

جامعة الجيلالي بونعامة

كلية الحقوق والعلوم السياسية \_ قسم الحقوق .

# محاضرات في النظرية العامة للعقد

## اعداد د طحطاح علال

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس - السداسي الأول

2021/2022

### مقدمة :

لا أحد ينكر القيمة العلمية و العملية لنظرية الإلتزام، فهي أساس علم القانون و مناط دراسته و مقتضى تطبيقه.

و هي بحق النظرية الأم التي ترتبط بها باقي النظريات خضوعا أو تداخلا، بحيث لا يخلو قانون من فرض إلتزامات ما يجعل النظرية واجبة التطبيق ، إما بطريقة مباشرة بإعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل أو بإعتبارها قاعدة عامة تطبق عند غياب النص الخاص، أو على سبيل الإستثناس أو القياس في مجالات لا تتعلق بها مباشرة.

و تستمد هذه النظرية قوتها و أهميتها من أهمية و قوة القانون الذي تنتمي إليه و هو القانون المدني ، الذي يعتبر الشريعة العامة التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي يخلو حكم النزاع من نص خاص.

و نظرية الإلتزام تشمل مواضيع عديدة، منها ما يتعلق بقواعد عامة، و يندرج ضمنها خاصة مصادر الإلتزام و أحكام الإلتزام، و منها ما يتعلق بقواعد خاصة ، تتعلق ببعض العقود المسماة و الإلتزامات الخاصة سواء كانت متضمنة في القانون المدني أو في قوانين خاصة.

و تعد مصادر الإلتزام من المواضيع المهمة لما تحتويه من أحكام و قواعد لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يستغني عنها دارس القانون أو مطبقه أو شارحه، فالجهل بها هو جهل بأصل القانون و جهل بمقتضياته و مبادئه، فالقانون ليس نصوصا مكتوبة فقط بل هو أيضا مبادئ عامة لا يمكن في غيابها الوصول إلى سليم القانون شرحا و تطبيقا.

و سنتعرض للنظرية العامة للعقد بعد عرض مفهوم الإلتزام كفصل تمهيدي

### الفصل التمهيدي: مفهوم الإلتزام

يتحدد مفهوم الإلتزام من خلال تعريفه ثم إبراز أنواعه، ثم التعرض لمصادره بوجه عام.

**المبحث الأول - تعريف الإلتزام:** سنتعرض لتعريفه في الفقه الإسلامي ثم في الفقه الوضعي (القانوني).

**المطلب الأول : تعريف الإلتزام في الفقه الإسلامي:** الإلتزام بمفهوم الشريعة الإسلامية هو : إيجاب الشخص أمرا على نفسه إما بإرادته أو بإيجاب الشرع له، فالأشياء التي يوجبها الإنسان على نفسه بإختياره و إرادته ، كالإلتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، و إلتزام المشتري بتسليم الثمن إلى البائع، و إلتزام الأجير بالعمل المستأجر عليه، و إلتزام الوديع بأن لا يتعدى على العين المودعة، و هناك أمور يلتزمها الإنسان بإلزام الشرع

له دون اختياره و إرادته ، كالإلزام الشرع نفقة الفقير على قريبه الموسر، فالغني هنا يلتزم بنفقة الفقير بإلزام الشرع له<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني - تعريف الإلتزام في الفقه الوضعي:** يختلف الفقه في تعريف الإلتزام ويتباين تعريفه تبعاً لتباين آراء النظريات الفقهية وقد ظهرت نظريتين في تعريفه وهما النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية:

### الفرع الأول . النظرية الشخصية:

يعرف أصحاب هذه النظرية الإلتزام على أنه علاقة قانونية بين شخصين يكون بمقتضاها لأحد طرفي العلاقة وهو الدائن الحق في أن يتقاضى شيئاً من الطرف الآخر وهو المدين، فالأمر الجوهرى في الإلتزام عند أصحاب هذه النظرية هو الشخصين وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول أن يزيد في تعريفه للإلتزام فكرة الرابطة الشخصية.<sup>2</sup>

فالإلتزام عند هؤلاء رابطة شخصية يكون فيها لشخصية الدائن و شخصية المدين كل الإعتبار، و جوهر هذه العلاقة هي شخصية أطرافها.

ويترتب على هذا التعريف مجموعة من النتائج هي<sup>3</sup>:

\* لا يمكن أن ينشأ إلتزام دون وجود طرف دائن وآخر مدين،

فلا بد من وجود الدائن و المدين عند نشأة علاقة الدائنية.

\* الإرادة المنفردة لا تكون مصدراً للإلتزام لأن أحد الشخصين غير موجود.

فهذه النظرية لا تعترف - بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام لأنها تتجافى و فلسفتها.

\* لا يسمح بالإشتراط لمصلحة الغير

\* لا تجوز حوالة الدين وحوالة الحق.

فشخصية الدائن و المدين محل اعتبار فلا يجوز انتقال الدين لغير المدين الاصلى و لا إنتقال الحق لغير الدائن الأصلي.

<sup>1</sup> د أحمد محمد علي داوود، أحكام العقد في الفقه الإسلاميو القانون المدني، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى 2011، ص 26.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام )، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص108.

<sup>3</sup> علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، 2013، موفم للنشر، الجزائر، ص14.

### الفرع الثاني . النظرية المادية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن فكرة الإلتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية بل تنتظر إلى محل الإلتزام وهو العنصر الأساسي، الذي تجرده من الرابطة الشخصية حتى يصبح الإلتزام عنصرا ماليا أكثر من كونه علاقة شخصية فين فصل الإلتزام بذلك عن شخص الدائن وشخص المدين ويختلط بمحله ليصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية ، وبذلك فإن الإلتزام في المذهب المادي هو علاقة قانونية بين ذمتين ماليتين يلتزم فيها طرف يسمى المدين في مواجهة طرف آخر يسمى الدائن بفعل أمر ما.<sup>1</sup>

ويترتب على هذا التعريف مجموعة من الآثار هي:

\* الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام.

\* صحة الإشتراط لمصلحة الغير.

\* جواز حوالة الحق أو الدين.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث . موقف القانون الجزائري من النظريتين:

بعيدا عن النقاش الفقهي في هذا الشأن فإن تصوري هو أن القانون الجزائري غلب النظرية الموضوعية و يستنتج ذلك من خلال اعتبار الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام و الإعتراف بجواز إنتقال الدين و الحق على السواء ، لكنه لم يهمل النظرية الشخصية سيما في العقود القائمة على الإعتبار الشخصي ، حيث تكون شخصية الدائن أو المدين أو كليهما محل اعتبار و ما يترتب عن ذلك من نتائج تجد تبريرها في مضمون النظرية الشخصية.

و إذا أردنا أن نجتمع بين النظريتين فيتم تعريف الإلتزام بأنه علاقة قانونية بين شخصين أو بين ذمتين ماليتين يكون بمقتضاها على أحد طرفي العلاقة الذي يسمى المدين أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل أو يعطي شيئا، للطرف الآخر في العلاقة و هو الدائن، فيكون محل الإلتزام بهذا المفهوم إما القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء أي المنح .

و إذا غلبنا الحق (الشخصي) في التعريف على الإلتزام(ذلك أن الحق الشخصي هو الوجه الآخر للإلتزام، فإذا نظرنا إلى ما للدائن سميناه حقا و إذا نظرنا إلى ما على المدين سميناه إلتزاما) فنقول أن الحق الشخصي علاقة قانونية بين شخصين أو بين ذمتين ماليتين يكون بمقتضاها لأحد طرفي العلاقة الذي يسمى الدائن أن يقتضي عملا أو إمتناع عن عمل أو إعطاء شيء، من الطرف الآخر في العلاقة و هو الدائن

فإلقيام بعمل كإلتزام الوكيل أو المقاول بالعمل المتفق عليه أو إلتزام البائع بتسليم الشيء المبيع ...

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص108

<sup>2</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص15.

والإمتناع عن عمل كالإلتزام التاجر عن منافسة تاجرا آخر منافسة غير مشروعة.

وأما الإعطاء فيتعلق إما بنقل أو تعديل أو إلغاء حق عيني، مثل نقل الملكية في عقد البيع فهو الإلتزام بإعطاء ويظهر ذلك في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

فالإعطاء في وجهة نظري هو قيام بعمل ، غير أن طبيعة محله و مضمونه و أحكامه أدى إلى ضرورة تمييزه عن باقي الإلتزامات بعمل.

فإذا تعلق الإلتزام بعمل بإنشاء أو نقل أو تعديل حق عيني أصلي أو تباعي نميزه فنطلق عليه إلتزام بإعطاء أو بمنح.

فمثلا إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع أو إلتزام المدين المرتهن بإنشاء حق الرهن ، أو إلتزام المالك بإنشاء أو نقل حق الإنتفاع العيني أو إنشاء حق الإرتفاق ، كل هذا يندرج ضمن الإلتزام بإعطاء الذي هو في أصله في وجهة نظري إلتزام بعمل.

### المبحث الثاني . أنواع الإلتزام:

يمكن تقسيم الإلتزام من حيث إستحقاقه للحماية و من حيث طريقة تنفيذه و من حيث مداه أو أثره

**المطلب الأول- تقسيم الإلتزام من حيث استحقاق الحماية:** ينقسم الإلتزام من حيث استحقاق الحماية إلى نوعين وهما كما يلي:

**الفرع الأول - الإلتزام المدني:** وهو الإلتزام الذي يتكون من عنصرين هما:

**أولا. عنصر المديونية:** وهي علاقة الدائنية بين شخص يسمى الدائن وهو صاحب الحق ومدين وهو الملتزم.

**ثانيا- عنصر المسؤولية:** ويقصد بها الحماية القانونية بمعنى أن تلك المسؤولية تقتضي الحماية بواسطة الحق في رفع دعوى قضائية لإلزام المدين بالالتزام.

وبذلك فإن الإلتزام المدني هو الإلتزام الذي يستطيع فيه الدائن إكراه المدين للوفاء به إن لم يقم بالوفاء طوعا.<sup>1</sup>

فهذا الإلتزام يعترف به القانون من خلال إقراره بالعلاقة القانونية أي عنصر المديونية و يحميه أيضا و ذلك من خلال تقرير حق المطالبة القضائية للدائن أي إمكانية إستفاء الحق جبرا.

<sup>1</sup> جميلة دوار، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، 2011، دار قرطبة، الجزائر، ص14.

**الفرع الثاني - الإلتزام الطبيعي:** الإلتزام الطبيعي يتكون من عنصر واحد ألا وهو عنصر المديونية، إذ يفقد هذا النوع لعنصر المسؤولية وهو ما يجعل منه التزاما طبيعيا، فلا يستطيع فيه الدائن إجبار مدينه على تنفيذ الإلتزامه.<sup>1</sup>

والإلتزام الطبيعي حق يعترف به القانون ولا يحميه، وأفضل مثال عن الإلتزام الطبيعي هو الإلتزام المدني الذي تقادم، فتقادم الإلتزام المدني يجعله فاقدا للعنصر الثاني وهو عنصر المسؤولية التي تتحقق بواسطة الدعوى القضائية.

ومثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شئى 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 الإلتزام المدني الحماية ويصبح التزاما طبيعيا.

و الإلتزام الطبيعي رغم إعراف القانون بعلاقة المديونية فيه إلا أنه لا يحميها، فلا يمكن أن يجبر الدائن المدين على تنفيذ إلتزامه جبرا، و مع هذا فالوفاء الإختياري بالإلتزام الطبيعي يعد تنفيذا لإلتزام موجود هو الإلتزام الطبيعي و لا يعد تبرعا.

### الفرع الثاني - تقسيم الإلتزام من حيث طريقة تنفيذه:

ينقسم الإلتزام بالنظر إلى طريقة تنفيذه إلى نوعين:

**أولاً- الإلتزام العيني:** وهو 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 الإلتزام أن يكون عينا.

**ثانياً- الإلتزام بمقابل:** وهو تنفيذ الإلتزام بعوض آخر غير المتفق عليه ويتحقق ذلك مثلا عندما يهلك الشئ المبيع في عقد البيع بسبب البائع فيلزم البائع بتعويض المشتري مما يستوجب تنفيذ الإلتزام بمقابل بدل تنفيذ الإلتزام عينا.

### الفرع الثالث - تقسيم الإلتزام من حيث أثره أو مده.

ينقسم الإلتزام من حيث أثره إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة :

**أولاً- الإلتزام ببذل عناية:** وهو أن يسعى المدين لتنفيذ التزامه وببذل 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 الإلتزام لا يقيم مسؤولية المدين إلا إذا لم يقم بالعناية الكافية في تنفيذ الإلتزام.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 9-24.

**ثانياً - الإلتزام بتحقيق نتيجة:** على خلاف النوع الأول فإن المدين في الإلتزام 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 الإلتزام قرينة على على تحمل المدين المسؤولية، لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإثبات أن عدم تنفيذ الإلتزام كان بسبب أجنبي. و مثال هذا الإلتزام ، إلتزام المحامي بالطعن في حكم أو قرار قضائي.

### المبحث الثالث . مصادر الإلتزام بوجه عام.

مصدر الشيء هو أصله وأصل الشيء هو السبب الذي أدى إلى نشوئه، والإلتزام لا يترتب اعتباطاً وإنما لابد له من سبب ينشؤه ويسمى مصدراً.

و يطلق الفقه على مصادر الإلتزام عموماً مصطلح الواقعة القانونية.

**الواقعة القانونية :** هي كل حدث قولي أو فعلي يترتب عليه القانون آثاراً قانونية ( حقوق و إلتزامات ) يعترف بها ويحميها عن طريق الدعوى.

فهي كل أمر أو حدث أو حادث... يترتب عليه القانون آثاراً، هي حقوق أو إلتزامات أو كليهما.

فالواقعة القانونية هي مصدر الإلتزام أو مصدر الحق .

و يعمد الفقه إلى تقسيم مصادر الإلتزام من عدة زوايا أعتقد ان الأقرب منها لتقسيم القانون و المنطق القانوني هو تقسيمها بالنظر إلى دور الإرادة فيها.

ومصادر الإلتزام و فقا لهذا الضابط نوعان مصادر إرادية وأخرى لا إرادية .

### المطلب الأول . المصادر الإرادية ( الوقائع الإرادية)(العقد و الإرادة المنفردة).

تسمى بالتصرف القانوني وهو كل فعل تتدخل الإرادة في إحداثه، ففي بعض الحالات القانون يعترف بالإرادة في إنشاء الأثر .

فالإلتزام في هذه الحالة لا ينشأ و لا يعترف به القانون و لا يحميه إلا إذا انصرفت الإرادة في إنشائه.

فلا يعترف القانون بالإلتزام بائع ما بنقل ملكية أحد أمواله إلا إذا انصرفت إرادة هذا الأخير إلى إنشاء ذلك الإلتزام عن طريق تصرف ما كالبيع أو الهبة أو المقايضة.

و لا يمكن إلتزام مشتري بدفع ثمن شئ ما إلا إذا انصرفت إرادته إلى دفع الثمن عن طريق تصرف هو عقد البيع.

فمصدر الإلتزام المباشر هو إرادة الملتزم ، و لكن القانون يعتبر مصدر غير مباشر لكل الإلتزامات بما فيها الإرادية ، لأنه هو من إعترف لتلك المصادر بإنشاء الإلتزامات.

فالتصرف القانوني ليس عملا ماديا بل عمل إرادي يقوم على أساس إنصراف الإرادة لإحداث الأثر بشرط أن يعترف القانون بذلك الإنشاء و يحميه.

و إذا كان من المسلم أن الإرادة هي التي تحدث الأثر أي تنشئ الحق أو الإلتزام في هذا المصدر، فأحيانا لا تكفي الإرادة الواحدة لإحداث الأثر القانوني بل لا بد من توافق إرادتين لإحداث الأثر و لإعتراف القانون بذلك الأثر و حمايته.

و هنا نكون أمام عقد هو مصدر الغلتزام أو الحق ، فالأثر القانوني ناشئ عن تطابق إرادتين و لا يكفي لنشأته إرادة واحدة.

و في بعض الحالات يعترف القانون ببعض الآثار من حقوق و غلتزامات بمجرد وجود إرادة واحدة أي منفردة ، و هنا نكون أيضا أما تصرف قانوني و لكن في شكل إرادة منفردة و ليس عقد ، مثل الوصية التي تعتبر عملا مضافا إلى ما بعد الموت ، فالوصية تنشأ و ترتب آثارها بإرادة الموصي و ما قبول الموصى له إلا لنفاذها و ليس لنشأتها.

و على هذا فالمصادر الإرادية تسمى التصرف القانوني ، و هي إما توافق إرادتين و تسمى عقدا أو الإرادة الواحدة و تسمى التصرف بالإرادة المنفردة و في كليهما الإرادة هي مصدر الإلتزام.

### المطلب الثاني . المصادر غير الإرادية ( وقائع غير إرادية )

يسمى البعض الوقائع الماديو ، و نرى ان هذا المصطلح قاصر على الأقل من الناحية الشكلية ، فكيف تقسم الوقائع القانونية على وقائع قانونية و تصرفات قانونية، فمصطلح الواقعة القانونية مكررة بين العموم و الخصوص ، و اللغة العربية غنية جدا بالمصطلحات بشكل نجد المصطلحات المتميزة في هذا الشأن.

و أعتقد أن المصطلح الأسلم هو الوقائع المادية وهي كل حدث يرتب عليه القانون أثرا قانونيا بغض النظر إلى اتجاه الإرادة إلى إحداثه أو عدم إتجاهها إلى إحداثه، وهي الأعمال التي يأتيتها الإنسان و يرتب عليها القانون أثر أي حق أو إلتزام سواء انصرفت الإرادة إلى ترتيبه أو لا بل و رغم أنف الإرادة حتى و لو انصرفت إلى عدم ترتيبه فيرتبه القانون بناء على واقعة مادية أنشأته، فالواقعة المادية هي مصدر الإلتزام المباشر و القانون المصدر غير المباشر كونه هو الذي اعترف لتلك الواقعة المادية بترتيبها الاثر القانوني.

كمن يرتكب فعلا ضارا يلحق من خلاله ضررا للغير فينشأ التزم في ذمة هذا الشخص وهو إلتزامه بتعويض المضرور، فالفعل الضار هو مصدر الإلتزام بالتعويض بغض النظر عن إرادة الملتزم و صاحب الحق.

و هنا ينبغي عدم الخلط بين دور الإرادة في إنشاء الإلتزام و هو غير موجود أصلا ، و دورها في إستقاء الإلتزام، فإذا تنازل المضرور عن حقه في التعويض فهذا لا يعني أن للإرادة دور في إنشاء ذلك التعويض.



كما يجب ايضا عدم الخلط في إنصراف الإرادة للقيام بالفعل الضار و إنصرافها للإلتزام بناء على الفعل الضار ، فقد يكون الفعل الضار إرادي أو متعمد و مع هذا لا دخل للإرادة في إنشاء الإلتزام و لا ينظر إليها القانون و لا يعتبرها، فقد يكون الضرب متعمدا و قد يكون غير متعمد و في كلا الحالتين لا دخل للإرادة في إحداث الاثر أي في إنشاء الإلتزام أو الحق.

والمصادر للإلزامية نوعان فعل ضار وهو المسؤولية التقصيرية وفعل نافع وهو الإثراء بلا سبب، و فعل لا يمكن إلحاقه لا بالفعل الضار و لا بالفعل النافع.

**الفرع الأول الفعل الضار:** كل فعل يلحق ضررا بالغير يرتب عليه القانون، أثارا كالحق في التعويض الذي يقابله الإلتزام بالتعويض، وتسمى العمل المستحق للتعويض أو المسؤولية التقصيرية، ومثالها أن يضرب شخص شخصا آخر فليزِم الضارب بتعويض المضرور، أو أن يقذف شخص شخص آخر أو يشهر به أو يتعدى على حق من حقوقه المادية أو المعنوية و يلحق به ضررا وهو ما سنتعرض إليه لاحقا.

في هذه الحالة يكون الفعل الضار هو المنشئ للإلتزام، فهو مصدره المباشر و يكون القانون مصدرا غير مباشر له، على اعتباره من إعتبر الفعل الضار مصدرا و نظم أحكامه.

**الفرع الثاني الفعل النافع :** وهو أن يقوم شخص ما بفعل معين يعود بالنفع على آخر كالإثراء بلا سبب أو الدفع غير المستحق أو الفضالة.

**أولاً- الإثراء بلا سبب:** يقصد بالإثراء بلا سبب أن كل من أثري من عمل الغير أو من شيء لدى الغير وترتب على ذلك افتقار في جانب الطرف الثاني فإن المثرى يلزم برد ما أثري به من عمل الغير دون حق، ويشترط في الإثراء بلا سبب ليكون مصدرا للإلتزام مايلي<sup>1</sup>:

-**إثراء المدين:** ويقصد بالإثراء المنفعة التي تعود على الشخص من العمل الذي قام به الطرف الاخر وهو المثرى.

-**افتقار الدائن:** يشترط أن يقابل إثراء المدين إفتقار الدائن.

-**إنعدام السبب القانوني:** ويقصد بانعدام السبب أن لا يكون للمثرى حق في الحصول على ذلك الإثراء، وهذا الحق إما أن يجد مصدره في العقد، أو أم يجد مصدره في القانون. وقد تضمنت المادتين 141، 142 أحكام الإثراء بلا سبب.

وتسقط دعوى الإثراء بلا سبب طلقا لنص المادة 142 من القانون المدني الجزائري بمضي 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

<sup>1</sup> دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، دار العلوم، عنابة، ص109.

**ثانيا- الدفع غير المستحق:** هو الوفاء بدين غير واجب على الموفي الوفاء به دون أن تكون له نية للوفاء بها أو هو أن يفى شخص بالتزام يظن أنه ملزم بالوفاء به في حين أن هذا الوفاء غير مستحق أصلا أو أنه مستحق في زمن ما<sup>1</sup>، ويترتب عليه إلتزام في ذمة الموفي له برد ما أخذه دون وجه حق إلى الموفي وتمثل أركانه فيما يلي:

-الوفاء بدين غير مستحق الوفاء به إذ يجب أن يكون هناك وفاء كأن يعطي شخصا لآخر مبلغ من النقود ضانا أنه قد وفى بدين في ذمته.

-أن يكون هذا الوفاء لدين لم يكن مترتبا في ذمة الشخص وقت الوفاء، ويكون كذلك إذا كان منعما في الأصل أي لا وجود له أصلا، ومثاله قيام الوارث بدفع دين يظنه ملزما به ثم يتضح أنه لا وجود له أو كان الدين موجود ولكنه مؤجل الإستحقاق أو كان الدين مستحقا ولكنه انقضى قبل الوفاء به<sup>2</sup>، فقد يكون للدين وجود ولكنه مؤجل الإستحقاق كالدين المعلق على شرط أو أجل واقف<sup>3</sup>.

وقد وردت الأحكام التفصيلية للدفع غير المستحق ابتداء من المادة 143 إلى المادة 149 من القانون المدني الجزائري، وتسقط دعوى الدفع غير المستحق بانقضاء 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الإسترداد- وفي جميع الأحوال بانقضاء 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق وهذا ما جاءت به المادة 149 من القانون المدني الجزائري.

**ثالثا- الفضالة:**عرفت المادة 150 من القانون المدني الجزائري الفضالة على أنها "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص ما دون أن يكون ملزما بذلك"، وتضمنت أحكامها المواد من 150 إلى 159 من القانون المدني الجزائري.

تتطلب الفضالة وجود ثلاثة أركان هي:<sup>4</sup>

-قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل: ويتكون هذا الركن من شقين الأول هو الشأن الذي يقوم به الفضولي والثاني هو أن يكون الأمر عاجلا .

-نية الفضولي في العمل لمصلحة رب العمل: إن أهم ما يميز الفضالة هو التفضل، بمعنى أن يقصد الفضولي في عمله عن قصد تحقيق مصلحة الغير وهذا القصد أو النية هو الذي يميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب (عند الذين يميزون بينهما).

<sup>1</sup> دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص112.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص1000-1003.

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص463-465.

<sup>4</sup> تبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2008، ص528-532.

-قيام الفضولي بالشأن العاجل وهو غير ملزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه: إذ يشترط لقيام الفضالة ألا يكون هناك التزام على الفضولي لتولي شأن رب العمل لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس فضولي يتطوع بعمله بمصلحة الغير بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن

ويترتب على عمل الفضولي مجموعة من الإلتزامات التي تقع على عاتق كل من الفضولي ورب العمل وهي:

-إلتزام الفضولي بأن ينهي العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، و يلتزم الفضولي أيضاً بإخطار رب العمل بالشأن الذي تولاه كي يكون على بينة به.

-إلتزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بإسم ولحساب رب العمل لأن أثارها تنصرف إليه، كما يلزم رب العمل بتحمل مجمل النفقات الضرورية والنافعة التي ينفقها الفضولي في هذا العمل.<sup>1</sup>

و نشير فقط أن هناك من الفقه من يجعل الفضالة و الدفع غير المستحق مجرد صورتين أو تطبيقين للإلتزام بلا سبب.

و في كل هذه الصور يمون الفعل النافع هو مصدر الإلتزام، فيكون المثري ملزماً برد ما أثري به، و يكون رب العمل في الفضالة ملزماً برد مقابل عمل الفضولي ، و يكون من تلقى دفعا غير مستحق ملزماً برد ما تلقاه، و في كل هذه الصور الفعل النافع هو مصدر الإلتزام و هو مصدر مباشر و القانون هو المصدر غير المباشر لكونه من اعتبر الفعل النافع مصدرا و نظم بعض أحكامه.

**الفرع الثالث الواقعة المادية الغير مصنفة:** حيث هناك وقائع مادية لا ينظر لها القانون لا على اعتبارها ضارة و لا إلتزامها نافعة، بل يتدخل بصفة مباشرة و بعيدا عن الواقعة رغم وجودها لترتيب الأثر القانوني من حق أو إلتزام، و هنا يكون القانون مصدرا مباشرا لتلك الإلتزامات و الحقوق، فواقعة الوفاة يترتب القانون عليها مباشرة الحق في الميراث ، وواقعة الميلاد أو النسب أو القرابة يترتب عليها القانون مباشرة إلتزاما على أحد الأقارب كالأب إتجاه احد أقاربه كالإبن بالنفقة، او أيضا في علاقة القرابة بين الأصول و الفروع، فبمجرد جود علاقة ما معتبرة قانونا ، يتدخل القانون و ينشئ إلتزامات على عاتق أحدهما و ينشئ حقا للآخر .

و لا ينبغي هنا محاولة الجدل من خلال محاولة تكييف الواقعة على أساس أنها فعلا ضارا أو فعلا نافعا ، لأن القانون هنا لا يعتبر ذلك، بل لا يمكنه ذلك فواقعة الوفاة مثلا يجب النظر عليها من منظور مالي و ليس إجتماعي ، فالوفاة قد تكون نافعة ماليا لصاحب الحق كأن يترك له مورثه مالا ، و قد تكون ضارة إذا كان يعوله ثم توفي و لم يترك له مالا أو ترك مالا لا يكفيه لعيشه، فهنا لا يمكن للقانون أن ينظر بحسب الحالة للوفاة فيعتبرها مرة فعلا ضارا و مرة فعلا نافعا، و هذا يمس بخاصية عمومية و تجريد القاعدة القانونية، بل يتدخل القانون في مثل هذه الوقائع مباشرة و يترتب حقوقا أو إلتزامات بعيد عن تكييف الواقعة كواقعة نافعة أو ضارة.

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 483-490.

فالقانون في هذه الحالة يتدخل و ينشئ الأثر القانوني من حق أو إلتزام و إن كان هذا الإنشاء مرتبط بعلاقة ما ينظر لها القانون كواقعة مادية و ليس تصرف قانوني ، فعلاقة القرابة لا يمكن إعتبرها تصرف قانوني رغما أن لها طرفين، فهي لم تنشأ عن طريق الإرادة.

و تفصيلا فإن القانون المدني الجزائري قد أخذ بخمسة مصادر للإلتزام، إثنان منها إرادية و تعتبر تصرفات قانونية ، و هي العقد و الإرادة المنفردة و ثلاثة منها (إذا أدخلنا الوقائع التي يرتب عليها القانون مباشرة آثار) غير إرادية ، و تسمى وقائع مادية ، و هي الفعل الضار و الفعل النافع ، و بعض الوقائع التي يكون من خلالها القانون مصدرا مباشرا للحقوق و الإلتزامات ، و في هذه الحالة نقول أن القانون هو المصدر المباشر لها.

فالقانون مصدرا مباشرا لجميع الإلتزامات و الحقوق ، و مصدرا مباشر لبعض الإلتزامات و الحقوق.

و لعل أهم مصدر من هذه المصادر هو العقد، نظرا لأهميته و نظرا لإنتشاره أيضا.

يعتبر العقد تصرفا قانونيا، أي مصدرا إراديا للإلتزام، فالإرادة هي التي تنشئ الأثر القانوني المتمثل في حقوق و إلتزامات.

و هو آلية قانونية و إجتماعية و اقتصادية على قدر كبير من الأهمية ، لذلك سعى القانون ، لتنظيمه بمقتضى أحكام قانونية تفصيلية يخضع لها مختلف العقود مالم توجد أحكاما خاصة تنظم بعض العقود، فنكون أمام قاعدة أن الخاص يقيد العام، بمعنى أن النص القانوني الخاص أولى بالتطبيق من العام.

فعلى سبيل المثال إذا وجد حكم معين ينظم جانب من جوانب عقد البيع، و نظم نفس الجانب بمقتضى نص عام يشمل كل العقود، فالأولوية للنص الخاص، و مع هذا تبقى القواعد العامة واجبة التطبيق في ما لا نص فيه و لو كانت بعض جوانب عقدا منظمة بمقتضى نصوص خاصة.

و يطلق على أحكام العامة للعقد مصطلح النظرية العامة للعقد، و التي يوجد إلى جانبها أحكاما خاصة ببعض العقود، يطلق عليها الفقه العقود المسماة ، أي تلك التي نظمها القانون بأحكام خاصة و سماها، مثل عقد البيع ، و عقد الإيجار، و عقد المقاولة و عقد الهبة، و عقد الرهن ، و عقد الكفالة...

و يمر العقد بعدة مراحل هي في الغالب و هي مرحلة التكوين ، و مرحلة التنفيذ ، و مرحلة الزوال، و قد يسبق هذه المراحل مرحلة المفاوضات، و سنتعرض لهذه المراحل تباعا، دون الخوض في مرحلة المفاوضات، و لكن قيل ذلك لا بد من تحديد مفهوم العقد.

### الفصل الأول : مفهوم العقد

يتحدد مفهوم العقد من خلال تعريفه و إبراز عناصره (و هي خصائص)، ثم بيان أنواعه.

### المبحث الأول: تعريف العقد و بيان عناصره

#### المطلب الأول : تعريف العقد

يعرف البعض العقد على أنه: ربط أجزاء التصرف بإيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. ويعرفه القانونيين على أنه " توافق إرادتين أو أكثر لإحداث آثار قانونية".<sup>1</sup>

و إذا كان الأصل أن القانون لا يعرف ، إلا أنه استثناء و نظرا لأهمية بعض المسائل القانونية يتدخل القانون و يعرفها، كما هو الحال بالنسبة للعقد.

حيث عرفته المادة 54 بأنه " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

و لقد انتقد البعض هذا التعريف على أساس انه تضمن تعريف العقد بآثاره، غير أنني أعتقد أن المادة 54 جمعت في تعريف العقد بين ماهيته كاتفاق و بين آثاره المتمثلة في منح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

من خلال هذا التعريف تتبين عناصر العقد

#### المطلب الثاني . عناصر العقد:عنصري العقد هما الإتفاق و الآثار القانونية.

**الفرع الأول: الإتفاق:** وهو اتحاد وجهات نظر متناقضة على مسألة معينة،فالعقد يجب أن يكون بين طرفين أو أكثر، و أن تكون مصالحهما متضاربة.

**أولا . طرفي العقد:** لا بد في العقد من طرفين على الأقل، و إلا لا يعتبر عقدا.

كما يجب أن يكون كل طرف شخص قانوني، و الشخص القانوني هو الكيان الذي يعترف له القانون باكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و هو نوعان.

شخص طبيعي هو الإنسان، و شخص معنوي (اعتباري) هو كان يضم مجموعة من الاشخاص أو مجموعة من الأموال رصدت لتحقيق هدف معين.

و الشخص المعنوي إما شخص معنوي عام و هو إما مؤسسات عمومية ذات طابع اداري كالدولة و أحد فروعها أو مؤسسات اعمومية ذات طابع اقتصادي أو صناعي و تجاري كشركة سونتراك و وسونلغاز و دواوين الترقية و التسيير العقاري.. أو مؤسسات عمومية ذات طابع اجتماعي كصناديق الضمان الإجتماعي و إن كانت تخضع مبدئيا لنفس أحكام المؤسسات التي قبلها ، أو مؤسسات عمومية ذات طابع علمي و تكنولوجي و هي تخضع مبدئيا لأحكام المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

و لا بد لإحداث الاتفاق أثره أن تكون إرادة الشخص القانوني معتبرة قانونا، أي إرادة جديّة من جهة و صادرة عن إدراك و تمييز من جهة أخرى.

**ثانيا- المصالح المتضاربة:** كأصل عام فإن مصالح طرفي العقد تكون متضاربة أي مختلفة، فالبائع مثلا يريد بيع ما يملكه بأعلى سعر، و المشتري يسعى إلى الشراء بأقل سعر و احسن الظروف.

لكن لا ينبغي أن تكون المصالح متنازعة ، ففي حالة التنازع ، لا يتصور إبرام سوى عقد الصلح.

لكن استثناء قد تكون مصالح أطراف العقد موحدة ، كعقد الشركة ، حيث يكون الهدف واحد و هو تحقيق الربح و فقا لرؤى موحدة.

**الفرع الثاني الآثار القانونية:** وهي الحقوق و الإلتزامات المترتبة على هذا الإتفاق، فالعقد الذي لا يترتب آثارا قانونية لا يعتبر عقدا بالمفهوم المنصوص عليه في المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

و يجب أن تكون هذه الآثار قانونية من جهة و مالية من جهة أخرى.

**أولا- قانونية آثار العقد:** ويقصد بقانونية الآثار، أن تلك الآثار المتمثلة في حقوق و التزمّات يعترف بها القانون و يحميها أيضا.

أي ان القانون يعترف بتلك الآثار و لا يعتبرها باطلة و إلا لا يعتد بها.

يحميها عن طريق منح الدائن الحق في اقتضاؤها و لو جبرا ، و امكانية اللجوء للقضاء لاستفائها.

حيث أن هناك آثار لا يعترف بها القانون أصلا ، كالحقوق و الإلتزامات الناشئة عن عقد باطل بطلانا مطلقا.

و هناك حقوق و التزمّات يعترف بها القانون و يقرها و لكن لا يحميها كإلتزامات الطبيعية و الحقوق و الإلتزامات المرتبطة بقواعد المجاملات ، كدعوة شخص للغذاء ن فالقانون لا ينكر الحق و الإلتزام في هذا الشأن ، و لكن لا يمنح للمدعو حق استفائها جبرا.

و ينبغي التنبيه هنا إلى ان هناك اتفاقات أو عقود تترتب آثار يعترف بها القانون و يحميها و مه هذا لا تخضع لأحكام النظرية العامة للعقد الواردة في القانون المدني نظرا لبعدها الشرعي أو الإجتماعي كعقد الزواج الذي لا يخضع في أحكامه للنظرية العامة للعقد، بل يخضع لأحكام تقنين الاسرة و لأحكام الشريعة الإسلامية في ما لا نص فيه(المادة 222 قانون أسرة).

**ثانيا- الطابع المالي لآثار العقد:** تهتم النظرية العامة للعقد و العقود المالية بصفة عامة بالآثار ذات القيمة المالية، أي تلك التي يمكن تويمها بالنقود ، ذلك أن الحقوق و الإلتزامات الغير مالية لا تخضع إلى احكمها و لو كان مصدرها عقد، كحقوق الزوجية، و حق القرابة و الحق في النسب و غير ذلك من الحقوق و الإلتزامات التي لا يمكن تويمها بالنقود و بالتالي لا يمكن التنازل عنها و لا يمكن التنفيذ عليها.

لكن ينبغي التأكيد أنه ليس كل عقد يرتب آثار مالية يخضع للنظرية العامة للعقد، بل هناك عقود مالية أو ترتب بعض الآثار المالية و مع هذا لا تخضع للنظرية العامة للعقد، كالعقود الإدارية، وعقد الزواج الذي من بين آثاره النفقة و هي حق و التزام مالي.

و عليه يحدد البعض خصائص العقد كما يلي:

• يرتب آثاراً قانونية ذات قيمة مالية: وهي مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن تقوم بالنقود، فيجوز التنازل عنها وبيعها والحجز عليها، وإن لم تكن آثاراً ذات قيمة مالية فهي لا تخضع لأحكام العقد الواردة في القانون المدني.

• يرتب حقوقاً والتزامات يجب أن تخضع للقانون الخاص.

وعليه تخرج من دائرة العقد كل الإتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام والتي لا تخضع للقانون الخاص، وكذلك الإتفاقات التي لا تتناول مصالح مالية كالإتفاق الذي يحدث بين الناخب ونائبه.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني : تقسيمات العقود

هناك تقسيمات فقهية للعقود وهناك تقسيمات قانونية أي بحسب ما ورد في القانون المدني الجزائري سنتعرض لها باختصار .

#### المطلب الأول . تقسيمات القانون:

ميز القانون المدني بين كل من العقود الملزمة لجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد، و العقود الإحتتمالية و العقود المحددة، كما تعرض لعقد التبرع و الذي يقابله عقد المعاوضة.

#### المطلب الثاني: تقسيمات الفقه:

يعمد الفقه إلى تقسيم العقود إلى عقود شكلية و أخرى غير شكلية(رضائية كما يقول الفقه)، و عقود مسماة و أخرى غير مسماة، و عقود فورية و أخرى زمنية، و عقود بسيطة و أخرى مركبة...و هو في ذلك يعتمد عدة زوايا للتقسيم.

### الفصل الثاني : تكوين العقد

العقد تصرف قانوني بين طرفين،( قد يكون في كل طرف أكثر من شخص، كالملاك على الشيوخ يبيعون ملكهم ، او أكثر من مشتري يشترى شيئاً بينهم) ، و إذا كان العقد واقعة إرادية فغنه لا ينشأ و لا يتكون غلا بتوفر ثلاثة أركان كاصل وهي التراضي، المحل، والسبب، وركن إستثنائي رابع يجب توافره في بعض العقود فقط وهو الشكلية.

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 47.

### المبحث الأول : التراضي:

تتجسد إرادة الطرفين في ما يسمى التراضي ، الذي هو تطابق إرادتي المتعاقدين على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

فإذا تم التطابق وجد العقد و انعقد، و مع هذا الوجود و الانعقاد، قد يعترض التراضي خلل فيجعله رغم وجوده غير صحيح، فمسألة الصحة غير مسألة الوجود، فشروط الوجود تختلف عن شروط الصحة، و جزء تخلف شروط الوجود هو البطلان المطلق يختلف عن جزء تخلف شروط الصحة و هو البطلان النسبي، أي قابلية العقد للإبطال.

لذلك ينبغي التمييز بين وجود التراضي و صحته.

### المطلب الأول . وجود التراضي:

يتواجد التراضي بتوافر عنصرين:

عنصر مادي محسوس يتجسد في أطراف العقد ( العاقدان )

عنصر معنوي يتجسد في تطابق الإيجاب مع القبول

الفرع الأول . العنصر المادي للتراضي (الشخص القانوني و مقوماته).

يتمثل العنصر المادي في طرفي العقد ويشترط فيهما ما يلي:

\_ أن يكون كل طرف شخصا طبيعيا ( إنسان ) أو شخص معنوي ( شركة مثلا )

\_ أن يتمتع الشخص طبيعيا كان أو معنويا بالشخصية القانونية، أي أن يكون صالحا لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات.

\_ أن يكون المتعاقدان أهلا للتصرفات القانونية.

فالعاقدان هما ركيزة التعاقد الأصلية وليس كل شخص صالح لإبرام العقود فبعض الأشخاص لا يصلح لأي عقد وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود وآخرون صالحون لكل عقد وهذا يعني أن العاقد يجب أن يكون أهلا للتعاقد.<sup>1</sup>

و لن نفصل في الشرطين الاولين لوضوحهما.

لكن ينبغي التفصيل في شرط الأهلية:

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص115.



**أولاً- تعريف الأهلية:** الأهلية ( هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومباشرة التصرفات القانونية بإسمه ولحسابه).

**ثانيا . أقسام الأهلية:** والأهلية قسما أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأما أهلية الوجوب فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومنها اهلية الوجوب الناقصة وأهلية الوجوب الكاملة، و هذه ملازمة للشخصية القانونية.

وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية باسمه ولحسابه.

أي صلاحية الشخص لامعان إرادته في انشاء الحقوق و الإلتزامات، أي قدرته القانونية على انشاء الحقوق و الإلتزامات بإرادته.

**و تتأثر الأهلية بالسن و بالعوارض أيضا، و ببعض الموانع.**

فمن حيث السن تمر أهلية الشخص الطبيعي بثلاث مراحل:

\*من الولادة إلى 13 سنة غير كاملةوهي مرحلة انعدام التميز أي انعدام الأهلية.

\*من 13 سنة كاملة إلى 19 سنة غير كاملة، هي مرحلة التمييز، فالشخص يكون فيها مميزا غير راشد، فهو ناقص الأهلية.

\* من سن 19 كاملة ، و هي سن الرشد أي كمال الأهلية ،طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

أما بسبب العوارض فيكون الشخص فيها بالنظر إلى الاهلية في ثلاث مراكز:

\*عديم الأهلية إذا أصابه عارض يعدم الأهلية و لو كان من حيث السن بالغا سن الرشد أو مميزا.(المادة 42 قانون مدني)

و العوارض التي تعدم الأهلية هي الجنون و العته، و يكون من إعتراه أحد هذين العارضين كالصبي غير المميز في الحكم.

\*ناقص الاهلية ، و هو الشخص الذي يعتريه سفه أو جنون و لو كان قد بلغ سن الرشد، فهو في حكم الصبي غير المميز.(المادة 43 قانون مدني)

أما الموانع ، فهي المانع القانوني،و يتعلق بالحجر القانوني لارتكاب بعض الجرائم ، و المانع المادي و يتعلق بالفقدان و الغيبة ، و المانع الطبيعي، و يتعلق بذو العاهتين(أصم أبكم أو أبكم أعمى، أو أصم أعمى)(المادة 80 قانون المدني ، التي تجعل التصرف الذي يقوم به صاحب المانع الطبيعي قابلا للابطال متى عين له من يتولى التصرف عنه).

و للحديث عن وجود العقد عند هؤلاء ينبغي التمييز بين أنواع العقود أو بصفة أوسع أنواع التصرفات.

حيث تقسم التصرفات في هذا الشأن إلى ثلاثة أصناف:

\*تصرفات ضارة ضررا محضا، كالهبة بالنسبة للواهب.

\*تصرفات دائرة بين النفع و الضرر، كالبيع و الإيجار، و يبقى التصرف دائر بين النفع و الضرر و لو كان عند ممارسته نافعا لأحد أطرافه، لأن النفع و الضرر يرتبط بطبيعة العهد في حد ذاته لا بالظروف الخاصة بكل عقد.

\*تصرفات نافعة نفعاً محضاً، كالهبة بالنسبة للموهوب له.

و تؤكد أن الأهلية التي تشترط لوجود و انعقاد العقد قد تختلف عن الأهلية التي تشترط لصحة العقد، فهناك أهلية للوجود و الإنشاء و الاعتقاد، و هناك أهلية للصحة.

فأهلية الوجود يترتب على تخلفها عدم انعقاد العقد فيكون باطلا بطلانا مطلقاً، و أهلية الصحة يؤدي تخلفها إلى عدم صحة العقد الذي يكون قابلاً للإبطال أي باطل بطلان نسبي.

و نظراً للترابط بين النوعين نورد أهلية الوجود مع أهلية الصحة وفقاً للآتي:

\*إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً، فهنا لا يوجد التصرف و لا يصح أيضاً إلا إذا كان المتصرف كامل الأهلية، فلو أبرمه عديم الأهلية أو ناقص الأهلية كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً.

فهنا تطابق بين أهلية الوجود و أهلية الصحة.

\*إذا كان التصرف دائر بين النفع و الضرر ، فلا يوجد التصرف إلا إذا كان المتصرف مميزاً، فهذا التصرف يوجد بإرادة ناقص الأهلية، و عليه إذا أبرمه المميز أو السفهية أو ذو الغفلة وجد التصرف و انعقد العقد.

لكن لا يصح إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية، و عليه إذا أبرمه المميز أو السفهية أو المغفل كان موجوداً و لكن غير صحيح، فيكون قابلاً للإبطال.

أما إذا أبرمه عديم الأهلية يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً أي غير موجود أصلاً.

\*إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً، فيوجد بإرادة ناقص الأهلية و يصح أيضاً بإرادته.

فإذا أبرمه ناقص الأهلية كان موجوداً وصحيحاً.

أما إذا أبرمه عديم الأهلية كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

و عليه:

\*بالنسبة لكامل الأهلية: كل العقود التي يبرمها تكون موجودة وصحيحة .

\*ناقص الأهلية: تصرفاته الضارة ضررا محضا غير موجودة أي باطلة بطلانا مطلقا، والنافعة موجودة وصحيحة، وأما الدائرة بين النفع والضرر فهي تصرفات موجودة وغير صحيحة أي أنها قابلة للإبطال.

\*عديم الأهلية: كل التصرفات التي يبرمها تصرفات باطلة.

و يجب مراعاة أحكام النيابة الشرعية فيما يخص عديمي و ناقصي الأهلية، و هي منظمة بمقتضى قانون الأسرة.

كما ينبغي الإشارة إلى عدم انسجام بين الأحكام الواردة في القانون المدني مع الأحكام الواردة في قانون الأسرة في هذا الشأن، أي في شأن أحكام الأهلية.

### الفرع الثاني . العنصر المعنوي:

ويتمثل العنصر المعنوي في تطابق الإيجاب مع القبول إذ يعتبر كل من الإيجاب والقبول تعبير عن الإرادة لذلك فهما يخضعان للأحكام العامة للإرادة وهذا ما تضمنته المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين."

و أعتقد أن المادة غير دقيقة، حيث استعملت تبادل الإرادتين، في حين أن العقد لا ينعقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، بل يجب تطابق هذين الإرادتين، فالمصطلح الأسلم في نظري التطابق و ليس التبادل.

فالإيجاب و القبول بإعتباريهما تعبيراً عن الإرادة يخضعان للأحكام العامة للإرادة و هي أحكام مشتركة بينهما، غير أنه نتيجة لأن الإيجاب يختلف عن القبول في بعض التفاصيل يخضع كل منهما إلى أحكام خاصة به. إذن هناك أحكام عامة مشتركة بينهما و أحكام خاصة لكل واحد منهما أو خاصة بتطابقهما.

لذلك أعرض للأحكام العامة المشتركة ثم للأحكام الخاصة و فقا للتفصيل التالي:

### أولاً. الأحكام العامة (المشتركة) للإيجاب والقبول:

تتعلق هذه الأحكام بتعريف الإرادة و طرق التعبير عنها و صورها و آثارها.

**1. تعريف الإرادة:** هي عقد العزم على ترتيب آثار قانونية، أو انصراف نية الشخص إلى ابرام عقد.

و لكن على اعتبار النية و العزم مسألتان كامناتان في النفس كان لزاما إظهارها للغير للإطلاع عليها و لترتيبها الاثر القانوني، ذلك أن القانون لا يعتد في الغالب و في الاصل غلى بالظاهر و لا يخوض و لا يعتبر النوايا إلا استثناء.

و يتم إظهار الإرادة عن طريق وسائل التعبير عنها.

### 2. وسائل (طرق) التعبير عن الإرادة:

نصت المادة 60 من م ج م ج على طرق التعبير عن الإرادة ويكون التعبير إما صراحة أو ضمنا وفقا للتفصيل الآتي:

#### أ . اللفظ

إن اللفظ هو الطريقة الأولى التي يتم من خلالها التعبير عن الإيجاب أو القبول وهذا وفقا لما ورد في المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

و اللفظ هو الكلام ، الذي يشترط فيه ان يكون مفهوما و مسموعا للمتعاقد معه.

فإذا لم يكون مسموعا أو مفهوما لا ينتج أي أثر قانوني.

#### ب . الكتابة

يمكن تعريف الكتابة من خلال المادة 323 من م ج ، بأنها كل علامات أو اشترات أو حروف أو أرقام تكون لها دلالة واضحة.

ويشترط فيها ما يلي:

- أن تكون ظاهرة مستبينة وواضحة وثابتة.

- أن تكون مرسومة أي تكتب بالطريقة التي اعتاد عليها الناس وأن تكون مفهومة.

- أن تكون بالإمكان التحقق من انتسابها إلى الشخص المعني.

فالكتابة قد تكون رسمية أي محررة عند موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو أن تكون عرفية كما سبق بيانه.

و قد تكون تقليدية على الورق أو أية دعامة تقليدية كالجلود أو الاحجار أو غيرها لعمومية النص، و قد تكون الكترونية كرسائل الهاتفية القصيرة و رسائل البريد الالكتروني و غيرها ، بشرط توفر الشروط السابق ذكرها.

#### ج . الإشارة المتداولة عرفا

لكي تنتج هذه الإشارة أثرا يجب أن تكون متداولة عرفا أي مألوفة ومعروفة و متكررة لدى الغير ، مع شعور الناس بالزاميتها ، كهز الرأس عموديا أو أفقيا.

#### د . إتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه

و هو ما يسميه فقهاء الشريعة فعل التعاطي.

و هو يتخذ المعبر أحد المواقف التي تبعد الشك عن تفسير آخر غير التعاقد، ومثال ذلك ما يفعله التاجر عندما يخرج سلعه ويعرضها أمام الناس خارج المحل أو في مكان واسع فهذا تعبير عن رغبته في التعاقد، أو

توقف وسيلة النقل في المحطة، و صعود الشخص في وسيلة النقل، أو استعمال الهاتف العمومي مباشرة، أو اخراج مشتري الماشية الماشية من السوق دون الحديث مع صاحبها، أي بمجرد سماعه السعر يجرها، أو ملا الكيس بالخضر.....

وقد نص القانون في المادة 2/60 على أن الإرادة يمكن أن تكون ضمنية مالم يوجب القانون أن تكون صريحة.

و عليه فلإرادة إما صريحة و إما ضمنية.

لقد انقسم الفقه في تحديد الإرادة الصريحة و الضمنية إلى موقفين أو نظرتين:

الأولى: تنظر إلى طرق التعبير عن الإرادة و تصنفها مباشرة إلى صريحة و تشمل اللفظ و الكتابة و الإشارة المتداولة عرفاً، و إلى ضمنية و تشمل اتخاذ موقف.

الثانية: ترى أن كل وسيلة قد تكون صريحة و قد تكون ضمنية بالنظر إلى الملابس المحيطة بها.

فمثلاً لو قال الشخص لشخص آخر أنا اكفل فلانا كان هذا اللفظ صريحا لأن دلالاته واضحة في الكفالة، أما إذا قال للمدين لا تخف و تركها عليا مثلا لعد هذا تعبير ضمني عن الكفالة رغم أن التعبير في الحالتين لفظ.

غير أن اللفظ الأول واضح الدلالة، بينما اللفظ الثاني غير واضح الدلالة بل تستنتج دلالاته من خلال الملابس المحيطة به.

و هذا هو الفرق ، فإذا كانت وسيلة التعبير واضحة الدلالة في ذاتها عد التعبير صريحا بغض النظر إذا كانت لفظاً أو كتابة أو إشارة أو اتخاذ موقف.

أما إذا كانت الوسيلة غير واضحة الدلالة و إنما دلالاتها تستنتج من الملابس المحيطة بها كان التعبير ضمنيا بغض النظر عن الوسيلة.

و عليه في المثال السابق يعد اللفظ تعبيراً صريحاً في الحالتين بالنسبة للرأي الأول ، بينما يكون صريحاً في الحالة الأولى و ضمنياً في الحالة الثانية لدى أنصار الرأي الثاني.

مثلاً يقول شخص لفظاً أو كتابة للشخص أعطيتك هاتفك بمبلغ 50.000 دج وهذا تعبير ضمني عن البيع بلفظ، هذا تعبير صريح لدى الرأي الأول لأنه باللفظ، و هو تعبير ضمني لدى الرأي الثاني لأن لفظ أعطيتك يفيد الهبة و إنما استنتج أنه يراد به البيع لذكر الثمن.

و ورجى الحديث عن السكوت الملابس باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة إلى حين التعرض للقبول، لأنه يعتبر حكم خاص بالقبول دون الإيجاب.

**3- صور الإرادة:** أشرت سابقا ان الإرادة هي عقد العزم على ترتيب أثار قانونية و هي مسألة كامنة في النفس لا بد لإظهارها من التعبير عنها باحد وسائل التعبير .

و حين التعبير عما هو كامن في النفس ، قد يعبر صاحب الغارادة عن ذلك بشكل جيد يعكس حقيقة ما هو كامن في نفسه، و هنا نكون أمام تطابق بين ما هو كامن في النفس و ما ظهر إلى العلن فلا اشكال.

غير أن المعبر قد يسيئ عن التعبير عما هو كامن في نفسه، او لا يتطابق ما هو كامن في نفسه مع ما أظهره للغير، فنا نكون أمام إرادتين كامنة في النفس، و أخرى ظاهرة.

فمثلا ، يعقد الشخص العزم على البيع و لكن عند التعبير يستعمل مصطلح أعطيك، او يعقد العزم على شراء شئى مصنوع في تركيا و عند دخول المحل يأخذ شئى مصنوع في الصين لاعتقاده أنه من تركيا، فيكون عدم تطابق بين ما في نفسه ، و بين ما ظهر للغير، فباي الإرادتين نأخذ؟.

نظرت في ذلك نظريتان نظرية الإرادة الظاهرة و نظرية الإرادة الباطنة:<sup>1</sup>

### أ . نظرية الإرادة الباطنة:

تبحث هذه النظرية عن الإرادة فيما تتطوي عليه النفس أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة تقبل إثبات العكس، فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية فالعبرة بالإرادة النفسية وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية فما على القاضي إلا أن يتعرف عليها عن طريق الافتراض.

فالعبرة بالإرادة الكامنة في النفس لأنها هي الحقيقة أما الظاهر فمجرد شكل فلا ينبغي تغليب الشكل على الحقيقة وفقا لهذه النظرية.

و يترتب على هذه النظرية نتائج من بينها:

\*الغلط يعتبر عيبا من عيوب الإرادة.

سبب الإلتزام هو الباعث من التعاقد

وفاة المعبر عن إرادته أو فقدانه الأهلية يؤدي إلى سقوط الإرادة.

### ب . نظرية الإرادة الظاهرة:

خلص أصحاب هذه النظرية إلى أن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون ، فهي شئ كامن في النفس والإرادة التي تنتج أثرا هي الإرادة في مظهرها الإجتماعي لا في مكنها ولاتأخذ الإرادة مظهرا اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها والعبارة بهذا الإفصاح.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص149.

فإذا اخطأ الشخص التعبير عن إرادته فهو من يتحمل تبعات ذلك و ليس العكس.

و يترتب على هذه النظرية نتائج من بينها:

\*الغلط لا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة.

سبب الإلتزام هو السبب القصدي المباشر

وفاة المعبر عن إرادته أو فقدانه الأهلية لا يؤدي إلى سقوط الإرادة إذا اتصلت بعلم من وجهت إليه.

أعتقد أن القانون الجزائري لم يتبنى إحدى النظريتين على الاطلاق، بل من خلال الأحكام التي تبناها ، نجده مرة يوافق أنصار نظرية الإرادة الباطنة، حيث اعتبر الغلط مثلا عيب من عيوب الإرادة(المادة 81 قانون مدني)، كما اعتبر سبب العقد هو الباعث من التعاقد(من خلال المادة 97 قانون مدني)، وأحيانا نجده تبنى أحكاما تجد تبريرها في نظرية الإرادة الظاهرة كاعتباره أن وفاة المعبر عن إرادته أو فقدانه لأهليته لا يحول دون ترتيب الإرادة أثرها متى اتصلت بعلم من وجهت إليه(المادة 62 قانون مدني)، ولا إشكال عند وجود النص ولكن الإشكال يظهر عند عدم وجود النص والإشكال هو أي إرادة يأخذ بها القاضي، و يبدو لي أنه في حالة غياب النص القانوني يجب الاعتماد على مبادئ الشريعة وبخلاف الحكم في الشريعة الإسلامية باختلاف الحالات التي تُلَفَظ فيها الشخص بأمر معين لذا يجب التمييز بين 4 حالات وهي كما يلي<sup>1</sup>:

الحالة الأولى: عندما يتلفظ الشخص بما لم يقصد: بمعنى أن تخطئ إرادته الظاهرة في التعبير عن إرادته الباطنة، ويدخل ضمن هذه الحالة كل من المجنون، والمغمى عليه والسكران وغير المميز والمخطئ وحكم إرادتهم كالتالي:

**المجنون:** إرادته باطلة، و بالتالي يؤخذ هنا بالإرادة الباطنة.

**المغمى عليه:** إرادته باطلة.وهنا أيضا يؤخذ بالإرادة الباطنة

**غير المميز:** إرادته باطلة.أي يؤخذ بالإرادة الباطنة.

**السكران:** ميز الفقه الاسلامي بين حالات للسکر، فالسكر المضطر كأن يوجد شخص في صحراء جرداء وهو عطشان فيشرب الخمر عطشا قال الفقهاء أن عقده باطل بطلانا مطلقا،(أي العبرة بالإرادة الباطنة)<sup>2</sup> أما السكر بطريق محذور أي مدمن الخمر فالبعض قال أن عقده صحيح(أي العبرة بالإرادة الظاهرة)، والبعض قال أن عقده باطل بطلانا مطلقا(أي العبرة بالإرادة الباطنة).

<sup>1</sup>. أنظر في ذلك : الدكتور الشيخ أحمد محمد علي داود، أحكام العقد في الفقه الاسلامي و القانون المدني . الجزء الأول . دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1432هـ، 2011م، من ص 60 إلى ص 68.

<sup>2</sup>. الاستنتاجات التي بين قوسين في تلك الفقرات للمؤلف و ليست من المرجع.

**المخطفى:** اختلف حوله الفقه فعقده عند البعض ينعقد صحيحا وهم الحنفية (أي العبرة بالإرادة الظاهرة)، وعند بعض من الفقه لا ينعقد (أي العبرة بالإرادة الباطنة).

**الحالة الثانية:** عندما تصدر العبارة من الشخص قاصدا دون ان يكون فاهما لمعناها.

اختلف الفقه في هذه الحالة، فقال جمهور الفقهاء أن هذا العقد لا ينعقد، وقال الحنفية أنه لا ينعقد كأصل لكن يأخذ حكم التصرفات التي تتعد بالهزل كالزواج والطلاق والرجعة.

**الحالة الثالثة:** عندما تصدر العبارة من شخص قاصدا التلطف بها مع فهم معناها لكنه لم يقصد المعنى المراد بها، هنا اتفق الفقه أن العقد لا ينعقد بها (العبرة بالإرادة الباطنة).

**الحالة الرابعة:** عندما تصدر العبارة من شخص قاصدا التلطف بها مع فهم معناها ولكن لا يريد إنشاء العقد بها ( أي عندما يكون هازلا أي مازحا )

فقال الشافعية بأن عبارة الهازل ينعقد بها العقد (العبرة بالإرادة الظاهرة)

وقال الحنفية ان عبارة الهازل لا ترتب أثرا إلا في الحالات الخمسة ( الزواج والطلاق والرجعة واليمين ) (فالعبرة في الأصل بالإرادة الباطنة و في الحالات الخمسة بالإرادة الظاهرة).

إذن حكم عقود هؤلاء نستنبطه من الفقه الاسلامي لأنه لا يوجد نص على ذلك، و الحكم مناطه إما تغليب الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة.

فعقد السكران إذا غلبنا الإرادة الظاهرة صحيح لأنها تعبر عن عقده العقد، و إذا أرحننا بالإرادة الباطنة يكون باطلا ، لأن تلك الإرادة لم تتجه لإبرام العقد بل هي غير معتبرة أصلا.

#### 4 . إنتاج الإرادة لأثرها:

متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره؟

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر الوصول قرينة على العلم به وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها. وهذا ما تضمنته المادة 61 من القانون المدني.

متى تسقط الإرادة ولا تنتج أثرها؟

ج: يستنتج من مفهوم المخالفة للمادة 62 انون مدني ، أن التعبير عن الإرادة يسقط و يفقد أثره عندما يفقد المعبر عن ارادته أهليته، أو عندما يتوفى قبل إنتاج الأثر.

جاء في المادة 62 أن فقدان أو الوفاة لا يؤثران على ترتيب الإرادة لأثرها عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليهما لم يتبين من التعبير أو طبيعة التعامل خلاف ذلك.



و هنا نكون أمام حالتين:

**الأولى:** أن تكون الإرادة ايجابا، فنكون أما فرضيين:

\* أن يتوفى الموجب قبل اتصال الإرادة بعلم من وجهت إليه، هنا تسقط الإرادة أي يسقط الإيجاب.

\* أن يتوفى الموجب بعد وصول الإيجاب لعلم من وجه إليه و هنا ينتج الايجاب أثره، و لا بد لإنعقاد العقد من قبول.

و لكن هنا سنقع في عدم انسجام في الحكم بين المادة 62 و المادة 68 التي تنص على ان العقد ينعقد في مكان و زمان علم الموجب بالقبول (و يعتبر الوصول قرينة على العلم).

في هذه الحالة ووفقا لهذا المنطق يستحيل انعقاد العقد، و يصبح انتاج الغيجاب أثره بدون معنى لأن القبول يستحيل أن يصل إلى علم الموجب الذي توفي قبل ذلك.

و هنا ما قيمة انتاج الإيجاب أثره.

فإنتاج الإرادة أثرها في مثل هذا الفرض يكون له معنى في حالة كان التصرف بالإرادة المنفردة أما في حالة العقد يصبح عدم انسجام و عدم منطوق في الأحكام.

**الثانية:** أن تكون الإرادة قبولا، فنكون أما فرضيين:

\* أن يتوفى القابل قبل اتصال الإرادة بعلم من وجهت إليه، هنا تسقط الإرادة أي يسقط القبول، و هنا يقع الإشكال السابق، فلا معنى لإنتاج الإيجاب أثره طالما يستحيل إنتاج القبول اثره و يستحيل معه انعقاد العقد.

\* أن يتوفى القابل بعد وصول القبول لعلم من وجه إليه و هنا ينتج القبول أثره، و ينعقد العقد و لا أثر لوفاء القابل أو فقدانه لأهليته على العقد بعد ذلك.

فينبغي إعادة النظر في المادتين 62 و 68 بما يحقق الإنسجام.

ثانيا- الأحكام الخاصة بالإيجاب والقبول: إلى جانب الأحكام العامة للإيجاب و القبول ، هناك أحكام خاصة بالإيجاب و أحكام خاصة بالقبول، و أحكام خاصة بتطابق الايجاب مع القبول.

**1. الأحكام الخاصة بالإيجاب: تتضمن تعريف الايجاب و بيان شروطه، ثم أنواعه، و بعد سقوطه.**

**أ. تعريف الإيجاب:** الإيجاب هو العرض الأول الصادر من الطرف الأول والمعبر عن رغبته في إبرام العقد.

هناك رأيان للفقهاء الإسلامي في تعريف الإيجاب

**الرأي الأول:** يقول أن الإيجاب دائما يصدر من المالك حتى وإذا سبقه القبول كأن يقول الشخص لآخر بعني قبل أن يقول المالك بعتك، وهذا رأي الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة.

فالإيجاب عندهم ما صدر ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخرا.<sup>1</sup>

**الرأي الثاني:** عند أصحاب هذا الرأي كل ما يصدر أولا هو إيجاب وكل ما يليه هو قبول والمشرع الجزائري أخذ بهذا الرأي.

فالإيجاب عند الحنفية هو إثبات الفعل الدال على الرضا الواقع أولا من كلام أحد المتعاقدين، فقول العاقد الأول في البيع هو الإيجاب سواء صدر من البائع أو من المشتري والقبول هو ما وقع ثانيا من كلام أحد المتعاقدين دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.<sup>2</sup>

### ب . شروط الإيجاب

\* يجب أن يكون الإيجاب عرضا دقيقا ومحددا: بمعنى أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

و تختلف العناصر الجوهرية من عقد إلى آخر و على العموم يعتبر من العناصر الجوهرية في كل العقود ، طبيعة العقد ومحلّه والمقابل ، وعدم تطابق الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية يؤدي إلى عدم اعتبار الإيجاب عرض محدد و دقيق و لا ينعقد به العقد. و يترتب عليه البطلان المطلق.

و عدم ذكر العناصر الجوهرية في العقد يجعل من الإرادة مجرد دعوة للتعاقد، فمثلا لو أن شخص كتب على زجاج سيارته أريد التعاقد على هذه السيارة لأعتبر ذلك مجرد دعوة للتعاقد لأنه لم يحدد طبيعة العقد، و لو ذكر أنه يريد ملكا له لأعتبر مجرد دعوة للتعاقد و ليس ايجابا ملزما لأنه لم يعين المحل تعيينا نافيا للجهالة.

أما عدم ذكر العناصر التفصيلية فلا يحول دون اعتبار الإرادة ايجابا محدد و دقيق.

، أما العناصر التفصيلية فلا جزاء على عدم ذكرها وهذا ما ورد في المادة 65 من القانون والمدني الجزائري.

\* يجب أن يكون الإيجاب قطعيا وناجزا: بمعنى ألا يرتبط بتحفظات تمس من قطعيته.

**ج أنواع الإيجاب:** يمكن التمييز بين نوعين نوعي الإيجاب إما من حيث ارتباطهما بمجلس العقد أو من حيث الاجل.

\* أنواع الإيجاب من حيث مجلس العقد: هناك إيجاب في مجلس العقد أي بين حاضرين و هناك ايجاب بين غائبين.

الإيجاب الصادر في مجلس العقد: مجلس العقد هو وحدة حضور المتعاقدين، غير أنه من خلال المادة 64 قانون مدني نلاحظ أنها ميزت بين نوعين من مجلس العقد:

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 93.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

**مجلس عقد حقيقي:** و يكون فيه وحدة الزمان و المكان بين المتعاقدين، أي يكون كلا المتعاقدين أو من ينوب عنهما حاضرين في نفس المكان و في نفس الزمان.

**مجلس عقد حكمي:** و يستنتج من خلال إلحاق المادة التعاقد عن طريق الهاتف أو ما يماثله بالتعاقد في مجلس العقد، و هنا يتعلق الأمر بوحدة الزمان و اختلاف المكان.

و على ذلك يكون التعاقد في حالة وحدة الزمان بين المتعاقدين و اختلاف المكان تعاقد بين حاضرين، و لكنه حضور حكمي.

و بلحق بالتعاقد بالهاتف كل تعاقد بوسيلة مماثلة بشرط وحدة الزمان، كالتعاقد عن طريق وسائل التواصل الاجتماعي من فايسبوك و سكايب و غيرهما التي تتم فيها مكالمات مباشرة، بل حتى التعاقد عن طريق الرسائل الالكترونية إذا كان الإرسال مباشر، ذلك أن الفاصل الذي يفصل بين تاريخ الإرسال و تاريخ الوصول هو المعتبر في اعتبار وجود وحدة الزمان من عدمه، فطالما كان الفاصل غير موجود او يسير جدا عد ذلك تعاقدًا في مجلس العقد الحكمي، ذلك أن حتى المكالمات الهاتفية قد تأخذ في بعض الأحيان فاصلا لوصول الكلام بين المتهاقين.

**\*أنواع الإيجاب من حيث الأجل:** تضمنت هذا الضابط المادة 63 من القانون المدني ، و ميزت فيه ضمنا بين نوعين من الإيجاب، إيجاب مقترن بأجل، و إيجاب غير مقترن بأجل.

**الإيجاب المقترن بأجل:** هو الإيجاب الذي يرتبط بتحديد أجل للقبول.

و يتم تحديد الأجل صراحة أو ضمنا، فمثلا يعطي الموجب للطرف الآخر مدة معينة للرد أو يحدد له تاريخا و هذا أجل صريح.

أما الأجل الضمني فيستخلص من ملابسات الإيجاب و الظروف المحيطة به، كان يشترط الطرف الآخر ضرورة معاينة محل العقد أو استشارة شخص أو غير ذلك.

و أشير إلى أنه لا يمكن في اعتقادي أن نجعل الإيجاب في مجلس العقد مقابلا للإيجاب المقترن بأجل، فهما أمران مختلفان ، قد يتضمن أحدهما الآخر، فالإيجاب في مجلس العقد قد يتضمن أجلا، و عليه يكون مقترن بأجل، على خلاف ما يراه البعض بانهما متقابلان.

**الإيجاب غير المقترن بأجل:** و هو الذي لا أجل فيه، سواء كان في مجلس العقد أو في غير مجلس العقد.

**د . سقوط الإيجاب:**

يسقط الإيجاب بحسب اقتترانه بأجل أو عدم اقتترانه بأجل ، بغض النظر عن كونه في مجلس العقد أو بين غائبين.

\*سقوط الإيجاب المقترن بأجل:

يسقط هذا النوع من الإيجاب ب:<sup>1</sup>

-إنتهاء الأجل.

-رفض من وجه إليه الإيجاب.

أي يسقط إما بحلول الأجل أو برفض الطرف الآخر لذلك الإيجاب، وبغض النظر عن كونه في مجلس العقد أو بين غائبين.

\*سقوط الإيجاب غير المقترن بأجل:

وهو الإيجاب الذي لا يعين الأجل فيه ويسقط هذا النوع من الإيجاب ب:

-رجوع الموجب عن إيجابه في حالة إذا لم يصدر القبول فوراً.

-انقضاء مجلس العقد.

-رفض من وجه إليه الإيجاب.<sup>2</sup>

و عليه يسقط هذا النوع إذا كان بين غائبين ب

- رجوع الموجب عن إيجابه قبل تعبير الموجب له عن إرادته.

. عدم تعبير الموجب له عن قبوله في مدة معقولة تقتضيها طبيعة التعاقد بين غائبين.

أما إذا كان في مجلس العقد و لإعتبارات تتعلق بطبيعة مجلس العقد يسقط للأسباب التالية:

- إذا لم يعبر الموجب له فوراً عن إرادته، و يجب أن تأخذ بالفورية بشكل يمنع التعسف، فالفاصل اليسير لا يمنع الفورية.

و مع هذا لا يسقط الإيجاب رغم عدم رفض من وجه له الإيجاب إذا لم يظهر ما يفيد أن الموجب قد عدل عن إيجابه بين الفترة بين الإيجاب و القبول طالما كان مجلس العقد قائماً.

. انقضاء مجلس العقد دون صدور القبول، بانقضائه يسقط الإيجاب.

### 2 . الأحكام الخاصة بالقبول:

أ. تعريف القبول: هو العرض الثاني الصادر من الطرف الثاني والمتضمن موافقته على إبرام العقد.

<sup>1</sup>تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة."

<sup>2</sup>راجع المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

### ب . شروط القبول:

يشترط فيه كل الشروط الواجب توافرها في الإيجاب مع إضافة شرط آخر وهو شرط خاص بالقبول فقط وهو: أن يكون القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كافة عناصره، بمعنى ألا يكون القبول معدلا للإيجاب لأنه في هذه الحالة يعتبر إيجابا جديدا يتطلب قبولاً آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

فلا ينعقد العقد إلا بالتطابق التام بين القبول والإيجاب وذلك في كل المسائل التي وردت في الإيجاب وإذا تضمن القبول ما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً للأول، فإذا عرض شخص على آخر بيعه شقة بثمن معين على أن يسلمها له بعد سنة فوافق فذلكن بشرط التسليم الفوريفإن هذه الموافقة لا تعتبر قبولاً ينعقد به عقد البيع، وإنما تعتبر إيجاباً جديداً معدلاً للإيجاب الأول ويلزم قبوله من الطرف الآخر حتى ينعقد به العقد.<sup>1</sup>

### ج . حكم خاص بالقبول فيما يتعلق وسائل التعبير بالإرادة

بالنسبة للإيجاب لا يمكن أن يعبر عنه بالسكوت، لذا ورد في نص المادة 68 من الق م ج اعتبار السكوت قبولاً وتسمية بحالات السكوت الملابس وهي ثلاثة حالات:

**الأولى:** طبيعة المعاملة أو العرف التجاري: مثلاً في سوق تجارة المواشي البائع يقول أبيعك الماشية ب 70.000 دج ويضع قليلاً من التراب على رأس الماشية إذا سكت الطرف الآخر اعتبر سكوته قبولاً.

**الثانية:** التعامل السابق بين المتعاقدين: مثل المؤجر مع المستأجر فيما يخص بدل الإيجار، و تجديده فسكوت المؤجر على بقاء المستأجر دون طلب تعديل الأجرة دليل على قبوله .

**الثالثة:** إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه مثل الهبة بالنسبة للموهوب له، و العرية بالنسبة للمعار له.

### ثالثاً . الأحكام الخاصة بتطابق الإيجاب مع القبول

لا ينعقد العقد إلا باقتران الإيجاب مع القبول وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

س: متى يرتبط الإيجاب بالقبول؟ أي متى يتم العقد؟؟ وأين يرتبط الإيجاب مع القبول؟ أي مكان إبرام العقد؟؟

سنحدد أهمية تحديد مكان و زمان انعقاد العقد ، و بعدها نحدد مكان و تاريخ إبرام العقد، أي تطابق الإيجاب مع القبول.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 134، 135.

### 1 . أهمية تحديد تاريخ و مكان إبرام العقد

#### أ . أهمية تحديد تاريخ إبرام العقد:

- معرفة توفر الأهلية من عدمها إبرام العقد. و حساب مدة التقادم، ففي كثير من الأحيان يجعل القانون بداية حساب مدة التقادم من تاريخ لإبرام العقد، كتقادم دعوى البطلان المطلق.

#### ب . أهمية تحديد مكان إبرام العقد:

- معرفة القانون الواجب التطبيق على بعض المسائل العقدية، حيث يعتمد القانون مكان إبرام العقد كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على بعض المسائل المرتبطة بالعقد. و معرفة مكان تنفيذ بعض الإلتزامات التي تنشأ عن العقد، حيث يجعل القانون مكان تنفيذها هو مكان انعقاد العقد.

### 2 . تحديد تاريخ ومكان إبرام العقد

التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد لا يثير إشكالا، لتطابق المكان و تطابق الزمان مبدئيا

وجدت مجموعة من النظريات من أجل إيجاد حل يمكن من خلاله تحديد مكان و زمان تطابق الغيجاب مع القبول و بالتالي انعقاد العقد، فإختلفت الآراء بظهور أربع نظريات وهي كالاتي:

**أ- نظرية إعلان القبول:** يقتصر الإيجاب مع القبول في الزمان والمكان اللذان يعلن فيهما القابل قبوله: ومعنى ذلك أنه متى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد.<sup>1</sup>

**ب- نظرية إصدار القبول:** يقتصر الإيجاب والقبول حسب هذه النظرية في المكان والزمان اللذان يصدر فيهما القبول: ومعنى هذا أن العقد ينعقد بتصدير القبول أي بإرساله فعلا حتى يكون نهائيا لا رجعة فيه كأن يلقي به في صندوق البريد أو يسلم لموظف البرق أو يبلع فينطلق به لإبلاغ الموجب.<sup>2</sup>

**ج- نظرية وصول القبول:** والعبرة هنا بوصول القبول، أي أن تطابق الإيجاب والقبول يتحقق في الزمان والمكان اللذان يصل فيهما القبول إلى الموجب.

**د- نظرية العلم بالقبول:** والعبرة عند أصحاب هذه النظرية بالعلم أي في الزمان والمكان اللذان يعلم فيهما الموجب بالقبول، وإن تزامم أكثر من شخص على إيجاب واحد انعقد عقد من علم بقبوله الموجب قبل غيره ممن أبدوا قبولهم.

#### هـ . موقف القانون الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الرابعة وهي نظرية العلم وذلك في المادة 67 من القانون المدنيالجزائري واعتبر الوصول قرينة على العلم به وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها إذا قام الدليل على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص201.

<sup>2</sup> تيبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص127.

العلم هو الأصل ، والوصول دليل وقرينة على العلم لكنها قرينة بسيطة يستطيع الطرف الآخر أن يثبت عكسها.

إذن إذا وجد التراضي وجد العقد أما إذا انعدم التراضي ولم يتطابق الإيجاب مع القبول او انعدم أحد عناصر التراضي إنعدم العقد بالضرورة.

أما شروط صحة التراضي وهي ما سنتعرض إليه لاحقا فإن انعدم أحدها أصبح العقد قابلا للإبطال.

**المطلب الثاني : صحة التراضي:** نتكلم عن عدم صحة التراضي وقابلية العقد للإبطال في حالتين هما:

**حالة عدم توفر الأهلية اللازمة للصحة:** وتم ذكرها عند الحديث عن العنصر المادي للتراضي.

**حالة إذا شئبت إرادة احد المتعاقدين بعيب من عيوب الإرادة،**

فشرطي الصحة هما:

الفرع الأول توفر الأهلية اللازمة للصحة و تم التعرض لها عند الحديث عن الأهلية اللازمة للوجود و الانعقاد.

الفرع الثاني – **خلو الإرادة من العيوب :** و العيوب هي آفات تلحق الإرادة فتعيبها و هي أربعة:الغلط والتدليس والإكراه، و الاستغلال.

### أولا . الغلط

**1- تعريف الغلط:** المشرع الجزائري لم يعرف الغلط وترك المجال مفتوحا للفقهاء ، الذي عرفه على أنه وهم يقوم في ذهن الفرد فيجعل يعتقد الأشياء على غير حقيقتها وهو تصور خاطئ للأمور والأشياء، حيث يتبين للشخص أن في الشيء مواصفات معينة وهو في الحقيقة على غير ذلك.

**2- أنواع الغلط:** أنواع الغلط متفاوتة منها ما يؤثر على سلامة الرضا ومنها ما لا يؤثر وبالتالي فهو نوعان: غلط مانع وغلط معيب للرضا.

أ. **الغلط المانع :** هو غلط يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول ونكون بصدد غلط مانع إذا كان:

**في طبيعة العقد أو ماهيته:** مثلا كأن يقرض شخص شخصا آخر فيظن الآخر أنه وهبه، فهذا الغلط يؤدي بالنتيجة إلى عدم تطابق الإيجاب مع القبول على طبيعة العقد ، و هي عنصر جوهري، فيؤدي ذلك إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

**في محل الإلتزام:** و هنا يكون الغلط إما في ذات الشيء أو في صفة من صفاته.

فإذا كان الغلط في صفة الشيء نكون أمام غلط معيب بصراحة نص المادة 82 من القانون المدني.

أما إذا كان في ذاتية الشيء، و على اعتبار أن القانون المدني لم يدرج الغلط في الذاتية ضمن الغلط المعيب، فيعني أنه يبقى على الأصل و هو أن الغلط فيه مانع، ذلك أن عدم تطابق إرادتي المتعاقدين على ذاتية المحل يؤدي إلى البطلان المطلق طالما أن ذاتية المحل هي من العناصر الجوهرية في أي عقد.

و مثال ذلك أن يشترى شخص بغلا معتقدا أنه حصان، فهنا الغلط ليس في الصفات لأن الصفات متقاربة جدا بين البغل و الحصان، و لكن الغلط في الذاتية لأن كل واحد منهما يختلف في ذاتيته اختلافا جوهريا عن الآخر.

**بـ الغلط المعيب:** يكون فيه القبول مطابقا للإيجاب فيما يتعلق بالعناصر الجوهرية مع اختلاف في بعض التفاصيل.

يترتب على هذا النوع من الغلط قابلية العقد للإبطال.

و أعتقد أن القانون الجزائري قد أخذ بهذا التقسيم.

**3- جزاء الغلط:** عند استعمال مصطلح الغلط فإننا نتحدث عن الغلط المعيب و ليس المانع، ذلك أن الغلط المانع يرتبط أكثر بعدم تطابق الإيجاب مع القبول لذلك، فينصرف مدلول الغلط إلى مدلول خاص يرتبط بالغلط المعيب.

و عليه يكون جزاء الغلط بهذا المعنى هو قابلية العقد للإبطال، أي البطلان النسبي.

**4. صور الغلط:**تظهر صور الغلط المعتبرة قانونا في:

**أ. الغلط في الصفة الجوهرية للشيء:**

صفة الشيء هي تلك المتعلقة بمميزاته و خصائصه ، و ليس ذاتيته و جوهره.

فمثلا ، طاولة من خشب هي صفة ، و لكن كونها طاولة و ليس شئى آخر هو ذاتية.

مثلا ملابس مصنوعة في تركيا و ليس في الصين ، هي صفة لتلك الملابس.

جبن مصنوع من حليب البقرة و ليس حليب اصطناعي هي صفة.

مثلا شخص متزوج أو أعزب أو صاحب وظيفة معينة.

و هنا أكرر أن عدم ذكر ذاتية الشيء كصورة من صور الغلط المعيب دليل على أن الغلط في الذاتية غلط مانع، و هذا القول يتمشى مع اعتبار المحل(ذاتيته) من العناصر الجوهرية للعقد التي يجب أن يتطابق عليها الإيجاب مع القبول و إلا لا يوجد التراضي و لا يوجد من خلاله العقد.



### ب\_ الغلط في ذات أو صفة المتعاقد:

تضمنته المادة 82 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة، والعبرة هنا ليست بمحل العقد وإنما بشخص المتعاقد أيضا فلولا شخصية المتعاقد لما أبرم العقد معه، أي أن شخص المتعاقد هو محل الإعتبار وهو الدافع إلى التعاقد مثل عقد الوكالة والهبة والعمل والوصية.

و هنا نلاحظ أن القانون جمع في الحكم بين الصفة و الذاتية، و أعطاهما مفس الحكم .

فالذاتية تتعلق بشخصية المتعاقد و كونه عمر أو مصطفى أو غيرها بكيانه.

أما الصفة، فتتعلق بمميزاته و خصائصه و مركزه القانوني، متزوج أو أعزب، موظف أو غير موظف، استاذ أو طبيب أو غير ذلك.

و قد تتعلق الصفات في بعض العقود بالصوت أو لون البشرة أو الطول و غير ذلك، كعقود المتعلقة بالصوت، أنشاد، تلاوات، تمثيل....

و إذا كان بعض الشراح يعتقدون أن هذه المادة تتعلق فقط بالعقود القائمة على الإعتبار الشخصي، فإنني أعتقد خلاف ذلك لسببين:

**الأول:** أن المادة جاءت عامة، لا يجوز تخصيصها إلى بنص أو مبدأ قانوني واضح و دقيق، أو لمقتضى لا شك فيه.

**الثاني:** أن العقود القائمة على الإعتبار الشخصي، تجعل الإعتبار الشخصي من المسائل الجوهرية، التي يؤدي الغلط فيها إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، و إلا فلماذا تقوم أصلا على الإعتبار الشخصي.

فهل يعقل أن يتعاقد شخص مع شخص معتقدا أنه محام، و لما يتبين له أنه ليس محام نقول أن العقد قابل للإبطال و بالتالي يمكن اجازته، فهذا غير منطقي، فهنا ما دام العقد أصلا قائم على الإعتبار الشخصي يجب أن يبطل بطلانا مطلقا، لغن ذلك الاعتراف عنصرا جوهريا في ذلك العقد.

أما إذا أجر لشخص معتقدا أنه متزوج ثم تبين خلاف ذلك، فإن العقد يكون قابلا للإبطال، رغم أنم الأصل في الإيجار أنه ليس من عقود الاعتراف الشخصي.

**ج\_ الغلط في القانون:** نصت عليه المادة 83 من القانون المدني الجزائري، ويكون مبطلا للعقد متى كان هو السبب الرئيسي في التعاقد كالالتزام الوارث بتسديد ديون المورث ومثال ذلك أن يعتقد شخص من الورثة أنه ملزم بتسديد ديون مورثه و القانون هو من يلزمه بذلك في النص الذي يقرر أنه لا تركة بعد سداد الديون، فيقوم بتسديد الدين من ماله ثم يتبين له عكس ذلك.

و هذا الغلط يثير اشكالية حول مدى ملائمة هذا الطرح لقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون، حيث يرى البعض أن لا تعارض طالما . حسب رأيهم . أن تلك القاعدة تتعلق بالمسائل الجزائية فقط.

غير أنني أعتقد ان قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، هي قاعدة دستورية مطلقة من حيث موضوعها، عامة من حيث اشخاصها ، فلا يجوز تقييدها و تخصيصها بمقتضى اجتهاد، فهذا يوقعا في مخالفة قاعدة ألا اجتهاد مع نص.

لذلك قال البعض أن الغلط في القانون يتعلق فقط ببعض التفاصيل التي يجوز العذر فيها كأن يتنازل وارث عن نصيبه بالسدس في الميراث، و نصيبه في الحقيقة الثلث.

و هنا لا أجد اشكالا، فطالما تنازل عن السدس يمكنه المطالبة بالباقي من الثلث، و ليس هناك أي داعي أو امكانية للتمسك بالغلط.

لذلك أعتقد أن الغلط في القانون يثير عديد الإشكالات، فإما نقيده و نخصص مجال تطبيق قاعدة عدم الإعتذار بجهل القانون ، و هذا ما أميل إليه، فيجب حصر تطبيق القاعدة بتعديل النص ليشمل فقط المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو إلغاء الغلط في القانون كعيب من عيوب الإرادة، لخلق انسجام بين النصوص، ففي اعتقادي فإن الغلط في القانون يشكل قاعدة غير دستورية.

**د\_الغلط في القيمة:** قد يكون ثمن المبيع هو الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فيجوز لمن وقع في غلط في القيمة ان يطالب بإبطال العقد لهذا السبب.

**مع مراعاة أحكام الغبن في بعض العقود.**

و نشير إلى أن الغلط في الحساب و غلطات القلم (المطبعية) تشكل غلطا ماديا يجب تصحيحه(المادة 84 قانون مدني) ، و لا تشكل غلطا معيبا.

**4- شروط التمسك بقابلية العقد للإبطال بسبب الغلط:** يتبين من خلال الأحكام الواردة في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني أن هناك شروط تتعلق بالغلط و شروط تتعلق بالمتعاقدين.

**أ. الشروط المتعلقة بالغلط:** حسب المادة 82 لا يمكن التمسك بإبطال العقد للغلط إلا إذا كان الغلط جوهريا.

و يكون الغلط جوهريا حسب المادة نفسها إذا كان **جسيما:**

و يكون الغلط جسيما حسب المادة نفسها إذا كان **مؤثرا.**

القانون لا يعتد بأي غلط وإنما اشترط أن يكون جسيما، وعليه يجب أن تكون الإعتقادات الخاطئة التي تحمل المتعاقد إلى إبرام العقد جسيمة مثلما أقرت المادة 82 من الق م ج، فالغلط الجسيم هو الذي يبلغ درجة من الخطورة مما يستدعي تدخل المشرع لحماية الضحية.

وتقدير جسامه الغلط أمر نسبي فما هو جسيم عند أحد المتعاقدين قد يعتبر هينا عند المتعاقد الآخر، وما يعتبر جسيما في معاملة ما يعتبر غير جسيم أحيانا في نفس المعاملة إذا نظرنا إلى الظروف المحيطة بالمعاملة.

المهم للقول بجسامة الغلط أن يكون هذا الغلط مؤثرا.

فما هو المعيار الذي يجعل الغلط مؤثرا:

على العموم فإن هناك معيارين لتحديد ذلك، غما المعيار الموضوعي الذي يأخذ بالحسبان في تحديد جسامه الغلط و تأثيره الظروف المحيطة به بعيدا عن شخصية المتعاقدين و اعتقاداتهما و ظروفهما الخاصة، فهو يعتمد على الظروف الموضوعية.

و إما المعيار الشخصي، أي يعتمد على نظرة المتعاقدين للخط، و ظروفهما الخاصة ، سيما المتعاقد الذي وقع في الخط.

فبأي المعيارين أخذ القانون الجزائري:

بتحليل المواد القانونية المتعلقة بالخط، نلاحظ أنها قد أخذت بمعيار عام، ثم استتبعته بمعايير خاصة تتعلق ببعض صور الخط.

\* **المعيار العام:** هذا المعيار يشمل صور الخط التي لم يخضعها القانون لمعيار خاص، و إن كان القانون قد ضيق كثيرا من نطاقه كما سيتم بيانه.

و مضمون هذا المعيار الوارد في المادة 82، هو أن الخط الجوهرى هو الخط الذي يتمتع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، فهو إذن معيار شخصي يتعلق بالمتعاقد الواقع في الخط، حيث يكون الخط بالنسبة له هو الدافع للتعاقد.

\* **المعايير الخاصة:** تتعلق هذه المعايير ببعض صور الخط ، و التي يتم عرضها كما يلي:

**الخط في الصفة الجوهرية للشيء:** من خلال المادة 82 الفقرة 2/ التي جاء فيها" و يعتبر الخط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية..." نستنتج أن تحديد ما إذا كان الخط في صفة الشئ غلط جوهرى يستند لمعيارين، أحدهما أصلي أو رئيسي و الآخر ثانوي أو مكمل.

. **المعيار الأصلي أو الرئيسي:**

وبالعودة إلى نص المادة 82 من الق م ج نجد أنها تنص على أن الصفة الجوهرية كأصل هي تلك التي يراها المتعاقدان جوهرية أي العبرة بالنظرة المشتركة للمتعاقدين، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بنظرة المتعاقد الواحد بل بالنظرة المشتركة للمتعاقدين.

و هذا معيار شخصي لكن يستند إلى رأي المتعاقدين معاً، و الذي يكون وفق أحد ثلاث فروض تالية:

**الفرض الأول:** يتفق المتعاقدان على أن الصفة ليست جوهرية، و بالتالي لا يعد الغلط فيها غلطا معيبا للعقد.

**الفرض الثاني:** يتفق المتعاقدان على أن الصفة التي وقع فيها الغلط صفة جوهرية و بالتالي يكون الغلط معيب ، و يكون العقد قابلا للإبطال.

**الفرض الثالث:** يختلف المتعاقدان فيرى أحدهما و هو المتعاقد الذي وقع في الغلط أن الغلط جوهرى ، و يرى المتعاقد الآخر أنه ليس بجوهرى، ففي هذه الحالة فقط يجب الانتقال إلى المعيار الثانوي أو المكمل.

و لا عبرة أن يرى المتعاقد الذي وقع في الغلط أن الغلط ليس جوهريا و يرى الآخر خلاف ذلك، ذلك أن الذي يتمسك بالغلط هو المتعاقد الذي وقع فيه، و ما دام رآه ليس جوهريا ، يعني أنه لا يريد التمسك به.

**– المعيار الثانوي أو المكمل:**ورد في المادة 2/82 من خلال عبارة "...أو يجب اعتباره كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية...".

وقد اعتمد القانون في هذه الحالة على معيار موضوعي أي يستند إلى ظروف موضوعية وهي شروط العقد و حسن النية.

مثلا شخص قصد محلا لبيع الآثار فهذا يفيد أن المشتري أراد شراء تحفة أثرية وبالتالي فإن الأشياء التي تباع في المحل هي أشياء أثرية هذه الصفة جوهرية، و عليه فحسن النية يقتضي أن الأشياء أثرية و أن شراء المتعاقد شيئ غير أثري يقتضي وقوعه في غلط جوهرى لأن بيع أشياء غير أثرية في محل مخصص لبيع أشياء أثرية يوحي بسوء النية و ليس بحسن النية.

أما شروط العقد ، فإذا اشترط شخص صفة في شيئ ثم تعاقد على شيئ لا تتوفر فيه تلك الصفة، عدت تلك الصفة جوهرية بناء على شروط العقد.

**– الغلط في ذات أو صفة المتعاقد:**

تضمنته المادة 82 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة، ، والعبرة هنا ليست بمحل العقد وإنما بذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وهنا أخذ القانون بمعيار شخصي هو أن السبب الرئيسي للتعاقد هو تلك الذات أو تلك الصفة.

و عليه حتى و إن كانت تلك الذات أو تلك الصفة سببا للتعاقد و لكن ليست هي السبب الرئيسي فلا يعد الغلط فيها جوهريا، و هنا الأمر يتعلق بسبب رئيسي آخر، و سبب ثانوي هو صفة أو ذات المتعاقد.

**ـ الغلط في القانون:** نصت عليه المادة 83 من القانون المدني الجزائري التي أحالتنا إلى المادتين 81 و 82، و أعتقد أن الإحالة فيها خلل ، لأن المادتين و إن تضمنتا معايير لمعرفة جوهرية الغلط قد تتلاقى تلك المعايير ، و لكن تختلف في التفاصيل و عليه ، كان الأفضل لو تمت الإحالة للمادة 81، التي جاءت بمعيار عام، و لأن المادة 82 جاءت بمعايير منها م يتعلق بصفة الشيء و منها ما يتعلق بصفة أو ذات المتعاقد، فعند الإحالة للمادة 82 نفع في اشكال أي المعايير نعتم في الغلط في القانون ، أترك المتعلقة بصفة الشيء أم تلك المتعلقة بصفة و ذات المتعاقد؟

و يكون الغلط في القانون مبطلا للعقد متى كان هو الدافع للتعاقد كأن يتنازل الوارث عن نصيبه لأنه اعتقد أن نصيبه السدس و لو علم أنه الثلث لما تنازل (مع تحفظي على الغلط في القانون كما بينته سابقا).

و بعد التعرض للمعايير عامها و خاصها ، نلاحظ أن الصورة التي تبقى خاضعة للمعيار العام هي الغلط في القيمة، و يمكن ادخال الغلط في القانون بسبب الإشكال السابق ذكره المتعلق به.

### ب . الشروط المتعلقة بالمتعاقدين (حسن النية):

يترتب على وقوع أحد العاقدين في غلط قابلية العقد للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط دون غيره وهذا ما ورد في المادة 81 من القانون المدني الجزائري،.

فالشرط هنا يتعلق بالمتعاقد الذي وقع في الغلط ، حيث يجب أن يكون حسن النية، و في جميع الحالات التي يتمسك بالإبطال بسوء نية يرفض طلبه، كأن يتمسك بالغلط ليس بسبب الغلط بل لأن ظروفه تغيرت و لم يعد بحاجة إلى ذلك الشيء.

فمثلا يشتري طاولة من خشب معين معتقدا انها من خشب آخر، فيتمسك بالغلط ليس بسبب نوعية الخشب بل لأن أحدهم أهدها طاولة و من نفس الخشب الذي اشتراه.

فهنا قبوله للطاولة من نفس الخشب الذي اشتراه دليل على أن العبرة ليس بنوع الخشب لديه و أنه تمسك بإبطال العقد لسبب آخر غير الغلط.

و قد أورد القانون حالة خاصة لسوء نية المتعاقد الذي وقع في الغلط، وهي حالة ما إذا كان المتعاقد معه حسن النية واستعد لتنفيذ هذا العقد فعلى من وقع في غلط ألا يطالب بإبطاله بل يبقى ملزما بالعقد، أما إذا لم يقبل وتمسك بالإبطال فيكون سيء النية وهذا ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني الجزائري.

و في في هذه الحالة يكون سوء النية ثابتا بمقتضى نص فلا سلطة تقديرية للقاضي في تقديرها، على خلاف الحالات الأخرى التي لم يعينها القانون بذاتها ، تبقى سلطة القاضي واسعة في تقدير حسن النية من سوتها، و الأمر هنا يتعلق بتقدير وقائع لا رقابة للمحكمة العليا عليها.

**ثانيا- التدليس:** هو عيب من عيوب الإرادة، يقتضي تعريفا، ثم تحديد عناصره ، و بعدها تحديد جزاءه، ثم شروط التمسك به لتقرير الجزاء.

**1- تعريف التدليس:** عرفه الفقه على أنه حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط من أجل دفعه إلى التعاقد، فالتدليس هو غلط مدبر ومفتعل .

فالغلط الناتج عن التدليس ليس تلقائيا، بل مدبر و مفتعل.

### 2 . عناصر التدليس:

**أ- العنصر المادي:** هو مجموعة الوسائل الإحتيالية التي يستعملها أحد أطراف العقد لإيقاع الطرف الآخر في الغلط والوسائل الإحتيالية إما حيل أو سكوت عمدي أو عدم إفصاح عن واقعة أو ملابسة معينة،.

تتمثل الحيل في كل فعل أو قول من شأنه أن يصنع وهما في ذهن المتعاقد فكل فعل من شأنه أن يزرع وهما فهو حيلة،

كما يشكل السكوت العمدي أو عدم الإفصاح أو الكتمان عن ملابسة أو واقعة منتجة في العقد العنصر المادي للتدليس..

كما يدخل الفقه الكذب ضمن الحيل بشرط بلوغه حدا من الجسامة تتجاوز حدود المألوف في مدح الشيء ووصفه.

**ب - العنصر المعنوي:** وهو نية التضليل، أي أن المدلس استعمل الطرق الاحتيالية من أجل تضليل المتعاقد و ايقاعه في الغلط.

و إن كان الاصل في الإثبات أن البيئة على المدعي، و أن الأصل في الإنسان النزاهة و حسن النية ، فإنني أعتقد أنه طالما استعمل الشخص طرقا احتيالية و أثبت المدلس عليه ذلك، فإنه يجب افتراض نية التضليل، و لكن افتراضا بسيطا يمكن معه للمدلس اثبات أنه لم ينوي بالركن المادي التضليل، و هذا من شأنه أن يخفف صعوبة الإثبات المرتبطة بطبيعة نية التضليل، كون أن هذه الاخيرة مسألة كامنة في النفس من الصعب جدا الكشف عليها و اثباتها، لذلك و جب الاستدلال عليها بقرائن.

و أعتقد انه ليس هناك قرينة أقوى على وجود نية التضليل من استعمال المدلس وسائل احتيالية.

3. جزاء التدليس:

للتدليس جزاءان:

أ- **جزاء يلحق العقد:** وهو قابلية العقد للإبطال، فإن المتعاقد الذي شيب رضاه بغيب التدليس له الحق في أن يطلب إبطال العقد لهذا السبب.

ب- **جزاء يلحق بالمدلس (التعويض):** إذا ترتب على التدليس ضرر معين على المدلس عليه ترتب تبعاً لذلك لهذا الأخير حقه في التعويض، بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية بمعنى أنه المدلس يلزم بتعويض المدلس عليه طبقاً لأحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

فالتدليس ينظر إليه من زاويتين

أ- أنه عيب من عيوب الإرادة.

ب- أنه خطأ يمثل المسؤولية التقصيرية لأنه مفتعل ومستثار

4. شروط التمسك بإبطال العقد للتدليس:

تضمنت المادتين 86 و 87 من الق م ج شروط التدليس وهي نوعان شروط متعلقة بالتدليس وشروط متعلقة بالمتعاقدين.

أ. الشروط المتعلقة بالتدليس

أجاز القانون لمن تعرض لتدليس أن يطلب إبطال العقد بسببه، وحتى يكون التدليس سبباً لإبطال العقد يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية ذكرها:

\* أن يكون التدليس منتجاً و مؤثراً في إبرام العقد: أي أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، أي يكون جوهرياً جسيم، و يكون كذلك طالما كانت الوسائل الاحتمالية هي التي دفعت المتعاقد للتدليس.

فالقانون هنا اعتمد معياراً شخصياً في تحديد جسامته التدليس.

ب. الشروط المتعلقة بالمتعاقدين:

هناك نوعين من التدليس، التدليس الصادر من أحد المتعاقدين والتدليس الصادر من طرف آخر غير المتعاقد.

\* التدليس الصادر من أحد العاقدين أو نائبه: يجب أن يكون المتعاقد أو نائبه هو صاحب الوسائل الاحتمالية أي هو من قام بالوسائل الاحتمالية من أجل إيقاع المتعاقد معه في الغلط.

\*التدليس الصادر من غير المتعاقدين: في هذه الحالة تصدر الحيل أو الوسائل الإحتيالية من طرف ثالث خارج عن العلاقة التعاقدية ويشترط في هذا النوع أن يكون المتعاقد الآخر أي غير المدلس عليه عالما بالتدليس او كان من المفروض ان يعلم به، أي نميز في ذلك بين حالتين:

**الأولى:** أن يكون المتعاقد الذي كان التدليس لمصلحته عالما بالتدليس، هنا يكون العقد قابلا للإبطال بسبب ذلك التدليس.

**الثانية:** لا يكون المتعاقد الذي وقع التدليس لمصلحته عالما بالتدليس، هنا نكون أمام فرضين:

**الفرض الأول:** حالة إذا كان من المفروض عليه أن يعلم بالتدليس وهذه الحالة تتعلق ببعض الأشخاص الذين يتحمل المتعاقد مسؤولية أخطائهم ( مثلا رب العمل والعامل، او متولي الرقابة والخاضع للرقابة كالولي والقاصر)، لأنه في هذه الحالة كان من المفروض عليه أن يعلم لأن من قام بالتدليس تربطه به علاقة تفرض عليه حتما أن يعلم، و هنا بعدم علمه يكون قد ارتكب خطأ ، فمتولي الرقابة يجب أن يراقب من تحت رقبته جيدا، و التابع أيضا في علاقته مع المتبوع. فطبيعة علاقة المتعاقد بالمدلس تقتضيه رغن أنه لم يعلم أن يفترض فيه أنه يجب أن يعلم ، وهنا يجوز للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد وفقا لما جاء في المادة 87 من الق م ج.

**الفرض الثاني:** حالة إذا لم يكن من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس ( اي ان المدلس لا تربطه علاقة بالمتعاقد) في هذه الحالة لا يمكن للمدلس عليه طلب إبطال العقد للتدليس طبقا للمادة 87 من القانونالمدني الجزائري.

### ثالثا . الإكراه (م 88 و 89 قانون مدني)

1. تعريف الإكراه: هو الضغط على المتعاقد لخلق رهبة في نفسه تدفعه إلى التعاقد،

2. أنواع الإكراه:والإكراه نوعان:

إكراه مادي معدم للرضا وهو إجبار المتعاقد ماديا على التعاقد ويجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا، ومثاله أن يتعاقد شخص تحت التهديد بواسطة مسدس موضوع على رأسه.

إكراه معنوي بواسطة التهديد وزرع الخوف في المتعاقد معه دون إعدام إرادته.

المشرع لم يفرق بين نوعي الإكراه وإنما اشترط شروطا تجعل من الإكراه سببا لطلب إبطال العقد، و أعتقد انه يجب التمييز بينهما، فهناك إكراه سالب كلية للحرية و الإرادة و الآخر معيب للرضا فقط.



### 3 . شروط الإكراه:

#### أ. الشروط المتعلقة بالخطر

أن يكون الخطر جسيما ومهدقا، ( معنى جسيم أي أن يكون على قدر من الخطورة، ومعنى مهدقا أن يكون وشيك الوقوع غير متراخي الوقوع )، ويراعى في الإكراه جنس الشخص وسنه وحالته الإجتماعية وجميع الظروف الأخرى، وهذا ما ورد في المادة 88 من القانونالمدنيالجزائري.

#### ب الشروط المتعلقة بتأثير الخطر:

يجب أن يزرع الإكراه رهبة بينة في نفس المتعاقد الآخر،فلولا هذا الإكراه لما أبرم العقد

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد طبقا لنص المادة 89 ق م ج، فعلى المتعاقد المكره أن يثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو من المفروض عليه أن يعلم بالإكراه.

### 3 . جزاء الإكراه:

الإكراه كالتدليس له جزاء يلحق العقد وهو قابلية العقد للإبطال، وجزاء يلحق بالمتضرر في العقد وهو حقه في التعويض.

### رابعا . الإستغلال:

**1- تعريف الاستغلال:** هو استغلال أحد المتعاقدين للحالة النفسية للمتعاقد الآخر بشكل يجعل إلتزاماتهما متفاوتة في القيمة. أو هو إستغلال أحد أطراف العقد لما غلب من طيش بين أو هوى جامع في المتعاقد الآخر للحصول على إلتزامات متفاوتة غير متناسبة .

يطلق عليه ايضا اسم الغبن الإستغلالي، تضمنته المواد 90 و 91 من الق م ج.

**ملاحظة:** الغبن الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة والتي تجعل العقد قابلا للأبطال هو الغبن الإستغلالي الذي يختلف عن الغبن المادي المجرد.

فالغبن المادي المجرد هو الفرق بين الثمن الحقيقي والحق المدفوع في عقار معين، فإن زاد السعر عن الخمس أصبح غبنا والغبن المادي المجرد يكون في العقار فقط، و في بعض العقود فقط.

ويظهر الفرق بين الغبن المادي المجرد الواقع على عقار والإستغلال أي ( الغبن الإستغلالي) من خلال التعرض لشروط الإستغلال.

-للغبن الإستغلالي عنصران ، عنصر نفسي يكون حين استغلال أحد المتعاقدين لما غلب من طيش بين وهي جامع في المتعاقد الآخر، وعنصر مادي وهو التفاوت في الإلتزامات، أما الغبن المادي المجرد فله عنصر واحد وهو العنصر المادي المتمثل في التفاوت في الإلتزامات.

-الغبين الإستغلالي عيب من عيوب الإرادة اما الغبن المادي المجرد فليس عيبا.

-الغبين المادي يكون في عقود المعاوضة عكس الإستغلال يكون في جميع العقود.

-الغبين المادي المجرد لا يكون في العقود الإحتمالية بينما يكون الغبن الإستغلالي في العقود الإحتمالية.

**2 . عناصر الأستغلال:** له عنصران ، نفسي و مادي.

أ. عنصر نفسي: يظهر في حالتين:

\***الطيش البين** وهو عدم الإتزان، والتسرع في اتخاذ القرارات وليس كل طيش مناط للإستغلال وإنما الطيش البين أي الظاهر الجلي و الواضح هو الذي يعتبر مناطا للإستغلال.

\***الهوى الجامح:** أي غلبة العاطفة على العقل(واتخاذ قرارات موجهة من العاطفة كشخص أراد الذهاب إلى العمرة بشكل غير مألوف،فتعاقد مع وكالة استغلت فيه هذا الهوى وأخذت منه مبلغ أكبر من المبلغ الحقيقي).

ب عنصر مادي: وهو حصول أحد المتعاقدين على التزامات متفاوتة غير متناسبة مع التزامات الطرف الآخر.

**3 . جزاء الإستغلال:**

يمكن للمتعاقد الذي استغل من طرف المتعاقد الآخر أن يرفع دعوى إما إنقاص الإلتزامات أو دعوى طلب إبطال العقد، وإذا طلب المتعاقد المغبون إنقاص الإلتزامات فلا يستطيع القاضي أن يحكم بغير ذلك إلا في المسائل التي تتعلق بالنظام العام، فالجواز بالنسبة للقاضي هو الاختيار بين الإبطال أو الإنقاص بشرط ألا يكون المتعاقد المغبون قد طلب واحدة منهما.

إذن الجزاء المترتب على إستغلال أحد طرفي العقد للمتعاقد الآخر يكون إما إبطال العقد، أو الإنقاص في الإلتزامات المتعاقد المغبون، وهذا ما جاءت به المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

و يمكن للطرف الذي استغل غيره أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أي ارجاع الإلتزامات متعادلة لا متساوية.

**4 \_سقوط دعوى الإستغلال :** على خلاف باقي الدعاوى فإن المشرع جعل للإستغلال مدة سقوط وليس مدة تقادم، والفرق بين السقوط والتقادم يتمثل فيما يلي:

\_السقوط مدته قصيرة والتقادم مدته طويلة

\_مدة السقوط لا تخضع لا للوقف ولا للإنقطاع أما مدة التقادم فتخضع للوقف والإنقطاع.

وطبقا لنص المادة 91 من القانون المدني الجزائري، فإن دعوى الإستغلال تسقط بمرور سنة من يوم إبرام العقد .

### المبحث الثاني: المحل

في محل العقد يطرح سؤال بماذا تعاقدت أو بماذا سأتعاقد؟؟ أي ماهو الشيء أو العمل الذي سأتعاقد عليه؟.

#### المطلب الاول . تعريف محل العقد:

محل العقد هو المعقود عليه وتضمنت أحكامه المواد من 92 إلى 95 منال قانون المدني، فالمحل في عقد البيع هو كل من المبيع والثمن، أما في عقد الإيجار فهو العين المؤجرة، أما في عقد الهبة فهو الشيء الموهوب.

#### المطلب الثاني . شروط المحل

يشترط في المحل مجموعة من الشروط نوردتها كالاتي:

**الفرع الأول- أن يكون المحل موجودا او على الأقل قابلا للوجود في المستقبل:**و هذا الشرط يتعلق بالأشياء ، ويشترط وجوده وقت إبرام العقد بمعنى إن كان موجودا قبل إبرام العقد ثم هلك وقت إبرام العقد فالعقد باطل لإنعدام المحل.

فإذا كان محل الالتزام هو نقل حق عيني فيلزم في الشيء الذي يرد عليه هذ الحق أن يكون موجودا وقت نشأة الإلتزام أو من الممكن وجوده بعد ذلك فلو تعاقد شخصان على شيء باعتباره موجودا فعلا ثم اتضح انه غير موجود فلا ينعقد العقد وقد لا يقصد المتعاقدان ان يرد العقد على شيء موجود وقت العقد وانما على شيء سيوجد في المستقبل أي أنه قابل للوجود في المستقبل فيصح مثل هذا المحل.<sup>1</sup>

وقد أجازت المادة 92 من القانونالمدنيالجزائري التعاقد في الأشياء المستقبلية إذا كان وجودها محققا.

تخلف شرط الوجود يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

**الفرع الثاني: \_ أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين،** ويختلف التعيين بين العقارات و المنقولات.

**أولاً- التعيين في العقارات:** يجب وصف العقار تعيينا نافيا للجهالة، بتحديد طبيعته، بناء ، أرض،...، و موقعه ، و حدوده و مساحته...

ثانيا- التعيين في المنقولات: يختلف التعيين في الأشياء القيمية عن التعيين في الأشياء المثلية. فالأشياء المثلية تحدد بالفرز، أما القيمية قبالوصف، و من تاريخ التعيين تنتقل الملكة، فبالنسبة للمثليات من يوم الفرز و أما القيمية فمن إبرام العقد.

**الفرع الثالث أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل في ذاته،**هذا الشرط يتعلق ، بالقيام أو الإمتناع عن العمل، فإذا كان القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل مستحيل فميز بين نوعين من الإستحالة، فإما أن تكون استحالة مطلقة والتنفيذ يكون مستحيلا للجميع فيها، أو أن تكون استحالة نسبية وتكون الإستحالة للغير دون

<sup>1</sup> رمضان ابو السعود، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص144.

المتعاقد، فمثلا رسم لوحة فنية يمكن للرسم الفلاني رسمها لكن شخص آخر فلا يمكنه، و لكن إستحالة الاستئناف في حكم بعد انقضاء أجال الاستئناف فإستحالة مطلقة.

الإستحالة المطلقة هي التي تجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا.

**الفرع الرابع . أن يكون المحل مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.**<sup>1</sup>

كل قاعدة يؤدي المساس بها إلى زعزعة المجتمع فهي قاعدة متعلقة بالنظام العام ( النظام العام نوعان، نظام عام مادي متمثل في القواعد الأمرة المكتوبة، ونظام عام معنوي يشمل كل القواعد حتى ولو لم تكن مكتوبة)

فإذا كان المحل غير مشروع أو يمس بالنظام العام كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

محالفة النظام العام والآداب العامة تؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

**الفرع الخامس – أن يكون المحل من الأشياء القابلة للتعامل:** بمعنى أن المعقود عليه يجب ألا يكون من الأشياء التي يحضر التعامل فيها، والأصل في الأشياء أنها قابلة للتعامل إلا ما استثني بحكم طبيعة الشيء أو بحكم القانون،

فالأشياء غير القابلة للتعامل بحكم طبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع ان يستأثر بها نظرا لمادة تكوينها وتسمى بالأشياء غير القابلة للتعامل كلما استحالت حيازتها كالهواء و اشعة الشمس الشمس و مياه البحار إلا إذا تغيرت طبيعتها، فان زالت هذه الاستحالة حيث يصبح بإمكان الفرد ان يسيطر عليها فتصبح قابلة للتعامل كالطاقة الشمسية، أو أنابيب الهواء.

والأشياء غير القابلة للتعامل بحكم القانون فهي الأشياء التي تكون قابلة للحيازة بحكم طبيعتها وقابلة للتعامل ولكن يمنع القانون التعامل بها كالمخدرات أو الأشياء المملوكة لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة للمنفعة العامة، فقد تقتضي الاخلاق و القانون حضر التعامل في بعض الاشياء كالتعامل بجسم الانسان، وقد يستوجب النفع العام حظر التعامل في الاشياء التي يكون استعمالها جماعيا كالطرق والسكك الحديدية وغيرهما، ومن بين الأشياء التي حضر المشرع التعامل فيها الاموال المملوكة للدولة وكذلك الاملاك الوقفية وغيرها مما ورد النص بمنع استعماله.<sup>2</sup>

والتعاقد بشيء غير قابل للتعامل يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

### المبحث الثالث: السبب

في ركن السبب يطرح سؤال لماذا تعاقدت؟ أي ما السبب الذي دفعني إلى التعاقد؟؟

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص150.

<sup>2</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص253-255.

### المطلب الأول - تعريف السبب

ظهرت في تحديد السبب نظريتين هما:

الفرع الأول النظرية التقليدية: السبب عند النظرية التقليدية هو ما يقصد عادة في العقد.

فالسبب عندهم هو الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل إليه من وراء التزامه وهذا هو السبب القصدي في الالتزام ويختلف مثل هكذا سبب من عاقد الى اخر في العقد الواحد فالسبب المباشر في العقود الملزمة لجانبين عند اصحاب النظرية التقليدية هو يعتبر التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الاخر فمثلا في عقد البيع سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري هو التزام هذا المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع، وسبب عقود التبرع عندهم هو نية التبرع.<sup>1</sup>

### شروط السبب المباشر عند أصحاب النظرية التقليدية:

- أن يكون السبب موجودا.

- أن يكون السبب مشروعاً.<sup>2</sup>

- أن يكون السبب صحيحاً ويتعلق الأمر هنا بمشكلتين أساسيتين هما الغلط في السبب وصورية السبب، فأما الغلط في السبب هو أن يعتقد المتعاقد أمراً على غير حقيقته فيكون سبب التزامه غير صحيح بسبب الاعتقاد الخاطئ ويترتب على ذلك بطلان العقد، أما فيما يخص السبب الصوري فإن المتعاقدين في هذه الحالة يعلمان السبب الحقيقي ويخفيانه وراء سبب آخر فإذا كان الغرض من وراء إخفاء السبب الحقيقي هو تحقيق أمر غير مشروع فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني - النظرية الحديثة:

أخذت هذه النظرية بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد أي المراد الذي أراده المتعاقد من التعاقد، ويتمثل السبب عند اصحاب النظرية الحديثة في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين الى ابرام العقد، وهي المبررات التي كانت وراء تمسك المتعاقدين بانشاء العلاقة التعاقدية، فسمي السبب عندهم بالدافع الباعث الى التعاقد وقد يكون الباعث امراً غير ظاهر، فالباعث امر شخصي ونفسي متعلق بنوايا المتعاقدين مثلاً في عقد البيع قد يكون السبب الذي دفع البائع إلى بيع شيء ما هو التخلص منه او الملل من استعماله.<sup>4</sup>

### شروط السبب في النظرية الحديثة ( السبب الباعث الى التعاقد ):

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 154، 155.

<sup>2</sup> منذر أبو الفضل، مرجع سابق، ص 219.

<sup>3</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 262.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 185.

الشرط الوحيد في السبب عند أصحاب النظرية الحديثة هو شرط المشروعية، فإن كان غير مشروع لمخالفته قواعد النظام العام أو الآداب بطل العقد، ولهذا يمكن الإستغناء عن مسألة وجود السبب وعن شرط السبب الصحيح والإكتفاء بالباعث الدافع إلى إنشاء العقد.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث . موقف القانون الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة أي بالباعث الدافع إلى التعاقد واشترط أن يكون الباعث أو الدافع إلى التعاقد مشروعاً، وإذا كان غير مشروع يصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد اقر المشرع حكم البطلان لعدم مشروعية السبب في المادة 97 من القانون المدني الجزائري، واعتبر السبب الذي يذكره المتعاقدين هو السبب الحقيقي الى غاية وجود ما يثبت عكس ذلك

و الغرض في ركن السبب هو مراقبة مشروعية المعاملات أو مشروعية السبب وليس وجود السبب.

### المبحث الرابع: ركن الشكلية:

و هو ركن استثنائياً لا يشترط إلا إذا نص عليه القانون أو اتفق عليه المتعاقدين.

### المطلب الأول . تعريف الشكلية:

الشكلية هي إفراغ العقد في قالب معين أو اشتراط القانون إجراء ما في عقد ما .

أو هي وضع خاص يوجب القانون اتخاذه والالتزام به لانعقاد التصرف القانوني.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني . أنواع الشكلية:

تقسم الشكلية بالإعتماد على معيارين:

الفرع الأول . أنواع الشكلية بالنظر إلى تأثيرها: هي ثلاثة أنواع:

### أولاً . شكلية للإنعقاد:

يشترطها العقد في الإنعقاد وتعتبر ركناً في العقد تخلفها يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً: إذ تعتبر الشكلية هنا لازمة لقيام العقد وعلى المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحاً وتسمى بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد فتعتبر ركناً رابعاً الى جانب التراضي والمحل والسبب ومن ثم ينبغي على المتعاقدين كتابة العقد

<sup>1</sup>منذر الفضل، مرجع سابق، ص220.

<sup>2</sup>مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كفيد على الإرادة عند تكوين العقد؛ مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، حزيران، 2018، ص164.

لتجنب بطلانه، وكمثال عنالشكلية المطلوبة للانعقاد كتابة عقد الهبة الوارد على عقار في شكل رسمي اي عقد توثيقي امام موظف مؤهل تحت طائلة البطلان<sup>1</sup>، وهو ما اشترطته المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري

### ثانيا . شكلية للإثبات :

يشترطها المشرع لإثبات العلاقة القانونية فأحيانا يشترط الكتابة الرسمية وأحيانا يكتفي بالعرفية، و أحيانا يكتفي بشهادة الشهود او يكتفي بكل وسائل الإثبات.

### ثالثا . شكلية للنفاد:

يتشترط هذا النوع من الشكلية لترتيب أثر العقد إما فيما بين المتعاقدين أو الغير: بمعنى أن العقد لايرتب أثره ولا يعتبر نافذا في مواجهة الغير إلا إذا استوفى هذا النوع من الشكلية، فإذا كان العقد عقد بيع في العقار والحقوق العينية العقارية تنتقل الملكية بمجرد الشهر، إذ يشترط القانون إخضاع التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها إلى إجراءات تسمى بنظام الشهر العيني، وهو عبارة عن نظام قانوني يراد به إعلان بيع العقار بطريقة قانونية، وإعلام الغير بمعظم التصرفات الواردة على العقارات، فانتقال الملكية في العقار في هذه الحالة قيده المشرع بإجراء شكلي وهو الشهر، كما قيد بعض التصرفات العقارية لتثبيت حق عيني تبقي بالقيد وهما ما يعتبران شكلية للنفاد.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني . أنواع الشكلية بالنظر إلى طبيعتها:

**أولاً- الشكلية الرسمية:** نصت عليها المواد من 324 إلى 325 مكرر 5 من الق م ج، وهي المحررات الرسمية.

تتمثل في الورقة الرسمية عرفها المشرع الجزائري في المادة 324 أنها " عقد يثبت فيه موظف مؤهل او ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصاته"

وبذلك فإن القانون قد اشترط للشكلية الرسمية المعدة للإثبات مجموعة من الشروط وهي:<sup>3</sup>

-أن تصدر الورقة عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة أو ضابط عمومي، مثل ضابط الحالة المدنية أو أو الموثق.

<sup>1</sup>بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص49.

<sup>2</sup> بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 59، 60.

<sup>3</sup> زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2013، ص33-36.

- أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة أو الضابط العمومي مختصا بتحرير الورقة، بمعنى أن مجال تحرير الورقة يدخل في نطاق اختصاصه النوعي بأن تكون له صلاحية لتحرير هذا العقد.

- أن يراعي الشخص المؤهل لتحرير الورقة الأوضاع التي يقررها القانون في تنظيم هذه الورقة، وذلك بأن يضمنها البيانات التي يشترطها القانون من إسم ولقب الموثق وكذا الأطراف وموطنهم وصفتهم وتوقيعاتهم وختم الشخص المحرر للورقة وغيرها من البيانات التي يوجب القانون تدوينها في المحرر.

و الكتابة الرسمية تختلف عن الكتابة أو المحررات العرفية

هي أوراق تصدر من من الأفراد دون حضور موظف أو شخص مؤهل ولا تخضع لأي شكل من الأشكال التي يخضع لها المحرر الرسمي، أي أنها الأوراق التي تصدر من قبل الأشخاص العاديين فيما بينهم أي من قبل أطراف العقد<sup>1</sup>، وهي نوعان محررات معدة للإثبات وأخرى غير معدة لغرض الإثبات وإنما تستوجب الضرورة اعتمادها كوسيلة للإثبات<sup>2</sup>

والمحررات العرفية كالمحررات الرسمية اشترط القانون لاعتبارها وسيلة للإثبات شرطين تضمنتهما المادة 327 من القانون المدني الجزائري تمثلت فيما يلي:

- أن يكون المحرر العرفي مكتوبا

- أن يكون المحرر موقعا أو مبصوما أو مختوما ممن قام بتحريره وهو شرط مضاف بعد التعديل فقد أصبح المشرع يكفي بأحد الأمور الثلاث إما التوقيع أو البصمة أو الختم بعد أن كان يشترط اجتماعها كلها للاعتداد بالمحرر الرسمي كشكلية أو كوسيلة للإثبات.<sup>3</sup>

- أن يكون للمحرر أو الورقة تاريخ ثابت، وهو شرط مستشف المادة 328 من القانون المدني الجزائري، ويكون للمحرر تاريخ ثابت حسب نص المادة ابتداء:

من يوم تسجيله.

من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد ختم أو إمضاء.

<sup>1</sup> زروق يوسف، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 49.



ثانيا- **الشكلية العينية:** العقود العينية هي التي يشترط فيها القانون لتمام العقد انتقال حيازة الشيء المتعاقد عليه من المتعاقد المالك إلى المتعاقد الآخر، مثل عقد الهبة(المادة 206 قانون أسرة)

### الفصل الثالث: آثار العقد

آثار العقد هي الحقوق و الإلتزامات التي تنشأ عنه، و لكن على اعتبار أننا في إطار النظرية العامة للعقد، فإننا نورد المبادئ التي تحكم آثار العقد.

حيث أن هناك مبادئ تحكم آثار العقد فيما بين المتعاقدين أو من ينوب عنهما أو من يحل محلها، و هناك مبادئ تحكم آثار العقد في مواجهة الغير.

**المبحث الأول- المبادي التي تحكم آثار العقد بين المتعاقدين(مبدأ القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين):**

نصت عليه 106 من القانون المدني، وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة .

#### المطلب الأول- تعريف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

يقصد بالعقد شريعة المتعاقدين كأصل عام أن ما اتفق عليه المتعاقدان بناء على إرادتهما يلزم كل منهما بتنفيذه ولا تملك أي من الإرادتين لوحدها حق تعديل ما ورد فيه، ويكون بذلك للعقد قوته الملزمة يلتزم بموجبها المتعاقدين بما ورد فيه ولا يلتزمان إلا به، فأحكام العقد تجاه كل واحد منهما كأحكام القانون فهي تقوم مقام فيما يخص علاقتهما التعاقدية.<sup>1</sup>

فلا يجوز بناء على ذلك نقض ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ومعنى ذلك أن آثار العقد تنفذ ولا يمكن نقض هذا العقد وبالتالي ضرورة تنفيذ العقد الوارد في المادة 107 من القانونالمدنيالجزائري

**المطلب الثاني مقتضات المبدأ:** و يتعلق الامر بضرورة تنفيذ العقد، غير أن لهذا المقتضى استثناءات.

**الفرع الأول- ضرورة تنفيذ العقد:** وهذا الإلتزام يخضع لما يسمى بمبدأ حسن النية فعلى المتعاقد أن ينفذ التزامه بشكل لا يسيء ولا يضر بالمتعاقد الآخر ويمكن للقاضي إذا اعتبر التنفيذ سيء أن يقيم مسؤولية المتعاقد، ويتم التنفيذ وفقا لما اشتمل عليه العقد ولا يجوز إضافة أو إنقاص شيء، وحتى بالنسبة للقاضي فإنه لا يمكنه أن يتدخل ويعدل إلا استثناء

والتنفيذ يجب ن يشمل كل مستلزمات الشيء( مثلا السيارة بجميع لواحقها) ، فالأصل إذا أن آثار العقد تنفذ ولا يمكن نقض هذا العقد إلا اتفاقا وبالتالي ضرورة تنفيذ العقد الواردة في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، مرجع سابق، ص159.

الفرع الثاني . الإستثناءات الواردة على المبدأ:

القول أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه إلا باتفاق الأطراف هو الأصل والإستثناء قابلية العقد للتعديل والنقض إذا نص القانون على ذلك أي في الحالات التي ينص عليها القانون و هذا التعديل أو النقص يكون من القاضي او من المتعاقدين.

**أولاً- حالات تدخل القاضي:** بالنسبة للقاضي فالقاضي كأصل لا يمكنه التعديل أو الإلغاء إلا استثناء بناء على طلب أحد الأطراف، ويتعلق الأمر بسلطة القاضي في تعديل العقد في حالتين هما حالة الحوادث الإستثنائية (الظروف الطارئة)، وحالة الشروط التعسفية ( عقد الإذعان).

### 1. حالة الظروف الإستثنائية ( نظرية الظروف الطارئة)

أ . شروطها:

ـ أن تحدث ظروف استثنائية ( معناه أن هذه الظروف لا تحدث في العادة أي ليست حالات عادية تحدث يومياً ).

ـ أن يكون حادث استثنائي عام أو يشمل فئة معينة وليس خاصاً بشخص بعينه.

ـ أن يكون هذا الحادث غير متوقع من طرف المتعاقدين.

ـ أن تجعل هذه الظروف الطارئة تنفيذ الإلتزام مرهقاً: بمعنى ان المدين إذا نفذه فسيهدد بخسارة فادحة.

ـ أن لا تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، لأنه في حالة الإستحالة تطبق نظرية أخرى وهي نظرية انفساخ العقد بقوة القانون طبقاً لنص المادة 191 من الق م ج.

ب . آثارها:

ينترتب على نظرية الظروف الطارئة جواز تعديل العقد من طرف القاضي برد الإلتزام إلى الحد المعقول، والأمر جوازي بالنسبة للقاضي وهذا يعني أنه حتى وإن توفرت الظروف الطارئة ووجدت شروطها يمكن للقاضي ألا يعتمد على السلطة هنا تقديرية للقاضي في الأخذ بها من عدمه.

س: كيف يرد القاضي في هذا الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول؟؟

ج: بالإنقاص من هذا الإلتزام، ولا يجوز للأطراف استبعاد تطبيق القاضي لنظرية الظروف الطارئة لأنها من النظام العام، وهذا ما تضمنته المادة 107 من ق م ج.

وبذلك فإن القاضي يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك إما بإنقاصه، والإنقاص هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به.<sup>1</sup>

2. حالة الشروط التعسفية ( عقد الإذعان)

تضمنت المادة 110 من الق م ج تعديل القاضي للعقد في حالة الشروط التعسفية، بمعنى أنه إذا تضمن العقد شرطا تعسفيا جاز للقاضي أن يحكم إما بتعديل شروط الشروط في العقد أو أن يعفي الطرف المذعن منها.

وبالنسبة للشروط الجزائي فيجوز للقاضي أن يتدخل لتعديله متى رأى ذلك واجبا لإعادة التوازن في العقد ( الشرط الجزائي مجاله التعويض الإتفاقي ).

ثانيا. الإستثناءات المتعلقة بالمتعاقدين:

و يستند ذلك إلى منح القانون ذلك الحق للمتعاقدين أو الإستناد في ذلك للبعض القواعد العامة:

**1- حالة نص القانون :** و مثال ذلك حالة قيام العقد على الإعتبار الشخصي ، مثل عقد الوكالة حيث يمكن للموكل أن ينهيه في أي مرحلة ولو لم يكن الوكيل موافقا م 587 ق م ج.

**2- حالة الإستناد لبعض القواعد العامة:** كقاعدة عدم جواز إلزام أو إلتزام الشخص مدى الحياة، أو قيام العقد على الإعتبار الشخصي.

### المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم آثار العقد بالنسبة للغير

و يتعلق الأمر بمبدأ نسبية العقد، حيث أن العقد لا ينصرف بآثاره إلى الغير، و إن كان بالامكان التمسك به منهم أو في مواجهتهم كواقعة مادية.

و على هذا لا بد من تحديد مجال المبدأ، ، أي تحديد من يلحق بالمتعاقدين حكما و من يعتبر من الغير، ثم التعرض للإستثناءات الواردة على المبدأ.

**المطلب الأول: مجال المبدأ:** إذا كان الامر واضحا في انصراف العقد على المتعاقدين ، فإن بعض الأشخاص قد يشكل الأمر بالنسبة لهم إشكالا ، ما يقتضي التعرض لهم تفصيلا لبيان هل يلحقون المتعاقدين أم يلحقون الغير.

**الفرع الأول . إنصراف العقد إلى الخلف العام ( 108 قانون مدني).**

الخلف العام هو كل من يخلف السلف في كل ذمته المالية أو في جزء مشاع منها، الوارث خلف عام في كل الحالات والأحوال، الموصى له بجزء مشاع خلف عام، الموهوب له بجزء مشاع خلف عام، من قيل له أهبك إحدى سياراتي خلف عام، المحال له إذا لم يكن ما أحيل له محدد فهو خلف عام.

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 403.

أولا : الأصل : الأصل أن العقد الذي أبرمه السلف ينصرف إلى خلفه العام.

ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشؤها السلف تنتقل إلى خلفه العام، ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه.<sup>1</sup>

ثانيا - الإستثناء: في حالات معينة لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام وهي استثناءات منها ما يستمد من طبيعة العقد كال عقود القائمة على الإعتبار الشخصي أو التعامل في العقد وأيضا إذا نص القانون على عدم انصرافها إلى الخلف العام واحترام قواعد الميراث.<sup>2</sup>

1\_ إذا كانت طبيعة التعامل في العقد تقتضي عدم ترتيب أثر العقد على الخلف العام: كالوكالة وعقد الشركة ( شركة التضامن) فهذه العقود قائمة على الاعتبار الشخصي إذا توفي السلف لا تنتقل للخلف.

2\_ إذا نص القانون على عدم انتقال آثار العقد كلها أو بعضها: كشركة التضامن.

3\_ احترام قواعد الميراث: فديون التركة لا تنتقل إلى الخلف العام وإنما تنتقل إلى التركة ولا تركة إلا بعد سداد الديون، فلو كان شخصا دائن دائن للسلف ثم توفي السلف فلا يطالب الدائن الخلف العام من أموالهم بل يطالبهم بالدين من تركة موروثة، فالورثة لا يسألون عن دين مورثهم ولكن تنتقل لهم حقوقه.

### الفرع الثاني . انصراف العقد إلى الخلف الخاص

الخلف الخاص هو كل من يخلف السلف في جزء معين من ذمته المالية، فالموصى له بجزء معين هو خلف خاص، والمشتري خلف خاص، والموهوب له بجزء معين خلف خاص.

في الخلف الخاص يجب التمييز بين الحقوق العينية المتصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص والحقوق والإلتزامات الشخصية.

### أولا . الحقوق العينية ( حق الرهن والتخصيص..الخ)

تنتقل هذه الحقوق إلى الخلف الخاص سواء كان عالما بها أو لم يكن عالما وتنتقل متقلة ( أي أن الشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص ينتقل متقلا بهذا الحق كحق الرهن) ، ويجوز لمن له الحق تتبعه والتقدم فيه، وذلك إذا كان مقيدا قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

### ثانيا . الحقوق والإلتزامات الشخصية:

مثلا كحق الإيجار وهو حق شخصي واقع على عقار وليس حقا عينيا ثم يباع العقار محل الإيجار هنا يسري في مواجهة الخلف الخاص بشروط وردت في المادة 109 من الق م ج وهي:

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص440.

<sup>2</sup> راجع المادة 108 من القانون المدني الجزائري.

1- أن يكون الحق الشخصي أو الإلتزام سابقا على حق الخلف الخاص فمثلا إذا كان إجبار يجب أن يكون السلف قد أجره للمستاجر قبل بيعه: بمعنى أنه يجب لعقد السلف أن يكون ثابت التاريخ وسابقا في النشأة عن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، فإن أبرم العقد بعد انتقال الشيء إلى الخلف الخاص اعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة للعقد ولا ينصرف أثره إليه.<sup>1</sup>

2- أن يكون هذا الحق أو الإلتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص: ومعنى ذلك أنه يشترط أن يكون مرتبط به لا يمكن فصله عنه ويكون كذلك إذا كان مكملا له أو كان محددًا لأجل هذا الشيء، ويكون مكملا للشيء كحق الإرتفاق الذي يكون لفائدة العقار.<sup>2</sup>

3- أن يكون الخلف الخاص عالما به وقت انتقال الشيء إليه: مثلا إذا كان لا يعلم أن الإيجار

**الفرع الثالث - الدائنين: الحقوق التي يكتسبها السلف تسري على الدائنين ولكن القانون أعطاهم الحق في حماية هذه الحقوق التي ينشؤها السلف، كدعوى عدم نفاذ التصرف والدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية<sup>3</sup>، كلها يستطيع الدائن بواسطتها ان يستعملها لمواجهة التصرفات التي قام بها المدين.**

### الفرع الرابع . الغير :

الغير ليسو لا خلف عام ولا خاص ولا دائنين، (لكن القانون يعتبر الدائنين والخلف الخاص من الغير أحيانا وأحيانا لا يعتبرهم كذلك وفي هذه الحالة أخرج القانون كل من الخلف الخاص والدائنين من الغير )، فاعتبر من الغير كل شخص ليس طرفا في العقد وليس خلفا عاما وليس خلفا خاصا وليس دائنا، و هؤلاء هم الذين يسري عليهم مبدأ نسبية العقد أي أن العقد لا يسري على غير أطرافه ويعتبر بالنسبة لهم واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا.

### المطلب الثاني . استثناءات مبدأ نسبية العقد :

يورد الفقه مجموعة من الاستثناءات على عدم انصراف آثار العقد إلى الغير وتتعلق بالتعهد عن الغير والإشترط لمصلحة الغير، غير أنه يبدو لي أنه لا تعتبر استثناءات ل أن آثار هذه التصرفات لا تسري في حق الغير إلا بإرادته قبولا أو إجازة ، و بالتالي فهي لا تعد استثناءا لمبدأ نسبية العقد في نظري.

### الفصل الرابع . زوال العقد(انحلاله)

يزول العقد إما بسبب بطلانه و إما بسبب فسخه.

<sup>1</sup> جيلالي بن عيسى، مرجع سابق، ص45.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص254.

<sup>3</sup> راجع المواد 189، 191، 198 من القانون المدني الجزائري.

### المبحث الأول . نظرية البطلان

يعتبر البطلان جزاء يقرره القانون على تخلف أركان أو شروط العقد يؤدي إلى زوال العقد و إنهائه.

#### المطلب الأول: أنواع البطلان

ظهرت في تحديد أنواع البطلان ثلاث آراء وهي كما يلي:<sup>1</sup>

#### الفرع الأول . الرأي الأول:

قسم هذا الرأي العقد إلى ثلاثة أنواع بالنظر إلى توفر شروطه وأركانه:

#### أولا . العقد المنعدم:

وهو العقد الذي تخلف فيه ركن من أركانه كالتراضي أو المحل أو السبب أو الشكلية في العقود الشكلية والعقد المنعدم حسب هذه النظرية هو العقد الذي لا يجمع العناصر الواقعية التي تستلزمها طبيعته أو موضوعه وبدونها لا يمكن تصور وجوده.

#### ثانيا . العقد الباطل بطلانا مطلقا:

هو العقد الذي لم تتوفر بعض شروط أركانه ما عدا شروط صحة التراضي أي شروط المحل والسبب.

#### ثالثا . العقد القابل للإبطال:

وهو العقد الذي تخلف شرط من شروط صحة الرضا فيه، كالعقد الذي يبرمه ناقص الأهلية.

#### الفرع الثاني . الرأي الثاني: يقسم هذا الرأي العقد إلى نوعين

أولا. العقد الباطل بطلانا مطلقا: وهو العقد الذي تخلف أحد أركانه أو شروط انعقاده.

ثانيا. العقد الباطل بطلانا نسبيا: وهو العقد الذي لم تتوفر فيه أحد شروط الصحة.

الفرع الثالث الرأي الثالث : العقد عند أصحاب هذا الرأي إما صحيح أو باطل والبطلان نوع واحد<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع . موقف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري أخذ الرأي الثاني الذي يقسم البطلان إلى نوعين مطلق ونسبي ويظهر ذلك في المواد من 99 إلى 105 من الق م ج.

المطلب الثاني: أحكام البطلان: البطلان إما مطلق وإما نسبي (قابلية العقد للإبطال)

<sup>1</sup> رياحي أحمد، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي، مجلة الحقيقة، العدد 37، 2016، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، ص 203\_214.

<sup>2</sup> رياحي أحمد، مرجع سابق، 215.

الفرع الأول . الأحكام الخاصة بالبطلان المطلق م 102 ق م ج

**أولا . تعريف البطلان المطلق:**

هو الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو شروط إنعقاده أي الشروط الواجب توافرها في الركن باستثناء الشروط المتعلقة بصحة التراضي فهي تخضع للبطلان النسبي.<sup>1</sup>

فالشروط المتعلقة بصحة الرضا يترتب على تخلفها البطلان النسبي، وكذلك يترتب البطلان المطلق في غير الحالات المذكورة سابقا إذا نص القانون عليه صراحة.

**ثانيا . التمسك بالبطلان المطلق:**

البطلان المطلق من النظام العام يجوز لكل ذي مصلحة أن يثيره ويتمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا والحكم فيه يكون كاشفا.

يعتبر ذو مصلحة كل من المتعاقدين أو كل شخص لم يكن طرفا في العقد و كانت له مصلحة في الحكم بالبطلان.

**ثالثا . تقادم البطلان المطلق:**

تسقط دعوى البطلان المطلق بمرور 15 سنة من وقت إبرام العقد، أما الدفع بالبطلان فلا يسقط الحق فيه، وهذا طبقا لنص المادة 102 في فقرتها الأخيرة " وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد."

فالدفع بالبطلان المطلق يبقى قائما ، و المقصود بالدفع هو صد طلب مقابل، كأن يرفع شخص دعوى يطلب فيها تنفيذ عقد ، فيدفع الشخص الآخر ببطلان العقد، فهذا الدفع لا يسقط بالتقادم.

أما رفع دعوى البطلان فتسقط بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد.

لا يسقط البطلان المطلق بالإجازة.<sup>2</sup>

الفرع الثاني . الأحكام الخاصة بالبطلان النسبي م 99 ، 100 ، 101 ق م ج.

**أولا . تعريف البطلان النسبي**

هو الجزاء المترتب عن عدم توفر شرط من شروط صحة التراضي، ويتعلق الأمر بتخلف الأهلية اللازمة للصحة أو أن تكون الإرادة مشوية بعيب من عيوب الإرادة.

<sup>1</sup>سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، العدد العشر، 31 جوان 2018، جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس- الجزائر، ص288.

<sup>2</sup>راجع المادة 102 من القانون المدني الجزائري.

و يرى البعض أن العقد القابل للإبطال منتجا لآثاره كالعقد الصحيح تماما إلى أن يطلب من تقرر الإبطال لمصلحته فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي ويصبح كالبطلان المطلق تماما.<sup>1</sup>

وكذلك يتقرر البطلان في الحالات التي نص عليها القانون مثل بيع ملك الغير الذي يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري.<sup>2</sup>

و أعتقد على خلاف ما يراه البعض أن العقد القابل للإبطال عقد غير صحيح، ولي في ذلك حجج عديدة لا يتسع المقام لذكرها، منها ما هو قانوني و من بينها حجة منطقية ، إذ هل يعقل أن يكون العقد صحيح و قد تخلفت شروط صحته، ذلك أن الإبطال هو جزاء تخلف شرط من شروط صحة التراضي فكيف يكون العقد صحيحا مع تخلف تلك الشروط؟.

### ثانيا . التمسك بالبطلان النسبي

البطلان النسبي ليس من النظام العام ويتمسك به من قرر البطلان لمصلحته (أو من ينوب عنه) وهو المشتري في بيع ملك الغير و ناقص الأهلية في نقصان الأهلية ومن شئبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة في عيوب الإرادة .

ويجب إثارته أمام المحكمة الابتدائية فقط.

ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه إلا إذا طلبه الخصوم، ويكون الحكم القضائي منشئا له.

### ثالثا . تقادم حق البطلان النسبي

يتقادم الحق في ابطال العقد الباطل بطلانا نسبيا سواء كان الحق في شكل دعوى أو دفع طبقا للمادة 101 من الق م ج بمرور 5 سنوات مع التمييز في الحالات الآتية:

1. في حالة نقص الأهلية ب 5 سنوات من يوم زوال سبب نقص الأهلية.

2. في حالة الغلط والتدليس ب

أ . 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس.

ب . 10 سنوات من يوم إبرام العقد.

و أي مدة من المدتين انقضت أولا تنتقادم بها الدعوى.

3. في حالة الإكراه ب

أ . 5 سنوات من يوم زوال الإكراه.

<sup>1</sup>سوالم سفيان، مرجع سابق، ص289.

<sup>2</sup>راجع المادة 397 من القانون المدني الجزائري



ب . 10 سنوات من يوم إبرام العقد.

و أي مدة من المدتين انقضت أولاً تتقدم بها الدعوى.

رابعا . إجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا:

نصت المادة 101 من القانون المدني الجزائري على تصحيح العقد القابل للإبطال بالإجازة وفيما يلي تعريف للإجازة وذكر لأنواعها وتحديد لشروطها.

### 1. تعريف الإجازة:

هي تصحيح العقد من يوم إبرامه بمعنى أن الخلل الموجود في العقد محل الإجازة يصبح وكأنه لم يكن موجودا أصلا بأثر رجعي، (الخلل هو الذي يعتبر وكأنه لم يكن أصلا بأثر رجعي وليس العقد).

### 2. أنواع الإجازة: الإجازة نوعان:

أ. إجازة صريحة: وتكون باتفاق مكتوب على أن من قرر الإبطال لمصلحته أو وليه يصح ويجوز العقد.

ب . إجازة ضمنية: تكون باتخاذ موقف كالبدء في تنفيذ العقد.

### 3. شروط الإجازة

أ . أن يكون العقد قابلا للإبطال

ب- أن يكون المجيز عالما بأن العقد قابل للإبطال في الإجازة الضمنية: فيجب أن يكون المتعاقد المجيز للعقد عالما بقابلية العقد للإبطال، فإذا قام المتعاقد بتنفيذ العقد دون أن يكون عالما بأنه قابل للإبطال فلا يمكن اعتبار فعل التنفيذ إجازة ضمنية.<sup>1</sup>

و الإجازة تصرف قانوني بالإرادة المنفردة تقتضي توفر الشروط العامة للتعبير عن الإرادة و لإنتاجها آثارها خصوصا الأهلية و غير ذلك من الأحكام.

### المطلب الثالث : آثار البطلان (المطلق و النسبي)

هناك آثار للبطلان فيما بين المتعاقدين، و هناك آثار في مواجهة الغير.

### الفرع الأول . آثار البطلان فيما بين المتعاقدين

تترتب على البطلان 3 آثار فيما بين المتعاقدين

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 347.

أولا . الآثار الأصلية للبطلان: (إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد)

**1- الأصل:** هو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا تقرر بطلان العقد زالت آثاره من يوم نشأته، فإذا كان العقد يبيعا وتقرر بطلانه رد المشتري المبيع إلى البائع وورد البائع الثمن إلى المشتري ويرد المشتري المبيع بكل ثماره من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية وهكذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.<sup>1</sup>

وهذا الحكم قد نصت عليه 103 من القانون المدني الجزائري في شقها الأول وهو ما يمثل القاعدة العامة في أثر البطلان على المتعاقدين.

**2- الإستثناءات:** قد يتعذر إرجاع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ويتحقق ذلك إذا وجد سبب طارئ حال دون ذلك أو منعت طبيعة العقد إرجاع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد ويكون السبب الطارئ أو كلبعة العقد مانعا لترتيب الأثر الرجعي وفقا لما يلي:

\***السبب الطارئ:** كأن يهلك الشيء المبيع في يد المشتري بسبب منه ويتحمل المشتري تبعه الهلاك فلا يمكن إرجاع المبيع لتعذر ذلك بسبب الهلاك ويعوض المشتري للبائع (التنفيذ بمقابل).

\***طبيعة العقد:** كأن يكون العقد من العقود المستمرة كعقد الإيجار أو عقد العمل فهنا المنفعة لا يمكن استردادها ويكون الاسترداد بمقابل.

وتضاف حالتين إلى هاذين الإستثناءين بقوة القانون وهما :

\***حالة ناقص الأهلية:** ويعمم الحكم على عديم الأهلية فلا يرد إلا ما عاد عليه بالنعف، و رغم أن المادة 103 نصت على ناقص الأهلية فإن حكم المادة ينسحب بالضرورة إلى عديم الأهلية من باب قياس الاولى، فعديم الأهلية أولى في الحماية من ناقص الأهلية.

\***حالة المتعاقد الذي تسبب في عدم مشروعية العقد أو كان عالما به:** ( حرمانه من الاسترداد بقوة القانون )

ثانيا . الآثار العرضية للبطلان:

### 1. إنقاص العقد

أ. تعريف إنقاص العقد:

ويقصد بإنقاص العقد الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد و إستبعاد الجزء غير الصحيح.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص433.

### ب - شروط انقاص العقد:

نصت المادة 104 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

وبذلك فإن الشروط القانونية التي ينبغي توافرها للإبقاء على الشق الصحيح من العقد وإتمام العقد فيه هي الشروط التي نستشفها من نص المادة 104 من القانون المدني وهي كما يلي:

ـ أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

ـ أن يكون البطلان أو القابلية للإبطال في شق من العقد، وهذا معناه أن لا يمس البطلان كل العقد وإنما جزء منه فقط.

ـ أن يكون محل العقد قابلا للإنقسام: بمعنى أن الشرط الجوهري لإنقاص العقد هو قابلية العقد للجزئية<sup>1</sup>، ويكون العقد غير قابل للإنقسام وفقا لما ورد في المادة 236 من القانون المدني الجزائري متى ورد على محل لا يقبل الإنقسام، أو تبين من غرض الطرفين أن الإلتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك

ـ ألا يكون الجزء الباطل أو القابل للإبطال هو الدافع إلى التعاقد، فإن كان الجزء الباطل جزءا جوهريا.

إذا توفرت هذه الشروط جاز إبطال العقد في الجزء الباطل وإتمامه في الجزء الصحيح.

### 2 . تحويل العقد

#### أ . تعريف التحويل العقد:

المقصود بتحويل العقد استبدال أو تغيير العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر من نوع آخر إذا توفرت شروط ذلك العقد الصحيح، أو " عملية قانونية يستوفي بموجبها العقد الباطل العناصر والشروط القانونية لعقد آخر يكون له نتيجة مشابهة ويطابق الهدف المرجو من قبل أطراف العلاقة العقدية فيصبح صحيحا".<sup>2</sup>

#### ب . شروط تطبيق نظرية تحول العقد:

نصت المادة 105 من القانون المدني الجزائري على شروط تطبيق نظرية تحويل العقد إذ يقتضي تطبيق قاعدة تحويل العقد توافر مجموعة من الشروط الآتي بيانها:

ـ أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

<sup>1</sup> بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماديسستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013 / 2014، ص55.

<sup>2</sup> برمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016 / 2017، ص10.

أن تكون أركان العقد الصحيح متوفرة في العقد الباطل: وهذا معناه أنه يجب أن يتضمن التصرف الأصلي الباطل جميع العناصر والأركان المطلوبة لقيام التصرف الآخر دون إضافة أي عنصر جديد إليه، أما إذا كان العقد الجديد المراد التحول إليه لا يقوم إلا بإضافة عنصر جديد على التصرف الباطل فإن التحول يصبح غير جائز ولا يصح اعتماد نظرية تحول العقد.<sup>1</sup>

يجب أن تكون إرادة المتعاقدين متجهة إلى التصرف الآخر الصحيح وهذا ما نصت عليه المادة 105 من القانون المدني الجزائري في شقها الأخير بقولها ".... إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

و هذا شرط غير منطقي فمن غير المنطقي أن تتجه إرادة المتعاقدين حين إبرام عقد إلى إبرام عقد آخر.

فلعل المقصود أن العقد الباطل يتضمن شروط عقد آخر صحيح كاف في هذا الشأن.

### الفرع الثاني . آثار البطلان في مواجهة الغير

أولاً- المقصود بالغير: الغير هم من لم يكن طرفاً في العقد الباطل لكنه تلقى من أحد المتعاقدين وبالتحديد المتصرف إليه في العقد الباطل حقا على الشيء محل العقد الذي تقرر بطلانه وبذلك فإن الغير هو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين.<sup>2</sup>

### ثانياً . مصير حقوق الغير في العقد الذي تقرر بطلانه

الأصل أن العقد إذا زال بأثر رجعي زال في مواجهة الجميع بما فيهم المتعاقدين والغير الذي اكتسب حقا على محل العقد، وعلى هذا يمكن لمن تمسك بالبطلان أن يتمسك باسترداد ما أخذه الغير.

فمثلاً إذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقا عينياً رهناً أو ارتفاق ثم تقرر بطلان البيع فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي لرتبها المشتري دون أن يكون للغير الذي اكتسب حقا عينياً على هذه العين أي اعتراض.<sup>3</sup>

ولكن هذا الأصل يورد عليه بعض الفقه مجموعة من الإستثناءات مثلاً في حالة شهر الغير للحقوق التي اكتسبها على العقار.

لكن أعتقد أن هذا الإستثناء غير صحيح، و هو خاطئ في وجهة نظري تبعا لخطأ الرأي القائل بأن الشهر يصصح العقد ، أي أن للشهر أثر مطلق.

<sup>1</sup>سوالم سفيان، مرجع سابق، ص288، 289.

<sup>2</sup>سعد حسين عبد ملحم، أثر العقد الباطل بالنسبة للغير، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد الثاني، 2015، كلية القانون، جامعة الفلوجة، العراق، ص69.

<sup>3</sup>عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص437.

فالإستثناء هنا متعلق بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية م 895 من الق م ج ( الحائز بحسن نية لم يكن يعلم أن العقد باطل او قابل للإبطال).

تقتضي العدالة حماية الغير حسن النية من نتائج بطلان عقود سلفهم الذين تعاقدوا معهم، وتستند حماية الغير إلى أن بطلان العقد لا يمنع من وجوده وجودا ظاهرا ماديا فيوهم هذا الوجود الواقعي بوجود هذا العقد قانونا، إذ ينشئ هذا العقد رغم بطلانه وضعا ظاهرا فيتعامل الناس على أساس هذا الوضع الظاهر متوهمين بحسن نية أن هذا العقد صحيح ما يقتضي تحقيق الحماية للغير عملا بالمبدأ القائل أن "المظهر الخادع يحمي المخدوع"، ومن بين أهم المظاهر التي تحقق حماية هذا الغير تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية.<sup>1</sup>

في حالة إذا تصرف شخص لشخص آخر في منقول تصرفا ناقلا للملكية ثم أبطل هذا التصرف فإن البطلان يقتضي أن تنهار جميع التصرفات التي أبرمها المتصرف إليه بدوره لأن ما بني على باطل فهو باطل، لكن القانون حماية للغير حسن النية قرر حكما لصالح هذا الغير الذي كان حسن النية إذا كان قد حاز المنقول الذي تم التصرف له فيه بحسن نية، ومؤداه ثبوت الحق الذي كان من شأن سنده أن يربته له، وبذلك فإنه بإمكان الغير الذي اشترى المنقول أن يحتفظ بملكية هذا المنقول متى كان حسن النية ويشترط لصحة قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند للملكية توفر مجموعة من الشروط هي:

- أن يكون الغير حائزا لمنقول.

- أن يكون الحائز للمنقول حسن النية ويكون كذلك متى لم يكن عالما بأن عقد سلفه باطل أو قابل للإبطال.

- أن يكون سبب الحيازة صحيحا ويتحقق ذلك متى تحصل هذا الغير على المنقول بطريقة مشروعة كالبيع أو الهبة أو غيرهما.<sup>2</sup>

### المطلب الرابع . تمييز البطلان عما يشابهه

#### الفرع الأول . البطلان والفسخ:

ينفكان في الأثر فكل منهما يرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

يختلفان في السبب فسبب البطلان تخلف ركن إذا كان بطلانا مطلقا وشرط من شروط صحة التراضي إذا كان نسبيا انا سبب الفسخ فهو إخلال أحد طرفي العقد بالإلتزام.

#### الفرع الثاني . البطلان وعدم النفاذ:

عدم النفاذ يكون التصرف موجودا وغير نافذ غاية ما في الأمر أن الآثار تتوقف ولا يكون نافذا في مواجهة الشخص الذي قرر عدم النفاذ لمصلحته.

<sup>1</sup> سعد حسين عبد ملحم، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> سعد حسين عبد ملحم، مرجع سابق، ص 86، 87.

### المبحث الثاني: فسخ العقد

إذا استوفى العقد كافة شروطه وأركانه نشأ صحيحاً ترتبت آثاره من يوم النشأة ويترتب على ذلك مجموعة من الإلتزامات على عاتق كلا المتعاقدين تقابلها مجموعة من الحقوق لكليهما وعليه يجب تنفيذ العقد من كليهما وإن تخلف طرف عن تنفيذ إلتزامه جاز للطرف الأخر أن يطلب حل الرابطة العقدية وهذا ما يسمى بفسخ العقد وفيما يلي تفصيل لانحلال العقد بالفسخ من خلال التطرق الى تعريف الفسخ ثم شروطه ثم الآثار المترتبة على فسخ العقد

#### المطلب الأول: تعريف الفسخ

الفسخ هو الجزاء المترتب المترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه وهو ايضاً حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية اذا لم يوفي المتعاقد الاخر بالتزامه<sup>1</sup>، وقد أجازت المادة 119 للمتعاقد اذا لم يوفي المتعاقد الاخر بالتزامه بعد اعذاره ان يطالب بتنفيذ الالتزام او فسخ العقد.

#### المطلب الثاني . أنواع الفسخ:

والفسخ ثلاثة أنواع منها ما يقع بقوة القانون ومنها ما ينتظر حكماً قضائياً ومنها ما يخضع لاتفاق المتعاقدين وهي كما يلي:

#### الفرع الأول . الفسخ القانوني:

وهو الفسخ الذي يقع بقوة القانون ويسمى الفسخ لاستحالة التنفيذ أو الانفساخ تضمنته المادة 121 من القانون المدني الجزائري التي نصت على انه في حالة انقضى الالتزام بسبب استحالة التنفيذ انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون، والسبب في هذا النوع من الفسخ إما استحالة التنفيذ لسبب أجنبي أو استحالة التنفيذ لسبب يرجع إلى أحد المتعاقدين. هذا النوع من الفسخ لا يتوقف على حكم القاضي لأن الحكم القضائي فيه كاشف وليس منشئ له كون العقد انفسخ بقوة القانون منذ وجود السبب الذي أدى إلى استحالة التنفيذ.

#### الفرع الثاني . الفسخ الإتفاقي:

وهو الفسخ الذي يتفق عليه المتعاقدين ومضمون هذا الاتفاق أن يكون العقد مفسوخاً في حال عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه وهو ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني الجزائري اذ أجازت هذه المادة ان يتفق المتعاقدين على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون وبدون حاجة الى حكم قضائي مع إعذار الطرف الطالب للفسخ الطرف الاخر.

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 457.

### الفرع الثالث . الفسخ القضائي:

وهو الأصل في الفسخ فالقاعدة العامة في الفسخ أن يقوم الدائن بإعذار المدين وتنبهه الى ضرورة تنفيذ الإلتزام قبل رفعه للدعوى، وهذا ما أقرته المادة 119 من القانون المدني الجزائري فاذا إرتأى القاضي أن مصلحة الدائن لا تتأثر كثيرا يجوز له أن يرفض طلب الفسخ.

الحكم القضائي في هذا النوع من الفسخ منسئ له.

### المطلب الثالث:شروط الفسخ

نص القانون المدني الجزائري ابتداء من المادة 119 الى المادة 120 على الشروط الواجب توفرها في الفسخ وهي كما يلي:<sup>1</sup>

**الفرع الأول** - أن يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين: أشارت الى هذا الشرط المادة 119 السالفة الذكر لأن القصد من الفسخ هو أن يتحلل المتعاقد من إلتزامه بسبب عدم قيام الطرف الاخر بوفاء ما التزم إما العقود الملزمة لجانب كالوديعة بغير أجر والهبة فلا يمكن تصور الفسخ فيها.

**الفرع الثاني** - أن يكون أحد المتعاقدين قد أحل بإلتزامه: إذ يشترط للمطالبة بالفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد أحل بإلتزامه.

**الفرع الثالث** - أن يكون طالب الفسخ مستعدا للقيام بإلتزامه: ذاك أنه إذا كان طالب الفسخ مثلا قد تسلم شيئا بمقتضى العقد وأصبح عاجزا عن رده فلا يحق له طلب الفسخ.

**الفرع الرابع** - أن يقوم الطرف طالب الفسخ بإعذار المدين: إذ لا يجوز له المطالبة بفسخ العقد قبل أن يعذر الطرف الأخر وهو الشرط المطلوب في كل أنواع الفسخ.

### المطلب الرابع . أثار الفسخ:

يترتب على الفسخ زوال الرابطة العقدية أي رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد مع الحكم بالتعويض في بعض الحالات ونميز في هذه الأثار بين الأثر المترتب على المتعاقدين والاثار المترتبة على الغير

### الفرع الأول . أثار الفسخ فيما بين المتعاقدين

يصبح العقد بعد تقرير الفسخ منعدم الوجود وتزول معه كل الأثار التي رتبها من يوم إنعقاده فيعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد مما يقتضي رد كل متعاقد لما تلقاه من الأخر ويتم استرداد الأداءات التي أداها كل متعاقد عينا كأن يرد البائع الثمن الذي قبضه من المشتري ويرجع له المشتري المبيع وإذا

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص572-575.

استحال الإسترداد العيني كأن يهلك المبيع في يد المشتري فيعاد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد عن طريق التعويض الذي يتولى القاضي تحديده<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 122 من القانون المدني الجزائري.

### الفرع الثاني . اثار الفسخ بالنسبة للغير

يتحمل الغير الأثر الرجعي للفسخ بحيث تتأثر حقوقه التي تلقاها من أحد الطرفين على الشيء موضوع العقد المفسوخ ، فإذا كان العقق بيعا وباع المشتري العين إلى آخر أو رهنها فإن هذه العين تعود للبائع بعد الفسخ خالية من هذه الحقوق ويراعى في ذلك أنه لا يؤثر الفسخ في الحقوق التي تلقاها الغير بحسن نية<sup>2</sup>.

و الأثر الرجعي للفسخ ينتشابه مع الأثر الرجعي للبطلان فكل منهما يترتب أثره على الغير وتتأثر حقوقه بعد الفسخ أو البطلان، وكذلك بالنسبة للغير الحسن النية في كل من الفسخ والبطلان يستفيد الغير الذي كان حسن النية من قاعدة الحيابة في المنقول سند للملكية.

<sup>1</sup> علي فيلالي، مرجع سابق، ص463.

<sup>2</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص300.