وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشادلي بن جديد – الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الشادلي بن جديد - الطارف
قسم الحقوق
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مطبوعة بيداغوجية بغرض التأهيل الجامعي

بعنوان: القانون المدني (مصادر الإلتزام – نظرية العقد–)

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس – جذع مشترك

من إعداد الدكتورة: رشا مقدم

أستاذ محاضر – ب

السنة الجامعية: 2024/2023

جامعة الشاذلي بن جديد
UNIVERSITE CHADLI BENDJEDID

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشاذلي بن جديد- الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الشاذلي بن جديد
UNIVERSITE CHADLI BENDJEDID

_ المجلس العلمي _

المرجع رقم: 84 م.ع / ك ح ع س/ ج ش ب ج/2024 — الطارف في : 05 / 11 /2024

مستخرج من محضر المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية

رقم 07 المؤرخ في 05 نوفمبر 2024

بناءً على محتوى محضر الدورة رقم 07 العادية المؤرخ في 05 نوفمبر 2024

صادق ووافق المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية على المطبوعة البيداغوجية

- **الموسومة بـ** محاضرات في مقياس القانون المدني (مصادر الالتزام + نظرية العقد)
- **مقدمة من طرف الدكتورة:** مقدم رشا [أستاذة محاضرة- ب]
- **موجهة لطلبة:** السنة الثانية ليسانس.
- **الموسم الجامعي:** 2023-2024.
- **لغرض:** الترقية لرتبة أستاذ محاضر (أ) التأهيل الجامعي

وذلك بناءً على التقارير الإيجابية لكل من الخبيرين:

د. بليدي دلال	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة الشاذلي بن جديد- الطارف
أ.د رواب جمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجيلالي بونعامة - خميس مليانة

عميدة الكلية

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
عميدة كلية الحقوق والعلوم السياسية
الأستاذة الدكتورة: سنينة غريب

رئيسة المجلس العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد – الطارف-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
رئيس المجلس العلمي للكلية
الدكتورة: بليدي دلال

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشاذلي بن جديد الطارف
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

جامعة الشاذلي بن جديد
UNIVERSITE CHADLI BENDJEDID

جامعة الشاذلي بن جديد
UNIVERSITE CHADLI BENDJEDID

المرجع ق ح / ك ح ع س/ج ش ب ج ط 2024 التاريخ: 08-06-2024

اشهـــــــــاد بمطابقة المحاور

يشهد رئيس قسم الحقوق بأن:

محاور مطبوعة مقياس **مصادر الالتزام** الموجّهة لطلبة **السنة الثانية ليسانس – السداسي الثالث** – بجامعة الشاذلي بن جديد الطارف، المقدمة من طرف **الدكتورة: مقدم رشا، مطابقة لمحاور المقياس** في عرض التكوين المؤهل بالقرار الوزاري رقم 582 بتاريخ 2014 /07/23 المعدل لملحق القرار 503 المؤرخ في 28جويلية 2013 الذي يحدد برنامج التعليم القاعدي المشترك لشهادات الليسانس ميدان حقوق وعلوم سياسية فرع حقوق.

رئيس القسم

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
رئيس قسم الحقوق
الدكتور: فارس مزوزي

Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique

Université ElTarf

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Département De Droit

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

Département De Droit

قسم الحقوق

الطارف في: 08 / 06 / 2024

الرقم: 99/ق. ح/2024

إشهاد بالتدريس

يشهد رئيس قسم الحقوق أن الأستاذ (ة):

- الإسم واللقب: رشا مقدم
- الرتبة:أستاذة محاضرة قسم –ب –
- التخصص:قانون خاص

قد درس (ت) لحساب الموسم الجامعي 2023–2024:

المقياس المدرس	المستوى	محاضرة / أعمال موجهة
السداسي الثالث		
مصادر الإلتزام	السنة الثانية ليسانس	محاضرة

رئيس القسم:

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
رئيس قسم الحقوق
الدكتور: فارس مزوزي

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشادلي بن جديد – الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مطبوعة بيداغوجية بغرض التأهيل الجامعي

بعنوان: القانون المدني (مصادر الإلتزام – نظرية العقد–)

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس – جذع مشترك

من إعداد الدكتورة: رشا مقدم

أستاذ محاضر – ب

السنة الجامعية: 2024/2023

1- عنوان الوحدة: وحدات التعليم الأساسية

2- المقياس: القانون المدني (مصادر الإلتزام)

3- المعارف القبلية: بعد استكمال الطالب للسنة الأولى ليسانس – جذع مشترك، لابد وأن يكون قد اكتسب مجموع المعارف جراء دراسته لعدد من المقاييس التي تعتبر بمثابة مقاييس مؤسسة للمقاييس المدرسة خلال السنة الثانية ليسانس، والمتمثلة في:

-مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون).

- مدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق).

- تاريخ النظم.

4- أهمية المقياس: تتمثل أهمية مقياس القانون المدني (مصادر الالتزام)، بالنسبة لطلبة السنة الثانية ليسانس، فيما يلي:

-تعتبر الالتزامات الوجه الثاني للحقوق، فالقانون يبنى على حفظ الحقوق التي هي في المقابل التزامات للطرف الآخر، لذلك فإن دراسة الالتزامات مهم جدا.

-تعتبر نظرية العقد أهم النظريات المؤسسة لتخصص القانون، فلابد من أن يتمكن الطالب من هذا المقياس مؤسسا لبقية المقاييس التي سيدرسها مستقبلا، سواء كان تخصص قانونا خاصا (عقود خاصة)، أو كان تخصصه قانونا عاما (العقود الادارية).

5- أهداف التعليم: من أجل اكتساب مقياس القانون المدني لابد على الطالب، أن:

- يُعرف كل من الالتزام، والمصادر الارادية والمصادر اللارادية للالتزام.

- يُفرق بين مصادر الالتزام.

- يتمكن من المفاهيم الأساسية لنظرية العقد، ومن ثم يُفرق بين الأركان المكونة له.

- يستخلص أهم المبادئ التي يقوم عليه القانون المدني خاصة في شقه المتعلق بظرية العقد.

6- محتوى المقياس: يتضمن مقياس القانون المدني، المدرس لطلبة السنة الثانية ليسانس خلال السداسي الثالث، المحاور الأساسية الآتي ذكرها:

- مفهوم الالتزام: تعريفه، مصادره.

- نظرية العقد: تكوينه، بطلانه وابطلاه، انقضائه.

7- طريقة التقييم: إمتحان نهائي.

مقدمة

تعتبر الالتزامات أساس الدراسات القانونية سواء ما كانت تتعلق بمقاييس تتعلق بتخصص القانون الخاص أو حتى القانوني العام، فمنذ القدم إتجهت جل التشريعات على رأسها التشريع الروماني بعدها التشريع الجرماني والتشريع الأنجلوسكسوني للتفصيل في أصل الالتزامات وشروطها. وهو ما أخذت به التشريعات الحديثة من بينها التشريع الجزائري، فالمنظومة التعليمية لشعبة الحقوق تقتضي بالضرورة تدريس مقياس الالتزامات لطلبة السنة الثانية ليسانس، لما له من ضرورة بالغة في تكوينهم.

إن الالتزامات هي الرابطة التي تقوم بين الأشخاص القانونية على مدار تعاملاتهم اليومية، وعليه من الضروري التطرق بالدراسة إلى مفهوم الالتزام وخصائصه وأنواعه، وأخيرا مصادره.

غير أن تشعب مصادره، وخصوصية أحكامها تقتضي منا بالضرورة التطرق إلأى أهم مصدر والذي تنضوي أحكامه العامة على أحكام بقية المصادر، ألا وهو النظرية العامة للعقد

فمن المعلوم أنه يجب لقيام العقد توافق إرادتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين، فالإرادة إذن هي جوهره وأساسه، ويظهر دورها بوضوح في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عنه، وكذا القيام بالتعديلات المناسبة لتغيير مضمونه، ويصير بذلك شريعة للمتعاقدين. إلا أن المشرع جعله يرتب آثاره بذاته، حيث تقوم الالتزامات المنشأة بموجبه على القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون. إلا أن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال العقدي ليس مطلقا، إذ إن هناك قيودا عديدة فرضها المشرع.

قد تعزز ذلك بفضل تطور وظيفة الدولة بأن أصبحت تتدخل سواء في مراقبة مختلف الميادين الاقتصادية والاجتماعية نتيجة لتزايد المعاملات، ولما أصبح يمثله العقد في الجانب الاقتصادي أو لمدى اتساع نطاقه، أو من أجل رسم السياسة العامة للدولة قصد تحقيق نوع من العدالة الاجتماعية.

المحور التمهيدي: مفهوم الالتزام

أولا: تعريف الالتزام: الالتزام هو الواجب أو الموجب، وليس كل واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل منزلة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه الدعوى أمام القضاء، ويتجاوز الالتزام الأخلاق، فصحيح أن الواجب القانوني والالتزام الأخلاقي يتفقان في عدة صور، لكنهما يختلفان في البعض الآخر، كما في صورة سقوط الحق بالتقادم، ولهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القوة القاهرة، فهوا واجب قانوني ممكن[1].

من أجل تحديد مفهوم الالتزام لابد من الإشارة للمذهبين المتنازعين لتعريفه، وذلك لغياب المفهوم التشريعي له.

غير أننا سوف نعرج على ما أخذ به المشرع الجزائري:

أ-المذهب الشخصي: يعتبر الفقيهان Planiol وSavigny أبرز أنصار المذهب الشخصي اللذان يعتبران أن الالتزام سلطة دائن على مدين، وأن الحقوق ليست إلا روابط قانونية شخصية، ويحظى في هذه النظرية شخص المدين بإهتمام كبير ويكون للدائن سلطة عليه، إذ لا يكتمل الالتزام حسب هذا المذهب إلا بوجود دائن ومدين، فحق المشتري مثلا في تسلم المبيع والتزام البائع بتسليمه، وحق البائع في الثمن والتزام المشتري بدفعه في عقد البيع عبارة عن علاقة قانونية تفترض وجود طرفين أحدهما دائن والآخر مدين، كما أن حق المضرور في التعويض والتزام المتسبب في الضرر بالتعويض[2].

وعليه استبعدت هذه النظرية كل من حوالة الحق، وحوالة الدين والوعد بالجائزة والاشتراط لمصلحة الغير، ففي كل هذه الأنظمة القانونية لا يتحقق ركن وجود طرفا الالتزام، وبما أن لا يمكن حسب هذا التصور نشوء التزام دون وجود الدائن والمدين فلا تعتبر الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

---

[1] – علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015/2014، ص 14.

[2] – العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2016/2015، ص 28 و29.

ب– المذهب المادي: يغلب هذا المذهب الناحية المادية في الالتزام باعتباره رابطة بين ذمتين، أي باعتباره يمثل حقا في ذمة الدائن، ويمثل دينا في ذمة المدين[1].

ج– موقف المشرع الجزائري من المذهبين: أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الشخصي كما جاء في نص المادة 54 من القانون المدني، على أنه:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

هذا التعريف منتقد أخذ من من القانون الفرنسي قانون نابليون، ومع ذلك المشرع الجزائري لم يهمل الجانب الموضوعي، وهو ما جاء به نص المادة 116 من القانون المدني، على أنه:" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

ومنه إعتنق القانون المدني الجزائري النظرية الشخصية، كالقوانين اللاتينية والعربية وجعلها هي الأصل، ولم يهمل الأخذ بالنظرية المادية بل أعطاها نصيبا من أحكامه. فنص على حوالة الدين، وعلى الوعد بالجائزة الموجه للجمهور، وعلى الاشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد، وأخذ بمعايير مادية، مثل معيار الغبن في البيع والقسمة، وأخذ بالإرادة الظاهرة في كثير من المواضيع بقصد استقرار التعامل بين الناس، كما فعل في بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهيلته[2].

ثانيا: عناصر الالتزام: للالتزام عنصرين، يتمثلان فيما يلي:

أ– عنصر المديونية: هو الواجي الذي يقع على المدين ويفرض عليه القيام بأداء معين لمصلحة شخص آخر هو الدائن، حيث من خلال المديونية تعتبر ذمة المدين مشغولة بدين معين[3].

[1] – بن صالح (م) قرطبي سهيلة، محاضرات الالتزامات (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقياد – تلمسان، الجزائر، 2020/2019.

[2] – فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس الالتزامات، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور – الجلفة، الجزائر، 2010/2009، ص 335.

[3] – محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني –دراسة فقهية وقضائية–، مصر، 2016، ص 5.

ب– عنصر المسؤولية: الالتزام هو واجب قانوني تقوم الدولة بحمايته وضمان تنفيذه بواسطة سلطاتها. فإذا رفض المدين أو تماطل في تنفيذ التزامه أمكن إجباره على ذلك، وبهذا يتميز الالتزام عن الواجبات الأخرى غير القانونية كالواجبات الأخلاقية بل وحتى غيره من الالتزامات القانونية وهو الالتزام الطبيعي[1].

ثالثا: أنواع الالتزام: يمكن تقسيم الالتزام بالنظر إلى:

أ–تقسيم الالتزام من حيث طبيعته: ينقسم الالتزام بالنظر إلى طبيعة عناصره المكونة له، إلى:

1– الالتزام المدني"Obligation civil" : وهو الذي يتضمن عنصري المديونية والمسؤولية، حيث تمثل علاقة الدائنية بين شخص الدائن (صاحب الحق) وشخص المدين (المطالب بالحق) عنصر المديونية. أما عنصر المسؤولية فيتمثل في كون الالتزام يقتضي الحماية عن طريق الحق في رفع دعوى قضائية لالزام المدين بالالتزام.

2– الالتزام الطبيعي"Devoir moral" : يتكون هذا النوع من الالتزامات من عنصر واحد ألا وهو عنصر المديونية، إذ يفتقد لعنصر المسؤولية حيث لا يمكن للدائن إجبار مدينه على تنفيذ التزامه. فرغم إعتراف القانون بوجود الالتزام الطبيعي إلا أنه لا يحميه، ومثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شيء لآخر ثم يتقاعس هذا البائع في طلب الثمن من المشتري وتمر 15 سنة فيتقادم حق البائع في مطالبة المشتري بالوفاء بالثمن ويفقد حقه في المطالبة القضائية لتقادم التزام المشتري بدفع الثمن، وبذلك يفقد الالتزام المدني الحماية ويصبح التزاما طبيعيا[2].

ب– تقسيم الالتزام من حيث المحل: تنقسم الالتزامات من حيث المحل، إلى:

1–الالتزام بالمنح" Obligation de donner": هو التزام بإنشاء حق عيني أو بنقله، وصورته التزام البائع بنقل الملكية، والالتزام بإنشاء حق ارتفاق لمصلحة عقار على عقار آخر مثلا[3].

---

[1] – سومية ديرم، محاضرات في مصادر الالتزام، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البشير الابراهيمي – برج بوعريريج، الجزائر، 2021/2020، ص 2.

[2] – علال طحطاح، مطبوعة بيداغوجية في القانون المدني (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة، الجزائر، 2019/2018، ص 9.

[3] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، 2012، ص 23.

2- الالتزام بعمل" Obligation de faire": محل الالتزام قد يكون عملا يلتزم أن يقوم به المدين وقد يكون هذا العمل ماديا، كما في حالة إقامة بناء، أو القيام بأداء خدمة معينة، كما قد يكون عملا قانونيا، ومثاله قيام الوكيل بتصرف قانوني نيابة عن الأصيل ولحسابه.

وقد تكون لشخصية المدين اعتبار في القيام بالعمل، ومن ثم لا يجوز أن ينوب غيره في الوفاء بالتزامه، كالتزام طبيب بإجراء عملية جراحية، ففي هذه الحالة لا يجوز جبر المدين على القيام بما التزم به عمله، إذ أن هذا الإجبار ينطوي على مساس بحريته الشخصية، وغالبا ما ينتهي الأمر باكتفاء الدائن بالتنفيذ بمقابل، أي التعويض المالي[1].

3- الالتزام بامتناع عن عمل" Obligation de ne pas faire": قد يكون الالتزام امتناعا عن عمل، ويتضمن ذلك أن يمتنع الدائن عن القيام بعمل معين يستطيع أن يقوم به لولا التزامه عنه.

والامتناع عن عمل قد يكون ماديا، كالتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر في مكان معين أو في سلعة معينة، ومثاله أيضا الالتزام بعدم البناء على مسافة معينة من منزل جاره.

كما قد يكون الاكتناع عن عمل قانوني، كما في حالة التزام البائع بعدم ترتيب أي حق على الشيء المبيع للغير.

فإذا ما أخل المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل، يجوز للدائن المطالبة بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام، ويستطيع استصدار ترخيص من القضاء بأن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين[2].

ج- تقسيم الالتزام من حيث طريقة تنفيذه: ينقسم الالتزام من حيث طريقة تنفيذه، إلى:

1-الالتزام العيني: ويتم ذلك عندما يلزم القانون الشخص بتنفيذ عين ما التزم به، كمن يلتزم ببناء بيت لشخص ما فهو ملزم بتنفيذ التزامه عينا من خلال بنائه للبيت، فإن بنى البيت المتفق عليه اعتبر قد نفذ التزامه عينا، والأصل في الالتزام أن يكون عينا[3].

---

[1] - تنص المادة 169 من القانون المدني، على أنه:" في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

[2] - تنص المادة 173 من القانون المدني، على أنه: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الازالة على نفقة المدين".

[3] - مصطفى ابراهيم المزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الأولى، احسان للنشر والتوزيع، مصر، 2014. ص 41.

2- الالتزام بمقابل: وهو تنفيذ الالتزام بعوض آخر غير المتفق عليه ويتحقق ذلك مثلا عندما يهلك الشيء المبيع في عقد البيع بسبب البائع فيلزم البائع بتعويض المشتري مما يستوجب تنفيذ الالتزام بمقابل بدل تنفيذ الالتزام عينا[1].

د- تقسيم الالتزام من حيث أثره: يتقسم الالتزام من حيث أثره، إلى:

1-الالتزام ببذل عناية " Obligation de moyen": وهو أن يسعى المدين لتنفيذ التزامه ويبذل الجهد اللازم لذلك فيعتبر قد نفذ التزامه طالما أنه بذل العناية في تنفيذه، ومجرد إثباته أنه بذل عناية كافية دليل على أنه نفذ التزامه مثل التزام الطبيب بعلاج المريض.

فعدم تنفيذ هذا النوع من الالتزام لا يقيم مسؤولية المدين، إلا إذا لم يقم بالعناية الكافية في تنفيذ الالتزام.

2- الالتزام بتحقيق نتيجة " Obligation de résultat": على خلاف النوع الأول فإن المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة ملزم بتحقيق النتيجة، فإن بذل العناية دون تحقيق النتيجة فلا يعتبر قد نفذ التزامه وإنما يجب عليه الوصول للنتيجة المبتغاة، فإذا لم يحقق النتيجة يعتبر قد أخل بالتزامه وعدم تحقيق النتيجة في هذا النوع من الالتزام قرينة على تحمل المدين المسؤولية، لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإثبات أن عدم تنفيذ الالتزام كان بسبب أجنبي. ومثال هذا الالتزام، التزام المحامي بالطعن في حكم أو قرار قضائي.

رابعا: مصادر الالتزام: يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني المباشر والقريب الذي يؤدي إلى نشوئه، من التصرفات أو الوقائع التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، لأن هذا الأخير أمر عرضي في حياة الأشخاص، لابد من سبب ينشئه في ذمتهم. فإن المراد بالمصدر هنا هو الفعل الذي يؤدي إلى ميلاد الالتزام، أي بمعنى المنبع الذي يستقي منه أصله ومادته[2].

أ-التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام: قسم الفقيه الفرنسي القديم "بوتييه Pothier" -متأثرا بالقانون الروماني- مصادر الالتزام إلى خمسة (5) مصادر، هي: العقد Le contrat، شبه العقد Le quasi contrat، الجريمة Le délit، شبه الجريمة Le quasi délit، وأخيرا القانون La loi.

[1] - علال طحطاح، المرجع السابق، ص 9.

[2] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 77.

نال هذا التقسيم نجاحا كبيرا، خاصة في النصف الأول من القرن التاسع عشر، حيث أخذ به التقنين المدني الفرنسي الصادر عام 1804م، والتقنينات التي نسجت على منواله، وظل بمنآى عن كل نقد حتى كان النصف الثاني من القرن الماضي[1].

غير أنه يحظ بتأييد الفقه المدني، حيث واجه انتقادات صارمة في مطلع القرن الحالي من طرف كثير من الفقهاء، وعلى رأسهم الفقيه "دوما Domat"، وكذا الأستاذ " بلانيول Planiol"، على أنه منعدم الأساس المنطقي، وأنه ناقص لأنه لم يذكر الإرادة المنفردة إلى جوار العقد، وكذلك الإثراء بلا سبب.

ثم إنه يحتوي على تعريفات غير دقيقة من الناحية القانونية، والتي منها (الجريمة وشبه الجريمة)، لما فيها من معنى العقوبة التي لا مجال لها في المسائل المدنية، كما أن اصطلاح (شبه العقد) هو تعبير غير صحيح بل مضلل أيضا، لأنه سوحي بأنه عمل إرادي مشروع، والحقيقة عكس ذلك تماما، حيث يبتعد شبه العقد عن العقد لأنه غير إرادي، ويقترب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه عمل غير مشروع[2].

ب– التقسيم الحديث لمصادر الالتزام: يرى أنصار هذا التصنيف وعلى رأسهم الفقيه " كاربونييه Carbonnier "، والأستاذ السنهوري بأن المصادر المنشئة للالتزام يمكن حصرها في: التصرف القانوني، والواقعة القانونية[3].

1– التصرف القانوني Acte juridique: ينضوي تحت التصرفات القانونية كل من العقد والإرادة المنفردة بإعتبار أن التصرف القانوني هو إنصراف الإرادة بطريقة حرة إلى إحداث نتائج قانونية لا فرق في ذلك بين إحداث هذه الآثار عن طريق تقابل الإرادات (العقد) أو إحداثها بإرادة واحدة (التصرف الأحادي الطرف).

[1] – عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (الكتاب الأول: نظرية العقد)، الطبعة السادسة، دار الأمان، الرباط – المغرب، 2018، ص 23.

[2] –Jean Philippe Levy, André Castaldo, Histoire du droit civil, 2éme édition, Dalloz, paris-France, 2010, p 317.

[3]– السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ، الجزء الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1998، ص 130.

يعتبر التصرف القانوني من المصادر الإرادية، التي تكون فيها الإرادة السبب المنشئ سواء أكان ذلك بإرادة منفردة أو باتفاق إرادتين.

2- الواقعة القانونية Fait juridique : فهي حدوث أفعال مادية تستوجب التحمل بالالتزام وهذه الوقائع قد تكون ضارة بالغير، ويتعلق الأمر هنا بالعمل غير المشروع سواء كان عمديا أو تقصيريا، وقد تكون نافعة له كحالة الإثراء بلا سبب والفضالة والدفع غير المستحق.

إذا فالواقع القانونية تمثل المصادر غير الإرادية والتي يرتب عليها القانون آثارا[1].

المحور الأول: مفهوم العقد

أولا: تعريف العقد " Le contrat": عرفته المادة 54 من القانون المدني، على أنه:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص اتجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[2].

من خلال التعريف القانوني أعلاه يتضح لنا أن العقد هو "اتفاق" يهدف إلى "إحداث آثار قانونية"، وسنوضح ذلك فيما يلي:

أ- العقد اتفاق: بمفهوم المادة 54 من القانون المدني العقد هو أصلا إتفاق، لكن السؤال المطروح هل كل اتفاق يعتبر عقدا؟

1- مفهوم الاتفاق "La convention": يقصد به اتحاد وجهة نظر أشخاص اتجاه أمر معين، وهذا يستلزم أمرين:

- وجود شخصين أو عدة أشخاص مستقلين عن بعضهم البعض (طبيعيين أو اعتباريين)، وأن يكونوا متساويين قانونا.

- أن تكون لأطراف الاتفاق مصالح متباينة، غير أن هذا التباين والتعارض لا يعني وجود نزاع وإنما تحقيق مصالح مختلفة، مثال ذلك: مصلحة البائع ومصلحة المشتري في عقد البيع.

---

[1] - علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 40.

[2] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد رقم 78، 1975.

2- خصائص الاتفاق المكون للعقد: هناك من الفقهاء من ميز بين الاتفاق والعقد لعدة اعتبارات، فمنهم من اعتبر الاتفاق جنس بينما العقد نوع منه. في حين يرى البعض الآخر أن العقد هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام، بينما الإتفاق قد يكون تصرفا يقصد به إنشاء علاقات أو إلتزامات عائلية، ففي هذه الحال فإن الإتفاق يعتبر أعم وأوسع مفهوما من العقد[1].

يكون العقد اتفاقا متى استوفى الخاصيتين التاليتين:

- أن يكون خاضعا لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة.

- أن يتعلق بمصالح مالية.

ب- العقد يهدف إلى إحداث آثار قانونية: إن من الخصائص والمميزات الأساسية للعقد أنه يهدف إلى إحداث آثار قانونية، وبالتالي فإن الاتفاق الذي يرقى إلى درجة العقد لابد أن يحدث تغييرا في الوضعية القانونية للمتعاقدين، وذلك إما بـ:

1- اكتساب حقوق وتحمل إلتزامات جديدة، مثال ذلك: البائع يصبح دائنا بثمن المبيع، والمشتري مدينا بدفع الثمن.

2- انقضاء حق، مثال ذلك: الدائن الذي يبرئ مدينه.

3- إعطاء صفات قانونية جديدة، مثال ذلك: بمقتضى عقد البيع يصبح مالك المبيع بائعا، والمتعاقد معه مشتريا.

4- تغيير في الذمة المالية للمتعاقدين، مثال ذلك: في عقد البيع تنتقل ملكية المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري، وينتقل ثمن المبيع من ذمة المشتري إلى ذمة البائع.

5- ترتيب آثار جديدة لا تتضمن إلتزامات، مثال ذلك: عقد الصلح المنصوص عليه في المادة 459 من القانون المدني.

الجدير بالذكر، أن الآثار المترتبة عن عقد ما، قد تتعدى مجرد اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، فقد يترتب على العقد مثلا إنشاء شخصية معنوية جديدة، ومثال ذلك عقد الشركة المنصوص عليه في المادة 417 من القانون المدني.

[1] - فواز الصالح، القانون المدني (مصادر الالتزام)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهزرية العربية السورية، 2018، ص 8.

المحور الثاني: تطور نظرية العقد

أولا: النظرية التقليدية للعقد: (مبدأ سلطان الإرادة): يقصد بالنظرية التقليدية للعقد : "المبادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره فيظل المذهب الفردي، وتترجم هذه المبادئ القانونية مجموعة من الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي". ونلخصها فيما يلي:

أ- النظريات التي تقوم على الأفكار الفلسفية رائدها الفقيه "كانت" "Kant": حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن للإنسان حقوقا طبيعية ذاتية يتمتع بها، وما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق الطبيعية. ومن جهة أخرى ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره حيث يعد إخضاع الفرد لقوانين غير أمرا منافيا للأخلاق، ولذلك يجب أن لا يخضع الشخص إلا لشريعته الذاتية.

ب- النظريات التي تقوم على الأفكار الاقتصادية رائدها الفقيه "أدام سميث" "Adam Smith": ترتكز هذه النظريات على حرية الملكية بإعتبارها حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان وحرية السوق التي يجب أن تخضع لمبدأ "العرض والطلب"، كما تتحقق المصلحة العامة عن طريق المجابهة الحرة للمصالح الشخصية.

هذه الأفكار جسدها مبدأ يحكم العقد ألا وهو " مبدأ سلطان الإرادة"، ومفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها[1].

1- تكوين العقد: وفقا للنظرية التقليدية فإن تكوين العقد يشتمل إلى جانب حرية الفرد في الإقدام على إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه، أمرين هما:

- أن العقود تخضع في تكوينها إلى "مبدأ الرضائية" ومفاده أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فيما يخص الكيفية التي يتم بها التعبير عن إرادتيهما، قصد إنجاز العقد.

- أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد مضمون العقد وتعيين بنوده وأحكامه، مع مراعاة أحكام النظام العام والآداب العامة فقط.

2- آثار العقد: وتتمثل فيما يلي:

- القوة الإلزامية للعقد: إن الإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوته الإلزامية، فطالما إلتزم المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذ ما إلتزم به، ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله أو إنهائه دون رضا المتعاقد الآخر، وهذا ما يفسر قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين".

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 117.

– مبدأ الأثر النسبي: مفاده أن آثار العقد لا تنصرف إلا للمتعاقدين، فالحقوق والواجبات التي يرتبها لا تلحق إلا المتعاقدين دون غيرهما[1].

ثانيا: النظريات الحديثة للعقد: سنوضحها من خلال التطرق إلى عوامل التطور والقواعد الجديدة إلى يقوم عليها هذا الإتجاه الحديث:

أ– عوامل التطور: إن تطور المجتمع في كل من المجال الاقتصادي والاجتماعي وكذا المجال الفكري، أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التطور فيما يلي:

1– تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه.

2– تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، وهو ما جعل العقد يخرج من نزعته "الفردية" إلى نزعة "جماعية".

3– لم يبق العقد قاصرا على التعامل بين أشخاص القانون الخاص، بإعتبار المساواة والعدل التبادلي اللذين تقوم عليهما علاقاتهم المختلفة، بل أصبح أيضا وسيلة يتعامل بها أشخاص القانون العام في مختلف تعاملاتهم.

4– التطور التكنولوجي وزيادة تقنيات الإعلام والإتصال مما سها من التعاملات واختصر المسافات بين المتعاقدين، إذ يمكن لشخص في الجزائر التعاقد مع شخص آخر في الصين دون حاجة إلى التنقل، ويتحقق ذلك خلال دقائق معدودة، فأصبح العقد يتم في فضاء جديد "فضاء لا مادي"[2].

إن هذه العوامل السابقة الذكر كثيرا ما قلصت من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية، الأمر الذي دفع أصحاب المذهب الفردي للتنديد بالأزمة التي لحقت العقد في تصوره ومبادئه.

ب– القواعد الجديدة: بناء على المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد منها:

1– الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة، مثال ذلك: فرض مضمون العقد.

2– الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد حيث أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات فتنصرف آثاره إلى أطراف كثيرة، مثال ذلك اتفاقيات العمل الجماعية.

---

[1] – زينب أحلوش، محاضرات في القانون المدني (القانون والعقد)، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس، الجزائر، 2021/2020، ص 140.

[2] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص: 54 -66.

3– فرض بعض الشكليات لمراقبة المعاملات.

4– مراقبة القاضي لشروط العقد، وفي بعض الأحيان مراجعتها من طرفه.

5– إقرار جزاء جديد يتناسب مع المبادئ الجديدة، فعوض إبطال العقد للشرط التعسفي مثلا، يبطل الشرط فقط أو يعفى المتعاقد من تنفيذه.

6– اشتراط حسن نية المتعاقد في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه.

7– واجب إعلام المتعاقد.

والملاحظ على العموم، أن التطورات التي يعرفها القانون تسعى كلها إلى الاعتداد بالأوضاع الحقيقية بدلا من الأوضاع المجردة، فالعبرة أصبحت بالمساواة الحقيقية اجتماعيا وثقافيا واقتصاديا، بدلا من المساواة السياسية وبالنزعة الموضوعية بدلا من النزعة الذاتية أو الشخصية.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أدرج العديد من هذه الأحكام الجديدة في القانون المدني وأصدر عددا كبيرا من التشريعات الخاصة (قانون المستهلك مثلا). إلا أنه لم يقم حتى في إطار برنامج إصلاح العدالة بإصلاح جذري للنظرية العامة للعقد، ومن ثم بقي متمسكا بالتقسيم التقليدي للعقود.

المحور الثالث: تقسيمات العقود

<table>
<tr><th colspan="3">من حيث التكوين</th></tr>
<tr><td>العقد الرضائي
هو الذي يكفي لإنعقاده وجود التراضي بين طرفيه (تطابق الإرادتين)،دون حاجة إلى إجراءات أو شكل محدد يفرغ فيه.
مثال ذلك: عقد الإيجار</td><td>العقد العيني
هو العقد الذي يتطلب فيه تسليم محل العقد حتى يصبح منتجا لآثاره بين المتعاقدين. ويذلك يعتبر التسليم ركنا فيه.
مثال ذلك: عقد الوديعة</td><td>العقد الشكلي
هو العقد الذي يجب لقيامه اتخاذ رضاء المتعاقدين شكلا محددا قانونا أو وجود إجراءات لاحقة حتى يصبح العقد منتجا لآثاره، فلا يكفي مجرد صبه في قالب معين.
مثال ذلك: عقد البيع المنصب على العقار</td></tr>
<tr><th colspan="3">من حيث إلتزام الأطراف</th></tr>
<tr><td colspan="2">العقد الملزم لجانبين
هو الذي يُنشئ منذ إبرامه، إلتزامات متقابلة في ذمة</td><td>العقد الملزم لجانب واحد
هو الذي يُنشئ منذ إبرامه، إلتزامات في ذمة المتعاقد</td></tr>
</table>

المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت ذاته. مثال ذلك: عقد الإيجار	الذي بادر به فيكون مدينا للمتعاقد الآخر دون أن يكون دائنا. في حين يكون المتعاقد الآخر دائنا دون أن يكون مدينا. مثال ذلك: القرض
من حيث النفاذ	
العقد الفوري هو الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، وينفذ دفعة واحدة دون ارتباط بعنصر الزمن، حتى ولو تأخر التنفيذ إلى وقت لاحق فهو لا يؤثر في العقد ما دام لا يؤثر على إلتزامات المتعاقدين. مثال ذلك: عقد البيع	العقد المستمر هو الذي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا وحاسما، إذ على أساسه يقاس محل العقد وتحدد إلتزامات المتعاقدين. ويبقى مستمرا ما دامت المنفعة فيه تتحقق شيئا فشيئا. مثال ذلك: عقد التوريد
من حيث البدل	
عقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، دون الأخذ بعين الإعتبار إن أخذ المتعاقد المقابل من المتعاقد الآخر أم لا.	**عقد التبرع** هو الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه للمتعاقد الآخر، أو أن لا يعطي مقابلا لما أخذه. مثال ذلك: عقد الهبة
من حيث طبيعة العقد	
العقد المحدد هو الذي يحدد فيه المتعاقدان وقت إبرام العقد إلتزامات كل منهما، دون النظر إلى وجود توازن في مقدار إلتزاميهما (أي عدم الأخذ بما إذا كان المقداران غير متعادلان). مثال ذلك: عقد البيع	**العقد الاحتمالي (عقد الغرر)** هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين وقت إبرام العقد، تقدير الفائدة أو النفع الذي سيجنيه من وراءه، لتوقفه على حادث غير متوقع. مثال ذلك: عقد التأمين

المحور الرابع: تكوين العقد

يتكون العقد من أركان وشروط، فالركن أمر يتعلق بوجود العقد أي شرط لإنعقاد العقد " Condition de formation"، أما الشرط فيتعلق بصحة العقد أي يخص صحة الرضا "Condition de validité".

لقد استحدث الفقه عذا التمييز نظرا للأهمية البالغة للجزاء الذي يترتب على تخلف كل من الركن أو الشرط. فإنعدام "الركن" يجعل العقد "باطلا بطلانا مطلقا"، بينما الإحلال "بشرط" من الشروط يعرض العقد "لقابلية الإبطال" فقط.

أولا: ركن الرضاء: " Le consentement": (المواد من 59 إلى 91 من القانون المدني)

يقصد المشرع بالرضاء تراضي المتعاقدين، فالعبرة برضاء كليهما وليس أحدهما دون الآخر، وهذا ما أكده نص المادة 59 من القانون المدني: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". ويجب أن يكون الرضاء كركن من أركان العقد "موجودا" و "صحيحا".

أ- وجود الرضاء: تعتبر الإرادة عنصرا جوهريا في الرضاء، الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

1- الإرادة أساس الرضاء: يقصد بالإرادة "La volonté" أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه، فالقانون لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي عرفت في مفهومها تطورات عديدة فرضتها تحولات المجتمعات، وقد أجمعت كلها على ضرورة إظهار هذه الإرادة.

1-1- الإرادة الجدية: وتكون الإرادة جدية متى صدرت من شخصية قانونية مؤهلة، ترغب في إحداث آثار قانونية:

1-1-1- صدور الإرادة من شخصية قانونية مؤهلة[1]: يجب أن يكون صاحب الإرادة مؤهلا قانونا، أي تكون له الشخصية القانونية من جهة، وأن يتمتع بأهلية الأداء ومنها أهلية التعاقد من جهة ثانية.

- **إكتساب الشخصية القانونية:** الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لإكتساب حقوق وتحمل واجبات، وتختلف حسب ما إذا كان الشخص:

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص: 98 – 101.

– **طبيعي**: كل إنسان سواء كان ذكر أو أنثى يتمتع بالشخصية القانونية من يوم ولادته إلى يوم وفاته، حسب نص المادة 25 من القانون المدني.

– **إعتباري**: يحدد القانون شروط إكتساب الشخصية القانونية التي تكون لها في جميع الحالات إرادة وذمة مالية وأهلية وموطن مثلها مثل الشخص الطبيعي، وذلك وفقا للمادتين 49 و50 من القانون المدني.

- **أهلية التعاقد**: أي درجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، وذكر المشرع في المواد 40 إلى 44 من القانون المدني القواعد العامة التي تحكم الأهلية.

هذا ونصت المادة 78 من القانون المدني، على:" كل شخص أهل للعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

1-1-2- إنصراف الإرادة إلى إحداث آثار قانونية: يجب أن تنصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، أي أن يكون راغبا في الإرتباط بحالة قانونية. فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر أو إكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا إقتضى الأمر.

- **إرادة الهازل**: لا يعتد بها، لأن صاحبها لا يقصد باللفظ الصادر منه المعنى الحقيقي أو المجازي للإرادة، فإرادة الهازل لن تنصرف إلى إحداث آثار قانونية.
- **الإرادة الصورية**: إلى جانب الإرادة الظاهرة التي يتم الإعلان عنها للغير، تكون للمعبر إرادة ثانية خفية هي الإرادة الحقيقية وتكون العبرة بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ إليها المعبر لإعتبارات عديدة، منها التحايل على الدائنين أو الخلف الخاص. وقد نصت المادة 198 من القانون المدني على السماح للمتعاقدين إذا كانوا حسني النية التمسك بالعقد الصوري.
- **الإرادة المتعلقة بمحض المشيئة**: لا تنتج مثل هذه الإرادة أثرها وقت صدورها وإنما ينتج أثرها عندما يرغب صاحبها في ذلك مستقبلا، وهذا ما جاء في نص المادة 205 من القانون المدني: "... إذا علق على شرط واقف يجعل الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم...". مثال ذلك: الوعد بالتفضيل هو

إتفاق يلتزم بموجبه الواعد نحو الموعود له في حالة ما إذا قرر في المستقبل مثلا، بيع شيء ما أن يعرضه عليه أولا قبل غيره[1].

1-2- الصور المختلفة للإرادة: لقد أسلفنا القول بأن الإرادة في حالتها الأولى مسألة نفسية تستوجب الكشف عنها بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة أو بأي وسيلة أخرى حتى يتمكن الغير من الإطلاع عليها، ولكن قد لا عبر الكلمة أو الإشارة بصدق عن الإرادة النفسية فيتغير المعنى الحقيقي. فأي الإرادتين يعتد بها؟

في هذا الشأن هناك نظريتين نستعرضهما فيما يلي:

1-2-1- نظريتا الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة:

- **الإرادة الباطنة:** هذه النظرية وضعتها المدرسة الفرنسية وهي مستمدة من المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، حيث يرى أصحابها أن المعنى الذي تحمله الكلمة أو الإشارة أو اللفظ المستعمل تعبيرا عن الإرادة يعتبر قرينة بسيطة على أنه المعنى الحقيقي الذي إنصرفت إليه نية المعبر، وعليه يمكن إثبات عكس ذلك إذا إقتضى الأمر.

تقوم هذه النظرية على مبدأ "تكريس المجتمع لخدمة الفرد"، إذ يعتبر أن حماية مصالح الفرد أولى من حماية مصالح المجتمع واستقرار المعاملات، وتترتب على هذه النظرية عدة نتائج نذكر منها:

- الغلط عيب من عيوب الرضا وهو مبطل للعقد.

- وفاة أو نقص أو فقد الأهلية المعبر تسقط الإرادة ولو صدر قبل وفاته أو حدوث نقص في أهليته أو فقدها.

- تأويل العبارة الغامضة وذلك بالبحث عن نية المتعاقد.

- السبب في التصرفات القانونية هو الدافع للتعاقد.

- **الإرادة الظاهرة:** هذه النظرية وضعتها المدرسة الألمانية، حيث يرى أنصارها أن الأصل في الإرادة هي تلك المعبر عنها بغض النظر عما إذا كانت مطابقة للإرادة النفسية أولا، فالمظهر الخارجي للإرادة

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص: 102 -104.

المتمثل في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة هو العنصر الأصلي في الإرادة. وهذا ما يجعل إثبات العكس أمرا مستحيلا.

وترمي هذه النظرية إلى حماية المجتمع على حساب المصالح الفردية، بحيث يتحمل الفرد النتائج المترتبة عن سوء استعمال أو اختيار الألفاظ أو الكلمات للتعبير عن إرادته، وتترتب على هذه النظرية نتائج مغايرة للنظرية الأولى منها،أن:

– الغلط لا يفسد الرضاء.

– الوفاة لا تؤثر على صلاحية التعبير الحاصل قبل الوفاة، بحيث ينجز أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه.

– العبارة الواضحة تلزم القاضي والأطراف، ولا يسمح بالبحث عن النية المشتركة[1].

1-2-2-موقف المشرع الجزائري: أخذ المشرع الجزائري بالنظريتين معا، وذلك كما يلي:

- **نظرية الإرادة الباطنة:** وتتمثل فيما يلي:

– تقر المادة 81 من القانون المدني، الغلط كعيب من عيوب الرضا وهذا يعني الإعتداد بالإرادة الباطنة فالغلط كما هو معلوم: وهم يقوم في ذهن الشخص المتعاقد ما يدفعه إلى التعاقد.

– تشترط المادة 97 من القانون المدني، مشروعية السبب والتطرق إلى مسألة المشروعية يقتضي فحص الباعث أو الدافع للتعاقد وهذا يعني العبرة بالإرادة الباطنة.

– تنص الفقرة 2 من المادة 98 من القانون المدني، على:" ...السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب...".

– المادة 111 من القانون المدني، تُلزم القاضي عند تأويليه للعبارات الغامضة في العقد بالبحث عن "النية المشتركة"، مما يعني الرجوع إلى الإرادة الباطنة.

[1] – ليلي جمعي، النظرية العامة للالتزام، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن أحمد – وهران1، الجزائر، ص 21.

- **نظرية الإرادة الظاهرة:** وتتمثل فيما يلي:

– أشار المشرع الجزائري في المواد "59- 60- 61" من القانون المدني، إلى التعبير عن الإدارة الذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة.

– يشترط في إبطال العقد بسبب التدليس أو الإبطال بسبب الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، أن يكون المتعاقد المستفيد عالما بذلك علما حقيقيا أو حُكميا، وهذا يعني أن أساس العقد هو الإرادة الظاهرة.

– تسمح المادة 198 من القانون المدني، لدائني المتعاقدين أو الخلف الخاص، إذا ما كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري أي الإرادة الظاهرة.

1-3-التعبير عن الإرادة:

1-3-1- طرق التعبير عن الإرادة: جاءت المادة 60 من القانون المدني وجسدت "مبدأ الرضائية"، إذ يتمتع الفرد بالحرية التامة فيما يخص الكيفية التي يعبر بها عن إرادته فقد يكون ذلك باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو بإتخاذ موقف.

ولقد قام الفقه بوضع تصنيف لهذه الكيفيات المختلفة للتعبير عن الإرادة، فميز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني.

- التعبير عن الإرادة على ضوء الفقه:

– **الفقه التقليدي:** يكون التعبير صريحا باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، أما التعبير الضمني فيكون بإتخاذ موقف.

– **الفقه الحديث:** يرى أن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين:

– **عنصر مادي:** يتمثل في اللفظ أو الكلمة أو الإشارة المتداولة بين الناس أو الموقف المتخذ.

– **عنصر معنوي:** يتمثل في نية المعبر، أي الغرض من استعمال هذه الألفاظ أو الكلمات أو المواقف.

- موقف المشرع الجزائري: نصت المادة 60 من القانون المدني على:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

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

1-3-2- آثار التعبير عن الإرادة: بمقتضى أحكام المادة 61 من القانون المدني، فإن التعبير عن الإرادة من شأنه أن يرتب عدة آثار قانونية، أهمها توفير الحماية القانونية للغير الذي يتصرف على أساس هذا التعبير، وذلك من خلال مسائلة المعبر عن الإرادة إذا عدل عن إرادته وسبب ضررا له[1].

2- تطابق الإرادتين:

2-1- عناصر تطابق الإرادتين: يتم تطابق الإرادتين بعد صدور الإيجاب ثم القبول وفقا لشروط معينة. سنوضح ذلك فيما يلي:

2-1-1- الإيجاب: هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الحزم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث ينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول. وحتى يكون التعبير عن الإرادة إيجابا لابد من توافر شرطين، هما:

- أن يصدر الإيجاب في صيغة عرض محدد ودقيق: فالغرض من الإيجاب إذا ما إقترن به القبول هو إنشاء العقد، مما يستلزم استيفاء الإيجاب للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فيجب أن يتضمن كل شروط العقد بحيث يتسنى للموجب له الإطلاع على مضمونه بدقة.

وتتفاوت شروط العقد من حيث أهميتها، فمنها الشروط الجوهرية التي تخلف بإختلاف نوع العقد، ومنها الشروط التفصيلية.

[1] - نعيمة مكيد، ملخص محاضرات في مصادر الالتزام، مقدم لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي – جامعة البليدة 2، الجزائر، 2022/2021، ص 3.

– **أن يكون الإيجاب عرضا باتا:** أي أن يكون عرضا جازما يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه، وهو تعبير عن الإرادة والرغبة في إبرام العقد بصفة لا رجعة فيها.

- **القيمة القانونية للإيجاب:** نعني بها القوة الإلزامية للإيجاب، فهل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن الموجب له من القبول؟

– **إلزامية الإيجاب:** لقد ميز المشرع الجزائري ما بين:

– الإيجاب المقترن بأجل: بمفهوم نص المادة 63 من القانون المدني، فالإيجاب الذي يتضمن أجلا للقبول يكون ملزما، ولا يجوز للموجب أن يعدل عنه ما لم ينقض لأجل المحدد، أو يعلن الموجب له عن رفضه للإيجاب. ويترتب على إلتزام الموجب بالبقاء على إيجابه إنعقاد العقد إذا صدر القبول في الموعد المحدد.

– الإيجاب الصادر في مجلس العقد: أو ما يسمى "التعاقد بين حاضرين"، حيث يكون المتعاقدان في نفس المكان سواء كان ذلك حقيقة أو حكما (مثال ذلك: التعاقد عن طريق الهاتف)، ولا يكون مثل هذا الإيجاب ملزما ما لم يحصل القبول فورا، كما أن للموجب الحق في العدول عنه[1].

– **سقوط الإيجاب:** ويسقط الإيجاب وفق الصورتين كما يلي:

– الإيجاب المقترن بأجل: سواء كان صريحا أو ضمنيا فإنه يسقط عند تحقق أحد السببين التاليين:

– إنقضاء الأجل المحدد للقبول دون رد الموجب له.

– رفض الموجب له للإيجاب الذي وجه إليه على أن يكون ذلك قبل إنقضاء الأجل المعين للقبول.

– الإيجاب الصادر في مجلس العقد: يسقط الإيجاب الصادر في مجلس العقد في حالتين، هما:

– إنقضاء مجلس العقد دون صدور قبول من الموجب له.

– عدول الموجب عن إيجابه قبل أن ينقض مجلس العقد.

[1] – ملاحظة: إذا صدر قبول الموجب له رغم عدول الموجب عن إيجابه، لا يعتد بهذا القبول وإنما يعتبر إيجابا جديدا.

2-1-2- القبول: هو الرد ا إيجابي من طرف الموجب له، ولكي يعتد به يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط، وأحيانا قد نكتفي بالسكوت الملابس، ما لم يتعلق الأمر بصور خاصة للقبول. سنوضح ذلك فيما يلي:

- شروط القبول: ما دام القبول تعبيرا عن إرادة، فإنه يخضع للأحكام العامة التي تحكم الإدارة وكيفية إظهارها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، ويجب أن:

- مطابقة القبول للإيجاب: يجب أن يكون القبول مبدئيا مطابقا تماما للإيجاب، وذلك إعمالا بمبدأ "التطابق الكلي للإرادتين"، فالقبول لا يتمثل في الرد الإيجابي فحسب بل لابد أن يكون مطابقا تماما للإيجاب، فهو يعبر عن إرادة الموجب له في إبرام العقد وفقا للشروط التي تضمنها الإيجاب دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل، ولو كان ذو أهمية ضئيلة جدا بحيث يحصل إتفاق كلي بين المتعاقدين، فأي رد من الموجب له يكون فيه إضافة أو حذف أو تغيير شرط ولو بسيط يعد رفضا للإيجاب الذي تلقاه، ويعتبر في نفس الوقت إيجابا جديدا يكون محلا للقبول[1].

إلا أنه استثناءا عن هذا المبدأ يمكن أن يكون القبول في جزء فقط مما تضمنه الإيجاب - وهو ما يعبر عنه بالاتفاق الجزئي- ، ويكون منشئا للعقد بشرط أن يتوافر فيه ما يلي:

- إتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد.

- إثارة مسائل تفصيلية دون الإتفاق عليها.

- إتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على هذه المسائل التفصيلية لاحقا.

- عدم اشتراط المتعاقدين على أن عدم الإتفاق على المسائل التفصيلية لاحقا يمنع قيام العقد.

- وقت صدور القبول: يكون صدور القبول حسب نوع الإيجاب، فإذا صدر الإيجاب مقترنا بأجل فإن وقت صدور القبول يبقى قائما إلى غاية نهاية الأجل المحدد، بينما يقتضي الإيجاب الصادر في مجلس العقد قبولا فوريا، أو أن يحصل قبل أن ينفض مجلس العقد ما لم يعدل الموجب عن إيجابه.

[1] - محمد محروك، الوجيز في نظرية العقد تكوينه وآثاره، الطبعة الثانية، مكتبة المعرفة، مراكش – المغرب، 2019، ص 24.

- **السكوت المُلابس:** نصت المادة 68 من القانون المدني على: "... ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

وعليه فإنه ومن نص المادة أعلاه يتضح لنا، أن قبول الموجب له يستخلص من الظروف والعوامل المحيطة بسكوته، والتي قد تتمثل في تعامل سابق بين المتعاقدين أو يكون الإيجاب في مصلحة الموجب له، أو أن تكون طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقتضيان ذلك، أو هناك ظروف أخرى يتولى القاضي تقديرها[1].

- **صور خاصة للقبول:** لقد نص المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني على حالتين خاصتين في القبول، تتمثلان في:

– القبول في عقود الإذعان: يتحقق القبول في عقد ا إذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وهو ما نصت عليه المادة 70 من القانون المدني.

– القبول في البيع بالمزاد العلني: عند تقديم آخر وأعلى مزاد، وبعد المناداة ثلاث مرات من قبل المكلف بالبيع تنتهي عملية المزايدات فيرسو المزاد، ومن ثم يحصل القبول في البيع بالمزاد العلني فينعقد العقد، وذلك وفقا لنص المادة 69 من القانون المدني.

2–2– زمان ومكان تطابق الإرادتين: نصت المادة 67 من القانون المدني على:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

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

من نص المادة أعلاه نستخلص أن المشرع قد أخذ بنظرية العلم بالقبول، إذ يفترض أن العلم بالقبول يحصل وقت وصوله، مع العلم أن هذا الإفتراض هو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

ب– صور خاصة للرضاء: وتتمثل فيما يلي:

1– النيابة في التعاقد: (المواد من 73 إلى 77 من القانون المدني الجزائري)

[1] – علي كحلون، المرجع السابق، ص 174.

1-1- مفهوم النيابة في التعاقد: لم يعرف المشرع الجزائري النيابة في التعاقد، لكن الفقه عرفها على أنها:" حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره إلى شخص الأصيل".

والنيابة في التعاقد أنواع، تتمثل في:

- النيابة القانونية: وذلك إذا كان مصدرها القانون، أي وجود نص قانوني يقضي بذلك. مثال ذلك: (المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن الأب ولي لأولاده القصر، غير أنه بعد وفاته تحل الأم محله).

- النيابة القضائية: وذلك عندما يتولى القاضي تعيين النائب. ومثال ذلك نص المادة 80 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على حالة تعيين مساعد قضائي للشخص ذو العاهتين.

- النيابة الاتفاقية: يكون مصدرها العقد أو الإتفاق بين الأطراف -النائب والأصيل-، فهي عقد وكالة بمفهوم نص المادة 571 من القانون المدني الجزائري[1].

1-2- شروط النيابة في التعاقد: تتمثل هذه الشروط في:

- الشرط 1: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: وهو ما يميز النيابة في التعاقد، حيث بمقتضى المادة 73 من القانون المدني يجب الاعتداد بإرادة النائب في تقدير صحة الرضاء ومن ثم صحة التصرف. ويجب عندئذ أن يكون النائب ذا أهلية كاملة وقت إبرام التصرف، وإلا ما كان باستطاعته إصدار إرادة يعتد بها قانونا.

أما بالنسبة للأصيل إذا كان ناقص أو عديم الأهلية فهذا الأمر لا يؤثر على صحة التصرف، بل إن انعدام أو نقص الأهلية لديه هو الذي يبرر أحيانا، باستثناء "النيابة الاتفاقية" التي تعتبر عقدا يشترط لصحته أن يتمتع كل من الوكيل والموكل بأهلية أداء كاملة.

- الشرط 2: إلتزام حدود النيابة: تتضمن النيابة - سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية- حدودا يتعين على النائب الإلتزام بها حتى تنصرف الحقوق والواجبات التي تنشأ عن العقد إلى الأصيل، وتتعين هذه الحدود في سند النيابة (العقد أو بنص قانوني حسب الأحوال).

---

[1]- ملاحظة: تختلف النيابة الاتفاقية (الوكالة) عن الإنابة، في كون النيابة الاتفاقية يتعامل فيها الوكيل بإسم ولحساب الموكل، في حين في الإنابة يتعامل المناب بإسمه الشخصي لحساب المنيب.

-الإنابة مثالها الوكالة بالعمولة.

يتحمل النائب آثار التصرفات التي خارج حدود النيابة، إلا أنه استثناءا قد تنصرف آثار هذه التصرفات إلى الأصيل إذا ما أقرها، أو في حالة حسن نية النائب (المادة 76 من القانون المدني) أو في حالة تعذر إخطار الموكل سلفا (المادة 575 الفقرة 2 من القانون المدني).

–الشرط 3: مباشرة التصرف بإسم ولحساب الأصيل: ومن ثم يتوجب على النائب أن يُعلم المتعاقد معه أنه يباشر عملية التعاقد بصفته نائبا (نص المادة 75 من القانون المدني).

ولا يشترط أن يكون علم المتعاقد معه بالنيابة صراحة سواء بالكتابة أو شفاهة، بل يكفي أن يكون العلم حكميا يستشف من خلال الظروف المحيطة بالتصرف.

1–3– آثار النيابة في التعاقد: وتتمثل فيما يلي:

– الأصيل: (طرف في العقد) إن الغاية من التصرفات القانونية التي تنشئها إرادة الأطراف هي إحداث آثار قانونية تتمثل في تقرير حقوق وواجبات جديدة، ولطالما أن التعاقد قد م عن طريق النيابة وأن النائب إلتزم بحدود النيابة وكان المتعاقد معه عالما بشخصه (صفته كنائب)، فإن كل ما يترتب عن التصرف من حقوق وواجبات يضاف إلى الأصيل دون حاجة رضائه أو إقرار منه.

– النائب: (أجنبي عن العقد): يتم التعاقد بواسطة النائب، إذ ينعقد العقد بإرادته ورضاه فهو الذي يتولى وضع بنوده وشروطه بالتعاون مع المتعاقد معه، كما أن العبرة تكون بإرادته فيما يتعلق بصحة وسلامة الرضاء، غير أنه يعتبر من الغير بالنسبة لآثار العقد.

– المتعاقد معه: (دائن أو مدين للأصيل): لم يكن المتعاقد معه على علاقة مع الأصيل وقت إنجاز التصرف القانوني، بل باشر العملية مع النائب، إلا أنه يصبح بعد تمام العقد دائنا للأصيل فيطالبه بالحقوق التي اكتسبها من العقد، أو قد يصبح المتعاقد معه مدينا للأصيل استنادا للواجبات التي يحملها بمقتضى العقد الذي أبرمه مع النائب[1].

2– الوعد بالتعاقد: (المادتين 71 و 72 من القانون المدني)

[1] – ملاحظة: يمنع الشخص بإعتبار هذا التناقض من التعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، وفقا لنص المادة 77 من القانون المدني.

2-1- مفهوم الوعد بالتعاقد: من نص المادة 71 من القانون المدني، نخلص إلى أن الوعد بالتعاقد هو عقد بمعنى الكلمة إلا أنه يتميز عن العقد النهائي بكون محله متمثل في إلتزام أحد المتعاقدين أو كليهما بإبرام عقد نهائي في المستقبل، وعليه فالوعد بالتعاقد هو عقد إبتدائي.

2-2- شروط الوعد بالتعاقد: يجب أن يتوفر الوعد بالتعاقد على كل شروط الصحة اللازمة للعقد مع وجود الرضاء وصحته، وإمكانية المحل ومشروعيته، ووجود سبب مشروع[1]. إضافة إلى كل هذه الأمور لابد أن يتوفر على شروط خاصة تنقسم إلى:

- الشروط الموضوعية: لا يعتبر الإتفاق الحاصل بين شخصين على إبرام عقد في وقت لاحق وعدا بالتعاقد، إلا إذا إتفقا كذلك على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وحددا المدة أو الأجل الذي يتم فيه إبرام هذا العقد، وذلك وفقا لنص المادة 72 من القانون المدني.

- الشروط الشكلية: لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية فيما يخص تكوين العقد، إلا أنه في بعض الحالات يشترط شكلا معينا لإنعقاد العقد، هذه الحالات ذكرتها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، واستنادا كذلك لأحكام المادة 71 من القانون المدني، فإنه يجب أن يفرغ الوعد بالتعاقد المتعلق بإحدى هذه العقود في الشكل الرسمي، وإلا كان الوعد من دون أثر قانوني، أي أنه يقع باطلا.

2-3- آثار الوعد بالتعاقد: وتتمثل فيما يلي:

- الواعد ملزم بإبرام العقد: وذلك إلى غاية إظهار الموعود له في إبرام العقد، فإن العقد الموعود بإبرامه لم ينعقد بعد ومن ثم لم يكتسب الموعود له أي حق من الحقوق التي ستترتب على العقد المراد إبرامه، كما أن الواعد لم يتحمل بعد الإلتزامات التي سيرتبها العقد المستقبلي.

كما أن الموعود له لا يملك تجاه الواعد في هذه المرحلة سوى حق شخصي يستطيع بمقتضاه مسائلة الواعد مدنيا في حالة إخلاله بإلتزامه.

هذا ويبقى محل الوعد في الذمة المالية للواعد وله أن يتصرف فيه، حما يتحمل تبعة هلاكه.

[1]- إيمان زكري، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2019/2018، ص 61.

– إظهار رغبة الموعود له لتثبيت العقد: بعد أن يظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد – سواء أكان الوعد ملزما لجانب واحد أو عند حلول الميعاد المتفق عليه لإبرام العقد إذا كان الوعد ملزما لجانبين–، فإنه يترتب على تمسك الموعود له بالوعد بالتعاقد في المدة المتفق عليها انعقاد العقد.

أما في حالة نكول الواعد من مطالبته بتنفيذ العقد، وعند الحاجة فإن الحكم القضائي يقوم مقام العقد، وذلك وفقا لنص المادة 72 من القانون المدني.

3– التعاقد بالعربون: (المادة 72 مكرر من القانون المدني)

3–1– مفهوم العربون: سنتطرق إلى ذلك فيما يلي

– تعريفه: هو مبلغ نقدي أو منقول يقدمه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد معه وقت إبرامهما للعقد، بغرض احتفاظ كل منهما بحق العدول عن العقد، أو لتأكيد انعقاده بصفة نهائية وذلك تبعا لما انصرفت إليه إرادتهما.

– مميزاته: يتميز التعاقد بالعربون بما يلي:

– مال منقول: يكون العربون مبلغا نقديا لكونه ثمن العدول وهو قابل للمضاعفة ولا يثير أي صعوبة في التقدير، كما يمكن أن كون الأشياء المثلية أو الأشياء القيمية كعربون لسهولة تقدير ضِعفها. أما الأشياء العقارية فتستثنى ولا تكون صالحة لأن تكون عربونا.

– طريقة التعاقد: يعتبر التعاقد بالعربون من الطرق المقررة قانونا والذي لا يقتصر مجاله على عقد معين، كما يعتبر وسيلة لنقض العقد[1].

3–2– أحكام العربون: تتمثل فيما يلي:

– العربون كحق عدول: بمقتضى التعاقد عن طريق العربون يتفق المتعاقدان على أن يحتفظ كل منهما بحقه في العدول عن العقد المبرم، على أن يدفع في مقابل ذلك ثمنا يتمثل في ترك العربون إن صدر العدول ممن دفعه، أو رده ومثله إن صدر ممن قبضه.

[1] – ملاحظة: نقض العقد في هذه الحالة يكون فقط بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين فلا يتصور أن يكون هنالك عدول بهذه الصورة في العقود الملزمة لجانب واحد.

يشترط التمسك بحق العدول عن التعاقد بالعربون في الأجل المتفق عليه. وإذا تبين أن المتعاقد تمسك بحق العدول بِنية الإضرار بالمتعاقد الآخر، فإنه يمكن مسائلته مدنيا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (نص المادة 124 من القانون المدني).

– العربون تأكيد للعقد: إذا كانت الصيغة التي اتفقا عليها المتعاقدين في التعاقد بالعربون على أساسه أنه تأكيد للعقد للعقد الذي سيبرم لاحقا، فإنه لا يمكن لأي منهما العدول عنه ولا يبقى أمامهما سوى نقض العقد إن لم يريدا إتمام العقد.

وفي حالة امتناع المتعاقد المدين عن تنفيذ العقد، يكون للمتعاقد الدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ الجبري كذا المطالبة بفسخ العقد مع التعويض عن ما لحقه من ضرر، على أساس القواعد العامة التي يتضمنها القانون المدني.

أما في حالة تعذر تنفيذ العقد لسبب أجنبي ينقضي الإلتزام ويتوجب على المتعاقد الذي قبضه إرجاع العربون، في إطار إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، استنادا إلى نص المادة 307 من القانون المدني.

ج– صحة الرضاء: إن صحة الرضاء شرط من شروط العقد والعبرة فيه هي بسلامة رضاء المتعاقد من العيوب التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون المدني، والمتمثلة في:

1– الغلط: (المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني)

1–1– مفهوم الغلط

– تعريف الغلط: لم يعرف المشرع الجزائري الغلط، وقد عرفه الفقهاء على أنه:" وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، مما يدفعه إلى التعاقد"[1].

– مواصفات الغلط: وتتمثل في:

– أن يكون الغلط جوهريا وجسيما: أي أن يمس العناصر الجوهرية للعقد ويبلغ درجة من الخطورة والأهمية ستدعي تدخل القانون لحماية الطرف المتضرر.

[1] – محمد محروك، المرجع السابق، ص 42.

تعتبر مسألة تقدير جسامة الغلط أمر نسبي، فبمفهوم نص المادة 82 من القانون المدني نجد المشرع الجزائري قد أخذ في تقديرها بمعيار ذاتي، أي أن العبرة في تقدير جسامة الغلط بنفسية المتعاقد والنتائج المترتبة عنه.

–أن يكون الغلط مؤثرا: معنى ذلك أن يكون الغلط هو الدافع إلى إبرام العقد وأنه كان وراء تصميم وعزم المتعاقد على إنجاز العقد، وهو ما تضمنه نص المادة 83 في فقرتها 3 من القانون المدني.

يتم تقدير فعل التأثير إما بالرجوع إلى نفسية المتعاقد – تقدير ذاتي–، وإما بالرجوع إلى نفسية الرجل المعتاد – تقدير مجرد–.

1–2– صور الغلط:

– الغلط في صفة الشيء: هناك معياران لتحديد صفة الشيء:

– المعيار الشخصي: حيث تختلف فيه العوامل والاعتبارات الشخصية بإختلاف أطراف العقد، إذ يتوجب الرجوع إلى إرادة ورغبة المتعاقدين معا.

– المعيار الموضوعي: إذا ما استحال الوصول أو التعرف على النظرة المشتركة للمتعاقدين لتحديد الصفة الجوهرية للشيء، يتعين الرجوع إلى شروط العقد وحسن النية[1].

– الغلط في ذات أو صفة من صفات المتعاقد: يشترط في الغلط الجوهري إذا وقع في ذات المتعاقد أن يكون هو الدافع للتعاقد ولا يتحقق هذا الشرط إلا بالنسبة للعقود التي يكون فيها الشخص المتعاقد محل إعتبار.

– الغلط في القانون: إن الغلط في القانون مثله مثل الغلط في الواقع يكون مبطلا للعقد إذا استوفى شروط الغلط الجوهري، أي متى كان هو السبب الرئيسي في التعاقد. ولا تمنع القاعدة القانونية "لا يعذر بجهل القانون" من الدفع بالغلط الجوهري في القانون، وهذا بمفهوم نص المادة 83 من القانون المدني.

إلا أنه استثناءا، لا يعتد بالغلط في القانون، فيما يلي:

– إذا تعلق الأمر بنقطة قانونية تكون محل اختلاف في مفهومها,

[1] – علي كحلون، المرجع السابق، ص 193.

- إذا كان القانون يمنع ذلك (مثال ذلك: نص المادة 465 من القانون المدني)

– الغلط في الباعث: يجعل هذا النوع من الغلط العقد قابلا للإبطال.

– الغلط في القيمة: ومثال ذلك أن يحدث غلط في ثمن المبيع الذي كان هو السبب الرئيسي لإتمام عقد البيع بين المتعاقدين.

1-3- شروط التمسك بالغلط الجوهري: ويشترط فيه:

- حسن النية.

- استحقاق الحماية القانونية.

- علاقة المتعاقد الثاني بالغلط:

2- التدليس (المادتين 86 و87 من القانون المدني)

2-1- مفهوم التدليس: لم يعرف المشرع الجزائري التدليس، وقد عرفه بعض الفقهاء على أنه:" حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد". ويتكون التدليس من عنصرين هما:

– العنصر المادي: يتمثل في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد، وهذه الحيل هي: الكذب والسكوت العمدي والكتمان،...

– العنصر المعنوي: يتمثل في نية التضليل والخداع عند المدلس، ويقتضي تحقق هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد[1].

2-2- شروط التدليس:

– التدليس المؤثر: أي أن يكون الغلط الذي وقع فيه المدلس عليه هو الدافع الرئيسي للتعاقد، فيكون رضاء المتعاقد معيبا وعليه يكون العقد قابلا للإبطال، كما يمكن له كذلك المطالبة بالتعويض.

[1] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197.

– المدلس: تشترط المادة 86 من القانون المدني أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو من يمثله. كما تعتد المادة 87 من نفس القانون بالتدليس الصادر من الغير بشرط أن يكون المتعاقد المستفيد منه عالما به حقيقة أو حكما، وفي كلتا الحالتين يتحمل المدلس عليه عبء الإثبات.

3– الإكراه: (المادتين 88 و 89 من القانون المدني)

3–1– تعريف الإكراه: لم يعرف المشرع الجزائري عيب الإكراه، وقد عرفه الفقه على أنه:" ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه الرهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه"[1].

3–2– شروط الإكراه: يشترط في الإكراه حتى يعتد به في طلب إبطال العقد، أن يكون:

– الإكراه دافعا للتعاقد.

– الإكراه متصلا بالمتعاقد الآخر، أو أن يكون قد صدر من الغير والمتعاقد الآخر على علم بذلك.

– الإكراه غير مشروع، ويحدث ذلك إذا كان الغرض منه الحصول على منفعة لا حق له فيها.

4– الاستغلال: (المادتين 90 و 91 من القانون المدني)

4–1– مفهوم الاستغلال: يعرف الغبن على أنه:" انتهاز المتعاقد، حالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه إلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض". ويقوم الاستغلال على عنصرين مادي وآخر نفسي، تربطهما علاقة سببية.

–العنصر المادي: يتمثل في التفاوت بين إلتزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين الربح والخسارة اللذين يتحملهما كل متعاقد أو في انعدام العوض أصلا.

– العنصر النفسي: أي أن يكون المتعاقد المغبون واقعا في طيش بين أو هوى جامح.

[1] – محمد محروك، المرجع السابق، ص 53.

4-2- جزاء الاستغلال: إذا تحقق الاستغلال على النحو المشار إليه يكون للمتعاقد المغبون بمقتضى أحكام المادة 90 من القانون المدني، أن يطالب بإبطال العقد أو الإنقاص منه وذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت دعواه غير مقبولة.

- دعوى الإبطال:

- من له الحق في المطالبة بإبطال العقد؟

- للمغبون وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد، وله أيضا أن يتنازل عن هذا الحق.

- هل القاضي ملزم بالحكم بإبطال العقد؟

- يستخلص من مبادئ التقاضي أن القاضي مقيد بطلبات المتخاصمين فلا يستطيع أن يحكم بأكثر مما طلبوا، في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها. ويعتبر إنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون أقل من طلب إبطال العقد، الأمر الذي يسمح للقاضي - عندئذ- بإنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون بدلا من إبطال العقد.

- هل يمكن توقي دعوى الإبطال؟

- سواء قضى القاضي بإبطال العقد أو بإنقاص إلتزامات المغبون أو بزيادة إلتزامات المتعاقد المستَغِل، فإن النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين إلتزامات المتعاقدين وإنما رفع التفاوت الفاحش فقط.

- دعوى الإنقاص: هي وسيلة ثانية أقرها القانون لصالح المتعاقد المغبون ليتم بمقتضاها رفع الغبن عنه، إذ تتمثل في الإنقاص من إلتزامات هذا الأخير حتى تصل إلى حد تقارب فيه إلتزامات المتعاقد الآخر.

4-3- الغبن: لقد نص المشرع الجزائري على عيب الاستغلال في العقود بصفة عامة ودون تحديد، بينما خص الغبن المجرد في حالات خاصة وذلك وفقا لنص المادة 91 من القانون المدني[1]. وعليه:

- تكون العبرة في الغبن بالتفاوت المادي الموجود بين إلتزامات المتعاقدين.

- الغبن من المسائل الخاصة التي لا تثار تلقائيا.

[1] - تنص المادة 91 من القانون المدني، على أنه: " يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

- يعتد بالغبن لفائدة البائع دون المشتري.

- دعوى الغبن من الدعاوى المالية التي لا قضي بوفاة الشخص.

- مقدار التفاوت هو $\frac{1}{5}$ قيمة العقار وقت إبرام العقد.

ثانيا: ركن المحل: (المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني)

تكون العبرة بمحل الإلتزام، لأن العقد ليس له في الحقيقة محل بل يرتب آثارا تتمثل في إنشاء إلتزامات التي تمثل المحل[1]. ومحل الالتزام الناشئ عن العقد يجب أن يكون:

أ- وجود و/ أو إمكانية المحل

1- وجود المحل: يجب أن يكون الشيء محل الإلتزام موجودا قبل أو بالأحرى أثناء نشوء الإلتزام حتى ينعقد العقد، ويحول عدم وجود الشيء دون قيام العقد لتخلف ركن من أركانه.

1-1- انعدام المحل: أي أن الشيء محل ا إلتزام لم يكن موجودا أصلا ولن يوجد مستقبلا، رغم أن هذه الحالات نادرة الوقوع إلا أن وقوعها يمنع قيام العقد لتخلف ركن المحل.

1-2- هلاك المحل: معناه أن الشيء محل الإلتزام كان موجودا إلا أنه هلك مما يتعين معه، تحديد:

- المقصود بهلاك المحل: ويقصد به:

- إما إتلاف أو استنفاذ أو استهلاك الشيء محل ا إلتزام ماديا وكليا، ويستوي أن يكون الشيء محل عقارا أو منقولا، كما يمكن أن يكون شيئا معين بذاته سواء تعلق الأمر بشيء قيمي (مثال ذلك: منزل معين)، أو شيء من المثليات تم فرزه.

- فقدان الشيء محل ا إلتزام لخصائصه ومميزاته التجارية، بحيث يصبح غير صالح للاستعمال.

- وقت هلاك المحل: ونفرق بين حالتين:

- قبل إنعقاد العقد: فإذا هلك المحل قبل انعقاد العقد أو أثناء إنعقاده يعتبر المحل غير موجود.

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 234.

- بعقد إنعقاد العقد: فإن العقد ينشأ صحيحا ويتعلق الأمر فقط بتحمل تبعة الهلاك.

2- **المحل ممكن:** إذا كان ا إلتزام يتمثل فيعمل شخصي يتعهد به المدين فلابد أن يكون ممكنا، حيث يقضي المبدأ العام " لا تكليف إلا بمستطاع"، وذلك وفقا لما جاء به نص المادة 93 من القانون المدني. ويجب التمييز بين:

2-1- الاستحالة النسبية: لا يمنع هذا النوع من الاستحالة إنعقاد العقد لأن المحل يكون غير ممكن بالنسبة للمتعاقد فقط، في حين يكون ممكنا بالنسبة للغير. وقد يبرأ المدين بسبب الاستحالة النسبية من التنفيذ العيني، غير أنه ملزم بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه طبقا للمادة 176 من القانون المدني.

2-2- الاستحالة المطلقة: يمنع هذا النوع من الاستحالة قيام العقد تماما لأن الاستحالة ترجع إلى ذاتية المحل نفسه، ويكون المحل غير ممكنا في مواجهة الجميع لإعتبارات موضوعية لا علاقة لها بشخص المتعاقد[1].

ب- تعيين المحل: إن تعيين المحل أمر ضروري وطبيعي لوجود الإلتزام، فإذا كانت معالم وحدود الإلتزام غير واضحة يكون المدين غير مقيد بعمل أو بالإمتناع عن فعل أو بمنح شيء ما، مما يحول دون قيام العقد.

1- طرق تعيين المحل: إن الغرض من تعيين المحل هو تمييزه عن غيره حتى يكون المدين مدركا كل الإدراك لما هو مطالب به، وتتوقف كيفية التعيين على طبيعة الشيء محل الإلتزام.

1-1- تعيين الأشياء المادية: ونفرق بين:

- تعيين القيميات: القيميات هي أشياء متفاوتة في أمور عدة وتنفرد عن بعضها البعض، ويتم التعرف عليها بواسطة المميزات الخاصة بكل منها.

- تعيين المثليات: من نص المادة 94 من القانون المدني، يتضح لنا أن تعيين المثليات يستوجب أن يكون بحسب:

- جنس الشيء: إذ تصنف ا أشياء من حيث مكوناتها إلى أجناس، وتنقسم الأجناس بدورها إلى أنواع.

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 225.

– مقدار الشيء: وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن، فلابد من تحديد مقدار الشيء زيادة على تعيين جنسه.

– جودة الشيء: وهي من المسائل التفصيلية فإغفالها لا يؤثر على قيام العقد، ويلزم المدين بشيء متوسط الجودة فقط، أما إذا إتفق المتعاقدان على جودة معينة يكون المدين ملزما بها.

1-2- تعيين المحل الذي لا يتعلق بشيء مادي، ويكون في صورة إما إلتزام بعمل أو إلتزام بإمتناع عن عمل.

2- تعيين الثمن: إن إغفال تعيين الثمن يؤدي حتما إلى بطلان العقد لتخلف ركن المحل بالنسبة للمشتري، وتخلف ركن السبب بالنسبة لإلتزام البائع في عقد البيع.

أما بالنسبة للعقود الأخرى (مثل عقد العمل)، فإن عدم تعيين الثمن لا يبطل العقد ومع ذلك يجب تحديده لاحقا.

ج- مشروعية المحل: تتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل إذا تعلق الأمر بإلتزام بمنح، وفي عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة إذا تعلق الأمر بإلتزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل شيء ما[1].

1- قابلية المحل للتعامل:

1-1- الأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها: هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها – بحيازتها-، وتكون الأشياء خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها، مثال ذلك: أشعة الشمس، مياه البحر، ...، وغيرها من الأشياء التي لا يمكن حيازتها.

1-2- الأشياء غير القابلة للتعامل فيها بحكم القانون: تكون هذه الأشياء غير قابلة للحيازة الفردية وقابلة للتعامل بطبيعتها، غير أن القانون يمنع التعامل فيها بسبب الأخلاق أو مقتضيات النظام العام وحسن الآداب أو لإعتبارات أخرى مثل النفع العام.

[1] – العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 521.

2- مطابقة المحل للنظام العام والآداب العامة: إن النظر في مشروعية محل الإلتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما يتم على ضوء مقتضيات النظام العام والآداب، ويجب أن يكون محل الإلتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما مشروعا.

ثالثا: ركن السبب: (المواد من 96 إلى 98 من القانون المدني)

أ- مفهوم السبب: لقد كان السبب محل تصورات مختلفة مردها تعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية، وللسبب عموما تصوران أساسيان:

1- السبب القصدي: ينسب إلى النظرية التقليدية، ويقصد به الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، أي أن السبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ إلتزامه.

فالمقصود بالسبب حسب هذه النظرية هو سبب الإلتزام وليس سبب العقد، وتبعا لذلك يتمثل سبب الإلتزام إما في:

- العقود التبادلية سبب إلتزام المتعاقد الأول هو محل إلتزام المتعاقد الثاني.

- العقود العينية والملزمة لجانب واحد، سبب الإلتزام هو الاستلام المسبق للشيء محل العقد (مثال ذلك: عقد العارية).

- في العقد الملزم لجانب واحد، يكون سبب ا إلتزام هو الوفاء بإلتزام سابق (مثال ذلك: الوعد بالبيع).

ويتميز السبب القصدي ببعض **الخصائص**، أهمها:

-السبب أمر داخلي للعقد.

- السبب واحد في كل صنف من العقود.

- السبب أمر موضوعي.

وتتمثل شروط السبب القصدي في:

- وجود السبب: فهو ركن في العقد يترتب على تخلفه إنعدام العقد.

– صحة السبب: يتمثل الغلط في السبب، في إعتقاد المتعاقد شيئا أو أمرا على غير حقيقته بحيث يكون سبب إلتزامه غير صحيح فيترتب عليه بطلان العقد. أما إذا كان السبب صوري، وكان الغرض منه تحقيق غرض غير مشروع فيُبطل العقد.

– مشروعية السبب: تقتضي مشروعية السبب أن يكون مطابقا للنظام العام وحسن الآداب وأن لا يتعلق بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون.

2– الباعث أو الدافع للتعاقد: ينسب إلى النظرية الحديثة، فحسب هذه النظرية أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الإلتزام، وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر. ويتمثل السبب في الإعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد والتي تختلف هذه الدوافع بإختلاف الأشخاص[1].

يتميز الدافع بالخصائص التالية:

– الباعث أمر شخصي ونفسي.

– الباعث أمر خارج عن العقد.

– الباعث أمر متغير.

يخضع الباعث لشرط واحد هو المشروعية، حيث يسمح الباعث بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام الأخلاقي، الأدبي، الاقتصادي والاجتماعي.

3– موقف المشرع الجزائري: من أحكام المادتين 97 و 98 من القانون المدني، نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بإزدواجية السبب، إذ لم يتخل عن النظرية التقليدية بإشتراطه وجود السبب – أخذ بسبب الإلتزام وليس بسبب العقد–، كما أخذ بالنظرية الحديثة من خلال المطالبة بمشروعية السبب.

ب– إثبات السبب: إن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد خاصة وأن المشرع يفترض وجوده، ولكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

1– إفتراض السبب غير المذكور

[1] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 277.

1-1- افتراض السبب: بإفتراضه لوجود سبب الإلتزام عند عدم ذكره في العقد، يعفي المشرع المتعاقد من إثبات وجوده، ولكن هذا لا يمنع المتعاقد الآخر من الطعن في العقد لعدم وجود سبب مشروع، ونميز بين:

- التصرف المسبب: هو ذلك التصرف الذي يكون فيه السبب ركنا من أركانه، والمشرع الجزائري أخذ كأصل بوجود السبب كركن من أركان العقد لكن هذا لا يمنع المتعاقد الآخر أن يدفع بإنعدام وجود السبب أو يدفع بعدم مشروعيته حتى يبطل العقد، كما له أن يدفع بعدم التنفيذ.

- التصرف المجرد: هو التصرف الذي لا يعتد فيه بالسبب فينعقد العقد صحيحا بغض النظر عن وجود أو عدم وجود السبب، والمشرع الجزائري قد أخذ به استثناءا فيما تعلق بحالة الإنابة المذكورة في المادة 296 من القانون المدني.

1-2- سقوط القرينة: حسب ما جاءت به المادة 98 من القانون المدني، فإنه ما لم يذكر السبب في العقد فإنه يجوز للمتعاقد أن يثبت عدم وجوده بكل الوسائل، وكذا عدم مشروعيه التي يمكن إثباتها حتى ولو كان السبب مذكورا في العقد وكان العقد مكتوبا بالكتابة الرسمية أو العرفية.

2- افتراض حقيقة السبب المذكور: لقد وضع المشرع قرينة قانونية أخرى مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهي قرينة بسيطة يجوز للمدين أن يثبت صورية السبب، كما يمكن لمن يهمه الأمر – إذا تحققت الصورية- أن يثبت أن للإلتزام سببا آخر مشروع.

رابعا: الشكلية: إن اشتراط الشكلية في العقود هو حالة استثنائية، فبمفهوم نص المادة 59 من القانون المدني نجد المشرع قد أخذ بمبدأ "**الرضائية في العقود**" كأصل[1]. وللشكلية صورتان مختلفتان:

أ- الشكلية المباشرة: هي تلك التي تكون ركنا في العقد، فيكون العقد من العقود الشكلية إذ تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني –العقد، حيث يترتب على تخلفها إنعدام العقد.

1- الكتابة: (المواد من 323 إلى 332 من القانون المدني)

[1] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 582.

1-1- تعريف الكتابة: من نص المادة 323 من القانون المدني، يتضح لنا أن تعريف الكتابة هو تلك المجموعة المتسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز وإطلاع الغير، وتعرفه على دلالة هذه الحروف أو الرموز أو العلامات،...، يقتضي حتما أمرين، هما:

- وضع أو حمل هذه الحروف أو الأرقام أو العلامات على دعامة كالورقة أو وسيلة إلكترونية.

- إرسال هذه الدعامة إلى الغير عن طريق البريد أو بوسيلة إلكترونية,

1-2- أنواع الكتابة: يوجد نوعان من الكتابة:

- الكتابة الرسمية: عرفت بنص المادة 324 من القانون المدني على أنها:" عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما م لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه".

من التعريف أعلاه يتضح أن للعقد الرسمي 3 شروط، تتمثل في:

-الشرط الأول: مُحَرِرُ العقد: ويشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل:

- الموظف: يقصد به العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، وتكون وضعيته نحو المؤسسة أو الهيئة الإدارية وضعية تنظيمية وليست عقدية. وذلك بمفهوم المادة 4 من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون ا أساسي العام للوظيفة العمومية.

- الضابط العمومي: هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق (مثال ذلك: رئيس المجلس الشعبي البلدي).

- الشخص المكلف بخدمة عامة: هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية حيث تتولى السلطة العمومية تعيينهم، غير أنهم يتلقون أتعابهم من ذوي الشأن (مثال ذلك: المحضر القضائي).

- الشرط الثاني: الإختصاص: يقصد به:

- الإختصاص الإقليمي: حيث يتقيد كل من له صفة تحرير العقد الرسمي بإختصاصه الإقليمي ولا يجوز له أن يخرج عن دائرة اختصاصه.

– الإختصاص النوعي: حيث يتقيد كل من له صفة تحرير العقد الرسمي بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة عقود رسمية فلا يمكنه ذلك.

– الشرط الثالث: الأشكال القانونية: تشترط المادة 324 من القانون المدني، أن تحرر العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون (مثال ذلك: الكتابة باللغة العربية، الكتابة في نص واحد،...

– الكتابة العرفية: العقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه.

– الكتابة بخط المتعاقد: تشترط أحكام المادة 327 من القانون المدني الجزائري، كتابة العقد العرفي بخط المتعاقد الذي ينسب إليه العقد، إلا أنه قد يصعب تحقيق هذا الشرط في هذه الحالات: العقد التبادلي، المتعاقد الأمي، التعاقد بواسطة الوكالة...

– التوقيع: وهو الإمضاء، أي العلامة المميزة لصاحبها والذي يعرف بها –عادة–، وتكون مكتوبة بخط اليد. ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة حيث لا يجوز الاستغناء عنه[1].

كما أقر المشرع التوقيع بالبصمة لتمكين المتعاقد الأمي من التوقيع. ذلك لتعذر التوقيع بالكتابة لجهله للكتابة والقراءة، والمقصود هنا بالتوقيع بالبصمة هو "التوقيع ببصمة الإصبع".

2– العقود العينية: تأخذ الشكلية بالنسبة لهذا النوع من العقود صورة تسليم الشيء محل العقد، حتى ينعقد العقد.

ب– الشكلية غير المباشرة: هي مختلف ا إجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد، فهي لا تصل مباشرة بالتصرف القانوني ولا تؤثر على صحته، وإنما تحد من فعاليته ونفاذه. وتتمثل هذه الإجراءات في:

1– قواعد الإثبات: لقد نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات من خلال قواعد تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج يكون بمحرر عرفي أو محرر رسمي، وذلك وفقا لنص المادة 333 من القانون المدني.

[1] – ملاحظة: أخذ المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني (سنة 2005) بالتوقيع الإلكتروني من خلال الفقرة 2 من نص المادة 327، في حين ترك المجال للقانون رقم 15–04 المؤرخ في 1 فيفري 2015، لتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

2- قواعد الشهر: تتم عملية الشهر بطرق مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني، فمنها:

- الشهر العقاري: نعني بذلك تسجيل العقار في مصلحة الشهر العقاري والغرض منه إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار، وتعتبر هذه ا إجراءات – الواجب احترامها حتى يكون العقد نافذا في حق الغير- شكلية غير مباشرة.

- القيد في السجل التجاري: يقوم النشاط التجاري على السرعة والثقة لذلك أسس ونظم المشرع الجزائري السجل التجاري الذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بالتجار، حماية له وللمتعاملين معه.

المحور الخامس: نظرية البطلان

أولا: مفهوم البطلان: (المواد من 99- 105)

إعتمد المشرع الجزائري التقسيم الثنائي للبطلان:

أ- البطلان النسبي: ينعقد العقد صحيحا ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد في صحته، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا – أي قابلا للإبطال- إذا كان رضاء المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء، أو كان ناقص الأهلية وعلى عكس البطلان المطلق فإن البطلان النسبي تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم[1].

ب- البطلان المطلق: يلحق هذا النوع من البطلان العقد الذي لم يستوف أركانه، كإنعدام الإرادتين أو إنعدام المحل أو السبب، أو عدم مشروعية محله أو سببه، أو الإخلال بركن الشكلية بالنسبة للعقود الشكلية.

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة ولا يتقادم بطلانه لأنه لم ينعقد أصلا، أو لأنه مخالف للنظام العام و الآداب فهو غير موجود قانونا.

ثانيا: تقرير البطلان: لهذه المسألة 3 جوانب رئيسية، هي:

أ- تدخل القاضي: إن العقد الباطل بطلانا مطلقا منعدم الوجود فلا حاجة لتدخل القضاء لتقرير البطلان، غير أنه قد يتدخل القضاء في حالتين:

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 277.

1- دعوى البطلان أو دعوى الإبطال: يتقرر البطلان عن طريق الدعوى الرئيسية التي يرفعها المدعي أمام المحكمة، فله أن يطعن في صحة العقد بواسطة دعوى قضائية تهدف إلى تقرير البطلان أو الإبطال.

2- الدفع بالبطلان أو الإبطال: إذا قام المتعاقد معه برفع دعوى أمام المحكمة طالبا تنفيذ العقد، يكتفي المتعاقد –المدعى عليه- بالاحتجاج ببطلان العقد في دفوعه.

ب- حق التمسك بالبطلان: يختلف حق التمسك بدعوى البطلان عن حق التمسك بدعوى الإبطال، وذلك من حيث من له مصلحة في هذا التمسك:

1- حق التمسك بدعوى البطلان: بمفهوم نص المادة 102 من القانون المدني، فإن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان أو للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

2- حق التمسك بإبطال العقد: من نص المادة 99 من القانون المدني، يتضح لنا أن البطلان النسبي يتعلق بمصلحة خاصة فيكون مقررا لصاحب للمصلحة أو من يقوم مقامه دون غيرهما.

- المتعاقد: حق الإبطال هو حق للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه دون المتعاقد معه، ولا حتى الغير. إذ تمنع خصوصية هذا الحق المحكمة من الحكم بالإبطال من تلقاء نفسها، كما أنه ليس للغير أيضا أن يحتج به.

- القائم مقام المتعاقد: إلى جانب حالات النيابة القانونية - حيث يقوم النائب مقام النائب عنه وله أن يمارس حقوق هذا الأخير بما فيها التمسك بحق الإبطال بإسم ولحساب الأصيل- هناك 3 أوضاع قانونية لابد من الإشارة إليها، والمتمثلة في الخلف العام والخلف الخاص، والدائنون العاديون[1].

ج- إنقضاء حق البطلان:

1- إنقضاء حق الإبطال: ينقضي حق إبطال العقد، إما بـ:

1-1- الإجازة: هي تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد، فهي صرف قانوني من جانب واحد.

- أنواع الإجازة:

- الإجازة الصريحة: تكون بالكتابة أو بالكلام أو بالإشارة،...

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 294.

- الإجازة الضمنية: تكون بإتخاذ موقف، كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال.

- شروط الإجازة: تقتضي الإجازة توافر 3 شروط موضوعية، هي:

- قابلية العقد للإبطال، فالإجازة لا تلحق العقود الباطلة بطلانا مطلقا، وذلك بمفهوم المادة 102 من القانون المدني.

- علم المتعاقد بقابلية العقد للإبطال.

- زوال العيب المبطل للعقد.

- آثار الإجازة: يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد، كما يستقر العقد صحيحا[1].

1-2- التقادم: هو صورة من صور سقوط الحق بالنسبة للدائن، إذ يتحقق عند امتناع المدين بالوفاء خلال المدة الزمنية المحددة قانونا لذلك، مع مراعاة الشروط القانونية. والتقادم من المسائل الخاصة إذ لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

يمكن للمتعاقد المعني بالأمر أن يتمسك بالدفع بالتقادم في أي مرحلة من مراحل سير الخصومة. وقد حدد المشرع مدة التقادم بالنسبة للحق في أبطال العقد بـ "5 سنوات" من يوم:

- اكتشاف الغلط أو التدليس.

- انقطاع الإكراه بالنسبة للمتعاقد المكره.

- زوال نقص الأهلية بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية.

ولقد قيد هذا الأجل بشرط ثان وهو عدم تجاوز مدة "10 سنوات من يوم إبرام العقد"، فيسقط عندئذ التقادم بأقصر الأجلين.

[1] - ملاحظة: لا يمكن أن يدرج في العقد شرط يقضي بتنازل المتعاقد عن حقه في إبطال العقد.

- الإقرار عمل قانوني يجعل العقد نافذا، فهو يصدر من الغير ويرد على عقد صحيح، مثال ذلك: الإقرار في بيع ملك الغير.

يترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه بحيث لا يمكن الطعن في العقد بالإبطال فيبقى صحيحا وملزما للمتعاقد.

2- سقوط دعوى البطلان: إن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تلحقه إجازة، ولا ينقلب صحيحا مع مرور الزمن كونه منعدما قانونا، وهذا ما يبرر سقوط دعوى البطلان بالتقادم دون الدفع بالبطلان.

ثالثا: إنقاذ العقد: ويمكن إنقاذ العقد بطريقين، هما:

أ- تحويل العقد: بمفهوم المادة 105 من القانون المدني، فإنه يمكن إنقاذ العقد الذي يعد باطلا وتحويله إلى عقد صحيح – الغاية من ذلك استقرار المعاملات-، وذلك إذا ما توافرت فيه الشروط التالية:

1- بطلان العقد كليا: أي باطل بطلانا مطلقا كليا.

2- توفر عناصر العقد الجديد: بحيث يكون العقد الجديد عقدا كاملا دون إضافة أي عنصر، أما إذا تخلف أحد العناصر فلا يجوز استكماله.

3- انصراف إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد الصحيح.

فإذا تم تحويل العقد الباطل - العقد الأصلي- يصبح هذا الأخير منعدم الوجود ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يرتب العقد الجديد – وهو العقد الصحيح –كل آثاره.

ب- إنقاص العقد: حسب نص المادة 104 من القانون المدني، فإن العقد يخضع لنظرية الإنقاص إذا ما كان شق منه صحيحا والجزء الآخر باطل، فيتم الإنقاص وفقا للشروط التالية:

1- بطلان شق من العقد: أي أنه يعتد بالإنقاص إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو في جزء منه فقط. ويحدث هذا الوضع عادة إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون. (مثال ذلك: الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه "الفقرة 2 من نص المادة 622 من القانون المدني)[1].

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 367.

2- قابلية العقد للانقسام: أي أن يكون الجزء المراد إنقاصه لا يؤثر في تكييف العقد، فمثلا إذا ورد الإنقاص على شق يحتوي محلا لا يقبل الانقسام بطبيعته، فإنه يستحيل إنقاص العقد، وذلك بمفهوم الفقرة 2 من نص المادة 236 من القانون المدني.

3- الشق الباطل غير مؤثر: يترتب على إنقاص العقد إنعدام الشق الباطل وكأنه لم يكن، ولا يرتب أي أثر. أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يرتب كل آثاره القانونية الأصلية.

المحور السادس: آثار العقد

(المواد من 106 إلى 118 من القانون المدني)

أولا: القوة الملزمة للعقد: يرتب العقد الصحيح إلتزامات على المتعاقدين، يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري[1]. وقد وصف المشرع الجزائري العقد بأنه "شريعة المتعاقدين".

أ- العقد شريعة المتعاقدين: المقصود من هذا المبدأ ما يلي:

1- لا نقض ولا تعديل للعقد دون إتفاق: فالأصل أن المتعاقد لا يمكنه بإرادته المنفردة أن يدخل تعديلات على بنود العقد أي كان نوعها أو أهميتها، إذ لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بإتفاق بين الطرفين.

استثناءا، قد يسمح القانون أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، ويعد ذلك مساسا باستقرار المعاملات وخرقا لمبدأ القوة الإلزامية للعقد، إلا أن المشرع يسمح بذلك على مده الاستثناء. سنوضح ذلك فيما يلي:

1-1- نقض العقد بالإرادة المنفردة: لم يعرف المشرع الجزائري نقض العقد، غير أنه ذكر بعض حالاته في عدة أحكام، منها: إنهاء عقد الإيجار (المادة 469 من القانون المدني)، إنهاء عقد الوكالة (المادة 587 من القانون المدني)،..

ومفهوم نقض العقد قريب من بعض المفاهيم لاسيما الفسخ، فنقض العقد على غرار الفسخ يتعلق بعقد صحيح ويؤدي إلى إنتهائه. لكن يختلفان في:

[1] - عبد القادر االعرعاري، المرجع السابق، ص 338.

– الفسخ هو جزاء يرتب عند إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته، أما نقض العقد هو تمكين المتعاقد من إنهاء العقد بإرادته المنفردة.

– في الفسخ يُساءل المتعاقد مدنيا، أما بالنسبة لنقض العقد فإن المتعاقد لا يُساءل طالما إحترم الشروط المقررة.

1-2- تعديل العقد بالإرادة المنفردة: يقصد بتعديل العقد، مراجعة بعض بنوده أو إعادة النظر في بعض عناصره من خلال حذف شرط أو إضافة آخر أو تعديل إلتزامات المتعاقدين أو شروط تنفيذها. وتعديل العقد حالة استثنائية، قد يتم:

– بصفة تلقائية، بموجب القانون (مثال ذلك: سعر بضاعة معينة).

– عن طريق القضاء في حالات معينة وبسعي من أحد المتعاقدين.

– قد يتولى أحد المتعاقدين تعديل العقد بترخيص من القانون (مثال ذلك: علاقات العمل بين المستخدم والعامل).

– بإتفاق بين طرفي العقد.

2- إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد: يمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنها، ما لم تطرأ حوادث استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا.

2-1- المقصود بإلزامية تنفيذ العقد: يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه:

– مضمون العقد: لا يقتصر العقد – طبقا للفقرة 2 من المادة 107 من القانون المدني– على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتضمن أيضا ما هو من مستلزماته. فالمتعاقدان ملزمان بالحقوق والواجبات الواردة في العقد، كما أنهما مقيدان بكل الشروط الواردة فيه. ويعتبر الإمتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ العقد.

قد يغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهوا أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس، فيكون العقد ناقصا ليتولى القاضي إكماله، إما على ضوء القانون أو العرف.

– تنفيذ العقد بحسن نية: يعتبر تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذه للعقد أمرا بالغ الأهمية لما تلعبه من دور المحرك في العلاقة العقدية. ولِحسن النية مظهران يتمثلان في نزاهة المتعاقد وفي تعاون كل متعاقد مع الآخر خلال عملية تنفيذ العقد.

2-2- الظروف الاستثنائية ومراجعة العقد : يمكن للقاضي – بالإضافة إلى ما سبق ذكره بخصوص الحالات التي يجوز فيها تعديل العقد، وهي: الاستغلال، الغبن والشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان — مراجعة العقد إذا طرأت حوادث استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين. ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الاستثنائية في الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني، التي تضمنت:

– شروط مراجعة العقد: يجب أن تتوافر فيه:

– الحادث الاستثنائي[1]: إذ يشترط فيه أن يكون حادثا استثنائيا أي حادثا غير مألوف لكونه نادر الوقوع (مثال ذلك: الحرب، الوباء، الفيضان،...).

كما يشترط فيه أن يكون حادثا غير متوقع الحدوث من طرف المتعاقدين وخاصة المدين. وتقاس درجة عدم توقع الحادث بالنسبة للاحتياطات التي من الممكن أن يأخذ بها الرجل العادي، وليس من وجهة نظر المتعاقدين.

كما يشترط أن يكون حادثا عاما، ومعنى ذلك أن يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم ولا يخص المتعاقد وحده.

– الإلتزام المرهق: إذ لا يعتد بالحادث الاستثنائي إلا إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا. ونعتمد في ذلك معيارين:

– المعيار الأول: هو معيار ذاتي يقدر حسبه الإرهاق، بحسب الذمة المالية للمدين.

– المعيار الثاني: هو معيار موضوعي فيقدر الإرهاق على ضوء الإلتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين. وقد اكتفى المشرع بوصف الإرهاق بأنه "خسارة فادحة"، مما يترك للقاضي واسع السلطة في قدير هذا الإرهاق.

[1]– ملاحظة: تختلف القوة القاهرة عن الظرف الاستثنائي، كونها ليست عامة فهي تقتصر على المدين دون غيره من الأشخاص.

– كيفية مراجعة العقد: من خلال استقرائنا للفقرة 3 من نص المادة 107 من القانون المدني، يتضح لنا:

– إلزام القاضي بمراجعة العقد: يلزم القاضي بمراجع العقد إذا ما توافرت الشروط المقررة لمراجعة العقد. إلا أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

والجدير بالذكر أن مراجعة العقد بسبب الحادث الاستثنائي يعتبر من النظام العام.

– رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول: ويتحقق ذلك، إما بـ:

– إنقاص إلتزام المدين: وهو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، والهدف من الإنقاص في كل الحالات هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين.

– زيادة إلتزام المدين: يرى جانب من الفقه أن رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في إلتزامات المدين، وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 107 من القانون المدني المحرر باللغة الفرنسية، نجد المشرع الجزائري قد استعمل عبارة "réduire" التي فيد الإنقاص وليس الزيادة في الإلتزام المقابل، وبالتالي فَنِيَةُ المشرع انصرفت إلى إنقاص الإلتزام لا غير.

– فسخ العقد: يرى بعض الفقهاء أنه يمكن للقاضي فسخ العقد طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني، إلا أن المحكمة العليا في قرار صادر عنها يحمل رقم 351258 بتاريخ 2007/03/21، الذي جاء فيه:" يجوز للقاضي إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول من دون إعفاء المدين من تنفيذ إلتزامه"[1]. وعليه يتضح لنا جليا أن القضاء خلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق المادة 107 من القانون المدني.

ب– تأويل العقد: إن الشكلية في العقود تجنب المتعاقدين الكثير من الغموض في مدلول العقد، عكس الرضائية –رغم أنها تيسر العمليات العقدية– التي كثيرا ما تسيء إلى المتعاقدين خصوصا إذا ما أغفل بعض التفاصيل، فيصبح مدلول اتفاقها محل لُبس، مما يستدعي تدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تأويله.

[1] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 405.

1- أحكام تأويل العقد: تضمن نص المادة 111 من القانون المدني، موضوع تأويل العقد، فبمفهوم هذه المادة فإن العبارات الواضحة تلزم أطراف العقد والقاضي، أما إذا كانت العبارات غامضة فلابد من تأويل العقد من قبل القاضي. ولتأويل العقد يجب أن:

1-1- البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين: يترتب على غموض العبارة تأويل العقد، فالقاضي - بمفهوم نص المادة 111 من القانون المدني – ملزم بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ولا يتسنى ذلك إلا بالرجوع إلى الإرادة الباطنة، على ضوء:

- طبيعة التعامل: يكون ذلك من خلال الرجوع إلى العقد ذاته، فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة فهناك احتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل. (مثال ذلك: اشتراط المعير في عقد عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فيفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضا. ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري).

- الأمانة والثقة: يؤول القاضي العقد على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين، وفي جميع الحالات لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع[1].

- العرف: إذا لم يوجد نص قانوني يرجع القاضي للعرف فيأخذ بالمعنى الذي استقر عليه.

1-2- البحث عن النية في حالة الشك: تقوم حالة الشك كلما استحال على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أين تصبح النية منعدمة، فيكون إما القاضي إما تأويل العقد بطريقة موضوعية أو تأويله على أساس تفسير الشك لصالح المتعاقد الضعيف والذي قد يتمثل إما في شخص المدين أو الطرف المذعن، وذلك ما تضمنه نص المادة 112 من القانون المدني.

2- رقابة التأويل:

2-1- تأويل العقد من الوقائع: يتمثل أويل العقد في البحث عما أراده المتعاقدان أي البحث عن الأمر الذي انصرفت إليه إرادتهما، وهذه العملية تخص الوقائع لا القانون وبالتالي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 361.

2-2- تكييف العقد وتحريف وثيقة واضحة: يقصد بتكييف العقد تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة أو أن من بين العقود غير المسماة، والهدف من تكييف العقد حتى يسهل على القاضي تحديد النصوص القانونية الواجبة التطبيق.

والجدير بالذكر أن القاضي في مسألة تكييفه للعقد غير مقيد بتكييف المتعاقدين وله أن يتمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف، إلا إذا كان الوصف القانوني للعقد واضحا فلا يمكن للقضاء إعادة تكييفه على أساس التأويل.

أما بالنسبة لفكرة تحريف مضمون وثيقة واضحة، فإن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أقرت أن للمحكمة العليا مكنة مراقبة التحريف الواضح والدقيق إذا ما تعلق الأمر بوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

ثانيا: نسبية العقد:

أ- مبدأ نسبية الأثر الإلزامي للعقد: يقصد بالآثار الحقوق والواجبات التي قد تقتصر على المتعاقدين الأصليين فقط أو تتعدى إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص[1].

1- إنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين: المتعاقدان هما طرفا العقد اللذان أبرماه باسميهما ولحسابيهما، وبالتالي فإن ما يترتب عليه من آثار – حقوق وواجبات- ينصرف لهما. لكن قد يحدث وأن يتعاقد الشخص بواسطة وكيل أو نائب عنه، فالنائب يمثل شخص الأصيل فيتعاقد بإسم ولحساب هذا الأخير، فمن مميزات النيابة في التعاقد أن العبرة فيما يتعلق بعيوب الرضاء تكون بإرادة شخص النائب في حين تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل.

2- إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام: الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، إذ يلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزما به وقد استخلفه في حقوقه وواجباته، ولهذه القاعدة "انصراف آثار العقد إلى الخلف العام" حالات استثنائية لا تسمح بإنصراف العقد إلى الخلف العام، وقد ترجع هذه الحالات إلى:

[1] - عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص ص: 353 - 357.

– **القانون:** قد يمنع القانون – في بعض الحالات وعلى وجه الاستثناء– إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام (مثال ذلك: موت أحد الشركاء يؤدي إلى إنقضاء عقد الشركة، بمفهوم المادة 439 من القانون المدني).

– **طبيعة التعامل:** قد لا تتفق طبيعة التعامل مع انتقال آثار العقد ومن ثم فلا تنصرف آثاره إلى الخلف العام (مثال ذلك: إذا كان الشخص المتعاقد المتوفى محل إعتبار).

– **إرادة المتعاقد:** قد يتفق المتعاقدان على أن العقد الذي تم بينهما لا تنصرف آثاره إلى الخلف العام.

ب– إنصراف آثار العقد إلى الغير: خروجا عن المبدأ العام "نسبية العقد"، قد يتعهد الشخص – على وجه الاستثناء – عن الغير، وقد يستفيد هذا الغير من اشتراط المتعاقدين أو من الدعوى المباشرة[1].

1– التعهد عن الغير: لم يعرفه المشرع الجزائري وقد عرفه بعض الفقه، على أنه:" إلتزام أو تعهد المتعاقد بأن يحمل الغير على الإلتزام بأمر معين نحو المتعاقد الثاني".

1–1– شروط التعهد عن الغير: يشترط فيه:

– **المتعهد:** يقتضي التعهد عن الغير أن يتعهد المتعاقد بإسمه ولحسابه الخاص، وليس بإسم أو لحساب الغير.

– **غرض التعهد عن الغير:** الغرض منه هو أن يلزم المتعهد نفسه، علما أنه لا يستطيع أن يلزم الغير من دون إرادته، طبقا لنص المادة 113 من القانون المدني.

– **موضوع التعهد عن الغير:** يتمثل في حمل الغير على الإلتزام نحو المتعاقد الثاني، أي قبول التعهد وهو إلتزام بتحقيق غاية.

1–2– آثار التعهد عن الغير: تتمثل في:

– **آثار التعهد عن الغير بالنسبة للمتعاقدين:** إذا توافرت شروط التعهد، فإنه يعتبر صحيحا ويرتب جميع آثاره بإعتباره عقدا، ولا يمكن نقضه ولا تعديله بإرادة أحد المتعاقدين ويكونان ملزمان بتنفيذه.

[1] – جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مفاعيل العقد أو آثاره، الطبعة الأولى، دمشق– سوريا، 2000. ص 746.

– آثار التعهد عن الغير بالنسبة للغير: إن الغير غير ملزم بما تعهد به المتعهد، ويحتفظ بكامل حريته فيما يتعلق بقبول أو رفض التعهد، فإن شاء قبل التعهد وإن شاء رفض ولا يتحمل أي مسؤولية مهما كان نوعها[1].

2– الاشتراط لمصلحة الغير: هو عقد بين شخصين يرمي إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد. إذ يَشتَرِطُ في هذا التصرف القانوني أحد المتعاقدين (المشتَرِطُ) على المتعاقد معه (المتعهد) أن يقوم بأداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد (المستفيد أو المنتفع).

2–1– شروط الاشتراط لمصلحة الغير: إضافة إلى الشروط الواجب توافرها في كل العقود (الرضاء، المحل والسبب)، يجب أيضا توفر ما يلي:

– شروط متعلقة بالمشترط: تشترط فيه القواعد العامة المشترطة في التعاقد من سلامة الرضاء والأهلية، كما يشترط أن يتعاقد بإسمه ولحسابه، وليس بإسم والمتعاقد وإلا كانا بصدد نيابة في التعاقد.

كذلك يشترط أن تكون للمشترط مصلحة مشروعة في تنفيذ الإلتزامات المشروطة على المتعهد سواء أكانت مصلحة مادية (مثال ذلك: قضاء دين)، أو مصلحة أدبية (مثال ذلك: عقد التأمين عن الحياة).

– تعيين المنتفع: بمقتضى أحكام المادة 118 من القانون المدني يمكن أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد.

– إنصراف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع.

2–2– آثار الاشتراط لمصلحة الغير: تتمثل في:

– علاقة المشترط بالمتعهد: تحدد طبقا للعقد الذي أبرمه الطرفان، فإذا امتنع أحدهما عن تنفيذ العقد، يكون للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أو طلب فسخ العقد.

– علاقة المشترط بالمنتفع: تحدد على أساس ما قصده المشترط، فقد يقصد من خلال اشتراطه على المتعهد مثلا تبرعا لفائدة المنتفع، أو كأن يكون مَدِينًا للمنتفع فيؤدي ما عليه من خلال الاشتراط لمصلحة دائنة –المنتفع.

[1] – ملاحظة: في حالة رفض الغير المتعهد عنه هذا التعهد جاز للمتعاقد المتعهد له مطالبة المتعهد بالتعويض، ويمكن للمتعهد التخلص من التعويض بتنفيذ ما إلتزم به.

– علاقة المتعهد بالمنتفع: يصبح المنتفع بعد قبوله للاشتراط دائنا للمتعهد، ومن ثم فله الحق في مطالبة المتعهد بالوفاء وله أن يجبره على ذلك إذا اقتضى الأمر.

المحور السابع: انحلال العقد

إنحلال العقد: هو حل الرابطة التعاقدية التي تجمع بين المتعاقدين وإزالة كل آثارها، بحيث يصبح العقد منعدما كأنه لم يكن. (المواد من 119 إلى 123 من القانون المدني).

البطلان	الإنحلال
يرميان إلى زوال الرابطة التعاقدية	
– يبطل العقد إذا لم ينشئ صحيحا (مثال ذلك: تخلف ركن المحل)	– يرد الانحلال على العقد الصحيح بسبب عدم تنفيذه كليا أو جزئيا
– يكون البطلان في مرحلة تكوين العقد	– يتعلق الانحلال بمرحلة تنفيذ العقد

أولا: فسخ العقد La résolution: هو جزاء عدم التنفيذ العقد، فكما أن البطلان أو الإبطال جزاء الإخلال بشروط العقد، فإن الفسخ جزاء لعدم تنفيذه وهو ما يفترض استكمال العقد لجميع شروطه الجوهرية والشكلية، وأن يمنع التنفيذ فينحل العقد بموجب الفسخ[1].

بمفهوم نص المادة 119 من القانون المدني، الفسخ هو جزاء يترتب على إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما إلتزم به، كما يعتبر كذلك حقا للمتعاقد في حل الرابطة التعاقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بإلتزامه.

أ– شروط فسخ العقد: وهي 3 شروط:

1– العقد محل الفسخ يكون ملزما للجانبين، ولو كانت عقود تبادلية احتمالية (مثال ذلك: عقد إيراد المرتب مدى الحياة).

2– عدم وفاء المتعاقد بإلتزامه، ولا يختلف الأمر سواء كان عدم التنفيذ كلي أو جزئي أو تأخر في التنفيذ.

3– وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بإلتزامه.

[1] – علي كحلون، المرجع السابق، ص 419.

ب- أنواع الفسخ: ينقسم الفسخ إلى:

1-الفسخ القضائي: إذا كان للمتعاقد الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه – في حالة إخلال المتعاقد الثاني بالتزامه- فهذا لا يعني أن القاضي مقيد باختيار المتعاقد للفسخ، بل له سلطة تقديرية واسعة، ويستطيع طبقا للفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني، وفي ضوء ملابسات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد، أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه. فإذا تبين للقاضي مثلا أن ما تبقى بذمة المدين من التزامات ضئيل مقارنة مع ما تم تنفيذه، وأن مصلحة الدائن لا تتأثر كثيرا من ذلك، فقد يرفض الفسخ ويمنح المدين أجلا لتنفيذ ما تبقى، وقد يعفيه من التنفيذ مكتفيا بمنح الدائن تعويضا، وأما إذا تبين له أن الفسخ أكثر ضمانا لمصلحة الأطراف، فلا شك أن يقضي به، وله أيضا أن يعوض الدائن زيادة على فسخ العقد[1].

2- الفسخ القانوني: ليس المقصود من الفسخ القانوني هو الشرط الفاسخ الضمني، أي الإمكانية المفترضة قانونا في الفسخ تجاوزا لإتفاق الطرفين في صورة عدم التنفيذ، بل المقصود هي الحالات الصريحة التي يوجب فيها القانون صراحة الفسخ الوجوبي. فلا يبقى الخيار للطرفين الدائن والمدين، فإذا كان الشرط الفسخي لا يقع إذا رغب الدائن في التنفيذ بالرغم من الخلل، فإن الفسخ القانوني أو بالأصح الإنفساخ بحكم القانون لا يبقي للدائن أي خيار فيقع الفسخ حتى ولو رضي الطرفان بالتنفيذ[2].

3- الفسخ الاتفاقي: قد يتضمن العقد محل الفسخ طبقا لنص المادة 120 من القانون المدني، شرطا يقضي بفسخ العقد تلقائيا بسبب عد التنفيذ، وعموما يحدد المتعاقدان بمقتضى هذا الشرط –مسمى بالشرط الفاسخ- أو الشروط التي يتحقق معها فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي.

وفي غياب صيغة قانونية معينة لشرط الفسخ الإتفاقي يتمتع المتعاقدان بحرية تامة في تحديد صياغته. غير أنه لابد من مراعاة الشروط حتى تكون إراداتهما واضحة في هذا الشأن، وأن لا تقتصر صياغة الشرط على تكرار أو التذكير بالقاعدة العامة التي تضمنتها المادة 119 من القانون المدني.

فإضافة إلى وجود إتفاق صريح بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته يجب أن تنصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي، فالغرض من الشرط الفاسخ هو استبعاد الفسخ القضائي، أي

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 461.

[2] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 431.

تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على معاينة مدى توفر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقق الفسخ، وتثبيت ذلك[1].

ج– تقرير فسخ العقد: إن توافر الشروط السالفة الذكر لا تؤدي تلقائيا إلى فسخ العقد، بل للقاضي السلطة التقديرية في تقرير الفسخ – فسخ قضائي–. كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء – فسخ قانوني– هذا النوع من الفسخ يسلب القاضي سلطته التقديرية.

د– آثار فسخ العقد: تتمثل في:

– إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد، أي أن يَرُدَ كل متعاقد ما تلقاه من المتعاقد الآخر، أما إذا استحال الاسترداد العيني، فيحكم القاضي بالتعويض الذي يتولى تقديره (المادة 122 من القانون المدني).

– تسقط كل الحقوق التي اكتسبها الغير من أحد طرفي العقد، إذ ترفع على الغير دعوى الاسترداد. استثناءا ولاستقرار المعاملات تخرج هذه الحالات عن قاعدة الاسترداد:

– الغير الذي اكتسب حقا عينيا على منقول بحسن نية.

– الغير الذي تقرر له حق على عقار وأشهره.

– الغير الذي تملك بالتقادم المكسب.

ثانيا: انفساخ العقد: تنص المادة 121 من القانون المدني، على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".

إن استحالة التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام الذي يؤدي بدوره إلى انفساخ العقد بقوة القانون. في حين تنص المادة 307 من القانون المدني على أنه:" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته". ويكون السبب أجنبيا متى لم يكن للمدين يد في السبب مصدر الاستحالة.

[1] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص 461.

والمقصود بالاستحالة، تعذر على المدين تنفيذ التزامه بسبب خارج عن إرادته، كأن تتسبب في ذلك قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو فعل الضحية أو فعل الغير. فالإنفساخ هو إنحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي[1].

أ- شروط انفساخ العقد: لا التزام بمستحيل "à l'impossible nul n'est tenu " تلك هي القاعدة العامة في استحالة التنفيذ أو تعذر التنفيذ، فإذا استحال التنفيذ تعذر التنفيذ وانقضى الالتزام بدون تنفيذ.

1-الاستحالة المطلقة: يجب أن تكون الاستحالة مطلقة، من جهة، وكاملة من جهة أخرى. بالنسبة للطابع المطلق لاستحالة التنفيذ، ليس هناك اختلاف بين الفقهاء، بل الكل يشترط الاستحالة المطلقة ويستبعد الاستحالة النسبية كتلك التي ترجع إلى إعتبارات تخص المتعاقد دون غيره، كأن لا يملك المهارات أو المؤهلات لتنفيذ التزامه. كما تقتضي الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام أمر وارد في جميع الحالات، بغض النظر عن تكاليفه. فإذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا فقط، فإن شروط الاستحالة غير متوفرة.

في حين يرى فريق آخر أن استحالة التنفيذ تنصرف إلى موضوع العقد، أي محل الالتزام، بغض النظر عن المدين، فترتبط استحالة التنفيذ بمحل الالتزام وليس المدين، كأن يهلك المبيع فيستحيل نقل الملكية، ونكون حينها بصدد استحالة موضوعية[2].

2- وقت نشوء الاستحالة: من مواصفات الاستحالة أن تكون لاحقو للعقد، فلا يعتد بها من أجل انفساخ العقد، إلا إذا طرأت بعد إبرام العقد محل الانفساخ. وأما إذا وجدت هذه الاستحالة قبل انعقاد العقد فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، لتخلف ركن المحل طبقا لنص المادة 93 من القانون المدني.

3- أن يكون مصدر الاستحالة سبب أجنبي: يترتب على إنقضاء التزام بسبب استحالة تنفيذه إنقضاء الالتزامات المقابلة له، ومن ثم ينفسخ العقد بقوة القانون. ويفيد هذا الحكم في أن المدين –وهو المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا لسبب أجنبي- يتحلل من الالتزام الذي تحمله بموجب العقد محل الانفساخ، فتبرأ ذمته نحو المتعاقد الآخر –وهو الدائن-، ومن ثم لا يمكن أن يطالب بالتنفيذ عن طريق التعويض، كما لا يمكن مساءلته قانونيا.

---

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 466.

[2] - المرجع نفسه، ص 468.

ب- تحمل تبعة انفساخ العقد: إن تحمل تبعة الاستحالة في الالتزام تختلف بإختلاف طبيعة الالتزام إن كان ملزما لجانب واحد أو لجانبين، فإذا كان الالتزام ملزما لجانب واحد، مثل عقد الوديعة، كانت الاستحالة مانعة للوفاء بجانب المدين وتبرئ ذمته تماما وليس للدائن من ئيء لا عينا ولا تعويضا، فيكون الهلاك حينئذ على الدائن.

أما إذا كان الالتزام ملزما لجانبين، كما في صورة البيع، فيحمل على البائع التسليم ويحمل على المشتري دفع الثمن. فإذا انقضى الالتزام من الجانب الأول انقضى الالتزام المقابل بالتبعية ولا يحق للجانب الأول طلب الوفاء بالالتزام من الجهة المقابلة، وحتى لو تم الوفاء فيمكن فيه الاسترداد، فيكون الهلاك حينئذ على المدين[1].

ج- التمييز بين الفسخ والإنفساخ:

الفسخ	الانفساخ
- سببه عدم تنفيذ الالتزام بسبب أحد المتعاقدين.	- سببه إنقضاء الإلتزام لسبب أجنبي.
- يخضع لرقابة القاضي.	- لا يخضع لرقابة القاضي.
- إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد.	- يمكن الدفع به إذا إقتضى الأمر.
- جبر الضرر عن طريق التعويض.	- لا يمكن المطالبة بالتعويض، ولا مساءلة المدين قانونيا.

[1] - علي كحلون، المرجع السابق، ص 434.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد رقم 78، 1975.

ثانيا: قائمة المراجع

باللغة العربية:

أ- الكتب

1- الصالح فواز، القانون المدني (مصادر الالتزام)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهزرية العربية السورية، 2018.

2- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، 2012.

3- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1998.

4- العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزامات (الكتاب الأول: نظرية العقد)، الطبعة السادسة، دار الأمان، الرباط - المغرب، 2018.

5- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2016/2015.

6- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مفاعيل العقد أو آثاره، الطبعة الأولى، دمشق- سوريا، 2000.

7- فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

8– كحلون علي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزامات، أحكام الالتزامات)، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015/2014.

9– محروك محمد، الوجيز في نظرية العقد تكوينه وآثاره، الطبعة الثانية، مكتبة المعرفة، مراكش – المغرب، 2019.

10– محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني –دراسة فقهية وقضائية–، مصر، 2016.

11– مصطفى ابراهيم المزلي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، الطبعة الأولى، احسان للنشر والتوزيع، مصر، 2014.

ب– المطبوعات الجامعية

1- أحلوش زينب، محاضرات في القانون المدني (القانون والعقد)، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس، الجزائر، 2021/2020.

2– بن صالح (م) قرطبي سهيلة، محاضرات الالتزامات (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقياد – تلمسان، الجزائر، 2020/2019.

3– جمعي ليلي، النظرية العامة للالتزام، محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن أحمد – وهران1، الجزائر.

4- ديرم سومية، محاضرات في مصادر الالتزام، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البشير الابراهيمي – برج بوعريريج، الجزائر، 2021/2020.

5– زكري إيمان، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، الجزائر، 2019/2018.

6– ضريفي الصادق، محاضرات في القانون المدني، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة، الجزائر، 2019/2018.

7– طحطاح علال، مطبوعة بيداغوجية في القانون المدني (مصادر الالتزام)، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة – خميس مليانة، الجزائر، 2019/2018.

8– سويلم فضيلة، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر– سعيدة، الجزائر، 2018/2017.

9– مجيدي فتحي، محاضرات في مقياس الالتزامات، مقدمة لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور – الجلفة، الجزائر، 2010/2009.

10– مكيد نعيمة، ملخص محاضرات في مصادر الالتزام، مقدم لطلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي – جامعة البليدة 2، الجزائر، 2022/2021.

باللغة الأجنبية:

-Jean Philippe Levy, André Castaldo, Histoire du droit civil, 2éme édition, Dalloz, paris-France, 2010.

الفهرس

مقدمة.....**4**

المحور التمهيدي: مفهوم الالتزام.....**5**

أولا: تعريف الالتزام.....**5**

أ-المذهب الشخصي.....5

ب- المذهب المادي.....6

ج- موقف المشرع الجزائري من المذهبين.....6

ثانيا: عناصر الالتزام.....**6**

أ- عنصر المديونية.....6

ب- عنصر المسؤولية.....7

ثالثا: أنواع الالتزام.....**7**

أ-تقسيم الالتزام من حيث طبيعته.....7

1- الالتزام المدني"Obligation civil".....7

2- الالتزام الطبيعي"Devoir moral".....7

ب- تقسيم الالتزام من حيث المحل.....7

1-الالتزام بالمنح" Obligation de donner".....7

2- الالتزام بعمل" Obligation de faire".....8

3- الالتزام بامتناع عن عمل" Obligation de ne pas faire".....8

ج- تقسيم الالتزام من حيث طريقة تنفيذه.....8

1-الالتزام العيني.....8

2- الالتزام بمقابل.....9

د- تقسيم الالتزام من حيث أثره.....9

1-الالتزام ببذل عناية " Obligation de moyen".....9

2- الالتزام بتحقيق نتيجة " Obligation de résultat".....9

رابعا: مصادر الالتزام.....9

أ-التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام.....9

ب- التقسيم الحديث لمصادر الالتزام.....10

1- التصرف القانوني Acte juridique.....10

2- الواقعة القانونية Fait juridique 11

المحور الأول: مفهوم العقد.....11

أولا: تعريف العقد " Le contrat".....11

أ- العقد اتفاق.....11

1- مفهوم الاتفاق "La convention".....11

2- خصائص الاتفاق المكون للعقد.....12

ب- العقد يهدف إلى إحداث آثار قانونية.....12

المحور الثاني: تطور نظرية العقد.....13

أولا: النظرية التقليدية للعقد: (مبدأ سلطان الإرادة).....**13**

أ- النظريات التي تقوم على الأفكار الفلسفية رائدها الفقيه "كانت" "Kant".....13

ب- النظريات التي تقوم على الأفكار الاقتصادية رائدها الفقيه "أدام سميث" "Adam Smith".....13

1- تكوين العقد.....13

2- آثار العقد.....13

ثانيا: النظريات الحديثة للعقد.....**14**

أ- عوامل التطور.....14

ب- القواعد الجديدة.....14

المحور الثالث: تقسيمات العقود.....**15**

المحور الرابع: تكوين العقد.....**17**

أولا: ركن الرضاء: " Le consentement".....**17**

أ- وجود الرضاء.....17

1- الإرادة أساس الرضاء.....17

1-1- الإرادة الجدية.....17

1-1-1- صدور الإرادة من شخصية قانونية مؤهلة.....17

1-1-2- إنصراف الإرادة إلى إحداث آثار قانونية.....18

1-2- الصور المختلفة للإرادة.....19

1-2-1- نظريتا الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة.....19

1-2-2-موقف المشرع الجزائري.....20

1-3-التعبير عن الإرادة.....21

1-3-1- طرق التعبير عن الإرادة.....21

1-3-2- آثار التعبير عن الإرادة.....22

2- تطابق الإرادتين.....22

2-1- عناصر تطابق الإرادتين.....22

2-1-1- الإيجاب.....22

2-1-2- القبول.....24

2-2- زمان ومكان تطابق الإرادتين.....25

ب- صور خاصة للرضاء.....25

1- النيابة في التعاقد.....25

1-1- مفهوم النيابة في التعاقد.....26

1-2- شروط النيابة في التعاقد.....26

1-3- آثار النيابة في التعاقد.....27

2- الوعد بالتعاقد.....27

2-1- مفهوم الوعد بالتعاقد.....28

2-2- شروط الوعد بالتعاقد.....28

2-3- آثار الوعد بالتعاقد.....28

3- التعاقد بالعربون.....29

3-1- مفهوم العربون.....29

3-2- أحكام العربون.....29

ج- صحة الرضاء.....30

1- الغلط.....30

1-1- مفهوم الغلط.....30

1-2- صور الغلط.....31

1-3- شروط التمسك بالغلط الجوهري.....32

2- التدليس.....32

2-1- مفهوم التدليس.....32

2-2- شروط التدليس.....32

3- الإكراه.....33

3-1- تعريف الإكراه.....33

3-2- شروط الإكراه.....33

4- الاستغلال.....33

4-1- مفهوم الاستغلال.....33

4-2- جزاء الاستغلال.....34

4-3- الغبن.....34

ثانيا: ركن المحل.....35

أ- وجود و/ أو إمكانية المحل.....35

1- وجود المحل.....35

1-1- انعدام المحل.....35

1-2- هلاك المحل.....35

2- المحل ممكن.....36

2-1- الاستحالة النسبية.....36

2-2- الاستحالة المطلقة.....36

ب- تعيين المحل.....36

1- طرق تعيين المحل.....36

2- تعيين الثمن.....37

ج- مشروعية المحل.....37

1- قابلية المحل للتعامل.....37

2- مطابقة المحل للنظام العام والآداب العامة.....38

ثالثا: ركن السبب.....**38**

أ- مفهوم السبب.....38

1- السبب القصدي.....38

2- الباعث أو الدافع للتعاقد.....39

3- موقف المشرع الجزائري.....39

ب- إثبات السبب.....39

1- إفتراض السبب غبر المذكور.....39

2- افتراض حقيقة السبب المذكور.....40

رابعا: الشكلية.....**40**

أ- الشكلية المباشرة.....40

1- الكتابة.....41

2- العقود العينية.....42

ب- الشكلية غير المباشرة.....42

1- قواعد الإثبات.....42

2- قواعد الشهر.....43

المحور الخامس: نظرية البطلان.....**43**

أولا: مفهوم البطلان.....**43**

أ- البطلان النسبي.....43

ب- البطلان المطلق.....43

ثانيا: تقرير البطلان.....**43**

أ- تدخل القاضي.....43

1- دعوى البطلان أو دعوى الإبطال.....44

2- الدفع بالبطلان أو الإبطال.....44

ب- حق التمسك بالبطلان.....44

1- حق التمسك بدعوى البطلان.....44

2- حق التمسك بإبطال العقد.....44

ج- إنقضاء حق البطلان.....44

1- إنقضاء حق الإبطال.....44

2- سقوط دعوى البطلان.....46

ثالثا: إنقاذ العقد.....46

أ- تحويل العقد.....46

ب- إنقاص العقد.....46

المحور السادس: آثار العقد.....47

أولا: القوة الملزمة للعقد أولا: القوة الملزمة للعقد.....47

أ- العقد شريعة المتعاقدين.....47

1- لا نقض ولا تعديل للعقد دون إتفاق.....47

2- إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد.....48

ب- تأويل العقد.....50

1- أحكام تأويل العقد.....51

2- رقابة التأويل.....51

ثانيا: نسبية العقد.....52

أ- مبدأ نسبية الأثر الإلزامي للعقد.....52

1- إنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين الأصليين.....52

2- إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام.....52

ب- إنصراف آثار العقد إلى الغير.....53

1- التعهد عن الغير.....53

المحور السابع: انحلال العقد.....**55**

أولا: فسخ العقد.....**55**

أ- شروط فسخ العقد.....55

ب- أنواع الفسخ.....56

1-الفسخ القضائي.....56

2- الفسخ القانوني.....56

3- الفسخ الاتفاقي.....56

ج- تقرير فسخ العقد.....57

د- آثار فسخ العقد.....57

ثانيا: انفساخ العقد.....**57**

أ- شروط انفساخ العقد.....58

1-الاستحالة المطلقة.....58

2- وقت نشوء الاستحالة.....58

3- أن يكون مصدر الاستحالة سبب أجنبي.....58

ب- تحمل تبعة انفساخ العقد.....59

ج- التمييز بين الفسخ والإنفساخ.....59

قائمة المصادر والمراجع.....**60**