

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

محاضرات في مادة:

# النظرية العامة للعقد 01

أقيت على طلبة السنة أولى ماستر  
تخصص قانون خاص معمق

د. كوسام أمينة

السنوات الجامعية

2021-2022 و 2022-2023 و 2023-2024

## مقدمة:

يعتبر القانون المدني فرع من فروع القانون الخاص، وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم العلاقات بين الأفراد بالمجتمع، لتقادي أي نزاعات محتملة بينهم.

ويعتبر القانون المدني<sup>1</sup> الأساس الذي اعتمدت عليه باقي فروع القانون الخاص، فهو أصل القوانين الخاصة ويتقدم على باقي فروع القانون الخاص، بحيث أنه ينظم كافة العلاقات بين الأفراد في حال عدم تنظيم مثل هذه العلاقات في قانون خاص بها. والقانون المدني في الدول غير العربية يهتم بتنظيم العلاقات الشخصية ( الأحوال الشخصية أو العلاقات الأسرية) والعلاقات المالية بين الأفراد، ويبين فيها كيف تنشأ الحقوق وكيفية حمايته.

فالقسم الخاص بالأحوال الشخصية يهتم بتنظيم شخصية الفرد القانونية وتنظيم ما يتعلق بأمور الأهلية (أهلية الأداء وأهلية الوجوب)، وينظم علاقة الفرد مع أسرته وما ينتج عنها من علاقات مثل عقد الزواج وآثاره وانحلاله، ومسائل النسب والميراث والوصية وغيرها.

أما القسم الثاني فهو قانون المعاملات والذي يهتم بتنظيم علاقة الشخص بالمال، سواء حصل الشخص على المال بشكل مباشر وهو ما يسمى الحق العيني فالقانون يعطي الشخص سلطة على شيء معين، أو حصل عليه بشكل غير مباشر وهو ما يسمى الحق الشخصي ويحصل عليه الشخص من خلال ترتيب التزام أو عدة التزامات مالية.

أما بالنسبة للدول العربية وخاصة منها الإسلامية لما تتميز به من خصوصية دينية، فهناك فصل بين العلاقات الشخصية والعلاقات المالية، حيث أفردت تقنيناً خاصاً لتنظيم

---

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 78 صادرة بتاريخ 1975/09/30.

العلاقات الشخصية وهو ما يعرف بقانون الأسرة<sup>1</sup> في التشريع الجزائري، وتقينا خاصا بالمعاملات المالية وهو القانون المدني.

وترتب المعاملات المالية حقوقا مالية للأفراد، فالحق المالي هو الحق الذي يخول لصاحبه الاستئثار بقيمة مالية معينة، وقد يرد هذا الحق على شيء معين فيكون الحق عينيا، وقد يرد عمل من الأعمال فيكون الحق شخصيا.

فالحق العيني هو ذلك الحق الذي يرد على شيء مادي ويخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستئثار بقيمة مالية فيه، يكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشيء دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه، لان هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء، فلا يوجد ثم وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق<sup>2</sup>.

أما الحق الشخصي أو الالتزام فهو رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، يسمى أحدهما الدائن والآخر المدين يكون بمقتضاها للدائن مطالبة المدين بأداء معين سواء بإعطاء شيء، أو القيام بعمل "بفعل" أو الامتناع عن العمل "عدم الفعل"، وعلى ذلك يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر الدائن، المدين، ومحل الحق<sup>3</sup>.

ويسمى الحق الشخصي حقا إذا نظرنا إليه من جانب الدائن، والالتزام أودينا إذا نظرنا إليه من جانب المدين. ومن هنا جاءت تسمية نظرية الالتزام بالنظر إلى شخص المدين باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية بين الدائن والمدين.

فالالتزام هو واجب قانوني يلتزم به شخص معين يسمى المدين ويتضمن قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل لصالح شخص آخر هو الدائن أو إعطائه شيئا، ويكون له سلطة إجباره على أدائه.

<sup>1</sup> القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 8.

<sup>3</sup> يوسف محمد قاسم عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الميسرة، الأردن، 2019، ص 13.

كما يعرف بأنه علاقة قانونية ذات قيمة مالية وهو يتميز عن الحقوق غير المالية والحقوق اللصيقة بالشخصية<sup>1</sup>.

وقد تنازع تعريف الالتزام مذهبان مذهب شخصي يعرف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين احدها يسمى الدائن والآخر يسمى المدين بموجب هذه الرابطة يستطيع الدائن الزام المدين بأداء معين ( إعطاء شيء أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل)<sup>2</sup>. فهذا المذهب في نشأته يخول للدائن سلطة على المدين قد تؤدي إلى استرقاق المدين أو حبسه، أو حتى قتله إذا لم يسدد دينه أولم ينفذ التزامه، فالمقصود هو شخص المدين وليس ذمته المالية<sup>3</sup>.

ومذهب مادي يعرف الالتزام بأنه علاقة بين ذمتين ماليتين، بمعنى أن محل الالتزام هو العنصر الأساسي في الالتزام، فالالتزام يتجرد عن الرابطة الشخصية ويصبح عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصية، بحيث ينفصل الالتزام عن شخص المدين ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المادية<sup>4</sup>.

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجد أنه بموجب المادة 54 قانون مدني اخذ بالمذهب الشخصي، عندما عرف العقد باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام بحيث اخلط في هذا التعريف بين العقد والالتزام، فالعقد مصدر من مصادر الالتزام لكن هذا لا يعني أنه لم يأخذ بالمذهب المادي بحيث اخذ به في تطبيقات عديدة، حيث أجاز حوالة الحق وحوالة الدين، كما أجاز نشأة الالتزام بوجود المدين فقط ويشترط وجود الدائن عند تنفيذ الالتزام.

ويتكون الالتزام من عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، فالمديونية هي ذلك الواجب الذي يفرض على المدين القيام بأداء معين لمصلحة الدائن، حيث تعتبر ذمة

<sup>1</sup> علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 10.

<sup>2</sup> عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، 1986، الأردن، ص 24.

<sup>3</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 119.

<sup>4</sup> خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 07.

المدين مشغولة بدين معين وتبرأ ذمته بالوفاء الاختياري، ولا يستطيع الدائن الاستناد إلى عنصر المديونية وحده لإجبار المدين على الوفاء بالالتزام.

أما العنصر الثاني فهو عنصر المسؤولية وهي الحماية القانونية الممنوحة للدائن من أجل إلزام المدين بوفاء التزامه جبرا عنه في حال امتناعه. وعليه فعنصر المسؤولية هو الذي يدعم عنصر المديونية ولا يمكن الحديث عن وجود ركن المسؤولية دون مديونية.

فالالتزام المدني هو الالتزام الذي يتمتع بركن المسؤولية والمديونية معا لكن يمكن تصور وجود مديونية دون مسؤولية، كما هو الحال في الالتزام الطبيعي الذي يفتقر لعنصر المسؤولية، لكن إذا أوفى المدين هذا الالتزام طوعا واختيارا فان وفاؤه يكون صحيحا ومرتبآ آثاره القانونية<sup>1</sup>، وأيضا في حال تعهده بالوفاء فان تعهده هذا هو تعهد صحيح يرتب مسؤوليته في حال إخلاله به<sup>2</sup>.

كما يمكن أن ينشا الالتزام عن مديونية غير ذاتية حيث يكون الشخص مسؤولا عن دين ليس في ذمته، بل هو في ذمة شخص آخر ويجبر على الوفاء به، كما هو الحال بالنسبة للكفيل الشخصي أو الكفيل العيني.

ولنظرية الالتزام أهمية بالغة من الناحية العلمية أو من الناحية العملية، فأهميتها تتمثل في أنها تتضمن القواعد العامة التي تنظم العلاقات القانونية المتعددة والمتنوعة في الحياة الاجتماعية، فهي أساس القانون المدني بل القانون الخاص بفروعه المختلفة وعلى الخصوص القانون التجاري الذي يعتبر قانونا عمليا للالتزامات المتشابكة، كما تبرز أهمية نظرية الالتزام أيضا في القانون العام بفروعه المتنوعة كالقانون الإداري، والقانون الدولي العام الذين يستمدان الكثير من قواعدها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 162 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> المادة 163 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 20.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، من خلال تحديد مصادرها وآثار الالتزام وأوصافه وانتقاله ثم انقضائه، في المواد من 53 إلى 350 قانون مدني.

حيث تنقسم مصادر الالتزام إلى خمسة وهي مصادر إرادية (التصرف القانوني) وهي العقد والإرادة المنفردة، ومصادر غير إرادية (الواقعة القانونية) وهي العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون والعمل غير المشروع.

\***مصادر إرادية:** وهي العقد والإرادة المنفردة، أو ما تعرف بالتصرف القانوني، الذي يعرف بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فالشخص يريد وقوع الفعل ويريد أيضا أن تترتب آثاره، وهذا التصرف إن صدر من جانبين سمي عقدا، وإن صدر عن جانب واحد كان تصرفا بإرادة منفردة<sup>1</sup>.

\***مصادر غير إرادية:** وتشمل القانون والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وتسمى أيضا الواقعة القانونية، التي هي كل واقعة مادة كانت أم طبيعية رتب عليها القانون أثرا معيناً بغض النظر عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر أم لا، ومن الوقائع الطبيعية التي يرتب عليها القانون التزامات معينة واقعة القرابة المرتبة للالتزام بالنفقة، ومن الوقائع المادية واقعة العمل غير المشروع والذي يرتب عليها القانون التزاما بالتعويض<sup>2</sup>.

وقد تناولها المشرع الجزائري بموجب القانون المدني حسب ترتيبها في المواد التالية:

\***القانون:** المادة 35 قانون مدني.

\***العقد :** المواد من 54 إلى 123 قانون مدني.

\***الإرادة المنفردة:** بموجب المادتين 123 مكرر إلى المادة 123 مكرر 1 من القانون

المدني.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 40.

\*العمل غير المشروع: أو ما اسماه المشرع بالعمل المستحق للتعويض في المواد من

124 إلى 140 قانون مدني.

\*الإثراء بلا سبب: أو ما اسماه شبه العقد من المواد 141 إلى 159 قانون مدني.

ويعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام نظرا لشيوع استعماله في حياتنا اليومية فهو آلية لتداول الحقوق والثروات، وهو ما يستدعي دراسته بالتفصيل وتحليل النصوص القانونية التي تنظمه في القانون المدني، مع الاستئناس بالآراء الفقهية والقضائية التي تدعم نظرية العقد. ونظرا لأهمية العقد فقد نظمته المشرع الجزائري في المواد من 54 إلى 123 قانون مدني.

وسنتطرق إلى معالجة الأحكام المتعلقة بالنظرية العامة للعقد في المحاور التالية:

- الفصل الأول: مفهوم العقد

- الفصل الثاني: أركان العقد وشروطه

- الفصل الثالث: بطلان العقد وانحلاله

- الفصل الرابع: آثار العقد

## الفصل الأول

### مفهوم العقد Le contrat

تعتبر فكرة العقد بحكم طبيعتها فكرة مرنة قابلة للتغيير لارتباطها الوثيق بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة بالعقد، فضلا عن صلتها الوطيدة بالأفكار الفلسفية السائدة<sup>1</sup>.

فالعقد في المجتمعات التي تنادي بالحرية العقدية والحرية الإرادية عقدا مزدهرا لكونه قائما على إرادة قوية ألا وهي إرادة أطرافه، خلافا للمجتمعات الاشتراكية والاجتماعية التي تستند لفكرة التضامن الاجتماعي وتهتم بالمجتمع ككل دون النظر لفرد بعينه. وتتادي بضرورة وضع قيود على إرادة المتعاقدين، بل والعلاقة العقدية في حد ذاتها لمعالجة الخلل الذي انتاب توازن العقد<sup>2</sup>.

### المبحث الأول

#### تعريف العقد

يحتل العقد أهمية بالغة في حياتنا العملية اليومية نظرا لكونه الأداة الأكثر استخداما وشيوعا بين الأفراد في المجتمع، والتي تتم من خلالها اغلب المعاملات والتصرفات القانونية من بيع، إيجار مقاوله وكالة عمل وديعة...

فالعقد هو أهم المصادر المنشئة للالتزام، إذ أنه وحده ينشئ الأغلبية الكبيرة من الالتزامات، لذا فقد لقي اهتماما تشريعا وقضائيا وفقهيا كبيرا نظرا لدوره في استقرار المعاملات فهو أداة ضمان وأمان، ووسيلة لضبط السوق من خلالها يطمئن الفرد إلى ما تعاقد عليه دون خوف أو فزع من تملص احدهم عما تم الاتفاق عليه، أو من تدخل طرف خارجي فيما تم التراضي عليه،

<sup>1</sup> إبراهيم أيمن العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 05.

<sup>2</sup> بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 12.

فهو بمثابة درع أمان لأطرافه سواء فيما بينهم أو اتجاه الغير، فهو مصدر للثقة والطمأنينة لا سيما في مجال المعاملات<sup>1</sup>.

## المطلب الأول

### تحديد المقصود بالعقد

#### أولاً- التعريف الفقهي والتشريعي للعقد:

العقد في اللغة له معان كثيرة فهو يفيد الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً من جانب واحد أو من جانبين<sup>2</sup>.  
ومنه يقال عقدت الحبل إذا شددت طرفيه وربطت بينهما، وعقدت اليمين أو النية على فعل شيء أو تركه إذا أكدتها وقويتها.

وعلى هذا جاء قول الله سبحانه وتعالى: " لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان"<sup>3</sup>.

أما من الناحية الاصطلاحية فقد استقر الفقه القانوني المعاصر على أن مفهوم العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني، سواء كان بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء التزام معين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2020، ص 09.

<sup>2</sup> معجم المعاني الجامع ، متوفر على الموقع الإلكتروني:

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/عقد/>

- زياد محمد أميدان، قاموس المعجم الجامع ، الدار العربية، الأردن، 2008 ، ص100-101.

<sup>3</sup> سورة المائدة الآية 89.

<sup>4</sup> راجع في هذا الصدد: عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 118.

- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977، ص 22.

- حسام الدين كمال الاهواني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1995، ص 42.

فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني معين، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه.

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن العقد يقوم على أمرين رئيسيين هما:

**الأول- العقد هو توافق إرادتين أو أكثر:** فالالتزام العقدي لا ينشأ إلا عن إرادتين متطابقتين فأكثر، بحيث تعجز الإرادة الواحدة والمنفردة على إنشاء العقد وإن كانت قادرة على أن تكون مصدرا للالتزام كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور، وكذلك الوصية، وعليه فالعقد تصرف قانوني صادر عن جانبين.

**الثاني-الغرض من العقد هو إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه:** أي إنشاء علاقة قانونية ملزمة، بحيث لا يكفي توافق الإرادتين لقيام العقد بل لابد من أن تتجه الإرادتين إلى إحداث آثار قانونية تمكن أحد الطرفين من مسألتته، وبالمقابل إذا لم تتجه الإرادة إلى ذلك فلا نكون بصدد عقد كما هو الحال عند توافق الإرادتين على حضور وليمة أو نزهة أو الذهاب لتهنئة صديق لزواج أو نجاح، و ما إلى ذلك.

ويعرف المشرع الجزائري العقد بنفس التعريف الوارد بالقانون الفرنسي السابق بنص

المادة 1101 منه<sup>1</sup>، حيث تنص المادة 54 من القانون المدني على ما يلي "العقد اتفاق

---

- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2019، ص 39.

<sup>1</sup> بموجب التعديل الذي طرأ على القانون المدني الفرنسي سنة 2016 تبني المشرع الفرنسي تعريفا متطورا للعقد حيث عرفه بموجب المادة 1101 بأنه: "توافق إرادة شخصين أو عدة أشخاص لإنشاء، تعديل، نقل، أو إنهاء التزامات".

« Art. 1101. – Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

فهذا التعريف المستحدث وسع من مفهوم العقد فأصبح العقد منشئا وناقلا ومعدلا ومنهيا للالتزام، عكس ما كان عليه قبل تعديل 2016، حيث كان العقد منشئا للالتزام فقط.

راجع المادة 1101 قانون مدني فرنسي الصادرة بموجب الأمر رقم 131 لسنة 2016 بشأن إصلاح قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات الصادر في 10 فيفري 2016 والمصدق عليه وفق قانون التصديق رقم 287 لسنة 2018. جريدة رسمية بتاريخ 11 فيفري 2016 والذي دخل حيز التطبيق في 2016/10/01 .

يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

و يلاحظ من خلال هذا النص ما يلي :

-المشرع يميز بين العقد والاتفاق فيجعل دور العقد مقصورا فقط على إنشاء الالتزام دون تعديله أو نقله أو إنهائه كما هو الحال بالنسبة للاتفاق<sup>1</sup>، وهو تمييز تخلى عنه الفقه لعدم جدواه، حيث يعتبر العقد والاتفاق لفظان مترادفان لمدلول واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني أيا ما كانت طبيعة هذا الأثر، سواء كان إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو إنهائه<sup>2</sup>.

-المشرع من خلال نص المادة 54 في حقيقة الأمر نجده لا يعرف العقد وإنما يعرف الالتزام من خلال احد مصادره وهو العقد.

- المشرع أدخل نفسه في مسألة التعريف وهي اليوم من صميم اختصاص الفقه، فكان الأولى له حذف نص المادة 54 أسوة بالمشرع المصري.

- استعمل المشرع مصطلح "منح" "فعل" و" عدم فعل شيء ما"وهي مصطلحات تقليدية لا تبرز بدقة جوهر مضمون الالتزام مما ترتب عليه سوء في صياغة نص المادة 54 ق م.

فالتمييز بين العقد والاتفاق تمييز لا أهمية عملية أو علمية له تذكر لأجل ذلك نادى الفقه الحديث بعدم التمييز بينهما واعتبارها مجرد مصطلحين مترادفين، وان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بإنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه.

---

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal officiel le 11 février 2016, (en vigueur le 1er octobre.2016)

-للاستزادة أكثر راجع: العربي بن قسمية، تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)، مجلة دراسات لجامعة عمار ثلجي الأغواط ، الجزائر، العدد 62، جانفي 2018.

<sup>1</sup> CARBONNIER (J), Droit civil, t. IV, les obligations, P. U. F., Paris, 1996., p. 47 .

<sup>2</sup> د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007 ، ص 42.

## ثانياً- مجال العقد:

من خلال التعريف السابق للعقد يتبين أن مجال العقد يتحدد فقط بالاتفاقات التي تدخل في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، حيث يخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدات الدولية ، واتفاقات النائب الناخب، فالأولى تحكمها قواعد القانون الدولي العام والثانية تحكمها قواعد القانون الدستوري.

وتخرج كذلك من مجال العقد الاتفاقات التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة تمثل المصلحة العامة مع الأفراد، فهذه العقود الإدارية تخرج من مجال نظرية العقد وتخضع للقانون والقضاء الإداريين.

كما يخرج أيضاً من مجال العقد الروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية على الرغم من إنتاجها لبعض الروابط المالية كالزواج والطلاق<sup>1</sup>.

وعليه فمجال العقد هو دائرة القانون الخاص وفي حدود الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية.

### المطلب الثاني

#### أساس القوة الملزمة للعقد أو مبدأ سلطان الإرادة

سبق القول أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني، ومعنى ذلك أن الإرادة هي جوهر وأساس العقد وبدونها لا يكون للعقد وجود، فهي التي تنشئ العقد وهي التي تحدد آثاره وهذه هي الحرية التعاقدية أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة.

ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة (**Principe de l'autonomie de la volonte**) حرية الإرادة وكفايتها في إنشاء العقود والتصرفات القانونية وفي تحديد آثارها، فالإرادة هي أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام وأساس قوته الملزمة لعاقديه فهي صاحبة

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 17-18.

السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، ولها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها وكذلك إنهاء العقد بعد إبرامه.

من خلال هذا التعريف يتضح أن مبدأ سلطان الإرادة يتضمن قاعدتين أساسيتين هما:

**1- قاعدة الرضائية:** وتعني أن الإرادة لها سلطان ذاتي فهي وحدها كافية لإنشاء

العقد والتصرف القانوني بوجه عام، دون الحاجة لأن تفرغ في شكل معين، أي يكفي حدوث التراضي أو اتفاق الإرادتين حتى ينعقد العقد، ولا أهمية بعد ذلك لطريقة التعبير عن الإرادة.

**2- حرية الإرادة في تحديد آثار العقد:** فالإرادة المشتركة للمتعاقدين حرة في تحديد

الآثار المترتبة على العقد (الالتزامات)، بحيث لا توجد هذه الالتزامات إلا بالقدر وفي الحدود التي رسمها المتعاقدان، وبمعنى آخر فإن بنود العقد هي فقط من وضع المتعاقدين دون تدخل من أي طرف كان<sup>1</sup>، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بنص المادة 106 من القانون المدني التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين. أو للأسباب التي يقررها القانون".

**أولاً: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة.**

لم تعرف الشرائع القديمة كالقانون الروماني مبدأ سلطان الإرادة، خاصة فيما يتعلق بكفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني دون ضرورة بأن يأتي في شكل معين، حيث ظلت القاعدة السائدة في القانون الروماني هي الشكلية والرضائية هي الاستثناء، بحيث بحسب الأصل لا يكفي فيه توافق الإرادتين لقيام العقد، بل يجب فوق ذلك اتخاذ إجراءات شكلية معينة<sup>2</sup> (تبادل عبارات أو حركات معينة أو كتابة صيغة معينة و إما تسليم شيء ما).

وفي العصور الوسطى ساد مبدأ سلطان الكنيسة وكان للمبادئ التي نادى بها القانون الكنسي الأثر الكبير في انتشار مبدأ سلطان الإرادة، حيث كانت الكنيسة تدعو إلى احترام

<sup>1</sup> خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 18.

<sup>2</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 154.

العهود والمواثيق واعتبرت الاخلال بها في بادئ الأمر خطيئة دينية ثم إخلالا بالتزام قانوني. وبهذا يكون القانون الكنسي بمثابة مهد لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يعتبر أن كل اتفاق يكون ملزماً ولو تجرد من الشكل فكان الأصل هنا رضائية العقود.

وازداد تطور مبدأ سلطان الإرادة في القرنين الثامن والتاسع عشر بفعل عوامل متعددة أهمها انتشار المذهب الفردي الذي يقدر الحرية الفردية ويجعل للقانون غاية واحدة هي ضمان هذه الحرية، فسادت فكرة استقلال الإرادة كأساس لكل النظم القانونية والاقتصادية والاجتماعية(من ذلك قاعدة دعه يعمل دعه يمر لأدم سميث، ومن تطبيقاتها في هذا المجال دعه يتعاقد كيف يشاء)، وقد جاء القانون الفرنسي مشبعاً بهذه الأفكار.

بعد هذا الازدهار الذي عرفه مبدأ سلطان الإرادة بدأ المبدأ في التقلص خلال القرن 20 تحت تأثير المبادئ الاشتراكية والتغيرات الاقتصادية والسياسية، فعلى العكس من المذهب الفردي ينادي المذهب الاشتراكي بتغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد<sup>1</sup>، وعليه ليس الإرادة القدرة والسلطان على إنشاء العقد وتحديد آثاره إلا في الحدود ووفق الشروط التي يحددها المجتمع (القانون)، فليس للإرادة سلطان فوق سلطان القانون الناطق بمصلحة الجماعة، فهذا الوضع ترتب عليه تراجع مبدأ سلطان الإرادة من خلال ظهور عقود لا يعتد فيها بالإرادة الفردية مثل عقد العمل، عقد الشركة وعقود الإذعان.... الخ.

**ثانياً: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة .**

يترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة النتائج التالية:

1-الالتزامات الإرادية هي الأصل

2- حرية التعاقد وعدم التعاقد

3- حرية تحديد آثار العقد

4- نسبية الملزم للعقد

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 158.

## 5- القوة الملزمة للعقد

### 1-الالتزامات الإرادية هي الأصل:

فلا يلتزم الشخص بحسب الأصل إلا وفقا لإرادته فهو الأعم بما يحقق مصالحه لان الشخص لا يمكن أن يريد ما هو ضد مصلحته ولهذا كل التزام يقبله الشخص بإرادته الحرة لا يكون إلا عدلا ويقتصر دور القانون على حماية الحرية فكل عقد أبرم بحرية تامة هو عدل كامل مهما كانت شروطه، وإذا اقتضت حاجة المجتمع فرض بعض الالتزامات على الأفراد رغما عن إرادتهم فيجب حصر هذه الحالات إلى أضيق الحدود<sup>1</sup>.

### 2- حرية التعاقد:

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة للفرد كامل الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، بحيث لا يمكن إجباره على الدخول في علاقة عقدية دون رضاه كما له حرية اختيار الشخص الذي يتعاقد معه.

كما يقصد بمبدأ حرية التعاقد أيضا أن إرادة المتعاقدين وحدها كافية لإبرام العقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون حاجة لان تفرغ في شكل معين وهذا هو مبدأ الرضائية في العقود

وحرية عدم التعاقد تقتضي بأن لا يمكن إجبار الفرد على الدخول في علاقة تعاقدية لا يرغب فيها دون رضاه، حتى ولو كان في ذلك مصلحة أكيدة له، وبهذا يرفض مبدأ سلطان الإرادة وجود ما يسمى بالعقود بالعقود الجبرية.

### 3-حرية تحديد آثار العقد:

لإرادة المتعاقدين كامل الحرية في تحديد مضمون وشروط العقد بحيث لا يلتزم الفرد إلا بما أراد أن يلزم به نفسه، فالفرد حر في أن يتعاقد وفق ما يريد وبالشروط التي يرتضيها. وبهذا للأفراد أن يبرموا ما شاءوا من العقود وإن كان المشرع قد تدخل فنظم طائفة من العقود

<sup>1</sup> علق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، نظرية العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، 2020-2021، ص 8.

(العقود المسماة)، فإن تدخله هذا يجب أن يكون بموجب قواعد مفسرة ومكاملة لإرادة المتعاقدين عند عدم الاتفاق على خلافها. و للمتعاقدين كامل الحرية في الأخذ بهذه التنظيم النموذجي أو تركه ووضع تنظيمات أخرى، وإن وجدت بعض القواعد الآمرة في هذا الشأن فيجب أن تكون بمثابة الاستثناء، وأن يكون هدفها حماية إرادة المتعاقدين ذاتها كما في القواعد المتعلقة بالأهلية وعقود الإذعان....الخ

#### 4- القوة الملزمة للعقد:

يقصد بالقوة الملزمة للعقد أن العقد يلزم المتعاقدين مثلما يلزم القانون أفراد المجتمع، وأساس هذه الإلزامية هو مبدأ سلطان الإرادة نفسه لأن بنود العقد وشروطه هي من وضع وصنع الإرادة الحرة للمتعاقدين، ولهذا يعتبر العقد شريعة المتعاقدين. فإذا كان الشخص حر في الدخول في العقد بإرادته، فإنه غير حر في الخروج منه أو تعديل بنوده بإرادته وحده، لأن العقد وليد إرادتين فلا تنقضه إرادة واحدة .

ومبدأ القوة الملزمة للعقد يسري أيضا على القاضي فلا يحق له وفقا لهذا المبدأ تعديل العقد أو إنهاؤه بحجه أنه غير عادل، أو أن الظروف التي أبرم في ظلها قد تغيرت ويقتصر دور القاضي فقط على تفسيره وتكييفه، وهو في عمله هذا يجب أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين<sup>1</sup>.

وتبعاً لما تقدم القوة الملزمة للعقد تجد أساساً لها في مبدأ سلطان الإرادة، وتعني أن العقد شريعة المتعاقدين أي قانون المتعاقدين بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أي أن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه، طبقاً للمادة 106 من القانون المدني والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>1</sup> علاق لمنور، المرجع السابق، ص 10.

## 5- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد:

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة لا تلزم إلا صاحبها وعليه فالعقد لا ينشأ الالتزام إلا في ذمة احد المتعاقدين أو كلاهما، فلا يجوز أن ينشأ الالتزام في ذمة الغير الذي لم يكن طرفا بالعقد وهذا ما يعبر عنه بمبدأ نسبية آثار العقد، فلا يحمل الشخص بالالتزام ولا يكسب حقا ناشئا عن عقد ما لم يكن طرفا فيه.

### ثالثا: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة.

بعد الانتشار الواسع للمذاهب الاشتراكية والاجتماعية وبعد التغييرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي عرفها العالم خلال القرن العشرين (20)، فرضت بعض القيود على مبدأ سلطان الإرادة نذكر أهمها:

### 1- القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب حرية الإرادة في التعاقد وعدم التعاقد فإن هذا المبدأ خضع للتقييد بما يلي:

**- حرية التعاقد:** مقيدة بالتوسع المستمر لمفهوم النظام العام والآداب العامة بحيث لا يمكن للإرادة الدخول في علاقة تعاقدية مخالفة للنظام العام، فكل عقد يبرم على شكل يخالف النظام العام والآداب العامة يكون باطلا بطلانا مطلقا. والملاحظ أن فكرة النظام العام والآداب العامة هذه فكرة مطاطة، وتعرف اتساعا كبيرا في الدول التي تتبنى النهج الاشتراكي كما تعرف الكثير من التغيير والتحوير في محتواها.

**- حرية عدم التعاقد:** قيدت مع ظهور ما يسمى بالعقود الجبرية التي يجبر فيها الشخص على إبرامها، كعقود التأمين الجبري والتزام التجار ببيع السلع لكل من يتقدم لشرائها (فالتاجر هنا مجبر على التعاقد وغير حر في اختيار شخص المتعاقد معه)، فهذه الأخيرة عقود جبرية مفروضة لا يمكن للمتعاقد رفضها.

## 2- القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب أن يترك أمر تحديد بنود وشروط العقد للإرادة الحرة والمشاركة للمتعاقدين دون تدخل من طرف المشرع، إلا أن هذا المبدأ قد شمله بعض التقييد، حيث كثيرا ما يتدخل المشرع لتحديد آثار وبنود بعض العقود بموجب قواعد أمر لا يجوز الخروج عليها، وهي إجمالا لمصلحة الطرف الضعيف في العقد الذي يقابله طرف يتمتع بوضع اقتصادي متفوق، يستغله أحيانا لفرض شروط تناسبه دون الالتفات إلى مصلحة الطرف الآخر<sup>1</sup>.

مثل عقد العمل الذي يحدد فيه المشرع بصفة مسبقة بموجب قواعد أمر حقوق وواجبات العامل ورب العمل، ونفس الشيء بالنسبة لعقد الشركة وعقد التأمين. وهو ما يجعلنا نقرب من مرحلة العقد الموجه أو ما يسمى أيضا بالعقد النظام (أو عقود الانضمام لاقتصار دور الإرادة على إبداء الرغبة في الدخول في العقد فقط دون مناقشة باقي المسائل المتعلقة بالعقد).

## 3- القيود الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل من العقد شريعة وقانون المتعاقدين بحيث يلزم كلا المتعاقدين بما تضمنه من بنود ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فإن جل التشريعات أجازت تدخل القاضي لتعديل بعض بنود العقد أو إعفاء احد طرفيه منها. ومن الحالات التي يجيز فيها المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد نذكر ما يلي:

-المادة 106 من القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. (هذا النص أقر المبدأ والاستثناء)

<sup>1</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 90.

-المادة 107 من القانون المدني يجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يتدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهذا خاص بحالة الظروف الطارئة والاستثنائية.

-المادة 110 من القانون المدني في عقود الإذعان يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية في هذا العقد وله حتى إعفاء الطرف الضعيف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة.

-المادة 02/184 من القانون المدني أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغ فيه بشكل لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن.

#### **4- القيود الواردة على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد:**

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب بان لا يكون للعقد قوة ملزمة إلا لمن كانوا طرفا فيه أي لمن شاركت إرادتهم في إنشائه، فإنه استثناء من ذلك فان القانون وفي حالات خاصة جعل آثار العقد تمتد إلى الغير بحكم القانون، كما في حالة عقد المقاولة الذي يبرم بين المقاول رب العمل، حيث يجيز المشرع لعمال المقاول وللمقاول من الباطن وعماله على الرغم من أنهم ليسوا أطرافا في عقد المقاولة الأصلي الرجوع بطريق الدعوى المباشرة مباشرة، على ربط العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون فيه مدينا للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى. انظر المادة 565 من القانون المدني. ونفس الحكم ينطبق في عقد الوكالة بنص المادة 580 قانون مدني والمادة 507 قانون مدني بشأن الإيجار الفرعي أو الإيجار من الباطن.

#### **5- تراجع مبدأ الرضائية في العقود:**

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب كفاية الإرادة وحدها لانعقاد العقد بحيث يكفي فقط توافق الإرادتين لقيام العقد إلا أن المشرع في حالات معينة يقر عدم كفاية الإرادة لانعقاد العقد، طبقا للمادة 59 من القانون المدني"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين (مبدأ الرضائية) دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وبالتالي قيد مبدأ

الرضائية بمبدأ آخر وهو مبدأ الشكلية<sup>1</sup>. تطبيقاً لنص المادة 59 قانون مدني تفرض المادة 324 مكرر من القانون المدني تحرير العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية في شكل رسمي وإلا كانت باطلة، كما يشترط لترتيب آثارها ( نقل الملكية ) أن تخضع لإجراءات الشهر العقاري.

## 6- اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية:

بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية اتسع نطاق الالتزامات غير الإرادية التي تنشأ عن القانون، العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. فمثلاً نجد قواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية قد تطورت فبعد أن قامت على فكرة الخطأ ظهرت المسؤولية دون خطأ على أساس تحمل التبعة أو المسؤولية الموضوعية، وهذا نتيجة الثورة الصناعية واستخدام الآلات الخطرة.

## المطلب الثالث

### أزمة العقد

أولاً- تزايد واتساع نطاق التدخل التشريعي والقضائي في التعاقد وأثره السلبي على الإرادة العقدية:

يعد الاهتمام التشريعي والقضائي بالعلاقة العقدية أمر مهم وضروري لتحقيق التوازن والعدالة في العقود، غير أن هذا الاهتمام دفع المشرع والقاضي إلى التدخل في العقد مما أحدث اضطرابات عديدة في العلاقة العقدية نفسها.

فعند النظر إلى المشرع والقاضي نجدهما قد استحدثا واجبات عقدية لم يتفق المتعاقدان عليها في مضمون العقد المبرم بينهما بداعي تحقيق العدالة والتوازن داخل الرابطة العقدية .

<sup>1</sup> فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 43.

فالتدخل في مضمون العقد باستحداث واجبات عقدية جديدة لم يتفق عليها المتعاقدان من شأنه الحد بشكل كبير في دور الإرادة في تحديد مضمون العقد وجعله مكتظا بواجبات عقدية غير متفق عليها في مضمون العقد بين المتعاقدين<sup>1</sup>.

فقد تعرض العقد لازمة كبيرة أثرت عليه وعلى وجوده نفسه إزاء هذه التدخلات التشريعية والقضائية، فبعدها كان العقد مصدرا للثقة بين المتعاقدين بدأت تتلاشى هذه الثقة مع توسع المشرع والقاضي في المفاهيم والمصطلحات الراسخة كحسن النية والعدالة والإكراه والسبب...، فضلا عن تهميشهما للمبادئ التي تعد قيام العقد وأساسه (الحرية العقدية) و(القوة الملزمة للعقد) و(استقرار العقود).

وهو ما جعل الفقه يبحث عن حلول وسطية من شأنها التخفيف من حدة الأزمة التي يتعرض لها العقد من خلال اقتراح مفهوم جديد للعقد يتماشى مع هذه المستجدات، وطرح فكرة جديدة للعقد هي "مؤسسة العقد".

### ثانيا-التدخل بفرض واجبات عقدية جديدة:

ودلك بإنشاء واجبات عقدية جديدة: كالاتزام بالإعلام والمشورة، وواجب الصدق والأمانة، وحسن النية، والتعاون. . . إلخ. الأمر الذي أدى دون شك إلى إثراء محتوى العقد بالعديد من الالتزامات، بمعنى أن محتوى العقد اتسع وأصبح لا يقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدين فقط، ولكن يشمل أيضا ما يقره القاضي من التزامات وواجبات نظرا للضعف في المراكز التعاقدية داخل الرابطة العقدية .

وتتعدد مظاهر الضعف التعاقدية، فقد يكون ضعفا اقتصاديا ( مثل احتكار السلع والخدمات)، أو ضعف معلوماتي(من أهم أسباب اختلال التوازن المعرفي أو المعلوماتي بين المتعاقدين أن أحد المتعاقدين محترف يعلم كل شيء في مجال تخصصه، بينما على العكس من ذلك المتعاقد الآخر فهو شخص عادي (مستهلكا)، ليس لديه معرفة تامة فيما يتعلق

<sup>1</sup> بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، مصر، 2020، ص 25 .

بشؤون الصفقة محل التعاقد)، أو ضعف قانوني (مراعاة فكرة العدالة على فكرة استقرار المعاملات).

- الإفراط في إنشاء واجبات عقدية جديدة.

- التدخل باستحداث آليات ومفاهيم جديدة كنظرية الظروف الطارئة

- التطور التكنولوجي أدى إلى ظهور العقود الجبرية التعسفية، مما جعل البعض يطالب بتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف بهدف المصلحة العامة وتحقيق التوازن العقدي، من خلال التنظيم التشريعي والرقابة الإدارية.

أيضا ظهور عقود جديدة عجز القانون المدني عن تنظيمها لثبات القواعد العامة للقانون المدني المنظمة للعقود والالتزامات، فلم يعد القانون المدني مرنا ولا مفيدا في تلبية المطالب الجديدة المطروحة عليه.

بالإضافة إلى أنه لم يعد مناسباً لتلبية السياسات الاقتصادية الجديدة للحكومات والتطلعات والآمال من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية، وعلى ذلك تم تنظيم هذه العقود خارج نطاق القانون المدني بتشريعات خاصة، والتي أصبحت مستقلة بذاتها لها نظامها الخاص، الذي قد يتعارض مع الأحكام والمبادئ العامة المنظمة للعقود والالتزامات<sup>1</sup>.

## المطلب الرابع

### تقسيمات العقود

تتعدد وتتنوع العقود إلى أنواع وتقسيمات فهي ليست كلها من نوع واحد، حيث تتنوع بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذه العقود، ولما كان تقسيم العقود عمل فقهي يقوم به الفقهاء بسبب بحثهم في القواعد التي تحكم كل طائفة من العقود وليس من عمل المشرع، لذلك تحاشت تشريعات الحديثة تحديد أنواع العقود.

<sup>1</sup> زارقي سمية ، عيادي فريدة، العقد بين الأزمة ومقتضيات التطور، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي الاغواط، 2022 ، ص 804-805.

إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذا التوجه حيث حاول بموجب المواد من 55 إلى 58 قانون مدني التعريف بأقسام العقود نقلا عن القانون الفرنسي، والأسوأ من هذا أنه لم يستوف كل التقسيمات حتى تلك التي وردت في القانون الفرنسي (من العقود التي لم يعرفها المشرع الجزائري العقود الفورية والزمنية، العقود الرضائية والعقود الشكلية والعينية، العقود البسيطة والمركبة، العقود المسماة وغير المسماة)،

زيادة عن ذلك يخطئ المشرع الجزائري بين العقد المحدد والعقد التبادلي، وبين عقد المعاوضة والعقد التبادلي إلى جانب سوء صياغة بنص المادة 55 قانون مجني . لذا كان على المشرع الجزائري أسوة بباقي التشريعات الحديثة، أن يتحاشى فكرة التعريف بتقسيمات العقود التي لم يستوفها كاملة.

ومن أهم التقسيمات التي وضعها الفقه للعقد نذكر ما يلي:

- 1- من حيث تنظيم المشرع للعقود، تنقسم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة.
- 2- من حيث تكييف العقد، تنقسم العقود إلى عقود بسيطة وأخرى مركبة.
- 3- من حيث مدى كفاية الإرادة في تكوين العقد تنقسم العقود إلى عقود رضائية، عقود شكلية وأخرى عينية.
- 4- من حيث آثار العقد، تنقسم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.
- 5- من حيث مدى تبادل العطاءات، تنقسم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.
- 6- من حيث دور عنصر الزمن في تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عن العقد، تنقسم العقود إلى عقود فورية وعقود زمنية مستمرة.
- 7- من حيث مدى إمكان تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عن العقود وقت انعقادها، تنقسم العقود إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية.
- 8- من حيث قدرة الطرفين على مناقشة بنود العقد تقسم إلى عقود مساومة وعقود إذعان.

## أولاً- من حيث تنظيم المشرع لها:

- عقود مسماة: العقد المسمى هو الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه<sup>1</sup>، وميزه عن غيره من العقود بأحكام خاصة وفق القانون، والمذكورة في الكتاب الثاني من القانون المدني، وهي العقود التي تضمنتها الأبواب من السابع إلى الحادي عشر من ذات الكتاب. مثل عقد البيع والإيجار. أيضا يضيف الفقهاء بيع المريض مرض الموت، هو عقد مسمى لأن له أحكام خاصة نظمها القانون.

- عقود غير مسماة: العقد غير المسمى هو الذي لم ينظمه القانون ولم يشترط فيه شكلية خاصة ولم يعطه اسما معيناً لانعقاده، فهي عقود يصيغها المتعاقدان خاصة وأن إرادتهما مستقلة وحرّة لا يقيدهما إلا النظام العام والآداب العامة<sup>2</sup>. مثل عقد الفندقية وهو عقد يبرمه المسافر مع صاحب الفندق حيث لم يشترط أحكام خاصة لانعقاده، كذلك عقد النشر الذي يتم بين المؤلف والناشر.

### \*أهمية التقسيم:

لهذا التقسيم أهمية تتجلى في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة من حيث التزام الأطراف بالقواعد الآمرة المنظمة للعقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في العقود غير المسماة بالقواعد العامة التي تحكم جميع العقود، إضافة إلى أن هذا التقسيم يساعد القاضي في تطبيق الإطار القانوني الخاص بالعقد المسمى أما العقود غير المسماة فيطبق عليها القواعد العامة في نظرية الالتزامات.

<sup>1</sup> Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relation économiques, Litec, Paris, 1990, P 41.

<sup>2</sup> سي يوسف زامية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص09.

ثانيا- من حيث تكييف المشرع لها:

- عقود بسيطة : هي تلك التي تشتمل على أحكام عقد واحد مثل عقد البيع ، عقد الإيجار وعقد الوديعة.

-عقود مركبة أو مختلطة : تشتمل على أكثر من عقد واحد، مثل ذلك عقد الفندقية الذي يتضمن:

-عقد إيجار بالنسبة إلى الإقامة بالفندق.

-عقد بيع بالنسبة إلى الطعام الذي يقدم للنزيل.

-عقد الوديعة بالنسبة إلى أمتعة النزيل وما يودعه من مال لدى الفندق.

**\*أهمية هذا التقسيم:**

-العقد البسيط تطبق عليه أحكامه إذا كان عقد مسمى ، والقواعد العامة إذا كان عقد غير مسمى.

-أما العقد المركب فتطبق على كل عقد فيه أحكامه الخاصة به إلا أن هناك عقود مركبة تتغلب فيها أحكام العقد على آخر، مثل عقد البيع بالإيجار والمنصوص عليها في المادة 363 قانون مدني، فبموجبه يباع منقول المشتري بثمن يدفع أقساطا ويصفه المتعاقدان عقد إيجار حتى يحتفظ البائع بملكية المبيع.

**ثالثا-تقسيم العقود من حيث الأركان :** العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

- **العقد الرضائي:** هو ذلك العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد توافق إرادة المتعاقدين دون اشتراط إفراغ هذا التراضي في شكل معين أو إتباع إجراءات معينة، فالعقد الرضائي إذن لا يحتاج إلى شكلية معينة لانعقاده صحيحا والأصل في العقود هو رضائيتها طبقا لمبدأ سلطان وطبقا للمادة 59 من القانون المدني، وعليه فأركان العقد الرضائي ثلاث: التراضي، المحل و السبب.

-**العقد الشكلي:** هو ذلك العقد الذي يلزم لانعقاد إفراغ رضاء المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون فلا يكفي مجرد التراضي لانعقاده بل يجب زيادة عن ذلك وجوب تحرير هذا التراضي وهذا العقد في شكل رسمي وإلا وقع العقد باطلا، ومن العقود الشكلية في التشريع الجزائري بيع العقار، بيع المحل التجاري، عقد الشركة، عقد الرهن الرسمي طبقا للمادة 883 قانون مدني، وكل تصرف من شأنه إنشاء أو نقل حق عيني عقاري طبقا للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، وعليه أركان العقد شكلي أربع: التراضي، المحل، السبب والشكلية. وتسمى هذه الشكلية بشكلية الانعقاد بحيث تعتبر ركنا في العقد فلا ينعقد إلا إذا تم تحريره في الشكل الرسمي المطلوب وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وهذا خلافا للشكلية المطلوبة للإثبات والشكلية المطلوبة للنفاد.

في بعض العقود والتصرفات القانونية لا يقبل المشرع إثباتها إلا بالكتابة مثل التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 د.ج طبقا للمادة 333 قانون مدني، والوصية طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة، فالكتابة في هذه الحالة لا تعتبر ركنا في العقد وعليه لا يترتب على تخلفها بطلان العقد.

زيادة على ما تقدم يشترط المشرع في تصرفات أخرى إتباع إجراءات معينة لنفاد هذه التصرفات فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، كما هو الحال في اشتراط إخضاع التصرفات الواردة على العقار لإجراءات الشهر العقاري وهذا ما يسمى بشكليته النفاذ، فإذا لم يتم إخضاع العقد لإجراءات الشهر العقاري ظل العقد صحيحا، لأن الشهر ليس ركنا في العقد غير أنه غير قادر على ترتيب آثاره فيما بين العاقدين والغير، ففي بيع العقار مثلا إذا لم يحرر البيع في عقد رسمي كان البيع باطلا وإذا حرر في عقد رسمي كان البيع صحيحا لكنه لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا بعد إخضاعه لإجراءات الشهر العقاري (الرسمية ركن أو شرط انعقاد، والشهر شرط نفاذ).

ويلاحظ أخيرا أنه يمكن للعقد الرضائي أن يصبح عقدا شكليا بإرادة الطرفين إذا تم الاتفاق على أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم تحريره في شكل رسمي، وهذا إذا انصرفت إرادتهما

إلى اعتبار العقد غير منعقد وباطلا إذا لم يحرر في هذا الشكل. أما إذا انصرفت إرادتهما إلى الحصول فقط على وسيلة لإثبات العقد يبقى رضائيا ولا تحول عدم الكتابة دون انعقاد العقد صحيحا لأنها شكلية إثبات فقط وليست شكلية انعقاد طبقا للاتفاق الحاصل بين العاقدين.

-**العقد العيني:** هو ذلك العقد الذي لا يكفي لانعقاده قيام التراضي فقط بل يجب فضلا عن ذلك تسليم العين محل التعاقد فلا ينعقد العقد إلا بالتسليم أو القبض، أي يعتبر التسليم ركنا فيه إلى جانب التراضي، المحل والسبب<sup>1</sup>، ومن العقود العينية في القانون الفرنسي والتي ورثها عن القانون الروماني عقد الوديعة، القرض، العارية وعقد الرهن الحيازي.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن العقد الوحيد الذي يعتبر عقدا عينيا هو عقد الهبة الوارد على المنقول طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

**رابعا- من حيث تبادل الالتزامات:**

-**عقود ملزمة لجانبين:** هو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة كلا المتعاقدين بحيث يصبح كل من الطرفين دائنا من جهة ومدينا من جهة أخرى كعقد البيع حيث يكون البائع دائنا في الثمن ومدينا بتسليم المبيع والمشتري دائنا بتسليم المبيع ومدينا بالثمن. وهذا ما يميز العقد الملزم للجانبين أي الحقوق وللتزامات المتقابلة لكل من المتعاقدين . .

-**العقد الملزم لجانب واحد:** أي هو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين أي يكون أحدها دائنا ولا يكون مدين والعكس صحيح، مثال عقد الهبة بلا عوض حيث يكون

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، الجزائر، 2015، ص 20.

الأول مدين بالتسليم (الواهب) والثاني دائن بالاستلام (الموهوب له). وكذلك بالنسبة لعقد الوديعة فيكون الالتزام من جانب واحد.

### أهمية هذا التقسيم:

تتجلى أهمية هذا التقسيم فيما يلي:

- من حيث الفسخ : في العقد الملزم للجانبين إذ لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من الإلتزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد (المادة 119 قانون مدني).

- الدفع بعدم التنفيذ : في العقد الملزم للجانبين إذ لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من الإلتزام كان للمتعاقد الآخر بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ الإلتزامه ، فإذا طُلب بتنفيذه دفع بوقفه حتى يقوم الطرف لطرف الأول بتنفيذ ما إلتزم به.

-تحمل تبعه الهلاك: في العقد الملزم للجانبين يطبق القاضي بتحمل التبعة حيث أنه في حالة ما استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ الإلتزامه لسبب خارج عن إرادته، فإن الإلتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ وينقضي معه الإلتزام المقابل له فيفسخ العقد تلقائيا، فيكون للمتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ الإلتزامه تحمل تبعه هذه الإستحالة، أما بالنسبة للعقد الملزم للجانب الواحد فالمتحمل للتبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي استحال تنفيذ الإلتزامه ، ولا يعرض عنه لأنه لم يقابله في ذمته الإلتزام.

مثلا في عقد البيع إذا استحال على البائع تنفيذ الإلتزامه لهلاك الشئ المبوع قبل تسليمه وقعت عليه تبعه الهلاك فلا يتقاضى الثمن، وإن قبضه عليه أن يردده (المادة 121 قانون مدني)، بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، أما الملزمة لجانب واحد كما سبق ذكره فتبعة الهلاك تقع على الدائن، مثلا إذا هلك الشئ الموهوب بين يدي الواهب فإن الموهوب هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لأنه لن يحصل على الشئ الموهوب له دون عوض.

## خامسا- من حيث دور الزمن في تنفيذ الالتزامات:

### 1-العقد الفوري :

هو العقد الذي تحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها، حيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين، ويتم -عادة- تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور مما يبرر تسميتها هذه : كبيع جريدة مثلا حيث يتسلم المشتري الجريدة فورا ويدفع في نفس الوقت ثمنها.

ولكن تأخير التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة بإرادة المتعاقدين المحضة لا ينال حتما من طبيعة العقد، فبيع سيارة يتم تسليمها بعد 06 أشهر من يوم إبرام العقد لا ينال من الطبيعة الفورية للعقد، لأن عملية البيع لا تقتضي في حد ذاتها هذا الأجل من جهة ولا يؤثر على مقدار التزام المشتري ولا البائع من جهة أخرى، حيث يبقى هذا الأخير ملزما بتسليم سيارة من نوع معين في أجل معين ومقابل ثمن معين، وإن طال هذا الأجل أو قصر فإنه لا يغير من التزامات الطرفين، ولا يعتبر عامل الزمن هذه الحالة عنصرا جوهريا للعقد وإنما هو عنصر عرضي.

### 2-العقد الزمني :

العقد الزمني أو العقد الممتد هو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقدين أو محل العقد، فتك ون التزامات المتعاقدين مقترنة دائما بالزمن. ففي عقد الإيجار تحدد الأجرة على أساس مدة الانتفاع بالأماكن المؤجرة . ويكون مرتب العامل متصلا ومرتبطا تماما بمدة العمل .

فالعبرة في هذه النوع من العقود هي بالزمن، لأنه على أساسه يحدد مقدار التزامات المتعاقد ولا يرجع تدخل عامل الزمن إلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداءات فالاتفاق على بناء مسكن يقتضي حتما مدة من الزمن لتنفيذه.

ومن خصائص هذه العقود أن تنفيذها يستمر مدة من الزمن، كالانتفاع بالعين المؤجرة الذي يستمر طوال المدة المتفق عليها، ونكون بصدد عقد محدد إذا تم تعيين مدة العقد، وأما إذا أغفل المتعاقدان هذه المسألة فيكون العقد غير محدد المدة، وقد يتفق المتعاقدان على تكرار أداء الشيء.

#### \* أهمية التمييز بينهما:

- تكون العقود الزمنية عموما قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة على عكس العقود الفورية؛

- ينسحب أثر الفسخ بالنسبة للعقود الفورية إلى الماضي بينما يرتب الفسخ أثره بالنسبة للعقود الزمنية في المستقبل فقط؛

- لا يؤثر وقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن في التزامات المتعاقدين من حيث مقدارها، على عكس العقود الزمنية، فإذا توقفت جريدة عن الصدور لمدة فصل فإن التزامات وحققها نحو المشتركين تتقلص بقدر الأعداد التي كانت ستصدر خلال الفصل؛

- إذا كانت المدة غير محدودة في العقود الزمنية يمكن إنهاؤها بإرادة منفردة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 58-75.

## سادسا-من حيث تبادل العطاءات

يعرّف عقد المعاوضة بأنه عقد يتم فيه دفع مقابل من قبل كل طرف من أطراف العقد لما يعطيه ويقدمه بغض النظر إذا أخذ الشخص مالا أو نفذ عملاً ما لصالحه، كما هو الحال في عقد البيع.

أما عقد التبرع يعرّف بأنه من العقود المسماة الذي يكون دون مقابل، ويعتبر كذلك تبرعاً بالنسبة للمعير الذي لا يأخذ شيئاً كما أن المستعير لا يعطي شيء للمعير مقابل إعارته مادة معينة، وذات المقياس يقاس عليه عقد الهبة وعقد الوكالة وعقد الوديعة، إذا كان دون مقابل وتم الاتفاق على ذلك من قبل الطرفين وينصح دائماً عند عقد التبرعات أن تكون من خلال قنوات شرعية، وذلك لمعرفة الشخص الذي يستحق هذا التبرع، وقد يكون التبرع كاملاً مثل عقد الهبة وقد يبدأ بالتبرع وينتهي بالمعاوضة، مثل القرض والكفالة وقد يكون ضمن عقد المعاوضة، مثل المحاباة في عقود البيع.

### أهمية التمييز بينهما:

- تكون المسؤولية على المتبرع دائماً أخف من المسؤولية على المعاوض، وبذلك يكون هناك تفاوت واختلاف بالمسؤولية المترتبة عليهم في حال فساد العقد أو بطلانه.
- الغلط في الأشخاص قد يؤثر على عقد التبرع، على خلاف ذلك في عقد المعاوضة إلا إذا كان المتعاقدين في الأصل محل اعتبار كما هو الحال في الشركات والبنوك.
- يجوز الطعن في عقود التبرع في الدعوى البوليصة دون إثبات سوء نية المتبرع له، على خلاف المعاوضة حيث أنه من الضروري إثبات سوء نية الطرف الآخر كما هو الحال في عقد البيع.
- في عقود المعاوضة لا يتم النظر إلا على المصلحة المادية دون النظر إلى العناصر النفسية كما هو الحال في التبرع فيكون الهدف هو تحقيق المصلحة من المعاوضة فقط
- تختلف الأهلية في عقود التبرع بحيث يجب أن يملك الشخص أهلية كاملة وهي أهلية الأداء وذلك حتى يكون تصرفه في كامل الصحة، أما المعاوضة فلا يشترط توافرها

حيث يعتبر العقد وقتها بأنه صحيح ولكنه موقوف على إجازة نائبه أو هو ذاته بعد أن يصل للسن القانوني الذي يتيح له نفاذ العقد.

- في عقد المعاوضة يوجد عوض ولكن في عقد التبرع لا يوجد أي عوض كما أن عقد التبرع غير ملزم ولكن حث عليه الشرع والدين فهو يملك طبيعة دينية، أما عقد المعاوضة فهو عقد قانوني ملزم..

#### سابعا- من حيث قدرة الطرفين على مناقشة بنود العقد:

- عقود المساومة : يتناقش المتعاقدان فيها ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط فغالبا ما تكون الإرادتان متساويتان ومتكافئتان.

- عقود إذعان : هي تلك العقود التي تبرم بشأن بعض الخدمات كخدمة المياه، الكهرباء، الغاز، النقل، فهذه العقود تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد لا تقبل شروطها التعديل فيها فعلى المشتري أن يقبلها دون نقاش فإذا لم يقبلها فإنه لا يعتبر متعاقدًا ، وفي حالة قبولها فيعد متعاقدًا.

#### \*أهمية هذا التقسيم:

-عقود المساومة تتم برضاء حر من كلا المتعاقدين بعد وضع كل منهما شروطه ، وهذه تخضع للقواعد العامة فلا يجوز للقاضي تعديل شروطها أو إعفاء أحد المتعاقدين منها (المادة 106 ق.م.ج) “العقد شريعة المتعاقدين نقسه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي تقررها القانون” كما أن الشك يؤول فيه المصلحة المدين (المادة 1/112ق.م).

-عقود الإذعان بإمكان القاضي تعديل شروطها التعسفية بل له وأن يعفى منها الطرف المدعن سواء كان هو الدائن أو المدين (المادة 110 قانون مدني جزائري).

## الفصل الثاني

### أركان وشروط صحة العقد

العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني معين، فلكي ينشأ العقد لابد من توافق وتطابق إرادتين أو أكثر ، وهذا هو التراضي الركن الأساسي والجوهرى في العقد، ويجب أن ينصب هذا التراضي على شيء معين، وهذا هو محل العقد، ويجب أن تكون إرادة طرفي العقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها، وهذا هو سبب العقد الذي يعد الركن الثالث في العقد بعد ركن المحل و ركن التراضي.

إلى جانب الأركان العامة سالفه الذكر يشترط المشرع في حالات خاصة لقيام العقد ضرورة اتباع إجراءات شكلية معينة، سواء بكتابة العقد في شكل معين أو ضرورة تسليم العين محل التعاقد.

بناء على ما تقدم للعقد الأركان التالية:

1- التراضي

2- المحل

3- السبب

4- الشكلية في بعض العقود

5- التسليم في العقود العينية

والملاحظ بهذا الشأن أنه يترتب على تخلف ركن من الأركان السابقة بطلان العقد بطلانا مطلقا فلا تصححه لا الإجازة ولا التقادم.

وإضافة إلى الأركان السابقة والتي تسمى أيضا بشروط الانعقاد، للعقد شروط صحة بحيث لا ينعقد العقد صحيحا إلا بتوافرها وهي:

1- توافر الأهلية في كل من طرفي العقد.

2- خلو الإرادة من العيوب، عيوب الإكراه الغلط التدليس والاستغلال.

ويترتب على تخلف شرط من شروط صحة العقد أن ينشأ العقد وينعقد قابلا للإبطال لمن له مصلحة أي لمن وقع في العيب، وما يميز العقد القابل للإبطال أنه عقد صحيح غير أنه مهدد بالإبطال مستقبلا إذا تمسك بالبطلان المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، كما يتميز بإمكانية تصحيحه بالإجازة والتقدم (في عقود المعاوضة يكون العقد موقوفا لا قابلا للإبطال إذا كان العيب الذي شاب العقد هو نقص أهلية احد المتعاقدين طبقا لقانون الأسرة خلافا لأحكام القانون المدني).

## المبحث الأول

### أركان العقد

أركان العقد هي العناصر الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها العقد بحيث إذا تخلفت يترتب عليها البطلان المطلق .

وقد نظم المشرع الجزائري أركان العقد بموجب القانون المدني ورتب جزاء البطلان في حال تخلفها لتعلقها بالنظام العام. وتتمثل هذه الأركان في التراضي - المحل - السبب - الشكلية في العقود الشكلية - التسليم في العقود العينية.

وبعض الأركان تشترك فيها جميع العقود كالتراضي والمحل والسبب وبعض العقود إضافة إلى هذه الأركان يزيد المشرع فيها ركن الشكلية والبعض الآخر ركن التسليم.

## المطلب الأول

### وجود التراضي

أساس العقد هو التراضي، أي توافق إرادة طرفي العقد، ولا يكفي وجود التراضي حتى ينشأ العقد صحيحا غير مهدد بالإبطال، بل يجب زيادة على ذلك ان يستوفي هذا التراضي شروط صحته "وهي نفسها شروط صحة العقد".

وجود التراضي يتطلب بداية وجود الإرادة والتعبير عنها، وهذا غير كاف لوجود التراضي إذ لابد من توافق وتطابق هذه الإرادة المعبر عنها مع إرادة أخرى تقابلها.

تنص المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"

يتضح من خلال هذا النص أنه لكي يتوافر ركن التراضي لابد من أن توجد الإرادة لدى طرفي العقد وان يتم التعبير عنها وان تتجه إلى إحداث اثر قانوني معين، بحيث لا يمكن للصغير والمجنون إبرام العقود لانعدام الإرادة لديهم، كما لا يعتد قانونا بإرادة الهازل ولا بالإرادة غير الجادة ، ولا يعتد أيضا بالإرادة طالما ظلت كامنة في نفس صاحبها، إلا من الوقت الذي يتم فيه التعبير عنها فتظهر للعالم الخارجي وتكون بذلك قادرة على الاقتران بإرادة أخرى ، وهنا يجب أن يأتي التعبير عن الإرادة " الإرادة الظاهرة" مطابقا لما قصدته الإرادة الحقيقية "الإرادة الباطنة"

فالعقد يتم طبقا للمادة 59 من القانون المدني بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويسمى التعبير عن الإرادة الذي يصدر عن الطرف الأول بالإيجاب ويسمى التعبير الذي يأتي مطابقا للإيجاب بالقبول، حيث بتطابق هذا الإيجاب وهذا القبول ينعقد العقد.

وتماشيا مع مبدأ الرضائية في العقود لا يخضع التعبير عن الإرادة لشكل معين، ولذا يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا، وهذا ما نصت عليه المادة 60 قانون مدني: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

## الفرع الأول

### مفهوم الإرادة وطرق التعبير عنها

القاعدة أن للشخص الحق في أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له ، فالمتعاقد له الحرية الكاملة في ذلك إذ أن القانون لم يفرض عليه أن يكون بطريقة معينة ، وهذا تطبيقاً لمبدأ الرضائية في العقود ، فقد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون ضمناً وقد يكون بالسكوت تماماً . وهو ما سنتطرق له من خلال النقاط التالية.

#### أولاً- التعبير الصريح والضمني والسكوت في التعبير عن الإرادة .

نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على حرية التعبير عن الإرادة بأي طريقة، فقد يكون صريحاً باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً ، وقد يكون ضمناً باتخاذ يدل بطريقة غير مباشرة على مقصود صاحبه، كما أن السكوت قد يكون في حالات تعبيراً عن الإرادة .

#### 1- التعبير الصريح .

التعبير عن الإرادة مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس، ويقع التعبير الصريح بإحدى الطرق التي نص عليها القانون المدني في المادة 60 .  
وتتمثل طرق التعبير الصريح عن الإرادة باللفظ ويعني ذلك عن طريق الكلام الذي يدل دلالة واضحة عن إرادة الشخص وعما تتجه إليه وسواء تم الكلام مباشرة من شخص الأصيل أو عن طريق الهاتف أو بإيفاد رسول ليست له صفة النيابة في التعبير وكذا بالإشارة التي دلالة بين الناس كهذا الرأس عمودياً أو أفقياً دلالة على القبول أو الرفض ، ويكون التعبير صريحاً في بعض الحالات باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه كعرض تاجر سلعته للجمهور مع بيان ثمنها، أو وقوف سيارة الأجرة في موقفها بانتظار زبون يستأجرها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدامة ، الوجيز في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 34 .

## 2- التعبير الضمني .

وهي الحالة التي يتخذ فيها الشخص موقفاً أو يقوم بعمل ما يدل على إرادته دون أن يتلفظ بكلام أو دون أن يستعمل طريقاً من طرق التعبير الصريح عن الإرادة كأن يتصرف شخص في شيء ليس له ، ولكن عرض عليه أن يشتريه فهذا يدل على أن الشخص قبل ، وبالتالي تصرف كما يتصرف المالك وكالموعد بالبيع يرتب حقا على العين الموعد ببيعها وكالمستأجر الذي يبقى في العين المؤجرة رغم نهاية مدة الإيجار ، كل هذه الأعمال أو هذه المواقف تدل على إرادة الشخص بالقبول .

والتعبير الضمني عن الإرادة يعتبر صحيحاً إلا إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على غير ذلك كأن ينص القانون أو يتفق الطرفان بأن يكون التعبير عن الإرادة صريحا في هذا الحالة لا يؤخذ بالتعبير الضمني للإرادة<sup>1</sup> .

وفي هذا الاتجاه اشترط المشرع الجزائري في التعبير أن يكون صريحا في بعض التصرفات كما هو الشأن في التضامن بين الدائنين أو بين المدينين حيث تقضي المادة 217 ق م ج صراحة بأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ، كما أن المادة 505 ق.م.ج المعدلة بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 تنص على أن تنازل المستأجر عن الإيجار أو الإيجار من الباطن يجب أن يكون بموافقة كتابية من المؤجر ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك<sup>2</sup> .

## 3- السكوت و التعبير عن الإرادة .

يعتبر السكوت موقفاً سلبياً بحيث لا يمكن أن يعبر عن إيجاب ، والإيجاب هو العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين للآخر تاركاً له أمر قبوله أو رفضه ، وهو أول مرحلة من مراحل التعاقد ، إذا أن العرض يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها وشروطها .

والسكوت لا يعد تعبيراً ضمناً، فإن الإرادة تستخلص من الظروف الإيجابية التي يدل عليها، أما السكوت فهو العدم<sup>3</sup> . ومعنى ذلك لا ينسب للسكوت إرادة لا بقبول الإيجاب ولا

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن ققادة ، الوجيز في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 35.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 137 - 138.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 83.

برفضه، فإذا عرض شخص على آخر أن يشتري منه شيئاً فسكت، فإن العقد لا ينعقد، لأن الأمر يتعلق بمجرد إيجاب لم يقترن بقبول .

فمثلاً: إذا قضى بأنه أرسل تاجر عينة من بضاعته إلى شخص مع إخباره إياه بأن عدم رد العينة خلال فترة معينة يعتبر قبولاً منه للشراء ، فإن سكوت هذا الشخص عن الرد لا يعد قبولاً<sup>1</sup>.

### ثانياً-حالات صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة :

بالرغم من أن المبدأ العام يقضي بأن السكوت لا يصلح ليكون تعبيراً عن الإرادة ، وفي هذا المعنى يقرر فقهاء الشريعة منذ عدة قرون قاعدتهم الشهيرة " لا ينسب لساكت قول "، وذلك لأن السكوت قد ينطوي على استحسان أو استهجان لمضمون الإيجاب وهذا لا يكفي لثبوت الإرادة الجادة القاطعة المتجهة إلى القبول كما أن استخلاص القبول من مجرد السكوت يعني فرض واجب على الشخص وتقييد للحرية الشخصية ليس له من أساس .

كما أن السكوت لا يترتب عليه أي آثار قانونية كما أن الصمت المجرى للموجب إليه لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ قبولاً لأن القبول تعبير عن الإرادة ، و الساكت لا يعبر عن إرادته في الحقيقة ، وعلى هذا الأساس فإن القبول لا يمكن استخلاصه من السكوت أو عدم القيام بتصرف من قبل من وجه له الإيجاب .وهذا هو المبدأ العام الذي يقول به جمهور الفقهاء وأخذ به القضاء وسرت عليه التشريعات المدنية العربية والغربية الحديثة<sup>2</sup>.

إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناءات، فيصلح للتعبير في حالتين :

### إقرار القانون :

يقصد بالقانون سواء كان مصدره التشريع أو العرف ، ومن أمثلة نص التشريع ما نصت عليه المادة 1/355 من القانون المدني في البيع على شرط التجربة ؛ إذ يجوز للمشتري أن يقبل البيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري الشيء المبيع عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً .

### السكوت الملابس :

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 139 .

و الاستثناء الثاني من عدم اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول إذا لابتسته ظروف معينة ؛ وقد أشار التقنين الجزائري إلى بعض هذه الظروف والملابسات في المادة 68 من القانون المدني، والتي يكون فيها السكوت قبولا أي تعبير الإرادة بقولها: " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب يكن تنتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب " .  
ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه " .

#### حالة ما إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين :

ومثاله إذا وجد عن تاجر تجزئة التعامل مع تاجر جملة في سلعة معينة، طلب تاجر التجزئة من تاجر الجملة كمية من السلعة بالشروط المتفق عليها بينهما، ولم يرد عليه تاجر الجملة اعتبر سكوته قبولا والتزام بتنفيذ العقد .  
حالة ما إذا كان العرف التجاري أو طبيعة المعاملة قد جرت على أن الموجب له أن يعتبر قابلا ، إذا لم يرد بالرفض في وقت مناسب .  
ومثاله : إرسال تاجر بضاعته لم يطلبها، ويطبق في كشف حساباتها شروط جديدة سكت المشتري عنها ولم يبادر في رفضها اعتبر سكوته قبولا.  
حالة إذا ما كان الإيجاب يتمخض في مصلحة خاصة للموجب له :  
ومثاله : عرض الهبة على الموهوب له فسكت، فإن سكوته يعتبر قبولا .  
وجميع هذه الحالات التي سبق ذكرها هي على سبيل المثال لا الحصر فكل سكوت تقترن به ملابسات تدل على رضا المتعاقد، فهو سكوت ملابس وتعبير عن الإرادة بالقبول<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني

#### الإرادة والتعبير عنها

سبق القول بأن القانون لا يعتد بالإرادة إذا ظلت كامنة في النفس ولا بد على صاحبها من إظهارها ، أي التعبير عنها في الحيز الخارجي حتى يمكن التحقق من وجودها، لكن

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88 ،

الصعوبة تمكن في ما إذا اختلف التعبير لأي سبب عن حقيقته الإرادة أو بمعنى آخر هل يستمد العقد قوته الملزمة من الإرادة الباطنة أو من الإرادة الظاهرة ؟

### أولاً: نظرية الإرادة الباطنة.

تعد هذه النظرية بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الظاهرة لأن العقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية لأطرافه، وقد أخذت بهذه النظرية القوانين الآتية وعل الأخص القانون الفرنسي وذلك نتيجة لسيطرة النزعة الذاتية أو شخصية لتلك المشاريع .

وتعتبر الإرادة الباطنة أساس الالتزام، وجوهر التصرف القانوني أما التعبير فما هو إلا مظهر لتلك الإرادة والثوب الذي ترتديه، ومن الحجج التي يستند إليها أصحاب هذه النظرية حجتان :

\* حجة تاريخية: مفادها أن العقد والالتزام في القوانين القديمة لا يقومان إلا باستخدام أشكال معينة، ثم حدث تطور للتخلص الشكلية لتسود الرضائية وتحل محلها، وهكذا فإن القوانين الحديثة تعتد بالرضاء نفسه لا بشكله أو مظهره.

\* حجة منطقية واقتصادية: مفادها أن أساس التزام المتعاقد هو إرادته، فالعقد ينشأ من ارتباط إرادتين لذا فإن الشخص يلتزم بما أراده حقيقة ولا يجوز التزام نتيجة إعلان خاطئ عن إرادته. كما أن العقد باعتباره ينظم مصالح المتعاقدين، فيجب أن يكون تنظيم العلاقات المستقبلية أو الاقتصادية تنظيماً يطمئن إليه كل منهما منذ إبرام العقد، وطبعاً هذه الطمأنينة ستزول في حالة ما إذا وجد المتعاقد نفسه ملزماً بأمر لم يقصده<sup>1</sup> .

فالتعبير في منطق المدرسة الفرنسية أو اللاتينية التي تعتد بهذه النظرية ليس إلا دليلاً على الإرادة الباطنة يقبل إثبات العكس أي أن التعبير المادي لا يؤخذ به إلا بالقدر الذي يتفق فيه مع هذه الإرادة الباطنة الحقيقية، وعلى من يدعي اختلاف الإرادة المعبر عنها عن إرادته الباطنة الحقيقية ضرورة إثبات ذلك بما في هذا الإثبات من صعوبة شديدة .

ولهذه النظرية نتائج هامة على نظرية العقد كما هو فيما يسمى بالصورية، وأيضاً عند تفسير العقد فإن العبرة تكون بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أما التعبير الظاهري الخارجي فهو مجرد قرينة تقبل إثبات العكس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88 ،

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 146.

## ثانيا : نظرية الإرادة الظاهرة .

ظهرت هذه النظرية الحديثة في النصف الثاني من القرن 19، ويرجع الفضل في ظهورها إلى الفقهاء الألمان، الذين بحثوا في النظرية الباطنة، وانتهى بحثهم إلى أن هذه الأخير لا تصلح أن يكون لها أثر قانوني، لأنها شيء كامن في النفس ولا بد لإنتاج أثرها أن تتخذ مظهرا اجتماعيا وذلك بالإفصاح عنها، فالقوة الملزمة للعقد تستمد من التعبير عن الإرادة وقد أخذ بها القانون الألماني الذي سرى منذ عام 1900<sup>1</sup>.

ولا يتطلب أصحاب هذه النظرية أن يأخذ بالإعلان عن الإرادة شكلا معيناً بل يكتفون بمجرد الإعلان سواء اتخذ موقفا صريحا أو موقفا ضمنيا ، ومتى تم الإعلان عن الإعلان عن الإرادة وصادفه إعلان مطابق انعقد العقد، ولا يقبل بعد ذلك إثبات مخالفة الإعلان لحقيقة الإرادة إذ ليس من وظيفة القاضي أن يغوص في الأعماق النفسية بحثا عن الإرادة الباطنة لاستفهام ما قد تنطوي عليه من نية و أفكار و رغبات<sup>2</sup>.

يستند أصحاب هذه النظرية إلى حجج نجملها فيما يلي :

**\* حجج تاريخية:** ومفادها أن الالتزام نشأ بإجراء شكلي ودائما و يغير هذه الشكلية فإنه لا يوجد، والإعلان عن الإرادة هو البقية الباقية من الشكلية الذي تبقى و لا يمكن الاستغناء عنه .

**\* حجج عقلية ومنطقية:** ومفادها أن الإرادة الباطنة كامنة في النفس ونوايا الضمير ويستحيل الوصول إليها، عكس الإرادة الظاهرة التي يمكن التعرف عليها والتي يترتب عنها الأثر القانوني .

**\* حجج اجتماعية واقتصادية :** ومفادها أن الغير لا يستطيع أن يعلم أو يتعرف إلا على الإرادة الظاهرة، وهذه هي التي يعتد بها الأشخاص لأنها تبعث في نفس المتعاقد الثقة، فلذلك إذا ما أصدرت الإرادة الظاهرة فإن الثقة المشروعة التي تولد في المتعاقد تنزع ويؤدي ذلك بالتالي إلى عدم استقرار المعاملات<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 90.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 146

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 91 .

يظهر من مقارنة النظريتين أنهما تختلفان اختلافا واضحا من حيث الأساس النظري والفلسفي، غير أن هذا الاختلاف ليس كبيرا سواء من حيث الناحية العملية أو القانونية، ومع ذلك فإنه لا يمكن في الحياة العملية الأخذ بإحدى النظريتين بصفة مطلقة وإهمال الأخرى بل يتعين التوفيق بينهما، بمعنى أننا إذا أخذ بإحدى النظريتين يستحسن الاعتداد بما تقضي به الأخرى ولو في حدود معينة .

فأنه يستحسن ضالة الفارق بين النظريتين من الناحية العملية وذلك لأن صعوبة إثبات الإرادة تقف في أغلب الأحيان حائلا منيعا دون إهمال التعبير عن الإرادة، وعلى كل حال فإن الإرادة المفترضة هي وسيلة القاضي للتوصل للإرادة الباطنة الخفية الحرة المختارة في معناها الحقيقي<sup>1</sup>.

### ثالثا - موقف القانون المدني الجزائري من النظريتين .

يظهر لنا من استقراء نصوص القانون المدني أن المشرع الجزائري يأخذ بالإرادة الباطنة أساسا، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات ؛ ويتضح ذلك من خلال :

- أنه لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة إلا في الحدود التي يأتي التعبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه ( المادة 59 من القانون المدني ) فالنص يستلزم التطابق بين الإرادتين، وهذا يعيد بأنه يقيم التعبير على الإرادة ذاتها، وليس على مجرد التعبير عنها.

- أنه في تكوين العقود لا يعتد إلا بالإرادة الحدة السليمة من العقود، فجعل الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال عيوباً تجيز إلغاء العقد .

نصت المادة 61 من القانون المدني أن التعبير ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه الإيجاب وقبله ، ثم عدل عن القبول ، ولكن قبوله وصل إلى الموجب قبل أن يصل العدول فإن العقد ينعقد على الإرادة الظاهرة بالرغم من العدول<sup>2</sup> .

ونجد في تفسير العقد أن القانون المدني أخذ بالإرادة الظاهرة ، إذ أنه منع على القاضي أن ينحرف عن العبارة الواضحة في العقد عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين إذ

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص 147.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 95.

نص في المادة 111 قانون مدني على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

كما أشارت في فقرتها الثانية إلى أنه يستوجب على القاضي في حالة الغموض أو الإبهام أو التأويل أن يبحث عن قصد المتعاقدين، وفي نفس الاتجاه نص المشرع الجزائري على أنه فيما يتعلق بالصورية تكون العبرة في حالة النزاع بالعقد الحقيقي الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، وهي إشارات من المشرع إلى ضرورة عدم إغفال الإرادة الباطنة الحقيقية للمتعاقدين بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون تجاهل للعرف الجاري في المعاملات<sup>1</sup> .

وهكذا نجد أن المشرع الجزائري بصفة مطلقة بالإرادة الظاهرة ، كما أخذ في بعض الحالات بالإرادة الباطنة .

وتظهر بالتالي فلسفة القانون المدني الجزائري التي تركز على ضمان استقرار المعاملات وفي نفس الوقت حماية الإرادة الحرة ، وكذا المصلحة الفردية للمتعاقد<sup>2</sup> .

#### رابعا : موقف الفقه الإسلامي من النظريتين .

سلك الفقه الإسلامي موقفا وسطا من النظريتين اللاتينية والجرمانية قوامه الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة سواء في تكوين العقد أو في تفسيره، وهذا قبل ظهور النظريتين المذكورتين ، وإذا كان البعض من الباحثين يرون بأن الفقه الإسلامي ينزع إلى تغليب الإرادة الظاهرة أي بترجيح العبارة على الإرادة لما لها من دلالات إضافية يعتمدها المتعاقدان ، وهو ما يميل له الدكتور بلحاج العربي، وهو ما سار عليه القانون المدني الجزائري لأنه لا يتعاقد من لا يريد فالأصل في الفقه الإسلامي أن العبارة كاشفة عن الإرادة الحقيقية ما لم يتم الدليل القاطع على ما يخالف ذلك فإذا قام هذا الدليل تعين الأخذ بالإرادة وإهدار العبارة التي تخالفها .

فإن الأصل في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني كما أن الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة بأن كانت عبارة العقد غامضة فتكون العبرة عندئذ بالنية المشتركة

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 149 .

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 96.

للمتعاقدين، أي بما قصده المتعاقدان حقيقة، وعلى هذا فإن عبارة الهازل و المكره والسكران والمخطئ والناسي، وكذا التعبير الصوري والتعبير المقترن بتحفظ ذهني يعلمه من وجه إليه لا تدل في الفقه الإسلامي على رضاه لأنه لم يقصد أثرها الشرعي، والعقد ينعقد بالتراضي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني

نصت المادة 61 من القانون المدني على أنه: " لا ينتج التعبير عن الإرادة صريحا كان أو ضمنيا أثره القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ". ولا يكون له قبل هذه اللحظة أي وجود فعلي، ومن ثم يجوز لمن أصدره أن يعدل فيه أو يتراجع عنه قبل هذا الوقت. وعلى ذلك فإنه حتى ينعقد العقد وفقا لهذه المادة لا بد وأن تغلق حلقة التعاقد بأن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه وأن يتصل القبول بعلم الموجب، فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا فلا ينتج أثره القانوني إلا إذا علم به من وجه إليه الإيجاب، وبذلك لا يكون لمن صدر عنه الإيجاب الرجوع فيه لو كان ملزما منذ لحظة علم من وجه إليه به، ومن ثم فإنه يكون للموجب في غير حالة الإيجاب الملزم العدول عن إيجابه .

وعلى هذا بالمفهوم المخالف للمادة 63 من القانون المدني فإن الإيجاب إذا لم يقترن بميعاد محدد فإنه لا يعتبر بحد ذاته ملزما، الأمر الذي يجيز للموجب العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول، وهو ما يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة حرية إبرام العقود ، أما إذا التعبير عن الإرادة قبولا فلا ينتج أثره القانوني وفقا للمادة 61 إلا بوصوله إلى علم الموجب وبذلك يتم انعقاد العقد .

ولا يقصد بالعلم هنا العلم الحقيقي بل يكفي العلم الحكمي، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك فوصول التعبير ( كالرسالة البريدية أو الإلكترونية أو البرقية مثلا ) هو قرينة قانونية على العلم به ولكنها تقبل إثبات العكس، وإن كان هذا الإثبات شديد الصعوبة من الناحية العملية، فإن وصول التعبير إذن يعتبر قرينة

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

قانونية على العلم بما فيه وهي قرينة تقبل إثبات العكس، وتقدير قيام أو عدم قيام هذه القرينة هو أمر موكول إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>1</sup> .  
وهذا الرأي للدكتور بلحاج العربي يتفق مع رأي الدكتور خليل أحمد حسن قدارة الذي يعتبر قرينة وصول التعبير ليست من القرائن القاطعة، وإنما هي قرينة ضعيفة يجوز لمن وجه إليه التعبير أن يقيم الدليل بأنه لم يصل إليه التعبير عن الإرادة حتى لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في حقه<sup>2</sup> .

### الفرع الرابع

#### اثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة .

إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته كأن أصبح مجنوناً أو معتوهاً قبل أن ينتج هذا التعبير أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه، فإنه بموجب المادة 62 فإن القانون لا يجعل للموت أو فقدان الأهلية أثر في التعبير عن الإرادة إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار، كأن تكون عبارات الإيجاب واضحة بأن القبول لا بد أن يصدر من فلان بذاته أو أن تستعصي طبيعة الإيجاب بأن لا يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً، كما إذا كان فناناً أو رساماً وعرض عليه العمل الذي يدخل في صميم فنه فإن القبول يسقط بوفاة القابل<sup>3</sup> .

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الجرمانى في هذه المسألة بالقدر الذي يتفق مع استقرار المعاملات ويتفق مع التطور الموجود في القوانين اللاتينية ذاتها، وعليه قضت المادة 62 قانون مدني بأنه: " من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن إرادته فإنه لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " .

وأساس الحكم الوارد في المادة 62 أو النظرية الحديثة التي ترى بأن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه، وهي فكرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي انطلاقاً

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 151 و 152.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 65.

من النزعة الموضوعية ، وقد أخذت القوانين الحديثة كالتشريع الألماني والإنجليزي من الشريعة الإسلامية هذه النزعة ، وقد نص المشرع الجزائري عن عدم انقضاء الإيجار بوفاة المستأجر على أن يكون لورثته الحق في نهاية الحكم مستمد من الفقه الإسلامي لا يعرفه القانون الفرنسي في حين أخذ به التشريع السويسري في المادة 270 من قانون مدني سويسري ، والألماني في المادة 569 قانون مدني ألماني ، وهو ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في اجتهادها القضائي الذي استقر على أن عقد الإيجار لا ينتهي في أي حال من الأحوال بموت المؤجر أو المستأجر .

وبالتالي فإنه حسب رأي الدكتور بلحاج العربي فإن المشرع الجزائري قد ساير أحكام الفقه الإسلامي عند نصه على عدم انقضاء الإيجار بوفاة المستأجر ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك على أن يكون لورثته الحق في إنجائه خلال ستة أشهر من وفاة المستأجر إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة لمواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم ( المادة 469 مكرر المضافة بالقانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007) وهو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية الغراء الذي لا يعرفه القانون المدني الفرنسي .

و من ثمة فإن التعبير الذي يبقى وينتج أثره القانوني رغم وفاة صاحبه أو فقد أهليته وفقا للمواد 61 ، 62 ، 63 إنما هو التعبير الصادر عن القابل بشرط ألا يعلم الموجب بموته أو يفقد أهليته، وبشرط ألا يكون القابل محل اعتبار شخصي في التعاقد<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### صور خاصة لتطابق الإرادتين

سنتطرق إلى الوعد بالتعاقد ثم التعاقد بالعربون ثم النيابة في التعاقد.

### الفرع الأول

#### الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد (contrat de promesse) هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أوكل منهما نحو الآخر، بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 153 و 154

في التعاقد خلال المهلة المتفق عليها؛ كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة. وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في المادة (71)، باعتباره عقداً كاملاً يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، في المستقبل، وإن كان يمهد في الحقيقة لعقد مقصود آخر يراد إبرامه نهائياً<sup>1</sup>.

#### أولاً- شروط الوعد بالتعاقد:

يعد الوعد بالتعاقد عقداً كاملاً وإن كان يمهد لإبرام العقد النهائي، لذلك يشترط لانعقاده سواء كان ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين، توافر الأركان اللازمة لانعقاد العقد بشكل عام وهي التراضي والمحل والسبب إضافة إلى ركن الشكل إذا كان العقد المراد إبرامه في المستقبل شكلياً.

وإلى جانب هذه الأركان العامة فإن هناك أركان خاصة يجب توافرها في عقد الوعد نظراً لخصوصيته، وهي ضرورة الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل والمدة التي يجب إبرامه فيها. فإن كان العقد بيعاً مثلاً، وجب الاتفاق على المبيع والتمن بنفس الطريقة التي يجب تحديدها في عقد البيع ذاته، ولقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني إلا إذا عينت جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، وتم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

#### \*الشكلية في الوعد بالتعاقد:

إذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً كبيع العقار وكالهبة والرهن الرسمي والشركة، فإن الشكلية تعتبر ركناً أيضاً في الوعد بالتعاقد. وهذا ما تقضي به صراحة الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني، فهي تنص على أنه: " وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 03، العدد التسلسلي 35، يونيو 2021، ص 194.

<sup>2</sup> شهيد محمد سليم، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 02، السنة 2021، ص 767.

شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد . " فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد الشكل الرسمي المطلوب قانونا وقع باطلا.

فالوعد بالبيع الواقع على العقار إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلا، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ الوعد تنفيذا عينياً لأن هذا يقتضي تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية البيع. ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم مقام تنفيذ البيع لأن الوعد بالبيع باطل لعدم إستقاء الشكل المطلوب، لأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام بيع عقار دون ورقة رسمية، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام البيع الرسمي<sup>1</sup>.

## ثانيا- آثار الوعد بالتعاقد

### 1- آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الرغبة

تبدأ هذه المرحلة من لحظة إبرام عقد الوعد إلى حين إبداء الرغبة من جانب الموعد له أو حلول الأجل المحدد لانعقاد العقد النهائي. ويترتب على عقد الوعد خلالها بعض الالتزامات على عاتق الواعد، ومنها التزامه بالبقاء على وعده طيلة المدة المحددة لإبداء الرغبة، كما يلتزم بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الحيلولة دون إبرام العقد النهائي. وكذلك التزامه بإبرام هذا الأخير إذا ما أبدى الموعد له عن رغبته في التعاقد، أو التزام كال الطرفين بذلك، باعتبار كل واحد منهما واعدا وموعودا له في نفس الوقت إذا كان الوعد ملزما لجانبين. ولا يكتسب الموعد له أي حق عيني في هذه المرحلة، بل يتمتع بحق شخصي فقط في مواجهة الواعد .

فإذا أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد في المدة المحددة، انعقد العقد الوعود به من تاريخ إبداء الرغبة وليس من تاريخ قبول الوعد. أما إذا انقضت المدة المحددة دون

<sup>1</sup> كلو هشام، محاضرات في مصادر الالتزام ( القانون المدني)، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، دون ذكر السنة، ص 4.

الإعلان عن الرغبة، فإن عقد الوعد يصبح كأنه لم يكن، وفي حالة إخلال الواعد بالتزاماته في هذه المرحلة أي قبل انقضاء مدة الوعد، فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية<sup>1</sup>.

## 2- آثار الوعد بالتعاقد بعد إبداء الرغبة:

في حالة إبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي، ينعقد هذا الأخير من تاريخ إبداء الرغبة وليس بأثر رجعي. ويرتب العقد النهائي آثاره القانونية من هذا التاريخ، فإذا كان الوعد وعدا بالبيع مثال وأبدى الموعود له رغبته في الشراء، ترتبت في ذمته التزامات المشتري وفي ذمة الواعد التزامات البائع.

فيلتزم هذا الأخير بنقل الملكية إلى المشتري وتسليم المبيع إلى جانب الالتزام بالضمان، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد. وتنتقل الملكية إلى الموعود له بمجرد إبداء رغبته في الشراء إذا كان محل الوعد منقولاً معيناً بالذات، أما إذا كان عقاراً فإن التشريع الجزائري يوجب شهر عقد البيع لنقل الملكية.

## الفرع الثاني

### التعاقد بالعربون

التعاقد بالعربون هو الصورة العملية للمرحلة التمهيديّة التي تسبق التعاقد النهائي ويعطى هذا النوع من التعاقد لكل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية الحق في أن يعدل عن العقد خلال فترة معينة فيصبح العقد كأن لم يكن بالعدول أو ينعقد نهائياً بعدمه .  
فدفع العربون قد يحمل معنى الحق في العدول مع تحمل تبعه ذلك بفقدان العربون المدفوع واعتباره حقا للطرف الآخر، وقد يكون خطوة أولى لتأكيد الارتباط التمهيدي بين

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم، المرجع السابق، ص 771-772.

المتعاقدين على نحو جاد<sup>1</sup>. وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 72 مكرر قانون مدني.

وتوقيت ما يدفع من مبالغ مالية ذو دلالة على تكييفه، فما يدفع بعد الإبرام يدل قاطعا أننا بصدد تنفيذ جزئي لما تم التراضي البات على إبرامه، بينما ما يتم دفعه مقترنا بالتراضي كالعربون تتنازعه الدلالة الظنية بين العدول والبتات<sup>2</sup>.

ويعرف العربون بأنه مبلغ من المال أو أي شيء آخر تحدد قيمته في العقد، يدفعه احد المتعاقدين للآخر بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية الأخرى، على أن يتقنا أيضا على تحديد مدة زمنية معقولة تسمح للمتعاقد إما توكيد العقد أو استعمال حقه في العدول، بصرف النظر عن الضرر ما لم يكن متعسفا<sup>3</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في طبيعة البيع بالعربون:

- هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط واقف (ألا يعدل المتعاقدين عن البيع)<sup>4</sup>.
- هناك من يرى بأنه عقد معلق على شرط فاسخ (وهو عدول أحد المتعاقدين)<sup>5</sup>.

ويذهب رأي ثالث إلى تكييف البيع بالعربون، بأنه ينطوي على التزام بدلي أي أن العربون هو البديل في التزام مبدئي، المدين بائعا أو مشتريا بالالتزام الوارد في البيع ودائنا في

---

<sup>1</sup> شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي -دراسة مقارنة-، أطروحة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2017-2018، ص 3.

<sup>2</sup> همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص119.

<sup>3</sup> شارف بن يحيى، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، السنة 2020، ص 934.

<sup>4</sup> سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص57.

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص875.

الوقت ذاته بالحق الذي يقابل الالتزام، ولكن يبرأ الالتزام ويسقط الحق في المقابل تبعا إذا هو أدى العربون<sup>1</sup>.

### \*التمييز بين العربون والشرط الجزائي:

الشرط الجزائي -التعويض الاتفاقي-: يمكن تعريفه على أنه اتفاق مُسبق بين المتعاقدين يُحدد فيه مبلغ كتعويض عن الضرر في حال إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المتفق عليه. ويعتبر الشرط الجزائي التزام تابع بطبيعته، فالتابع لصحيح يكون صحيح والتابع لباطل يكون باطل.

وبما أن الشرط الجزائي هو اتفاق ما بين الشخصين فبالتالي يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة لأي عقد أو اتفاق والتي تتمثل في: الرضا، والأهلية، والحل والسبب. وهذا الاتفاق (الشرط) يرد ضمن شروط العقد، لكن لا مانع من أن يكون هذا الاتفاق لاحق للعقد بشرط أن يكون هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يُراد التعويض عنه.

ومن أجل استحقاق الشرط الجزائي يجب أن تتوفر أركان المسؤولية العقدية التي تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، ففي حال حصل إخلال بالالتزام (خطأ) لكن لم يترتب على هذا الخطأ ضرر فلا يكون الشرط الجزائي مُستحق. بالإضافة إلى أن يكون هذا الشرط صحيح خالي من العيوب وكما يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين.

- يتشابه كل من العربون والشرط الجزائي بأن كلاهما مصدره الاتفاق بين المتعاقدين كما أن الهدف منهما ضمان تنفيذ الالتزام المتفق عليه.
- أما الاختلاف بينهما فإنه يتمثل فيما يلي:

➤ بإمكان القاضي تعديل قيمة العربون بالزيادة أو بالنقصان كما يمكنه أيضاً إلغاء هذا الشرط في حال لم يتحقق ضرر، أما العربون فلا يجوز للقاضي

<sup>1</sup> دريس كمال فتحي، محاضرات في مادة العقود الخاصة، السداسي الأول، عقد البيع، أقيمت على طلبه السنة الثانية ليسانس ل م د، تخصص قانون خاص، جامعة الوادي، 2021-2022، ص26.

الإفصاح منه بل يجب أن يتم دفع بالكامل بغض النظر تحقق ضرر من عدم تنفيذ الالتزام أم لا.

- الشرط الجزائي لا يُستحق إلا في حال تحقق الضرر من العدول عن الالتزام أو التأخير في تنفيذه، أما العربون فإنه يُستحق حتى لو لم يلحق الطرف الآخر ضرر وإنما يفقده المتعاقد بمجرد العدول عن تنفيذ الالتزام.
- يعتبر الشرط الجزائي تعويض وبالتالي تطبق عليه أحكام وشروط الإعذار، لكن العربون لا يمكن تطبيق مثل هذه الشروط عليه.
- اعتباراً أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي فلا يكون للمدين الخيار بين تنفيذ الالتزام أو دفع التعويض مقابل عدم التنفيذ بمعنى أنه لا يحق له إلا التعويض ولا يحق له المطالبة بالفسخ، أما العربون باعتباره مقابل حق المتعاقد الذي دفعه بالعدول عن التنفيذ فيكون له الخيار ما بين إتمام الالتزام أو العدول عن التنفيذ مقابل العربون الذي قام بدفعه<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### النيابة في التعاقد .

نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف النيابة في التعاقد ثم إلى شروط قيامها ثم إلى الآثار التي تترتب عنها.

#### أولاً - تعريف النيابة في التعاقد .

على الرغم من أن النيابة في التعاقد قد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 73 إلى غاية المادة 77 قانون مدني إلا أنه لم يورد لها تعريفاً، ولا يعتبر هذا حسب رأي الدكتور خليل أحمد حسن قدارة عيباً أو نقصاً في التشريع لأن التعريفات عمل فقهي أكثر من كونه عمل تشريعي ، ولذلك يمكن تعريف النيابة في التعاقد على أنه حلول إرادة النائب محل إرادة

<sup>1</sup> روان حسن محيسن، العربون والشرط الجزائي، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني

<https://wadaq.info/العربون-والشرط-الجزائي/>

الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل كما لو كان شخصيا الذي صدر منه التعبير عن الإرادة<sup>1</sup>.

كما يعرفها الدكتور بلحاج العربي بأنه " النيابة هي إبرام شخص يسمى نائب عملا قانونيا لحساب شخص آخر باسمه لحساب شخص آخر باسمه يسمى الأصيل بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل فالغائب هو الذي يقوم بالتعبير عن الإرادة الأصيل أي أن الإرادة النائب هي التي تحل إرادة الأصيل في إبرام العقد " <sup>2</sup>.

وتعتبر فكرة النيابة صورة حديثة من صور الفن القانوني لم يصل إليها القانون الروماني إلا في آخر مراحل تطوره، ولذلك فهي لم تظفر بتنظيم شامل إلا في الفقه الإسلامي وفي بعض التقنيات الحديثة.

والنيابة أهمية بالغة في الحياة القانونية بل هي ضرورة لقضاء مصالح الأفراد في المجتمع وسير المعاملات المالية بين الأشخاص فيه، عن طريقها يحمي القانون الأشخاص الغير القادرين على دفاع عن حقوقهم أو رعاية مصالحهم المالية أو التجارية<sup>3</sup>.

وتنقسم النيابة من حيث مصدر السلطة النائب إلى اتفاقية وقضائية وقانونية فالنيابة الاتفاقية مصدرها الاتفاق بين النائب والأصيل وهو هنا عقد الوكالة، النيابة القضائية مصدرها حكم القاضي ( كنيابة الوصي أو القيم أو الحارس القضائي أو السنيديك في نظام الإفلاس )، وأما النيابة القانونية فمصدرها نص قانوني كنيابة الولي عن القاصر .

الفرق واضح في هذا الشأن بين النيابة الاتفاقية الناشئة عن عقد الوكالة وبين الوكالة النيابة سواء أكان " اسما مستعارة " أو أخفى وكالته عن المتعاقد معه أم كان وكيل بالعمولة يحترف أعمال الوكالة، فالوكالة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل باسمه، (المادة 571 من القانون المدني وما بعدها) ، بينما النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني مع إضافة آثار ذلك التصرف إلى

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قعادة ، المرجع السابق ، ص 37.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 83 .

-المادة 73 و 74 من القانون المدني.

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 84.

الأصيل، ويرى العالم ايهرنج بأن كل من الوكالة والنيابة تمثل وجها مختلف لعلاقة قانونية لحدته فتمثل الوكالة الوجه الداخلي للعلاقة بين طرفين للموكل والوكيل وتمثل النيابة الوجه الخارجي للعلاقة أوصفة هذين الطرفين إزاء الغير<sup>1</sup> .

#### ثانيا - شروط النيابة في التعاقد .

وهذه الشروط تتلخص في ثلاثة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، و أن يلتزم النائب حدود النيابة ، و أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحساب الأصيل .

#### 1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

يشترط في التعاقد بالنيابة أن تحل إرادة النائب تماما محل إرادة الأصيل بحيث يكون التعبير عن الإرادة في العقد صادرا عن إرادة النائب لأن ينقل تعبير إرادة الأصيل، وهذا هو الفرق بين النائب والرسول ، فالرسول ينقل تعبير إرادة الذي أرسله وليس نائبا عنه ولذلك فالتعاقد بين النائب والمتعاقد بينه فهو تعاقد بين حاضرين إذا كان النائب حاضرا مع المتعاقد الآخر مهما كان الأصيل بعيدا عن مجلس العقد .

و لذلك فإنه ينظر إلى إرادة النائب (الوكيل) فيشترط أن تكون خالية من عيوب الرضاء وهي الغلط والتدليس والإكراه لأن العقد يقوم بها قابلا للإبطال كما أنه ينظر إلى حسن النية لدى نائب الأصيل، غير أنه إذا كان الوكيل يتصرف طبقا لتعليمات محددة صدرت إليه من الأصيل ، فإن نية هذا الأخير هي التي تؤخذ في الاعتبار دون نية الوكيل .

مثال ذلك أن يكون الوكيل شخص وكيلا في شراء سيارة معينة بثمن محدود، ويكون في هذه السيارة عيب يعرفه الموكل ويجهله الوكيل فيشتري الوكيل هذه السيارة بالثمن المحدد، فلا يجوز للموكل أن يرجع على البائع بهذا العيب متمسكا بأن الوكيل كان يجهله، وهذا معنى الفقرة الثانية من المادة 73 قانون مدني التي تقول: " غير أنه كان النائب وكيلا ويتصرف وفق التعليمات معينة صادرة من موكل فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب نظروف كان يعلمها هو أو كان من المفترض حتما أن يعلمها " .

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تتعاقد ويصدر عنها التعبير فإن أثر تعاقدته ينصرف إلى الأصيل ، ولذلك يجب أن يكون هذا الأصيل مستعينا بأهلية المطلوبة للعقد الذي يبرمه

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 84.

وكيله لحسابه أما الوكيل فلا يشترط أهليته لهذا العقد، لأن أثره لا ينصرف إليه ويكفي فيه أن يكون مميزا وقادر على التعبير عن إرادته<sup>1</sup>.

## 2- أن يلتزم النائب حدود النيابة .

فيجب على النائب أن يتعاقد في حدود النيابة التي وكل فيها دون أن يتجاوزها ولا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل إلا في هذه الحقوق، فإذا تجاوز النائب الحدود المعينة له في النيابة، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل، وقد نصت المادة 74 على أنه: " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ". إذن فلكي ينصرف أثر العقد إلى الأصيل يجب أن يلتزم النائب حدود نيابته وإلا كان متجاوز لهذه الحدود ولا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، إلا إذا أقر هذا التجاوز إذ أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

وقد جاء القانون باستثناء لهذه الشروط وهو في حالة ما إذا كانت نيابة النائب قد انقضت دون علمه ودون علم من متعاقد معه، ومع ذلك أبرم النائب عقد باسم الأصيل ففي هذه الحالة يكون قد تجاوز حدود النيابة فعلا، ولكن نظر لحسن نيته الحسن نية من تعاقد معه قضى القانون بانصراف أثر العقد في هذه الحالة إلى الأصيل.

وقد نصت على ذلك المادة 76 بقولها: " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن العقد يبرمه حق كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، وتطبيقا لذلك إذا عزل الموكل دون أن يعلم هذا الأخير بالعزل وتعاقد مع الغير باسم الموكل ولم يكن الغير يعلم بهذا العزل فإن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل على رغم من أنه أبرم خارج حدود النيابة.

وكذلك بما أن الوكالة تنقضي بموت الموكل طبقا للمادة 586، فإذا مات دون أن يعلم الوكيل بموت هو قد تعاقد مع الشخص يجهل هو الآخر موت الموكل فإن العقد ينصرف إلى خلف الموكل على رغم من أن الوكيل قد تجاوز حدود نيابة .

وكذلك ينصرف أثر العقد إلى الموكل على الرغم من تجاوز الوكيل حدود وكالته في حالة ما إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا بمجاورته حدود الوكالة، وكانت الظروف يغلب معها

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 42.

الظن أنه لو كان أخطر الأصيل ما وسعه إلا أن يوافق على هذا التجاوز والتي يشترط لذلك ، يبادر النائب بأخطار الأصيل بمجاورته حدود الوكالة<sup>1</sup> ( المادة 575 في عقد الوكالة) .

### 3- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحساب الأصيل .

فلكي ينصرف أثر العقد إلى الأصيل يجب أن يبرم الوكيل هذا العقد باسم موكله فلو أبرم باسمه وكان من تعاقد معه بعلم بذلك انصرف أثر العقد إليه هو لا إلى الأصيل، وقد صرح إلى المتعاقد معه بأنه نائب وقد تقطع الظروف بأنه ليس لنائب<sup>2</sup>. كما في حالة مستخدم في محل تجاري يبيع البضاعة فيه باسم صاحب المتجر .

ويشترط كذلك أن يعلم المتعاقد مع النائب بأنه يتعاقد باسم الأصيل، فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ومن تعاقد معه بعقد أنه يتعامل من النائب، فلا ينصرف أثر العقد لا إلى الأصيل ولا إلى النائب، مع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل إذا كان من مفروض حتما أن من يتعاقد مع النائب يعلم بوجود نيابة.

مثل من يشتري البضاعة من مستخدم في محل تجاري، ومن يبيع لخدام يعلم أنه يشتري لحساب مخدمه، أو كان يستوي عند المتعاقد مع النائب كما في البيع في متجر إذا يستوي أن يكون البائع هو صاحب المتجر أو مستخدما عنده، المادة 75 قانون مدني وهي تنص على أنه: " إذا لم يعلم المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفة نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود نيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ."

### ثالثاً : آثار النيابة في التعاقد .

تترتب على النيابة في التعاقد علاقات ثلاثة:

**1- العلاقة بين النائب والغير:** مادام النائب يعمل باسم الأصيل ولحساب الأصيل ، فإنه لا علاقة بين النائب والغير، وإنما العلاقة تنشأ بين الأصيل مباشرة بين الأصيل والغير على إثر ذلك فإن ما يترتب على العقد الذي أبرم بواسطة النيابة تتحول مباشرة إلى الأصيل منذ إبرام العقد فيصبح الأصيل الدائن والمدين في مواجهة الغير، إلا إذا ارتكب النائب خطأ أثناء

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 42.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق ، ص 39 .

تأدية عمله فإنه يعتبر المسؤول عن هذا الخطأ سواء في مواجهة الغير الذي تعاقد معه أوفي مواجهة الأصيل الذي أناب عن إرادته<sup>1</sup> .

**2-العلاقة بين النائب و الأصيل :** العلاقة يحددها إما العقد إذا كانت الوكالة اتفاقية إما القانون إذا كانت النيابة قانونية .

**3- العلاقة بين الأصيل والغير :** تتولد عن النيابة علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، فهما المتعاقدان وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد وهذا ما صرحت به المادة 74 من القانون المدني الجزائري حيث صرحت على أنه: " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " <sup>2</sup>.  
**\*تعاقد الشخص مع نفسه:**

إذا كان الشخص وكيلاً لبيع شيء لحسابه فالأصل أن لا يجوز أن يشتري هذا الشيء لنفسه لتعارض مصلحته مع مصلحة الموكل، إذ لا شك فيه أنه يشتري هذا الشيء بأقل من ثمنه في حين أن مصلحة الموكل أن يبيعه بأحسن سعر. ولكن استثناء قد يجيز الأصيل للوكيل أن يشتري هذا الشيء لنفسه وقد يوافق على شراء الوكيل الشيء لنفسه بعد تمام العقد وقد نصت على هذا المادة 77 من القانون المدني بقولها: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز هذا التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة .

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق ، ص 40 .

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع نفسه .

## المبحث الثاني

### شروط صحة التراضي

من شروط صحة التراضي أن يكون المتعاقدين أهلا للتعاقد وخلو إرادتهما من العيوب، وعيوب الإرادة تناولها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 90 منه ، عيب الغلط ، عيب التدليس، عيب الإكراه و عيب الاستغلال.

### المطلب الأول

#### الأهلية

سنتناول مفهوم الأهلية في فرع أول ثم عوارض الأهلية في فرع ثان.

#### الفرع الأول

#### المقصود بالأهلية

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك . من هذا التعريف يتبين لنا أن الأهلية تنقسم إلى نوعين أهلية وجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق دون تحمل أي التزامات وهي تثبت للإنسان منذ أن يرى نور الحياة.<sup>1</sup>

أما أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حق أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به القانون. وأحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام في الصميم لأنها تؤثر تأثيرا بالغيا في حياة الشخص القانونية والاجتماعية ، لذا فقد نصت المادة 45 ق م ج على أنه " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها " .

فإذا اتفق شخص راشد مع آخر على التنازل عن أهليته في التصرف في ماله كان هذا التنازل باطلا .

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قعادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 46

وسوف لن نتعرض لأهلية الوجوب لأنه بصدد الرضاء ولا علاقة لأهلية الوجوب بذلك، والذي يهمننا هو أهلية الأداء، لأن توافرها في المتعاقد جد ضروري لاعتبار رضائه بالعقد سليما<sup>1</sup>.

#### \* أهلية الأداء :

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناطق أهلية الأداء هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مكتمل التمييز يكون ناقص الأهلية، ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز.

\* **تدرج الأهلية مع السن .**

أوضحنا أن مناطق أهلية الأداء هو الإدراك، والتمييز الذي يتوقف على السن لذا تختلف أهلية الأداء تبعاً لذلك. ويتصف الإنسان بأربعة مراحل أساسية، تتفاوت فيها أهلية الأداء بين العدم والكمال، وهذه الأدوار هي :

- 1- **مرحلة الجنين** : فله أهلية وجوب ناقصة ، ولكن ليس له أهلية أداء .
  - 2- **مرحلة الصبي غير المميز**: وهذا الدور يبدأ من الولادة وتنتهي ببلوغ الصبي سن الثالثة عشر من عمره وهي سن التمييز طبقاً للقانون المدني الجزائري، وفي هذه المرحلة من الحياة يكون الصبي فاقد للتمييز، وبعبارة أدق يفترض فيه القانون الجزائري ذلك ، فتكون أهلية الأداء لديه معدومة طبقاً للمادة 42 قانون مدني ،حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له مثل قبول هبة، وعلى ذلك إذا صدر منه تصرف ما، كان تصرفه باطلا وقد نصت على ذلك المادة 828 من القانون رقم 14-11 (قانون الأسرة) بقولها (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعين جميع تصرفاته باطلة) .
- والذي يتولى مباشرة التصرفات هذا الصغير يمثله قانونا، وهو الولي أو الوصي وقد نصت على ذلك المادة 81 من القانون السالف الذكر بقولها .
- (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون) .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 152 .

### 3- مرحلة الصبي المميز:

ويبدأ الدور من بلوغ الصبي سن الثلاثة عشر من عمره حتى البلوغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة المادة 40 قانون مدني، وتثبت أهلية أداء ناقصة المادة 43 وفي هذه المرحلة تثبت للصبي المميز أهلية الأداء فيبرم التصرفات التي تعود عليه بالنفع، نفع محضا دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه فقبل بمفرده أهلية وكفالة الدين، أما أهلية الافتقار فمعدومة عنده أصلا .

وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإيجار، فله بالنسبة له أهلية أداء ناقصة، فإذا أجزاها تكون قابلة للإبطال أي صحيحة، ولكنها تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر دون المتعاقد الآخر، وقد نصت على الأحكام المتقدمة المادة 83 من قانون الأسرة بقولها ( من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء) .

### 4- مرحلة بلوغ سن الرشد :

تبدأ مرحلة بلوغ سن الرشد ببلوغ سن تسعة عشر سنة كاملة ( المادة 1/40) فإذا بلغها مجنون أو معتوها، بقيت حالة قصره واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه حسب الأحوال ( المادة 44 قانون مدني) ونصت المادة 46 من قانون الأسرة على ذلك إذ تنص على أنه: " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل لأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني " .

## الفرع الثاني

### عوارض الأهلية

عوارض الأهلية هي أمور تدرك البالغ الرشيد، تؤدي إلى أن تعدم أهليته أو تنقصها، وستعرض في ما يلي تلك العوارض، وهي تنقسم حسب طبيعتها إلى عوارض تصيب عقلا الإنسان فتعدم إدراكه وتمييزه وهذه هي الجنون والعتة الذي يعدم الإدراك.

- عوارض تلحق الإنسان في تدبيره فتقصه وهذه السفه والعتة، والذي ينقص الإدراك .

- عارض يصعب مع وجوده على الإنسان التعبير بما يريد ويتضمن العاهات الجسمية .

## أولاً - العوارض التي تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه :

العوارض التي تصيب عقل - الجنون والعتة ، فالجنون: اضطراب يلحق العقل فعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز .

أما العته: فقد اختلف في تعريفه، فقليل أنه نوع من الجنون يتميز بان صاحبه لا لجأ إلى العنف وقال البعض أنه لا يعدم الإدراك كلية .

ويأخذ المعتوه حكم الصبي المميز، كما سيأتي فيما بعد، والتفرقة هذه تأخذ بها الشريعة الإسلامية ، ويأخذ بها أيضا القانون المدني الجزائري ، لأنه نص على أن العته له حكمان ، تطبيقا للمادة 42 يأخذ حكم المجنون وطبقا للمادة 43 يأخذ حكم السفیه .

ونخلص مما تقدم أن كلا من الجنون والعتة (إذا كان يعدم الإدراك كالجنون) عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم فيه الإدراك والتمييز، وبالتالي أهلية الأداء لديه ، وتتص المادة 42 قانون مدني على ذلك بقولها: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " <sup>1</sup>.

أما العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره فهي السفه والغفلة؛ فالسفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع سواء أكان ذلك في وجود الخير أو الشر، والسفيه كامل العقل ولكن العلة في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله .

أما الغفلة المقصود هنا من يغيب في معاملاته المالية لسهولة خدعه فهو لا يفقد صاحبه التمييز والإدراك كلية، وحكمه يأخذ حكم السفیه والصبي المميز، وهو نقص الأهلية طبقا لنص المادة 43 قانون مدني إذ تنص على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفیها أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفق لما يقرره القانون " .

## ثانيا- العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسمية :

قد يصاب الإنسان بعاهة في جسمه، فلا تمس عقله ولا تصيب تدبيره ولذلك يبقى كامل لأهلية. غير أنه يتعذر عليه بسبب العاهة أو العجز الجسماني التعبير عن إرادته تعبيرا

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص157.

صحيحاً، ويخشى أن يقع فريسة الغلط عند إبرامه التصرفات ولذلك قرر القانون نظام المساعدة القضائية<sup>1</sup>.

فنصت المادة 80 قانون مدني على أنه: " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم فتعذر عليه بسب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابل للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا اصدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة .

## المطلب الثاني

### عيوب الإرادة

عيوب الإرادة تناولها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 90 منه وهي: عيب الغلط ، عيب التدليس، عيب الإكراه و عيب الاستغلال.

#### أولاً- الغلط :

الغلط هو وهم يقع فيه الشخص يكون له الدافع للتعاقد فالإرادة لكي تنتج آثارها القانونية يجب أن تكون حرة ، واعية ومدركة، فإذا توهم الشخص بالخطأ و كان هذا التوهم هو الدافع للتعاقد، بحيث لواله لما أبرم العقد ، فإن إرادته في هذه الحالة معيبة.

أما إذا وقع الغلط في ركن من أركان العقد، كطبيعة العقد ذاته، فهذا النوع من الغلط لا يعيب الإرادة فحسب بل يعدمها، كأن يعتقد الشخص أن المبلغ الذي منح له كان على سبيل الهبة، وهو على سبيل القرض، فهنا طبيعة العقد إما هبة أو عقد القرض، أو على محل العقد كأن يقدم الشخص على شراء سيارة من نوع رونو، ثم يتبين أنها من عالمة أخرى.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 52.

فالغلط كعيب من عيوب الإرادة، هو تصور مخالف للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام العقد، فيتوهم الشخص شيئاً على غير حقيقته مما يدعوه إلى التعاقد عليه<sup>1</sup> ، مثلاً كمن يتعاقد مع طبيب معتقداً على أنه طبيب جراحة ثم يتبين له أنه غير مختص.

وقد خولت المادة 81 من القانون المدني لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطال العقد. وقد حددت المادة 82 من القانون المدني متى يكون الغلط جوهرياً، حيث تنص على ما يلي: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

- إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية.

- إذا وقع في ذات المتعاقد أوفي صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

#### \*شروط الغلط المعيب للإرادة :

حاول المشرع الجزائري في المواد 81 إلى 85 ق.م.ج التوفيق بين قواعد القانون في قيام العقد على رضا صحيح، ومقتضيات التعامل التي تناقض مع جواز مفاجأة العقد ببطلان العقد ، وعليه اشترط في الغلط الذي يوجب إبطال العقد أن يكون جوهرياً من ناحية، وداخلاً في نطاق العقد من ناحية أخرى<sup>2</sup> .

#### أ- أن يكون الغلط جوهري :

المقصود بالغلط الجوهري : هو أنه ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد الذي يبرمه إلى الإبطال بل يجب أن يكون الغلط جوهرياً . وقد سبق القول أن الغلط يكون جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد .

<sup>1</sup> امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001 ، ص 115.

<sup>2</sup> بن عودة مصطفى، أعمال موجهة مقدمة لطلبة السنة الثانية جذع مشترك حقوق للسداسي الأول في مقياس القانون المدني، جامعة غرداية، 2021-2022.

ويتضح هنا بأن هذا المعيار هو معيار ذاتي أو شخصي ، وليس معيارا ماديا فيجب أن ينصب أثر الغلط على إرادة المتعاقدين ذاتها .

#### ب- اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر:

لم ينص تقنين الجزائري على هذا الشرط صراحة غير أنه يتبين من نص المادة 82 قانون مدني جزائري أنه لزم هذا الشرط إذ تنص "يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظر لشروط العقد أو لحسن النية " .

ولذا نرى أن الغلط يتصل بالمتعاقد الآخر بأن وقع بدوره فيه، أو كان على علم بأن المتعاقد قد وقع فيه، أوفي الأقل كان من السهل أن تبين ذلك .

تنص المادة 81 قانون مدني على أنه (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطائه، كما تقر المادة مدني بأنه يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (المادة 1/82 قانون مدني) .

فالغلط الجوهرى في نظر المشرع الجزائري هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقد أن جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظر لشروط العقد ولحسن النية (المادة 82/فقرة 2 قانون مدني) وكذلك إذا وقع في ذات المتعاقد أوفي صفة من صفاته، وكذلك تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد (المادة 3/82 قانون مدني). وواضح من المواد 81 و82 قانون مدني أن المراد بالغلط الجوهرى ذلك الذي يبلغ في تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لا تمنع عن إبرام العقد فالمعين، هو معيار ذاتي أو شخصي وليس موضوعي أو مجرد، يقوم على أساس تقدير المتعاقد لهذا الموضوع، معتدا بإرادة العاقد نفسه ومدى تأثير الغلط في إرادته هو<sup>1</sup> .

وقد ضربت الفقرتين 2 و3 من المادة 82 قانون مدني أمثلة لهذا الغلط الجوهرى، فنصت على أنه ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقد بأنها جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية ، وإذا وقع في ذات

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص103.

المتعاقد أوفي صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

### ثانيا -التدليس :

حسب المادة 86 من القانون المدني ، التدليس هو تغليط فهو يعيب الإرادة ويجوز لمن وقع في تدليس طلب إبطال العقد، فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، فهو إذا يفترض عنصرين، عنصر مادي، وهو إستعمال حيل، وعنصر شخصي وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد<sup>1</sup> .

### 1- شروط التدليس :

حتى نقول أن هناك تدليس معيب للإرادة يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط ، إذ أن تخلف شرط من هذه الشروط ، يجعل عيب التدليس غير قائم.

- الشرط الأول : استعمال طرق احتيالية بقصد الإيقاع في الغلط وهو كل فعل أو قول يؤدي إلى وقوع أحد الأشخاص في الغلط ، وقد تكون هذه الأفعال أو الأقوال إيجابية كحالة الكذب ، أو أفعال أو أقوال سلبية في حالة الكتمان ، أي إخفاء المعلومات و البيانات ، وتكون قد استعملت لتضليل الطرف الآخر.

-الشرط الثاني : أن يكون الاحتيال دافعا للتعاقد عبرت عن هذا الشرط المادة 86/1 من القانون المدني، إذن يجب أن يكون الاحتيال على درجة من الجسامة و أثر على إرادة الطرف المخدوع فأعابها، بحيث لو كان يعلم به وقت تكوين إرادته لما أقدم على إبرام التصرف ، ومدى تأثير الاحتيال على المتعاقد ، يقاس بالمعيار الشخصي لا الموضوعي .

-الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس يجب أن تكون طرق الاحتيال التي استعملها الطرف الآخر كافية لتضليل الشخص، أما إذا صدر الاحتيال من شخص غير الطرف الآخر، أي من الغير فإن القانون يشترط أن يكون الطرف المتعاقد الآخر على علم

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 61.

به ، فإذا أقام الدليل على عدم العلم أولم يكن في استطاعته أن يعلم فليس للطرف المدلس عليه أن يتمسك بإبطال العقد، وذلك للتقليل من حالات الإبطال و استقرار المعاملات بين الأفراد.

2-عبء الإثبات : إذا أقام المدلس عليه الدليل على وجود التدليس واتصاله بالمتعاقد الآخر، حق له طلب إبطال العقد، أو أقام الدليل على علم المتعاقد الآخر أو كان من المفروض عليه أن يعلم بالتدليس في حالة صدوره من الغير، في هذه الحالة كذلك يكون من حق المدلس عليه طلب إبطال العقد.

### ثالثا-الإكراه:

تتاول المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، وهو عبارة عن ضغط مادي أو معنوي يمارسه شخص على شخص آخر فيدفعه للتعاقد معه، إذ لولا هذا الضغط لما تعاقد الشخص المكره، فهذا الأخير لم يقع في غلط كما هو الحال بالنسبة للغلط و التدليس و إنما إرادته لم تكن تتمتع بالحريّة الكاملة عند إبرام العقد نتيجة الضغط الذي مورس عليه و الخوف الذي تولد عنده.

و بهذا يمكن أن يعرف الإكراه بأنه الرهبة أو الخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد و الذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني، و الإكراه في هذه الحالة لا يؤدي إلى إعدام الإرادة كليا بل فقط يضيق من حرية الاختيار لدى الشخص فيدفعه لتعاقد لم يكن يرتضيه، أما إذا أدى الإكراه إلى إعدام الإرادة بصفة نهائية فإن العقد يكون في هذه الحالة باطل بطلانا مطلقا وذلك لانعدام ركن من أركان العقد و هو التراضي، كأن يتمسك شخص شخصا آخر بالقوة ويجبره على التوقيع فهنا الإرادة لم تفسد و إنما أعدمته نهائيا.<sup>1</sup>

### ✓ شروط الإكراه المعيب للإرادة:

تتص المادة 88 / 1 من القانون المدني على أنه: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

من خلال استقراء نص المادة المذكورة و كذا المادة 89 يتضح لنا أن الإكراه كعيب من عيوب الإرادة يستلزم اجتماع الشروط التالية:

• استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق: لكي تتولد الرهبة الدافعة للتعاقد والتي من شأنها أن تعيب إرادته لا بد أن يستعمل المكره وسائل معينة تهدد المكره بخطر جسيم محقق الوقوع في جسمه أو ماله أو بأحد أقاربه.

وهذه الوسائل قد تكون مادية بإلحاق الأذى بالشخص وهو ما يسمى بالإكراه الحسي كالضرب والإيذاء بأنواعه المختلفة، وقد تكون معنوية نفسية تتمثل في التهديد بالإيذاء الذي يولد رهبة وألما معنويا كاختطاف ولد وتهديد والده بالقتل في حالة عدم القيام بتصرف معين.

والإكراه سواء كان ماديا أو أدبيا يعيب الإرادة و يجعل التصرف القانوني قابلا للإبطال، مع الإشارة إلى أن الإكراه المادي نادر الحدوث في الواقع العملي مقارنة بالإكراه النفسي.

ويشترط في استعمال الإكراه أن يهدد بخطر محقق سيلحق الشخص إذا لم يوقع على التصرف القانوني و عليه يشترط أن يكون الخطر جسيما، و العبرة في ذلك بنفسية الشخص المكره أي الذي وقع تحت طائلة الإكراه، بمعنى أنه إذا استخدمت وسائل إكراه غير جدية كالشعوذة والسحر ولكنها رغم ذلك أحدثت في نفسه رهبة وخوفا بأن خطرا كبيرا يتهدهه فإن ذلك يكفي لإفساد رضاه، و بالتالي تجعل التصرف القانوني المبرم قابلا للإبطال.

• الرهبة في النفس الدافعة للتعاقد: و يعتبر هذا الخوف أو الرهبة بمثابة تحقق الإكراه الذي يدفعه للتعاقد، بحيث لولاه لما أقدم الشخص على التصرف القانوني لو كان في ظروف طبيعية، أما إذا لم يترتب على الإكراه أي خوف أو رهبة في نفسية من تعرض له فإنه لا أثر له على الإرادة وبالتبعية على صحة التصرف القانوني المبرم.

ولمعرفة ما إذا كان الشخص قد تأثر بوسائل الإكراه التي مورست ضده ينبغي الأخذ بعين الاعتبار جنس الشخص وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، و كل ظرف من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه في نظره، وهذا ما نصت عليه المادة 88 الفقرة 2 قانون مدني، وهو

ما يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الذاتي الذي يرجع إلى الشخص الذي تعرض للضغط و إلى مدى تأثيره بوسائل الإكراه.

• اتصال الإكراه بالطرف الآخر: واشتراط هذا الاتصال تستلزمه الرغبة في عدم مفاجأته بالمطالبة بإبطال العقد، و هو أمر تقتضيه طبيعة الأمور من حيث استعمال وسائل الإكراه إذ لا بد أن يتم عن طريق شخص من الأشخاص ليجبر الشخص الآخر بناء على ما تولد لديه من رهبة على إثر استعمال وسائل الإكراه على التعاقد<sup>1</sup>.

أما إذا وقع الإكراه من شخص آخر غير المتعاقد فإن المادة 89 قانون مدني تشترط للمطالبة بإبطال العقد علم الطرف الآخر به، وبمن صدر عنه أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

#### رابعا- الاستغلال:

الاستغلال فالعقد لا يبطل بالتفاوت الموجود بين الالتزامات وإنما يبطل بسبب استغلال طيش أو هوى المتعاقد الذي نتج عنه اختلال في توازن التزامات المتعاقدين . الاستغلال لغة هو الانتفاع من الغير بدون حق، أما اصطلاحا فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض. فالاستغلال هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد و بين ما يلتزم به نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر له. وللاستغلال إذن عنصران عنصر مادي وعنصر نفسي .

1-العنصر المادي : يتمثل في التفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه أوفي التفاوت بين مقدار الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد أوفي انعدام العوض أصلا.

<sup>1</sup> خليل احمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 63.

2- استغلال ضعف المغبون : زيادة على الضعف النفسي، تشترط أحكام المادة 90 قانون مدني أن يستغل المتعاقد هذا الضعف، فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد. فالاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة .

#### ✓ شروط الاستغلال:

من خلال نص المادة 90 قانون مدني فإنه يشترط لاعتبار الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة والذي يتيح للشخص المضروب فرصة التمسك بإبطال العقد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

#### 1- عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد وما يلتزم به:

و المقصود بعدم التعادل وجود اختلال و تفاوت جسيم بين التزامات المتعاقدين، بحيث تكون التزامات أحدهما أقل من التزامات الآخر بصورة كبيرة، لأنه من البديهي أن يوجد تفاوت طفيف في الآداءات بين البائع والمشتري أو بين المؤجر والمستأجر وفقاً لمصالحهما المتعارضة، لكن هذا التفاوت يكون في الغالب يسيراً ولا يؤثر في التوازنات المالية للعقود إذ لا يبدو أن أحد الأطراف قد استغل الطرف الآخر.

\*العبرة في تقدير قيمة الشيء ليست بقيمته الحقيقية و إنما بقيمته الشخصية لدى المتعاقد و هذا يعني أن القاضي حين يقدر التفاوت لا يستند إلى معيار مادي موضوعي، وإنما يجب أن يأخذ بعين الاعتبار قيمة الشيء كما قدرها المشتري وقت التعاقد، وهذه المسألة أي التفاوت في الآداءات مسألة واقع وليست مسألة قانون فهي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة من الحالات التي تطرح أمامه ولا رقابة عليه من طرف المحكمة العليا في هذه النقطة.

#### 2- استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد المغبون:

كما نصت المادة 90 قانون مدني في الطيش البين أو الهوى الجامح، فالطيش هو الخفة والتسرع في اتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها، وهذا الطيش يجب أن يكون بيناً أي واضحاً ومشهوراً، كالشباب الصغير الذي يتصرف في أمواله بما يضره دون إدراك لعواقب تصرفاته المالية .

\*أما الهوى الجامح فهو الرغبة اللاعقلانية والتي تسيطر على الإنسان فتجعله راضخا لكل ما يميله عليه هواه دون تعقل أو تبصر بالعواقب.

### \*الجزاء المترتب على وقوع عيب من عيوب الإرادة(الرضا)

إذا تحقق عيب من عيوب الإرادة السالفة الذكر فإن العقد يكون قابلا للإبطال ويسمى كذلك بالبطلان النسبي، أي أن العقد ينشأ صحيحا و لكنه معيب بمعنى أنه مهدد بالزوال متى تمسك به من تقرر الإبطال لمصلحته وهو الطرف الذي كانت إرادته معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

\*في حالة التمسك بالإبطال فإن أطراف العقد يعادون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ففي البيع مثلا إذا كان المشتري ضحية تدليس من البائع فإن العقد ينفذ بطريقة عادية فتنقل الملكية للمشتري ويقوم بتسديد الثمن للبائع، إلى غاية تمسك المشتري بالإبطال نتيجة التدليس الذي وقع ضحيته، ففي هذه الحالة فإن كل طرف يسترد ما دفعه فيسترجع المشتري الثمن المدفوع و يقوم بإرجاع الشيء المباع للبائع.

\*إلا أن البطلان النسبي عكس البطلان المطلق فإنه لا يعتبر من النظام العام، إذ أنه مقرر لمصلحة شخصية وهي مصلحة الشخص الواقع في عيب من عيوب الإرادة الذي يبقى الوحيد المخول بالتمسك دون غيره بإبطال العقد.

\*كنتيجة لاعتبار البطلان النسبي غير متعلق بالنظام العام فقد أجاز المشرع في المادة 100 قانون مدني لصاحب الحق أن يتنازل عن التمسك به، وذلك بإجازة التصرف و بالتالي إزالة كل تهديد عن العقد حيث تستقر الحقوق و المراكز القانونية لأصحابها بالإجازة، وهذه الاجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية من خلال قيام الشخص المعيبة إرادته أو ناقص الأهلية باتخاذ أي سلوك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عسالي صباح، محاضرات في مصادر الالتزام، جامعة الجلفة، 2021-2022 .

## المبحث الثاني

### المحل

#### أولاً- محل العقد ومحل الالتزام:

محل العقد objet du contrat هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها (كالبيع والإيجار والمقاولة)، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين.

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

وللتوضيح أكثر **محل الالتزام** هو الأداء الذي يلتزم به كل منهما فهو ما يتعهد به المدين، والمدين يلتزم إما بإعطاء شيء كالتزام البائع بنقل الملكية للشيء المبيع، أو ترتيب حق عيني على شيء كالرهن، وأما القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل، أو الامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاولته نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع.

أما **محل العقد** هو العملية القانونية، التي يراد تحقيقها من التعاقد عن طريق التراضي. وهذه العملية القانونية، تتحقق من طريق جملة الالتزامات الناشئة عن العقد.

فمحل الالتزام هو الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله، فالالتزام بإعطاء obligation de donner نقل أو إنشاء حق عيني، كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري فهذا الالتزام بنقل حق عيني، أما الالتزام بإنشاء حق عيني فمثاله إنشاء حق الرهن أو حق الارتفاق، أما الالتزام بعمل obligation de faire كالتزام المهندس بانجاز التصميم.

أما الالتزام بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire كالتزام بعدم المنافسة في نفس النشاط.

### ثانياً- شروط المحل:

ويلزم في محل الالتزام توفر مجموعة من الشروط أشار إليها المشرع الجزائري في المواد من 92 إلى 96 قانون مدني، وهذه الشروط هي:

- أن يكون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل.

- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

- أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب .

### 1- المحل ممكن:

تنص المادة 93 قانون مدني: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وبالتالي استحالة نشوء العقد هي الاستحالة المطلقة، وهي عدم استطاعة الناس كافة القيام بمحل الالتزام وليس بالنسبة للمدين فقط.

والاستحالة نوعان: استحالة مطلقة واستحالة نسبية.

فالاستحالة المطلقة قد تكون استحالة طبيعية كالتزام بلمس الشمس أو الالتزام بنقل ملكية منزل تهدم وزال، وقد تكون استحالة قانونية كتعهد محام برفع استئناف فات مياعده، فهذه الاستحالة تحول دون نشأة الالتزام وبالتالي فالعقد باطل.

أما الاستحالة النسبية فهي لا تحول دون قيام العقد وإنما تقوم بالنسبة للمدين فقط دون غيره، كالالتزام المدين الذي لا يجيد الرسم برسم لوحة فنية، أو التزام شخص بنقل ملكية مسكن مملوك للغير، فهنا يستحيل على المدين القيام بالالتزام لكن يمكن لغيره أن يقوم به، فالاستحالة هنا نسبية، وهي لا تمنع من قيام العقد، حيث يستطيع الدائن لتعذر قيام المدين بالتزامه أن يلجأ إلى التنفيذ العيني على نفقة المدين، أو يلجأ إلى التعويض، مع حقه في طلب الفسخ أيضا.

فالاستحالة المطلقة هي التي تمنع قيام العقد وتجعله باطلا دون الاستحالة النسبية، ويجب أن تكون الاستحالة المطلقة وقت إبرام العقد حتى تمنع قيامه، أما إذا كان المحل موجودا غير مستحيل وقت التعاقد ثم أصبح مستحيلا بعد إبرامه فلا يؤثر ذلك في وجود العقد، كما إذا التزم البائع ببيع منزل ثم نزعت ملكيته للمنفعة العمومية فأصبح نقل الملكية للمشتري مستحيلا، فالبيع هنا لا يعتبر باطلا ولكنه يفسخ.

#### -وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام:

الوجود ليس شرطا مستقلا في محل الالتزام بل هو لازم لتحقيق شرط إمكان هذا المحل إذا تعلق بشيء من الأشياء، فإذا كان العقد يولد التزاما متعلقا بشيء محدد وظهر فيما بعد أن هذا الشيء لم يوجد أصلا أو وجد لكنه هلك قبل العقد، فإن العقد لا يقوم أصلا، كمن يؤجر مسكنا يتضح فيما بعد أنه تهدم قبل إبرام العقد أو من يبيع حصته في بيت لقريب له توفي بعدها يتضح أنه غير وارث، فالعقد هنا باطل لتخلف شرط الإمكان في محله لأن الالتزام الناشئ عن البيع لم يرد على شيء موجود. والهالك المقصود هو الذي يكون قبل العقد أما إذا كان الهالك بعد العقد قام العقد صحيحا بعدها يفسخ لعدم إمكان تنفيذه من المدين.

ويجب مراعاة أن الوجود بالذات كمنزل أو مسكن لان الأشياء المثلية وجودها متصور دائماً مادامت متوافرة في السوق، كالقمح والقطن ...

#### -التعامل في الشيء في الشيء المستقبل:

لا يلزم أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد بل يجوز أن يكون الشيء محتمل الوجود، أي يكون شيئاً مستقبلاً. كبيع مسكن لم ينجز بعد أو محصول لم يتم جنيه بعد.

فهو بيع معلق على شرط واقف هو تحقق وجود الشيء المبيع، فإذا وجد يعتبر عقد البيع منعقداً من تاريخ إبرامه أي بأثر رجعي، أما إذا لم يتحقق فلا ينعقد البيع.

وتقضي المادة 92 فقرة 01 قانون مدني: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً". وقد وقع المشرع في خطأ بعد إيراد كلمة " محققاً " لأنه لا يمكن الجزم بان الشيء المستقبل سيتحقق فقد يتحقق وقد لا يتحقق فهو فقط محتمل الوجود، ولا يمكن الجزم بأنه سيوجد. لذا ينبغي تعديل هذا النص بحذف كلمة محققاً.

على أن المشرع منع التعامل في الشيء المستقبل لاعتبارات خاصة، كما هو الحال في تحريم التعامل في التركة المستقبلية.

#### -حظر التعامل في التركة المستقبلية:

نصت المادة 2/92 على أنه: " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

والمصدر التاريخي لهذا المنع هو القانون الروماني ولو أنه كان يسمح بالتعامل إذا كان المورث طرفاً في التعامل أو وافق على ذلك.

وأساس هذا التحريم مخالفته للنظام العام والآداب لما يتضمنه من مضاربة على حياة المورث واستعجال موته. كما يجعل الوارث ضحية المضاربة بان يتنازل عن حقه بأبخس الأثمان.

وتحريم التعامل عام يشمل المعاملة بين الوارث المحتمل والغير وبينه وبين وارث محتمل آخر، وكذلك بين المورث والغير أو حتى مع وارث محتمل له.

## 2- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين:

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو على الأقل قابلا للتعين لأنه إذا كان محل الالتزام مجهلا تعذر الوصول إلى تحديده وتثور النزاعات بشأنه ومن ثم لا ينشأ الالتزام ولا يقوم العقد. وتعين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال.

-إذا كان المحل نقل حق عيني فينبغي إن يكون الشيء محل الحق معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، فان كان الشيء قيميا (معينا بالذات) فيعين بذاته أي بذكر الأوصاف التي تميزه عن غيره من القيميات فالعقار يعين بالموقع والحدود والمساحة والمشمولات.

إما إذا كان الشيء مثليا (معينا بالنوع) فيعين بالعدد أو الوزن أو القياس أو الكيل، وفي حال عدم ذكر الجودة وعدم إمكان استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد يجب تقديم صنف متوسط حتى لا يغبن المدين، طبقا للمادة 94 قانون مدني.

وإذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لتغيير قيمتها في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به أي تأثير (المادة 95 قانون مدني).

وقد يعين الشيء بوصفه، وقد يثار في هذا الصدد تساؤل هل إن وصف الشيء يكفي لتعيينه؟

إن كون الوصف كافيا أم غير كاف لتعيين الشيء يختلف باختلاف حالتين، الأولى إذا كان الشيء موجودا في مجلس العقد، فوصفه لغوا وكلاما زائدا لا مبرر له استنادا للقاعدة الفقهية الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر، أما الثانية إذا كان الشيء غير موجود في مجلس العقد فوصفه معتبرا ومرغوبا فيه، بشرط إن يطابق الوصف حقيقة

الموصوف وإلا ثبت للمتعاقد ما يعرف بخيار الوصف، إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه.

أما إذا كان المحل قيام بعمل أو امتناع عن عمل فينبغي تعيينه تعييناً دقيقاً، فلو تعاقد شخص مع مقاول ليبنى له داراً فينبغي ذكر مساحة البناء ومشمولاته ونوعية المواد التي تستخدم في البناء، وكذلك لو كان المحل امتناع عن عمل فينبغي تعيينه ليعرف المدين ما العمل الذي ينبغي عليه تركه وإلا أصبح مسؤولاً تجاه المتعاقد الآخر.

### 3- مشروعية محل الالتزام:

تنص المادة 96 قانون مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

ومناط مشروعية محل الالتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للنظام العام وحسن الآداب، فيجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب.

وأساس فكرة النظام العام المصلحة العامة التي تتضمن المصلحة الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية. وأساس حسن الآداب هو الرأي العام وما يتأثر به من مثل عليا ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد.

ويعتبر المحل غير مشروع إذا كان خارجاً عن التعامل فيه سواء كان راجعاً لطبيعة الشيء كأشعة الشمس (إلا في حالة حصرها وإفرازها ووفق الشروط التي ينص عليها القانون)، أو خارجاً عن التعامل بنص القانون كالأموال المخصصة للمصلحة العامة، وقد يحرم المشرع التعامل في بعض الأشياء مثل التركة المستقبلية والمواد المخدرة.

فالمحل يجب أن يكون مشروعاً شيئاً كان أم عملاً، فإن كان شيئاً ينبغي إن يكون من الأشياء التي يجوز التعامل بها أي لا يخرج عن دائرة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون،

فالأشياء قد تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها لعدم استطاعة احد إن يستأثر بحيازتها كالهواء في الجو وأشعة الشمس، وقد تخرج بعض الأشياء بحكم القانون لكون التعامل بها يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة ، فلا يجوز مثلا الاتجار بالمخدرات أو بيع الصور والمجلات المنافية للآداب، وقد تخرج بعض الأشياء عن دائرة التعامل كونها مخصصة للمنفعة العامة كالطرق والجسور، أما الأعمال فهي تعد محلا للحقوق الشخصية وينبغي إن يكون العمل ممكنا ومعينا ومشروعا، أي لا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلا.

### المبحث الثالث

#### السبب

يقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أوركنا في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام .

وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه (البائع يهدف للحصول على الثمن و المشتري يهدف للحصول على المبيع).

سبب الالتزام يختلف عن محل الالتزام، فالأول تتضمنه الإجابة عن السؤال لماذا التزام المدين ؟ والثاني بماذا التزام المدين ؟

ومجال فكرة السبب تكون في الالتزامات الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، ويجب التمييز بين سبب الالتزام بالمعنى السابق وبين السبب بمعنى مصدر الالتزام الذي يتولد منه، فلفظ السبب يفيد في نظرية الالتزام معنيين أساسيين :

1. المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده ويطلق عليه (السبب المنشئ) ، مثلا العقد سبب الالتزام .

2. الثاني يقصد به الغرض أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله تحمل الالتزام ، ويسمى في هذا المجال (السبب القصدي) . وهو موضوع دراستنا .

### أولاً\_النظرية التقليدية في السبب:

ترجع إلى فقهاء القانون الروماني وهي تعني بالسبب: الغرض القريب المباشر دون غيره من الأسباب البعيدة أو غير المباشرة (فسبب التزام البائع هو التزام المشتري و سبب التزام المشتري هو التزام البائع).

وهي تفرق بين الغرض المباشر (but immediate\_fin direct) الذي يقصده الملتزم من التزامه و بين الأغراض الثانية فهي مجرد بواعث تدفع إلى الالتزام، التي تختلف من شخص لآخر ومن حالة لأخرى.

وعليه يتضح الفرق بين السبب الذي تتادي به النظرة التقليدية وبين ما تراه مجرد باعث دفع إلى الالتزام :

\_أن السبب أمر موضوعي، أي يتعلق بموضوع العقد ذاته، ولا يرتبط بشخصية المتعاقد.

\_أنه أمر داخل في العقد لا نبحت عنه بعيدا عن العقد .

\_السبب ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة، كالبيع مثلا.

أما السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد، فإنه يتميز بأمر متناقضة تماما كالاتي:

-هو أمر شخصي لأنه يتصل بشخص المتعاقد.

-أمر خارج عن العقد لأننا نبحت عنه في نفسية المتعاقد ذاتها.

متغير في النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة.

وتحرص النظرية التقليدية على أن يكون سبب الالتزام قائماً من وقت إبرام العقد حتى ينقضي، فإذا انقطع سبب الالتزام قبل التنفيذ فإنه يسقط، وتظهر أهمية ذلك في العقود الملزمة للجانبين في الأمور التالية:

-الدفع بعدم التنفيذ.

-الفسخ.

-تحمل التبعة.

حيث تشترط هذه النظرية قيام السبب في العقود الملزمة لجانبين من وقت انعقاد العقد حتى تنفيذه، ونتيجة ذلك أجازت هذه النظرية استناداً إلى فكرة السبب : فسخ العقد بناءً على طلب أحد المتعاقدين في حال إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه المتقابل، كما أجازت أيضاً لأحد المتعاقدين في حال ما إذا طالبه المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن تنفيذ التزامه المتقابل، زد على ذلك أن هذه النظرية تقرر بالاستناد إلى فكرة السبب، انفساخ العقد بحكم القانون في حال صيرورة التزام أحد المتعاقدين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، وتحلل المتعاقد الآخر من التزامه المتقابل.

#### \*الشروط الواجب توافرها في السبب:

يشترط أنصار النظرية التقليدية توافر ثلاثة شروط في السبب وهي:

- أن يكون السبب موجوداً: وفقاً للنظرية التقليدية كل التزام يجب أن يكون له سبب. أما إذا كان السبب غير موجود فيكون الالتزام غير قائم وبالتالي باطلاً. ويقصد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على علم بأنه غير موجود ومع ذلك يقدمان على التعاقد. كما في سند المجاملة، أين يوقع شخص على سند قرض وهو غير مدين به، أو كإكراه شخص على التوقيع على عقد قرض وهو غير مدين، فهنا ينعدم السبب، وبالتالي يعدّ العقد باطلاً.

وكذلك يكون سبب الالتزام غير موجود إذا كان الالتزام الذي أنشأه العقد لا يضيف جديداً إلى الالتزامات التي يفرضها القانون دون حاجة إلى عقد. ومثال ذلك أن يتعاقد

شخص مع أحد الأشرار على أن يدفع له مبلغاً محدداً من المال مقابل تعهده بعدم خطف ولده، فيكون سبب التزام المتعاقد هنا غير موجود وبالتالي يكون التزامه باطلاً، إذ إن العقد لم يضيف التزاماً جديداً على عاتق الشخص الشرير الذي يتمتع عليه بموجب القانون خطف الأولاد، ويترتب على ذلك بطلان العقد برمته.

- أن يكون السبب صحيحاً: فلا يكزن السبب موهوماً أو سورياً وإلا كان غير صحيح، كمن يتعهد بوفاء دين على مورثه ثم يتضح بأنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء، أو أنه يخفي سبب غير مشروع (سبب حقيقي غير مشروع كدين قمار، وسبب صوري كدين قرض، هنا يبطل العقد ليس للصورية وإنما لعدم مشروعية السبب الحقيقي).

- أن يكون مشروعاً: ويكون غير مشروع إذا خالف النظام العام والآداب، كمن يتعهد بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود.

وانتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير صحيحة وغير منطقية، وأنها عديمة الفائدة، من عدة فقهاء أهمهم الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol. وكانت الانتقادات التي وجهها هذا الفقيه إلى النظرية التقليدية هي المعول الفعال في هدمها. وذهب بلانيول إلى أن نظرية السبب التقليدية هي نظرية غير صحيحة، وبالتالي فلا فائدة منها. ويتبين عدم صحتها من خلال عرض السبب في العقود المختلفة:

. **في العقد الملزم للجانبين:** تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، ولكن هذا القول فيه استحالة منطقية، وذلك لأن الالتزامين يولدان في آن واحد من مصدر واحد وهو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم على المسبب.

. **في العقد العيني:** تذهب النظرية التقليدية إلى القول بأن سبب الالتزام هو تسليم العين، ولكن التسليم هذا ليس إلا مصدر الالتزام، فيختلط هنا المصدر بالسبب ويصبحان شيئاً واحداً.

. وفي عقد التبرع: يقول أنصار النظرية التقليدية إن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا قول لا معنى له، وذلك لأن نية التبرع في ذاتها لا قيمة لها إذا لم تقترن بالعوامل التي دفعت إليها. ونية التبرع هي ركن الرضا في العقد.

### ثانيا- النظرية الحديثة في السبب (الباعث الدافع للتعاقد):

وجوب التوسع في تحديد السبب : بالأخذ بالسبب الدافع للتعاقد وليس الغرض المباشر الأول وهي من خلق القضاء الفرنسي (شراء بيت للقرار). ويجب أن يكون الآخر على علم بالباعث الدافع للتعاقد.

### ثالثا- السبب في التقنين المدني الجزائري :

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة طبقا لنص المادة 97 قانون مدني : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا". كان من المفروض أن يذكر إحدى العبارتين فقط ( لسبب غير مشروع) أو ( لسبب مخالف للنظام العام والأداب).

ويجب أن يكون للالتزام سبب وأن يكون مشروعاً، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع كان العقد باطلاً.

إثبات السبب: المادة 98 ق.م : " كل التزام مفترض أنه له سبباً مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي ان للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

## - التصرف المجرد:

بمعنى يتجرد الالتزام من السبب، اخذ به أنصار نظرية الإرادة الظاهرة (القوانين  
الجرمانية) ، أما القانون الجزائري (النظرية الباطنة) ، فله تطبيقين فقط هما:

\_المادة 296 قانون مدني: التزام المناب لديه في الوفاء، يجب عليه الوفاء للدائن دون أن  
يحتج بأن التزامه اتجاه المدين الأصلي باطل أو كان خاضعا لدفع من الدفع، فيجب الوفاء  
للدائن ثم يرجع إلى المنيب أي المدين الأصلي.

-التزام الكفيل اتجاه الدائن: فهذا الالتزام مجرد، فلا يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع في  
مواجهة المدين الذي كفله.

## الفصل الثالث

### بطلان العقد وانحلاله

إذا اكتملت أركان العقد وشروط صحته فإنه ينعقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه، غير أنه إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته فإنه يترتب عليه البطلان. والبطلان نوعان بطلان مطلق وبطلان نسبي.

أما إذا كانت أركانه متوافرة وشروط صحته مكتملة إلا أن احد أطرافه امتنع عن تنفيذ الالتزام المترتبة عليه، جاز للطرف الآخر المطالبة بفسخ هذا العقد مع التعويض عن الضرر الحاصل له.

### المبحث الأول

#### بطلان العقد

يشترط في انعقاد و تكوين العقد أركان وشروط صحة .

❖ أركان العقد: التراضي \_ المحل \_ السبب \_ الشكل \_ التسليم (في العقود العينية )

❖ شروط صحة العقد: الأهلية الكاملة \_ خلو الإرادة من العيوب .

إذا تخلف ركن من الأركان يترتب البطلان المطلق.

إذا تخلف شرط من الشروط يترتب البطلان النسبي.

**أولاً- مفهوم البطلان وتمييزه عما يشابهه:**

البطلان هو الجزاء الذي يترتب عن تخلف ركن من أركان العقد وعلى اختلاله، ويتميز البطلان عن الفسخ وعن عدم النفاذ في مواجهة الغير وعن العقد الموقوف.

## 1- تمييز البطلان عن الفسخ: Résolution

البطلان هو الجزاء الذي يترتب عن تخلف ركن من أركان العقد وعلى اختلافه، بينما الفسخ فهو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه، فالعقد نشأ صحيحا غير أن احد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزامه بعد إبرامه، مما خول المتعاقد الآخر طلب حل الرابطة العقدية حتى يتخلص من تنفيذ التزامه، وعليه لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين.

## 2- تمييز البطلان عن عدم النفاذ في مواجهة الغير:

البطلان هو جزاء تخلف ركن من الأركان ومن ثمة فان العقد يعتبر كان لم يكن بين طرفيه وأيضا بالنسبة للغير.

أما عدم النفاذ Inopposabilité أو عدم سرمان العقد في مواجهة الغير، فان العقد يقوم صحيحا وينتج آثاره فيما بين طرفيه، ولكن لا يحتج به في مواجهة الغير بسبب من الأسباب.

مثل: العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه (المادة 408 قانون مدني).

-العقد الذي يبرمه المدين المعسر لا يسري في مواجهة دائنيه إذا طعن فيه بالدعوى البولصية، مع العلم أنه عقد صحيح بين طرفيه ومنتج لآثاره بينهما.

-وقد يكون العقد قابلا للإبطال بين طرفيه وغير نافذ في مواجهة الغير، كما هو الحال في بيع ملك الغير فهو غير نافذ في حق المالك الحقيقي (المادة 397 قانون مدني).

والحق في الإبطال يزول بالإجازة Confirmation، بينما عدم النفاذ يزول بإقرار الغير Rutification.

### 3- تمييز البطلان النسبي عن العقد الموقوف:

العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح وينتج جميع آثاره، إلا أنه مهدد بالزوال إذا طلب ذلك المقرر لمصلحته البطلان النسبي. أما العقد الموقوف فلا ينتج أي اثر حتى يتم إقراره من غير المتعاقدين، ومثال العقد الموقوف الذي يبرمه النائب باسم الأصيل خارج حدود النيابة، أو العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية، فيظل موقوفا حتى يقره الولي أو الوصي في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، فإذا لم يقره بطل العقد وينفذ إذا اقره.

#### ثانيا- أنواع البطلان<sup>1</sup>:

تقسم النظرية التقليدية البطلان إلى ثلاثة أنواع:

- الانعدام: Inexistence هو العقد الذي يفقد احد أركانه.
  - البطلان المطلق: Nullité absolue إذا اختلفت شروط الأركان.
  - البطلان النسبي: Nullité relative إذا تخلف شرط من شروط الصحة.
- وانتقدت لأنه لا جدوى من التمييز بين البطلان المطلق والعقد المنعدم، لان كلا منهما عدم لا ينتج أي اثر.

أما النظرية الحديثة فتقسم البطلان إلى نوعين:

- بطلان مطلق لا تلحقه الإجازة ولا التقادم.
  - بطلان نسبي تلحقه الإجازة والتقادم.
- وتطرق المشرع الجزائري إلى أحكام البطلان في المواد من 99 إلى 105 قانون مدني، وتناول أحكام البطلان المطلق والبطلان النسبي.

<sup>1</sup> هناك من الفقهاء من يوسع في أنواع البطلان وفقا لاختلال أي شرط من شروط العقد التي يتطلبها القانون، بينما يجعل البعض من البطلان مرتبة واحدة هي البطلان، لان العقد القابل للإبطال يمر بمرحلتين وهي الأولى قبل الحكم بإبطاله وفيها يكون صحيحا منتجا لآثاره غير أنه مهدد بالزوال، والمرحلة الثانية إما أن تتأكد صحته بالإجازة أو التقادم، فيزول عنه البطلان وإما أن يحكم ببطلانه فيصبح وجوده القانوني عدما، فتزول آثاره التي رتبها بأثر رجعي، ومن ثم لا يوجد فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقا. انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 238-239.

### ثالثا-أسباب البطلان:

معيار التفرقة بين نوعي البطلان هو:

تخلف ركن من الأركان أو شرط من شروط المحل والسبب يترتب البطلان المطلق.  
تخلف شرط من شروط صحة العقد (التراضي) يترتب البطلان النسبي.  
وهو المعيار الذي سارت به النظرية التقليدية والمشرع الجزائري.

غير أن هناك جانبا من الفقه الحديث يقيم التفرقة على أساس المصلحة التي يريد المشرع حمايتها من وراء تقرير البطلان، فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق، إما إذا كان يريد حماية مصلحة خاصة فيكون الجزاء هو البطلان النسبي<sup>1</sup>.

وقد قرر البطلان المطلق لتخلف ركن من الأركان أو المحافظة على النظام العام والآداب، أما البطلان النسبي فيكون جزاء مخالفة قاعدة مقررة لمصلحة شخص أو أشخاص معينين، كما في حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضا.

### رابعا-حالات البطلان:

#### 1-حالات البطلان المطلق:

-إذا انعدم ركن الرضاء: إما لعدم تطابق الإرادتين أو لأن احد المتعاقدين عديم الإرادة كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه.  
-عدم وجود محل العقد أو كان المحل غير معين أو مستحيلا أو خارجا عن دائرة التعامل، أو كان غير مشروع.  
-إذا لم يوجد سبب للالتزام أو أن سبب العقد غير مشروع.  
-إذا تخلف الشكل الذي تطلبه القانون لانعقاد العقد أو اشترطه المتعاقدان.  
-تخلف ركن التسليم في العقود العينية (المادة 206 قانون أسرة (الهبة في المنقول)).

<sup>1</sup> عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 ، ص 343.

## 2- حالات البطلان النسبي:

-عيوب الرضا.

نقص الأهلية: اقل من 19 سنة (من 13 إلى 19 سنة)، أو السفه والمغفل.

## 3- حالات خاصة للبطلان:

أورد التقنين المدني الجزائري في نصوص متفرقة حالات خاصة للبطلان:

-المادة 402 قانون مدني: بطلان شراء الحقوق المتنازع عليها من طرف رجال القضاء بطلانا مطلقا.

-المادة 403 قانون مدني: بطلان تعامل المحامين مع موكلهم في الحقوق الموكلين بالدفاع عنها بطلانا مطلقا.

-المادتين 410 و 411 قانون مدني: جواز إبطال بيع النائب لنفسه، وشراء الخبراء والسماسة لأنفسهم الأشياء المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها (بطلان نسبي).

-المادة 397 قانون مدني: جواز إبطال بيع ملك الغير لمصلحة المشتري.

## خامسا - صاحب الحق في تقرير البطلان:

البطلان المطلق لا يحتاج إلى حكم قضائي لتقرير بطلانه، بل يمكن لمن يطلب تنفيذ العقد الباطل بطلانا مطلقا أن يدفع الطرف الآخر ببطلانه.

أما في حالة البطلان النسبي فلا بد من صدور حكم قضائي بناء على من تقرر الإبطال لمصلحته، فناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيبا لا يستطيع تقرير إبطال العقد بإرادته المنفردة، طالما أن الطرف الآخر يرفض إبطال العقد، فيظل العقد صحيحا منتجا آثاره حتى يصدر حكما بإبطاله، وفي هذه الحالة يبطل العقد ويكون له اثر رجعي ويعتبر كان لم يكن كالعقد الباطل بطلانا مطلقا.

## سادسا - حق التمسك بالبطلان:

-البطلان المطلق: كل من له مصلحة حتى المحكمة يجوز لها إبطال العقد ولو لم يطلبه الخصوم، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى. وللخلف العام أو الخاص الحق في طلب

الإبطال أيضا إذا كان يمس مصالحهم، أما من ليست له مصلحة فلا يحق له طلب الإبطال، كجار مثلا لا يحق له طلب إبطال عقد بيع منزل جاره لطرد المشتري، لكن إذا كان استغلال البيت لغرض غير مشروع يحق له طلب الإبطال لان له مصلحة في ذلك.

**-البطلان النسبي:** وفقا للمادة 99 قانون مدني حق التمسك بإبطال العقد، يكون لمصلحة المتعاقد الذي تقرر له الإبطال دون المتعاقد معه ، كما أنه يمكن لمن ينوب عنه نيابة قانونية أو لورثته أو للخلف الخاص أو لدائنيه أن يتمسك بهذا الحق، لكن بشرط أن يكون هذا التمسك باسم مدينه وذلك عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة .

يمكن فقط لمن شاب إرادته عيب من العيوب أو كان ناقص الأهلية، ولا يجوز لورثته وخلفه الخاص دائنيه ذلك بمقتضى حق مباشر لهم، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد فيستعملون حقه في طلب الإبطال عن طريق الدعوى غير المباشرة. وعلى ذلك لا يكون لكل ذي مصلحة كما في البطلان المطلق، كما لا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك به.

ويجوز التمسك به أمام المجلس القضائي ما لم يكن ق تنازل عنه في المحكمة الابتدائية، لكن لا يجوز التمسك به أمام المحكمة العليا لأول مرة.

### **سابعا - سقوط الحق في التمسك بالبطلان:**

يسقط الحق في التمسك بالبطلان في الحالتين التاليتين:

#### **1-الإجازة:** الإجازة تصرف بإرادة منفردة وبالتالي لا يشترط فيها القبول.

تلحق العقد القابل للإبطال وليس العقد الباطل بطلانا مطلقا، وتتميز عن الإقرار في كون الإقرار يكون من شخص خارج العقد، كإقرار الأصيل تصرف النائب أو إقرار المالك الحقيقي لبيع ملك الغير، أما الإجازة فتكون من المتعاقد صاحب الحق في طلب الإبطال.

#### **❖ وللإجازة شروط موضوعية وأخرى شكلية:**

-يجب أن يكون العقد قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا.

-يلزم العلم بالعيب ويقصد تأكيد العقد وتثبيته، فإذا نفذه دون علمه بالعيب، فإن تنفيذ العقد لا يعني أنه إجازة ضمنية له مهما طال مدتة.

-لا يجوز التنازل عنها مقدما.

-يجب أن يكون العيب قد زال، و إلا تصبح الإجازة نفسها معيبة(باستثناء عيب الاستغلال الذي يكفي زوال الظروف فقط -الطيش البين والهوى الجامح-).

-يجوز للولي إجازة العقد في حدود سلطته المنظمة وفق أحكام قانون الأسرة.

#### ❖ شكل الإجازة: الإجازة قد تكون صريحة كما قد تكون ضمنية.

أ\_ صريحة: إذا صدرت من المجيز بعبارة تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز في التنازل عن حقه في إبطال العقد، كأن تكون كتابية أو شفوية.

ب\_ ضمنية: تفهم من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا يدل على اتجاه نية المتعاقد على التنازل عن حقه في إبطال العقد، كأن يبرم ناقص الأهلية عقدا، وبعد بلوغه سن الرشد يقوم بتسليم المبيع للمشتري رغم علمه بقابلية العقد للإبطال.

#### ❖ اثر الإجازة:

ليس للإجازة اثر رجعي، لان العقد صحيح ومنتج لآثاره، واستناد الإجازة إلى تاريخ إبرام العقد لا يضر بحقوق الغير حسن النية الذي اكتسبها.

وإذا تناولت الإجازة عيبا، فإنه يمكن عدم الإجازة في عيوب أخرى، فإذا أبرم القاصر مثلا عقدا وهو مدلس عليه وتنازل عن الإبطال لنقص أهليته، يجوز له الإبطال للتدليس.

#### 2-التقادم:

- التقادم في البطلان المطلق: تسقط دعوى البطلان بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد طبقا للمادة 102 قانون مدني، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط، فإذا لم ينفذ العقد الباطل إلا

بعد 15 سنة وطالب احد الأطراف تنفيذه، يجوز للطرف الآخر الدفع ببطلانه لان الدفع لا تتقادم<sup>1</sup>.

-التقادم في البطلان النسبي: من خلال المادة 101 قانون مدني يتضح لنا مدة تقادم حق إبطال العقد 05 سنوات من يوم زوال نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية، ومن يوم اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو تدليس، ومن يوم انقطاع الإكراه بالنسبة للمكروه.

وقد قيد المشرع هذا الأجل بالنسبة لكل من الإكراه والتدليس والغلط بشرط آخر وهو عدم تجاوز مدة 10سنوات من يوم إبرام العقد، أما بالنسبة للاستغلال فقد نصت المادة 90 قانون مدني على أنه يجب أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من وقت إبرام العقد.

#### ثامنا - آثار البطلان:

المواد: 105،104،103 قانون مدني.

#### 1- آثار البطلان بين المتعاقدين:

##### - الأثر العام للبطلان:

زوال العقد من يوم إبرامه أي بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير.

#### ✓ إعادة المتعاقدين إلى حالتها قبل التعاقد:

المادة 103 فقرة أولى قانون مدني، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا قبل التعاقد، فإذا كان العقد قد نفذ كله أو نفذ جزء منه ، فوجب على كل متعاقد أن برد ما تسلمه إلى الطرف الآخر، فإذا استحال ذلك(هلاك الشيء مثلا) حكم القاضي بتعويض معادل على أساس المسؤولية التقصيرية بالنسبة للمتسبب في هلاك الشيء، وعلى أساس دفع غير المستحق بالنسبة للطرف الآخر

<sup>1</sup> حسب الفقه المصري والفقه الفرنسي في العقد القابل للإبطال لا يجوز الدفع بالبطلان بعد سقوط مدة التقادم، إلا أن محكمة فرنسية أجازته وهو الرأي الراجح.

وبالنسبة للعقود الزمنية يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان، لذا يحكم القاضي بتعويض معادل (المادة 103 / 02 قانون مدني) ، كعقد العمل - الإيجار... ، وهذا التعويض هو قيمة العمل أو المنفعة دون التقيد بالأجر المتفق عليه.

#### ✓ حرمان الملوث من الاسترداد:

كإعطاء رشوة أو مبلغ مالي لارتكاب جريمة أو عمل غير أخلاقي، فيحرم من استعادة ما أعطاه لأنه المتسبب في عدم مشروعية العقد.

هجر الفقه والقضاء هذه النظرية لأنها تشجع على الجريمة والفساد، ذلك أنها تستبقي المال مثلا لدى مرتكب الجريمة أو العمل غير الأخلاقي، لهذا انتقدت من عدة أوجه من الناحية النظرية على أساس وجوب إعمال الأثر الرجعي للبطلان واسترداد كل طرف ما قدمه ملوثا كان أو غير ملوث، ومن الناحية الواقعية على أساس تشجيع انتشار الجريمة والفاحشة.

المشروع الجزائري أضاف هذا الإستثناء بموجب التعديل لسنة 2005، المادة 103 / 03، على عكس القانون المدني الفرنسي والتقنيات العربية التي لم تنص على ذلك .

#### ✓ استثناء حالة نقص الأهلية :

المادة 103 / 02 ق،م ، إذا تقرر إبطال العقد بنقص أهلية أحد العاقدين ، لا يلزم ناقص الأهلية إلا رد ما عاد عليه من منفعة.

فإذا لم يستند من المبيع مثلا (كسرقة - أو صرفه في اللهو) لا يلزم برد شيء وعلى المتعاقد الآخر معه إثبات أنه استفاد من المبلغ الذي قبضه ، أو ينطبق نفس الحكم على الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه إذا صدر قرار بالحجر عليهما.

#### - الآثار العرضية للعقد الباطل : زوال العقد وإنقاصه:

قد يرتب القانون بعض الآثار العرضية على العقد الباطل ليس بوصفه عقدا بل باعتباره واقعة مادية، ومن أهم الآثار نظرية تحول العقد ونظرية إنقاص العقد.

### ✓ نظرية تحول العقد: **conversion du contrat**

حسب المادة 105 قانون مدني، إذا تضمن العقد الباطل رغم بطلانه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ( البيع بثمن تافه= هبة، القسمة الباطلة=قسمة مهائية أي قسمة انتفاع)

من نص المادة 105 يلزم توافر ثلاثة شروط لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، وهي:

- 1- بطلان العقد الأصلي: بطلان كاملا ويحكم ببطلانه.
- 2- أن يتضمن أركان عقد آخر ، كل أركان العقد الصحيح.
- 3- انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الآخر.

### ✓ نظرية إنقاص العقد: **réduction du contrat**

إذا كان العقد باطلا في جزء منه وكان قابلا للانقسام فإنه ينتقص ولا يتحول، وهو ما يسمى بالبطلان الجزئي ( المادة 104 قانون مدني)، شريطة ألا يكون الشق الباطل في العقد أو الشرط الباطل هو الباعث والدافع إلى التعاقد، بمعنى لولا هذا الشرط لما أبرم المتعاقدان العقد. مثلا ( شراء مجموعة من الأشياء وقع المشتري في غلط في بعض منها، فيبطل الشق الذي اشترى منه المشتري غلطا ويبقى الباقي صحيحا).  
أما إذا اتضح من الظروف أن العقد أبرم على اعتبار أنه كل لا يتجزأ أبطل كله.

#### • الإنقاص بقوة القانون:

- هناك حالات يكون الإنقاص فيها بقوة القانون بصرف النظر عما قصدته إرادة المتعاقدين :
- الاتفاق مثلا على عدم جواز إعفاء القاضي الطرف المذعن من الشروط التعسفية، هذا الشرط باطل (110 قانون مدني) ، ولو ثبت أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط التعسفية.
  - اشتراط عدم جواز تعديل العقد لو حدثت ظروف طارئة (03/107).
  - تجاوز الثمن المحدد بقوانين التسعيرة الجبرية أو الفوائد التي تزيد عن الحد القانوني .

## • التعويض عن البطلان:

طبق القانون المدني الجزائري المسؤولية عن البطلان بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية، في بعض النصوص منها:

- حالة استعمال القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص الأهلية، يمكن للطرف المتعاقد معه المطالبة بالتعويض للتدليس (المادة 86 قانون مدني) ، إذ لولا هذه الطرق لما تعاقد معه.

- المادة 399 قانون مدني: بيع ملك الغير: إذا أبطل البيع جاز للمشتري حسن النية طلب تعويض ولو كان البائع حسن النية.

## 2- آثار البطلان بالنسبة لغير المتعاقدين:

الغير هو كل شخص له حقوق تتأثر بصحة العقد أو بطلانه ، أي الخلف الخاص للمتعاقدين، والخلف الخاص هو الذي يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات أوفي حق عيني عليها (المشتري- المنتفع).

فهل يحتج بالأثر الرجعي للبطلان على الغير؟

القاعدة أن للبطلان أثر رجعي في مواجهة كافة المتعاقدين والغير، لكن هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والإضرار بالثقة والائتمان، خاصة إذا كان الخلف الخاص حسن النية(مثلا: أ- يبيع شيء إلى ب، و ب يبيع إلى ج : يبطل العقد بين أ و ب ، ويؤدي إلى بطلان بيع ب و ج ، فإذا كان ج حسن النية فما ذنبه هنا؟).

هنا تدخل المشرع لحماية الغير حسن النية من نتائج بطلان العقود لتجنب الأضرار التي تلحق بهم عن ذلك.

- حماية الغير في العقد الصوري: المادة 198 قانون مدني، أجاز لهم التمسك بالعقد الصوري.

- حماية حائز المنقول بحسن نية : المادة 835 قانون مدني.

- الرهن الرسمي: المادة 885 قانون مدني ،إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال أو الفسخ، وقام المشتري بتقرير حق رهن على العقار لصالح شخص

(الدائن، المرتهن) وكان حسن النية لا يعلم بالعيب الذي يشوب سند ملكية المشتري، فإن بطلان تصرف المشتري الأول لا يؤثر على حق الدائن المرتهن ، فيعود العقار إلى البائع مثقلا بهذا الحق.

## المبحث الثاني

### انحلال العقد : Dissolution du contrat

يقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة العقدية التي تجمع طرفيه بعد قيامها ، فالانحلال يكون قبل الإتمام والانتهاى من تنفيذ العقد أو قبل البدء في تنفيذه.

فالانحلال يكون في الحالات التي ينعقد فيها العقد صحيحا ، ثم يطرأ سبب يزيل وجوده بأثر رجعي أو بدون أثر رجعي ، أما الإبطال فيكون في حالات العقد غير الصحيح ثم يبطل بأثر رجعي.

أسباب الانحلال: يكون بالفسخ والتفاسخ والانسفاخ وإنهاء العقد بإرادة منفردة

-إنهاء العقد: يترضى جميع الأطراف (إنهاء عقد شركة) أما إنهاء عقد بالإرادة المنفردة فقط فلا يجوز إلا إذا نص القانون على ذلك أو بمقتضى اتفاق في العقد، ويكون لأثر الحل هنا في المستقبل فقط وليس له أثر رجعي.

### -التقاييل : Résiliation conventionnelle

وهو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين، والتقاييل عقد يتم وقبول، وقد يتفق على أن يكون للتقاييل أثر رجعي أو جعل أثره يقتصر على المستقبل فقط ولا يؤثر ذلك على حقوق الغير حسن النية.

## -فسخ العقد : Résolution du contrat

### أولا - الفسخ بحكم القضاء :

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه ، فالفسخ جزاء الإخلال بالالتزام ، ويستدعي تدخل القضاء للحكم بالفسخ كأصل عام خلافا للعقد المعلق على شرط فاسخ في حال تحقق الشرط الفاسخ يفسخ العقد بأثر رجعي دون تدخل القضاء .

### -شروط الفسخ:

مجال الفسخ هو العقود التبادلية الملزمة لجانبين، لأن الفسخ مبني على فكرة الارتباط التي تكون بين الالتزامات المتقابلة ، وللدائن الخيار بين الفسخ أو التمسك بتنفيذ الالتزام.

ويجب توافر ثلاثة شروط لإعمال الفسخ وهي:

- أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه : وذلك بامتناعه عن التنفيذ إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، أو استحالة عليه التنفيذ العيني بسبب يرجع إلى فعله .

وإذا نفذ جزء فقط للدائن الحق في مطالبة بالفسخ، وللقاضي سلطة التقدير بين الحكم بالفسخ أو يعطي مهلة للمدين ليكمل التنفيذ.

ويحكم بالفسخ إذا رأى أن عدم التنفيذ خطير يببر الفسخ، إما يفسخ كل العقد أو جزءا منه. كما يقضي بالفسخ كله إذا كانت التزامات المدين لا تتحمل التجزئة، أو أن الجزء المتبقي هو الأساسي في هذه الالتزامات.

- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذها، فلا يجوز للمتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزاماته طلب الفسخ إلا إذا كان قد وفى بها، أو في الأقل مستعد للوفاء بها.

- أن يكون طالب الفسخ قادر على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، فإذا استهلك المشتري البضاعة أو تصرف فيها بالبيع قبل أن يتم البائع باقي المبيع ، فإنه لا يمكنه طلب الفسخ.

#### - كيفية وقوع الفسخ:

الأصل أن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم قضائي ، ويجب إعدار المدين سواء أكان فسحا اتفاقيا أو بحكم القضاء. (المادة 119 و 120 قانون مدني) إلا إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه (المادة 181 قانون مدني).

#### - سلطة القاضي في الفسخ:

للقاضي الخيار بين فسخ العقد وتنفيذه، ويجوز له الحكم بالتعويض مع الفسخ إذا رأى مبرر لذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن الفسخ بحكم القضاء يكون الحكم هو المنشئ للفسخ ، أما الفسخ بحكم الاتفاق وكذا الفسخ بقوة القانون (الانفساخ) فإن الحكم يكون كاشفا عن الفسخ.

وتسقط دعوى الفسخ لعدم تنفيذ العقد بمرور 15 سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ وهو وقت الاعذار.

#### - حالات الفسخ دون حكم القضاء:

- الفسخ الاتقائي.
- بيع المنقولات (392 قانون مدني).
- عقد العمل إذا كان الإخلال جسيما من أحد الطرفين.
- حالة وقوع ضرر يصعب تعويضه أو تداركه ( مثلا طرد متفرج مشاغب من المسرح).

## -أثر الفسخ:

حسب المادة 122 قانون مدني يترتب على كل أنواع الفسخ (فسخ قضائي -اتفاقي-بحكم القانون) الآثار التالية:

- ✓ إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد : في العقود الفورية وليس الزمنية.
- ✓ طلب التعويض : إذا كان له محل.
- ✓ مراعاة الغير حسن النية الذي لا يتأثر بالفسخ.

## ثانيا - الفسخ الاتفاقي :

المادة 120 قانون مدني: لا يتطلب تدخل القضاء لتقرير الفسخ، إلا إذا ورد الاتفاق بصيغة " يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه" بمعنى إسقاط عبارة " بحكم القانون"

فالاتفاق على الفسخ يتدرج حسب الحالات التالية:

- 1- الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا.
- 2-الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون بتدخل القضاء الذي يتحتم عليه الحكم بالفسخ دون أن يكون له الحق في أعمال سلطته التقديرية، فلا يمنح المدين مهلة للوفاء.
- 3-الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون وبدون حاجة إلى حكم قضائي، ويكون باتفاق صريح يطلبه الدائن وليس المدين (120 قانون مدني ) ولا يعفي من الاعدار. وله أثر رجعي كما رأينا مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

## ثالثا- انفساخ العقد بحكم القانون : - حل العقد لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي-

المادة 121 قانون مدني ، المادة 307 قانون مدني والمادة 176 قانون مدني. إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة أو بفعل الغير استحالة مطلقة، ينقضي الالتزام وينقضي الالتزام المقابل له، ويتحمل المدين بالالتزام تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانبين.

## -شروط الانفساخ:

1- يجب أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد، لأنها إذا وقعت قبل إبرامه يقع العقد باطلا مطلقا لتخلف وكن المحل.

2- أن تكون الاستحالة كاملة، أما إذا كانت الاستحالة جزئية لا يقع الانفساخ، لأنه يمكن للدائن طلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام.

3- أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه ، فإذا كانت الاستحالة بسبب المدين لا ينقضي الالتزام بل يتحول إلى التنفيذ بمقابل ( بطريق التعويض).

## -أثر الانفساخ:

للانفساخ أثر رجعي في العقود الفورية وليس الزمنية، ولا مجال للحكم بالتعويض، إلا إذا رجعت الاستحالة إلى تقصير المدين فللدائن مطالبته بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية وفي هذه الحالة يبقى العقد قائما، وإما أن يطالبه بفسخ العقد مع التعويض. مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

وإذا حدث نزاع حول وقوع الانفساخ واضطر الدائن إلى اللجوء للقضاء للحكم فيه، فإن الحكم القضاء بالانفساخ مقرر لا منشىء.

ويتحمل تبعه هلاك الشئ في حالة الانفساخ المدين بالتسليم في العقود الملزمة للجانبين، أي في عقد البيع البائع هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشئ المبيع إذا هلك قبل التسليم.

## الفصل الرابع

### آثار العقد

يترتب عن نشوء العقد صحيحا التزامات متبادلة على الطرفين ، أو على عاتق طرف واحد، كما يخول العقد لأطرافه الحق في تعديله أو إنهائه أو نقله ، وذلك وفق ما يقرره القانون من إلزام لأحكام العقد ، ويحيط ذلك بجزء ليكفل احترامه وهو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد.

والقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، وتفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين.

أي أن العقد ملزم لأطرافه، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة، ومن ثم تصبح واجبة التنفيذ ويمنع المساس بها نقضا أو تعديلا، والإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار<sup>1</sup>.

حيث يترتب عن نشوء العقد صحيحا التزامات متبادلة على الطرفين ، أو على عاتق طرف واحد، كما يخول العقد لأطرافه الحق في تعديله أو إنهائه أو نقله ، وذلك وفق ما يقرره القانون من إلزام لأحكام العقد ، ويحيط ذلك بجزء ليكفل احترامه وهو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد.

والقوة الملزمة للعقد تتضمن قوة ملزمة بمضمون معين ( نسبة العقد من حيث الموضوع)، وقوة ملزمة لأطرافه ( نسبة العقد من حيث الأشخاص).

---

<sup>1</sup> علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008. ص 13.

## المبحث الأول

### القوة الملزمة للعقد بالنسبة للموضوع

نتطرق إلى القوة الملزمة للعقد في ذاتها أي من الناحية الموضوعية ، وحتى نحدد هذه القوة الملزمة وجب تحديد مضمون العقد وتحديد نطاقه ثم لزوم العقد، بعدها الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزم (المسؤولية العقدية).

#### أولاً- مضمون العقد:

تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".  
فالمقصود بتحديد مضمون العقد هو تحديد الإلتزامات الناشئة عنه ، ولما كان العقد وليد الإرادة فلا بد لتحديد مضمونه تفسير ومعرفة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، وبعد ذلك يمكن تكييف العقد من أجل تحديد الإلتزامات المترتبة عنه.

#### 1- تفسير العقد :

تنص المادة 111 قانون مدني: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل للتأويل، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

فتفسير العقد هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للعاقدين، حيث تأتي مرحلة تفسير العقد بعد مرحلة انعقاده صحيحا، وذلك لتحديد مدى آثاره. فالقاضي المدني

مقيد في تفسيره بقيود لا يجوز أن يتعداها<sup>1</sup>، وللوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ينبغي للقاضي أن ينظر إلى عبارات العقد التي لا تخرج من الفروض التالية:

أ- **عبارات واضحة** : المادة 1/111 قانون مدني، لا مجال لتفسير العبارات الواضحة إلا إذا كانت لا تعبر حقيقة عن الإرادة الباطنة للمتعاقدين ( خطأ في العبارات وغم وضوحها)، هنا يبحث القاضي في الإرادة الحقيقية من خلال الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وعلى القاضي تسبب ذلك وإلا تعرض حكمه للنقض.

فقد ذهبت المحكمة العليا في الجزائر في رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارة الواضحة، إلى أنه إذا أخذت المحكمة بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها، فيكفي في هذا الحكم القول بأنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة، وبذلك تكون المحكمة العليا في الجزائر قد ساندت نظيرتها محكمة النقض الفرنسية والمصرية بأنه يجب على القاضي الأخذ بالعبارات الواضحة دون الحاجة إلى تسبب<sup>2</sup>.

ب- **عبارات غامضة**: هنا العبارات تحتمل التأويل أو أنها لا تتصرف إلى معنى واحد، فيوجب القانون على القاضي أن يبحث في النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للعبارات، يستعين القاضي هنا بمجموع الشروط الواردة في العقد لإعطاء معنى معين للعبارة<sup>3</sup>.

ويستأنس القاضي للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بمجموعة من العوامل الداخلية والخارجية عن العقد:

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 102.

<sup>2</sup> دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 30.

<sup>3</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، منشأة المعارف، مصر، 2009 . ص 66.

**\*عوامل داخلية :** وذلك بالرجوع إلى العقد ذاته ، ومن بين هذه الوسائل :

- الأخذ بقاعدة العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني.
- الأخذ بالمعاني التي تجعل العبارة ذات أثر وإهمال المعاني التي لا تجعل له أثر، ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي (إعمال الكلام خير من إهماله).
- النظر إلى العقد بصفته وحدة مجملة.
- تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تتفرد بالحكم ( بيع مزرعة مع الأبقار لا يعني عدم بيع الآلات الزراعية والمخازن .... بل يشملها ).
- وللقاضي أن يأخذ ببعضها دون الآخر وهي ليست ملزمة له.

**\*عوامل خارجية:**

- الاستهداء بطبيعة التعامل ومما ينبغي من أمانة *loyauté* والثقة بين المتعاقدين *confiance*، وكذا طريقة تنفيذ العقد مدة معينة، فالقاضي يبحث في الإرادة الظاهرة والباطنة معا .

**ج-قيام الشك في حالة العبارات الغامضة :**

- حسب المادة 112 قانون مدني في حال قيام شك في العبارات الغامضة يكون التفسير لصالح المدين، إذا لم تنفع الوسائل السابقة في تحديد المعنى الحقيقي لعبارات العقد، باستثناء عقود الإذعان فان الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا حسب المادة 112 قانون مدني.

**ثانيا-تكييف العقد:**

- بعد عملية تفسير العقد ينبغي على القاضي القيام بعملية تكييف العقد، ومعناه إعطاء الوصف القانوني أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو : بيع، إيجار أو مقاوله

....

ولا يتقيد القاضي بتكييف المتعاقدين الذي قد يكون خاطئاً أو يكون متعمداً ، ويقوم بالعملية من تلقاء نفسه ويخضع لرقابة المحكمة العليا ، لأنها مسألة قانونية أي تطبيق القانون على الواقع.

**ثالثاً-تحديد نطاق العقد: المادة 02/107 قانون مدني.**

يعتمد القاضي على عدة عوامل لتحديد نطاق العقد منها :

-طبيعة الالتزام : إدخال الملحقات ضمن الشيء المبيع ولو لم تذكر في العقد.

-القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة.

-العرف يكمل العقد.

-العدالة تكمل العقد.

وتحديد نطاق العقد مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا،

فالعقد شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 قانون مدني، ويجب تنفيذه بحسن نية ( المادة 1/107 ).

ولقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو

لأسباب التي يقررها القانون، عدة استثناءات منها :

-حالات يسمح فيها لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة لوجود شرط في العقد

يسمح بذلك ، أوفي القانون ( المادة 586-588 ) في عقد الوكالة ، عقد الشركة ( المادة

440-442) يجوز لأي من الطرفين إنهائه ، وقد يمنح القانون لطرف واحد الحق في

إنهائه كحق المعير في إنهاء العارية أو عقد التأمين.

-إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون: كإنهاء العقد بوفاة أحد طرفي العقد في شركة التضامن،

الوكالة، أو تعديله بقوة القانون كتحديد الأجرة في عقد الإيجار.

-تعديل العقد بواسطة القاضي :

كمنح المدين أجل للوفاء ( نظرة الميسرة ) ، تعديل الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، تعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة (03/107 قانون مدني).

## المبحث الثاني

### القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

تقع الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد على عائق المتعاقدين، ومن يمثلها أيضاً، فتنقل آثار العقد أيضاً إلى الخلف العام والخلف الخاص، كما أنها تؤثر في حقوق المتعاقدين، أما غير ذلك فلا يتأثر بالعقد، إلا في حالات استثنائية ( التعهد - الاشتراط ).  
أولاً- المقصود بالخلف:

الخلف هو الشخص الذي يتلقى الحق عن غيره، وهو نوعان:

**1- الخلف العام:** هو الذي يخلف الشخص في كل حقوقه، أوفي نسبة معينة كالنصف والربع ( الوارث والموصى له بنسبة معينة من مجموع التركة).

فالقاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد، فإذا أبرم شخص عقداً من العقود، ثم توفي فآثار العقد تنصرف إلى ورثته وإلى من أوصى لهم بحصة من تركته، فتنقل إليه الحقوق والالتزامات وفقاً لأحكام المادة 108 من القانون المدني، فهنا القاعدة العامة أنه بموت العاقد تنتقل حقوق العقد الذي أبرمه إلى ورثته، فإذا كان السلف لم يستوف حقوق العقد كان لخلفه العام الحق في استيفائها، وإن كان السلف قد سبق أن استوفاه ونشأ بالتالي حقاً عينياً، انتقل هذا الحق إلى الخلف<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 249.

فالخلف العام تنتقل له كل حقوق مورثه أما الديون فلا خلافة فيها ، بل تقضى من التركة حسب مقتضيات قانون الأسرة والمادة 108 قانون مدني .

استثناء من ذلك لا تنتقل آثار العقد إلى الخلف العام :

-إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد، ومثال ذلك انتهاء الوكالة بموت الموكل (المادة 586 قانون مدني)، انتهاء شركة الأشخاص بوفاة أحد أشخاصها ( المادة 439 ق م) . وما نصت عليه المادة 469 مكرر 2 قانون مدني التي تقضي بأن الإيجار لا ينتقل إلى الورثة، ففي كل هذه العقود لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام<sup>1</sup>.

-إذا كانت طبيعة الالتزام تقتضي عدم انتقال الحق الناشئ إلى الورثة، وذلك في حالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد ( الرسام ،المهندس....)، فقد لا تنفق طبيعة التعامل مع انتقال آثار العقد، ومن ثم فلا تنصرف آثاره إلى الخلف العام.

فالعقد الذي يرتب حق انتفاع ينتهي بانتهاء حياة المنتفع وفقا لنص المادة 852 قانون مدني، وكذلك العقد الذي يلتزم به شخص بمرتب لمدى حياة شخص آخر فإنه ينتهي بموت من علق المرتب على حياته وفقا للمادة 617 قانون مدني، كما قد تكون شخصية احد المتعاقدين محل اعتبار في العقد فبالتالي لا يمكن انتقال آثار العقد إلى خلفهم العام، كالتعاقد مع محامي أو رسام أو مهندس<sup>2</sup>.

-اتفاق المتعاقدين على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام فإذا اتفق المتعاقدان على ذلك، فالعقد شريعة لهما، فلهما أن يتفقا على اقتصار أثره عليهما فقط، مثال ذلك الاتفاق على منح اجل الوفاء لأحد طرفي العقد دون أن ينتقل إلى الخلف العام، كأن يتفق البائع مع المشتري على أجل لسداد ثمن المبيع وأن يشترط عليه ألا ينتقل الأجل إلى الخلف العام و

<sup>1</sup> حمزة قتال، مصادر الالتزام - العقد -، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 209.

<sup>2</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003، ص 86.

في هذه الحالة إذا مات المشتري قبل سداد الثمن سقط الأجل وجب على خلفه العام سداد الثمن فوراً من تركة المشتري<sup>1</sup>.

في هذه الحالات لا ينصرف العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً، غير أنه هناك حالة لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الوارث، باعتباره من الغير، وتتحقق هذه الحالة عندما يعطي القانون للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا عن طريق الميراث عن سلفه، ويقصد بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، وفي هذه التصرفات يعتبر الوارث من الغير وليس خلفاً، وهذه الحالة تكون عندما يتصرف المورث في مرض الموت، فهنا لا يسري هذا التصرف في حق الورثة، وذلك لأن القانون اعتبرهم من الغير<sup>2</sup>، لذا يتوقف سريانه في حقهم على إقرارهم هذا التصرف وذلك حسب المادة 408 قانون مدني.

وكذلك في حالة الوصية، وهي تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت صادر من المورث تكون غير نافذة في حق الورثة في ما يجاوز ثلث التركة، فيعتبرون من الغير بالنسبة للحد الجائز الإيصال به، فلا يكون التصرف نافذاً في حقهم إلا إذا أجازوه وفقاً لنص المادة 185 قانون أسرة.

**2- الخلف الخاص:** وهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني أو حق شخصي (كالمشتري من البائع - الموهوب له = المنتفع - الموصى له بعين معينة).

وهو ما نصت عليه المادة 109 قانون مدني: "إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كان من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

<sup>1</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 86.  
<sup>2</sup> فايز أحمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية ومدى أحقية المضرور في الجمع أوالخيرة بينهما، دار النهضة العربية، مصر، 2006. ص 73.

فالخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أوفي حق عيني عليها<sup>1</sup>، كما يعتبر خلفا خاصا كل من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائما به من قبل، كالمشتري يخلف البائع، فمن يشتري منزلا أو أرضا يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة لهذا الشيء الذي اشتراه منه والمنفع يخلف المالك في حق الانتفاع.

وإذا كان الحق شخصيا فالمتنازل له عن الإيجار يعد خلفا خاصا للمستأجر الأصلي المتنازل حيث تلقى منه حقا شخصيا وهو الحق في الإيجار. وكذا التأمين على منزل من الحريق فإنه ينتقل إلى مشتري المسكن باعتباره خلفا خاصا.

والخلف الخاص لا يعد خلفا للسلف إلا في خصوص الحق الذي تلقاه وحده، أما فيما عدا هذا الحق فإن الخلف لا شأن له به، ويعد غيرا بالنسبة لتصرفات السلف في غير الحق الذي آل إليه، فلا شأن له بها<sup>2</sup>.

وحتى تتصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص لا بد من توافر شروط معينة حددتها المادة 109 من القانون المدني الجزائري وهي كما يلي:

- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.  
- أن تكون الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص.

- أن يكون الخلف عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء.

**ثانيا - أثر العقد بالنسبة للدائنين:**

---

<sup>1</sup> Jacques Flour , Jean-Luc Aubert, Eric Savaux , Droit civil : les obligations Tome 1 : l'acte juridique (17e édition), Sirey ,Université, 8 Septembre 2022 ,p 331.

<sup>2</sup> نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 334.

إذا تأثر الضمان العام للمدين بان نقصت أمواله فان الدائنون يتأثرون بذلك، ويمكنهم حمايته بدعوى الضمان العام المادة 188 قانون مدني( الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية).

### ثالثا-عدم انصراف آثار العقد إلى الغير:

الغير كل شخص غير المتعاقدين وغير خلفهما العام والخاص ، ولا يتأثر بالعقد، ومعنى ذلك أن العقد لا يضر الغير ولا ينفعه ، حسب نص المادة 113 قانون مدني، لكن هناك حالات نص عليها القانون يمكن فيها أن تتصرف آثار العقد فيها إلى الغير استثناءا:  
-الدعوى المباشرة، على الرغم من كون الدائن من الغير يحق له مباشرتها باسمه في عقد لم يكن طرفا فيه،

-انصراف آثار العقد إلى الغير بإرادة المتعاقدين وهي حالة: التعهد عن الغير، وحالة الاشتراط لمصلحة الغير.

### \* التعهد عن الغير :

تنص المادة 114 من القانون المدني على أنه: " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز لو مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

**فالتعهد** هو عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهد بأن تجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه. و أطرافه: المتعهد ، المتعهد له ، المتعهد عنه.

\*الاشتراط لمصلحة الغير : نظمه المشرع الجزائري بموجب المواد 116- 117-118 قانون مدني.

هو عقد يتم بين شخصين هما المشتراط والملتزم بمقتضاه يكسب شخص ثالث يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به، (مصلحة مادية: ، ويشترط في الاشتراط لمصلحة الغير بالإضافة للشروط العامة للتعاقد ما يلي:

1- أن يتعاقد المشتراط باسمه وليس باسم المستفيد، وهنا يفترق الاشتراط لمصلحة الغير عن الوكالة في أن الوكيل يتعاقد باسم الأصل بينما المشتراط يتعاقد باسمه.

2- أن يكتسب المستفيد حقه من العقد مباشرة، أي أن حق المستفيد لا يمر عبر ذمة المشتراط. وإنما يثبت له في ذمة المتعهد.

3- أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية مشروعة من الاشتراط، وهذه المصلحة يمكن أن تكون مادية أو أدبية، ومثال المصلحة المادية أن يكون الغرض من الاشتراط هو سداد دين المستفيد على المشتراط، كاشتراط البائع بالإيفاء بالثمن لصالح دائن البائع، ومثال المصلحة الأدبية التبرع كأن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة زوجته أو تأمين الأب على الحياة لصالح أبنائه.

أما مشروعية المصلحة إذا تخلفت فيبطل العقد، ومثال ذلك أن يؤمن الشخص على حياته لفائدة خليلته حتى يضمن استمرار العلاقة غير الشرعية فيبطل العقد لعدم مشروعية المصلحة.

ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً، أو أن يكون شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط إذا كان من الممكن تعيينه عند الوفاء بالالتزام

1  
المشتراط .

<sup>1</sup> المحامي الشيخ احمد بن محمد آل ثاني، الاشتراط لمصلحة الغير، مقال متوفر على الموقع الالكتروني ،

\* أحكام الاشتراط لمصلحة الغير: تنشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات:

-**العلاقة بين المشتراط والمتعهد:** يحكم هذه العلاقة التصرف القانوني الصادر من المشتراط سواء أكان عقداً أم وصية (إرادة منفردة). حيث يلتزم كل من المشتراط والمتعهد بتنفيذ الالتزامات التي نشأت في ذمتها بمقتضى الاشتراط ووفقاً لبنوده. وإذا قصر أحدهما في الوفاء جرى حكم القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ الالتزامات، فيجوز لكل منهما أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، أو يطلب التعويض كما يجوز أن يطلب الفسخ أو يدفع بعدم التنفيذ.

-**العلاقة بين المشتراط والمنتفع:** لا تظهر هذه العلاقة في العقد المبرم فقد يكون الاشتراط على سبيل المعاوضة أو على سبيل التبرع.

- **العلاقة بين المتعهد والمنتفع:** وهي أهم العلاقات ويظهر فيها بوضوح الخروج على قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى غير المتعاقدين. أي الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد، وسيترتب عليها أن المنتفع يكسب حقاً مباشراً من عقد الاشتراط، وهذا الحق يكون قابلاً للنقض من جانب المشتراط، وذلك إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستعادة من الاشتراط.

#### خاتمة:

تعتبر النظرية العامة للعقد من أهم النظريات في القانون المدني وكل القوانين الأخرى حيث تعد مرجعاً لجميع العقود سواء في القانون الخاص أو القانون العام. وقد استأثر القانون المدني بتنظيم القواعد العامة التي تحكم العقد، ووضح مفهومه وأركانه وشروط انعقاده وآثاره وانقضائه.

ولعل السبب الذي جعل العقد يبلغ هذا الاهتمام هو شيوعه في حياتنا العملية مقارنة بباقي مصادر الالتزام. وتأثره بمختلف التطورات الحاصلة حيث شهدت نظرية العقد مواكبة ومسايرة للتطورات الاقتصادية، والتي أثرت في مبادئها إلا أنها بقيت ثابتة من حيث الأسس

العامّة، مع فتح المجال لباقي القوانين في الحد من هذه المبادئ أو إضافة مبادئ والتزامات جديدة لم تكن معروفة من قبل.

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولاً- قائمة المصادر

-القرءان الكريم.

-معجم المعاني الجامع ، متوفر على الموقع الالكتروني:

. <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/عقد/>

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 78 صادرة بتاريخ 1975/09/30.

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

#### ثانياً- قائمة المراجع:

##### 1-الكتب:

- ابراهيم أيمن العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

-أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، منشأة المعارف، مصر، 2009 .

- امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001 .
- خليل احمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005 .
- حسام الدين كمال الاهواني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1995.
- حمزة قتال، مصادر الالتزام - العقد -، دار هومة، الجزائر، 2018 .
- خليل احمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 ،
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- زياد محمد أحمديان، قاموس المعجم الجامع ، الدار العربية، الأردن، 2008.
- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الأردن، 1986.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 .
- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 .
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة التاسعة، 2015 .
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر ، 2003 .

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 10.
- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- فايز أحمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية ومدى أحقية المضرور في الجمع وأالخيرة بينهما، دار النهضة العربية، 2006.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2007 .
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2019.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012،
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .
- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004 .
- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- يوسف محمد قاسم عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الميسرة، الأردن، 2019.

## 2-المقالات العلمية:

- العربي بن قسمية، تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي الأغواط - الجزائر، العدد 62، جانفي 2018.

- بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد 03، العدد التسلسلي 35، يونيو 2021.

- زرارقي سمية ، عيادي فريدة، العقد بين الأزيمة ومقتضيات التطور، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي الاغواط، 2022.

-شارف بن يحي، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، السنة 2020 .

- شهيدي محمد سليم، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8، العدد 02، السنة 2021 .

## 3-الأطروحات والرسائل الجامعية:

- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2020.

- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

-شارف بن يحيى، التعاقد بالعربون في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2017-2018.

- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008.

#### 4-المحاضرات والمطبوعات:

- بن عودة مصطفى، أعمال موجهة مقدمة لطلبة السنة الثانية جذع مشترك حقوق للسداسي الأول في مقياس القانون المدني، جامعة غرداية، 2021-2022.

-دريس كمال فتحي، محاضرات في مادة العقود الخاصة، السداسي الأول، عقد البيع، أقيت على طلبة السنة الثانية ليسانس ل م د، تخصص قانون خاص، جامعة الوادي، 2021 - 2022 .

- عسالي صباح، محاضرات في مصادر الالتزام، جامعة الجلفة، 2021-2022 .

- علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، نظرية العقد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، 2020-2021.

- كلو هشام، محاضرات في مصادر الالتزام ( القانون المدني)، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، دون ذكر السنة.

#### 5-المواقع الإلكترونية:

- المحامي الشيخ احمد بن محمد آل ثاني، الاشتراط لمصلحة الغير، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني ،

<https://lusailnews.net/knowledgegate/opinion>

بتاريخ 2022/05/07

-روان حسن محيسن، العربون والشرط الجزائري، مقال متوفر على الموقع الالكتروني

<https://wadaq.info/العربون-والشرط-الجزائري/>

بتاريخ 11 افريل 2021.

ثالثا-المراجع باللغة الأجنبية:

-code civil français, disponible sur le site web officiel :

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006)

[070721/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/)

- CARBONNIER (J), Droit civil, t. IV, les obligations, P. U. F., Paris, 1996.

-Philippe Malinvaud, Droit des obligation, Les mécanismes juridiques des relation économiques, Litec, Paris, 1990.

- Jacques Flour , Jean-Luc Aubert, Eric Savaux , Droit civil : les obligations Tome 1 : l'acte juridique (17e édition), Sirey ,Université,Paris ,8 Septembre 2022.

## الفهرس:

2.....	مقدمة:
8.....	الفصل الأول: مفهوم العقد Le contrat
8.....	المبحث الأول: تعريف العقد
9.....	المطلب الأول: تحديد المقصود بالعقد
12.....	المطلب الثاني: أساس القوة الملزمة للعقد أو مبدأ سلطان الإرادة
20.....	المطلب الثالث: أزمة العقد
22.....	المطلب الرابع: تقسيمات العقود
33.....	الفصل الثاني: أركان وشروط صحة العقد
34.....	المبحث الأول: اركان العقد

34	المطلب الأول: وجود التراضي
36	الفرع الأول: مفهوم الإرادة وطرق التعبير عنها
46	المطلب الثاني: صور خاصة لتطابق الإرادتين
46	الفرع الأول: الوعد بالتعاقد
49	الفرع الثاني: التعاقد بالعربون
52	الفرع الثالث: النيابة في التعاقد
58	المبحث الثاني: شروط صحة التراضي
58	المطلب الأول: الأهلية
58	الفرع الأول: المقصود بالأهلية
60	الفرع الثاني: عوارض الأهلية
62	المطلب الثاني: عيوب الإرادة
71	المبحث الثاني: المحل
77	المبحث الثالث: السبب
83	الفصل الثالث: بطلان العقد وانحلاله
83	المبحث الأول: بطلان العقد
94	المبحث الثاني: انحلال العقد
99	الفصل الرابع: آثار العقد
100	المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد بالنسبة للموضوع
104	المبحث الثاني: القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

110 .....:خاتمة

111 .....قائمة المصادر والمراجع

117 .....:الفهرس