية أثر العقد.

إذا كان المدين قد تضرر من جراء عدم تنفيذه للعقد فلا حق له في طلب التعويض طالما أن السبب يعود له ويتحمل بذلك مسؤوليته لوحده.

أما الدائن فإلى جانب استرداده للأداء الذي قدمه أن يكون له الحق في ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعاده، ذلك أن الفسخ يخول للدائن مركزا ممتازا على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع فيها لقسمة الغرماء كبقية الدائنين الآخرين².

في حالة ما إذا كان المبيع ينتج ثمار فالبايع إذا كان هو الذي رفع دعوى الفسخ فيستحق الثمرات إذا كان المبيع ينتج ثمارا من وقت طلب رد المبيع وثمراته سواء قدم هذا الطلب مع دعوى الفسخ أو بدعوى مستقلة³.

1- حمو حسينة، مرجع سابق، ص 678.

2- بليعور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 276.

3- أنور طلبة، مرجع سابق، ص 678.

وقد يسقط القاضي الشرط الصريح للدائن فإذا اتفقا على تسليم الثمن مثلاً في موطن المدين ثم امتنع الدائن عن تنفيذ التزامه وطلب فسخ العقد فيكون للقاضي رقابة إذا ما تبين له عدم توافر مبررات أعمال هذا الشرط فإنه يقضي بوقف أعمال الفسخ ويبقى العقد قائماً لتعسف الدائن فيه¹.

ثانياً: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للمدين

يترتب على قاعدة رجعية العقد عند فسخه جملة من الالتزامات هي:

أولاً: التزام المدين برد ما أخذه من الدائن:

إذا كان العقد عقد البيع، وقام البائع بتسليم المبيع للمشتري ولم يقدّم المشتري بالسداد مبيعة فقام البائع بفسخ العقد، فإنه يجب على المشتري رد العين للبائع ويلزم البائع برد ما فسخه أو انفساخه أن يطرأ على العين زيادة أو نقصان وقد استهلك المدين ما أنتجته العين من ثمار، طبيعية كانت أم مدنية².

على المدين أن يرد استلمه من الدائن بثماره سواء كانت مدنية أو طبيعية، فإذا كان العقد عقد بيع وكان المشتري هو المدين وطالب فيه البائع فسخ البيع، فإنه على المشتري رد المبيع مع ثماره كونها ملك للبائع³.

إذا كان كل المتعاقدين ملزم برد ما قبضه بعد فسخ العقد فما هو الأساس القانوني للالتزام بالرد؟

مما لا جدال فيه أن العقد بعد فسخه لا يصلح أن يكون سنداً للالتزام بالرد، لذا نجد أن جانباً من الشراح ذهب إلى جعل الحيابة سنداً للالتزام بالرد، فكل منهما يعتبر حائزاً

1- محمد قاسم، فسخ العقد بإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعات الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 213.

2- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة الدكتوراه، جامعة الفؤاد الأول، القاهرة، 1946، ص 287.

3- بليغور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 276.

بالنسبة للآخر وقد وجهت لهذا الأساس عدة انتقادات، فاتجه جانب من الفقه إلى تأسيس الالتزام بالرّد على النص القانوني هو الأساس السليم للالتزام بالرّد¹.

ثانياً: الالتزام بالتعويض

إذا أصاب الدائن ضرر جزاء عدم تنفيذ المدين للالتزامه فإلى جانب الحكم له بفسخ لعقد، يجوز الحكم على المدين بالدفع تعويض للدائن، فالتعويض حق للدائن الذي لحقه ضرر جزاء عدم التنفيذ.

ما إذا لحق المدين ضرر جزاء الفسخ فإنه لا يجوز له المطالبة بالتعويض.

يمكن أن يفسخ العقد ويسترد الدائن ما قدمه لمدينه مع ذلك تلحقه أضرار فله في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض، كون الفسخ وحده لا يزيل الأضرار اللاحقة به جزاء عدم التنفيذ كما لو كان العقد محل فسخ عقد بيع وتغيرت أسعار المبيع في السوق فانخفض ثمنها خلال فترة بقاء المبيع في يد المدين، فإن له أي الدائن المطالبة بالتعويض، إن التعويض الذي هو حق للدائن إلى جانب فسخ العقد لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية بل على أساس المسؤولية التقصيرية.

إلى جانب استرداد الدائن ما قدمه للمدين يحق له أن لا يزاحمه الدائنون الآخرون، لأن الفسخ يخول للدائن مركزاً ممتازاً كما يحق للدائن أيضاً بعد فسخ العقد حبس ما قدمه لها المدين حتى يحصل على حقه منه².

إلى جانب حق الدائن في استرداد ما قدمه للدائن يجوز له زيادة على ذلك إن كان العقد محل الفسخ عقد بيع وكان المدين هو المشتري يجوز للدائن البائع أن يسترد مصاريف التحسينات التي أجراها على المبيع ونفقات المحافظة عليه طبقاً للمادة 744، 785 كما

1- عباس علي محمد الحسني، " رجعية العقد عند فسخه قضاء"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة،

العدد 1، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، عراق، 2012، ص 35.

2- عمور إيمان، مرجع سابق، ص 23.

يجوز للمدين أن يجري مقاصة مع الدائن حين يكون ما يجعله رده وما يحق له استيراده نقوداً، فقواعد المقاصة تقضي أن يكون الدينان المتقابلان نقداً في الجانبين¹.

الفرع الثاني

استحالة رد العين إلى ما كانت عليه

هناك حالات استثنائية يقع فيها الفسخ إلا أنه يستحيل فيها رد العين، أي إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كان يكون المبيع قد هلك في يد المشتري، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على ما كان قدمه للدائن ففي هذه الحالة أجاز المشرع الجزائر للقضاء الحكم بالتعويض ويتولى تقديره القاضي وذلك في المادة 119 من ق.م.ج² إذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض³.

وفي هذا الشأن يجب التمييز بين التعويض الذي يتحصل عليه المتعاقد في إطار إعادة المتعاقدين، إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد طبقاً لنص المادة 122 من ق.م.ج والتعويض الذي يتحصل عليه الدائن بمقتضى المادة 119 من قبل الضرر الذي لحقه نتيجة فسخ العقد بغض النظر عن استحالة أو عدم استحالة الرد⁴.

وبناء على ذلك فإذا حكم القاضي بالتعويض نتيجة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد كان ذلك على أساس المادة 122 من ق.م.ج.

كما أنه يستحيل تطبيق الأثر الرجعي للفسخ على العقود الزمنية لأن الفسخ يقتصر على العقود الفورية، ذلك أن عقود المدة كالإيجار أو التأمين أو العمل لا يكون للفسخ أثر

1- بليغور عبد الكريم، سابق، ص 277

2- المرجع نفسه، ص 277.

3- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 437.

4- أحمد جبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة- رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1986، ص 130.

رجعي فيها وتعتبر محكمة النقض اللبنانية عند ذلك بقولها: من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر الدوري التنفيذ، كالإيجار أنه يستعص بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي لان الزمن فيه أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامات فيه يتم عند دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذ آثار العقد التي أنتجها قبل العقد تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذالمدة له صفة الأجرة لا التعويض ولا يفسخ العقد إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد.

وعليه فمتى استحال الرد جاز للقاضي الحكم بالتعويض ذلك أن المادة 122 من ق.م.جاء الحكم فيها شاملا لجميع الحالات التي يستحيل فيها إعادة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد فالنص جاء مطلقا ودون تحديد لاستحالة معينة أو لفئة من العقود دون فئة أخرى.

المطلب الثاني

آثار فسخ العقد بالنسبة للغير

يترتب على فسخ العقد زوال حقوق الغير كقاعدة عامة، غير أن المشرع الجزائري رتب على هذه القاعدة العامة، وهذا ما سنحاول تحليله من خلال تحديد آثار زوال العقد على حقوق الغير (فرع أول)، ثم تحديد استثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الغير (فرع ثاني)

الفرع الأول

زوال حقوق الغير

القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ هي أن الأثر الذي يحدثه الفسخ لا يقتصر على المتعاقدين فقط وإنما يمتد ليشمل الغير أيضا إذ تتأثر حقوقه أيضا التي تكون قد انتقلت إليه من أحد المتعاقدين فتزول هي الأخرى كأثر لإعمال الفسخ، كذلك الحقوق التي رتبها المشتري للغير على الشيء المبيع.

فإذا اشترى شخص عين ثم باعها لآخر ورتب عليها رهن، ثم إن العقد الأول فسخ بعد ذلك، فهنا للبائع أن يسترد العين المباعة من المشتري الثاني خالية من الرهن أو من أية حقوق أخرى كحق الارتفاق، حق الانتفاع يكون المشتري قد رتبها على العين¹.

ويترتب على تطبيق هذه القاعدة العامة أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية، من قبل فسخه لأنه كما لا يجوز للغير وفقاً للقواعد العامة إنكار ميلاد العقد لأول مرة، فانه من جهة أخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا ما تم وفقاً لما يتطلبه القانون، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة².

غير أنه لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ وسارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ، يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجر إيقاع الفسخ إلى تسجيل دعوى الفسخ، أو أن يؤشر بها وفقاً لقواعد الشهر العقاري حتى لا يستطيع الغير أن يبدي في مواجهة حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال³.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الغير

إذا كانت القاعدة هي زوال العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير فإن لهذه القاعدة استثناءات معينة، لأن هذه القاعدة لا يجب العمل بها بصفة مطلقة في مواجهة الغير، لأنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية والرعاية من أثر فسخ العقد الخطير وخاصة عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذي فسخ العقد ضده حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال⁴.

1- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الأردني والمصري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص 214.

2- بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 288.

3- بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 288-289.

4- حمو حسينة، مرجع سابق، ص 95.

وبناء على ذلك هناك حالات لا يتأثر الغير فيها بالفسخ الذي يقع بين الدائن والمدين ويمكن حصرها فيما يلي:

أ- حالة حيازة منقول بحسن نية:

يكون الغير في منأى من أثر الفسخ الذي يقع بين من تلقى منه هذا الحق على المنقول والمتعاقد معه شريطة أن يكون الغير حسن النية حتى تشملته حماية القانون، على أن قرينة حسن النية لا تعد وأن تكون قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها¹.

ولذلك كان يجب أن يكون الغير فعلا حسن النية حتى يمكن تطبيق القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فهي قاعدة قانونية أساسية في هذا المجال واجبة لحماية الغير²، وهو ما تقضي به المادة 385 من ق.م.ج التي تنص: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته إن كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتبار الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك".

طبقا لنص هذه المادة فإن حسن النية بالنسبة للغير إلى جانب السند الصحيح كافي لحمايته من أثر الفسخ، بصرف النظر عن فسخ سند التصرف.

وعليه فمتى انتفى حسن النية انتفت الحماية القانونية للغير من أثر الفسخ، مثال ذلك: أن يكون الغير يعلم بما يتهدد العقد لذي يربط سلفه بمن تعاقد معه، فيكون في مثل

1- حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص64

2- حمو حسينة، مرجع سابق، ص96.

هذه الحالة ليس فقط قد انتفت شرط حسن النية بالنسبة إليه يكون سيئ النية، والقانون لا يحميه¹.

ب- حالة تقرر حق على عقار:

إن تطور الفكر القانوني وصل إلى حماية الغير الذي تقرر لصالحه حق على عقار من أثر فسخ العقد بأثر رجعي، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ ونظمه في قانون إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الصادر بتاريخ الذي نص في المادتين 15 و 16 أنه بأن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق من إنشاء أو نقل أو تعديل أو فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير².

وعليه وطبقا لهذه النصوص فإن الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار، وكان حسن النية، وقام بشهر حقه طبقا لقواعد الشهر، لا يؤثر فسخ العقد على حقوقه، غير أن قرينة الشهر ما هي إلا قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها³. ومن ثم يمكن إثبات سوء نية الغير الذي قام بشهر حقه، كما لو قام به، وهو يعلم أن العقد الذي يربطه بمن قرر له هذا الحق يتهدد الزوال عن طريق الفسخ.

وعليه فإن الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يتهدده الفسخ، أو قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الفسخ، أو التأشير بها على هامش العقد، لا ينجوا من أثر الفسخ وذلك لأن حسن النية يكون قد انتفى في جانبه، وبالتالي تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانونا، إذ كان عليه أن يكون حريصا على مصلحته بأن يرجع إلى ما هو مسجل أو مؤشربه في البطاقة العقارية⁴.

ج- حالة ترتب رهن رسمي:

1- حسين تونسي، مرجع سابق، ص 65.

2- أمر رقم 75-74 مؤرخ 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج. عدد 92، الصادر في 18 نوفمبر 1975.

3- حسين تونسي، مرجع سابق، ص 65.

4- بيلعور عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 293-294.

يحدث في الحياة العملية أن يرتب المشتري على العقار الذي اشتراه رهنا تأميني الدائن مرتين حسن النية يعتقد أن الملكية خاصة للراهن، غير مهددة بالزوال فإذا بالملكية تزول من سلفه لأن العقد الذي يربط المتصرف بالبايع قد فسخ.

ففي مثل هذه الحالة لو أخذنا بالقاعدة العامة التي تقضي في مجال الفسخ بزوال العقد وما يترتب من التزامات بالنسبة إلى المتعاقدين والغير معا فإن الدائن المرتهن، لن يكون له تأسيس على العقار¹، ولذلك فإن التشريعات الحديثة نظمت حماية خاصة لهذا الدائن المرتهن، حتى يكون بمناجاة من أثر فسخ العقد الذي بين المتصرف والمتصرف إليه، وفي هذا الصدد نصت المادة 885 من ق.م.ج" يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله، لأي سبب آخر إذا ثبت أن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن.

وعليه وطبقا لنص المادة 885 فإن الرهن الرسمي بقى قائما في حق الدائن المرتهن رغم فسخ العقد، ما دام أنه كان حسن النية وقام بتنفيذه قبل رفع دعوى الفسخ².

وإن حكم المادة 885 من ق.م.ج خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحياز الوارد في المادة 950 من ق.م.ج مما يجعل العقار الذي كان محلا للرهن الحيازي العقاري يعود إلى صاحبه خاليا من تلك الحقوق بعد فسخ العقد، وهذا يؤدي إلى أن الحكم الوارد في شأن الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي لا يتوسع فيه.

د - حالة الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة:

إن الغير الذي يتلقى حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة لا يتأثر بفسخ العقد، فالقاعدة هي بقاء أعمال الإدارة الصادرة من المالك، الذي تقرر فسخ سند ملكية لصالح من تعامل معه بحسن نية، وذلك بهدف استقرار المعاملات بين الأفراد، فإذا كسب الغير حقا يتعلق بالشئ الذي ورد عليه العقد الذي فسخ وذلك بمقتضى عقد من عقود

1- المرجع نفسه، ص 295.

2- حسين التونسي، مرجع سابق، ص 65.

الإدارة، فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ، ولكن يجب أن يكون الغير حسن النية لا يعلم وقت التعاقد بها يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ، فإذا كان المشتري الذي فسخ عقده قد أجر الشيء الذي اشتراه، فإن الإيجار يظل قائماً لمصلحة المستأجر إذا كان حسن النية¹.

هـ - حالة التملك بالتقادم:

قد يكتسب الغير حقا من الحقوق بموجب التقادم المكسب التي تقضي به المادتان 817 من ق.م.ج التي تنص: " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع".

والمادة 228 ق.م.ج التي تنص: " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات".

ويترتب على التقادم المكسب أن فسخ العقد الذي قد يقع بين متصرف ومتصرف إليه لا يمس كإستثناء من القاعدة العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا لقاعدة التقادم المكسب². فإذا كانت قاعدة التقادم المكسب تحول دون سريان اثر الفسخ، فإن هذا لا يعني أن الدائن الذي حكم بالفسخ لصالحه بالفسخ قد ضاع، لأن القانون حفظ له حقه، لما أجاز للقاضي أن يحكم له بالتعويض بناء على نص المادة 122 من ق.م.ج ذلك أن الاستحالة تشمل الاستحالة المادية والاستحالة القانونية³.

غير أن هذه الاستثناءات السابقة البيان مهما تعددت فإنها لا تغطي على الأصل العام الذي وجدت من أجله نظرية فسخ العقد في القانون الحديث، وهو زوال العقد بعد فسخ

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 423.

2- حسينة حمو، مرجع سابق، ص 102.

3- حسين التونسي، مرجع سابق، ص ص 65-66.

هبأثر رجعي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، وذلك حتى يبقى لهذه النظرية قوتها القانونية.

المبحث الثاني

آثار التمسك بالبطالان

إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال وتقرر إبطاله. لا يكون له وجود قانوني. فلا يترتب أثر ما سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير. وذلك فيما عدا بعض الاستثناء توفي الحالتين يزول العقد بأثر رجعي. أي يعتبر كان لم ينشأ أصلا. لكن إعتبار العقد كان لم يكن أصلا لا يتفق مع الواقع أن التعاقد قد تم أو تمت محاولة إقامته. بل وقد يكون العقد قد نفذ كله أو بعضه ولهذا فان القاعدة النظرية تصطدم مع الاعتبار العلني وتأتي آثار البطلان متأثرا بهذا التصادم. و هذا ما سنحاول تحليله من خلال تحديد الآثار الأصلية للبطلان (مطلب أول) ثم نتطرق إلى تحليل الآثار العرضية لهذه الآلية القانونية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الآثار الأصلية للبطلان

الأصل أن في تقرير بطلان العقد أو إبطاله، يفيد انعدام العقد ليس مستقبلا فقط، بل من يوم إبرامه أي بأثر رجعي، ويقتضي في بعض الأحيان انسحاب آثار تقرير البطلان إلى يوم إبرام العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد وكذلك الأمر بالنسبة للغير إذا كان قد اكتسب حقا من أحد المتعاقدين¹.

إذ تنص المادة 103 من القانون المدني الجزائري: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص272.

عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد إذ يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

فإلى أي مدى يمكن إعادة الحال إلى الوضع السابق؟

تثور الصعوبة إذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه، إذ ينبغي إعادة الحال إلى ما كان عليه، وقد يتعذر ذلك في بعض الأحيان، إذ قد تستحيل إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل التعاقد، كما أن هناك حالات ما لا يستلزم فيها الشخص بالرد، أو ما قد يلتزم فيها برد بعض ما تم قبضه تنفيذا للعقد¹.

فإذا كان العقد قد نفذ كله أو جزء منه، يجب على كل عاقدا أن يرد كل ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه، فإذا كان العقد بيعا، التزم البائع برد الثمن، والمشتري برد المبيع وثمراته من يوم المطالبة القضائية إذا كان حسن النية².

وإذا ما استحال الاسترداد، بأن هلك المبيع مثلا وهو في حيازة المشتري وبخطأ منه مع جواز القاضي بتعويض معادل، هنا يلزم المشتري برد قيمة المبيع وقت هلاكه وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس المسؤولية العقدية لانعدام العقد والبائع يلتزم برد الثمن على أساس دفع غير مستحق³.

وفي العقود الزمنية، يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان. إذ يستحيل على أحد العاقدين رد ما تسلمه، أو ما أفاد منه بمقتضى العقد، كما هو في عقد الإيجار والعمل والمقاولة والعارية، فهنا يحكم القاضي بتعويض معادل. وهذا التعويض هو قيمة العمل أو هذه المنفعة دون التقيد بالأجر المتفق عليه لقاء العمل، أو الأجرة المتفق عليها مقابلا لمنفعة

1- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 177.

2- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 558.

3- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 224

ولكن لهذا الحل المبدئي، وهو إعادة الأطراف إلى ما كانا عليه قبل إبرام العقد حدود خاصة، إذا كان المتعاقد ناقص الأهلية أو ملوثاً¹.

1- كيفية الاستيراد:

أ- الاستيراد العيني: وهو أفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وهي أن يسترد كل منهما ما أداه عينا، فللبائع أن يسترد المبيع وثماره منذ إبرام العقد، وللمشتري أن يسترد الثمن الذي دفعه وكذلك المصاريف التي أنفقها لحفظ البيع عن حسن نية².

ب- الاستيراد بالمقابل: ويكون عند استحالة التنفيذ العيني، بسبب هلاك الشيء، أو لطبيعة المعاملة، هذه الحالة وعند غياب اتفاق المتعاقدين، يحدد القاضي مبلغ التعويض الذي يحل محل الاسترداد العيني³.

1. أ. إلزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة:

لقاعدة في هذا الصدد أن ناقص الأهلية لا يلزم إذا أبطل العقد لنقص أهلية، أن يرد على غير ما عاد عليه من منفعة منه، فإذا أنفق في ملذاته أو لهوه لا يلتزم برد شيء منه، أما إذا أنفق في وجوه الإنفاق المعقولة أو استثمار، كان ملزماً بأن يرده في حدود في حد ما عاد عليه من نفع⁴.

2. ب. حرمان الملوث من الاسترداد الكلي:

1- لزهرة حمو، آثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة للاستكمال متطلبات شهادة الليسانس أكاديمي، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012-2013، ص 7.

2- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الأزراطية، مصر، 1996، ص ص 273-274.

3- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 273.

4- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، مصر، 2009، ص 85.

هناك قاعدة رومانية قديمة تقضي " ليس للغاش أن يستفيد من غشه ". ومعناه أنه يحرم المتعاقد الذي تسبب في عدم المشروعية بفقد الحق في استرداد ما أداه، وتتص قاعدة رومانية أخرى " إذا تساوى الطرفين في الغش فلا مجال للاسترداد ". فإذا دفع شخص مبلغا من المال إلى امرأة بقصد إقامة علاقة غير مشروعة معها، وقضى ببطالان هذا الاتفاق فإن هذا الشخص وفقا لهذه النظرية لا يستطيع استرداد ما دفعه، وكذلك من اتفق مع غيره على ارتكاب جريمة من الجرائم في مقابل مبلغ معلوم دفعه إليه، فإذا أبطل هذا الاتفاق، فإن هذا الشخص الذي دفع هذا المبلغ لا يستطيع استرداده وفقا لهذه النظرية¹.

ومع ذلك فإنه بالنسبة للمحل الغير المشروع، فإنه يحكم بمصادرته، إذا كانت حيازته تكون جريمة جنائية، وفي حالة الباعث الدافع للتعاقد الغير المشروع، فإن العقد يظل صحيحا، إذا كان العاقد الآخر حسن النية، حيث لم يشترك في هذا الباعث غير المشروع، ولم يثبت علمه به، ولا يجوز بالتالي للطرف الملوث استرداد ما أداه².

والقاعدة في القانون الجزائري هي أن العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب آخر، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقا للقاعدة العامة التي ذكرناها سابقا، وهذا انطلاقا من أن القاعدة الرومانية لا تتفق مع منطق البطلان، الفساد إذ تؤدي إلى النتيجة التي تترتب على العقد الصحيح.

ولا تقتصر قاعدة الأثر الرجعي بالنسبة للمتعاقدین فقط، بل وبالنسبة للغير أيضا، ومن هذا المنطق، ومما سبق ذكره، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، (فرع أول) نعرف فيه الغير الحسن النية، أما (فرع ثاني) فسنستعرض قاعدة الأثر الرجعي في مواجهة الغير الحسن النية.

1- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 184.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 100.

الفرع الأول

المقصود بالغير

ينعكس أثر البطلان أو الإبطال بما يؤدي إليه من التقرير بزوال العقد وضرورة إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد¹. إذ لا يقتصر أثره على العاقدین فقط، بل يمتد إلى الغير، فالبطلان له أثر مطلق، ويحتج به في مواجهة كافة².

وهنا يثور سؤالنا، من هو الغير الذي يتأثر بالعقد الباطل إلى جانب العاقدین؟ ثم ما هي الآثار التي تسري على هذا الغير في حالة بطلان العقد؟ هل هو شخص أجنبي عن العقد؟ أم أنه شخص تلقى من المتعاقدين حقوقاً متعلقة بهذا العقد؟ فلا شك أن المعني الأخير هو المقصود في هذا الصدد، وبعبارة أوضح الخلف الخاص للمتعاقدین، أي من تلقى ملكية الشيء محل العقد الباطل أو من تقرر له حقا من الحقوق على هذا الشيء³.

وهو أيضا من يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات، أو في حق عيني⁴. بمعنى أن الغير، هو كل شخص اكتسب حقا عينيا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه. وبذلك يمكن القول بأن البطلان أثرا مطلقا كما يقول البعض، أو أثرا عينيا كما يرى البعض الآخر⁵.

1- محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام، دط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004، ص 201.

2- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 277

3- سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002-2003، ص 184.

4- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 278

5- لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم بكلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 149.

بمعنى أنه تلقى من العاقدين حقا على الشيء الذي هو محل العقد الذي تقرر بطلانه، وهو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين¹. هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه ومقتضى هذه القاعدة، انه في حالة ما إذا نفذ العقد كله أو جزء منه ثم قرر القاضي ابطاله، يجب على كل عاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى هذا العقد، أي أن تقرير البطلان أو للإبطال يحمي كل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، وينشئ حقوقا والتزامات جديدة في ذمة كل متعاقد².

الفرع الثاني

زوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير

لأصل أنه إذا بطل العقد الأول، فيجب أن يبطل العقد الآخر تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان³. ومن مقتضاها إذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقا عينيا رهن أو اتفاق ثم تقرر بطلان البيع فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري حتى ولو كان المشتري قد باعها لآخر، فللبائع الحق في أن يستردها من المشتري الأخير⁴.

لأنه إذا زال حق المشتري زالت بالتالي الحقوق التي ترتبت للغير بمعرفته تطبيقا لمبدأ "فإن فاقد الشيء لا يعطيه". فزوال حق الناقل يزيل حق الملتقي. فطالما بطل حق المشتري الأول بطل حق المشتري الأخير، فإن حق المشتري الأخير يكون باطلا أيضا فما بني على

1- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص249.

2- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، الإصدار1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص291.

3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص198.

4- أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص339.

الباطل يكون باطلا أيضا. غير أن هذا المبدأ تحد منه القواعد الخاصة بحماية الغير الحسن النية¹.

ومثال ذلك أيضا، إذا باع عمر عمارة لزيد، وباعها هذا الأخير لعللي، فيعتبر هذا الأخير من الغير بالنسبة للعملية التي تمت بين عمر وزيد، ولكن إذا تم إبطال عملية البيع هذه، يتأثر علي بذلك، لأن زايد الذي اشترى منه العمارة لا يعتبر مالكا وليس له إذن في أن يتصرف في العمارة، وهكذا يسرى البطلان مبدئيا في حق الغير، فيلزم علي برد العمارة².
ومثال ذلك أيضا في عقد البيع الباطل الذي نفذ يلتزم فيه المشتري برد العين المبيع من وقت المطالبة القضائية ذلك، مع افتراض حسن النية³.

لكن قد يهلك المبيع في يد المشتري بخطأ منه، هنا يصبح الاسترداد مستحيلا فيحكم القاضي بتعويض معادل، بحيث يلتزم المشتري برد قيمة المبيع وقت هلاكه، لمقابل يلتزم البائع برد الثمن⁴.

وجوب تسجيل دعوى البطلان

إن كان الغير الذي تلقى العين قام بالتسجيل قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان، استقرت له الملكية بشرط أن يكون حسن النية أي لا يعلم بالعيب الذي شاب عقد من تلقى الحق منه وأن يكون هذا العقد خلوا مما يدل على بطلانه، فإن كان من تلقى الحق سيء النية وقت إبرام العقد، فإن الملكية لا تنتقل إليه ويحاج بالبطلان، والعبرة بتوافر حسن النية وقت إبرام العقد لا وقت تسجيله، ويفترض في من تلقى الحق حسن النية ومن ثم يقع على

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 277

2- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط 1، الاصدار 3، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 160

3- عبد المنعم فرج صده، مبادئ القانون، دط، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1982، ص 363.

4- لطيفة عروسي، وآخرون، بطلان العقد بين الفقه والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية الإدارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2001-2002، ص 26.

طالب البطلان إثبات سوء نيته وله ذلك بكافة الطرق، أما إن كان الغير قد سجل تصرفه بعد تسجيل صحيفة دعوى البطلان، فانه يحتاج بالحكم الذي يصدر بالبطلان¹.

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقا عينيا بعد تسجيل دعوى البطلان، فان حقه يزول بتقرير بطلان العقد، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية، أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان، فالظاهر أن حقه يزول إذا كان سيئ النية، ويبقى إذا كان حسن النية⁵.

ونتيجة ما تقدم أن تضيع حقوق الخلف الخاص بسبب بطلان أو إبطال عقد السلف. وجدير بالذكر أن من تصرف في شيء تملكه بموجب عقد قابل للإبطال بسبب من جهته يمتنع عليه أن يطلب إبطال عقده، إذا تصرف في الشيء للغير لأن ذلك يعد من جانبه إخلالا بالتزامه بالضمان في مواجهة خلفه.

وخلاصة القول إذا تقرر بطلان العقد، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثم يزول العقد بأثر رجعي، وتكون العقود المترتبة عليه عديمة الأثر بالنسبة للخلف الخاص، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن ينقلها إلى غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فتعتبر عقود بالنسبة للشيء عقودا صادرة من غير مالك².

لكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها حيث أن ذلك قد يضر بالغير حسن النية، ولذلك وردت عدة استثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية، لذا سندرس الآن بالتفصيل حدود هذه القاعدة³.

1- مصطفى مجدى هرجه، العقد المدني، دط، دار محمود للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2002، ص202.

2- عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص688.

3- الزهرة حمو، مرجع سابق، ص13.

المطلب الثاني

الآثار العرضية للبطالان

العقد الباطل ليس عملاً قانونياً إذ هو كعقد لا وجود له، لكنه عمل مادي أو واقعة قانونية وهو لهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية¹.

ومع ذلك فإنه إذا كان العقد الباطل يعتبر كأن لم يكن، ويعود الطرفان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وأن هذا الأثر يترتب بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، فإن هناك استثناءات ترد في هذا الصدد، إذ قد تترتب على العقد الباطل بعض الآثار، كما قد تترتب آثار بمناسبته، ومن هذه الآثار ما قد يترتب على العقد بصفة أصلية ومنها ما يترتب بصفة عرضية².

من هذا سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، فرع أول، سنتحدث فيه على الآثار التي تترتب على البطلان بصفة عامة، أما الفرع الثاني والثالث، فسنعرض كل أثر على حدى، فالفرع الثاني سنتحدث على آثار البطلان المطلق، ثم سنتحدث على آثار البطلان النسبي في فرع الثالث، وهكذا قد نكون عالجت الآثار العرضية المترتبة على بطلان العقد.

الفرع الأول

آثار بطلان العقد بصفة عامة

ومن صور الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل باعتباره واقعة قانونية مادية، الزواج الفاسد أو الغير الصحيح في الشريعة الإسلامية الذي سبق لنا شرحه³. فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج أثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة و التوارث ما بين

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 2000، مرجع سابق، ص 549.

2- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 180.

الزوجين، ولكنه ينتج آثار عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطياً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطالان على خلاف في الرأي. فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين، فالعدة واجبة على أثر هذا الاتصال الفعلي، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية¹.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلاً، ولكنه ينتج بعض الآثار، من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير متخصصة، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم.

ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلاً². ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين إحداهما نظرية تحول العقد، والأخرى انتقاص العقد، اللتان سبق وأن تطرقنا إليهما.

فإذا كان يترتب على البطلان زوال العقد، وكل ما ترتب عليه بصفة نهائية، انه ينبغي أن يراعى أن البطلان قد لا يلحق إلا شقاً منه فقط، وفي هذه الحالة، إذا ما أزيل هذا الشق وحده يبقى العقد، وهذا ما يحدث في حالة انتقاص العقد أو البطلان الجزئي، كما أن العقد الباطل قد يتضمن عقداً آخر، وفي هذه الحالة يتحول العقد³.

أولاً: إنتقاص العقد

1- مفهوم انتقاص:

1- محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزامات، قسم 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 143

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 150.

3- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 181

يقصد بانتقاص التخلص من الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح طالما احتتمل التجزئة، فإذا لم يحتملها لم يكن هناك محل لهذا الانتقاص¹.

وفي حالة ما يكون العقد باطلاً في جزء منه أو في شق منه فإن هذا البطلان لا يشمل الشق الصحيح من العقد، إلا إذا تبين أن العقد لا يمكن أن يتم بدون وجود الشق الآخر الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل حينئذ العقد كله².

مثال ذلك إذا باع شخص ما يمتلكه من منزل وسيارة، بعقد واحد، ولكن مع تحديد ثمن مستقل لكل منهما، فلو كان المنزل مثلاً سيستغل في عمل مخالف للنظام العام والآداب عندئذ يبطل الشق الخاص بالمنزل ولكن يبقى العقد صحيحاً في الشق الآخر المتعلق بالسيارة، ذلك أننا نكون في هذه الحالة بصدد عقدين كل منهما مستقل عن الآخر وليس عقداً واحداً³.

وعن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، فيجب أيضاً ألا يكون هذا الانتقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال لا بد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده⁴.

2- شروط انتقاص العقد:

1- عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص102 .

2- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دط، دار هومة للطباعة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص178

3- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص94.

4- أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج1، ط4، دار العدالة، القاهرة، مصر، ص405.

نص المشرع الجزائري على هذه النظرية في المادة 104 ق.م والتي مفادها أن وإذا كان العقد صحيحا في جزء منه وباطل في جزء آخر، وكان هذا العقد قابلا للانقسام، فإنه نستبعد الجزء الباطل ونستبقي الجزء الصحيح ويظل بذلك عقدا صحيحا، لكن بشرط أن لا تتعارض وإرادة المتعاقدين مع هذا الانقسام لأنه لا بد من تغليب إرادة المتعاقدين. وبذلك فقد اشترط القانون مجموعة من الشروط من أجل إعمال قاعدة إنقاص العقد وهي:

- أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال.
- أن يكون البطان أو القابلية للإبطال في شق من العقد، أي أن البطان لا يمس العقد في ككل بل جزء منه فقط.
- وأن يكون الشق الباطل غير مؤثر.
- أ- بطان شق من العقد:

إذا كان العقد صحيحا في كل بنوده أو باطلا بأكمله، فلا حاجة للإنقاص، حيث يكون العقد في الحالة الأولى صحيحا، ويكون باطلا كليا في الحالة الثانية، وهذا إذا تعذر تحويله كما أسلفنا.

ويعتد بالإنقاص إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده، أو في جزء منه فقط، يحدث هذا الوضع - عادة - إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه المادة 622 ق.م واو الشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه المادة 556 من القانون المدني الجزائري والشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يعتمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منه المادة 384 ق.م¹

ب- قابلية العقد للانقسام:

يجب أن يكون العقد الأصلي باطلا بأكمله، أما إذا كان جزء منه باطلا وكان التصرف قابلا للانقسام، فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف، بل لانتقاصه، فيزول الجزء

1- علي فيلالي، الالتزامات، د.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص292

الباطل ويبقى الجزء الصحيح¹. في اعتقادنا فإن العقد يكون قابلاً للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية، كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 من ق.م. وقد نصت المادة 426 من ق.م. "إذا وقع الاتفاق على أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً..."² إن مثل هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة، لذي يقوم أساساً على أقسام الربح والخسارة، وقد يكون العقد كذلك غير قابل للانقسام بمقتضى القانون مثل المادة 466 ق.م. "الصلح لا يتجزأ فبطان جزء منه يقتضي بطان العقد كله"³.

ج- الشق الباطل غير مؤثر:

ويشترط أيضاً ألا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وبمعنى آخر أنه لولا هذا الشق أو الشق التي يجب احترامها الشرط لما أبرم المتعاقدان العقد، لأن إبقاء العقد يعد إبطال هذا الشق أو ذلك الشرط يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي جب احترامها⁴.

3- أثر إنقاص العقد:

بعد انقضاء العقد، كون الشق الباطل منعماً وكأنه لم يكن، ولا يترتب عليه أي أثر، فعند إبطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو المكاوّل طبقاً للمادة 224 من القانون المدني، فإنهما ملتزمان بالضمان من توافرت الشروط المقررة لذلك. أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يترتب كل آثاره القانونية الأصلية⁵.

1- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، وسيط في شرح قانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 548.

2- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 276

3- محمد صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، نظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 276.

4- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 284

ويلخص مما سبق أن الإنقاص هو تفسير للإرادة المتعاقدين، قد قصدت أما أن يصح العقد كله أو يبطل كله، فيمتنع الإنقاص إلا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد لو علما بالبطالان. ما أن الإنقاص يكون حتما إذا نص القانون عليه، وذلك جزاء لمجاوزة بعض الحدود أو الأوضاع التي يقررها.

في هذه الأحوال يجب إنقاص العقد دون حاجة لإثباتات إرادة المتعاقدين إلى هذا الإنقاص، بل حتى ولو ثبت أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتتجه إلى إبرام العقد لولا تجاوز الحدود التي قررها القانون¹.

يشير أيضا إلى أن إبطال أو بطلان العقد قد يلحق بالمتعاقدين أضرارا، خاصة إذا كان يجهل سبب ذلك البطلان أو الإبطال عند التعاقد، وهذا يطرح مشكلة التعويض حيث يكفي للمتضرر أن يثبت وقوع خطأ من جانب المتعاقد معه طبقا للمادة 124 من ق.م للحصول على التعويض. فالعبرة تكون بالمسؤولية التقصيرية وليس بالمسؤولية العقدية، لأن العقد باطل².

ثانيا: تحول العقد

1- مفهوم تحول العقد:

يقصد بالتحول إنقاذ مالا يمكن إنقاذه من العمل القانوني، والاستفادة منه في شكل آخر، أخذ بالقاعدة الشرعية، فإذا كان العمل القانوني الباطل يصلح لأنه يشكل عملا قانونيا آخر، بلا مانع من الأخذ بهذا العمل³.

وإذا اشتمل التصرف الباطل على عناصر عقد آخر فانه يتحول إلى هذا العقد الأخير إذا تبين أن المتعاقدين كان نيتهما تتصرف إلى ذلك العقد الأخير، وهذه هي فكرة " تحول العقد".¹

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 277-278.

2- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 285.

3- فرج عليل هليل، مرجع سابق، ص 50.

وهذا جاء لتوضيح ما نصت عليه المادة 105 من ق.م يكون تحول العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتتوافر فيه عناصر عقداً آخر، وفي هذه الحالة بدلاً من أن يسقط العقد الذي قصد الطرفان إبرامه، يتحول العقد إلى عقد آخر هو العقد الذي توافرت عناصره، متى تبين أن نية الطرفين كانت تنصرف إلى هذا العقد الأخير والارتباط به، في العقد الذي قصده في الأصل من بطلان. ولاشك في أن هذا الأثر يترتب بصفة عرضية على العقد الباطل أو القابل للإبطال، لأن الطرفين لم يقصدا بصفة أساسية لتصرف الذي توافرت أركانه، وإن كانت المحتملة تتجه إليه لو علما بأن التصرف المقصود أصلاً، تصرف معيب² الواقع إن مبررات الأخذ بهذه النظرية يمكن تلمسها من رغبة المشرع في التقليل من حالات البطلان، لأن البطلان لا يعتبر هدفاً يسعى إليه المشرع، وإنما وسيلة يستعملها للتخلص من عقد غير موجود، وذلك بسبب عدم توافر أركان وجوده، أو لحماية بعض الأشخاص كناقصي الأهلية، أو من عابت بعيب من عيوب الرضا في حالة ما يتمسك هؤلاء بحقهم في إبطال العقد، ومن ثم فإذا كان العقد الباطل يتضمن عناصر عقد صحيح، فيتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح³.

ومن صور تحول العقد الباطل أن الكمبيالة لا تتوافر فيها الشروط التي يتطلبها القانون تعتبر سنداً عادياً إذا كانت مستوفية للشروط اللازمة له، إذ وقع باطلاً لنقص بياناته، فإنه يتحول إلى تظهير توكيلي بقبض قيمة الكمبيالة⁴.

2- شروط تحول العقد:

أ- أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال:

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 284.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 277.

3- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 95.

4- أنور السلطان، مصادر الالتزام القانون المدني، مرجع سابق، ص 169.

بحيث لا يجوز تحويل عقد صحيح إلى عقد آخر حتى لو يتضمن العقد الأول عناصر العقد الثاني يرد عدول احد المتعاقدين عن نيته الأولى¹.

فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة.

ب- أن يكون التصرف الأصلي متضمنا عناصر تصرف آخر:

إذ لا يجوز الأخذ بنظرية تحول العقد، إلا إذا كان التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال يتضمن عناصر عقد صحيح، في مثال ذلك عقد البيع الوارد في ورقة رسمية والذي تخلف فيه ركن الثمن، فقد قلنا، انه يتحول إلى عقد هبة صحيح، لكن لو كان البيع لم يرد في ورقة رسمية، فان عقد الهبة كذلك يعتبر باطلا، لكون أن الهبة لا بد أن تدرج في عقد رسمي، كذلك إذا باع أحد الأشخاص دار لشخص آخر، ثم تبين أن هذه الدار ليست مملوكة للبائع، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يتحول هذا البيع إلى بيع آخر يرد على دار مملوكة للبائع².

ج- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح:

تشتط أخيرا لتمام تحول العقد أن تتصرف إرادة المتعاقدان المحتملة إلى العقد الصحيح ولو أنهما تبين بطلان العقد الأصلي، وعلى هذا لا يتم التحول بناء على إرادة المتعاقدين الحقيقية، لأن الإرادة الحقيقية انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل، إنما بناء على إرادتهما المحتملة التي يفترض أنها كانت تتجه إلى العقد الجديد الصحيح لو تنبه المتعاقدين إلى بطلان العقد القديم، وعلى هذا النحو يرتب العقد الباطل آثاره باعتباره واقعة مادية أثرا عرضيا³.

1- محمد محمود زهران همام، مرجع سابق، ص 204

2- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 96.

3- أنو سلطان، مرجع سابق، ص 171.

والمسألة على كل تنتهي عند القاضي، وهو الذي يقع عليه عبئ التوصل إلى مثل هذا الافتراض أي عبء الكشف عن الإرادة المحتملة للمتعاقدين، ويستطيع القاضي أن يهتدي إلى ذلك من خلال، تضمن التصرف الأصلي الباطل أو القابل للإبطال العناصر العقد الصحيح، وهذا دليل على إمكان اتجاه نية المتعاقدين، إلى جعل هذا التصرف صحيحا لو علما بالبطالان، وكذلك أن يحقق التصرف الصحيح الذي يتضمنه العقد الباطل الغاية التي يهدف إليها المتعاقدان من التصرف الأصلي، فالقاضي في هذه الحالة يحل محل المتعاقدين في اختيار التصرف القانوني الصحيح¹.

3- آثار تحويل العقد:

إذا تم تحويل العقد الباطل، وهو العقد الأصلي، يصبح هذا الأخير منعدم الوجود، ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يرتب العقد الجديد، وهو العقد الصحيح، كل آثاره².

الفرع الثاني

آثار البطلان المطلق

سبق بيان أن البطلان المطلق نوع يلحق العقد عند إبرامه، فيحول دون انعقاده أصلا، هو معدوم³، و أينا فيما سبق أن البطلان المطلق جزاء يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من الشروط المتعلقة بالمحل أو السبب⁴، إذ يترتب على البطلان المطلق انسحاب آثار تقرير البطلان إلى يوم إبرام العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وكذلك بالنسبة للغير إذا كان قد اكتسب حقا من أحد المتعاقدين⁵.

1- خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 97.

2- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 281.

3- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 259.

4- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 161.

5- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 272.

والبطالان المطلق لا تترتب عليه آثار قانونية، ولكنه عمل مادي ويجوز أن تترتب آثار على هذا العمل المادي كالزواج الغير الصحيح في الشريعة الإسلامية كما يترتب على البطلان المطلق التعويض في حالة استحالة رجوع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، ويترتب أيضا على ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد ما عاد عليه من منفعة بسبب نقص أهليته إذ يتساوى في هذا مع البطلان النسبي، لا تترتب عليه آثار قانونية مادي ويجوز أن تترتب آثار على هذا العمل المادي، كأزواج أسعار الصحيح في الشريعة الإسلامية.

كما يترتب على البطلان المطلق التعويض في حالة استحالة الرجوع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، ويترتب أيضا على ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد ما عادا عليه من منفعة بسبب نقص أهليته. إذ يتساوى في هذا مع البطلان النسبي.

كما يترتب على البطلان المطلق نظريتان مهمتان وهما تحول العقد وانتقاص العقد، فلا تترتب على البطلان المطلق آثار قانونية تذكر. ويختلف عن البطلان النسبي كونه: لا تصححه الإجازة، ولا يرد عليه التقادم، ولكل ذي مصلحة التمسك به، كما للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها، وأيضا تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد، وهذا وفقا لما جاء في المادة 102 من القانون المدني الجزائري¹.

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا منعدم في نظر القانون، ولا يتصور تصحيح المعدوم، وهذا ما جاءت به المادة 100 القانون المدني الجزائري². ومثال ذلك: إذا كان البائع قد سلم

1- هشام زوين، موسوعة البطلان المدني، المجلد 2، ط2، مركز البحث للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008، ص18.

2- محمود علي دريد، نظرية العامة للالتزمات، قسم1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص224.

الشيء المبيع بناء على عقد البيع الباطل فيجوز له أن يسترده من المشتري، الذي يستطيع هو الآخر أن يسترد ثمن إذا كان قد سلمه إلى البائع.

أما بالنسبة للتقادم، فقضت الفقرة الثانية من المادة من القانون المدني الجزائري بأنه: "تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد". فالتقادم التي تقرره المادة هو تقادم مسقط للحق في التمسك بدعوى البطلان بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا، بحيث لا يجوز لمن تقرر لمصلحته البطلان المطلق أن يرفع دعوى بطلان العقد، إذا مضت خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد، فإذا سلم المشتري ثمن المبيع إلى البائع، وكذلك سلم البائع الشيء المبيع للمشتري، وذلك بناء على العقد الباطل، ثم مضت خمس عشرة سنة على تاريخ إبرام العقد، لا يستطيع كل من البائع أو المشتري، رفع دعوى بطلان العقد بسبب سقوطها بالتقادم¹.

كما أن تقادم دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، لا يمنع جواز الدفع بالبطلان بعد انقضاء هذه المدة، فهو وسيلة المدعى عليه يدفع به دعوى المدعي، ولن يستطيع المدعى عليه استعمال حقه في هذا الدفع قبل أن ترفع إليه الدعوى، ولذا لا يسقط حقه في هذا الدفع بمضي المدة مهما طال، مثال ذلك إذا لم ينفذ المتعاقدان العقد مدة خمس عشرة سنة من يوم إبرام العقد، ثم طالب أحد المتعاقدين الآخر بالتنفيذ، يجوز للطرف الآخر أن يدفع ببطلان العقد، بأن الدفع بالبطلان م يسقط بمضي المدة مهما طال².

أما في حالة ما يكون المتعاقدان قد نفذ التزاماتهما بناء على عقد باطل، فيجوز لكل واحد منهما استيراد ما دفع، النسبة للبائع فيستطيع أن يسترد الشيء المبيع من المشتري عن طريق دعوى الاستحقاق، أما المشتري فيستطيع استرداد الثمن من البائع عن طريق استرداد ما دفع دون وجه حق³.

1- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 87-88.

2- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، صص 164-165.

3- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 88.

الفرع الثالث

آثار البطان النسبي

كما سبق وذكرنا أن البطان النسبي أو القابل للإبطال يكون جزءا عيب من عيوب الرضا: كالغلط والتدليس والإكراه، أو كان ناقص الأهلية¹، كما لا تترتب عليه أي آثار قانونية مثله مثل العقد الباطل البطان المطلق، إلى أن تقضي ببطلانه، لكن قد تترتب عليه بعض الآثار كونه عمل مادي، ومن بين هذه الآثار، آثار عرضية تتمثل في إنقاص العقد وتحوله وكذلك الزواج الفاسد في الشريعة الإسلامية ومن بين هذه الآثار الأصلية التي تترتب على البطان النسبي إعادة المتعاقدين إلى الحالة الأولى قبل إبرام العقد، وأيضا بالنسبة للغير، كذلك تترتب عليه دفع التعويض في حالة استحالة رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، ورد ناقص الأهلية ما عاد عليه من منفعة.

وعلى عكس البطان المطلق، إذا كان العقد باطلا نسبيا فإن ذلك يعني ما يلي:

- أنه يترتب جميع الآثار القانونية المترتبة عليه، فيلزم كل متعاقد بالوفاء بالتزاماته المترتبة على العقد إلى أن يقضي ويحكم بإبطاله.
- لا يجوز للمحكمة أن تقضي به دون دعوى أو دفع وبالأدق من تلقاء نفسها.
- ترد عليه الإجازة، فينقلب صحيحا، فيزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إجلال بحقوق الغير.
- رد عليه التقادم
- فلا يجوز لغير من تقرر الإبطال لمصلحته التمسك به، إذ يسقط الحق في إبطاله خلال 15 سنة.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إقطاعه،

1- علي فيلاي، مرجع نفسه، ص 281

وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد¹.

كما يترتب على العقد القابل للإبطال الإجازة، فهي النزول عن الحق في طلب الإبطال يملكها من شرع الإبطال لمصلحته، ومن هذا يكون تصرفا قانونيا من جانب واحد فهي تتم بإرادة منفردة².

وقد جاء في المادة 100 من القانون المدني الجزائري: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير".

تقضي الإجازة توافر ثلاث شروط:

1- أن يكون العقد من العقود القابلة للإبطال.

2- أن يكون الحيز عالما بالغيب اللاحق بالعقد ورغبا في تصحيحه بهذه الإجازة.

3- أن تقع الإجازة، في وقت يكون فيه العيب الذي لحق العقد قد زال³.

ترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال حق المجيز في التمسك في إبطال العقد، فيستقر العقد صحيحا وغير مهدد بالزوال ومرتب لكل آثاره. والإجازة لها أثر رجعي⁴، بنص من القانون يعود إلى وقت انعقاد العقد.

نعني أن الإجازة إذا وقعت يجب ألا تمس من حقوق الغير التي نشأت قبل وقوعها، ويقصد بالغير الخلف الخاص، الذي اكتسب على المال حقا عينيا أو تلقى ملكية الحق

1- هشام زوين، مرجع سابق، ص ص 12-13.

2- أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، مرجع سابق، ص 417.

3- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 162.

4- أمين صوالحي وآخرون، العقد كمصدر التزام، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2004-2005، ص 66.

ذاته¹.

كما يستدعي استقرار المعاملات وحماية للسلام الاجتماعي، نصت عليه المادة 100 من القانون المدني الجزائري " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات، وتبدأ مدة التقادم من يوم اكتشاف العيب أو زواله، وإذا لم يكشف العيب، فإن الحق بطلب إبطال العقد يسقط بخمس عشرة سنة من يوم إبرام العقد"². ويشترط للتقادم:

1. اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو المدلس عليه.

2. انقطاع الإكراه بالنسبة للمتعاقد المكره.

3. زوال نقص الأهلية بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية³.

أثر التقادم بالنسبة للعقد القابل للإبطال كأثر الإجازة من حيث اعتبار العقد صحيحا من وقت انعقاده، إلا أنه يختلف عنه فيما يتعلق بحقوق الغير، فقد رأينا أن الإجازة لا تؤثر على حقوق الغير، ولكن لو فرض أن حق البائع في طلب الإبطال قد انقضى بالتقادم وليس بالإجازة، فإن الارتفاق الذي يقرره على العقار المبيع بعد البيع وقبل انقضاء مدة التقادم، هذا الارتفاق لا يحتج به على المشتري، الذي تخلص له العين خالية من حق الارتفاق الذي يعتبر قد تقرر من غير مالك⁴.

الخلاصة أنه يترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه بحيث لا يمكن الطعن في العقد بالإبطال، فيبقى العقد صحيحا ملزما للمتعاقد الذي وقع في الغلط أو المدلس عليه أو المكره، وكذلك ناقص الأهلية⁵.

لكن هل يجوز عند تقادم حق الإبطال الدفع به ؟

1-أمير فرح يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، دط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص139.

2- خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص86-87.

3- علي فيلاي، مرجع سابق، ص267.

4- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص162.

5- علي فيلاي، مرجع سابق، ص269.

فالتقادم طبقا للمادة 100 من القانون المدني الجزائري يلحق حق الإبطال وليس دعوى الإبطال وعليه، فانه يترتب على تقادم الحق عدم جواز المطالبة به وكذا استحالة الدفع به. ويرى غالبية الفقه أن انقضاء ميعاد التقادم دون أن يتمسك المتعاقد بحق البطلان الذي تقرر لمصلحته، ويفيد أن هذا الأخير قد تنازل عن حقه¹.

والظاهر أن العقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد موجود ومرتب لكل آثاره حتى يقضي ببطلانه، ويجب على من له الحق التمسك بإبطاله أن يستعمل حقه في ذلك خلال المدة التي حددها القانون²، فاذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الإبطال، اعتبر متنازلا عن حقه، ولذا يمتنع عليه بعد ذلك أن يتمسك بالإبطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، ذلك أن الإبطال يستند هنا إلى حق قرره المشرع للمتعاقد ناقص الأهلية أو من شابهه عيب من عيوب الرضا واشترط أن يستعمله في مدة معينة، فان لم يستعمله في خلال هذه المدة، فيفترض أنه قد تنازل عنه، فلا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك به ولو بطريق الدفع، وهذا هو الفرق الجوهرى بينه وبين البطلان المطلق، فالدفع بالبطلان المطلق لا يتقادم، أما الدفع النسبي فينقضي بالتقادم³.

1- محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه الدراسات العليا مقدم الي

جامعة الجزائر، 1976، ص196.

2- أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص329.

3- أنور السلطان، مرجع سابق، ص165

خاتمة:

ما يمكن أن نتوصل إليه في نهاية بحثنا هذا أن العقد الصحيح يجب أن تتوفر فيه جميع الأركان والشروط، فإن تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط الصحة كان الجزاء هو البطلان نسبيا كان أو مطلقا.

يعد الفسخ العقد أخطر مرحلة يمكن أن يصل إليها العقد في حياته، ذلك أن العقد إن وصل إلى هذه المرحلة فإنه لن يحقق غرضه، لكن قد يصبح الأمر واقعا لا بد منه وذلك إما لعدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزماته التعاقدية أو بمقتضى شرط أدرج في العقد يرمي إلى حله في حال عدم التنفيذ أو لاستحالة التنفيذ استحالته يكون سببها أجنبي لا يد فيها للمدين بالالتزام الذي لم ينفذ، أو أن يتم حل العقد بالتراضي بين الطرفين، وبالتالي فإن هذه الأسباب تترجم الطرق والوسائل التي تتحل بها العقود وهي الفسخ البطلان وقد تعرضنا له ابشيء من التفصيل في متن المذكرة.

فالفسخ هو أهم طريق تتحل به العقود، ولقد جعل المشرع الجزائري الفسخ القضائي هو الأصل والقاعدة العامة عن سائر أنواع الفسخ الأخرى، وهو المسلك الغالب لدى معظم التشريعات العربية، وفي المقابل هنالك توجه تشريعي حديث نحو جعل الفسخ بالإرادة المنفردة بناء على اتفاق سابق هو الأصل، أما المشرع الجزائري فقد جعل الفسخ ألتفاقي استثناء عن الأصل.

إن الغاية من جعل الفسخ القضائي هو الأصل، هي رغبة المشرع في حماية طرفي العقد من تعسف بعضهما في حق البعض، لأنه لو ترك الفسخ دون مراقبة القضاء قد فإنه لا مفر من أن تترتب عن ذلك نتائج سلبية وخطيرة لأن الدائن سيقاضي حقه بنفسه، وقد يستعمله المدين للتهرب من التنفيذ وغير ذلك من النتائج التي تؤدي حتما ومباشرة إلى اضطراب المعاملات بين الناس، لكن ومن جهة أخرى فإن جعل الفسخ القضائي هو الأصل من شأنه أن يكون وسيلة حمائية في يد الدائن لمحاسبة المدين، كما قد يضر الفسخ القضائي بالدائن نفسه وذلك للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في رفض الفسخ

وإمهال المدين مدة للتنفيذ وقد يكون من شأن ذلك أن يضر الدائن، لذا يعد الفسخ الاتفاقي بناء على شرط فاسخ يدرج في العقد ذو أهمية من الناحية العملية فهو يحمل ويحث الأطراف على التنفيذ لأن عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته يمكن الطرف الذي نفذ التزامه التحلل من العقد بمجرد تحقق عدم التنفيذ.

ويظهر لي خلال دراستي لنظرية الفسخ كيف أن المشرع حرص على تنفيذ العقد وذلك فيحال مطالبة الدائن بالفسخ فإنه في المطالبة بالتنفيذ لا يسقط ولو كنا بصدد الفسخ الإتفاقي، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى بشرط أن لا يكون قد صدر حكم نهائي، ولكن بالمقابل إذا كان قد بدأ بالتنفيذ فإن حقه في المطالبة بالفسخ لا يسقط.

أما الإنفساخ أو الفسخ القانوني فإن سببه استحالة تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه،والانفساخ لا يمكن أن يخرج من نظرية الفسخ فهو نوع من أنواعه.

فالعقد يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره حتى يحكم ببطلانه، فإذا ما قضي بذلك اعتبر كأن لم يكن، ويستوي العقد القابل للإبطال مع العقد الباطل بطلانا مطلقا في هذا الصدد، لذا فهو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد، غير أننا نجد لاعتبارات تاريخية وأخرى ترجع إلى نصوص تشريعية، أن الفقهاء قاموا بتقسيم البطلان لدرجات، فالنظرية التقليدية تقسم البطلان إلى ثلاثة مراتب: الانعدام، البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وجاء التقسيم الثنائي الذي يقوم على: العقد المنعدم والبطلان النسبي أو العقد القابل للإبطال، كما جاء موقف المشرع الجزائري بأن اتخذ المعيار الذي يضم بالتفرقة بين نوعي البطلان، فالبطلان في ثوبه الأول يكون مطلقا إذا اختل أحد أركان العقد ويكون نسبيا إذا لم تتوافق فيه شروط صحة العقد، تلك إذن هي أنواع البطلان في الفقه الحديث.

وقد ذهبَت النظرية الحديثة إلى تقسيم البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي، وللبطلان بنوعيه آثار تقع على عاتق المتعاقدين وهذه الآثار منها العرضية، ومنها الأصلية، وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وتمتد هذه القاعدة

إلى الغير أيضا وهو الخلف الخاص الذي اكتسب حقا عينيا من المتعاقدين، مما يؤدي إلى
تأثر حقوقه بتقرير البطلان وزوال حقوقه.

قائمة المراجع

ا. باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 2- أحمد فتحي زعلول، شرح القانون المدني، الأميرية، مصر، 1913.
- 3- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
- 4- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في الفقه الأردني والمصري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2006.
- 5- أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.

- 6- أنور السلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام"، دار الجامعة، الإسكندرية، 2005.
- 7- _____، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط 1، الإصدار 3 دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 8- أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج 1، ط 4، دار العدالة، القاهرة، مصر. (د.س.ن.).
- 9- أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المسؤولية العقدية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.
- 10- _____، انحلال العقد، د.ط، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 11- بليغور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 12- توفيق حسن فرج، دروس في نظرية الالتزام، د.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن.).
- 13- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
- 14- حسين تونسي، انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاول، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 15- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 16- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 17- سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003-2002.

- 18- الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد، في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 1990.
- 19- صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
- 20- عبد الحكيم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه والقضاء " البطلان في القانون المدني"، مجلد 1، جزء 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د.ت. ن).
- 21- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 22- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج2، د.ط، مطبوعة جامعة الكويت، الكويت، 1980.
- 23- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- 24- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 25- عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 26- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، 1980.
- 27- عبد المنعم فرج العدة، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- 28- عبد المنعم فرج صده، مبادئ القانون، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1982.
- 29- عدنان إبراهيم السرحان، نور أحمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط3، دار الثقافة، عمان، 2008.

- 30- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
- 31- _____، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 32- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
- 33- _____، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 34- على فيلاي، الالتزامات، د.ط، موزم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 35- _____، الالتزامات نظرية العقد، د.ط، موزم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 36- _____، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013.
- 37- على كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطراش للكتاب المختص، تونس، 2014.
- 38- فرج علواني هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ط، دار هومة للطباعة، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 39- فؤاد افرام البستاني، مجند الطلاب، ط45، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986.
- 40- مجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والفرنسي، ومجلة الأحكام العدلية والفقہ الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة، الأردن، 2009.
- 41- محمد مرتضي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7، ط2، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1980.
- 42- محمد المصري، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقہ والقضاء، ط 3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

- 43- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ج 2، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1988.
- 44- محمد حسين المنصور، مصادر الالتزام، العقد والإدارة المنفردة، د.ط، الدار الجامعية، بيروت، 2000.
- 45- محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، د.ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر 1986.
- 46- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 47- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 48- _____، الواضح في شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى، عين مليلة، جزائر، 2009.
- 49- _____، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 50- محمد عبد المالك محسن محشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليميني، أطروحة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، 2006.
- 51- محمد قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجيهات القضائية والتشريعات الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 52- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، مصادر إرادية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1997.
- 53- محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004.

- 54- محمود علي دريد، النظرية العامة للالتزامات، قسم1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 55- مصطفى مجدى هرجه، العقد المدني، د.ط، دار محمود للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 56- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الأزراطية، مصر، 1996.
- 57- مصطفى السيد الخرجي، فسخ العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 58- مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 59- مصطفى عبد السيد الخارجي، فسخ العقد دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 60- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، مصر، 2009.
- 61- هشام زوين، موسوعة البطلان المدني، المجلد2، ط2، مركز البحث للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008.
- 62- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 63- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ- الأطروحات:

- 1-أحمد جبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة- رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
- 2-حسن علي الدنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة الفؤاد الأول، القاهرة، 1946.
- 3-عبد المالك محشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المصري واليميني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2006.
- 4-محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، الدراسات العليا مقدم إلي جامعة الجزائر، 1976.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1-إبراهيم أنيس محمد يحيي، الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2010.
- 2-حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 3-دحماني رشيد، حماية العقد من الإبطال والفسخ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، سنة 2016
- 4-لعصامي الوردي، نظرية بطلان العقد، نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم بكلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001.

5- محمد سعيد جعفرور، إجازة عقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

6- مليكة حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (د.س.ن).

ج- مذكرات شهادة العليا

1- أمين صوالحي وآخرون، العقد كمصدر التزام، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2004-2005.

2- زغاري حنان، نظرية البطلان في القانون المدني، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2007.

3- الزهرة حمو، آثار البطلان بالنسبة للغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس أكاديمي، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012-2013.

4- عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2014.

5- لطيفة عروسي، وآخرون، بطلان العقد بين الفقه والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية الإدارية، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2001-2002.

6- محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث نيل لشهادات الدراسات العليا مقدم إلى الجزائر، 1976.

ثالثا: المقالات

1- عباس علي محمد الحسني، " رجعية العقد عند فسخه قضاء"، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2012.

رابعاً: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 74-75 مؤرخ 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام

وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج. ج عدد 92، الصادر في 18 نوفمبر 1975.

2-أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

ج.ر. عدد 31، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07،

المؤرخ في 13 ماي 2007، ح.ر. ، العدد 31، فادر بتاريخ 13 ماي 2007

II. باللغة الفرنسية:

A-Ouvrages:

1-Jaque Guestin, Christophe Gamin, more billiau, Traité de droit civil;

Les effets du contrat, 2^{ème} édition, L.G.D.G, paris, 1994.

2-Paul robert, Petit robert,(Dictionnaire de langue), nullite : cartactée

de ce qui est nul, sans valeur, 1977, paris.

3-Pierre GEORGE PYRARADk, Droit civil, les obligations, tome2, le

régime général vermés, paris, 3 année 1992.

الفهرس
01.....مقدمة
04.....الفصل الأول: الفسخ والبطالان كآلية لزوال الرابطة التعاقدية
05.....المبحث الأول: ماهية الفسخ
05.....المطلب الأول: مفهوم الفسخ
05.....الفرع الأول: تعريف الفسخ
05.....أولاً: تعريف الفسخ لغة
06.....ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً

07.....	الفرع الثاني: تميز الفسخ عن غيره من الأنظمة المشابهة.
07.....	أولاً: تميز الفسخ عن البطلان
09.....	ثانياً: تميز الفسخ عن المسؤولية العقدية.
10.....	ثالثاً: تميز الفسخ عن عدم النفاذ.
11.....	رابعاً: تميز الفسخ عن الدفع بعدم التنفيذ.
12.....	المطلب الثاني: شروط التمسك بالفسخ.
12.....	الفرع الأول: أن يكون عقد من العقود الملزمة لجانبين.
13.....	الفرع الثاني: عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه.
14.....	الفرع الثالث: أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزام هو قادر على إمكانية إعادة الحال إلى مكان عليه.
15.....	المطلب الثاني: أنواع الفسخ.
16.....	الفرع الأول: الفسخ القضائي.
16.....	أولاً: كيفية المطالبة بالفسخ.
18.....	ثانياً: حق الدائن في طلب الفسخ.
19.....	ثالثاً: حق المدين في تجنب الفسخ.
19.....	رابعاً: سلطات القاضي التقديرية في الفسخ.
20.....	خامساً: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقدير الفسخ.
22.....	سادساً: سلطة القاضي في فسخ العقد أو تنفيذه.
23.....	الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي.
24.....	الفرع الثالث: الفسخ بقوة القانون.
26.....	المبحث الثاني: ماهية البطلان وفقاً لقانون الجزائري.
26.....	المطلب الأول: مفهوم البطلان.
26.....	الفرع الأول: تعريف البطلان.

أولاً: يقصد بالبطلان لغة.....	27
ثانياً: المقصود بالبطلان اصطلاحاً.....	27
الفرع الثاني: أقسام بطلان عقد.....	31
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تقسيمات البطلان.....	35
المطلب الثاني: شروط التمسك بالبطلان وفقاً لقانون الجزائري.....	37
الفرع الأول: شروط التمسك بالبطلان المطلق.....	37
الفرع الثاني: شروط التمسك ببطلان النسبي.....	39
الفصل الثاني: آثار تمسك بالفسخ والبطلان كآلية لزوال الرابطة التعاقدية.....	41
المبحث الأول: آثار تمسك بالفسخ بالنسبة للمتعاقدين.....	42
المطلب الأول: آثار الفسخ بين المتعاقدين.....	42
الفرع الأول: زوال العقد بأثر رجعي كقاعدة عامة.....	42
أولاً: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للدائن.....	42
ثانياً: الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للمدين.....	44
الفرع الثاني: استحالة رد العين إلى ما كانت عليه.....	46
المطلب الثاني: آثار فسخ العقد بالنسبة للغير.....	47
الفرع الأول: زوال حقوق الغير.....	47
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الغير.....	48
المبحث الثاني: آثار التمسك بالبطلان.....	54
المطلب الأول: الآثار الأصلية للبطلان.....	54
الفرع الأول: المقصود بالغير.....	57
الفرع الثاني: زوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير.....	59
المطلب الثاني: الآثار العرضية للبطلان.....	61
الفرع الأول: آثار بطلان العقد بصفة عامة.....	62

63.....	أولاً: إنتقاص العقد.....
67.....	ثانياً: تحول العقد.....
69.....	الفرع الثاني: آثار البطلان المطلق.....
72.....	الفرع الثالث: آثار البطلان النسبي.....
76.....	خاتمة.....
79.....	قائمة المراجع.....
89.....	الفهرس.....

الملخص:

هناك عدة اليات لزوال الرابطة التعاقدية منها البطلان و الفسخ فالفسخ هو أهم طريق تتحل به العقود، ولقد جعل المشرع الجزائري الفسخ القضائي هو الأصل والقاعدة العامة عن سائر أنواع الفسخ الأخرى، وهو المسلك الغالب لدى معظم التشريعات العربية، وفي المقابل هنالك توجه تشريعي حديث نحو جعل الفسخ بالإرادة المنفردة بناء على اتفاق سابق هو الأصل، أما المشرع الجزائري فقد جعل الفسخ الاتفاقي استثناء عن الأصل.

فالعقد يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره حتى يحكم ببطلانه، فإذا ما قضى بذلك اعتبر كأن لم يكن، ويستوي العقد القابل للإبطال مع العقد الباطل بطلانا مطلقا في هذا الصدد، لذا فهو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد، غير أننا نجد لاعتبارات تاريخية وأخرى ترجع إلى نصوص تشريعية، أن الفقهاء قاموا بتقسيم البطلان لدرجات، فالنظرية التقليدية تقسم البطلان إلى ثلاثة مراتب: الانعدام، البطلان المطلق والبطلان النسبي.

الكلمات الدالة:

اليات زوال الرابطة التعاقدية، الفسخ، البطلان، أنواع الفسخ، اثار الفسخ، تقسيمات البطلان، شروط التمسك ببطلان، اثار البطلان.