



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف - المسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية LMD

في مقياس:

مصادر الالتزام

إعداد الدكتورة: بوقرة العمرية (أستاذ محاضر أ)

السنة الجامعية: 2020/2019

## المحور الثاني: العقد

إن دراسة العقد باعتباره المصدر الأول للالتزام يقتضي منا تناوله في نقاط أساسية تتمثل في:

أولاً: التعريف بالعقد ومجاله

ثانياً- أساس قدرة العقد في إنشاء الالتزام (مبدأ سلطان الإرادة)

ثالثاً- أقسام العقود

رابعاً- تكوين العقد

خامساً- تحديد مضمون العقد

### أولاً: التعريف بالعقد ومجاله

سنتطرق في البداية إلى تعريف العقد ومجاله ومبدأ سلطان الإرادة ثم يأتي بعد ذلك تحديد أنواعه وذلك تبعا بالبداية ب.

#### 1- تعريف العقد:

إن العقد لفظ لغوي ومصطلح قانوني، فالعقد لغة كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء ويراد به أيضا العهد.

أما العقد كمصطلح قانوني فقد عرفه القانون الفرنسي في المادة 1101 "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل" وكذلك نص المادة 122 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها" غير أن هذا النص قد حذف من المشروع النهائي انسجاماً مع السياسة العامة التشريعية وذلك بتجنب الإكثار من التعريفات<sup>1</sup>.

أما القانون المدني الجزائري فقد عرفته المادة 54 على النحو التالي "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

من خلال ذكر التعاريف الثلاثة نرى أن التعريف الفرنسي يتضمن العقد والالتزام معا ويبين أن العقد هو مصدر الالتزام وأنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء التزام فموضوع الالتزام

1 هدى عبد الله، دروس في القانون المدني العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2008، ص14.

هو عمل إيجابي أو سلبي<sup>1</sup>، أما موضوع العقد فهو إنشاء الالتزام فقط، هذا الأخير هو عمل إيجابي (بمنح - فعل) أو عمل سلبي (الامتناع عن العمل).

حيث جمع بين تعريف العقد والالتزام وفي الواقع لا يمكن التماشي مع هذا الطرح لأن تعريف العقد شيء وتعريف الالتزام شيء آخر، لأن الالتزام رابطة أو علاقة تنشأ عن العقد الذي يعتبر بالنسبة إليه بمثابة المصدر الذي ينشأ عنه وبعبارة أخرى فالالتزام ليس إلا أثرا يترتب على العقد.

فالعقد مصدر للالتزام والالتزام مجرد أثر يترتب عن العقد وأن الهدف الذي يسعى إليه العقد هو إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها وليس الإنشاء فقط.<sup>2</sup>

## 2- التمييز بين العقد والاتفاق:

بسبب الطرح السابق تم التفرقة بين العقد والاتفاق والذي سنشرحه كالتالي:  
فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه<sup>3</sup> أي المقصود بالاتفاق هو اتحاد وجهة نظر أشخاص اتجاه أمر معين<sup>4</sup>.

ومثل الاتفاق على إنشاء التزام كعقد البيع فهو ينشئ التزامات في جانب البائع وأخرى في جانب المشتري، وقد يكون الاتفاق موضوعه نقل التزام كما في الحوالة (حوالة حق أو حوالة دين)، وكذلك قد يكون موضوع الاتفاق تعديل التزام كالاتفاق على مد أجل للالتزام أو على إضافة شرط له.

وقد يكون موضوع الاتفاق إنهاء الالتزام كالوفاء والإبراء، من هنا إذا كان التطابق يرمي إلى إنشاء علاقات قانونية سمي عقدا وإذا كان التطابق يرمى إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء التزام كنا بصدد اتفاق.

أما العقد أخص من الاتفاق ويعد من الاتفاق بمثابة النوع من الجنس أو الجزء من الكل، ومن ذلك كل عقد يكون اتفاق أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا للالتزام أما إذا كان يعدله أو ينهيه فهو ليس بعقد.

وإذا كانت هذه التفرقة لا تزال قائمة في ظل بعض التشريعات ويريدها جانب من الفقه، إلا أن هذا الاتجاه قد وجه إليه النقد، إذ ليست له أية قيمة علمية، وأصبح العقد والاتفاق

1 عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، المرجع السابق، ص 26.

2 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 17.

3 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 79.

4 علي فيلال، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 34.

يستعملان كلفظين مترادفين، فالعقد كذلك هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر سواء تم ذلك بقصد إنشاء رابطة قانونية أم بقصد تعديلها أو إنهائها<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 54 من القانون المدني نجد أن المشرع سار مسار القانون المدني الفرنسي فهذه المادة هي:

-ترجمة حرفية للنص الفرنسي وهي تميز بين العقد والاتفاق وكان الأفضل في الصياغة أن تكون "العقد توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>2</sup>.

-القوانين الحديثة تتجنب التعريفات ومن الأفضل على المشرع تفادي التعريفات والتماشي مع هذه القوانين.

-تعريف العقد في المادة 54 يصلح كتعريف للالتزام بأنه أثر للعقد والذي يعد هذا الأخير مصدرا له.

### 3-عناصر العقد:

من خلال تعريف العقد تبين أنه يقوم على عنصرين رئيسين هما:

أ- **توافق إرادتين:** لا بد من وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض لأن الاتفاق لا يحصل إلا بين شخصين فأكثر سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين<sup>3</sup>، أي أنه لا بد لكي ينعقد العقد أن يتم التوافق بين إرادتين أو أكثر، ذلك أن الإرادة الواحدة تعجز عن إنشاء العقد، وإن كان من الممكن أن تكون مصدرا للالتزام فالتصرفات القانونية إما أن تتم بإرادة واحدة حيث يلتزم الشخص بإرادته المنفردة، وإما أن تتم بإرادتين أو أكثر وهذا هو العقد<sup>4</sup> الذي يؤدي إلى التلاقي الذي ينشأ التراضي والذي يمثل جوهر كل اتفاق<sup>5</sup>.

ب- **إحداث آثار قانونية:** إن الاتفاق المكون للعقد يهدف إلى إحداث آثار قانونية، أي أنه لا بد أن يتوافر قصد الإلزام بحيث يمكن مساءلة أحد الطرفين من قبل الآخر، أي أن الغاية من اتحاد وجهة النظر والاتفاق يكون بإيجاد وضع جديد يرتب حقوقا وواجبات لم يكتسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل أو أن ينهيا حقوقا أو واجبات سابقة، فإذا لم تتجه الإرادتان إلى ذلك فلا تكون بصدد عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني فقد يدعو شخص آخر لوليمة، فيقبل المدعو ولا يريد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاما قانونيا فيما بينهما، فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لا يترتب على ذلك مسؤولية في جانب كل من لم يقم بما وعد، وكما إذا وعد

1 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 38.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 42.

3 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 34.

4 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 38.

5 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 14.

الأب ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان، إلا أنه قد يكون التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك ويتبين قصدهما من خلال الظروف، فإذا اتفقت شركة مع مستخدم على أن يذهب إلى جهة نائية في مهمة تعهد بها إليه وتعهدت الشركة أن تقدم للمستخدم الغداء أثناء الرحلة فهذا التعهد ذا أثر قانوني وهو ملزم للشركة وبالتالي العلاقة الملزمة هي التي تميز قانونية العقد عن المجاملات التي لا تترتب آثار، حيث أن الاتفاق المحدث للعقد يغير في الوضعية القانونية للمتعاقدين وذلك بكسب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>1</sup>.

وكذلك الخدمات المجانية فهي لا تنشئ عقوداً ما دامت الإرادة لم تتجه إلى الالتزام قانوناً فالطبيب الذي يعالج صديقاً له دون أجر لا تتجه إرادة كل منهما إلى إنشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد<sup>2</sup>.

#### 4- مجال العقد:

إن الاتفاق يكون عقداً متى استوفى الخاصيتين التاليتين الأولى في أن يكون خاضعاً لأحكام القانون المدني والمقصود من ذلك أن مجال العقد ونطاقه هو دائرة القانون الخاص باعتبار القانون المدني هو الشريعة العامة له<sup>3</sup>.

أما الخاصية الثانية فهي أن يتعلق بمصالح مالية أو بالأحرى نطاق العقد هو المعاملات المالية، باعتبار العقد كوسيلة تبادل في العلاقات المالية وبذلك يخرج عن نطاق العقد الأحوال الشخصية وعقود أو اتفاقيات القانون العام بالرغم من إمكانية إضفاء صفة العقد على هذه الأحوال إلا أن المقصود بدراستنا للعقد هو مجال المعاملات المالية.

#### ثانياً- أساس قدرة العقد في إنشاء الالتزام (مبدأ سلطان الإرادة)

##### 1- المقصود بمبدأ سلطان الإرادة:

الإرادة مصدر للالتزام وهي مصدر الشروط التعاقدية تلتزم بما تشاء وترفض ما تشاء اتجاه من تشاء، هذه الاستقلالية تقابلها استقلالية الطرف الآخر في العقد ولا بد من التوفيق بين الاستقلاليتين ليحصل الاتفاق، وقد نتج عن هذه الاستقلالية للإرادة ما سمي سلطانها المطلق أي بقدرتها على الالتزام وتحديد إطاره ومده<sup>4</sup>.

أي أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد آثاره<sup>5</sup> وهذا يعني أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 36.

2 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 75.

3 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 35.

4 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 18.

5 خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 18.

وهي التي تحدد آثاره ثم يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة.

ومن هذا الشرح يتضح أن هناك قاعدتين أساسيتين لمبدأ سلطان الإرادة وهما:

أ- **قاعدة الرضائية:** مفادها أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فيما يخص التعبير عن إرادتهما أي أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بشكل عام دون حاجة إلى إفراغها في شكل معين<sup>1</sup>.

وقاعدة الرضائية تظهر في دور سلطان الإرادة عند انعقاد العقد أي أثناء تكوينه في حرية التعاقد أو عدم التعاقد وكذلك في تحديد مضمون العقد وتعيين بنوده وأحكامه مع مراعاة أحكام النظام العام وحسن الآداب.

ب- **قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:** ومعناه حرية الإرادة في تحديد آثار العقد وذلك إذا ما تم العقد وتكون، أي بعد انعقاد العقد فإنه يعتبر شريعة للمتعاقدين في تحديد آثاره وعبر عنها المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني\* العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها.

هذه القاعدة التي تخص آثار العقد يحكمها مبدأين هما إلزامية العقد والتمثل في أن الإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوته الإلزامية وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذ ما التزم به ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله أو إنهاؤه دون رضا المتعاقد الآخر، فالأصل عدم المساس بشريعة العقد إلا باتفاق الطرفين إلا أن الاتجاهات الحديثة وضعت قيودا تخول القاضي التدخل في شريعة العقد بالتعديل أما بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي للعقد فمعناه أن العقد لا تتصرف آثاره إلا للمتعاقدين فالحقوق والواجبات التي يربتها تلحق المتعاقدين دون غيرهما<sup>2</sup> ومفادها أن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين.

## 2- نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة (تطور نظرية العقد):

يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الإرادة الحرة هي أساس كل اتفاق، وهي العنصر الجوهرية في تكوين العقد وفي تحديد آثاره وأساس ذلك يرجع إلى منطلق أفكار أصحاب هذا المبدأ<sup>3</sup> وهي أفكار فلسفية واقتصادية يقوم عليها المجتمع الليبرالي.

ومفاده هذا المبدأ هو كفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون حاجة أو ضرورة أن يأتي في شكل أو آخر يفرضه القانون.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.

2 علي فيلال، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 40.

3 خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 18.

وهذا عكس ما كان عليه الحال في القانون الروماني الذي كانت القاعدة فيه أن مجرد الاتفاق لا ينشئ التزاماً ولا تحميه دعوى فالاتفاق كان يجب أن يصاغ في أحد الأشكال<sup>1</sup> أي لينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني لا بد أن ينصب في قالب معين من الأشكال والألفاظ التي يحددها القانون وإلا كان التصرف القانوني باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>2</sup> وهذا ما يطلق عليه بقاعدة الشكلية التي كانت هي الأصل، أما الرضائية فكانت استثناءً وقد واصل مبدأ رضائية العقود سيره وقد ساندته الكنيسة خلال العصور الوسطى وذلك باحترام العهود والمواثيق وكان القانون الكنسي مهذا للرضائية فكل اتفاق ملزم ولو تجرد من الشكلية.

وقد وصل هذا المبدأ إلى ذروة مجده في القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر وكان سبب ازدهاره، ظهور المذهب الفردي والذي قام بتقديس الفرد واحترامه واعتباره محور القانون واهتمامه وأساسه.

وازدهر بصفة عامة في القوانين التي أخذت عن القانون الفرنسي الذي قام على أساس المذهب الفردي كقاعدة عامة، وقد سجل واضعو القانون المدني الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1134 فرنسي<sup>3</sup>.

إلا أن هذا المبدأ وبعد ازدهاره بدأ في التقلص ابتداءً من القرن العشرين تحت تأثير الاتجاهات الاجتماعية الحديثة التي سلكت اتجاهها مضاداً للمذهب الفردي مما استتبع الحد من هذا المبدأ وإطلاقه وتطرفه<sup>4</sup>.

لأن هذا الاتجاه الاشتراكي أصبح يدعو إلى ضرورة تغليب مصلحة المجتمع، ولقد تأثرت نظرية العقد وتقيدت الإرادة بقيد المجتمع والقانون واستقرار المعاملات وظهرت عقود لا يعتمد بها بالإرادة كعقد العمل وعقد التأمين وعقود الإذعان.

### 3- النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة:

يترتب على النظرية التقليدية للعقد والتي جسدها مبدأ سلطان الإرادة نتائج عديدة، أهمها:  
أ- الحرية التعاقدية والالتزامات الإرادية هي الأصل: إن الإرادة هي المصدر الوحيد لقيام العقد وهي مصدر كل تصرف صادر من الفرد لنشوء الحق بكل صورته، وأن الشخص حر في التعاقد ولا يقيد به إلا الإضرار بالغير<sup>5</sup>.

1 أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عند البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 05.

2 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 18.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

4 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 40.

5 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2000، ص 29.

فالإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، فإرادته الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات التي تنشأ الالتزام سواء بالإقدام على إبرام العقد أو الامتناع عنه، وبالضرورة يكون الالتزام عادلا مهما كانت شروطه وإن اقتضت المصلحة العامة فرض بعض الالتزامات على الأفراد رغما عن إرادتهم فينبغي حصرها إلى أضيق الحدود باعتبار أن الالتزامات الإرادية هي الأصل وغير الإرادية هي الاستثناء.

فالعقود تخضع لمبدأ الرضائية الذي يقود إلى أن المتعاقدين يتمتعان بالحرية الكاملة فيما يخص الكيفية التي يتم بها التعبير عن إرادتهما قصد إنجاز العقد، دون حاجة لأي إجراء أو شكل خاص يفرضه القانون، وهذا عكس ما كان عليه الحال في القانون الروماني الذي كان يشترط لينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني أن ينصب في قال معين من الأشكال والألفاظ التي يحددها القانون وإلا كان التصرف القانوني باطلا<sup>1</sup>

وفي الأخير نخلص إلى أن لسلطان الإرادة دور عند انعقاد العقد وهو مجسد في حرية التعاقد أو الامتناع عن التعاقد وإن أراد التعاقد فله تحديد مضمون العقد الذي هو مقدم عليه وهذا ما يطلق عليه بالحرية التعاقدية، والتي تقف إلا حيث توجد قواعد النظام العام وبالأحرى تقييدها بقواعد آمرة ولكن كاستثناء.

**ب- الحرية في تحديد آثار العقد:** سبق وخلصنا إلى أن سلطان الإرادة له دور في إنشاء الالتزامات والتصرفات القانونية، إلا أنه له دورا آخرًا يتمثل في خضوع الأثر المترتب عنها للإرادة أيضا، حيث أن الإرادة وحدها التي تحدد جميع الآثار التي تترتب على كافة العلاقات والروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد<sup>2</sup> فالإرادة مصدر الشروط التعاقدية تلتزم بما تشاء وترفض ما تشاء<sup>3</sup> أي أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في تعيين بنود العقد وأحكامه مع مراعاة أحكام النظام العام والآداب العامة، وهذه الحرية في التعاقد وفقا للشروط المرتضاه من الأطراف هي التي تبرز الصبغة المكملة للأحكام التي تسري على العقود<sup>4</sup>، ويظهر ذلك من خلال تنظيم الإرادة التشريعية لطائفة من العقود والذي يأخذ طريق القواعد المفسرة والمكملة، حيث أن للأفراد الحرية الكاملة في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى، وهذا ما يبرر أن الأحكام المنظمة للعقود المسماة هي أحكام مكملة، لا تطبق إلا إذا لم يتفق طرفا العقد على خلافها، وحتى وإن كانت هناك قواعد آمرة فهي قليلة<sup>5</sup> وبصفة

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 39.

2 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 18.

3 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 17.

4 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 39.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

عامة تتعلق بالقواعد التي تصل بالنظام العام مثل القواعد المتعلقة بالأهلية هذا من ناحية أثر العقد فيما يتعلق بالقوة الإلزامية للعقد والتي تلزم المتعاقد بتنفيذ ما التزم به.

ت- مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: معناه أن العقد لا تتصرف آثاره إلا للمتعاقدين ولا ينشأ الالتزام في ذمة الغير ما لم يكن طرفا في العقد ، فالحقوق والواجبات التي يرتبها تلحق المتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ قوامه فكرة فلسفية هي أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة ومن ثم فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين<sup>1</sup> إلا أن نسبية آثار العقد ليست مطلقة بل تحتمل استثناءات ضمن شروط<sup>2</sup> بحيث يمكن أن يتعدى أثر العقد طرفيه المتعاقدين بالاستناد إلى اعتبارات المصلحة الجماعية<sup>3</sup>، فالأصل عدم امتداد الآثار للغير والاستثناء هو الامتداد للغير بشروط ومن أمثلتها نص المادة 113 وكذلك المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

ث- القوة الملزمة للعقد (العقد عند انعقاده وإتمامه شريعة للمتعاقدين): يولد العقد قوة ملزمة فلا يجوز الرجوع عنه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فيولد وجوب احترام إرادة المتعاقدين وعدم المساس بها، بمعنى أنه يجوز للمتعاقدين بما لإرادتهما من سلطان أن تتفقا على تعديله أو نقضه، ولا يمكن لواحد منهما الانفراد بتعديله أو إنهائه فهو شريعة لهما، وإن كان الأصل هو عدم المساس بشريعة العقد إلا باتفاق الطرفين، إلا أن الاتجاهات الحديثة قد أدت إلى إيراد قيود على هذا الأصل تخول للقاضي المساس بالعقد بالتعديل<sup>4</sup> ولم يعد دوره قاصرا على دور المراقب المنفذ.

#### 4- تقييد مبدأ سلطان الإرادة:

اعتمد المذهب الفردي على الحرية الفردية واستقلال الإرادة كأسس للنظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية<sup>5</sup> وذلك بتقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته وقد جسدها في ميدان القانون مبدأ بحكم العقد ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة<sup>6</sup> والذي ساهمت العوامل الاقتصادية في انتشاره في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، إلا أن العوامل ذاتها بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة ونظمت طوائف العمال وانتشرت روح الاشتراكية<sup>7</sup> هذه الأخيرة التي ساهمت في الحد منه وتقييده ذلك بالنظر إلى العقد كمنظرتها إلى

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 40.

2 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 26.

3 سيد محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص43.

4 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 29.

5 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص13.

6 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 38.

7 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 102.

أي نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة إلى تحقيق ذلك<sup>1</sup> وهو ما أدى إلى تدهور هذا المبدأ في أواخر القرن 19 وبداية القرن العشرين وأصبح يعاني من القيود وهي كالتالي:

أ- **مبدأ الرضائية:** قيد في كثير من الحالات بالشكلية وذلك بصب الإرادة في قالب معين بحيث يصاغ العقد في شكل محدد ومن دونه لا يعد العقد منعقدا ومن أمثلته الأشكال التي يحددها القانون لبعض التصرفات القانونية كعقد الهبة أو الرهن الرسمي وكعقد بيع العقار وهذا ما نص عليه المادة 24 3 مكرر 1 من ق، م.

ب- **الحرية التعاقدية:** بالرغم من أن الإرادة كانت حرة في نطاق الالتزامات التعاقدية إلا أنها قيدت:

-حرية التعاقد قيدت بقيد النظام العام والآداب فأبي اتفاق يخالف النظام العام والآداب يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادتان 93 و97، من ق، م.

-حرية عدم التعاقد وذلك في إمكانية الفرد استبعاد جميع ما يقترحه المشرع من نماذج مقررة في القانون<sup>2</sup> إلا أن هذه الحرية قيدت بما ينص عليه القانون من قواعد أمرية وصورها العقود الجبرية كعقد التأمين الجبري على السيارات وعقود إيجار الأماكن السكنية، ومن العقود الجبرية التي تكون مفروضة لا يستطيع المتعاقد رفضها<sup>3</sup> منع رفض البيع طبقا لنص المادة 15 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

#### ت-حرية تحديد آثار العقد:

- بالنسبة لحرية العاقدين في تحديد الشروط العقدية وما يترتب عنها من حقوق وواجبات فقد قيدت ببعض القواعد الأمرية ومن بينها عقد العمل حيث تدخل المشرع لحماية العامل في مواجهة رب العمل وكذلك عقد الإيجار فقد تدخل المشرع لصالح المستأجر للحد من تعسف المؤخر في شروط الإخلاء<sup>4</sup> فالمشرع هو الذي يترتب آثاره الملزمة لطرفي العقد.

- بالنسبة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهو عدم المساس بشريعة العقد إلا باتفاق الطرفين فقد وردت قيود على هذا الأصل تخول القاضي التدخل في العقد بالعدل أو مراقبته

1 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 19.

2 سيد محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 46.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 48.

4 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 30.

شروط العقد، ومن ذلك نص إمكانية مراجعة الثمن في عقد البيع العقاري إذا وجد غبن وفقا لنص المادة 358 من ق، م<sup>1</sup>.

وأیضا نص المادة 110 على إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، ومن ذلك إمكانية القاضي من تخفيض مبلغ التعويض المنفق عليه في الشرط الجزائي المادة 184 من ق، م ونص المادة 107 المتعلقة بالظروف الطارئة.

**ث - مبدأ الأثر النسبي:** حد من هذا الأثر حيث أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات فتتصرف آثاره إلى أطراف كثيرة كاتفاقيات العمل الجماعية وكذلك امتداد لآثار العقد للغير منها نص المادتين 113 و 116 من القانون المدني الجزائري.

**ج- اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية:** لم تعد الالتزامات الإرادية والتي مصدرها الإرادة فقط صاحبة السلطان الأكبر في مجال تكوين العقد وتحديد آثاره<sup>2</sup> بل ظهرت مصادر غير إرادية أخرى وسعت من نطاق الالتزامات غير الإرادية وهي الناشئة عن الفعل الضار وعن القانون وتطورات المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

### ثالثا - أقسام العقود

إن تقسيمات العقود كثيرة ومتنوعة وتوجد لها طرق عديدة، حيث تختلف طريقة تقسيم وتصنيف العقود باختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها إلى هذه العقود نظرا لخصوصية بعض العقود، إلا أنها على مختلف تقسيماتها تخضع للنظام القانوني العام للعقود فضلا عن الأحكام الخاصة لكل منها.

إن مسألة أقسام العقود ذو أهمية كبيرة، حيث أن العقود لا يمكن حصرها نظرا لأن الإرادة تنشئ ما تريد من العقود تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، حتى وإن كان لا يمكن حصرها، إلا أنه من الممكن جمع ما يتشابه منها في قسم خاص<sup>4</sup>.

حيث أن تقسيم العقود من مهام الفقه، إلا أن بعض التشريعات تطرقت لبعض التقسيمات ومنها من لم تتطرق لها، أما نصوص القانون المدني الجزائري فقد اعتمد في تصنيفه للعقود على التقنين المدني الفرنسي والذي بدوره لم يستوف كل أقسام العقود فقد اقتصر على العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، والعقد المحدد والعقد الاحتمالي وعقد المعاوضة وعقد التبرع ولم يتطرق إلى العقد الفوري والعقد الزمني والعقد البسيط والعقد المختلط.

1 زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، ط2، دار هومة، الجزائرية، 2014، ص 24.

2 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 43.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 49.

4 المرجع نفسه، ص 50.

لذا من أجل الإلمام بكل العقود سنتطرق إلى التقسيمات الفقهية وكذلك التقسيم الموضوع من طرف المشرع والذي نذهب إليه هو التقسيم التالي:

- من حيث الأحكام القانونية المطبقة عليها (تنظيم المشرع) تنقسم العقود إلى مسماة وعقود غير مسماة.

- من حيث تكوينها (شروط انعقادها) تنقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

- من حيث المقابل تنقسم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

- من حيث تبادل الالتزامات المتقابلة بين الطرفين أو نشأتها بطرف واحد فقط تنقسم إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.

- من حيث تنفيذها زمنيا تنقسم إلى عقود فورية التنفيذ وعقود مستمرة التنفيذ.

- من حيث تحديد مقدار قيمة الالتزام تنقسم إلى عقود محددة وعقود احتمالية.

- من حيث تكييفها (الاقتصار على عقد واحد أو المزج بين عقود متعددة) تنقسم إلى عقد بسيط وعقد مركب.

- من حيث مساواة المتعاقدين (مدى مشاركة الإرادة في إبرام العقد) تنقسم إلى عقد مساومة وعقد إذعان.

### 1- من حيث الأحكام المطبقة عليها:

تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة:

أ- **العقد المسمى:** هو ما أطلق عليه القانون اسما محددًا ومعينا معروفاً به بين الناس لشيوعه في التعامل وتكفل بتفصيل أحكامه.

والعقود المسماة أما أن تقع على الملكية مثل البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.

وأما تقع على المنفعة مثل الإيجار والعارية وأما تقع على العمل مثل المقاوله وعقد العمل والوكالة والوديعة، وإما تكون من عقود الغرر مثل العقد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين، وأما تكون من عقود التأمينات الشخصية والعينية مثل الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة<sup>1</sup>.

1 أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة (معلق عليها الأعمال التحضيرية من قانون المدني وبأحكام محكمة النقذ)، ط1، المكتب الجامع الحديث، مصر، 2008، ص 12.

ب- **العقد غير المسمى**: هو العقد الذي لم يضع له المشرع تنظيماً تشريعياً حتى ولو كان له اسم معين من الناحية العملية<sup>1</sup> حيث الأصل أن الإرادة حرة في إنشاء ما تريد من عقود ولا يوجد حدود لذلك سوى على مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

فحاجات الأفراد المتجددة في المجتمع تؤدي إلى ابتكار الأفراد لأنواع من العقود تلبى تلك الحاجات، ولاستحالة المشرع حصر عقود الأفراد كانت العقود غير المسماة ومن أمثلتها عقد النشر وعقد الفندقة، وعقد الإعلان<sup>2</sup> هذه العقود لم يضع القانون لها اسماً خاصاً أو تنظيماً ولكن يرجع بشأنها إلى القواعد العامة التي تطبق على كل العقود.

كما أن العقد لا يتحدد طبيعته وفقاً للاسم الذي يطلقه عليه المتعاقدان، بل يتحدد وفقاً لموضوعه والمرجع في ذلك القضاء<sup>3</sup> لأن المتعاقدين قد يخطئان في التسمية أو يعطيان العقد الوصف الخطأ كما في حالة البيع الذي يخفي الوصية لذلك فمسألة الوصف للعقد مسألة قانونية من اختصاص القاضي.<sup>4</sup>

**\*\*\* أهمية التقسيم: تتمثل أهمية التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة:**

العقود غير المسماة	العقود المسماة
- لم يضع لها المشرع اسماً أو تنظيماً خاصاً بها.	- وضع لها المشرع اسماً خاصاً بها.
- تطبق عليها القواعد الخاصة بها.	- تطبق عليها القواعد الخاصة بها.
- العقود المسماة على سبيل الحصر.	- العقود المسماة على سبيل الحصر.
- يمكن الرجوع إلى القواعد الخاصة بالعقود المسماة من قبيل القياس لأحكام أقرب العقود المسماة من ذلك العقد. <sup>5</sup>	- يمكن الرجوع إلى القواعد الخاصة بالعقود المسماة من قبيل القياس لأحكام أقرب العقود المسماة من ذلك العقد. <sup>5</sup>
- عملية إعطاء الوصف القانوني للعقد من اختصاص القاضي.	- عملية إعطاء الوصف القانوني للعقد من اختصاص القاضي.
- العقود غير المسماة لا حصر لها	- العقود غير المسماة لا حصر لها

إن وجود العقود غير المسماة يعكس أهمية مبدأ رضائية العقود الذي بمقتضاه يتمتع المتعاقدان بالحرية التامة للتعاقد ولكن في حدود النظام العام<sup>7</sup>، وإذا انتشرت بعض العقود غير المسماة واستقرت القواعد المنظمة لها وصارت صالحة لأن تنتقل إلى مرحلة التشريع، قام

1 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 64.

2 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 54.

3 أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 20.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 52.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 28.

6 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمالي، المرجع السابق، ص 65.

7 لحو خيار غنيمه، نظرية العقد، ط1، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، 2018، ص ص 18-54.

المشرع بوضعها في نصوص تشريعية ويصبح العقد من العقود المسماة بعد أن كان عقدا غير مسمى<sup>1</sup>.

## 2- من حيث تكوينها (شروط انعقادها):

تنقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

أ- **العقود الرضائية:** هو ما يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول<sup>2</sup> دون اشتراط أي شكلية معينة، فلا يحتاج إلى إفراغ الإرادة في قالب معين. بمجرد توفر التراضي والمحل والسبب ينعقد العقد ويكون منتجا لجميع آثاره<sup>3</sup> ومن أمثله عقد بيع المنقولات وعقد الوكالة، والأصل في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية في العقود المنبثقة من مبدأ سلطان الإرادة، ويجب التفرقة فيما يتعلق بالعقود الرضائية بين انعقاد العقد وإثباته فالشكل الذي يتم فرضه لإثبات التصرف لا يمنع من اعتبار العقد رضائيا مادام يكفي رضاء العاقدين لانعقاده، مثل نص المادة 333 من ق م، أما الشكل الذي يفرضه القانون لانعقاد التصرف فإنه يمنع من انعقاد العقد ما لم يتحقق الشكل المطلوب ومثال ذلك عقد بيع العقارات<sup>4</sup>.

والمشرع الجزائري جعل الرضائية في جميع العقود إلا إذا وجد نص خاص وهذا يدل على أن الأصل هو الرضائية والاستثناء هو الشكلية وذلك ما نصت عنه المادة 59 والمادة 60 من القانون المدني الجزائري.

ب- **العقد الشكلي:** هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين بل يجب لتمامه اتباع شكل معين مخصوص منصوص عليه قانونا<sup>5</sup> هذا الشكل الخاص قد يكون سنداً رسمياً يقوم بتحريره موظف مختص مثل عقد الرهن الرسمي، المادة 883 من ق م، وقد يكون كتابة عرفية كما هو الشأن في عقد الشركة، المادة 418 من ق م، والشكلية تتطلب وجود نص يقرها أو اتفاق<sup>6</sup>.

ت- **العقد العيني:** هو عقد لا يتم بمجرد التراضي بل يجب تسليم العين محل العقد في القانون، فالتسليم ركن لا ينعقد العقد بدونه<sup>7</sup> والعقد العيني هو امتداد للقانون الروماني أين

1 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 12.

3 زكرياء سرايش، المرجع السابق، ص 29.

4 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 51.

5 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 12.

6 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 55.

7 المرجع نفسه، ص 60.

اكتفى بتسليم العين محل العقد بدلا من إجراءات الشكلية وظهرت طائفة من العقود هي القرض والعارية والوديعة ورهن الحياة<sup>1</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري لا نجد عقودا عينية والعقود الأربعة السابقة هي عقود رضائية ومن بينها عقد هبة المنقول المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

### 3- من حيث المقابل: تنقسم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع:

أ- عقود المعاوضة: هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه<sup>2</sup>، كعقد البيع فالبائع مقابل حصوله على ثمن المبيع من المشتري، يلتزم بإعطاء المبيع إلى المشتري، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري فهو يمتلك المبيع في مقابل دفع الثمن للبائع، وهناك أنواع أخرى كعقد الإيجار، والكفالة، وعقد المقايضة، وفي هذه العقود تكون المنفعة متبادلة.

ب- عقد التبرع: هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه، ومثاله عقد الهبة دون عوض فهي من عقود التبرع نظرا لأن الواهب ينقل ملكية المال المتبرع به إلى الموهوب له دون أن يحصل على مقابل لذلك<sup>3</sup> ومن ضمنها أيضا عقد العارية بدون عوض والقرض والوديعة والوكالة بدون عوض.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التبرع ليس دائما عقدا ملزما لجانب واحد، فقد يكون عقد التبرع ملزما للجانبين كالهبة مع التكليف، كما لو وهبت عقارا لشخص على أن يدفع لشخص آخر مرتبا معيناً مدى الحياة.

وقد يكون العقد ملزما لجانب واحد ويكون بالرغم من ذلك عقد معاوضة كعقد القرض بفائدة، فهو عقد ملزم للمقترض فقط أي عقد ملزم لجانب واحد وهو في نفس الوقت عقد معاوضة لأن المقترض يأخذ فوائد مقابل إعطاء الشيء لأجل، ولأن المقترض يعطي فوائد مقابل أخذ الشيء لأجل<sup>4</sup>.

كما أن العقد الملزم للجانبين ليس دائما عقد معاوضة إذ قد يكون عقد تبرع ومثال ذلك بيع شيء بأقل من قيمته مع انصراف نية البائع إلى نفع المشتري فهنا نلاحظ بأن العقد ملزم للجانبين إذ يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء ويلتزم المشتري بدفع الثمن لكن العقد ليس معاوضة وذلك لوجود نية التبرع التي غالبا ما يدل عليها عدم التعادل بين الالتزامين<sup>5</sup>.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 14.

3 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص

4 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 18.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 37.

هذه الأمثلة تؤكد عدم الارتباط وعدم التلازم بين تقسيم العقد إلى عقد معاوضة وتبرع وتقسيمه إلى عقد ملزم لجانبين وعقد ملزم لجانب واحد.

**\*\*\* التفرقة بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:** يظهر التميز الأول في وجود المقابل المادي من عدمه أي القيمة المالية فعقد التبرع تقتصر فيه المنفعة على طرف واحد أو بمعنى آخر يلزم فيه أحد الطرفين بإعطاء شيء أو القيام بعمل لصالح المتعاقد الآخر دون مقابل، وهذا يدل على عدم وجود المقابل المادي.

أما عقد المعاوضة فتكون المنفعة متبادلة، فيستفيد كل طرف فيه من قيمة مالية تعادل ما قدمه<sup>1</sup> وبالتالي فالمقابل المادي موجود، وهذا ما نصت عنه المادة 58 من القانون المدني الجزائري.

أما التمييز الثاني فمتعلق بالعنصر النفسي وهو قصد التبرع ذلك أنه إذا كان أحد المتعاقدين يعطي بدون أن يحصل على مقابل من الآخر، فهذا يفترض أن كلا منهما يدرك ذلك وأن أحدهما يعطي دون مقابل وأن الآخر يتلقى دون أن يعطي مقابلا معادلا<sup>2</sup> أي لا بد النظر من إلى نية التبرع لدى المتعاقد وهدف الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فإذا كانت النية هي الدافع لإبرام التصرف كان العقد تبرعا حتى ولو كان هناك مقابل كما في حالة الهبة بعوض فيلزم الموهوب له مقابل ما يؤديه الواهب القيام بأداء هذا العوض إلى شخص ثالث ويكون هذا الشخص الأخير في الحقيقة هو المتبرع له.

أما إذا كان الهدف من العقد مصلحة أي كان نوعها، فنكون بصدد عقد معاوضة حتى ولو لم يتلق المتبرع أي مقابل من المتعاقد الآخر، ومثال ذلك أن يقدم شخص لمصلحة السكة الحديدية أرضا لإقامة خط من خطوطها عليها دون مقابل، ويكون هدفه ارتفاع قيمة ما يملكه من الأراضي المجاورة لوجود هذا الخط الحديدي ففي هذه الحالة لا يعتبر تبرعا بل هو معاوضة.

وكذلك الحال بالنسبة لتقديم مال للطرف الآخر دون مقابل ولكن يكون هذا المال نظير خدمات سابقة فإن العقد هنا يكون معاوضة وليس تبرعا<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري عرف عقد المعاوضة في المادة 58 من ق.م. فالمشرع الجزائري نقل المادة 1106 من القانون المدني الفرنسي وأغفل المادة 1105 منه والمتعلقة بعقد التبرع لذا لم يعرفه في القانون المدني.

1 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 36.

2 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 51.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 66.

أما بخصوص التعريف المتعلق بعقد المعاوضة فقد أخلط المشرع بين العقد التبادلي وعقد المعاوضة، حيث أن العقد التبادلي يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين أما عقد المعاوضة فينظر إليه من زاوية أخرى وهي وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله أي الحصول على قيمة مالية مقابل تنفيذ التزام ما.

فالعقد التبادلي لا يقتضي حتما المعاوضة لأن تبادل الالتزامات لا يعني تبادل فوائد ذات قيمة مالية، فالعارية المجانية هي عقد تبادلي وليست عقد معاوضة طبقا لنص المادة 538 من ق.م.ج حيث يلزم المعير بتسليم الشيء المعار، ومقابل ذلك يلتزم المستعير برده بعد الاستعمال، ولكن المعير لا يتحصل في العارية المجانية على فائدة ذات قيمة مالية تقابل التزامه وبذلك فهو ليس عقد معاوضة.

وقد يكون العقد ملزم لجانب واحد، وهو في نفس الوقت عقد معاوضة مثل العارية بعوض في القانون الفرنسي فهي عقد عيني لا ينعقد ما لم يتم تسليم الشيء وهو كذلك عقد ملزم لجانب واحد، حيث يرتب التزاما واحد على عاتق المستعير والمتمثل في رد الشيء المعار، ولكن المعير يتحصل في هذه العملية على عوض فتكيف العملية على أنها عقد معاوضة<sup>1</sup>.

**\*\*\* أهمية التمييز:** تظهر أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع في عدة نواحي:

**\* من حيث الأهلية:** يشترط القانون في المتبرع أهلية التبرع الكاملة باعتبار التبرع من التصرفات القانونية الضارة ضررا محضا وهي بلوغ سن 19 سنة في حين يشترط أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في عقود المعاوضة 186 و 203 من قانون الأسرة الجزائري فان تبرع الصبي المميز 13 سنة ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة يقع باطلا وأما عقد المعاوضة الذي يبرمه فهو موقوف على إجازة وليه الشرعي<sup>2</sup>.

**\* من حيث الغلط في شخص المتعاقد:** إن الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع، إنما لا يؤثر الغلط في الشخص في عقود المعاوضة، إلا إذا كان الشخص محل اعتبار كما في الشركة التي تقوم على الاعتبار الشخصي<sup>3</sup>.

فالغلط في شخص المتبرع إليه يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال فهو غلط جوهري، أما في عقد المعاوضة فشخص المتعاقد إذا لم يكن محل اعتبار لا يبطل العقد أما إذا كان محل اعتبار لدى المتعاقد الذي وقع في الغلط فيبطل العقد، ففي حالة البيع نقدا لا

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 52.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، دار هومة، الجزائر 2016، ص 122.

3 خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 24.

تهم شخصية المشتري ومع ذلك فإن شخصية مثل هذا المشتري تدخل في الاعتبار إذا كان البيع مقسطا أو مؤجلا<sup>1</sup>.

### \* من حيث الضمان: (ضمان الاستحقاق وضمان العيوب)

تختلف معاملة القانون للمتعاقد بحسب كونه متبرعا أو معاوضا فالمتبرع يستحق معاملة أخف من المعاوض، فمركز الواهب أخف من مركز البائع<sup>2</sup>.

فالأصل أن الضمان لا يقوم إلا في عقود المعاوضة ويشمل ذلك ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية، أما التبرعات كالهبة فالأصل لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض، وبالنسبة لضمان العيوب فالأصل ألا يلتزم الواهب بذلك إلا إذا تعدد إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيب<sup>3</sup>.

\* من حيث المسؤولية: من ناحية المسؤولية العقدية أو بالأخص عدم التنفيذ فإن مسؤولية المتبرع تكون عادة أخف من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المودع لديه إذا كانت الوديعة بغير أجر هي أخف من مسؤوليته إذا كانت الوديعة بأجر وأخف بكثير من مسؤولية المستأجر في عقود المعاوضة، فالمسؤولية تكون بقدر العناية المطلوبة.

\* من حيث الطعن بالدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين)، وتسمى أيضا الدعوى البوليانية حيث يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع أما في عقود المعاوضة فلا بد من إثبات سوء القصد والنية لدى المتعاقد الآخر<sup>4</sup>.

والمفهوم أوضح قد يتصرف المدين في أمواله بعوض وقد يتصرف فيها بدون عوض ويبيح القانون للدائنين الطعن في تصرفات المدين إذا كانت صنارة بهم لكي يطلبوا عدم نفاذها وصحتها وفي هذه الحالة إذا أجراه المدين بعوض يكون على من يطعن فيه من الدائنين إثبات التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه على الأضرار بحقوق الدائنين وإذا كان تصرف المدين بدون عوض تبرعا فلا يشترط أن يكون هناك تواطؤ، أي لا يشترط قيام الدائن الطاعن بإثبات تواطؤ المدين مع المتصرف إليه وهو من تلقى التبرع<sup>5</sup> وهذا ما نصت عنه المادة 192 من القانون المدني الجزائري.

1 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 52.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 38.

3 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 53.

4 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 14.

5 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 53.

#### 4- من حيث تبادل الالتزامات المتقابلة بين الطرفين أو نشأتها بطرف واحد فقط:

تنقسم العقود إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.

أ- **العقود الملزمة لجانبين:** (التبادلي): يرتب العقد التبادلي حقوقا والتزامات في جانب كل من طرفيه، فيكون كل متعاقد في آن واحد دائنا ومديننا<sup>1</sup> وهذا ما نصت عنه المادة 55 من القانون المدني.

ومثاله عقد البيع حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ويلتزم المشتري بأداء الثمن ومن أمثلته أيضا عقد الإيجار وعقد المقاوله.

ب- **العقد الملزم لجانب واحد:** هو الذي يلتزم فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا والآخر دائنا فقط كعقد الهبة والوديعة غير المأجورة<sup>2</sup> وقد عرفت المادة 56 من ق، م العقد الملزم لجانب واحد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العقد الملزم لجانب واحد هو كسائر العقود لا يتم إلا بتلاقي إرادتين فهو تصرف قانوني ثنائي في نشأته فردي في آثاره<sup>3</sup>.

حيث يختلف عن التصرف القانوني الصادر بإرادة واحدة كالوصية فهي تتم بإرادة الموصى وحده دون أن تتوقف على قبول الموصى له<sup>4</sup>.

**\*\*\* أهمية التقسيم:** تكمن أهمية التفرقة بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد من حيث:

\* **سبب الالتزام:** في العقود الملزمة لجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر في حين أن السبب في العقد الملزم لجانب واحد هو التزام سابق أونية التبرع<sup>5</sup> فلا يوجد ترابط بين الطرفين.

\* **من حيث الدفع بعدم التنفيذ:** إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ولم يكن مستعدا للتنفيذ، جاز للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ طبقا لنص المادة 123 من ق، م<sup>6</sup>.

والمقصود هو الدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين أين تجتمع صفة الدائن والمدين في نفس الوقت في المتعاقد، ذلك أن لكل من الطرفين في هذا النوع من العقود أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا ما طالبه الطرف الآخر حتى يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه، ولا

1 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 19.

2 أنور سلطان، المرجع السابق، ص 17.

3 هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 30.

4 أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 17.

5 علي فيلال، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 48.

6 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 17.

يمكن تصور هذا الدفع في العقود الملزمة لجانب واحد نظرا لعدم التقابل بين الالتزامات لأن هناك شخص واحد فقط يلتزم وهو المدين<sup>1</sup>، غير دائن، وإذا ما أخل المدين بالتزامه يخول للدائن الحق في المطالبة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، فإن استحالة ذلك فإنه يطالب بالتعويض.

**\* من حيث الفسخ:** إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه للآخر، جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ العقد ليتحلل من التزامه هو أيضا، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فليس للدائن إلا المطالبة بدينه، حيث أنه لا يستطيع المطالبة بفسخ العقد لعدم وجود التزام بذمته يريد بالفسخ أن يتخلص منه، وفسخ العقد يحرمه من الحصول على حقه فمن مصلحته الإبقاء على العقد للحصول على حقه قبل المدين<sup>2</sup> ولا يكون أمامه إلا المطالبة بالتنفيذ أو التعويض ولا يمكنه رفع دعوى الفسخ م 119 من ق، م.

إذا فالعقود الملزمة لجانبين بدلا من إجبار المدين على التنفيذ يمكن طلب فسخ العقد واسترداد ما أداه فالبايع الذي سلم المبيع ولم يستوف الثمن يحق له أن يطالب المشتري بالثمن، كما يجوز له فسخ العقد واسترداد المبيع.<sup>3</sup>

**\* من حيث تحمل التبعة:** في العقد الملزم لجانبين يطبق القاضي مبدأ التبعة وذلك إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ طبقا لنص المادة 307 من القانون المدني<sup>4</sup> ويفسخ العقد بقوة القانون المادة 121 من ق م ومن ثم فإن الذي يتحمل تبعه الاستحالة هو المدين أي أن الذي يتحمل الخسارة في العقد الملزم لجانبين هو الطرف الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا<sup>5</sup> أما في العقد الملزم لجانب واحد فالدائن هو الذي يتحمل تبعه الاستحالة ومثاله عقد الوديعة بدون أجر وهلك فيها الشيء المودع واستحال على المودع لديه رد الشيء المودع فإن الذي يتحمل التبعة هو المودع أي الدائن.

**ت- العقد الملزم للجانبين غير التام:** عرف القانون الروماني نوعا من العقود تكون وسطا بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، وكان يسميه العقد الملزم للجانبين غير التام، وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب خارج عنه، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من

1 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 49.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 37.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 01.

4 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 13.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 34.

الضرر، بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك.

ويرجع هذا التقسيم نظرا لأن العقود الملزمة للجانبين هي وحدها من يعتد بها بحسن النية أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقود حرفية التنفيذ وكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة لجانبين ولو على نحو غير تام حتى يمكن إدخال حسن النية في تنفيذها<sup>1</sup>.

إلا أن القانون الحديث يوجب توافر حسن النية في تنفيذ العقود وهذا ما هو منصوص عنه في التشريع الجزائري المدني في نص المادة 107 من ق.م.

وفكرة هذا العقد هو نشوئه ملزما لجانب واحد فقط ولكن الجانب الآخر يكون معرضا للتحمل ببعض الالتزامات فيما بعد، ومثاله عقد الوديعة غير المأجورة إذ يلتزم المودع لديه فقط منذ البداية بالمحافظة على الشيء ورده في النهاية هذا هو الالتزام الذي ينشأ من العقد على عاتق المودع لديه، ولكنه قد يقوم بنفقات على الشيء وفي هذه الحالة يلتزم المودع بأداء تلك النفقات للمودع لديه ولكن هذا الالتزام بأداء النفقات لا يغير من الوصف القانوني للعقد فيجعله ملزما للجانبين لأن الالتزام بالنفقات لا ينشأ عن العقد<sup>2</sup> ولكنه ينشأ عن مصدر آخر قد يكون الإثراء بدون سبب في حالة رد المصروفات الضرورية أو العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر.

كما أنه لا يوجد ارتباط ما بين الأدائين لوجود التزام أصلي ثم التزام عارض، ينشأ بعد قيام الأول وليس أحدهما سبب للآخر، وكل ما هنالك أن ما أنفقه المودع لديه على الشيء المودع وهو تحت يده يمكنه اللجوء إلى ما يخوله القانون وهو حق حبس الشيء إلى حين استيفاء حقه طبقا لنص المادة 200 من ق.م.ج.

ومن ثم فالالتزام الواقع على المودع ليس مصدره عقد الوديعة وإنما مصدره مصدر آخر مستقل، لذا لا يمكن تغيير التكيف القانوني ويبقى العقد ملزما لجانب واحد، ولا يمكن اعتباره تبادلي.

## 5- من حيث تنفيذها زمنيا:

تنقسم العقود إلى عقود فورية التنفيذ وعقود مستمرة التنفيذ.

1 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 133.

2 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 46.

أ- **العقد الفوري**: هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة<sup>1</sup> مثل عقد البيع إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن، وقد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختياريا كما لو اتفق على تأجيل تسليم المبيع أو على تأجيل دفع الثمن، وقد يكون إجباريا كبيع شيء في حالته المستقبلية، إذ يجب مرور بعض الوقت لإعداد المبيع وكذلك الحال بالنسبة لعقد المقاوله، إلا أن هذا التأجيل بنوعيه لا يؤثر على طبيعته بل يظل عقدا فوريا، لأن تدخل الزمن فيه عرضي لا يؤثر على مقدار الثمن أو على مقدار المبيع محل الالتزام<sup>2</sup>.

نستخلص أن العقد الفوري تتحدد الالتزامات بانعقاد العقد عند تقابل الإيجاب والقبول ولا يتدخل الزمن في تحديدها ولو تراخى تنفيذها.

ب- **العقد المستمر**: هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه فيقاس ويقدر به محل الالتزام، لأن تنفيذه يمتد في الزمان.

فالغاية التي يراد بلوغها من العقد لا يمكن أن تتحقق إلا بالزمن كما هو الحال في عقد الإيجار، حيث لا يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بمجرد انعقاده لأن المنفعة فيه (بدل الإيجار) لا يمكن تحديدها إلا بمرور مدة معينة من الزمن<sup>3</sup>، وفي بعض الحالات رغم أن العقد بطبعه فوري إلا أن المتعاقدان يتفقان على تكرار تنفيذ العقد مدة من الزمن فيصبح العقد زمنيا ومثاله عقد التوريد.

مما سبق نستخلص أن محل الالتزام يتحدد بالزمن طبيعة مثل عقد الإيجار فمحلله هو (المبيع، الثمن، المدة)، أي أن المدة مقياس للثمن الذي ينعقد به العقد، ويسمى هذا العقد ذا تنفيذ مستمر، وقد يكون ذا تنفيذ دوري مثل عقد التوريد، حيث يتفق الطرفان على أن يقوم أحدهما بتوريد مقادير معينة من الأشياء المتفق عليها لحاجات متكررة، فلا يتحدد الأداء دفعة واحدة وإنما يخضع لعامل الزمن طبقا للاتفاق الذي ينشئ علاقات ممتدة بالاتفاق<sup>4</sup>.

**\*\*\* أهمية التقسيم: تظهر أهمية التقسيم في النقاط التالية:**

**\* من حيث الفسخ:** إذا كان يجب إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، في حالة الفسخ بأثر رجعي أيا كان العقد، إلا أنه بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ لا يمكن أن ينسحب إلى الماضي إن وقعا، بل يحدث أثرهما بالنسبة للمستقبل فقط، ومثال ذلك فسخ أو

1 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 15.

2 أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 19.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 39.

4 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 66.

بطلان عقد الإيجار لا يترتب عليه التزام المستأجر برد ما حصل عليه من منفعة المأجور قبل تقرير الفسخ أو البطلان لاستحالة الرد فتبقى للمستأجر المنفعة ويبقى للمؤجر ما يستحقه من أجره في مقابل تلك المنفعة على سبيل التعويض<sup>1</sup>.

ولهذا يبطل العقد الزمني أو يفسخ من وقت بطلانه أو فسخه بدون أثر رجعي<sup>2</sup> وهذا على عكس العقد الفوري الذي له أثر رجعي إلى حين إبرام العقد وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد<sup>3</sup> وهذا طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

\* **من حيث نظرية الظروف الطارئة:** إن العقد الزمني هو المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، حيث يكون عنصر الزمن عنصرا أساسيا في العقد، وبالتالي فقد تنقلب الظروف أثناء مدة العقد<sup>4</sup>، وهذا ما نصت عنه المادة 107 في فقرتها الثالثة من القانون المدني أما العقود الفورية فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت متراخية التنفيذ<sup>5</sup>.

\* **من حيث الأعذار:** لا يستحق التعويض عند تأخر المدين في تنفيذ التزامه في العقود الفورية إلا إذا قام الدائن بإعذار المدين وهذا ما نصت عنه المادة 179 و 180 من ق،م، ج. ففي عقد البيع على المشتري بصفته دائن بالمبيع أن يعذر المدين (البائع) ليحصل منه على التعويض المناسب عما لحقه من ضرر جراء تأخره في تسليم المبيع<sup>6</sup>. أما في العقود المستمرة التنفيذ فلا ضرورة للإعذار، لأن العقد الزمني عنصر الزمن فيه جوهرى لتحديد مقدار الأداء.

وبذلك فالتخلف المؤقت عن التنفيذ يخول الدائن أحقية المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ لا عن مجرد التأخير في التنفيذ، ومثال ذلك في عقد إيجار مدته سنة فإذا تخلف المؤجر في تمكين المستأجر بالعين مدة شهرين فإن هذه المدة لا يمكن تداركها ولذلك يكون التعويض عنها هو تعويض عن عدم التنفيذ، لا مجرد تعويض عن التأخير ولا ضرورة للإعذار فيه<sup>7</sup>.

\* **من حيث القوة القاهرة المؤقتة:** (وقف تنفيذ العقد): لا يؤثر وقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن في التزامات المتعاقدين من حيث مقدارها<sup>8</sup>، ومثال ذلك إذا اشترى شخص كمية من القمح واتفق مع البائع على أن يكون تسليمها بمقدار (20 طن يوميا) ولكن بعد أيام

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 69.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 132.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 40.

4 خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 26.

5 لحو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص 29.

6 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 69.

7 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 43.

8 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 58.

امتألت مخازن المشتري بالقمح فطلب من البائع أن يوقف تسليم القمح بغرض تهيئة مخازن جديدة فالمدة التي توقف فيها تنفيذ العقد لا يؤدي إلى إنقاص كمية القمح المتفق عليها<sup>1</sup>. ذلك أن التقابل في الالتزامات غير تام في التنفيذ.

أما بالنسبة للعقد الزمني فالوقف يؤثر في كنهه بالنقص فيزول جزء منه، إذ أن الزمن الذي مضى مدة وقف تنفيذ العقد لا يمكن تعويضه بل قد يؤدي وقف التنفيذ إلى إنهاء العقد الزمني، إذا كانت مدة الوقف تزيد عن مدة العقد أو تساويها فلو أن فيضانا أغرق أرضاً مؤجرة واستحال على المستأجر أن ينتفع بالأرض مدة من الزمن فإن التزام المؤجر بتمكين المستأجر بدفع الأجرة مدة وقف تنفيذ العقد<sup>2</sup> لأن الأجرة تقابل الانتفاع، فالعقد الزمني يكون التقابل تاماً في الوجود والتنفيذ معاً.

## 6- من حيث تحديد مقدار قيمة الالتزام:

تنقسم إلى عقود محددة وعقود احتمالية

أ- **العقد المحدد:** هو الذي تنشأ عنه في ذمة طرفيه التزامات وحقوق محققة الوجود ومحددة المقدار، بحيث يستطيع كل منهما أن يعرف مقدماً مقدار ما يأخذه كل طرف ومقدار ما يعطيه وقت إبرام العقد، ومثاله بيع شيء معين بثمن معين يمكن تحديدها وقت انعقاد البيع<sup>3</sup> وقد تضمنته المادة 57 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على الرغم من الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري بين العقد المحدد والتبادلي. إلا أن العبرة في العقد المحدد هي بمسألة العلم بالمقدار.

ب- **العقد الاحتمالي:** هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل متعاقد وقت إبرام العقد تحديد مقدار ما يعطيه وكذا ما يتحصل عليه من منفعة<sup>4</sup> أو قد يكون أحدهما يعلم والآخر لا يعلم فهو عقد لا يعلم فيه المتعاقد مقدار الأداء الواجب المتوقع على أمر غير محقق الوقوع أو الحدوث فيكون العنصر الأساسي فيه هو الاحتمال ومثاله عقد التامين، والبيع الواردة عن الأموال المستقبلية مثل بيع الثمار قبل ظهورها بثمن جزافي.

ففي مثال عقد التامين فلو أن شخصاً قام بتأمين سيارته من الحريق في مدة سنة فنلاحظ هنا أن التزام المؤمن له قد تم تحديده وقت التعاقد بينما التزام شركة التامين غير محدد، فإذا وقع الحريق التزمت الشركة بدفع مبلغ التامين، وان لم يقع فإنها لا تلتزم بدفع شيء<sup>5</sup> ومن بين

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 69.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 71.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

4 لخلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 21.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 40.

العقود الاحتمالية والتي أطلق عليها المشرع الجزائري عقود الغرر نجد القمار والرهان و المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ،وينبغي عدم الخلط بين العقد الاحتمالي والعقد الشرطي فالعقد الاحتمالي يعتمد على عنصر الاحتمال فينقصد بإيجاده وينعدم بانعدامه أما العقد الشرطي فيشترك مع العقد الاحتمالي في كونه يتعلق بأمر مستقبلي غير محقق الوقوع إلا أن الغرض منه و إيقاف أو إنهاء فعالية العقد وقت تحقيق الشرط<sup>1</sup>، المادة 203، من ق، م، ج.

**\*\*\* أهمية التقسيم:** تتمثل أهمية التميز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي في:

**\* مسألة عنصر الاحتمال:** (الربح والخسارة). تقوم العقود الاحتمالية على احتمال الكسب أو الخسارة فإذا انتفى مثل هذا الاحتمال بطل العقد ومثال ذلك عقد التأمين على حياة شخص تبين أنه متوفي قبل إبرام عقد التأمين، أما العقود المحددة فلا تقوم على احتمال الكسب والخسارة<sup>2</sup>.

**\* من حيث التمسك بالغبن:** إن العقود الاحتمالية تقوم على عنصر الاحتمال والذي يؤدي بالضرورة إلى حصول تفاوت بين التزامات الطرفين، ومن ثم عدم التوازن لا يؤثر على القوة الملزمة للعقد لهذا لا يحق الطعن بالغبن في مثل هذه العقود<sup>3</sup>.

أما العقد المحدد فإنه يمكن الطعن فيه بالغبن نظرا لأن طبيعته تسمح بذلك ومنها ما هو منصوص عليه في المادة 90 و م 91 من القانون المدني.

والمقصود بالغبن هو عدم التعادل في القيمة ويكون في عقود المعاوضات لا عقود التبرع

**7- من حيث تكييفها (الاقتصار على عقد واحد أو المزج بين عدد من العقود):**

تنقسم العقود إلى عقود بسيطة وعقود مركبة

**أ-العقد البسيط:** هو العقد الذي يتضمن عملية قانونية واحدة، أي أنه يتناول نوعا واحدا من الروابط القانونية<sup>4</sup> بمعنى يقتصر على نوع واحد ولم يكن مزيجا من عدة عقود ومثاله عقد البيع وعقد الإيجار.

**ب- العقود المركبة:** وهي التي تختلف مواضيعها ولكن كلها تهدف إلى تحقيق غرض واحد<sup>5</sup> فهي تتضمن عمليات قانونية مختلفة فيما بينها لتصبح عملا قانونيا واحدا (عقد واحد)

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 50.

2 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 68.

3 عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 41.

4 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 71.

5 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 44.

غير قابلة للانقسام والتجزئة ومثاله عقد البيع الايجاري أي الإيجار الذي يتحول إلى بيع<sup>1</sup>، وهذا ما أشارت إليه المادة 363 و 364 من القانون المدني الجزائري.

وكذلك العقد بين صاحب الفندق والنزيل فهو يمثل عقد إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة للطعام وعقد عمل بالنسبة للخدمة وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة.

وأيضاً العقد بين صاحب المسرح والجمهور فهو يمثل عقد إيجار بالنسبة للمقعد وعقد عمل بالنسبة للمسرحية التي تعرض على الجمهور<sup>2</sup>.

إن العقد المركب أو المختلط تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها، إلا أنه إذا كان هناك اختلاف في الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي ونطبق أحكام ذلك العقد دون غيره<sup>3</sup> نظراً لكون هذه العقود متناقضة كما الجمع بين هبة عين وبيعها للموهوب أو الجمع بين القرض والمعاوضة<sup>4</sup>.

مما سبق نستنتج أن العقد المركب إذا كانت العقود غير متناقضة وتكون عقود مسماة فنطبق عليها الأحكام القانونية المطبقة على كل عقد أما إذا تناقضت أحكامها فعندئذ على القاضي ترجيح العقد الذي يحمل العنصر الرئيسي والجوهري لصعوبة الجمع بينها في التطبيق، وفي حالة غياب النص القانوني كأن تكون عقود غير مسماة فالقاضي يلجأ إلى القياس على العقود المتشابهة بالاعتماد على النظرية العامة للعقد.

## 8- من حيث المساومة والتفاوض:

تنقسم العقود من حيث التفاوض والمساومة عند إبرامها إلى عقود مساومة وعقود إذعان.  
أ- عقود المساومة: يشكل عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد<sup>5</sup> والذي يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد، فالاتفاق يكون وليد مساهمة الطرفين بمناقشتها للشروط التعاقدية كالبيع والإيجار.

ب- عقد الإذعان: هو العقد الذي يقبل فيه أحد العاقدين ما يعرض عليه من شروط موضوعة من قبل العاقد الآخر دون أن يسمح له بمناقشتها، وذلك لحاجته إلى التعاقد أو لما يتمتع به الطرف الآخر من احتكار فعلي واحتكار قانوني<sup>6</sup>، ومثالها عقود تزويد الكهرباء

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 72.

2 أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 21.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 125.

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

5 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 59.

6 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 70.

والغاز والماء وخدمة الهاتف فيتميز عقد الإذعان بعدم التوازن بين أطراف العقد لأن إرادة أحد الطرفين ترضخ للطرف الآخر الذي يفرض شروط العقد ولا يكون لإرادة الطرف الآخر إلا القبول بالشروط المفروضة دون مناقشتها<sup>1</sup> وهذا ما أشارت له المادة 708 من القانون المدني الجزائري في ثلاث نقاط:

- أن الشروط في عقد الإذعان مقررة من طرف الموجب
- أن الشروط غير قابلة للنقاش أو التفاوض فيما القبول أو الرفض
- يشكل القبول في عقد الإذعان التسليم للشروط المقررة والذي يمثل رضا نسبي للطرف المدعن<sup>2</sup>.

### **\*\*\* أهمية التمييز بين عقد المساومة وعقد الإذعان:**

**\* من حيث الأحكام المطبقة:** تطبق أحكام النظرية العامة للعقد في القانون المدني على عقد المساومة، أما عقد الإذعان فيخضع لأحكام خاصة، فيما يتعلق ببعض المسائل نظرا لتدخل المشرع ووضعه أحكاما خاصة بهذه العقود في القانون المدني وقانون الاستهلاك.

**\* من حيث القبول:** القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم أو قبول اضطراري بينما القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب.

**\* من حيث سلطة القاضي في تعديل وتحديد شروط العقد:** في عقد الإذعان يجوز للقاضي أن يعدل من الشروط التعسفية التي يحددها في العقد بما له من سلطة تقديرية في تعديل الالتزامات<sup>3</sup> وهذا ما أشارت له المادة 110 من القانون المدني، أما في عقود المساومة فإن القاضي لا يجوز له أن يخرج عن المبدأ القانوني في تحديد مضمون العقد وشروطه بأن العقد شريعة المتعاقدين<sup>4</sup> وفقا لما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

**\* من حيث سلطة القاضي في تفسير العقد:** إذا كانت القاعدة أن الشك يؤول لمصلحة المدين ففي عقد الإذعان تفسر العبارات الغامضة لمصلحة الطرف الضعيف أي الطرف المدعن دائما كان أو مدينا<sup>5</sup> أي غير ضار بمصلحته، المادة 112 ق م.

### **رابعا - تكوين العقد:**

إن الركن الأساسي في تكوين العقد هو الرضا والتراضي هو ظاهرة مركبة تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنهما وتبادلتهما من قبل الأطراف فيندمج بعضها

1 توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 62.

2 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 61.

3 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 71.

4 خليل أحمد حسن قداداه، المرجع السابق، ص 27.

5 لخلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 27.

ببعض لتكون الإرادة مشتركة وبذلك فمصطلح التراضي يعبر عن المراد من الركن الأول للعقد أفضل من مفرد الرضا الذي ذكره المشرع الجزائري في القانون المدني والذي يعني رضا شخص واحد دون الثاني<sup>1</sup>.

هذا من ناحية التسمية الملائمة والصحيحة، أما من الناحية الفقهية فالتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وللالتزام ركنان هما المحل والسبب فإذا تعددت الالتزامات التي يرتبها العقد تعدد المحل والسبب<sup>2</sup> وهذا هو التسلسل المنطقي في تحليل العقد فالعقد ركنه الرضا وموضوع الرضا التزام متوافر الأركان أي مشتمل على محل وسبب<sup>3</sup> إلا أن غالبية الشراح تجاوزوا هذا التسلسل لاعتبارات عملية واعتبروا أن المحل والسبب ركنان في العقد لاعتبارات عملية وذلك على اعتبار أن عدم توافر الشروط القانونية للمحل والسبب في العقد يترتب عليه بطلان الالتزام وبطلان الالتزام يؤدي بالضرورة إلى بطلان التراضي وبالتالي بطلان العقد.

وأن المحل ولو أنه ركن في الالتزام سواء كان التزاما عقديا أم غير عقدي، إلا أن شروط المحل لا تظهر أهميتها إلا بالنسبة للالتزام العقدي، كما أن فكرة السبب قاصرة على الالتزامات الإرادية دون غيرها<sup>4</sup> أي خاصة بالعقد أي بالإرادة أما من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري اتجه إلى اشتراط التراضي في المادة 59 من القانون المدني، وأضاف إليها ركنين أساسيين وهما المحل والسبب، فالتراضي موضوع أو محل محقق يرد عليه التعاقد يصلح لأن يكون محلا للالتزام وهذا ما أشارت له المادة 92 من ق.م، كما أن له باعنا يدفع إليه أو غاية يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات الناتجة عنه وهذا هو سبب العقد م 97 من ق.م، ولكي يكون التراضي صحيحا، لا بد أن يكون صادرا من متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد المواد 42 و 43 و 78 و 79 من القانون المدني أي بالغين سن الرشد والإشابة رضاهما عيب في الصحة المواد 40، 44 و 74 و 86 من القانون المدني<sup>5</sup> كما يجب أن يراعي ما قد يستلزم من شكل لا ينعقد العقد بدونه م 324 مكرر 01 من ق.م أو القبض في العقود التي تشترط ذلك (م 538 من ق.م، م 90 5 ق، م).

وانطلاقا مما سبق وذكرناه فإن العقد يتكون من ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب ويضاف إليها الشكلية في العقود التي تستلزم ذلك.

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 68.

2 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 23.

3 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 147.

4 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 23.

5 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

وعلاوة على ضرورة توافر أركان العقد للشروط القانونية والتي يترتب على تخلفها البطلان المطلق يجب توافر الأهلية في كل من طرفي العقد، كما يجب خلو الإرادة من العيوب، حيث أنه إذا شابته إرادة أحد العاقدين عيب من عيوب الرضا كان العقد صحيحاً ولكنه قابل للإبطال إذا ما طلبه من تقرر لمصلحته الإبطال<sup>1</sup> وهذا ما أقره الفقه التقليدي الذي فرق بين أركان العقد وشروطه وكان المعيار المعتمد هو الجزء المترتب على تخلفها فتعتبر أركان العقد شرطاً للانعقاد وجزءاً تخلفها البطلان المطلق أما توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب شرط لصحة العقد وجزءاً تخلفها البطلان النسبي.

### 1- التراضي:

يتصل بموضوع التراضي البحث في وجوه وصحته، إذ وجود الرضا لا يكفي لإنشاء العقد صحيحاً، بل لا بد أن يجيء الرضا سليماً من العيوب وإلا اعتري الفساد العقد بالرغم من قيامه ويكون مهدداً بالزوال<sup>2</sup>.

لذا نحن سنتكلم على وجود التراضي ثم على صحته.

**1-1- وجود التراضي:** لا بد لإبرام العقد من توافر الرضا ولكي يتوافر لا بد من وجود إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وأن يعبر عن هذه الإرادة في العالم الخارجي وأن يتلاقى التعبير الصادر عن إرادة أحد المتعاقدين أو ممن ينوب عنه مع التعبير الصادر عن إرادة المتعاقد الآخر وأن يتطابق معه.

### \*\*\* ملاحظة:

- وجود التراضي بجميع ما يتضمنه
- توافق الإرادتين بجميع ما تتضمنه
- بعض الصور الخاصة لتوافق الإرادتين (التعاقد بالإذعان، التعاقد بطريق المزايدة، التعاقد بالعربون، الوعد بالتعاقد، النيابة في التعاقد)
- شروط صحة التراضي
- الأهلية
- عوارض الأهلية
- عيوب الإرادة (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال)

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 75.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 76.

**1-1-1 وجود التراضي بجميع ما يتضمنه:** جاء في نص المادة 59 من القانون المدني "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

من هذا النص يتضح أن العقد لا يعقد إلا بارتباط الإيجاب مع القبول لإحداث أثر قانوني مع اشتراط أن تكون إرادة الطرفين متطابقة تمام الانطباق. إذا من أجل توفر ركن التراضي يستلزم تحقق شرط الإرادة وهذه الأخيرة لا تكون إلا بالتعبير عنها وبتطابق الإرادتين ينعقد العقد، وقد يكون هذا التغيير صادرا من الأصيل وقد يكون من النائب، كما أن التوافق للإرادتين يمكن أن يتخذ عدة صور مثل التعاقد بالمزايدة والتعاقد بالإذعان والتعاقد بالعربون. لذا سنتناول:

- وجود الإرادة والتعبير عنها.
- توافق الإرادتين.
- صور خاصة لتوافق الإرادتين.
- النيابة في التعاقد.

### **1-1-1-1 وجود الإرادة والتعبير عنها:**

- **تعريف الإرادة:** إن التعبير عن الإرادة هو مظهر خارجي يتخذه الشخص الطبيعي للكشف عن نيته في التعاقد، وتعد إرادة التعاقد جوهرية لوجود العقد، وهي عمل نفسي في أصله، إلا أنه لا يكتسب قيمة قانونية إلا بالتعبير عنه بإظهاره للعالم الخارجي، يقصد ترتب آثار قانونية عليها.

ويجب أن تكون الإرادة صحيحة حقيقية وجدية، صحيحة بصورها فما هو أهل للتعاقد ويجب أن يكون مدركا لما يقوم به فلا يعترف بإرادة عديم التمييز والمجنون أو من كان فاقدا لوعيه أثناء التعبير عن الإرادة كالمنوم مغناطيسيا، أما حقيقة التعاقد فعلا ولم يكن هازلا فلا يمكن أن تكون الإرادة صورية فلو أبرم شخصان عقد يقصد إخفاء عقد آخر فالعقد المخفي هو الحقيقي الذي يعترف به القانون من حيث المبدأ لأنه الذي أراده المتعاقدان حقيقة<sup>1</sup> أما بخصوص الإرادة الجدية فالإدراك والنية لا يكفيان للتعبير عن الإرادة بل لا بد أن تظهر للعالم الخارجي حتى تنتج آثارها القانونية ويكون ذلك إذا صدرت من شخصية قانونية مؤهلة سواء

1 عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 49.

شخص طبيعي أو معنوي يهدف من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر أو اكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة.<sup>1</sup>

- **الصور المختلفة للإرادة:** إن الإرادة مسألة نفسية تستوجب الكشف عنها بالكلام أو بالكتابة أو بالإشارة أو بأي وسيلة أخرى حتى يمكن الغير من الاطلاع عليها<sup>2</sup> أي تتحول من ظاهرة باطنية إلى ظاهرة خارجية يعتد القانون بها وهذا ما يسمى بحتمية وجوب التغيير عن الإرادة إلا أنه قد تختلف الإرادتين بصدد العلاقة القانونية المطروحة بسبب غموض في التغيير مثلاً أو خطأ، وقد يحمل التغيير أكثر من معنى وفي هذه الحالة يكون التساؤل التالي: أي الإرادتين يعتد بها؟ هل يبني العقد على التغيير أم الإرادة الكامنة<sup>3</sup>.

وفي هذا الشأن هناك نظريتان متعارضتان نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة. سنستعرض النظريتين، ثم نتطرق إلى موقف القانون المدني الجزائري.

\* **نظرية الإرادة الباطنة:** أصحاب هذه النظرية المستمدة من مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة يرون أن الإرادة الكامنة هي الأصل وأما التعبير عنها ما هو إلا مجرد وسيلة مادية لا بد منها للكشف عن الإرادة فهي مجرد ثوب ترتديه للتعرف عليها.<sup>4</sup>

فالمدرسة الفرنسية يعتد أنصارها بالإرادة الباطنية ويرون باستبعاد التعبير إذا خالف الإرادة الكامنة، فالعبرة بما انطوت عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة فلا يعدو أن يكون قرينة عليها تقبل إثبات العكس.<sup>5</sup>

ولهذه النظرية نتائج هامة على نظرية العقد، كما هو الشأن فيما يسمى بالصورية، وأيضاً عند تفسير العقد فإن العبرة تكون بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين.<sup>6</sup>

ويستند أنصار هذه النظرية إلى حجج تتمثل في:

- **حجة تاريخية:** القوانين القديمة قامت على الشكلية لإنشاء العقد والالتزامات إلا أنه حدث تطور... ، وبذلك فالقوانين الحديثة تعتمد بالرضا نفسه لا شكله، لذا يجب الاعتداء بالإرادة دون شكلها.

- **حجة منطقية:** إن القوة الملزمة للعقد هي إرادة أطرافه فالعقد سينشأ من ارتباط إرادتين، لذا فالشخص يلتزم بما أراده حقيقة، ولا يجوز التزامه نتيجة إعلان خاطئ عن إرادته.

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 72.

2 المرجع نفسه، ص 74.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 179.

4 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 75.

5 حمزة فتال، مصادر الالتزام، العقد، دار هومة، الجزائر 2018، ص 55.

6 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 181.

- **حجة اقتصادية:** يحكم العلاقات مبدأ الطمأنينة والذي يظهر في مرحلة إنشاء العقد إلا أن هذه الثقة والطمأنينة ستزول إذا ما وجد المتعاقد نفسه ملزماً بأمر لم يكن يقصده<sup>1</sup>.

\* **نظرية الإرادة الظاهرة:** ظهرت نظرية الإرادة في الفقه الألماني في النصف الثاني من القرن 19، وأنصار هذه النظرية يعتقدون بالإرادة الظاهرة، أي الإرادة التي ظهرت إلى العالم الخارجي عن طريق التغيير، ويرون باستبعاد الإرادة الباطنة إذا خالفت التغيير<sup>2</sup>.

فالمدرسة الجرمانية المعروفة بنزعتها المادية تعول على الإرادة الظاهرة ونرى أن القانون لا يهتم بالمظاهر النفسية وإنما يهتم بالظواهر الاجتماعية الخارجية، لأن هذا جوهر العقد وفيه من سلامة المعاملات واستقرارها وبعث الثقة بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

نلاحظ أن النظريتين مختلفتان إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن الأخذ بإحدى النظريتين بصفة مطلقة، بل يتعين التوفيق بينهما وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

### حجج أصحاب هذه النظرية:

- **حجة تاريخية:** ينشأ الالتزام بإجراء شكلي دائماً وإعلان الإرادة هو الحد الأدنى من الشكلية الذي لا يمكن الاستغناء عنه.

- **حجة منطقية:** الإرادة الباطنة يستحيل الوصول إليها لذا فالإرادة التي يمكن التعرف إليها والتي يترتب عليها الأثر القانوني هي الإرادة الظاهرة.

- **حجة اقتصادية:** الإرادة التي يعلم بها الغير هي الإرادة الظاهرة والتي تدل وتبعث على الثقة في المعاملات ولذلك هي العنصر الذي يجب الوقوف عنده ولا يحوز نقضه أو الانحراف عنه، فهي دليل لا يقبل إثبات العكس<sup>4</sup>.

\* **موقف المشرع الجزائري:** أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة كقاعدة سياسية وبالإرادة الظاهرة كاستثناء، ومن مظاهر الأخذ بالإرادة الباطنة:

- يشترط المشرع تطابق الإرادتين مما يدل على أن العبرة في انعقاد العقد بمطابقة التغيير لحقيقة ما يقصد صاحبه وليس على التعبير الظاهر فقط، وفقاً لنص م 59 من ق.م.

- أن الغلط والتدليس والإكراه باعتبارهم عيوباً تؤدي إلى إرادة ظاهرة غير مطابقة للإرادة الحقيقية، فإن المشرع أتاح إمكانية إهدار التعبير الظاهر الذي يقوم على وجود عيب من هذه العيوب بأن جعل العقد قابلاً للإبطال<sup>5</sup>. ومن ذلك نص م 81 من ق.م.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 90.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 56.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 181.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 91.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 52.

- تشترط المادة 97 من ق.م مشروعية السبب والمشروعية تقتضي فحص الدافع وهذا يعني العبرة بالإرادة الباطنة.<sup>1</sup>

- الفقرة 02 من المادة 111 ق.م فالقاضي عند تأويله للعبارات الغامضة في العقد يبحث عن النية المشتركة وبالتالي يعتد بالإرادة الباطنة.

- في حالة ثبتت صورية العقد فالمشرع يعتمد بالإرادة الحقيقية في حق المتعاقدين وخلفهما كما أن القانون المدني الجزائري اعتد بالإرادة الظاهرة في حالات أخرى، مثل:  
\*المشرع في المواد 59-60-61 من ق.م أشار إلى التعبير عن الإرادة والذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة.

\*رتبت المادة 62 من ق.م آثارا على التعبير عن الإرادة الصادر من شخص فقد أهلية أو توفي بعد ذلك وهذا دليل على الأخذ بالإرادة الظاهرة.

\*نص المادة 87 و 89 من القانون المدني بخصوص إبطال العقد للتدليس أو الإكراه، بضرورة توافر شرط العلم أو كان من المفروض علم المتعاقد المستفيد في حالة صدور التدليس أو الإكراه من غير المتعاقدين وهنا يدل على الأخذ بالإرادة الظاهرة.

\*طبقا لنص المادة 111 من ق.م يلتزم القاضي بعبارات العقد الواضحة والتي تمنعه من البحث عن إرادة المتعاقدين وهذا يدل على الأخذ بالإرادة الظاهرة.

\*المادة 198 من ق.م تسمح لدائني المتعاقدين والخلف الخاص إذا كانوا حسني النية التمسك بالعقد الصوري.

\*المادة 98 من ق.م فالمبدأ هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة أي السبب المذكور في العقد والاستثناء هو الرجوع إلى الإرادة الباطنة بالبحث عن السبب الحقيقي خاصة إذا كان مخالف للنظام وللآداب العامة.

نخلص إلى أن المشرع أخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة وأخذ بالإرادة الظاهرة كاستثناء، إلا أن هناك رأي يقول بأن المشرع أخذ بالإرادة المتعرف عليها، والتي تتصل بعلم الطرف الآخر.

- **التعبير عن الإرادة:** تنص المادة 59 من القانون المدني، يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتها المتطابقتين دون الإحلال بالنصوص القانونية".

نستنتج من خلال النص أن وجود العقد مرتبط بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين فلم يكتف بالإرادة فقط أو التعبير فقط وإنما يتطابق التعبيرين للطرفين كي يتحقق وجود العقد.

1 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 77.

هنا سنحاول طرق التعبير عن الإرادة:

\* إعلام التعبير عن الإرادة ووقت حدوث الآثار القانونية.

\* أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة.

- **طرق التعبير عن الإرادة:** عالجت المادة 60 من القانون المدني "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

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

أنماط التعبير عن الإرادة وأقرت أن الفرد حرفي التعبير عن إرادته إلا في الأحوال القانونية التي تجبر الشخص على إتباع شكل معين فمبدأ الرضائية هو القاعدة العامة والشكل هو الاستثناء.

- **التعبير الصادر من الأصيل:**

- التعبير الصريح.

- التعبير الضمني.

- السكوت للتعبير عن الإرادة.

- **التعبير الصادر من النائب.**

**التعبير الصريح:** أقرت الفقرة الأولى من المادة 60 من ق، م أن المظهر الأول للتعبير هو التعبير الصريح والذي يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، وباتخاذ موقف لا يدع، أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

- اللفظ هو المظهر المنتشر في الحياة اليومية فالعقود التي تبرم بكثرة لاقتناء مواد الاستهلاك أو خدمات، تبرم بهذه الطريقة (شراء جريدة - النقل بواسطة سيارة أجرة، شراء الخبز)<sup>1</sup>.

- **الكتابة:** من المتعارف عليه والمألوف بين الناس أن يتم التعبير بالكتابة سواء كانت ورقة عرفية أو رسمية، ويستوي في ذلك أن تكون الورقة مكتوبة باليد عن طريق الآلة الراقنة أو عن طريق نشرة مكتوبة أو إعلان<sup>2</sup>.

1الحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 38.

2خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 35.

- الإشارة المتداولة عرفاً: ومثالها حفر الرأس عمودياً كدلالة على السؤال في حين أن حفره أفقياً يفيد الرفض.

- اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه كوقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها وكعرض التاجر بضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها وكوضوح آلات ميكانيكية لتأدية خدمة معينة للجمهور<sup>1</sup>فالتعبير الصريح يقصد صاحبه إحاطة الغير علماً به باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده.

- **التعبير الضمني:** يكون التعبير ضمناً إذا كان المظهر المتخذ ليس ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ومثال ذلك الدائن الذي يسلم سند الدين للمدين والمستأجر الذي يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية مدة عقد الإيجار<sup>2</sup> م 509 من ق، م، يظهر على الإرادة بطريقة غير مباشرة، فبالرغم من عدم وجود تعبير واضح عن الإرادة بحسب المؤلف بين الناس، إلا أن الوظيفة التي يتخذها الشخص لا يمكن تفسيرها إلا بأنها تعبر عن إرادة محددة.

وللتعبير الضمني نفس قيمة التعبير الصريح، غير أن القانون في بعض الأحيان يستلزم أن يكون التعبير في شكل معين<sup>3</sup> أو إذا اتفق الطرفان على أن يكون صريحاً، مثل بعض الباعة الذين يشترطون تقديم طلب كتابي من أجل بيع شيء معين ومثاله نص المادة 505 من ق، م والمادة 935 من ث، م و م 331 من ق، م وفيهما يفرض من القانون من باب الاستثناء أن يكون التعبير صريحاً.

وهنا في هذه الحالة فبدت حركة التعبير من طرف المتعاقدين نفسيهما سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية.

- **التعبير عن إرادة شخص مصاب بعاهتين:** تنص المادة 80 من ق، م "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

يظهر من خلال نص المادة أن الشخص المصاب بعاهتين يتعذر عليه التعبير عن إرادته في إبرام التصرفات القانونية أن يلجأ إلى العدالة، حيث يمكن للمحكمة أن تعين له مساعداً يساعده في إبرام التصرفات المتعلقة بقضاء مصالحه، وفي حالة ما إذا تقررت

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 169.

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 22.

3 زكرياء سرايش، المرجع السابق، ص 48.

المساعدة وتم تسجيلها فمل تصرف يبزم من طرف الشخص ذو العاهتين بعد مشوبا العقد المبرم ويخضع للإبطال بقوة القانون وبمفهوم المخالفة فالشخص ذو العاهتين إذا لم تقرر له المساعدة يمكن له إبرام تصرفاته بالتعبير، الذي يساعده سواء كان صريحا أو ضمنيا.

- **مكانة السكوت في التعبير عن الإرادة:** قد يكون التعبير صريحا أو ضمنيا كما سبق وذكرنا إلا أنه في حالة السكوت يثور التساؤل عما إذا كان يصلح اعتباره تعبيراً عن الإرادة سواء في معرض الإيجاب أو القبول.

والأصل أن السكوت الخالص عدم فلا ينسب ساكت قول إلا أن معرض القبول يمثل الموافقة وهذا يسمح بان يعبر عنه بأي وسيلة تصلح حتى السكوت يصلح أن يكون قولاً أما في معرض الإيجاب فلا يصح لأن الإيجاب يجب أن يشتمل على شروط العقد أم القبول فلا يشترط ذلك<sup>1</sup> كذلك أن الإيجاب موقف إيجابي والسكوت هو موقف سلبي لذا لا يمكن التعبير به عن الإيجاب، إضافة أن الإيجاب هو أول مرحلة من مرحلتي العقد التي ينبغي أن يكون المعرض فيها متضمناً للبيانات اللازمة للتعاقد.

وبالرغم من أن السكوت لا يصلح للتعبير عن الإرادة كمبدأ عام إلا أنه سرد استثناءات عليه، حيث يصلح للتعبير عن القبول في حالتين هما:

- **إقرار القانون:** قد يقرر القانون أن السكوت بعد قبولاً سواء كان مصدره التسريع ومثاله نص المادة 355 من ق، م، في البيع يشترط التجربة حيث يعتبر سكوت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع قبولاً.

وقد يكون مصدره العرف التجاري ومثاله سكوت العمل وعدم اعتراضه على كشف الحساب الجاري المرسل من طرف البنك فبعد سكوته قبولاً بصفة الحساب.<sup>2</sup>

- **السكوت الملابس:** الأصل أن السكوت لا يصلح كعلامة قبول ومع ذلك يكون السكوت بمثابة في ثلاث حالات استثنائية، لما يقترن بظروف معينة ويسمى السكوت الملابس (السكوت الموصوف) والذي يتوقع فيه الموجب الرد بالرفض فقط.

وقد نصت المادة 68 من القانون المدني على أمثلة يكون فيها السكون قبولاً "إذا كانت طبيعة، المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ويعتبر

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 68.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 85.

السكوت عن الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إن كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

إلا أن هذه الأمثلة على سبيل المثال وليس الحصر فالأسباب التي تؤدي إلى ذلك عديدة وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup>.

**الحالة الأولى:** إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تجري على اعتبار السكوت قبولا.

مثال العرف التجاري، إرسال المصرف بيانا لعميله عن حسابه في المصرف وذكر أن عدم الاعتراض يعتبر إقرار له.

مثال طبيعة المعاملة إذا أرسل التاجر بصناعة لمن يطلبها وأضاف في الفاتورة شروطا مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها<sup>2</sup>.

**الحالة الثانية:** وجود تعامل سابق بين المتعاقدين:

إن وجود علاقات سابقة بين الطرفين تنبئ أن السكوت هو قبول من الموجب إليه كتاجر اعتاد إرسال بضاعة معينة إلى عميل له، دون أن ينتظر ردا فيعتبر سكوت العميل قبولا للبضاعة المرسلة وكذلك الحال، إذا لم يحظر صاحب العمل أو العامل أحدهما الآخر، بعدم رغبته في التجديد قبل انتهاء مدة العقد فالسكوت عن الأخطار هو تعبير ضمني بقبول التجديد<sup>3</sup>.

**الحالة الثالثة:** إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه إذا كان الإيجاب يصب حتما في مصلحة الموجب له بحسب ما هو معروف بين الناس، فإنه لا مبرر يجعله يرفضه ولذلك فإن السكوت في هذه الوضعية يحمل في الغالب على دلالة القبول أو مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب له، أن يتبرع له بشيء معين، حيث يكون الإيجاب هنا لمصلحة الموجب له<sup>4</sup> فالتصرف نافع نفعا محضا ومجرد السكوت في مثل هذه الحالة يدل على الرضا.

- **إعلام التعبير عن الإرادة ووقت حدوث الآثار القانونية:**

**إعلام التعبير عن الإرادة:** يتحقق وجود التعبير عن الإرادة بصدوره من أشخاص عمل قصد توجيهه إلى المتعاقد الآخر ليعلم به فشرط الإعلام نصت عليه المادة 61 من ق، م

1 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 41.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 69.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 176.

4 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 51.

"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قريته على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك".

من خلال نص المادة 61 من ق، صدور الإيجاب من الشخص عن قصد وقيل توجيهه يكون له وجود فعلي فقط ويتحقق وينتج التغيير أثره القانوني بتوجيهه إلى القابل الموجه له وعلم به، فإذا لم نتجه نية صاحب التعبير إلى إحداثه لم يكن له أثر ومثال ذلك إذا حرر شخص رسالة إلى آخر ولم يرسلها، بل أرسلها شخص آخر بدون إذن منه فغن علم الموجه له (القابل) لا يلزم صاحب التعبير (الموجب بشيء فالإعلام لم يكن إراديا، بل لا بد من اقتران الإعلام بإرادة الموجب وهذا ما يسمى بالإصدار ولكي يتحقق الأثر القانوني وينعقد العقد لا بد من اتصال التعبير بعلم من وجه إليه وهذا لتحقيق الوجود القانوني ولا بد أيضا أن يتصل القبول بعلم الموجب وهنا تغلق حلقة التعاقد.

وإن الوجود الصحيح، القانوني للتعبير عن الإرادة آثار قانونية حيث يستفيد الغير الذي يتصرف على أساس هذا التعبير من حماية القانون فيمكن مساءلة المعبر عن الإرادة إذا عدل عن إرادته وسبب ضررا للخبر، وهذه الآثار تختلف باختلاف طبيعة التعبير إذا كان إيجابا أو قبولاً.<sup>1</sup>

وكذلك حالة التعاقد إن كان حاصلًا في مجلس العقد أو عن طريق المراسلة.

**إذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا:** إذا كان التعاقد بين شخصين متصلين اتصالا كما إذا جمعها مجلس واحد أو عن طريق الهاتف فلا فرق بين وجود التعبير وبين وقت إنتاجه أثره القانوني إذ الموجب والقابل يكون العلم من طرفهما في نفس المكان والزمان وينتج أثر في نفس الوقت<sup>2</sup> فيتحقق الوجود الفعلي والوجود القانوني في آن واحد ويمكن العدول من طرف الموجب أو القابل أو إتمام العقد إلا إذا كان الإيجاب إما إذا تم التعبير عن الإرادة فغن الوجود الفعلي لا يتزامن مع الوجود القانوني، ويعتبر من المشرع أن وقت الاتصال بعلم من وجه إليه التعبير عن الإرادة هو وقت وصول الرسالة<sup>3</sup> كما ورد قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه برسالة أو برقية تصل إلى علم أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، لأنه يمكن أن يكون هناك وقتان وقت وصول العبير أي وقت وصول الرسالة ووقت العلم بها، مثلا لو كان المرسل إليه ي سفر فهنا يمكن للمرسل إليه إثبات عدم علمه بالرسالة ومنه فللموجب أن يعدل عن إيجابه

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 85.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 99.

3 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 86.

بشرط أن يصل العدول قبل الإيجاب أما وإذا علم القابل بالإيجاب أولاً ثم وصلتته العدول بالبرقية فلا يمكن للموجب العدول.

وتبقى مسألة تقدير وصول التعبير والعلم به، قرينة موكولة إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

**إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا:** فلا ينتج أثره القانوني إلا بوصوله إلى علم الموجب وبذلك يتم انعقاد العقد<sup>1</sup> أي أن القابل يوجه قبوله إلى الموجب ويعلم به هنا، ينعقد العقد، ومعنى ذلك أنه قبل وصول القبول إلى علم الموجب يجوز لمن صدر منه القبول (القابل) أن يعدل عنه على أن يصل العدول إلى علم الموجب قبل وصول القبول أو في وقته.

إن الأصل في انعقاد العقد طبقاً لنص المادة 61 من القانون المدني هو الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب إلا أنه هناك حالات بعقد العقد دون حاجة إلى وصول القبول كما في الحالات التي يكون القبول مستقداً من السكوت<sup>2</sup> لأن انعقاد العقد يكون من يوم بدء التنفيذ وليس من وقت علم الموجب به بالقبول.

وهناك حالة إذا اشترط الموجب بالاتفاق مع القابل أن قيام العقد يكون بتنفيذ العقد فيقوم التنفيذ من طرف المقابل مقام علم الموجب بالقبول.

**موت المعبر أو فقدان أهليته:** تنص المادة 62 من ق.م "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من صيغة التعامل". من خلال نص المادة يظهر بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وهذا يعني أن القانون لا يجعل للموت أو فقدان الأهلية أثراً على التعبير عن الإرادة، إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار، كما أن تكون عبارات الإيجاب واضحة بأن القبول لا بد أن يصدر من شخص بذاته، أو أن تستعصي طبيعة الإيجاب بأن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً، كما إذا كان فنان أو لاعب كرة أو رسام فإن القبول يسقط بموت القابل.<sup>3</sup>

**أثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب وفي القبول باعتبارهما موجب وقابل.**

- **في الإيجاب:** تنص المادة 61 من القانون المدني على أن العقد ينعقد بعلم الموجب أي الموجه له القبول ومن الطبيعي أن المادة تتكلم على حياة الموجب، في حين أن نص

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 188.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 98.

3 خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 36.

المادة 62 تنص على أن وفاة أو فقد أهلية من صدر عنه الإيجاب لا يؤثر على نفاذ العقد ويبقى الإيجاب صحيحا وللورثة الحل محل مورثهم في تلقي وعلم القبول.

وبما أن المشرع الجزائري قد مزج بين الأخذ بالإرادة الباطنة في نص المادة 61 والإرادة الظاهرة في نص المادة 62 من القانون المدني، فنحن نرى أن المادة 62 فيها ما يعمل على استقرار المعاملات وبالتالي فالإيجاب لا يسقط وللورثة الحل محله إلا إذا كانت شخصيته الموجب محل اعتبار.

- **في القبول:** إذا توفي من صدر من القبول أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه فإذا اتصل بعلم الموجب وهو حي ينعقد العقد بعلم الموجب إلا إذا كانت شخصية القابل محل اعتبار وإذا صدر القبول من القابل ووجه إلى الموجب وكان الموجب قد توفي أو فقد أهليته فيتم العقد ويحل ورثة الموجب محله في تنفيذ العقد، وكذلك يلتزم ورثة القابل بإتمام العقد مادام وجه مورثهم القابل وجه قبوله في حياته إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار.

**أثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب والقبول باعتبارهما موجه إليه القبول (الموجب) وموجه إليه الإيجاب (القابل)**

- حالة وفاة من وجع إليه القبول (الموجب أو فقد أهليته): سبق وذكرنا أن لورثة الموجب أونانية إتمام لتنفيذ العقد إلا إذا كانت شخصية الموجب محل اعتبار.

- حالة وفاة أو فقد أهلية من وجع إليه الإيجاب (القابل): إذا توفي القابل (الموجه له الإيجاب) قبل علمه سقط الإيجاب ولا يجوز أن يحل ورثته محله في تلقي الإيجاب وإصدار القبول. أما إذا اتصل الإيجاب بعلمه ولم يصدر منه تعتبر بالقبول فهناك تجاذب بين الفقهاء إلا أن الرأي الراجح أن القبول مسألة شخصية ورخصة لا يستعملها غيره، وبالتالي يسقط الإيجاب.<sup>1</sup>

**1-2- توافق الإرادتين:** يقصد بالتراضي توافق الإرادتين على إنشاء عقد، ويتم هذا التوافق على ثلاث مراحل هي الإيجاب والقبول ثم اقتران القبول بالإيجاب.

\* **الإيجاب:** هو التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إبرام العقد<sup>2</sup> وإذا ما توافق معه القبول انعقد العقد.

نرى أن هناك عرض أول يقابله موافقة أو رفض فإذا ما تم القبول وتطابق مع العرض الأول تحقق ركن التراضي ولا يهم في العقود مثلا لو كان عقد بيع إذا تقدم بالعرض الأول

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 102.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 57.

المشتري أو البائع فالعبرة بتوافر شروط العرض الأول من أن يكون محددًا أو دقيقًا وأن نتيجة الإرادة إلى إبرام العقد مباشرة فنقول أن هذا العرض إيجابًا سواء تقدم به البائع أو المشتري.

- **عناصر الإيجاب:** عرفنا الإيجاب كعرض للتعاقد يصدر من شخص يسمى الموجب ويوجه إما لشخص معين أو عدة أشخاص أو بصفة عامة للجمهور<sup>1</sup> إلا أن هذا العرض يستوجب شروط:

- يجب أن يكون الإيجاب دقيقًا، وذلك بتضمنه لطبيعة العقد والعناصر الأساسية التي يجب توافرها لإبرام العقد، فمثلاً إذا كان طبيعة العقد بيع فيجب أن يتضمن الإيجاب الشيء المبيع والتمن، وإذا كانت طبيعة العقد إيجاراً فيتعين أن يتضمن الإيجاب العين المؤجرة والأجرة والمدة، وإلا أصبح الإيجاب دعوة للتفاوض.<sup>2</sup>

- أن يكون الإيجاب باتاً وجازماً:

- لا بد أن يدل الإيجاب على إرادة الموجب لإبرام العقد دون تحفظ، وبمجرد اقتتران القبول به ينعقد وذلك بشرط أن لا يغير القبول في الإيجاب وإذا ما كان الإيجاب صحيحاً أصبح أثره القانوني في صلاحيته لاقتترانه بقبول مطابق.

- **التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد:** لنكون بصدد إيجاب يجب أن يتسنى للموجب له الاطلاع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه وينعقد العقد بين الموجب والموجب له بمجرد صدور القبول دون إضافة أي شيء آخر.<sup>3</sup>

فالعارض أي الموجب يقترح كل المسائل الجوهرية في العقد بحيث يكفي القبول بهذا العرض حتى يتكون العقد المراد إبرامه أما إذا كانت العناصر الأساسية اللازمة لتحديد مضمونه غير محددة في العرض فإن القبول بها لا يكفي لانعقاد العقد وهنا نكون بصدد دعوة للدخول في مفاوضات.<sup>4</sup>

فالدعوة إلى التعاقد هي مرحلة تتقدم الإيجاب وتتميز عنه لأن الغرض منها انطلاق المفاوضات<sup>5</sup> ومثال ذلك اللافتة التي يعلقها شخص على منزله تفيد أنه للإيجار أو للبيع<sup>6</sup> أو الإعلان عن مناقصة أو طرح صفقة في المزاد أو عرض بيع شيء ما دون تحديد الثمن، فهي دعوة بتقديم عروض كاملة وشاملة قد تنتهي إلى اللاشيء أو ينتهي إلى إيجابات.

1الحلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 43.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 64.

3 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 88.

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 195.

5 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 88.

6 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104.

نخلص إلى أن الدعوة إلى التعاقد يحتفظ فيها المعلن لنفسه الحق في اعتماد أو عدم اعتماد قبول من وجه إليه<sup>1</sup> أما الإيجاب فلا يستطيع الموجب التحلل منه.

- أن العرض الدقيق إيجاب أما العرض العام غير الدقيق فيعتبر دعوى للتفاوض، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتكيف العرض إيجاب أو دعوة للتعاقد. ويأخذ بعين الاعتبار في هذه العملية كل الظروف المحيطة بالعروض ومضمون العرض ونية الموجب<sup>2</sup>.

- **الإيجاب الملزم: (القوة الملزمة للإيجاب):** القوة الملزمة للإيجاب المقصود منها هو الأثر القانوني للإيجاب أو هو الثبوت والاستقرار فيه ومدى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه بعد صدوره منه واضحا ودقيقا مدة من الزمن<sup>3</sup>.

وطبقا لنص المادة 61 من القانون المدني فالإيجاب غير ملزم عن صدر منه إلا إذا علم به من وجه له فيكون ملزما من الناحية القانونية.

كما أن الإيجاب يكون ملزما طبقا لنص المادة 63 من القانون المدني "إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة العاملة.

من خلال نص المادة نرى أن المشرع قرر أن الإيجاب المتضمن أجلا للقبول يكون ملزما، ولا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقض الأجل المحدد أو يعلن الموجب له عن رفضه وبترتب على هذا الالتزام انعقاد العقد إذا صدر القبول في الموعد المحدد<sup>4</sup>.

فعلى الموجب التقيد بالميعاد وإذا عدل قبل انتهائه فلا يعتد بعدوله لمخالفته القانون،

فإذا صدر القبول في المهلة المحددة انعقد العقد حتى ولو رجع الموجب عن إيجابه<sup>5</sup>.

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة 63 من القانون المدني على أن هناك نوعان من

الأجل صريح وضمني، فالأجل الصريح يحدد الموجب بمدة زمنية كالتزامه بالبيع خلال مدة شهر أما الضمني فيستفاد من ظروف العاملة ففي المعاملات العقارية تقتضي ظروف العاملة إعطاء مدة مناسبة لمن وجه إليه الإيجاب وقد تفرض ظروف الحال أجلا ضمنا كأن يصدر إيجاب في المسيلة والموجب له في سطياف فهذا الإيجاب يقتضي حتما بقاء الموجب على

1 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 59.

2 لخلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 44.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 231.

4 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 92.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 105.

إيجابه لحين وصوله إلى الموجب له على الأجل، وأن أساس التزام الموجب هو الإرادة المنفردة، كما أن الأجل الضمني يكون خاضعا لرقابة القاضي<sup>1</sup>.

- أثر الإيجاب: إذا كان الإيجاب قائما لم يسقط يصح أن يقترن به قبول مطابق أما إذا سقط فيصبح غير صالح لاقتترانه بالقبول كما إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعقد العقد.<sup>2</sup>

- سقوط الإيجاب: سقوط الإيجاب هو اعتبار الإيجاب كأن لم يكن وزوال كل أثر قانوني له ويكون السقوط بالنسبة للإيجاب الصحيح المنتج لآثاره القانونية. أما الإيجاب الذي لم ينتج أثره فيرد عليه الرجوع<sup>3</sup>.

#### - حالة الإيجاب الملزم:

- إذا انقضت المدة المحددة لقبوله ولم يعلن من وجع إليه الإيجاب القبول.  
- رفض الإيجاب ممن وجه إليه وبعد تعديل الإيجاب رفضا للقبول وهو إيجاب جديد يستلزم موافقة صاحب الإيجاب القديم.

- حالة الإيجاب غير الملزم: وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين (مجلس

العقد)

- إذا رفع فيه الموجب قبل أن يقترن به قبول حتى قبل انقضاء من مجلس العقد.

- إذا انقضى مجلس العقد دون أن يصدر القبول يقترن بالإيجاب.

- إذا رفضه من وجه إليه<sup>4</sup>.

\* القبول: القبول هو الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له، فهو العنصر

الثاني في العقد لكونه يعبر عن قبول الإيجاب الذي صدر في وقت سابق<sup>5</sup>.

وهو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي

تقدم به الموجب، وهو يشكل الإرادة الثانية والتي سبقتها الإرادة الأولى وهي إرادة الموجب<sup>6</sup>.

كما يجب أن تتوافر فيه الشروط القانونية المتعلقة بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث

أثر قانوني معين وضرورة التعبير عنها، ولكي ينشأ العقد بالقبول لا بد أن يكون الإيجاب

لازال قائما، وأن يأتي القبول مطابقا للإيجاب<sup>7</sup>.

1 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 92.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 108

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 236.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 108.

5 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 96.

6 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109،

7 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 64.

- **حرية القبول:** الأصل في حرية التعاقد القبول فالموجب له يستطيع أن يقبل الإيجاب أو يرفضه، كما يكون له أن يدعه يسقط، فمن يرفض إيجابا وجه إليه، لا يكون مسؤولا عن هذا الرفض<sup>1</sup> ولكن قد يتعرض للمسؤولية إذا ثبت أن رفضه دون مبرر ويكون ذلك في حالة إذا كان الإيجاب قد قدم إلى الموجب له بناء على دعوة سابقة منه للموجب وهذه الحالة تكون إذا كانت هناك دعوة للتعاقد من طرف تاجر ينشر إعلاناته على الجمهور ويبيعت لهم بقوائم أسعاره، فإن رفض التاجر (الموجب له) عرض الإيجاب المقدم من أي شخص فيعتبر رفض الإيجاب خطأ يرتب عملا غير مشروع يستوجب الحكم عليه بالتعويض وقد يرى القاضي في هذه الحالة الحلم بالتعويض الغيبي فيحكم باعتبار العقد المرفوض عقدا قائما<sup>2</sup>.

نخلص إلى أن القبول يعد تعبيراً عن الإرادة، وصاحبه حر في إصداره غير مكره، وهو يأتي في المرتبة الثانية بعد صدور الإيجاب.

- **التعبير عن القبول:** يتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمنا، كما أنه يمكن أن يكون في بعض الحالات السكون تعبيراً عن القبول كما سبق وذكرنا في نص م 68 من ق.م.

- **شروط القبول:** سبق وذكرنا أنه يجب على القبول أن يكون مطابقا للإيجاب وأن يصدر قبل سقوط الإيجاب وهذان هما شرطا القبول.

- **مطابقة القبول للإيجاب:** لكي يتم العقد يجب أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب فتكون المطابقة على جميع عناصر العقد التي تضمنها الإيجاب إلا أن نص المادة 65 من القانون المدني عددت نوعين من العناصر، عناصر جوهرية وعناصر تفصيلية، فنصت كالتالي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا على مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

من نص المادة يظهر أن القاعدة العامة هي التطابق الكلي فلا بد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب وفقا للشروط التي تضمنها الإيجاب دون زيادة أو نقصان لهاته الشروط فتكون الموافقة على جميع العناصر جوهرية أو ثانوية<sup>3</sup>.

إلا أن هناك استثناء وهو التطابق الجزئي في حالة الاتفاق بين الموجب والموجب له على تأجيل الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية إلى ما بعد إبرام العقد.

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 240.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109.

3 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 70.

وإذا ما حدث خلاف لاحق فعلى القاضي أن يحددها على أساس طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

كما نصت المادة 66 من ق.م "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً".  
تنص المادة على أن التغيير في الإيجاب يعتبر رفضاً للإيجاب وليس قبولاً فإذا عرض البائع على المشتري بيع محفظة بـ 5000 دج وقال المشتري أستتر بها بـ 4000 دج فهنا يسقط إيجاب الأول ولا يعد التعديل في الثمن قبولاً وإنما هو إيجاب جديد.

- **صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:** يجب أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً، لم يسقط، أي أن يصدر خلال صلاحية الإيجاب للاقتران به، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية، يتعين صدور القبول قبل انقضاء المدة المحددة أي قبل سقوط الإيجاب م 63 من ق.م وإلا اعتبر إيجاباً جديداً (م 66 من ق.م)

ذلك أن القبول بعد انتهاء المدة يعد إيجاباً جديداً من قبل الموجه له الإيجاب.<sup>1</sup>

- **اقتران القبول بالإيجاب:** نصت المادة 59 من القانون المدني على أن قيام وانعقاد العقد يكون بتطابق الإرادتين، وقد وضحت أكثر المادة 61 من القانوني المدني على أن حدوث الأثر القانوني لا يكون إلا بعلم الموجب بالقبول.

وتطابق واقتران الإيجاب بالقبول يتم إما في مجلس يجمع كل من الموجب والقابل أو قد لا يجمعهما مجلس واحد وتلك هما صورتا الاقتران.

\* **التعاقد بين حاضرين: (مجلس العقد)** نصت المادة 64 من القانون المدني على حالات عدول الموجب عن إيجابه وقد سبق وذكرناها في التعرض للإيجاب وحالات العدول والسقوط، إلا أن نفس المادة تكلمت عن مجلس العقد.

هذا الاصطلاح مستمد من الشريعة الإسلامية والمقصود منه التعاقد بين حاضرين.<sup>2</sup>

ويقصد بمجلس العقد المكان الذي يجمع كلا من أطراف العقد بحيث يسمع كل منهما الآخر، ولا يشترط لتوافر ركن المكان في المجلس أن يكون حقيقة وإنما يمكن أن يكون (حكماً) مجازاً كما يحدث في التلفون أو عبر الوسائل الحديثة كالإنترنت. بحيث يسمح كل منهما الآخر دون أن يجمعهما مكان معين<sup>3</sup> فالتعاقد بين حاضرين يجعل المتعاقدين على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فهو الحالة التي يصدر فيها كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد بحيث يعلمه المتعاقد الآخر سواء حقيقة

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 112.

3 خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 42.

أو حكماً<sup>1</sup> فالأصل في مثل هذا التعاقد أن العقد تم في الوقت الذي يقترن فيه القبول مع الإيجاب، وفي حالة التعاقد بين حاضرين فالعلم بالقبول يحصل في الوقت ذاته فوقت صدور القبول هو وقت العلم به من طرف الموجب سواء تعاقد حكماً أو حقيقة.

أما بالنسبة للمكان فالتعاقد حقيقة مكان العقد هو المكان الذي يجمعهما، أما التعاقد حكماً فالمكان هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول والمادة 64 من ق.م.ت.كلمت عن أن من يوجه إليه الإيجاب ولم يكن ملزماً أي لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب على القابل أن يصدر قبوله مباشرة فوراً وبمجرد صدور الإيجاب، وإلا فإنه يمكن للموجب العدول والتحلل من إيجابه. أما الفقرة الثانية فنصت على أن الموجب إذا أبقى على إيجابه وصدر القبول ولكن ليس بصورة فورية إلى بعد مرور فترة طبعاً تكون قصيرة.

إلا أن صدوره كان قبل انقضاء من مجلس العقد فإن العقد ينعقد قانونياً.

- **التعاقد بين غائبين:** إذا كان المتعاقدان ليسا في مكان واحد، ويكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير إيجاباً أو قبولاً نكون بصدد التعاقد بين غائبين<sup>2</sup> ويكون عن طريق المراسلات البريدية أو البرقية أو عن طريق إرسال رسول ينقل إرادة أحد الأطراف إلى الآخر. وهذه الصورة من التعاقد تثير التساؤل حول الوقت الذي ينعقد العقد والمكان الذي يتم فيه ذلك، وقد عالجت هذه المشكلة أربع نظريات:

\* **نظرية صدور أو إعلان القبول:** تذهب هذه النظرية إلى أنه بمجرد إعلان القابل قبوله يتم العقد<sup>3</sup> أي مكان وزمان انعقاد العقد هو صدور القبول من طرف القابل، ومن ثم لم يشترط وجوب اتصال القبول بعلم الموجب.<sup>4</sup>

#### **النقد:**

- توافق الإرادتين يلزم إعلان القبول وعلم الموجب به أي وجود إرادتين ففي هذه النظرية خروج عن القواعد العامة.

- صعوبة إثبات وقت إعلان القبول، مما يجعل الموجب يجهل وقت إبرام العقد وإمكانية تراجع الموجب له في قبوله دون أن يستطيع الموجب العلم بذلك<sup>5</sup> فالإعلان متعلق بالقابل وحده ويستطيع إنكار صدوره فله سلطة أكثر من الموجب.

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 73.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 76.

4 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 59.

5 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 74.

\* **نظرية تصدير القبول:** ينعقد العقد في الوقت الذي يتم فيه تصدير القبول إلى الموجب أي الوقت الذي يبعث الموجب له الرسالة التي تتضمن قبوله للموجب أما إذا كان رسول فالوقت الذي يسافر فيه الرسول<sup>1</sup>.

**النقد:** رغم أنه لا يمكن للموجب له ظاهريا أن يتراجع في قبوله دون علم الموجب بذلك إلا أنه في الحقيقة يستطيع ذلك<sup>2</sup> حيث أنه يمكن للموجب له أن يتراجع عن قبوله بعد تصديره فإذا تم تصدير القبول عن طريق رسالة بريدية يستطيع أن يرسل بريقة مستعجلة للعدول عن قبوله وفي هذا تنافي مع مبدأ استقرار المعاملات<sup>3</sup>.

\* **نظرية استلام القبول:** أصحاب هذه النظرية يرون أن القبول لا يكون نهائيا إلا إذا تسلمه الموجب، وبذلك لا يستطيع القابل العدول عنه ولا يؤثر في ذلك عدم علم الموجب به بعد تسلمه وبهذا يتحدد إبرام العقد من يوم استلام القبول<sup>4</sup>. وفي هذه النظرية يتحمل الموجب به خطر ضياع أو تأخير القبول ويتحمل الموجب تبعة عدم علمه بالقبول وذلك من وقت وصوله.

**النقد:** جهل المتعاقدين وقت انعقاد العقد فهي لا تخول حماية كافية في حالة ضياع القبول وعدم تسلمه وفيها ظلم للموجب الذي لم يرتكب خطأ عند عدم اطلاعه على القبول<sup>5</sup>.  
\* **نظرية العلم بالقبول:** حاول بعض الفقهاء تعديل نظرية تسليم القبول كقرينة على العلم لاعتبار التسليم ليس ضمانا أكيدة محاولين ضمان تحقق علم الموجب باعتبار تسلم القبول قرينة على العلم قابلة لإثبات العكس، ويعني هذا أنه لا ينعقد العقد إلا بالعلم الحقيقي للموجب<sup>6</sup>. فينعقد العقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ويقضي أن يطلع هذا الأخير على الرسالة المتضمنة للقبول.

**النقد:** تأجيل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله، إضافة إلى صعوبة إثبات وقت العلم بالقبول، إلا أنها تحقق استقرار للمعاملات<sup>7</sup>.

\* **موقف المشرع الجزائري:** نصت المادة 67 من القانون المدني "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

1 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 105.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 74.

3 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 49.

4 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 60.

5 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 106.

6 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 77.

7 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 106.

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

من نص المادة فالمشرع أخذ بنظرية العلم بالقبول ويعتبر التعاقد قد تم في الزمان والمكان  
الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، فوقت انعقاد العقد هو وقت العلم بالقبول.

والعلم واقعة مادية، فيجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، القرائن  
القضائية، وأقام المشرع قرينة جعل من وصول القبول إلى الموجب دليلاً على عمه تسهيلاً  
لإثبات العلم، إلا أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، فيستطيع الموجب  
إثبات عكسها، بعدم علمه رغم وصول القبول أو أنه علم به في وقت لاحق بعدم وجوده فعلاً  
في مسكنه، مما يمكن للقابل لإثبات عكس ذلك ويؤكد علم الموجب<sup>1</sup>.

إن نص المادة 67 هو تطبيق لنص المادة 61 والتي تكلمت عن الوجود القانوني للعقد  
بعلم الموجب بالقبول، وبذلك فالتعاقد بين غائبين مكانه وزمانه هو علم الموجب بالقبول إلا أن  
هذه القاعدة قاعدة مكملة فيجوز للمتعاقدين تعيين زمان ومكان إبرام العقد بنفسهما وفي هذه  
الحالة يجب التقيد بالاتفاق.

وهناك حالة أخرى استثنائية وهي إذا نص القانون صراحة على تحديد زمان ومكان انعقاد  
العقد فيجب الأخذ به.

#### - أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد:

أهمية تحديد زمان انعقاد العقد: تظهر أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في:

- معرفة الوقت الذي يتيح فيه العقد آثاره القانونية: تتولد آثار العقد في الوقت الذي  
يبرم فيه زمن الانعقاد يمكننا من تجديد الوقت الذي تتيح فيه آثار العقد.

نذكر منها أن الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الشيء المحدد بالذات يتوقف على تاريخ  
انعقاد العقد (إبرام العقد)<sup>2</sup> (المواد 72 و 160 و 165، و 351 في ق.م)

- احتساب مدة التقادم: يساعدنا زمان انعقاد العقد في احتساب وقت بدئ سريان تقادم  
الالتزام المبين عن العقد من وقت تمامه، أي من الوقت الذي يصير فيه القبول إلى الموجب  
م 308 وما يليها من القانون المدني<sup>3</sup> في احتساب مدة تقادم دعوى البطلان المطلق تكون  
بديلة في تاريخ إبرام العقد، وكذلك مدة سقوط دعوى أبطال العقد على أساس الاستغلال، حيث  
ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ إبرام العقد م 90 من ق.م.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 117.

2 زكرياء سرايش، المرجع السابق، ص 60

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 271

- **تثبيت حق الموجب في القبول عن إيجابه:** كقاعدة عامة يجوز للموجب الرجوع في إيجابه إلى الوقت الذي يتم فيه العقد إذا كان الإيجاب غير ملزم، والأمر كذلك بالنسبة للقابل أن يعدل عن قبوله إلى هذا الوقت أيضا، لأن وقت الانعقاد لا يستطيع كل من طرفيه يتحلل من العقد<sup>1</sup>.

- **القانون الواجب تطبيقه على الالتزام العقدي:** القانون المعمول به هو وقت انعقاد العقد، إلا أن أحكام القوانين الجديدة لا ترى من حيث الزمان إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذها أما تلك التي تم انعقادها قبل نفاذها فهي تخضع للقانون القيم قانونا طبقا لنص م 02 ف.ق.<sup>2</sup>

- في الدعوى البولصية لا يستطيع الدائن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين إلا إذا كان حقه سابقا في تاريخ شؤونه على تاريخ التصرف الذي يريد أن يطعن فيه، فمعرفة وقت انعقاد التصرف من طرف المدين مهم لمنح الحق للدائن في رفع هذه الدعوى م 191-192 شن ف،م .

- شهر الإعسار والإفلاس لا تشري في حق الدائنين التصرفات التي تبرم بعد شهر الإعسار والإفلاس.

- **قواعد القانون الدولي الخاص:** يخضع العقد لقانون لنص محل إبرام العهد المادة 18 من ف.م أي لقانون الدولة التي أبرم فيها كما نصت المادة 19 من ق.م تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه فالعقود من حيث الشكل تخضع لقانون البلد الذي تمت فيه<sup>3</sup>.

- **المحكمة المختصة محليا أو إقليميا.** حيث يتوقف تحديد الاختصاص المحلي في بعض الأحوال على معرفة مكان انعقاد العقد في حالة النزاع الذي يثور بين العاقدين بشأن العقد م 37 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهناك حالات تقضي منها قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص لسريان قانون الدولة التي انعقد فيها العقد وهو المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب<sup>4</sup>.

**3-1 - صور خاصة لتوافق الإرادتين:** هناك شروط عامة لقيام التراضي وتطابق الإرادتين كما سبق وذكرنا في نصوص المواد 59- 60- 61 من القانون المدني، إلا أن

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 119

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 272.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 120

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 273

هناك تطبيقات خاصة تخضع لها بعض العقود في قيام ركن الرضا ونصت عنها المواد 69 من القانون المدني العقد بطريق المزايدة والمادة 70 التعاقد بالإذعان والمادة 71-72 الوعد بالتعاقد والمادة 72 مكرر التعاقد بالعربون وهناك حالة التعاقد بالنيابة وهو نظام يذلل الصعاب العملية التي تحول دون حضور صاحب الشأن لإبرام العقد بنفسه<sup>1</sup>.

### 1-3-1- التعاقد بطريق المزايدة: تنص المادة 69 من القانون المدني "لا يتم العقد

في المزايدات، إلا برسو المزداد، ويسقط المزداد بمزداد أعلى ولو كان باطلاً" إن الطريق العادي للتعاقد يكون بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما حول عقد معين، والتفاوض بشأنه إلا أنه أحيانا يتم التعاقد بالمزايدة، حيث يمكن أن يكون البيع بالمزاد العلني اختياريا كمن ينظم مزادا بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في إجرائه لبيع منقولات أو عقار<sup>2</sup>. أو إجباريا كالبيع الجبرية عن طريق القضاء أو الإدارة مثل حالة بيع أموال لمدين بسبب عدم وفائه بديونه، وفي حالة التعاقد بالمزاد العاني فإن افتتاح المزايدة على الثمن هو دعوة للتعاقد، أما التقدم بالعطاءات من طرف المزايدين فهي الإيجاب، وأن القبول لا يتم إلا برسو المزداد.

ومما هو ظاهر من نص المادة فإن العطاء يسقط بعطاء يزيد عليه ولو كان العطاء باطلاً أو قابلاً للإبطال، ويكون العطاء باطلاً لصدوره من عديم الإرادة وإذا صدر من شخص له مانع قانوني من التعاقد نص المادة 40 من القانون المدني، ويكون قابلاً للإبطال إذا صدر من ناقص الأهلية كالقاصر، ويسقط العطاء إذا أقفل المزداد دون أن يرسوا على أحد، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد في قبول أو رفض أي عطاء، فلا يتم إرساء المزداد إلا بعد أن يستعمل صاحب الخيار حقه<sup>3</sup>. وإذا أخطأ صاحب المزداد بعدم إرسائه المزداد على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول، قامت مسؤوليته على أساس العمل غير المشروع والتزم بالتعويض.

### 1-3-2- التعاقد بالإذعان: نصت المادة 70 من القانون المدني "يحصل القبول في

عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة" إن فحوى المادة فيه خلاف للوضع العادي لانعقاد العقد والذي تسبقه مفاوضات يناقش فيها الطرفان شروط العقد وأحكامه بل هي تتكلم عن الحالة التي يكون فيها لأحد الطرفين من

1 زكرياء سرايش، المرجع السابق، ص 63.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 121.

3 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 65.

القوة ما يجعله يفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشتها<sup>1</sup>.

وهذه الحالة يطلق عليها عقد الإذعان الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو إلى هذه الخدمة فيملي عليه الطرف القوي شروطه التي تكون عادة في صيغة مطبوعة يذعن له الطرف المضطر بقبولها مثل عقد شركة المياه، الكهرباء والغاز، النقل، التأمين، وفي هذا العقد يكون الإيجاب عبارة عن الشروط المكتوبة أما القبول فهو مجرد التسليم بهذه الشروط، إلا أن القبول هو اضطراري لذلك سمي مجرد التسليم<sup>2</sup>.

- **أحكام حماية الطرف المذعن:** سن المشرع أحكاما خاصة تهدف إلى حماية الطرف الضعيف بوسيلتين:

- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية أو جائزة جاز للقاضي وفقا للمادة 110 من القانون المدني التدخل قصد التوفيق بين مصالح الأطراف المعنية، ورفع الشدة عن الطرف المذعن أو الضعيف في العلاقة العقدية، وذلك بتعديل أو إلغاء بعض هذه الشروط بما يتفق مع العدالة والقانون ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>3</sup>.

ووفقا للقواعد العامة فالعقد شريعة المتعاقدين إلا أن نص المادة 11 أعطى سلطة استثنائية للقاضي بالتعديل من الشروط أو إعفائه منها كلية والنص هو قاعدة لأمر لا يجوز مخالفتها.

وفيما يتعلق بتفسير العبارات الغامضة في العقد تنص المادة 112 من القانون المدني "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "

في الفقرة الأولى يؤول الشك لمصلحة المدين وهذه هي القاعدة العامة، إلا أن الفقرة الثانية هي استثناء فيؤول الشك لمصلحة الطرف المذعن الضعيف في تفسير عبارات العقد الغامضة<sup>4</sup>.

1 المرجع نفسه، ص 66.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 77.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 344.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 125.

**1-3-2- التعاقد بالعربون:** تنص المادة 72 مكرر من القانون المدني "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون ففده .

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي أضرار" تتحدث المادة عن دفع العربون كوسيلة للعدول الاختياري فهو يفيد ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين، بمعنى أن ثمن العدول هو مبلغ العربون، إلا إذا اتفق الطرفان على عكس ذلك بأن العربون من أجل تأكيد قيام العقد.

وخسارة قيمة العربون ورد مثله لم تعتبرها المادة 72 مكرر تعويضا للعدول عن التعاقد وإنما قضى بها ولم يترتب عن العدول أي ضرر<sup>1</sup>.

والعربون منتشر في البيع والإيجار، وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الداليتين المتعارضتين، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة التأكيد، وكلتا الداليتين قابلة لإثبات العكس ويستفاد ذلك من نية المتعاقدين ومن ظروف التعاقد .

**\* دلالة العربون في القانون المدني الجزائري:** دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين العدول عن إبرامه خلال المدة المتفق عليها، فإذا انقضت المدة دون أن يظهر من أي المتعاقدين رغبة في العدول فيتأكد العقد ويعتبر العربون تنفيذا جزئيا له فإذا عدل من دفعه ففده وإذا عدل من قبضه رده مضاعفا<sup>2</sup>..

إلا أن هذه المادة تحتوي قاعدة مكملة فالأصل هو العدول إلا إذا اتفق الطرفان على أنه للتأكيد فنطبق الاتفاق على العدول.

**1-3-3- الوعد بالتعاقد:** يعرف بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد بالمستقبل إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في ذلك، وقد تكون الرغبة تبادلية ويسمى فيها الاتفاق بالوعد المتبادل أو الوعد من جانبين، وقد تكون الرغبة غير تبادلية ويسمى فيها الاتفاق بالوعد من جانب واحد والنوع السائد هو الواعد بالتعاقد من جانب واحد فالوعد من جانبين نادر الوقوع في الحياة العملية<sup>3</sup>.

فالوعد بالتعاقد ارتباط تمهيدي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بإبرام العقد الموعد به في المستقبل متى أظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 325.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 136، 137.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 92-93.

عليها، كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال مدة محددة أو التزام مشتري بشراء سيارة بثمن معين إذا أراد صاحبها بيعها خلال مدة معينة.

فهو يقع في مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي، والعقد النهائي يتم عندما يظهر الموعد له رغبته في التعاقد، وإن لم يظهر رغبته زال كل أثر للارتباط التمهيدي.

فالوعد بالتعاقد هي اتفاقات تمهد للعقد النهائي الذي ينعقد وربما لا ينعقد، فهو من العقود التمهيديّة أو التحضيرية تتلاقى فيه إرادة الموجب وهو الواعد بإرادة الموجب له وهو الموعد له، فهو تمهيد للعقد النهائي المنشود.

وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في نص المادة 71 منه.

- **شروط الوعد بالتعاقد:** إن الوعد بالتعاقد الصحيح هو الذي يستوفي شروط العقد النهائي، فيجب أن يتضمن من جهة جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي فلو تعلق الأمر بالوعد بالبيع فعلى الأطراف تحديد المبيع بدقة وكذلك ثمن البيع، كما يشترط من جهة أخرى أن تحدد المدة التي يبرم فيها العقد النهائي<sup>1</sup>، وذلك إما بتاريخ محدد أو باتفاق ضمني وإذا اتفق الأطراف على مدة معقولة فالأمر يرجع للقاضي من ظروف التعاقد يحددها:

- أن تتوافر في الواعد الأهلية الخاصة بالعقد الموعد به، طالما أن إبرام هذا العقد يحتاج إلى تعبير إرادي جديد من جانبه، أما الموعد له خاصة إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد فيكفيه أهلية التمييز وقت إبرام الوعد، طالما أن الوعد بالتعاقد يتمخض لمصلحته<sup>2</sup>.

- يجب أن تتوافر في الوعد بالتعاقد شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة وهي تتعلق بالرضا والمحل والسبب وسلامة الإرادة من العيوب وتوافر الأهلية.

- أن يتضمن الوعد طبيعة العقد الموعد بإبرامه بيعا أو هبة أو إيجارا وأن يتضمن المسائل الجوهرية للعقد والمدة.

- **الوعد بالتعاقد في العقود الشكلية:**

- **الوعد ببيع العقار:** نصت عنها المادة 71 من القانون المدني «الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق، ص 292-297.  
2 لحو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص 56.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"، يستفاد من نص المادة أن الوعد ببيع العقار يجب فيه مراعاة المسائل الجوهرية في العقد ذاته والتي يمكن أن نذكر منها، تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، التعيين الدقيق للعقار، أصل الملكية والاستغلال والشروط والتكاليف وتحديد الثمن المنفق عليه، تحديد السبب المفضي إلى الوعد بالبيع، ذكر المدة التي يتم خلالها عقد البيع النهائي.

ذلك لأن الوعد بالبيع يختلف عن البيع كونه يحدث في المستقبل وليس في الحاضر إذا فالديباجة معروفة في عقد البيع، أما في عقد الوعد بالبيع فما على الموثق إلا تحويلها بصيغ المستقبل بدل الحاضر.

إن الوعد بالتعاقد والذي يطلق عليه بالوعد بالبيع يجب أن تتم فيه جميع الإجراءات الواجب إتمامها في عقد البيع ذاته، فيسجل برسم نسبي ويشهر ويقيد بمصلحة الشهر العقاري وذلك ما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني بنصها "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".<sup>1</sup>

وبالتالي فإن العقد الموعود به إذا كان عقارا أو حقا عينيا آخر كان العقد شكليا ولا بد من استيفاء الشكل المطلوب وإلا وقع باطلا،<sup>2</sup> وذلك بتسجيله من طرف الموثق وشهره،<sup>3</sup> إلا أن مسألة شهره قد كانت محل نزاع بين رأي يرى بأن الوعد ببيع العقار لا يشهر وذلك لترتيبه سوى حق شخصي لصالح الموعود له وليس حقا عينيا، ولهذا السبب لا يشهر الوعد بالبيع.<sup>4</sup> أما الرأي الثاني وهو رأي أغلبية الموثقين يرى بضرورة شهر الوعد بالبيع المنصب على العقار على أساس أنه لا يرتب التزامات شخصية فقط بل يتعدى ذلك إلى التنفيذ العيني المباشر باعتبار أن الحكم يقوم مقام العقد طبقا لنص المادة 72 من القانون المدني.

وقد أصدر المشرع نصا خاصا في القانون 03-22 المؤرخ في 28 / 12 / 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 ونص في المادة 10 منه بشهر الوعد بالبيع بصورة صريحة وواضحة ويكون الشهر بالتأشير مباشرة في حالة رفض الموعود له الشراء وكذا في حالة انتهاء المدة المحددة دون إبداء الرغبة من طرف الموعود له.<sup>5</sup>

1 عبد الحميد سعداوي، فضاءات توثيقية الوعد بالتعاقد، مجلة الموثق، عدد 9، الجزائر، 2003، ص 17-18.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 126.

3 أنظر القرار رقم 4983 المؤرخ في 15/07/2002 « لا يمكن الاحتجاج بالوعد بالبيع في مواجهة الغير إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري "، مجلة مجلس الدولة، عدد 3، الجزائر، 2003، ص 155.

4 عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 56-67.

5 فريدة محمدي، ضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 03، 1995، ص 636.

ونحن نميل إلى الاتجاه الثاني الذي يرى ضرورة الشهر فهو القريب إلى الواقع نظرا للمشاكل العملية التي يثيرها الوعد بالبيع للعقار خاصة في حالة وفاة الواعد، فالشهر يساعد على تفادي النزاعات المحتملة في المستقبل.

ننتهي إلى أن الوعد ببيع العقار يشهر إلا أن ترتيب الأثر العيني لا يكون بمعناه الحقيقي بالنسبة لبيع العقار وإنما أهمية الشهر تكون بلفت انتباه الغير إلى العقار المراد شراءه وموضوع الوعد بالبيع والزام المحافظ العقاري بعدم شهر أي تصرف متعلق بهذا العقار إلا بعد انقضاء المدة المحددة في الوعد ببيع العقار.

- **آثار الوعد بالتعاقد:** إذا تحققت الشروط القانونية أنتج الوعد بالتعاقد أثره القانوني، من حيث التزام الواعد بإبرام العقد الموعود به، إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المهلة المحددة وهنا تم العقد دون حاجة لرضا جديد من طرف الواعد. أما إذا انقضت المدة المحددة ولم يعلن الموعود له الرغبة في إبرام العقد فإن الوعد يسقط<sup>1</sup> ولا يكون للموعود له حق شخصي.

من هنا تظهر مرحلتين:

- **آثار الوعد قبل ظهور الرغبة:** باعتبار الوعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد هو الواعد، فإنه يرتب التزاما على عاتقه بإبرام العقد الموعود به إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك، ولأن الموعود له ليس له قبل إبداء الرغبة سوى حق شخصين، فإن ثمار الشيء الموعود به تبقى من حق الواعد، فالموعود له ليس له حق عيني على الشيء غير أن إتلاف محل الوعد بالتعاقد يجعل تنفيذه مستحيلا، وإذا كان ملاك المحل بخطأ الواعد ثم أبدى الموعود له رغبته في التعاقد قامت المسؤولية العقدية ويلتزم الواعد بتعويض الموعود له عما أصابه من ضرر أما إذا كان الملاك بسبب قوة قاهرة فالتزام الواعد ينقضي ولن يقوم العقد الموعود به<sup>2</sup> ولا يحق للموعود له التعويض كما لا يجوز للواعد أن يرتب على المحل الموعود به حقا للغير بالمبيع أو الهبة أو الرهن وأمر المحافظة والبقاء على الوعد ينتقل إلى ورثة الواعد، لأن للموعود له حقا شخصيا.

- **آثار الوعد بعد إظهار الرغبة:** في حالة إظهار الموعود له الرغبة في إبرام العقد الموعود به خلال المدة المتفق عليها، فإن العقد النهائي يكون مبرما من هذا الوقت دون حاجة لرضا جديد من الواعد.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 132.

2 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 66.

وإذا شك الواعد ورفض تنفيذ الوعد جاز للموعد له طلب التنفيذ العيني طبقاً لنص المادة 72 من ق.م وذلك باستصدار حكم بإيقاع العقد الموعد بإبرامه وهنا يقوم الحكم مقام العقد فإظهار الرغبة يعد قبولاً يلتزم به الواعد فمصدر الالتزام هو التوافق وهذا ما يميزه عن الإيجاب الملزم الذي مصدره الإرادة المنفردة.

كما أن الحق الشخصي للموعد له ينتقل إلى الورثة ما عدا إذا كانت شخصيته محل اعتبار<sup>1</sup>

### 1-3-4- النيابة في التعاقد:

الأصل أن تباشر عملية التعاقد مبدئياً بواسطة ذوي الشأن وأن يعبر كل متعاقد عن إرادته بنفسه، غير أنه قد تحيط بالفرد بعض الظروف التي قد تحول دون تمكنه من ذلك، لذلك أجاز المشرع تسهيلاً للتعامل أن يقوم شخص آخر يمثل المتعاقد يسمى (النائب) بالتعاقد، حيث يتم التعاقد بإرادة النائب بينما تتصرف آثار العقد إلى المنوب عنه الذي يسمى الأصيل.

- **التعريف بالنيابة:** تعرف النيابة بأنها قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني لحساب الأصيل.<sup>2</sup>

كما يقصد بالنيابة في التعاقد حلول إرادة شخص معين يسمى النائب، محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تتصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب.<sup>3</sup> فالنيابة في تعريف الفقهاء هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره إلى شخص الأصيل فهي وضعية قانونية تقتضي وجود شخصين ينوب أحدهما ويسمى النائب أو الوكيل عن شخص آخر ويسمى الأصيل أو الموكل في إبرام تصرف قانوني بحيث ينشأ هذا التصرف بإرادة النائب وتتصرف آثاره إلى الأصيل، فالشخص الذي يباشر عملية التعاقد لا يقوم بذلك لا باسمه ولا لحسابه وإنما يحل محل الأصيل فيتعاقد باسم الأصيل ولحسابه.<sup>4</sup>

وهكذا نجد في النيابة شخصاً يعبر عن إرادته باسم غيره ولحساب هذا الغير، وبذلك يكون النائب طرفاً في التصرف ولكنه لا يكون طرفاً في العلاقة التي تنشأ عن هذا التصرف، فآثار التصرف (العقد مثلاً) تتصرف إلى ذمة الأصيل كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه.<sup>5</sup>

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 135.

2 حبار آمال، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية في القانون المدني الجزائري، ط1، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، 2013، ص 36.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138.

4 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 144، 145.

5 محمد صبري السعدي، لمرجع السابق، ص 139.

ويراد بالنيابة أن يقوم شخص يسمى النائب بالتعاقد باسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل، وفي هذه الحالة يصدر التعبير عن الإرادة من النائب بينما آثار العقد لا تتصرف إليه وإنما تتصرف إلى العاقد الحقيقي وهو الأصيل الذي أبرم العقد باسمه ولحسابه<sup>1</sup>.

وبالتالي فإن نظام النيابة يجعل النائب، يعقد العقد ويباشر المعاملات الخاصة بالعقد لكن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه وآثار العقد ترجع إليه وبالتالي يكون الأساس والمقصود من التعاقد قد تم، ولهذا النظام فوائد عملية كثيرة تسمح لراغبي التعاقد الذين تمنعهم ظروفهم من إبرام العقود بأنفسهم كالمرض أو السفر أو عدم الخبرة أن يحققوا ذلك عن طريق النيابة<sup>2</sup>. وقد تناول القانون المدني الجزائري قواعد النيابة في المواد من 73 إلى غاية 77 مدني وهي تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة.

- **أنواع النيابة في التعاقد:** تنقسم النيابة من حيث مصدرها إلى نوعين نيابة اتفاقية ونيابة قانونية.

- **النيابة الاتفاقية:** هي التي مردها الاتفاق الذي يكون بين النائب والأصيل ومثالها عقد الوكالة المادة 571 589 مدني ولمحكمة الموضوع سلطة تامة في تحديد نطاق الوكالة وبيان ما قصده المتعاقدان منها<sup>3</sup>، حيث نصت المادة 571 "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

نقول أن النيابة اتفاقية عندما تستند في وجودها إلى عقد بين الأصيل والنائب بمقتضاه ينيب الأول الثاني عنه في إبرام عقد أو تصرف قانوني معين، وهذا ما يتحقق عادة في عقد الوكالة، فالوكيل يعد نائبا عن الموكل بمقتضى عقد الوكالة، بيد أن العقد المنشئ للنيابة الاتفاقية قد يكون عقد آخر غير عقد الوكالة، كعقد العمل الذي يخول للعامل في المحل التجاري سلطة التعامل مع العملاء باسم رب العمل.

غير أنه تجب التفرقة بين الوكالة والإنابة، ففي الوكالة يتعامل الوكيل مع الغير باسم ولحساب الموكل، أما النيابة فهي أيضا عملية ذات ثلاثة أشخاص حيث يطلب بموجبها شخص يسمى المنيب من شخص آخر يسمى المناب أن يلتزم اتجاه شخص ثالث يسمى المناب إليه غير أن المناب يتعامل باسمه الشخصي لحساب المنيب فيتعامل النائب باسمه الشخصي ولحساب الأصيل.

1 حلال علي العدوي، محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، ط1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1985، ص 199.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 139.

3 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 277.

وقد تكون الإنابة مصحوبة بوكالة، حيث يتعامل الوكيل باسم ولحساب الموكل وهذه هي النيابة الاتفاقية وإذا لم تكن كذلك فإن النائب أي الوكيل يتعامل باسمه الشخصي ولكن لحساب الموكل<sup>1</sup>، مثل ما هو الأمر في الوكالة بعمولة.

ومتى كانت النيابة اتفاقية، فإن الاتفاق هو الذي يحدد نطاق سلطات النائب في تمثيل الأصيل ونطاق نيابته بوجه عام وبذلك تكون النيابة اتفاقية من حيث مصدرها ومن حيث نطاقها ومداهما<sup>2</sup>.

- **النيابة القانونية:** ومصدرها القانون هي التي يستمد النائب سلطته في التعاقد من القانون ومثالها نيابة الولي والوصي والقيم على القصر، والمحجوز عليهم وفيها يحدد القانون نطاق سلطة النائب القانوني وحدودها<sup>3</sup>.

حيث تكون النيابة قانونية عندما يخول القانون شخصا معيناً سلطة النيابة عن غيره، ويتولى تحديد نطاق هذه السلطة، كما تعرف بأنها صلاحية أو قدرة الشخص للقيام بالتصرفات القانونية باسم ولحساب شخص آخر يكون نائباً عنه بحكم القانون، فيكون الأب بمقتضى أحكام المادة 87 أسرة ولياً على أولاده القصر وفي حالة وفاته تحل الأم محله، وكذلك نص المادة 121 من قانون الأسرة التي تعتبر الكافل ولياً قانونياً على المكفول<sup>4</sup>.

وقد يفوض القانون مهمة تحديد الشخص النائب إلى القاضي المختص، كما هو الحال بالنسبة إلى الوصي والقيم والحارس القضائي، وتسمى في هذه الحالة بالنيابة القضائية بما أن القضاء هو الذي يعين النائب وهناك من يرى أن النيابة القانونية تمتد كي تشمل بالإضافة إلى الولي الشرعي، كل من القيم والوصي والوكيل عن الغائب والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه، غير أن البعض الآخر يقف عند المصدر المباشر للنيابة.

- **شروط النيابة:** إضافة إلى ضرورة توافر صفة النائب التي يستمدها الشخص من القانون أو من الاتفاق حسب مصدر النيابة، يجب توافر ثلاثة شروط جوهرية لتتحقق النيابة في التعاقد، هي أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وأن يكون التعاقد باسم الأصيل، وأن يلتزم النائب حدود النيابة، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الشروط من خلال المادتين 73 و74 من القانون المدني.

1 علي فيلالي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 146.

2 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المصادر الإدارية، ج1، ط2، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2005، ص 232.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 80.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 145.

حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: يشترط في التعاقد بالنيابة أن يعبر النائب عن إرادته أثناء إبرام التصرف لا أن ينقل إرادة الأصيل<sup>1</sup> حيث يفترض التعاقد عن طريق النيابة أن يقوم النائب بالتعبير عن إرادته هو وليس عن إرادة الأصيل، فدور النائب لا يقتصر على نقل إرادة الأصيل وإنما تحل إرادته محل إرادة هذا الأخير وينعقد العقد بناء عليها<sup>2</sup>.

فالنائب ليس الرسول الذي يقتصر دوره في التعاقد على مجرد نقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر ويكون التعاقد في هذه الحالة بين غائبين، أما في حالة التعاقد بالنيابة فإذا اجتمع المتعاقد والنائب فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل<sup>3</sup>.

ويشترط في النائب أن يكون مميزا على الأقل في النيابة الاتفاقية وطبقا للمادة 73 من القانون المدني يجب أن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا، وينظر إلى حسن النية في إرادة النائب لا إرادة الأصيل فالأهلية الناقصة تكفي في النيابة الاتفاقية، لأن آثار التصرف تتصرف إلى ذمة الأصيل الذي يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للتصرف الذي يبرمه عنه النائب<sup>4</sup>، فيصح أن ينوب القاصر عن الأصيل في التعاقد ولكن في النيابة الاتفاقية لا القانونية.

والعبرة بتوافر الأهلية في النائب أو في الأصيل هو وقت إبرام التصرف موضوع النيابة لا وقت إبرام النيابة، فإذا لم يكن الأصيل أهلا لإبرام هذا التصرف وقت صدور النيابة، ثم أصبح أهلا وقت إجراء النائب له كان التصرف صحيحا، وإذا كان النائب مميزا وقت إنابته ثم فقد أهلية التمييز وقت إبرام التصرف موضوع النيابة، فإن التصرف لا ينعقد<sup>5</sup>.

أما بخصوص النيابة القانونية كنيابة الولي الشرعي فلا يشترط توافر الأهلية في الأصيل، لأنه من المفروض أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها، وإلا لما كان في حاجة إلى نائب قانوني يمثله في إبرام التصرفات القانونية، وفيما يخص النائب فيجب أن يكون كامل الأهلية، بما أن الغرض من نيابته هو تعويض انعدام الأهلية أو نقصها لدى الأصيل<sup>6</sup>.

غير أنه إذا كان النائب وكيفا ويتصرف طبقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 81.

2 جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 61.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 141.

4 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 81.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 141.

6 جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 63.

يعلمها<sup>1</sup> وبالتالي يترتب على ذلك أن النظر في عيوب الرضا ينظر فيها لإرادة النائب لا إرادة الأصيل وأن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل وذلك في الأحوال التي يترتب فيها القانون أثر على ذلك.

- إجراء النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه: يشترط أن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه هو ولا بد أن يعلن هذه الصفة لمن يتعاقد معه، وإلا انصرفت آثار العقد إليه هو دون الأصيل طبقاً للمادة 75 من القانون المدني<sup>2</sup>.

فإنه لكي تتصرف الآثار للأصيل يجب أن يتصرف النائب باسم الأصيل فعدم إعلان النائب لصفته يترتب عنها عدم انصراف العقد إلى الأصيل وإنما تتصرف آثار العقد في هذه الحالة إلى النائب<sup>3</sup>.

تقتضي النيابة أن يباشر النائب عملية التعاقد باسم الأصيل حتى تتصرف إليه آثار التصرف، فالمراد من هذا الشرط أن تتوفر نية النيابة عند النائب ومن تعاقد معه، وإما أن يفصح النائب عن هذه النية صراحة بأن يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب عن شخص آخر ويقدم ما يثبت نيابته وإما أن تستفاد ضمناً من الظروف، كالخادم الذي يشتري يومياً السلع لمستخدمه والعامل الذي يتعاقد نيابة عن صاحب المحل التجاري الذي يعمل به<sup>4</sup>.

وقد نصت المادة 75 فقرة 2 مدني "إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " ومنه يجب أن تتجه نية المتعاقد مع النائب إلى التعاقد معه بصفته نائباً عن الأصيل لا بصفته الشخصية وبالتالي فإن النائب إذا ما تعاقد باسمه الشخصي فإن آثار العقد لا تتصرف إلى الأصيل وإنما تتصرف إليه إلا أنه هناك استثناءين على القاعدة نصت عنهما المادة السابقة وهما:

- الحالة الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتماً علم الغير بوجود النيابة رغم عدم إعلان النائب ذلك، كمن يشتري بضاعة من محل تجاري من أحد عماله، فيفترض علم المشتري بأن العامل أجرى البيع نيابة عن صاحب المحل.

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 160.

2 حمزة قناتل، المرجع السابق، ص 81.

3 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 68.

4 محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص 242.

- **الحالة الثانية:** إذا كان يستوي عند الغير أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب كما في الشراء من المحلات التجارية، فصاحب المحل يستوي لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.<sup>1</sup>

- **التزام النائب حدود النيابة:** يقصد به أن النائب يجب أن يعبر عن إرادة الأصيل في حدود نيابته التي عينها القانون أو الاتفاق فإذا جاوز الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للأصيل.<sup>2</sup>

حيث أنه في النيابة الاتفاقية كنيابة الوكيل يحدد عقد الاتفاق حدود نيابة النائب الاتفاقي فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إطار الحدود المرسومة له ولذا تعتبر نيابته اتفاقية من حيث نطاقها.<sup>3</sup>

وقبل شروع النائب في القيام بالتصرف الذي أوكل به من طرف الأصيل يجب أن لا يتجاوز السلطات الممنوحة له بموجب النيابة والتي يحددها مصدر النيابة فإذا كانت قانونية يحددها القانون وإذا كانت قضائية يحددها القضاء وإذا كانت اتفاقية يحددها العقد.

أما إذا كان مصدرها القانون قام بتحديدتها في كل حالة بنصوص واضحة بحيث يتولى النائب القيام بهذه التصرفات التي حددتها هذه النصوص وإن خالفها كان خارجا عن حدود النيابة.

بينما إذا كان مصدر سلطة الموكل هو الأصيل مثلما هو الحال في النيابة الاتفاقية، فيتوقف إظهار حدود النيابة على إرادة الأصيل، فقد يصدر هذا الأخير أي الأصيل سلطة التصرف إلى النائب بأمر صريح أو ضمني تبعا لكل حالة ومن هنا لا تلزم تصرفات النائب الأصيل إلا إذا تمت في الحدود المرسومة للنيابة الاتفاقية، مثل عقد الوكالة الذي يبين حدود الوكالة من حيث كونها عامة أو خاصة، شاملة لأعمال الإدارة والتصرف أم مقصورة على الإدارة فقط، كما قد يحدد القاضي المهام المسندة للنائب القضائي في الحكم بتعيينه كما هو الحال بالنسبة إلى الحارس القضائي في النيابة القضائية.<sup>4</sup>

وفي التشريع الجزائري نصت المادة 74 مدني "إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل"، من خلال نص المادة فالنائب يلتزم حدود السلطات المخولة له مهما كان نوع النيابة فإن جاوزها فقدت صفة النيابة ولا يرتب العقد أثره بالنسبة للأصيل، إلا أن هناك استثنائين هما:

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144.

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 80.

3 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 29.

4 جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 65.

-تجاوز النائب حدود الوكالة وفي ذلك نفع للأصيل وترجع إلى فكرة الفضالة لوجود فرصة سامحة ولم يستطع النائب الرجوع للأصيل مع غلبة الظن أن الأصيل كان ليوافق وهذا مانصت عنه المادة 575 مدني.

-تجاوز النائب حدود الوكالة نظرا لاعتقاد الغير بأن التعامل مع الأصيل ولكن بسبب خطئه في هذه الحالة تتصرف الآثار للأصيل مراعاة لحسن النية وضمانا لاستقرار المعاملات.<sup>1</sup>

- آثار النيابة: تظهر آثار النيابة من خلال التعرض إلى علاقة كل طرف بالآخر في التصرف المبرم عن طريق النيابة فهناك آثار بالنسبة إلى الأصيل والنائب والغير الذي تعاقد معه تختلف في علاقة كل منهم بالآخر.

#### - الآثار بالنسبة للأصيل:

تنص المادة 74 مدني على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل". فإذا تصرف النائب باسم الأصيل وفي حدود نيابته فإن التصرف الذي أبرمه النائب ينفذ في حق الأصيل.<sup>2</sup> ومعنى ذلك بأن التصرفات القانونية التي تبرم عن طريق النيابة وفي حدودها، تنشأ عنها علاقة مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذي تعاقد معه النائب، وبالتالي فإن الأصيل يكتسب حقوق ويتحمل التزامات يقابلها ما ينشأ في ذمة الغير المتعاقد معه من حقوق والتزامات ناشئة عن العقد.<sup>3</sup> فهناك علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد معهم النائب أي الغير فتتصرف هذه الحقوق بشكل مباشر إليه دون أن تمر على ذمة النائب الذي يختفي تماما في هذه المرحلة، ما عدا إذا كانت النيابة مستمرة إلى مرحلة التنفيذ فتستمر علاقة النائب بمن تعاقد معه حيث يجوز لكليهما ان يلزم الآخر بتنفيذ العقد وهنا يصبح النائب كفيلا للأصيل.<sup>4</sup>

- الآثار بالنسبة للنائب: يعتبر النائب أجنبيا عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بإرادته لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى شخص الأصيل<sup>5</sup>، حيث أنه لا أثر للعقد بالنسبة للنائب فلا يلحقه هو بل يلحق الأصيل، فالنائب لا يلتزم بأي التزام ولا يكسب أي حق يترتب على العقد<sup>6</sup>، لأنه من المعلوم أن أثر العقد ينصرف

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 145

2محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 147.

3جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 68.

4 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 82.

5 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 38.

6محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 148.

إلى الأصيل لا إلى النائب وبالتالي لا يجوز للنائب أن يطالب الغير بأي حق من الحقوق التي تنشأ عن العقد إلا إذا كانت نيابته عند التنفيذ.

**الآثار بالنسبة للغير:** يرتبط الغير مباشرة بالأصيل فيكتسب قبله الحقوق التي يربتها التصرف موضوع النيابة ويلتزم بكافة الالتزامات ولا يكون له الرجوع على النائب إلا أن يكون النائب قد كفل الأصيل في تنفيذ التزاماته فيكون الرجوع عليه بمقتضى الكفالة أو إذا وقع من النائب فعل أضر بالغير فيمكنهم الرجوع عليه على أساس المسؤولية التقصيرية.<sup>1</sup>

#### 1-4- صحة الرضا :

إن وجود التراضي لوحده لا يعطي للعقد قوته الملزمة إذا لم يقترن بالصحة المتمثلة في توافر الأهلية اللازمة وخلو الإرادة من العيوب من غلط وتدليس وإكراه والاستغلال.

#### 1-4-1- أهلية التعاقد:

من أجل أن يكون العقد صحيحا يجب أن يكون صادرا من متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية بالغين سن الرشد والإشابة رضاهما عيب في الصحة.

#### تعريف الأهلية:

تقتضي دراسة الأهلية تعريفها لغويا واصطلاحا.

**الأهلية في اللغة:** هي الصلاحية فيقال فلان أهل لهذا الأمر أي انه صلح له وجدير به

**الأهلية اصطلاحا:** صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق

أو تثبت عليه الواجبات وتصح منه التصرفات.<sup>2</sup>

فالشخص يكون مرتبطا خلال حياته بإجراء العديد من التصرفات متى كانت لديه القدرة

أو الاستطاعة على ذلك وهذه المكنة يصطلح على تسميتها بالأهلية.<sup>3</sup>

ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وقابليته للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية.<sup>4</sup>

والأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وقد

نصت المادة 78 مدني "كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص

الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" وكذلك نص المادة 40 مدني "كل شخص بلغ سن الرشد

1 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 39

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 105 .

3محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 149.

4رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 96.

متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.<sup>1</sup>

من خلال نص المادتين فالأهلية هي صلاحية الشخص لأن يكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في الحقوق كما أنها تعتبر صلاحيته للتعبير عن إرادته التي يرتب القانون عليها آثارا قانونية أو هي قدرته للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية،<sup>2</sup> إذا بلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني الجزائري وهو 19 سنة كاملة بشرط أن يكون متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه فتكون له السلطة لمباشرة لشتى أنواع التصرفات القانونية.

حيث يميز الفقه بين نوعين من الأهلية، الأول يعبر عن أهلية الوجوب والوجه الآخر يعبر عن أهلية الأداء وبذلك فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وممارسة الأعمال والتصرفات القانونية.<sup>3</sup>

**أهلية الوجوب:** هي صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات والشخص الذي تثبت له الحقوق بموجب أهلية الوجوب هو الشخص الطبيعي حيث تثبت الحقوق للجنين وإلى ما بعد ولادته حيا أو ولادته ميتا ومن ثم تصفى تركته على الورثة،<sup>4</sup> فهي تثبت من وقت الميلاد، وهي تتوافر كذلك للشخص الاعتباري كما هو الحال في الشخص الطبيعي مع مراعاة طبيعة الشخص الاعتباري وكونه فكرة قانونية لخلق شخص معنوي.<sup>5</sup>

#### - أهلية الأداء:

هي صلاحية الشخص لأن يصدر منه العمل القانوني على وجه يعتد به شرعا وقانونا وهي محل دراسة الحقوق والالتزامات، ويتمتع بها الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وتدرج الأهلية حسب تدرج التمييز الذي يتمتع به فهي تدور وجودا وعدما مع التمييز.<sup>6</sup>

وهي تأتي في المرحلة الثانية بعد أهلية الوجوب وليس بالضرورة أن تتوافر أهلية الأداء ملازمة لأهلية الوجوب، ذلك أن أهلية الأداء قد توجد أي تكون كاملة وقد تتعدم كما قد تكون موجودة لكن ناقصة فإذا ما استعملت فإنها ترتب آثارا قانونية في حق من يتمتع بها وليس في حق

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 371.

2 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، ونظرية الحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1993، ص 643.

3 عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 125.

4 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 145.

5 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 101.

6 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 145.

غيره وعلى ذلك فأهلية الأداء هي القدرة على اكتساب الحق وتحمل الالتزام عن طريق إبرام تصرفات قانونية.<sup>1</sup>

وبعبارة أخرى فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه وذلك بإنشاء التصرفات على وجه يعتد به شرعا وقانونا و يعبر عنها بأهلية الأداء العامة ويوجد كذلك أهلية الأداء الخاصة التي يتم إصدارها بشأن أعمال محددة، مثل نص المادتين 402 و 403 من القانون المدني<sup>2</sup>، وهي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لصالح نفسه، كما أنها ترتبط بالعقل والسن والرشد، فإذا كان الشخص المالك أو الدائن عديم التمييز أو لم يبلغ سن الرشد فإنه لا يتمتع في هذه الحالة بأهلية الأداء، وبالتالي لا يستطيع أن يتصرف في حقوقه باعتباره مالكا أو دائنا ويقوم مقامه في هذه التصرفات شخص آخر قد يكون وليا أو وصيا وهذه ما تسمى النيابة القانونية.<sup>3</sup>

وبالإضافة إلى التصرفات القانونية توجد الأعمال المادية والتي يستقل بالقانون بترتيب الآثار الناجمة عنها دون أن يتوقف ذلك على إرادة الشخص الصادرة عنه، أي سواء قصدت إرادة الفاعل ترتيب هذه الآثار أو لم تقصد وسواء ترتب الضرر عن عمد أو دون قصد.<sup>4</sup> وفي الختام فالتصرف القانوني عمل إرادي ومن ثم يجب فيمن يباشره ضرورة قيام إرادة جدية واعية ملؤها الإدراك والتمييز بأن تكون لديه أهلية أداء كاملة وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية أو تعديلها أو إنهائها على الوجه الذي يعتد به القانون أيا كان نوع التصرف القانوني بيع أو إيجار أو هبة أو قرض بشرط توافر أهلية التعاقد وقت الإبرام، وهي ليست شرطا أساسيا لقيام الوقائع المادية كالالتزام بالتعويض في مجال المسؤولية عن الفعل الضار المادة 124 مدني<sup>5</sup>.

وسنتكلم في تدرج الأهلية كالتالي:

- تدرج الأهلية مع السن

- عوارض الأهلية

- **تدرج الأهلية مع السن:** أهلية الأداء تتدرج مع تدرج التمييز فتدور معه وجودا وعدما

ونقصانا ولهذا أثر في العقود التي تبرم من طرف الأشخاص، وهي تنقسم إلى أربعة أدوار.

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 96.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 107

3 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 126.

4 محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 367.

5 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 372.

- **الدور الأول الجنين:** يمر الإنسان في حياته أدورا أولاها تتعلق بالولادة بكونه جنينا والذي يكون له أهلية وجوب ناقصة في حين لا يتمتع بأهلية أداء<sup>1</sup>

- **الدور الثاني الصبي غير المميز:** والتي تبدأ من العام الأول لولادته إلى اكتمال السنة الثالثة عشر يكون فيها الإنسان عديم الأهلية غير مميز أو فاقد التمييز وكل تصرفاته تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فهو غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية باعتبارها معدومة ولا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الإرادة<sup>2</sup>، وقد نص المشرع الجزائري في هذا المقام طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .يعتبر غير مميز ،من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة "ومنه يلحق بالصبي غير المميز كل من كان مصابا بالعتة أو الجنون .

وتكون للصبي غير المميز وما يلحقه طبقا للقانون أهلية وجوب كاملة ولكن يكون عديم أهلية الأداء لأنه عديم التمييز لذلك سواء كانت التصرفات نافعة نفعا محضا أو ضارة ضررا محضا أو دائرة بين النفع والضرر فهي باطلة بطلانا مطلقا، حتى أهلية الاغتناء فلا تثبت له مثل قبوله الهبة.

وقد نصت المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، لكن القانون أولى مباشرة تصرفات الصبي غير المميز لمن يمثله قانونا وهو الولي أو الوصي وفي ذلك نصت المادة 81 من قانون الأسرة "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ."

- **الدور الثالث الصبي المميز:** يبدأ الدور من بلوغ الصبي سن 13 من عمره حتى بلوغه سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة وتثبت له أهلية أداء ناقصة طبقا لنص المادة 43 مدني وتكون له أهلية الاغتناء كالتصرفات التي تعود عليه بالنفع المحض ،أما أهلية الافتقار فمعدومة عنده أصلا ،أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والايجار فأهليته هنا ناقصة والتصرفات المبرمة من طرفه تكون قابلة للإبطال فهي صحيحة ولكن لمصلحة القاصر تبطل دون المتعاقد الآخر ،وقد نصت في هذا الشأن المادة 83 من قانون الأسرة "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ،وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"<sup>3</sup>.

1 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 58.

2 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 46.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155.

ويلحق بالصبي المميز كل من السفية وذو الغفلة وهو ما يستفاد من نص المادة 43 من القانون المدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

- **الدور الرابع البالغ الرشيد:** سن الرشد في القانون الجزائري هو تسعة عشر سنة تبدأ من اليوم الأول من السنة التاسعة عشر فإذا بلغ السن القانوني ولم يحجر عليه أي متمتعاً بقواه العقلية فيصبح كامل الأهلية وله إجراء جميع التصرفات القانونية النافعة والضارة وكذلك الدائرة بين النفع والضرر وهذا ما نصت عنه المادة مدني 40 "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، بشرط أن لا تكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ولم يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه حسب ما يقرره القانون بنص المادة 44 مدني "يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام لأنها تهم المصلحة العامة فقد نصت المادة 45 مدني " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها " ومن ثم الاتفاق على ذلك باطل بطلاناً مطلقاً لأنها قاعدة أمر متعلقة بالنظام العام.

وفي ذلك نصت المادة 86 من قانون الأسرة "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني "

**ترشيد الصبي المميز:** من الجدير بالذكر التطرق لموضوع ترشيد القاصر المأذون له في مباشرة أعماله حيث نصت في هذا الشأن المادة 84 من قانون الأسرة "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك "، نستنتج من نص المادة استطاعة ومكنة الانتقال من مرحلة الصبي المميز إلى مرحلة الرشد بأخذ إذن من القاضي من طرف الشخص المؤهل قانونياً، وهو حكم خطير إذ يصبح عديم التمييز راشداً دون مروره بالدور الثاني وهو مرحلة التمييز والذي يعد الصبي مميزاً فيه ببلوغ ثلاثة عشر سنة ويرى البعض أن نص المادة 84 مخالف للقانون المدني الذي جعل سن الترشيد 18 سنة<sup>1</sup> وذلك في المادة 38 من القانون المدني قبل التعديل لأنه بعد التعديل حذف تحديد السن فهل قصد المشرع توحيد المادة 84

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص156.

من قانون الأسرة أو كان سهوا حيث نص المادة الحالي هو كالاتي "مواطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانونا. غير أنه يكون للقاصر المرشد مواطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " مع العلم أن سن الترشيح في القانون التجاري هو ببلوغ ثمانية عشر سنة.

- **عوارض الأهلية:** قد يبلغ الشخص سن الرشد ولكنه غير متمتع بقواه العقلية والبدنية كاملة بل هو مصاب بعارض من هذه العوارض التي يطلق عليها عوارض الأهلية والتي تؤثر على تمييز الشخص وتجعله مختلا مما يؤثر على أهليته فالأهلية وكما سبق وذكرنا تدور مع التمييز وجودا وعدما ومن هذه العوارض الجنون والعتة والسفه والغفلة، غير أنه من الممكن أن تطرأ للشخص أمور لا تؤثر على تمييزه ولا تخل به ولكنها تقف مانعا وعائقا أمام الشخص للتعبير عن إرادته وهذه الحالة يطلق عليها العاهة وهناك حالة وهي التي تمنع الشخص من إدارة شؤونه بنفسه مثل الغائب أو المفقود.<sup>1</sup>

والعوارض التي تصيب الإنسان تؤثر في أهلية أدائه ومن بينها:

\* **العوارض التي تصيب العقل:** تتأثر الأهلية بما يصيب الإنسان من عاهة في عقله

تعدم تمييزه، وتتمثل هذه العاهة في الجنون والعتة:

- **الجنون:** الجنون هو اختلال في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب وهو مرض يعتري الإنسان يؤدي إلى زوال العقل وبالتالي فهو عديم الأهلية فاقد للتمييز.<sup>2</sup>

وهو اضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز فالعقل مناط التمييز والتكليف لكن قد يحدث ويصاب الإنسان بعارض يفقده عقله فلا يعتد عندئذ لا بأقواله ولا بأفعاله حتى ولو كان بالغا سن الرشد، فتتعدم بذلك الأهلية عنده وهو ما يعرف بعوارض الجنون.<sup>3</sup>

فإذا كانت الأهلية معدومة كحالة المجنون أو الصبي غير المميز الذي لم يبلغ سن ثلاثة عشر سنة أو المعتوه فالإرادة معدومة والعقد باطل بطلانا مطلقا لانعدام أهلية الأداء.<sup>4</sup> فالحقيقة أن المجنون تتوافر لديه أهلية الوجوب كاملة أما أهلية الأداء فتكون معدومة، وتقع أعماله القانونية باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة، وقد يفيق المجنون من جنونه في

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص148.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص115.

3 عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2010، ص60.

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص373.

فترات من الزمن فمتى كانت الإفاقة تامة فأهلية أدائه تكون كاملة أما إذا لم تكن الإفاقة تامة فتكون أهلية الأداء عندها مثل أهلية أداء الصبي المميز<sup>1</sup>.

- العته:

ويقصد به نقصان العقل واختلاله مما يؤدي إلى قلة الفهم واختلاط الكلام لدى الشخص دون الوصول إلى درجة مرتبة الجنون<sup>2</sup>، وقد اختلف في تعريفه فقيل أنه نوع من الجنون يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف وقال البعض أنه لا يعدم الإدراك كلية ويأخذ المعتوه حكمان طبقا للقانون المدني فتطبيقا لنص المادة 42 مدني فهو في حكم المجنون باعتبار العته معدما للإدراك كلية ويأخذ حكم الصبي غير المميز وتصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لأن أهلية أدائه معدومة، وطبقا للمادة 43 فهو في حكم السفه لعدم حسن تدبيره ولا يفقد صاحبه الإدراك كلية ويأخذ حكم الصبي المميز وتصرفاته قابلة للإبطال لأن أهلية أدائه ناقصة<sup>3</sup>.

ولكن الغالب أن الجنون يكون مصحوبا بهيجان واضطراب في حين أن العته يغلب عليه الهدوء فهو بمثابة جنون هادئ، أي أن يكون الشخص مختل الشعور قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم وبذلك المعتوه كالمجنون محجور لذاته فينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم وفقا للمادة 44 مدني "يخضع فاقدا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"<sup>4</sup>، وبناء على ذلك فهناك نصين موجودين بحكمين مختلفين ينبغي التوفيق بينهما والعلة المشتركة بينهما أن الشخص المجنون أو المعتوه، طبقا لما نصت عليه المادتان 101 و102 من قانون الأسرة فإنه يحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يقرها القانون، وفي نظري الأمر يرجع إلى خبرة أهل الاختصاص من أطباء الأعصاب والأمراض النفسية وأيضا من المحيطين بالشخص المصاب بالعته<sup>5</sup>.

\* العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره:

- السفه: هو تبذير للمال على غير مقتضى العقل<sup>6</sup>، يسيء الشخص التصرف في أمواله بإنفاقه في غير موضعه ويبذر في نفقاته وبضيع أمواله ويتلفها بالإسراف وهو خفة تعزري الإنسان فتجعله يعمل أعمالا على خلاف مقتضى الشرع والعقل<sup>7</sup>.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 336.

2 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 174.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 157، 158.

4 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 116.

5 راجع نصا المادتين 101، 102 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

6 خليل احمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 48.

7 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 149.

فالسفه عارض يصيب الإنسان في ملكاته النفسية فيضعف بعضا منها وهو بذلك لا يصيب الإنسان في عقله فيظل كامل العقل وإنما تعثره خفة تحمله على فعل خلاف مقتضى العقل والشرع فتعد تصرفاته بوجه عام خارجة عن العرف والمنطق.<sup>1</sup>

وبذلك فأهلية السفه كأهلية الصبي المميز فتثبت له أهلية الاعتناء وتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف فتبطل التصرفات الضارة ضررا محضا والتصرفات التافهة صحيحة أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته.<sup>2</sup>

- **الغفلة:** وهي نقص في الملكات النفسية ينتج عنه سوء التقدير وعدم الاهتمام إلى الربح والخاسر في التصرفات وهو في حكم الصبي المميز بعد تسجيل قرار الحجر أما قبله فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة السفه ظاهرة وفاشية ومالم يكن هناك استغلال أو غش أو تباطؤ، وبذلك ذي الغفلة والسفيه غير محجور لذاته بل لا بد من صدور قرار بالحجر عليه من المحكمة المختصة طبقا للمواد 453 إلى 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>3</sup>

ويعتبر ذو الغفلة والسفيه في حكم الصبي المميز ذلك أن لهما أهلية أداء ناقصة لا معدومة، حيث يؤثر كل من السفه والغفلة في حسن التدبير وينقصان من قوة الملكات النفسية فقط، فهما لا يخلان بالعقل من الناحية الطبيعية<sup>4</sup>، وقد نصت المادة 43 مدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وأيضا نص المادة 101 من قانون الأسرة.

#### \*العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسمية:

تنص المادة 80 من القانون المدني "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة". من خلال نص المادة فالعاهات ثلاثة إلا أن الشرط الضروري هو اجتماع اثنين من العاهات، فازدواج عاهتين في الشخص تعيقه من التعبير عن إرادته أو في حالة وجود عجز جسماني لا علاقة له بالتمييز وإنما لصعوبة التعبير ونتيجة لذلك تعين

1رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 137.

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 117.

3محمد حسنين، المرجع السابق، ص 67.

4توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 673.

له المحكمة مساعدا قضائيا (المساعدة القضائية) لمعونته في إبرام التصرفات لمواجهة حالة العجز وفي حالة غياب المساعد تكون أعماله قابلة للإبطال.

**1-4-2- عيوب الرضا:** يقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله فالرضا موجود إلا أن الإرادة غير سليمة، لغلط، أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ونص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني<sup>1</sup>.

**1-2-4-1- الغلط:** الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع وهذا الأخير إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها<sup>2</sup>. وبعد أحد العيوب التي تشوب الرضا وقد عرفه الفقه بأنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته<sup>3</sup>.

ويصطلح أيضا على الغلط أنه وهم، أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، ومثاله أن يقوم شخص بشراء آنية معتقدا أنها من الذهب فإذا بها من معدن مذهب<sup>4</sup>. ونص المشرع الجزائري على الغلط في المادة 81 من القانون المدني على أنه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"، وبالتالي فالغلط وهم يقع فيه المتعاقد تلقائيا ويسمى بالغلط البسيط أما إذا كان الوهم ناجم عن تزيف من طرف شخص آخر سمي الغلط الناشئ عن التدليس أما المادة فاشتترط أن يكون الغلط جوهريا<sup>5</sup>، ثم تعرضت المادة 82 مدني إلى معيار الغلط الجوهري وهو عدم الإقدام على التصرف لو لم يقع في هذا الغلط وللمطالبة بإبطال العقد لا بد من توفر الشروط التي يشترطها المشرع في عيب الغلط. من خلال ما سبق ذكره فالمشرع الجزائري اعتمد الغلط الجوهري وهو الغلط المعيب للرضا والمؤثر على صحة العقد كلما توفرت شروطه<sup>6</sup>، ويلاحظ أن للغلط نظريتان وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة هذا ما سنتطرق له.

**\* النظرية التقليدية في الغلط:** أسس هذه النظرية فقهاء القانون الفرنسي القديم ثم تعهدها بعدهم الفقهاء الفرنسيون بالصقل والتهديب ومؤدى هذه النظرية تقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع هي الغلط المانع أو الحائل والغلط المؤثر في الرضا والغلط غير المؤثر<sup>7</sup>.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 161.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 89.

3 فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 76.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 162.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 71.

6 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 60.

7 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 162.

- **الغلط المانع:** الغلط المانع يدل عليه اسمه فهو يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد وقد يقع هذا الغلط في ماهية أو طبيعة العقد كأن يعطي المتعاقد نقودا على سبيل القرض في حين يعتقد المتعاقد الآخر أنها هبة، وقد يتعلق بمحل العقد كأن يبيع الشخص سيارة معينة ويعتقد المشتري أنه اشترى سيارة أخرى، وقد يقع في سبب العقد كأن يتفق الوارث مع الموصى له على قسمة شائعة بينهما ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة، ويترتب على هذا الغلط البطلان المطلق لانعدام وجود العقد<sup>1</sup>.

وفي جميع هذه الصور لا يوجد تطابق بين الإرادتين ولذلك يعتبر الغلط حائلا دون انعقاد العقد.<sup>2</sup>

- **الغلط المؤثر في الرضا:** يميز الفقه بين الغلط المانع والغلط المعيب للرضا، فالغلط المانع يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد، أما الغلط المعيب فهو أقل درجة من الغلط المانع حيث يكون القبول مطابقا للإيجاب إلا أن رضا المتعاقد غير صحيح لأن المتعاقد لم يكن على بينة من أمره وأنه لولا الاعتقاد الخاطئ الذي وقع فيه لما أبرم العقد ويترتب على هذا النوع البطلان النسبي<sup>3</sup>، أي القابلية للإبطال ويوجد في حالتين وهما إذا انصب الغلط على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه، وإذا انصب الغلط في شخصية المتعاقد أو على صفة من صفاتها وكان هذا الأمر أو ذاك محل اعتبار أساسي في التعاقد ومثاله الغلط في ذات الشخص أن يهب شخص لآخر مالا معتقدا أنه قريبه ثم يتضح أنه لا تربطه به أي قرابة أما عن الغلط في الصفة كمن اجر لشخص معتقدا أنه متزوج وظهر أنه أعزب.<sup>4</sup>

- **الغلط غير المؤثر:** هو الغلط الذي لا يؤثر على صحة العقد ولا يفسد الرضا ويكون في حالات معينة مثل الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل الالتزام والغلط في قيمة الشيء محل الالتزام والغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد والغلط في الباعث على التعاقد<sup>5</sup>، وهو غلط لا يتصل بتكوين الإرادة ولا يفسد التراضي ويبقى العقد صحيحا.

1 علي فيلالي طبعة 2013، المرجع السابق، ص 175.  
2 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 91.  
3 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 174، 175.  
4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 163، 164.  
5 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 92

ومن صور الغلط غير المؤثر الغلط في الحساب حيث لا تؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو في الكتابة وإنما يجب تصحيحها فالخطأ في العد أو نقل الأرقام من صفحة لأخرى لا يؤثر على صحة العقد ويجب تصحيحه.<sup>1</sup>

### نقد النظرية التقليدية في الغلط:

لقد وجه الفقه المعاصر نقدا لهذه النظرية يظهر من خلال ناحيتين أساسيتين هما الأولى فكرة الغلط المانع التي تنادي بها هذه النظرية معيبة ومجردة عن الفائدة لأن المقصود بالغلط أن يقوم بالرضا بالعقد ولكن يجيئ هذا أرضا وليد الوهم والاعتقاد الخاطيء والثانية أن معيار التفرقة بين الغلط المؤثر الذي يهدد العقد بالإبطال والغلط غير مؤثر الذي لا يبطل العقد، وقد أقامته هذه النظرية على تفرقة مادية بين حالات الغلط فأحيانا يقع مؤثرا كحالة الغلط في مادة الشيء أو صفة جوهرية فيه والغلط في شخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار وفي الحالة الثانية يكون غير مؤثر، وهناك حالات أخرى ما كان المتعاقد يرتضي العقد أو لم يقع في الغلط كحالة الغلط في القيمة الذي لا تعتبره النظرية التقليدية غير مؤثر في الرضا كما لو باع شخص سندا من سندات أحد البنوك بقيمة السوق معتقدا أنه لم يكسب جائزة ولكن الحقيقة أنه ربح جائزة فالغلط الذي وقع فيه البائع بلغ حدا من الجسامة لولاه لما أبرم عقد البيع.<sup>2</sup>

إن هذه النظرية تعتمد على المعيار المادي، وعلى أساس النقد الموجه قامت النظرية الحديثة التي تعتمد على المعيار الذاتي والذي يعتمد على معيار واحدا للغلط الذي يعيب الإرادة وهو الغلط الجوهرى الدافع للتعاقد.<sup>3</sup>

\* **النظرية الحديثة في الغلط:** لقد استبعدت النظرية التقليدية والتي تستند على التفرقة بين الغلط المعيب للرضا ما يسمى الغلط المانع وبين الغلط غير المؤثر وهي تعتمد على معيار موضوعي أو مادي قوامه مادة الشيء محل الالتزام، وأن الغلط لا يؤدي إلى الإبطال إلا إذا كان واقعا في جوهر الشيء، إلا أن الفقه ما لبث أن عرف بأن هذا المعيار يعتريه الجمود ورأوا ضرورة الأخذ بالمعيار الشخصي قوامه الصفة الجوهرية التي اعتبرها المتعاقد وقت التعاقد واصبح يطلق عليه الغلط الجوهرى أي الدافع الرئيسي للتعاقد سواء كان في مادة الشيء أو شخص المتعاقد<sup>4</sup>، أو في القيمة أو في الباعث، فجعلت أساس النظر إلى الغلط فيما هو جوهرى في تقدير المتعاقدين، مهما كان موضوع الغلط واعتدت بذلك بالغلط في صفة

1 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 134.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 165.

3 بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2015، ص 213.

4 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 93.

جوهرية في المحل وفي شخصية المتعاقد، ما دامت هذه الصفة كانت محل اعتبار ودفعت إلى التعاقد<sup>1</sup>.

فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع للتعاقد بمعنى أن الشخص ما كان ليرتضي العقد لو أنه لم يقع في الغلط كان الغلط مؤثرا ويجعل العقد قابلا للإبطال وليس فقط في الحالات التي ينصب فيها على مادة الشيء أو على صفة جوهرية فيه أو على شخصية المتعاقد بل في أية حالة أخرى وبذلك يصبح المعيار شخصيا ينطبق في جميع الحالات أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد بالمعنى المتقدم وقع غير مؤثر وما عاب الرضا ومن ثم لا أثر له في العقد أيا كان الأمر حتى لو انصب مثلا على مادة الشيء<sup>2</sup>.

**\* الغلط في القانون المدني الجزائري:** أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة للغلط وهي تجيز ابطال العقد إذا كان الغلط هو الدافع للتعاقد ولإبطال العقد على أساس الغلط في القانون الجزائري<sup>3</sup>، حيث نصت المادة 81 مدني "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"، كما نصت المادة 82 منه على أنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". ما يلاحظ من نص المادتين أن المشرع الجزائري لم يعرف الغلط الجوهرية تعريفا شاملا بل وضح لنا أن الشرط الوحيد للغلط المعيب للإرادة هو كون الغلط جوهريا أي جسيما ثم بينت المادة الثانية شروط الغلط الجوهرية<sup>4</sup>.

**شروط الطعن في العقد بسبب الغلط في القانون المدني الجزائري:** يتضح من نص المادتين 81 و82 أنه لإبطال العقد يلزم توفر شرطان:

الأول: أن يكون الغلط جوهريا.

الثاني: أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر.

- الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهريا

طبقا لنص المادة 81 مدني السالفة الذكر فالمشرع الجزائري اعتمد النظرية الحديثة للغلط، حيث أن الغلط الجوهرية هو الغلط الذي يؤثر حقيقة في رضا المتعاقد فيجعله معيبا<sup>5</sup>،

1 عبد الإله فتحي، شرح النظرية العامة للالتزامات وفقا لقانون المعاملات المدنية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط1، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 145.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 166

3 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 72

4 أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 51

5 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 91 .

إن المعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ في نظره درجة من الأهمية تكفي لأن تجعله يقدم على التعاقد إن حذر ويتخلف عن التعاقد إن لم يكن موجودا، فالغلط الجوهرى قد يقع في صفة الشيء، أو في شخصية المتعاقد أو في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد.<sup>1</sup>

ويجب أن يكون الغلط الجوهرى مؤثرا وبالتالي يجب أن يكون الغلط الجوهرى هو السبب الرئيسى الذى دفع المتعاقد إلى إبرام العقد وبمفهوم المخالفة يشترط على من يدعى الغلط أن يثبت أن الاعتقادات الخاطئة هي التي حملته على التعاقد وإلا كان رضائه سليما، ويتم تقدير فعل التأثير إما بالرجوع إلى نفسية المتعاقد بخصوصياتها وهذا تقدير ذاتي وإما بالرجوع إلى نفسية الرجل المعتاد محاطا بنفس الظروف وهذا تقدير مجرد.<sup>2</sup>

وطبقا لنص المادة 82 مدني فهناك صورتان لجوهرية الغلط هما:

**\* الغلط في صفة جوهرية للشيء:** اختلفت الآراء الفقهية حول مفهوم الصفة الجوهرية فحسب النظرية المادية أو الموضوعية الغلط الجوهرى هو الذى يقع في المادة التي صنع منها الشيء مثل الغلط الذى يقع فيه المشتري كأن يشتري شخص مصباح من مادة معدنية ومغلف بالفضة، غير أنه كان ينوي شراء مصباح من الفضة الخالصة.<sup>3</sup>

أما النظرية الذاتية التي تبناها المشرع في المادة 82 مدني، فتحدد الصفة الجوهرية للشيء بالمعيار الشخصى، إذ يجب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين معا بطريقة صريحة أو ضمنية، وإذا لم يفصحا عن الصفة التي يراها جوهرية، فيتعين استخلاصها من شروط العقد والظروف المحيطة وحسن النية، وهو حل احتياطي يعتمد فيه تقدير الصفة الجوهرية على معيار موضوعي خالي من كل الاعتبارات الشخصية، كأن يتقدم شخص لبائع الآثار لشراء شيء أثري، فهذا يفيد الظن أن محله مخصص لبيع الأشياء الأثرية.<sup>4</sup>

**\* الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته:** يكون الغلط جوهريا كذلك إذا كان الدافع إلى التعاقد هو ذات المتعاقد معه أو صفته ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر مبلغا معتقدا أنه من أقاربه ثم يكتشف عدم وجود القرابة، والغلط في ذات المتعاقد يكون تأثيره بصفة عامة في عقود التبرع أما في عقود المعاوضة فلا يؤثر إلا استثناء<sup>5</sup>، كما يؤثر الغلط في صفة

1 بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية (غير منشورة)، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2014-2015، ص 133.

2 علي فيلالى، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 177.

3 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق ص 60.

4 علي فيلالى، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 180.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 73

المتعاقد إذا كانت الصفة هي الدافعة للتعاقد هنا يقتصر على العقود التي يكون فيها الشخص المتعاقد محل اعتبار كأن يؤجر المسكن لمتزوج ثم يكتشف أنه أعزب.<sup>1</sup>

والبحث فيما إذا كان الغلط في شخص المتعاقد أو صفة من صفاته أمراً جوهرياً، من مسائل الواقع التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة العليا. ويكون لذات المتعاقد وصفاته الدور المهم في العقود التي تقتضي طبيعتها أن يتحقق هذا الدور، كعقود التبرع مثلاً، أو العقود التي تتطلب كفاءة معينة أو شهرة خاصة في المتعاقد.<sup>2</sup>

\* **الغلط في القيمة:** النظرية التقليدية لا تعتد بهذا الغلط إلا أنه طبقاً للقانون المدني الجزائري فإن هذا الغلط يعتد به إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد<sup>3</sup>، ويكون الغلط في القيمة إذا كان الدافع الرئيسي إلى التعاقد فيجعله قابلاً للإبطال فإذا باع شخص سوار معتقداً أنه من نحاس ثم اكتشف أنه من ذهب فله في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء.<sup>4</sup>

\* **الغلط في الباعث:** النظرية التقليدية كانت لا تقيم اهتماماً لهذا الغلط، فتعتبره غير مؤثر في سلامة الرضاء مثل شراء شخص سيارة معتقداً أن سيارته احترقت ثم يتضح أنها سليمة، ويرى معظم الفقه في مصر أن الغلط في الباعث يجيز إبطال العقد إذا كان هو الذي أدى إلى إبرامه ومن الأمثلة بيع شخص العقار الذي يملكه وهو معتقد أنه مريض مرضاً خطيراً مميتاً ثم يتضح له أنه لم يكن مرض الموت بل يمكنه الشفاء منه، هنا يجوز له أن يطالب بإبطال العقد على أساس أنه قد وقع في غلط في الباعث الذي دفعه إلى التعاقد.<sup>5</sup>

ولقد طرح مشكل الغلط في الباعث مع ظهور النظرية الحديثة للسبب، حيث يختلط الغلط في السبب بالغلط في الباعث فأصبحت شيئاً واحداً، فيتزب على كل منهما جزء معيناً فالغلط في السبب يجعل العقد باطلاً، أما الغلط في الباعث فيجعله قابلاً للإبطال فقط، ولقد أخذ المشرع الجزائري الكثير من القانون المدني المصري حيث نقل عنه على الخصوص المادة 82 مدني المتعلقة بالغلط والمطابقة تماماً للمادة 121 مصري، وكذلك نقل المادتين 136 و137 مصري الموافقين للمادتين 97 و98 مدني جزائري اللتان تعالجان ركن السبب، ويفيد هذا الحكم أن الغرض من ركن السبب هو مراقبة مشروعية المعاملات وليس وجود السبب،

1 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 133.

2 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 94.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 170.

4 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 231.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 171.

فالغلط إذن في الباعث أو في السبب بمفهوم النظرية الحديثة يخضع لنظرية العقد الجوهري دون سواها مما يجعل العقد قابلاً للإبطال (البطلان النسبي).<sup>1</sup>

غير أنه من الناحية الواقعية الأمر فيه هدم لاستقرار المعاملات لذا نحن مع من يرى أن الغلط في الباعث لا يؤدي إلى جواز إبطال العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء محل التعاقد أو في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه فمجرد الغلط في الباعث لا يكفي لإبطال العقد فلو اشترى الأب هدية لابنه بمناسبة نجاحه لاعتقاده بذلك ثم كانت الحقيقة أنه رسب هل يمكنه فسخ عقد الشراء لان ابنه لم ينجح؟<sup>2</sup>

### - الشرط الثاني: اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر:

إن التسليم بحق العاقد في فسخ العقد سواء وقع في صفة في المحل أو في المتعاقد الآخر يعد أمراً في غاية الخطورة لاستقرار العقود والتعامل، فكل طرف إذا ما أراد أن يتهرب من الاتفاق الذي لا يراه في مصلحته أن يدعي بأنه وقع في غلط لذلك محاولة لسد الطريق أمام هذه المشكلة اشترط حتى يمكن الطعن بالعقد بالغلط أن يكون الغلط مشتركاً أو أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالأهمية الجوهرية التي يعلقها المتعاقد الغالط على الصفة المرغوب فيها التي خلا منها العقد، فغلط أحد المتعاقدين يكفي عندما يكون المتعاقد الآخر عالماً أو كان من السهل عليه العلم به كما أن العبرة بنية الأطراف في اعتبار صفة ما في الشيء أو في الشخص جوهرية.<sup>3</sup>

وقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج رغم أنه لم ينص صراحة عليه وإنما يستشف من نص المادة 82 مدني إذ لا يكفي أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري حتى يقوم الغلط وإنما يجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط فلا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان على علم به أو من السهل عليه العلم به، وحكمة هذا الشرط كما قلنا سابقاً في ضمان استقرار المعاملات، حيث أن الغلط الفوري يؤدي إلى مفاجأة المتعاقد الآخر بطلب إبطال العقد وهو لا علم له بالسبب، أما إذا كان المتعاقد الآخر شريكاً في الغلط أو عالماً به أو كان بوسعه أن يعلمه فيختفي عنصر المفاجأة المبني عليه الغلط الجوهري.<sup>4</sup>

1، علي فيلالي المرجع السابق، طبعة 2001، ص 118-119.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 171.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 139.

4 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 133.

## أنواع الغلط:

يتعلق النوع الأول بالغلط الجوهرى والذي يبطل العقد أما النوع الثانى وهو الغلط الذى لا يؤثر على صحة العقد.

### الغلط الجوهرى: (الغلط فى الواقع)

الغلط فى الواقع وهو الغلط الذى توفرت فى شروط السابقة للغلط الجوهرى وهى أن يقع الغلط فى صفة جوهرية للشئ كما يمكن أن يقع فى ذات المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد، وكذلك الغلط فى القيمة ويجب تحقق الوصف الثانى وهو اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر .

**الغلط فى القانون الذى توفرت فيه شروط الغلط فى الواقع :** إن الغلط فى القانون مثله مثل الغلط فى الواقع يكون مبطلا للعقد إذا استوفى شروط الغلط الجوهرى أى متى كان هو السبب الرئيسى فى التعاقد كالتزام الوارث بتسديد ديون المورث معتقدا أن القانون يلزمه بذلك فالغلط فى القانون كان السبب الرئيسى فى تصرف الوارث وهذا ما يجعل عقده قابلا للإبطال وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائرى فى نص المادة 83 مدنى "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين 81 و82، ما لم يقض القانون بغير ذلك"، وعليه يكون هذا الغلط غلطا جوهريا بكونه معيبا للرضا إذا كان هو السبب الرئيسى فى التعاقد.<sup>1</sup>

نشير إلى أن القاعدة الواردة فى المادة 78 من الدستور<sup>2</sup> "لا يعذر بجهل القانون" لا تمنع الدفع بالغلط الجوهرى فى القانون، فإذا تنازل شخص عن حقه فى الميراث متأكدا أن الحصة الآيلة إليه تافهة واستدرك فيما بعد أن له حق الربع من هذه التركة، يمكن له طلب إبطال العقد على أساس وقوعه فى غلط جوهرى فى القانون،<sup>3</sup> حيث أن الغلط فى القانون يعد سببا لإبطال العقد لأنه العلم الخاطئ أما الجهل فهو عدم العلم بحد ذاته وبالتالي لا يعتبر عذرا، ومن يتمسك بالغلط فهده واضح هو تطبيق حكم القانون أما من يتمسك بالجهل بالقانون فغاياته عدم تطبيق القانون لعللة الجهل .

ولا يعتد استثناء بالغلط فى القانون إلا فى حالتين هما:

- إذا تعلق الأمر بنقطة قانونية محل اختلاف فى مفهومها.

1 علي فيلالي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 181.

2 دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريد الرسمية، المؤرخة فى 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020.

3 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 62

- إذا كان القانون يمنع ذلك كما هو الحال بالنسبة للمادة 465 ق م ج التي تنص على:  
" لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون"<sup>1</sup>.

**إثبات الغلط:**يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب من القضاء إبطاله وفقا للمادة 81 مدني حيث أقر المشرع حماية قانونية للمتعاقد الغالط ويقع عبء إثبات الغلط وفقا للمبادئ العامة على من يدعيه بأن يثبت جوهريّة الغلط ودخوله في نطاق العقد وبأن هذا الغلط هو الذي دفعه للتعاقد و يكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن فنحن أمام وقائع مادية<sup>2</sup>

يتمتع المتعاقد ضحية الغلط الجوهري وحده بحق التمسك بإبطال التصرف المعاب دون المتعاقد معه كما لا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، فهو لا يعتبر من النظام العام، وإذا قرر القاضي إبطال العقد يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.  
كما يمكن للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يجيز العقد بأن يتنازل عن حقه في طلب إبطاله ويصحح العقد من يوم إبرامه<sup>3</sup>.

ونرجع إلى مسألة إثبات الغلط فهو واقعة قانونية يمكن إثباتها بكل الوسائل ويتحمل عبء الإثبات المتعاقد الذي يدعي الغلط من أجل تحقيق أثره وهو قابلية العقد للإبطال.<sup>4</sup>

### **حسن النية في التمسك بالغلط:**

نصت المادة 85 مدني " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، يهدف هذا النص إلى منع من له الحق في التمسك بالإبطال أن يتعسف في استعماله لهذا الحق فلو أظهر الطرف الآخر استعدادة لتنفيذ العقد كما أراد المتعاقد الذي وقع في غلط فيكون هذا الأخير ملزما بالعقد ولا يستطيع أن يصر على فسخه خلافا لمبدأ حسن النية.<sup>5</sup>

فلا يجوز التمسك بالغلط إذا تعارض مع حسن النية فيسقط حق إبطال العقد لعيب الغلط إذا ما أبدى المتعاقد الآخر استعدادة لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد في العقد.<sup>6</sup>  
فحق التمسك بالغلط لإبطال العقد يصبح غير جائز إذا تعارض مع مقتضيات حسن النية، لأن الحماية القانونية المتمثلة في إبطال العقد مكفولة له فقط إذا كان المتعاقد حسن

1 علي فيلاللي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 182.

2 العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 407 .

3 لحو خيار غنيمّة، المرجع السابق، ص 63.

4 علي فيلاللي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 189.

5 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 143

6 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 175.

النية، أما إذا كان سيء النية فهو يطالب بالإبطال لسبب آخر وليس بسبب الغلط فهنا يفقد حقه في الحماية القانونية<sup>1</sup>.

**الغلط الذي لا يؤثر على صحة العقد (الغلط المادي):** الغلط الذي لا يسبب إبطال العقد هو الغلط المادي وذلك بالنظر للمادة 84 مدني «لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط " فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بإبطال العقد لغلط مادي كالغلط في العملية الحسابية أو غلط في الكتابة<sup>2</sup>

حيث أن العبرة بما قصده المتعاقدين دائما وهو الذي يحدد المعنى دائما والغلط دائما مردود بالرجوع للقصد من التعاقد وفي حالة خطأ القلم فالقاعدة عامة ومجردة وهو وجوب تصحيح الغلط بمعرفة طرفي التعاقد<sup>3</sup>، فهو لا صلة له بتكوين الإرادة ولا يفسد الرضا، فيبقى العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بإبطال العقد لغلط مادي مادام يمكن تصحيحه .

**1-4-2-2- التدليس:** عندما يكون الغلط وهما تلقائيا يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه فالتدليس هو التخليط لأنه غلط يتسبب فيه شخص وذلك بإخفاء الحقيقة من أجل دفع الشخص إلى التعاقد، ومن أجل ذلك كانت فكرة التدليس في القانون الروماني تقوم على منح المدلس عليه دفعا ودعوى ليس سببا في معيب إرادته وإنما كجزاء يوقع على الشخص الصادر منه التدليس، وأن التدليس غلط مستثار فهناك من الشراح من يرى أنه لا جدوى من وضع قواعد قانونية خاصة به بل يمكن الاكتفاء بتطبيق القواعد الخاصة بالغلط ويستدلون بتشريعات لم تنص على التدليس واكتفت بالغلط في القانون البرتغالي والنمساوي، مبررين ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلط، فلا أثر له في صحة العقد ولا تترتب عليه إلا المسؤولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرر.<sup>4</sup>

والبعض الآخر تمسك بضرورة بقاء قواعد التدليس نظرا للاختلاف بين مسألة الغلط والتدليس فالأخير سهل الإثبات كما أنه عمل غير مشروع يستوجب تعويضا لصالح المدلس عليه وهذه الأمور غير موجودة في الغلط، زد على ذلك أهمية نظرية التدليس بالنسبة للذين يأخذون بالنظرية التقليدية للغلط وذلك بالنسبة للغلط في القيمة أو الغلط في الباعث فهما لا تعترفان بهما وبالتالي هناك قصور في تحقيق العدالة والنتيجة هي حتمية الالتجاء إلى نظرية

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 96.

2 لحو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص 62.

3 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 235.

4 إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 89.

التدليس إذا كان العقد مشوبا بغلط في القيمة أو الباعث تسببت فيه طرق احتيالية لجأ إليها المتعاقد،<sup>1</sup> كما أن ما يميز التدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد مع إيقاعه في الغلط عن طريق الغش أو الاحتيال<sup>2</sup> ولقد تناول المشرع الجزائري التدليس واعتبره عيبا مستقلا من عيوب الرضا وإن كان هو علة لعيب آخر وهو الغلط وأن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس وذلك للفارق الموجود بينهما.

وقد نصت المادة 86 مدني "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" أما المادة 87 من القانون المدني فنصها كالتالي "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس" من خلال المادتين اللتين نظمتا التدليس فهما لم تنطرقا لتعريفه بل تولى هذه المسألة الفقه، حيث يعرف فقهاء أنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد.<sup>3</sup> وعرف أيضا أنه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد فهو غلط يقع فيه المتعاقد تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر فهو غلط مستثار لا يقع فيه الشخص من تقاء نفسه.<sup>4</sup>

- **عناصر التدليس:** من خلال نص المادتين المتعلقتين بالتدليس أن له ثلاثة عناصر هي استعمال طرق احتيالية وهي عنصر مادي وثانيا نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع وهو العنصر المعنوي وفي الأخير أن تكون الحيل مؤثرة وتحمل على التعاقد.

### - **العنصر الأول: استعمال طرق احتيالية (العنصر المادي)**

يستلزم التدليس طبقا للمادة 86 مدني ضرورة استعمال المدلس لطرق احتيالية بهدف التأثير على إرادة المتعاقد معه والتي تشكل العنصر المادي والذي يقوم على الحيل والخداع والتضليل بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد أو إيهامه خلاف الواقع للتأثير على إرادته.<sup>5</sup>

1 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 78

2 مندي آسيا ياسمين، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق (غير منشورة)، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، 2009، ص 58.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 176.

4 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 144.

5 العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 111.

هذه الوسائل المستعملة لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه، ويراعي في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس المعيار الشخصي، فالمهم تأثر الشخص بالحيلة حتى لو كانت لا تؤثر على غيره من الناس.<sup>1</sup>

ومن بين الوسائل المختلفة التي تدخل ضمن الطرق الاحتيالية هي الحيل والكذب بحيث تعتبر الوجه الإيجابي لها فتمثل الحيل مجموعة من الأعمال التي تستعمل لتضليل المتعاقد الثاني والمثال على ذلك تقديم شهادة مزورة أو اصطناع مستندات أو إخفائها أو الظهور بمظهر البذخ واليسار أو تغيير عداد سيارة مستعملة قبل بيعها،<sup>2</sup> أما فيما يخص التصريحات الكاذبة فلا تعتبر حيلة كلها يترتب عليها التدليس، إلا إذا بلغت درجة من الخطورة تجعل المدلس عليه غير قادر على اكتشاف الحقيقة بنفسه رغم ما اتخذ من احتياطات وما بذله من جهد.<sup>3</sup>

ولا يستلزم في هذه الطرق الاحتيالية المتعلقة بالأمر المدنية أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه إطلاق وصف أو تكييف جريمة النصب الجنائية المتعلقة بالأمر الجنائية.<sup>4</sup> أما عن الوجه السلبي فالمقصود به السكوت عمدا عن ظرف معين يهم المتعاقد الآخر يقتضيه حسن النية والنزاهة في التعاقد ويشترط فيه ثلاثة شروط هي:

- أن يكون المدلس على علم بالحقيقة ولكن تعمد السكوت عليها.
- أن يتعلق السكوت بواقعة أو ملابسة مؤثرة لو علم المدلس عليه بها لما تعاقد
- أن يجهل المدلس عليه هذه الواقعة أو الملابسة ولا تكون لديه المعرفة إلا عن طريق إفشاء وبوح المتعاقد.

وقد تدخل المشرع لحماية المتعاقد ضحية السكوت التدليسي والتي يكون المتعاقد ملزما بنص القانون على التصريح الإجمالي مثل عقد التأمين حيث يلتزم المؤمن له بالتصريح بكل البيانات اللازمة لتقدير الخطر محل العقد وكذلك الأمر بالنسبة لعود الاستهلاك.<sup>5</sup>

- **العنصر الثاني: نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع (العنصر المعنوي)**  
إن نية التضليل تقتضي أن يكون الغرض من الحيل التدليسية المستعملة خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد، فالتدليس خطأ عمدي يستوجب نية التضليل لدى المدلس

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

2 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 64.

3 توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 147.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

5 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 64.

فإذا كان العمل غير مقصود وأدى إلى تضليل المتعاقد الآخر هنا تنتفي النية السيئة للتضليل ولا نكون أمام عيب التدليس وليس في هذه الحالة الخيار للمدلس عليه إلا التمسك بالغلط.<sup>1</sup> أما ما يعد مشكلا لعيب التدليس فيتمثل في نية التضليل لدى المدلس والإيقاع بالمتعاقد معه لحمله على التعاقد، فلا مجال للحديث عن تدليس إذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون تعمد الطرف الآخر خداعه بل نكون في هذه الحالة أمام غلط ويقع عبئ إثبات نية التضليل على عاتق المدلس عليه وذلك بكافة طرق الإثبات<sup>2</sup>.

فإذا انتقت نية التضليل انعدم التدليس فإذا قام شخص بعمل وانخدع به لآخر دون قصد محدث للعمل إلى خداعه لم نكن بصدد تدليس وكذلك لا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما لم يقصد التضليل بل الترويج لبضاعته واستهواء الناس إذ يعتبر هذا من باب الكذب المباح المسموح به في العرف التجاري<sup>3</sup>.

### - شروط التدليس:

من شروط التدليس المنصوص عنها في نص المادة 86 مدني أن يكون التدليس مؤثرا أي الدافع للتعاقد وأن يصدر من أحد المتعاقدين.

### أولاً: أن يكون التدليس هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد

يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل المستعملة قد بلغت حدا من الجسامة لولاها لما أبرم المتعاقد العقد أو لكان أبرمه بشروط مغايرة<sup>4</sup>، غير أن تقدير الجسامة موكول إلى قاضي الموضوع فهو الذي يبيث في ذلك فيقدر أثر التدليس في نفس العاقد المخدوع المدلس عليه وما إذا كان التدليس هو الذي دفعه للتعاقد من عدمه ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملاتهم اليومية وبحالة العاقد الاجتماعية والاقتصادية والنفسية في مثل وقت التعاقد وساعته وظروفه<sup>5</sup>، وهذا ما قضت به المادة 86 الفقرة الأولى مدني السابقة الذكر حيث أفادت أنه إذا ثبت أن التدليس لم يكن الدافع إلى التعاقد فلا يكون للتدليس أثر على صحة العقد، واشترطت أن تكون الحيلة مؤثرة بأن تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا للمتعاقد على إبرام العقد بحيث لولاها لما أبرم الطرف المدلس عليه العقد<sup>6</sup>.

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 99

2 لخلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 65.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 179.

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 430

5 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 250.

6 سعاد رداح، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، 2015، ص 42.

إن المشرع الجزائري اعتمد المعيار الشخصي في تقدير الحيل المؤثرة في المتعاقد ودفعه على إبرام العقد، حيث أن المهم ليست الحيل في حد ذاتها إنما هو مدى تأثر هذا الشخص حتى لو كانت لا تؤثر على غيره من الناس<sup>1</sup>.

**ثانياً: أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر** الأصل أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر لغرض حمل المتعاقد الأول على إبرام العقد وتعد هذه الصورة المألوفة للتدليس، غير أنه في بعض الحالات يكون شخص من الغير هو المتسبب في التدليس<sup>2</sup>.

إن التدليس المبطل للعقد هو التدليس الذي يصدر من المتعاقد مع المدلس عليه أو نائبه، أما التدليس الصادر من الغير، فلا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به فيعتبر حينئذ متواطئاً مع الغير المدلس أو كان هذا المتعاقد استغل هذه الوضعية لفائدته أما إذا لم يكن يعلم بالتدليس الصادر من الغير فلا مجال لإبطال العقد الذي يبقى قائماً رغم أنه كان مشوباً بالتدليس<sup>3</sup>.

حيث يلزم أن تكون الطرق الاحتياطية صادرة من المتعاقد أو من نائبه أو أن يكون هذا على الأقل عالماً بها أو كان من المفروض حتماً أن يكون فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين من الغير ولم يكن للمتعاقد العلم به أو كان مفروضاً أن يعلمه يقع غير مؤثر في العقد ولا يخول للضحية المدلس عليه طلب الإبطال، إلا أنه يمكنه الرجوع على الغير بالتعويض<sup>4</sup>.

- **إثبات التدليس:** يجوز للطرف المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد متى أمكنه إثبات واقعة علم الطرف الآخر وبذلك يفترض على من يدعي التدليس إثباته ويمكن ذلك كالغلط بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة وليست قانونية ولذا يمكن إثبات التدليس بالقرائن، ويلزم على من يتمسك بالتدليس وهو الطرف المخدوع إقامة دليل الإثبات بتوافر العنصرين المادي والمعنوي أخذاً بالمعيار الشخصي أو الذاتي.

فعبء إثبات الحيل وفقاً للقواعد العامة على من يدعيها، أي على المتعاقد المدلس عليه طبقاً للمادة 323 مدني "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وهنا الدائن هو الطرف المخدوع في التدليس إذا كان صادراً من المتعاقد المدلس أما إذا كان التدليس صادراً من الغير فيمكنه المطالبة بالتعويض كما سبق وذكرنا باعتبار التدليس من الأعمال غير المشروعة، فهو خطأ موجب للتعويض عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup>

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 100.

2 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 81.

3 لخلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 65.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 182.

5 أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 106.

\* **نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس:** إن مفهوم التدليس أو التغيرير يشبه عيب الغلط فكلاهما توهم غير الواقع ولكن الفرق بينهما أن التدليس ينتج عن استخدام طرق احتيالية في حين أن الغلط ذاتي يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه وهناك مجموعة من الفقه يرون أن التدليس صورة من صور الغلط وهو يدخل ضمن حالات الغلط في الواقع أي الجوهرية إلا أن غالبية الفقهاء يفرقون بينهم<sup>1</sup>، وقد سار المشرع الجزائري على خطاهم وهذا ما هو موجود فعليا في نصوص القانون المدني فكل عيب يدرس على حدى وله مواده الخاصة به والمحددة لشروطهما وأثرهما .

إن جعل العقد قابلا للإبطال في ظل عيب الغلط التلقائي يشترط جوهرية الغلط باعتباره دافعا للتعاقد وبذلك فنظرية الغلط تغني عن التدليس فكل عقد يبطل للتدليس إنما هو يبطل في الحقيقة للغلط فلا يمكن أن يوجد عقد باطلا للتدليس دون أن يكون باطلا للغلط في نفس الوقت ،بينما في التدليس فهو غلط ناشئ عن التدليس باستعمال طرق احتيالية بشرط تأثيرها على تضليل ودفع المدلس عليه للتعاقد فإذا كانت الحيل غير مؤثرة ودافعة في نفس المتعاقد غلطا فلا يصح إبطال العقد بالتدليس لا يغني عن الغلط ،لأنه إذا لم يوقع التدليس في نفس المتعاقد غلطا فذلك لا يؤثر في صحة العقد.

**1-4-2-3 الإكراه:** الإكراه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد وهذا الوصف للإكراه ينصرف للإكراه المفسد المعيب للرضا أين تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة دون الإكراه المعدم للرضا الذي يعدم الإرادة والمرتب للإبطال المطلق<sup>2</sup>. ويعرف كذلك أنه ضغط غير مشروع على إرادة الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد لكي يتحاشى نتائج التهديد الذي يقع عليه<sup>3</sup>.

والمشرع الجزائري نص عن الإكراه في المادة 88 مدني " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته للإكراه " .

1 عدنان إبراهيم، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 147 .

2 أنور سلطان، الموجز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 107 .

3توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 153 .

إن الإكراه المقصود من المادة هو المسبب للتعاقد ليس عنوة وإجبار مثل توقيع شيء رغما ففي هذه الحالة تعدم الإرادة، لكن لو انتزعت من الشخص إرادته نتيجة رهبة بثها الغير في نفسه فيكون الشخص في هذه الحالة مخير بين أمرين بأن يفعل الشيء المطلوب منه أو لا يفعل ويقع الضرر المهدد به فالإرادة موجودة ولكنها في هذا الفرض معيبة.<sup>1</sup> والحقيقة أن الرهبة أو الخوف المحدث في نفس المتعاقد هو الذي يفسد الرضا والذي يبعثها الطرف الآخر في نفسه وهذا ما نصت عنه المادة 88 الفقرة الثانية من القانون المدني ويعتبر الإكراه في هذه الحالة إكراها معنويا لا ماديا.

- **شروط الإكراه:** حددت المادتان 88 و 89 من القانون المدني الشروط الضرورية للاعتداد بالإكراه حتى يكون عيبا من عيوب الإرادة ومنتجا لآثاره القانونية.

-**أولا-الرهبة البيئية:** نصت عنها الفقرة الثانية من المادة 88 السالفة الذكر ومن خلالها فللهبة شرطان يتعلق أحدهما بالخطر والثاني بالشخص المعني بالخطر.

**الشرط الأول: الخطر الجسيم**

الخطر الجسيم هو خطر كبير ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد، وحتى يكون الأمر على هذا النحو يجب أن يكون الخطر محدقا ومعينا كأن يهدد الشخص بحرق ممتلكاته أو اختطاف أحد أبنائه أو قتله وقد يتلقى الشخص تهديدات عامة دون تحديد ودون وضوح فلا نكون في هذه الحالة بصدد خطر جسيم ،وتقدير جسامة الخطر أمر نسبي فيجب الأخذ بعين الاعتبار المركز الثقافي والاجتماعي والاقتصادي والنفسي لكل متعاقد نظرا لاختلاف الشخصيات ،فالتقدير له معيار ذاتي وموضوعي والمشعر الجزائري أخذ بالمعيار الذاتي طبقا للفقرة الثالثة من المادة 88 مدني ،ويقدر القاضي جسامة الخطر في ضوء الحقائق الخاصة بكل متعاقد لاستخلاص ما إذا كان الخطر المدعى من طرف المكره جسيما أم لا ، ويتحقق الخطر الجسيم حتى ولو لم تكن التهديدات حقيقية بل يكفي أن تكون وهمية طالما تأثر بها المكره، وتتجلى جسامة الخطر في عجز المكره عن دفعه أو التخلص منه بأي وسيلة . ويشترط في الخطر أن يكون محدقا وشيك الوقوع، أما إذا كان الخطر المهدد بعيدا أو متراخي فإنه لا يحدث رهبة في نفس المكره والصحيح أن الحالية والفورية ينصرفان إلى الخوف والرهبة المحدثه في نفسية المكره.<sup>2</sup>

1 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 256 .  
2 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 204.

**الشرط الثاني : الشخص المهدد بالخطر** يكون التهديد بالاعتداء على جسم المتعاقد المكره كالتهديد بالقتل أو الضرب أو الاختطاف كما يكون التهديد بالمساس بالشرف كالقذف أو التهديد بالمساس بأمواله كحرقها أو إتلافها، ويمكن أن يكون محل التهديد بالخطر هو المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه سواء تعلق الأمر بالنفس أو الجسم أو الشرف أو المال ،وبخصوص الأقارب فهي تعني الانتماء إلى أسرة واحدة وهنا المشرع لم يحدد درجة القرابة مباشرة أو قرابة حواشي أو قرابة عن طريق المصاهرة، كما أن هناك من الأصدقاء تكون العلاقة معهم في بعض الأحيان أقرب من الأقارب كالأصدقاء والجيران.<sup>1</sup>

- **ثانيا - الرهبة غير المشروعة:** يجب مراعاة أن يكون الإكراه باستعمال وسيلة غير مشروعة توصل لغرض غير مشروع كمن يهدد شخصا بقتله أو حرق ماله فقد يكون أكرهه على التعاقد وبذلك يحق له إبطال العقد، أو استعمال وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ومثال ذلك من فاجأ شخصا متلبسا بجريمة فاستكتبه سندا بمبلغ كبير تحت تهديد الإبلاغ هي التي دفعته للتعاقد وبذلك يفسد رضاه، أما إذا كانت الوسيلة مشروعة للوصول إلى قصد مشروع كما إذا هدد الدائن برفع دعوى على المدين فهذه وسيلة ضغط ولكنها مشروعة.<sup>2</sup> حيث يشترط في التهديد أن يكون غير مشروع باستعمال وسيلة غير مشروعة بقصد الحصول على قبول المتعاقد، أما إذا كان التهديد مشروعاً والغية مشروعة فلا يتحقق الإكراه ويبقى التصرف قائماً

ويتعبير آخر أن يستعمل المتعاقد الذي يهدد المتعاقد معه وسيلة غير مشروعة بقصد الحصول على قبوله كتهديد شخص بالقتل إذا لم يهب مالا لا يريد أن يتنازل عليه.<sup>3</sup> أما إذا كانت الرهبة التي يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد معه قائمة على حق، فإن رضا هذا الأخير يكون سليماً وينعقد صحيحاً، طالما كان الغرض منها مشروعاً وكذا الوسائل المستعملة لذلك، كما هو الحال أيضاً بالنسبة للمسؤولية والنفوذ الأدبي التي تعتبر نوعاً من السلطة الأدبية من متعاقد على متعاقد آخر تنشأ احتراماً وطاعة بين هؤلاء.

- **ثالثاً - اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر:** اتصال الإكراه بالطرف الآخر شرط تفضييه الرغبة في عدم مفاجأته بالمطالبة بإبطال العقد وأمر تفضييه طبيعة الأمور من حيث أن

1 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 67

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 190.

3 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 67.

استعمال وسائل الإكراه لا بد أن يتم عن طريق شخص من الأشخاص ليجبر الشخص الآخر بناء على ما تولد في نفسه من رهبة على إثر استعمال وسائل الإكراه على التعاقد.<sup>1</sup> يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره، ويعتبر هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد وهي الحالة الغالبة، كما يكفي أن يكون المتعاقد عالما بالإكراه أو كان مفروضا عليه حتما أن يعلم به إن وقع من غيره.<sup>2</sup>

حيث تنص المادة 89 مدني " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه"، ومن خلال هذه المادة فالإكراه يعتبر عيبا من عيوب الإرادة إذا كان صادرا من أحد المتعاقدين على الآخر غير أنه إذا صدر من الغير، فإنه لا يكون لمن وقع عليه الإكراه طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم بالإكراه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، أما إذا كان حسن النية لا يعلم بالإكراه الذي صدر من الغير، فليس للطرف المكره، إبطال العقد بل يمكنه فقط الرجوع على من تسبب فيه بدعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.<sup>3</sup>

فللمطالبة بإبطال العقد يشترط وقوع الإكراه من أحد العاقدين أما إذا كان من الغير فيشترط علمه بهذا الإكراه أو ممن صدر منه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به وبذلك يترتب عليه البطلان النسبي بطلب ممن تقرر الإبطال لصالحه.

قد يرتبط شخص بآخر برابطة قرابة أو بعلاقة احترام فيستغل أحد الأطراف ذلك للضغط على الشخص المكره لكي يقوم بإمضاء التزام غير مشروع وفي هذه الحالة يجوز الطعن في العقد بالإكراه<sup>4</sup>، وتسمى هذه الحالة بالنفوذ الأدبي كوسيلة للإكراه إذا كان غرضه غير مشروع أما إذا كان هدفه الوصول إلى غرض مشروع ومثاله نفوذ الأب على ابنته والزوج على زوجته والأستاذ على تلميذه<sup>5</sup>، فلا يعد إكراها بل هو نوع من السلطة الأدبية من متعاقد على متعاقد آخر تنشأ احتراما وطاعة بين هؤلاء، وتظهر في علاقة النسب بين الأب وأبنة أو الرئيس والمرؤوس، وقد تدفع الطرف الواقع تحت النفوذ إلى إبرام عقد لا يرغب فيه ومع ذلك يبقى صحيحا ولا يستفيد المتعاقد المكره من الحماية القانونية رغم عدم تمتعه بحرية كاملة في

1 أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 63

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 192.

3 إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 95.

4، أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 258

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 193.

الاختيار، إلا إذا استغل هذا النفوذ لغرض غير مشروع فيتحقق عيب الإكراه لأن صاحبها يكون قد تعسف في استعمال هذه السلطة مما يقتضي حماية المتعاقد الآخر من الإكراه<sup>1</sup>.  
وقد لا يكون الإكراه بفعل الغير لكن الظروف المحيطة هي التي تولد الرهبة كما في حالة المريض التي تستدعي إجراء عملية جراحية مستعجلة فيتنفق مع صاحب المصحة على إجرائها بمبلغ ضخم نتيجة الرهبة المتولدة في نفس صاحبها والتي كانت بفعل الظروف فالأمر سيان كما لو كانت الرهبة بفعل الأشخاص وهذا ما جاءت به المادة 89 مدني ، فالإكراه من ظروف تهيأت مصادفة كحالة الضرورة التي تدفع للمتعاقد، هنا يجوز إبطال العقد للإكراه في حالة الضرورة متى استغلها المتعاقد الآخر بسوء نية كوسيلة ضغط على الإرادة مثل الإكراه الصادر عن الغير أو من المتعاقدين، حيث يجوز إبطال العقد المتولد من الظروف متى كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بحالة الضرورة<sup>2</sup>.

#### - عبء إثبات الإكراه وأثره.

- **إثبات الإكراه:** في حالة تحقق شروط الإكراه يمكن طلب إبطال العقد من المتعاقد المكره، ويقع على هذا الأخير عبء إثباته وفقا للقواعد العامة بجميع طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية كما يمكن للمكره إجازته صراحة أو ضمنا دون الإخلال بحقوق الغير.  
ويسقط الحق في الإبطال للإكراه ولسائر عيوب الإرادة طبقا لنص المادة 101 مدني " يسقط الحق في إبطال العقد، إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه، إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

حيث يجوز للمكره أن يطالب بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الإكراه على أساس المسؤولية غير العقدية إذ يعتبر الإكراه خطأ يلزم من صدر منه التعويض بناء على المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

أما مسألة الإثبات فهو واقعة مادية يمكن إثباته بكافة الطرق، حيث يجب على من يدعي أنه كان ضحية إكراه عاب إرادته إثبات وجوده وتوافر شروطه، بأن يثبت بأنه شكل وسيلة

1 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 207.

2 إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 95.

3 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 69.

ضغط غير مشروع استخدمت ضده وأنها ولدت في نفسه رهبة أوقعته في التعاقد، فيمكنه إبطال العقد.

أما فيما يتعلق بتقدير مشروعية أو عدم مشروعية وسيلة الإكراه، فيخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانون.<sup>1</sup>

#### 1-4-2-4 الاستغلال:

الاستغلال هو أن يستغل المتعاقد الحالة النفسية للمتعاقد الآخر فيبرم معه عقدا يصيبه بغبن فاحش<sup>2</sup> والغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، وبمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين، والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة، أما العقود الاحتمالية وعقود التبرع فلا يكون فيها الغبن.<sup>3</sup>

ومن الناحية التاريخية لم يكن القانون الفرنسي القديم يهتم بتعادل الالتزامات بين المتعاقدين والسبب راجع لاعتماد مبدأ سلطان الإرادة وأسس المذهب الفردي، إلا أن هذه الاعتبارات لم تمنع المشرع الفرنسي من استثناء حالة القسمة وبيع العقار في حالة التفاوت بين التزامات المتعاقدين الحد المعين من طرف المشرع، وتكون العبرة بالتفاوت المادي بين قيمة الالتزامات وليس بحالتهما النفسية وتسمى بالغبن وهو عيب في العقد في مرحلة التكوين ويقتصر على العقود التبادلية والمحددة.<sup>4</sup>

وقد صنفه المشرع المدني الجزائري العيب الرابع من عيوب الإرادة بنصي المادتين 90 و 91 مدني فنصت المادة 90 "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

أما نص المادة 91 فنصها كالتالي "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

2 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 87

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 197.

4 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 213.

- نستخلص من نص المادتين أن الاستغلال يأخذ صورة الطيش البين أو الهوى الجامح في إبرام تصرفات تؤدي إلى غبن فادح، والصورة الشائعة له أن تستغل زوجة في مقتبل العمر دلالتها لزوجها الشيخ ومحاولاته لإرضائها نتيجة هواه الجامح فتدفعه بذلك ليهبها ماله، وهنا كان الاستغلال في عقود التبرع في هذا المثال، وقد يكون الاستغلال في عقود المعاوضة ومن صورته استغلال بعض الناس الطيش في الشباب صغيري السن الحديث العهد بالإرث فيتعاملون معهم بعقود تحتوي غبنا فادحا، هنا يكون عدم التعادل مع العوض المقابل.<sup>1</sup>

- **عناصر الاستغلال:** من عناصر الاستغلال طبقا لنص المادة 90 مدني ما يلي:

- **العنصر المادي:** يتمثل العنصر المادي في عدم التعادل بين بين ما يحصل عليه الشخص من فوائد وما يلتزم به من التزامات<sup>2</sup>، فهناك اختلال بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون عدم التكافؤ فاحشا غير مألوف<sup>3</sup>، ويحدث الاختلال الفادح بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه في عقود المعاوضة ولا يمكن القول في عقود التبرع أن هناك اختلال فادح قد يحدث وهذا راجع إلى أن المتبرع يعطي ولا يأخذ<sup>4</sup>، ولم يحدد المشرع نسبة معينة له وإنما ترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا فيكون وفقا لظروف الحال وما تعارف عليه الناس.<sup>5</sup>

ورغم تصور الاستغلال طبقا للفقرة الأولى من القانون المدني في عقود المعاوضة إلا أن أكثر شراح القانون يجيزون إبطال العقد على أساس الاستغلال في عقود التبرع، وأن تقدير التفاوت بين الالتزامين يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أن الثابت أنه لا يعتد بالاختلال البسيط وذلك اعتبارا لاستقرار المعاملات والعبرة بتقدير التعادل هي وقت إبرام العقد أما ما يطرأ بعد العقد فلا يؤثر فيه.<sup>6</sup>

ونخلص في الأخير أن الاستغلال يلحق عقود المعاوضات وعقود التبرع وعقود الغرر، حيث أن فكرة الغبن المادي تفترض كون العقد من عقود المعاوضة لعدم التعادل بين أداءات الطرفين ومن باب أولى يتضمن الغبن عقود التبرع التي يلتزم فيها أحد المتعاقدين بالإعطاء دون أن يأخذ مقابلا فالظاهر أن المجال الكبير لإعمال نظام الاستغلال هو عقود التبرع، أما العقود الاحتمالية والمبنية على خسارة أحد طرفيها فهي أيضا تنطبق عليها نظم الاستغلال.<sup>7</sup>

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 198 .

2 أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 64

3 إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 99.

4 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 276 .

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 199.

6 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 88

7 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 201

- **العنصر المعنوي:** يتمثل العنصر المعنوي للاستغلال في الضعف النفسي الذي يعتري المغبون واستغلال هذا الضعف من طرف المتعاقد الآخر، طبقا لنص المادة 90 مدني.

### أولا -الضعف النفسي:

الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي للتسرع وسوء التقدير وعدم الاكتراث بالعواقب والوقوف عند النزوة العاجلة والعابرة المصحوبة بالتهور وعدم التبصر ويشترط فيه أن يكون بينا أي واضحا وظاهرا ومثاله الشاب الوارث المتهور.<sup>1</sup>

أما الهوى الجامح فهو الولع أو الرغبة الشديدة أي بمعنى تسلط الشهوة الجامحة التي تقوم في نفس المتعاقد، والتي لا يستطيع كبحها فيقع في الاستهواء فينقلب مسلوبا للإرادة ويندفع إلى التصرف عاطفيا وبدون إرادة حكيمة وسديدة ومثال ذلك الشخص المولع ولعا شديدا بسيارة من نوع معين فيعرض عليه مالكا مبلغا خياليا فيكون مضطرا لدفع مقابلها طيشا وتهورا<sup>2</sup>، فنقول أن تلك الرغبة الشديدة نالت من سلامة القرارات المتخذة وهي تمثل نوعا من الإكراه يفقد المتعاقد المغبون حرية التصرف فيفسد رضاه ويجب أن تفوق شدة هذه الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها وتتطلب هذه الحالة النفسية التي تتال من إدراك وتمييز المتعاقد حماية قانونية وهذا ما يبرر إلحاق الاستغلال كعيب من عيوب الرضا.<sup>3</sup>

### ثانيا -استغلال الضعف النفسي:

يعتبر استغلال الوصفين المتمثلين في الطيش البين والهوى الجامح من طرف المتعاقد الآخر شرطين أساسيين لتطبيق المادة 90 مدني حيث يجب على الطرف المغبون أن يثبت أن الطرف الثاني كان يعلم بهذا الضعف وأنه استغله من اجل دفعه لإبرام العقد وينبغي أن يكون استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح هو الذي نتج عنه الغبن فيكون السبب في اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين.<sup>4</sup>

يستفيد الطرف المغبون من الحماية القانونية وهو الشخص الذي يعتريه طيش أو هوى جامح ينال من رضاه فالعبرة بسلامة رضا المتعاقد المغبون بشرط أن يكون مؤثرا وحتى وإن كان الطرف الآخر حسن النية، وإذا ثبتت سوء نية المتعاقد المستفيد يلزم زيادة على ذلك بتعويض الضرر الذي لحق المغبون نتيجة العمل غير المشروع، وباعتبار الاستغلال هو عيب

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 110.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 473.

3 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 223.

4 لخلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 74

في الرضا فإن رضا المغبون يكون معيبا عند توفر العنصر المادي وكذا الضعف النفسي بغض النظر عما إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو لا يعلم بهذا الضعف النفسي ولا نرى في وضع هذا الشرط إلا وسيلة لتضييق مجال الاستغلال.<sup>1</sup>

#### ملاحظة:

المشرع الجزائري أشار في المادة 90 مدني إلى أن الاستغلال هو انتهاز ضعف لدى المتعاقد والمتمثل في الهوى الجامح والطيش البين كأوصاف على سبيل المثال فقط رغبة منه في التيسير على القضاء واسترشاده بهاذين المصطلحين حتلا لا يضطر إلى معالجة صور الاستغلال معالجة ناقصة أو فضاضة استنادا إلى تطبيق قواعد التدليس أو الإكراه أو قواعد العدالة، وكان من المستحسن أن تكون الصياغة عامة تركز على الاستغلال كعيب عام في الإرادة دون إيراد تفاصيل، فالاستغلال في الواقع لا يكون فقط في الوصفين المحصورين بل قد تكون الحاجة الملحة أو النفوذ الأدبي أو الضعف النفسي أو غيرها من الحالات المشابهة كالجهل وعدم الخبرة ونقص التجربة أو المهنية وحالة السكر وغيرها من الظروف يستغلها المتعاقد الآخر أو الغير مع علم هذا المتعاقد أو سهولة علمه.<sup>2</sup>

#### - آثار الاستغلال:

يؤدي الاستغلال إلى قابلية العقد للإبطال ويتعين على الطرف ضحية الاستغلال أن يرفع دعوى بإبطال العقد كما يمكن لهذا الأخير أن يكتفي بطلب انقاص التزاماته وفي حالة الانقاص لا يملك القاضي حق إبطال العقد لكونه قد يحكم بأكثر مما طلب المدعي في حين يمكن للقاضي الحق في الانقاص دون الإبطال على الرغم من تمسك الطرف المغبون بالإبطال لرؤية القاضي بأن ذلك كفيل بإزالة الغبن وله في ذلك السلطة التقديرية، وقد مكن القانون الطرف الآخر توقي الإبطال في حالة عقود المعاوضة وعرض ما يؤدي لرفع الغبن ككونه مشتريا ويعرض زيادة في الثمن.<sup>3</sup>

**إثبات الاستغلال:** يعد الاستغلال عيب من عيوب الرضاء، وعلى من يدعيه إثباته، فيقيم الدليل على عدم التعادل الصارخ واستغلال الضعف النفسي وذلك بكافة طرق الإثبات وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير عنصري الاستغلال دون رقابة المحكمة العليا،<sup>4</sup> والمقصود بذلك أن للمغبون وحده دون غيره حق المطالبة بإبطال العقد وله أيضا أن يتنازل عن هذا الحق، ولا

1 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 225.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 475

3 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 89

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 201.

يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك بالإبطال ولا يمكن للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه بإبطال العقد فهو مثيد بطلبات المتخاصمين ولا يستطيع أن يحكم بأكثر مما طلبا في حين يجوز أن يقضي بأقل منها ، ويجوز للطرف المغبون زيادة طلب الإبطال أو الإنقاص، إذا أثبت سوء نية المتعاقد المستفيد طلب التعويض طبقا للمادة 124 ق م ج نتيجة العمل غير المشروع.

وأخيرا سواء قضى القاضي بإبطال العقد أو بإنقاص التزامات المغبون أو بزيادة التزامات المستغل، فإن النتيجة المنتظرة ليست التعادل الحسابي بين التزامات المتعاقدين وإنما رفع التفاوت الفاحش فقط.<sup>1</sup>

## 2- المحل:

لانعقاد العقد صحيحا يجب توافق إرادة أطرافه إلا أن هذا التوافق لا يكون مجردا لأن المتعاقدين إنما يريدان شيئا محدد لغرض محدد، فالبحت عما يريده المتعاقدان يعني تحديد محل العقد.<sup>2</sup>

### أولا - التعريف بالمحل:

يعد المحل ركنا من أركان العقد وهذا ما يذهب إليه فريق من الفقه بينما هناك من يذهب لاعتبار العقد ركنا في الالتزام المترتب على العقد لا ركنا للعقد في ذاته، ومنه فالخلاف الفقهي قائم.

أ- محل الالتزام ومحل العقد: يعرف محل العقد بأنه العملية القانونية التي تراضي الطرفان على تحقيقها كالبيع، الإيجار، التأمين، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين، ومحل العقد هو محل الالتزام الذي ينشئه، لذلك نجد أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه فالبيع يولد التزامين أحدهما على البائع والمتمثل في نقل الملكية أما الآخر فيكون على المشتري والملتزم بدفع الثمن فمحل عقد البيع هو البيع والثمن ، أما محل الالتزام فيعرف بأنه الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله.<sup>3</sup>

من خلال الاختلاف الفقهي فمحل العقد ومحل الالتزام يختلفان، وأنهما ليسا شيئا واحدا، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق الالتزامات التي ينشئها العقد والأداءات التي هي محل للعقد للوصول إليها، ومثال ذلك أن محل عقد البيع هو عملية البيع المبتغى تحقيقها، أي نقل الملكية مقابل الثمن. أما محل الالتزام فهو ما تعهد به المدين، فإما

1 علي فيلاي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص 227-228.

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 161

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 204.

أن يلتزم بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومثال ذلك كالاتزام بدفع الثمن مقابل الاتزام بنقل الملكية.<sup>1</sup>

بينما هناك من يرى أنه لا ضرورة للتفريق بين المحليين و بأن العبرة بمحل الاتزام المترتب على العقد لا بمحل العقد ذاته، ومن ثمة لا ضرورة للتمييز بين المحليين، وتتم دراسة محل الاتزام في نطاق أركان العقد لأن أهمية المحل لا تظهر في الاتزامات التعاقدية، لأن الاتزام القانوني يحدد محله القانون وليس المتعاقدين وهذا ما اعتمده غالبية الفقهاء عند دراستهم لمحل العقد ، كما أن هذا الاتجاه الغالب من الفقه يرى أن استعمال مصطلح محل العقد هو من باب المجاز فقط، لأن المحل في حقيقته هو محل الاتزام الذي هو محل غير مباشر للعقد أي محل الاتزام الذي ينشئه العقد.<sup>2</sup>

والمشروع الجزائري نظم المحل في المواد 92 إلى 95 من القانون المدني ضمن القسم الثاني تحت مسمى شروط العقد وأشارت المادة 92 في الفقرة الأولى لمحل الاتزام في حين الفقرة الثانية أشارت لمحل العقد أما بقية المواد فقد بينت الشروط الواجب توافرها في محل الاتزام، ومن خلال النصوص المتعلقة بالمحل فالقانون المدني يرجح الرأي الذي يجعل من المحل ركنا في الاتزام لا ركنا في العقد .<sup>3</sup>

### ثانيا - شروط المحل:

يبحث موضوع المحل عند دراسة انعقاد العقد على اعتبار أن الشروط الواجب توافرها لا تظهر أهميتها إلا بالنسبة للاتزام الإرادي لأنه في الاتزام غير الإرادي فالقانون يتولى تعيين المحل، وهذه الشروط هي كالآتي:

\* **المحل ممكن غير مستحيل:** لكي ينشأ الاتزام ويقوم العقد لا بد أن يكون محله ممكنا غير مستحيل وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور فلا تكليف بمستحيل وفي ذلك قضت المادة 93 من القانون المدني "إذا كان محل الاتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الاتزام وبالتالي إلى العقد الاستحالة المطلقة.<sup>4</sup>

-**الاستحالة المطلقة:** هذه الاستحالة تمنع قيام العقد تماما، لأن الاستحالة ترجع إلى ذاتية المحل نفسه، بحيث يتعذر على كافة الناس القيام بمثل هذا العمل، ويكون المحل غير ممكن

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 116.

2 المرجع نفسه، ص 117 .

3 ،أحمد حسن قدارة المرجع السابق، ص 71.

4محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

في مواجهة الجميع، لاعتبارات موضوعية لا علاقة لها بشخص المتعاقد وقدراته كأن يلزم المتعاقد بإصلاح سيارة غير موجودة أصلاً، وقد ترجع هذه الاستحالة المطلقة إلى عوامل طبيعية كالالتزام شخص القيام بعمل قام به غيره أو إلى عوامل قانونية كالتزام شخص بالتنازل عن اسمه بمقابل ، وفي جميع الحالات لا يبطل العقد ما لم تكن هذه الاستحالة المطلقة سابقة أو معاصرة لنشوء الالتزام، حيث أن الاستحالة المطلقة التي تطرأ بعد نشوء الالتزام لا تنال من صحته، وإنما تجعل تنفيذه مستحيلاً، فينقضي الالتزام طبقاً للمادة 307 مدني<sup>1</sup>

-**الاستحالة النسبية:** وهي لا تحول دون قيام العقد، وهذه الاستحالة تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه مع وجود شخص غيره يستطيع القيام بالأمر ومثال ذلك التزام شخص بعمل لوحة زيتية قيمة وهو جاهل للرسم أو كمن يلتزم بنقل ملكية عقار مملوك لغيره<sup>2</sup>، فسبب هذه الاستحالة يرجع إلى الاعتبارات الشخصية التي تخص المتعاقد دون غيره كعدم قدرته على القيام بما تعهد به من عمل لمرض أو لنقص الخبرة ، وقد يبرأ المدين بسبب الاستحالة النسبية من التنفيذ العيني، غير أنه يلزم بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه طبقاً للمادة 176 مدني<sup>3</sup>.

ونخلص مما سبق أن الاستحالة التي تمنع من قيام العقد هي الاستحالة المطلقة، دون الاستحالة النسبية وبراغي أن تكون الاستحالة المطلقة وقت إبرام العقد حتى تمنع قيامه أما إذا كان المحل سكناً وقت العقد ثم أصبح مستحيلاً بعد إبرامه فلا يؤثر ذلك على وجود العقد<sup>4</sup>. ويميز شراح القانون بين محل الالتزام الذي يكون إعطاء شيء وبين ذلك الذي يكون القيام بعمل فيشترطون في الأول أن يكون موجوداً ويشترطون في الثاني أن يكون ممكناً أي ألا يكون مستحيلاً، وهنالك من الفقه من يرى أن الإمكان يتضمن عنصر الوجود حيث قد يكون الشيء موجوداً ولكن نقل ملكيته مستحيل من الناحية القانونية<sup>5</sup>.

ومنه فالوجود ليس شرطاً مستقلاً في محل الالتزام بل هو لازم لتحقيق شرط إمكان المحل كلما تعلق بشيء من الأشياء مثل عقد إيجار منزل ثم تبين أنه تهدم قبل إبرام العقد هنا العقد لا يقوم أصلاً والعقد وقع باطلاً لتخلف شرط الإمكان، فالتعامل يرد على شيء موجود وقت انعقاد العقد فإذا كان موجوداً في الحال وقت التعاقد كان التصرف صحيحاً أما إذا لم يكن موجوداً وقت انعقاد العقد كان التصرف باطلاً وإن كان ممكناً وجوده في المستقبل، وهذا ويلاحظ

1 علي فيلالي، طبعة 2001 ، المرجع السابق، ص 176.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 206.

3 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 175.

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 207.

5 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 91.

بأنه من الممكن أن تتصرف نية العاقدين إلى الاتفاق على أن التعامل بينهما ينصب على شيء ممكن الوجود مستقبلاً وإن لم يكن موجوداً عند اتفاقهما على إبرام العقد وفي هذه الحالة لا يشترط وجود المحل في الحال وإنما من الممكن وجوده في المستقبل فينتج العقد صحيحاً منتجا لآثاره المترتبة عليه .<sup>1</sup>

حيث أن الشيء المحتمل الوجود أي المستقبلي نصت عنه المادة 92 فقرة 01 "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً" ، وقد لوحظ على هذه المادة أن إضافة مصطلح محققاً يتنافى مع الشيء المستقبلي فقد يتحقق وقد لا يتحقق ورأوا ضرورة تعديل هذه المادة وحذف عبارة محققاً ،<sup>2</sup> ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء التعامل في التركة المستقبلية وذلك ما نصت عنه المادة 92 فقرة 02 مدني "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال النصوص عليها في القانون" ، وذلك لمعارضته للنظام العام والآداب العامة ففيه مضاربة على حياة الوارث .

#### \* المحل معين أو قابل للتعين :

يشترط لقيام العقد أن يكون محله معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين ، فعدم تعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة يؤدي إلى إثارة النزاع بين طرفي العقد لتعذر تحديد المحل الذي يلزم المدين الوفاء به وبالتالي لا ينعقد العقد ، فإذا كان المحل معيناً بالذات أو ماتسى بالقيميات وهي التي لا يقوم بعضها مقام بعض فإذا كان أرضاً وجب تعيين مساحتها وموقعها وإن كان سيارة وجب تحديد تاريخ صنعها ونوعها وفيما إذا كانت جديدة أو مستعملة وغيرها من الوصاف حتى تنتفي الجهالة وقد نصت المادة 352 فقرة 01 مدني "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه" ، أما إذا كان شيئاً معيناً بالنوع أو من المثليات والتي يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض كالحبوب والأقمشة فإذا كان المحل منها حاضراً تكفي الإشارة إليه وإذا كان غائباً فيجب تحديد كميته ونوعيته<sup>3</sup> ، وفي القانون المدني نصت المادة 686 "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن" ، أما عن تعيين النقود فقد نصت المادة 95 مدني "إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير" ، فالالتزام بالنقود تعين بمقدارها حيث يلتزم المدين بهذا

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 151.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 208.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر ، المرجع السابق، 171.

المقدار وقت الوفاء، والمشرع الجزائري يعتد بالنقود الوطنية وتعيينها يكون بعدها ودون أن يكون لانخفاضها أو ارتفاعها أي تأثير من تاريخ الانعقاد إلى تاريخ الوفاء ويطلق عليه مبدأ القيمة الاسمية.<sup>1</sup>

أما إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به محددًا تحديدا كافيا، فعلى المتعاقدين تحديد نوع الفعل الذي يلتزم به المدين وهذا طبقا لنص المادة 54 أيضا من القانون المدني فإذا تعهد مفاوض بإنجاز أعمال يجب تحديد طبيعة الأشغال المطلوبة أو على الأقل أن تكون قابلة للتعيين بحيث يمكن استخلاصها من ظروف الحال.<sup>2</sup>

### \* المحل مشروعاً:

نصت المادة 93 مدني "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا"، حيث أن فكرة النظام العام تقوم على المصلحة العامة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أدبية، وهي تضيق وتتسع وفقا للمذهب الاجتماعي السائد.<sup>3</sup>

إن فكرة النظام العام فكرة مرنة جدا تضيق أمام تغليب النزعة الفردية وتتسع في النزعة الاشتراكية، أما الآداب فهي مجموعة القواعد المتعارف عليها الناس في مجتمع ما ويجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا للأعراف والقوانين المستقرة، وهي تمثل الجانب الخلفي باعتبارها فكرة مرنة خاضعة للتطور من جيل إلى جيل ولكل مجتمع مقوماته.<sup>4</sup>

يجب أن يكون المحل مشروعاً بمعنى أن يكون سائغا قانونا منصبا على الأشياء الداخلة في دائرة التعامل المالي وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا، وشرط المشروعية هو شرط عام أيا كان محل الالتزام إعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل، وقد نص المشرع على بعض الأمثلة منها نص المادة 396 مدني والمادة 402 مدني والمادة 454 مدني.

فقواعد الأهلية من النظام العام وتعد من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام طبقا لنص المادة 45 و78 مدني، أما الأخلاق فمن أمثلتها كل إضرار بالغير طبقا لنص المادة 124 مدني والمادة 141 مدني المتعلقة بالإثراء على حساب الغير، والمشرع الجزائري لم يحدد فكرة

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص125

2 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص80 .

3 أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص 138 .

4 أمير فرج يوسف ، المرجع السابق، ص 298 .

الآداب وبالتالي فالقاضي هو الحارس الأمين على كيان المجتمع والذي يستوجب عليه حماية الأسس القانونية والخلقية للمجتمع.<sup>1</sup>

### 3-السبب:

يعرف السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي، وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا إلا أن المشرع الجزائري لم يشترط إلا شرط المشروعية للسبب.<sup>2</sup>

ويقصد بالسبب عدة معاني أولها بأنه المصدر المنشأ للالتزام مثل العقد كمصدر للالتزام أو واقعة الفعل الضار كمصدر غير إرادي أما المعنى الثاني فهو الغرض المباشر الذي يستهدفه الملتزم من وراء التزامه، والمعنى الثالث هو الغرض غير المباشر الذي يستهدفه الملتزم ويسمى الباعث الدافع للتعاقد، وفي القديم لم تكن لفكرة السبب أثر في ظل القانون الروماني نظرا للشكالية السائدة في تلك الفترة، وفي القانون الحديث ظهرت عدة نظريات تبين مدى اختلاف آراء الفقهاء فيما بينهم حول فكرة السبب منها النظرية التقليدية والنظرية الحديثة القائمتان على ضرورة توافر السبب في المقابل هناك من يعتبر العقد تصرفا مجردا.<sup>3</sup>

#### \* السبب في النظرية التقليدية:

سبق وذكرنا أن فكرة السبب لم تكن سائدة في القانون الروماني حيث كانت العقود شكلية، رغم ذلك فقد نشأت في تلك الفترة عقود غير شكلية مثل العقود الرضائية والعقود العينية وتم الاعتماد فيها على الإرادة، وذلك ما أدى إلى البحث عن السبب المباشر أو الغاية المرجوة التي تتجه إليها الإرادة من الالتزام مما أدى إلى ظهور النظرية التقليدية للسبب.<sup>4</sup>

وترى هذه النظرية أن السبب هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر للالتزام وطبقا لأنصار هذه النظرية فالسبب القصدي يتعدد بتعدد العقود:

-سبب العقود التبادلية: يكون سبب التزام كل متعاقد هو محل التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع هو الحصول على الثمن وسبب التزام المشتري هو الحصول على المبيع مقابل دفع الثمن.

-سبب العقود العينية: يتمثل سبب الالتزام في الاستلام المسبق للشيء محل العقد فسبب التزام المستعير برد العارية هو تسلمه للشيء المستعار من المعير

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 543 .

2 أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 73

3 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 100

4 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 73.

- سبب العقود الملزمة لجانب واحد: هو الوفاء بالتزام سابق فالوعد بالبيع سبب التزام الواعد هو الوفاء بوعدده المشكل لالتزام سابق وهو انجاز العقد الموعد به وإتمامه.

سبب عقود التبرع: سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها.<sup>1</sup>

- **خصائص السبب القسدي:** يتميز السبب القسدي ببعض الخصائص نذكر منها:

-السبب أمر داخلي للعقد

-السبب واحد في كل صنف من العقود:

- السبب أمر موضوعي.<sup>2</sup>

- **شروط السبب القسدي:** بحسب النظرية التقليدية لكي يكون السبب القسدي صحيحا

ومنتجا لكافة أثاره يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط:

**وجود وصحة السبب: يجب** أن يكون للالتزام سبب فإذا لم يوجد كان العقد باطلا فإذا

وقع شخص على سند قرض وهو غير مدين أو تبرع دون نية التبرع لديه تحت إكراه كان العقد باطلا في الحالتين لانعدام السبب، ويجب أن يكون السبب صحيحا وان لا يكون موهوما أو

صوريا، ويعتبر تخلف ركن السبب من أسباب البطلان المطلق.<sup>3</sup>

حيث يثير شرط وجود وصحة السبب مشكلتين تتعلق المشكلة الأولى بالغلط في السبب،

والمشكلة الثانية تتعلق بصورية السبب، فبالنسبة للغلط في السبب فقد يعتقد المتعاقد شيئا أو

أمرا على غير حقيقته، بحيث يكون سبب التزامه غير صحيح، أما بخصوص السبب الصوري

فإن المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا أنهما يختفيان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة،

قد تكون مشروعة وقد لا تكون، والصورية في حد ذاتها لا تبطل العقد إلا إذا كان الغرض

منها تحقيق هدف غير مشروع.<sup>4</sup>

**مشروعية السبب:** تقتضي مشروعية السبب عدم مخالفته للنظام العام والآداب<sup>5</sup>، وقد

أراد المشرع من خلال شرط مشروعية السبب أن يراقب مطابقة السبب للنظام العام والآداب

العامة ومن ثم أن يحافظ على المصلحة العامة، في الحالات التي لا يمكن أن يبطل العقد

على أساس المحل، كالحالة التي تؤجر فيها شقة مستعملة للدعارة. فإيجار شقة عقد صحيح

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 128.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، طبعة 2001، ص 192

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 222.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، طبعة 2001، ص 192.

5 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 223.

من ناحية محل العقد غير أن سبب إيجار المستأجر هو الغير مشروع وفي هذه الحالة يؤدي ركن السبب دورا وقائيا وأداة لمراقبة مشروعية العقود<sup>1</sup>

\* **السبب في النظرية الحديثة:** إن الباعث أو الدافع للتعاقد هو السبب وفقا للنظرية الحديثة والتي قدمت تصورا جديدا يختلف عن التصور التقليدي فهي على عكس النظرية التقليدية فقد أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الالتزام وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر ويتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد والتي لولاه لما أبرم المتعاقد على إبرام العقد<sup>2</sup> حيث قامت النظرية الحديثة في السبب على أساس فكرة السبب الدافع فهي لا تقف عند السبب القصدي بمعنى الغرض المباشر، ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقدين الآخر بمعنى أنه كان عالما به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به، ومعنى ذلك أن يكون من الأمور الجوهرية التي أدت بالمتعاقدين أن يتحمل الالتزام وبشرط أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث.<sup>3</sup>

**مفهوم الباعث أو الدافع للتعاقد:** يرى أنصار النظرية الحديثة أن البحث عن السبب يجب أن لا يتوقف عند الغرض المباشر الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه بل لا بد من البحث عن البواعث العميقة وغير المباشرة التي دفعت طرفي العقد إلى إبرامه، فهي تسمح بالتأكد من مشروعية السبب وتقرير بطلان العقد للسبب غير المشروع لأحد العاقدين بشرط أن يكون الطرف الآخر عالما بالغرض الذي استهدفه من تعاقد معه أو كان يستطيع على الأقل العلم به، فليس كل سبب يدخل عنصرا في السبب وفق النظرية الحديثة وإنما يلزم أن يكون هو الدافع والباعث إلى التعاقد،<sup>4</sup> باعتباره مجموعة من الدوافع الشخصية والنفسية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص وقد تتعدد وتفاوت من حيث أهميتها، فالعبرة بالدافع الرئيسي للتعاقد، ويستخلص مما ذكر أن من خصائص الباعث أنه :

- أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين .
- أمر خارج عن عملية التعاقد وهو ما يستدعي البحث عنه خارج العقد
- أمر متغير يختلف باختلاف الأشخاص والتصرفات القانونية.<sup>5</sup>

1 الحلو خيار غنيمية، المرجع سابق، ص 105.

2 علي فيلاي، المرجع سابق، طبعة 2001، ص 198

3 محمد صبري السعدي، المرجع سابق، ص 227.

4 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع سابق، ص 191

5 علي فيلاي، المرجع سابق، طبعة 2001، ص 200.

من خلال خصائصه فليس كل باعث يدخل عنصرا في السبب دائما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، فإن بقي الباعث كامنا في النفس و لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن باستطاعته العلم به ظل غريبا عن العقد ولا يدخل في تكوين السبب.<sup>1</sup>

**السبب في القانون المدني الجزائري:** لقد كرس القانون المدني أحكام السبب حيث نصت المادة 97 مدني " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلا"، وأضافت المادة 98 ما يلي "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتلا يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " يلاحظ من خلال هذه الأحكام غياب تعريف السبب وان المادة 97 أشارت إلى سبب العقد أما المادة 98 فعالجت سبب الالتزام في الفقرة الأولى وسبب العقد في الفقرة الثانية، فالمشروع أخذ بازدواجية السبب أي سبب الالتزام وكذلك سبب العقد،<sup>2</sup> والمشرع الجزائري يأخذ بالسبب ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من القوانين اللاتينية النزعة، بحيث لو تخلف أو كان غير مشروع وقع العقد باطلاً، وهو ما يسميه الفقه بالبطلان المطلق، كما يبدو جلياً أخذه بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث الدافع مع الأخذ أيضاً بالسبب القصدي، فالالتزام لا بد أن يكون له سبب ويشترط فيه المشروعية<sup>3</sup> يظهر من خلال ما سبق ذكره اهتمام المشرع بشرط المشروعية فالعبرة بمشروعية السبب لا بوجوده أي أن العبرة هي بالسبب الباعث، أما عند الرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 97 من القانون المدني فالملاحظ هو اشتراط الوجود والمشروعية في السبب، وهذا ما جعل بعض الفقه يرى بأن المشرع قد أخذ بازدواجية السبب بمعنى أخذ بكل من السبب القصدي والسبب الباعث معاً.<sup>4</sup>

**إثبات السبب في القانون المدني الجزائري:** من خلال نص المادة 98 من القانون المدني السابقة الذكر يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، وبذلك لا يترتب على السبب الصوري بطلان العقد لمجرد الصورية بل يتوقف الأمر على السبب المستتر فإذا تخلف السبب أو تحقق غير مشروع بطل العقد، ففكرة انعدام

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 227.

2 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 100

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 230 .

4 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 132.

السبب أو عدم مشروعيته هي التي يناط بها أمر الحكم على السبب الصوري ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما ادعاه.<sup>1</sup>

#### 4- بطلان العقد

البطلان نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بشكل عام غير قائم وأنه لم يرق أبداً نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالاً أدى إلى انهياره وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف.<sup>2</sup>

#### 4-1- تعريف البطلان:

يترتب على افتقار العقد لأحد الأركان أو لشرط من الشروط الخاصة المتمثلة في التراضي والمحل والسبب وركن الشكلية في العقود الشكلية عدم انعقاد العقد من الأساس بمعنى أن العقد لا يظهر إلى الوجود من وجهة النظر القانونية ويسمى البطلان المطلق، أما إذا استوفى العقد أركانه وشروطها ولكنه افتقد لأحد شروط صحته بان كانت الأهلية اللازمة غير متوفرة أو شاب إرادة أحد الطرفين عيب من عيوب الرضا فإن العقد يكون موجوداً لكنه غير صحيح مهدداً بالزوال ويسمى البطلان النسبي.<sup>3</sup>

#### - المقصود بالبطلان:

البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وكذا بالنسبة للغير، والعقد الذي لم تراعى قواعد القانون في تكوينه يكون باطلاً فلا ينتج أثره القانوني ولا ينشأ عنه حق أو التزام، غير أن قوة الجزاء تختلف باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة إمرة تحمي مصلحة عامة كان البطلان المطلق فلا يكون للعقد وجود أمام القانون وإذا كانت القاعدة مكملة تحمي مصلحة خاصة كان البطلان نسبياً فيكون للعقد وجود قانوني إلى أن يطلب إبطاله من تقرر الجزاء لمصلحته ويرتد زواله إلى حين إبرامه.

لذا البطلان جزاء قانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، وهو أيضاً الجزاء عن تخلف ركن الانعقاد ومقوماته، فهو مالا لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه<sup>4</sup>،

1 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 301

2 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 201 .

3 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 109.

4 صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 20.

إذا فالبطلان ينعقد فيه اثر العقد بين المتعاقدين وبالنسبة للغير لا ينفذ في حقهم رغم أنه في بعض الحالات قد يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره بين أطرافه ولكن لا ينفذ في حق الغير مثل العقد الصوري وكذلك العقد غير المشهر، من هنا نستخلص أن العقد الباطل ليس عملا قانونيا إذ هو كعقد لا وجود له ولكن كعمل مادي أو واقعة قانونية لها آثارها في حدود كونها واقعة قانونية فقط<sup>1</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري على أحكام البطلان في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني وعبر عن البطلان النسبي بالقابل للإبطال أما البطلان فوصفه بالبطلان المطلق. والعقد الباطل هو العقد الذي لا تتوفر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح، فلا يقوم العقد صحيحا إلا إذا استجمع أركان انعقاده الرضا والمحل والسبب والشكل في حالة اشتراط القانون أو الاتفاق، ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانوني غير موجود وأنه لم يقم منذ البداية بمعنى انعدام العقد مستقبلا ومن يوم إبرامه فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير أيضا.

#### 4-2- أنواع البطلان :

طبقا للنظرية التقليدية التي عرفها القانون الروماني ثم القانون الفرنسي القديم فإنها تقسم أحكام البطلان إلى نوعين أساسيين هما البطلان المطلق والبطلان النسبي<sup>2</sup>.

- **البطلان المطلق:** يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا في حالة وجود اختلال في العناصر الجوهرية مثل عدم توافر ركن من أركان العقد كانهتمام التراضي بسبب انعدام الإرادة مطلقا<sup>3</sup> لعدم توافر الأهلية بفقدان التمييز وانعدامه أو كانهتمام الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما، أو أن تخلف ركن من الأركان في حكم الواقع أو في حكم القانون يحول دون انعقاده أو وجوده<sup>4</sup>.

وأیضا في حالة انعدام سبب الالتزام أو أن سبب العقد كان غير مشروع طبقا لنص المادة 97 من القانون المدني "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلا" وإذا تخلف ركن الشكل في العقود الشكلية وذلك ما نصت عليه المادة 883 من القانون المدني الجزائري "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون. وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك "

1 أمیر فرج یوسف، المرجع السابق، ص 321.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 604 .

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 202.

4 أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، جزء 01، طبعة 4، دار العدالة، القاهرة، 2010، ص 401.

في معظم هذه الحالات نجد أن بعض أسباب البطلان المطلق ترجع إلى اعتبارات فنية يقتضيها إبرام العقد بحيث يرجع الأمر إلى حماية المجتمع من مخالفة النظام العام والآداب، كما في حالتي عدم مشروعية محل العقد وعدم مشروعية سببه<sup>1</sup>.

- **البطلان النسبي:** قد يستوفي العقد أركانه وشروطها ولكنه افنقد لاحد شروط صحته، بأن كانت الأهلية اللازمة غير متوفرة أو شاب إرادة أحد الطرفين عيب من عيوب الرضا فإن العقد في هذه الحالة يكون موجودا لكنه غير صحيح أي يكون مهددا بالزوال وهذا ما يسمى بالقابلية للإبطال<sup>2</sup>.

عيوب الإرادة تتمثل في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإذا توفرت شروط أي عيب كان العقد قابلا للإبطال بمعنى باطلا بطلانا نسبيا.

وقد نص التقنين المدني الجزائري صراحة على أن الجزاء في جميع الحالات من عيوب الرضا هو قابلية العقد للإبطال، كما يصح الإبطال بسبب قصر أهلية أحد المتعاقدين ولذلك يكون العقد قابلا للإبطال إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته<sup>3</sup>.

ونذكر على سبيل المثال بعضا من حالات البطلان النسبي بيع ملك الغير والإبطال هنا مقرر لمصالح المشتري طبقا لنص المادة 397 مدني " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري".

نستنتج أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يأخذ حكم العقد الصحيح وتترتب عليه كافة الآثار القانونية إلى أن يتمسك به صاحب المصلحة وهو ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة وهذا ما نصت عنه المادة 103 من القانون المدني.

- **حالات خاصة للبطلان:** نص القانون المدني الجزائري في نصوص متفرقة حالات خاصة للبطلان:

- شراء رجال القضاء للحقوق المتنازع عليها التي يدخل النظر فيها إلى اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون وظيفتهم أمامها هنا البطلان مطلق حيث نصت المادة 402 مدني "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

2 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 108 .

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً"

- بطلان تعامل المحامين مع موكلهم في الحقوق الموكلين فيها للدفاع عنهم والجزاء المقرر هنا البطلان المطلق طبقاً لنص المادة 403 مدني "لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة".

- أيضاً لا يجوز للسامسة ولا للخبراء اشتراء الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها وهنا البطلان نسبي طبقاً لنص المادة 411 مدني.

- جواز إبطال بيع النائب لنفسه سواء كانت النيابة اتفاقية أو قانونية وهنا البطلان نسبي طبقاً لنص المادة 410 مدني .<sup>1</sup>

#### 4-3- تمييز البطلان عما يقاربه من النظم:

بعد أن حددنا مفهوم البطلان سنبين بينه وبين الأوضاع المشابهة به منها:

- **تمييز البطلان على الفسخ:** يرجع البطلان إلى تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله بمعنى أن هناك علة صاحبت إبرام العقد فيمس محل إنشاء العقد، أما الفسخ فهو حل الرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته فالعقد نشأ صحيحاً غير أن أحد طرفيه لم يقم بتنفيذ التزامه بعد إبرامه مما خا المتعاقد الآخر طلب حل الرابطة العقدية حتى يتخلص من تنفيذ التزامه فالفسخ يكون بعد انعقاد العقد وترتيب آثاره.<sup>2</sup>

إن البطلان يتفق مع الفسخ في الأثر المترتب على كل منهما وهو انعدام الرابطة التعاقدية وهما يختلفان من حيث علة كل منهما فالبطلان جزاء عدم توافر الأركان أو شروط الصحة أما الفسخ فجزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه لسبب راجع للمدين نفسه لذلك فالفسخ لا يكون إلا في العقود التبادلية أما البطلان فيكون في العقد الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين، أما من حيث السلطة التقديرية للقاضي فالبطلان لا توجد فيه أما الفسخ فالقاضي غير ملزم بإجابة طالب الفسخ لأن له سلطة تقديرية في ذلك ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا .<sup>3</sup>

1 راجع نص المادة 410 و412 من القانون المدني المعدل والمتمم.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 235.

3 أنور طلبية، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص 174 .

وبذلك فالبطلان وصف يلحق التصرف القانوني المعيب يكون الهدف منه إخضاع الإرادة لما يقتضيه القانون أما الفسخ فالغرض فك وحل الرابطة العقدية واعتبار العقد كأن لم يكن ما عدا العقود المرتبطة بالمدة كالعقود الزمنية التي لا يمكن الرجوع فيها للوراء. نستنتج أنه يترتب على تطبيق كل من البطلان والفسخ كقاعدة عامة زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه طبقاً لما جاء في المادتين 103 مدني المتعلقة بالبطلان والمادة 122 مدني المتعلقة بالفسخ.

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

فكما سبق وذكرنا أن البطلان هو جزء تخلف ركن من أركان العقد ومن ثم فالعقد يعتبر كأن لم يكن فيما بين طرفيه وأيضاً بالنسبة للغير، أما عدم النفاذ أو عدم سرمان العقد في مواجهة الغير فإن العقد يقوم صحيحاً وينتج آثاره فيما بين طرفيه ولكن لا يحتج به في حق الغير.<sup>1</sup>

البطلان وعدم النفاذ يتشابهان في أنهما يتعلقان بالعقد وأنهما يمسان آثاره إلا أن عدم النفاذ هو جزء عدم فعالية العقد اتجاه الغير فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يحتج به على الغير فيعتبر العقد صحيحاً بين الأطراف ولكن يوجد فيه خلل يجعله قاصراً على ترتيب الآثار في مواجهة الغير ومن ثم فإن عدم النفاذ ليس وجهاً للبطلان ولا إحدى صورته ومثال ذلك عقد بيع العقار الذي أبرم صحيحاً ولم يشهر في المحافظة العقارية أو تصرف المدين الذي يضر بالدائن.<sup>2</sup>

والبطلان النسبي إذا كان مترتباً على عدم توافر شروط صحة العقد يرتفع عن طريق الإجازة الصريحة أو الضمنية، أما عدم النفاذ فينتفي عن طريق إقرار الغير للعقد كإقرار بيع ملك الغير بمعرفة المالك الحقيقي المادة 398 مدني "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري. وكذلك يعتبر البيع صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع يعد انعقاد البيع."

أما البطلان المطلق لا يزول بالإجازة أما عدم السرمان فيزول أثره إذا أقره من خول له القانون الحق في التمسك به كما سبق وذكرنا فإذا كانت الإجازة تزيل القابلية للإبطال فيتأكد العقد فإن عدم السرمان يزيله الإقرار الصادر من صاحب المصلحة في التصرف.<sup>3</sup>

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 236.

2 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 121.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 236.

## - تمييز البطلان عن العقد الموقوف:

العقد الموقوف عقد قد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن دخل عليه سبب من أسباب عدم النفاذ فتعلق نفاذ آثاره على إجازة من له الإجازة فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه اعتبر كأن لم يكن، وإن كان ولد صحيحا فحياته مرهونة بالإجازة فإن أجزى نفذ وإن لم يجز بطل.<sup>1</sup>

أما العقد القابل للإبطال فقد سبق وتعرضنا له هو عقد صحيح وينتج جميع آثاره إلا أنه مهدد بالزوال إذا طلب ذلك من تقرر الإبطال لمصلحته، أما العقد الموقوف فلا ينتج أي أثر حتى يتم إقراره من غير المتعاقدين ومثال العقد الموقوف الذي يبرمه النائب باسم الأصيل خارج حدود النيابة.<sup>2</sup>

ويختلف العقد الموقوف عن العقد الباطل فالعقد الموقوف عقد موجود كامل غير منقوص أو معيب بعيب بطلان مقارن له من البداية، أما العقد الباطل فبطلانه أصلي لتخلف ركن العقد أو أحد شروط الانعقاد وسمي بالموقوف لأن نفاذه أو عدم نفاذه موقوفان على إجازة صاحب الحق.

كما أن العقد الموقوف غير مستقر فقد يؤول إلى أن يكون عقدا صحيحا نافذا، وقد يؤول الحال به إلى أن يكون عقدا باطلا، لذلك إذا أجازته من له الحق في ذلك فيصبح بعدئذ نافذا وتسري عليه أحكام العقد الصحيح النافذ، أما إذا لم تصدر الإجازة بأن رفض إجازته صاحب الشأن فيها فإن العقد الموقوف يبطل حينئذ وتسري عليه أحكام العقد الباطل.

ومثال ذلك في الشريعة الإسلامية العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية فيظل موقوفا حتى يقره الولي أو الوصي فإذا لم يقره بطل العقد وينفذ إذا أقره.<sup>3</sup>

## 4-4- تقرير البطلان:

إن العقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد منعدم من الناحية القانونية فيستغنى عن استصدار حكم به أما البطلان الذي يحتاج إلى حكم فهو البطلان النسبي، إلا أن هناك من يرى أنه إذا كان البطلان المطلق لا يحتاج إلى استصدار حكم من الناحية النظرية، إلا أن الاعتبارات العملية في بعض الأحيان تستدعي ذلك من قبيل ذلك حالة تنفيذ احد الطرفين لالتزاماته فقد يحتاج إلى حكم البطلان لكي يسترد ما دفعه أو سلمه للمتعاقد الآخر فالطريق

1 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 216، 219.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 237.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 237.

الموصل للكم هو الدعوى كما قد يكون بطريق الدفع وهذا عندما يطالب احد المتعاقدين الآخر بتنفيذ العقد فيدفع هذا الأخير بالبطلان<sup>1</sup>.

#### 4-5 حق التمسك بالبطلان :

إن تحديد الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بالبطلان يختلف باختلاف نوعي البطلان كما يلي :

#### - صاحب الحق في التمسك بالبطلان المطلق:

يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذي مصلحة وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها فقد نصت المادة 102 ق م ج على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

- صاحب المصلحة: يعتبر ذا مصلحة كل صاحب حق يتأثر بصحة العقد وبطلانه أي أن يكون من شأن صحة أو بطلان العقد تأثير في حقوق طالب البطلان ويتحقق ذلك بالنسبة لكل من المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين.

- يجوز لكل واحد من المتعاقدين طلب البطلان.

- يستطيع الورثة رفع دعوى بطلان التصرف الذي قام به مورثهم لاسترجاع العقار للتركة، وهم من الخلف العام

- يستطيع الدائن أن يرفع دعوى بطلان العقد الذي أبرمه مدينه لأن هذا العقد يتسبب في افتقار الذم المالية للمدين.

- يجوز للخلف الخاص التمسك بالبطلان وذلك إذا كان حقه يتأثر بوجود أو بطلان العقد الذي أبرمه السلف، فالخلف الخاص هنا هو كل من تلقى من أحد المتعاقدين حقا يتأثر ببطلان العقد وصحته، مثال ذلك الدائن المرتهن يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المدين الراهن للعين محل الرهن<sup>2</sup>.

ولابد ان تكون المصلحة متصلة بسبب البطلان فلا يجوز للجار التمسك ببطلان العقد الذي يملك به جاره للغير أيا كان سبب هذا البطلان وإن كان له أن يتمسك بحق الشفعة بحسب شروطها.<sup>3</sup>

1 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 111.

2 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 246.

3 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 204.

- المحكمة: يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها متى تبين لها ان العقد باطل لأن البطلان المطلق متعلق بالنظام العام طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني وفي أي حالة تكون عليها الدعوى لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني بل ويجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان المطلق حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم وذلك لتعلق الأمر بالمصلحة العامة، فإذا رفع البائع دعوى على المشتري يطالبه بالثمن فيتبين للقاضي ببطلان العقد بطلانا مطلقا لعدم مشروعية المحل فيقضي بالبطلان من تلقاء نفسه.

ويجوز التمسك بالبطلان في أي حالة كانت عليها الدعوى وتسقط بمضي 15 عاما من إبرام العقد ولا يستطيع صاحب المصلحة بعدها رفع الدعوى لأنها سقطت ولكن يستطيع الدفع بالبطلان لأن الدفع لا يسقط<sup>1</sup>.

وطبقا لنص المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام .

#### - صاحب الحق في التمسك بالبطلان النسبي:

لقد منح القانون حق المطالبة بالإبطال لمن قرر لمصلحته بموجب حكم قضائي عن طريق الدعوى أو الدفع به .

- صاحب المصلحة: نصت المادة 99 من ق م " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". وهذا الحكم نتيجة منطقية يرتبها البطلان النسبي فما دام يتعلق الأمر بمصلحة خاصة فيكون حق الإبطال قاصرا على صاحب المصلحة أو من يقوم مقامه دون غيرهما.<sup>2</sup>

فإذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية أو شاب إرادته عيب من عيوب الرضا، فله الحق في طلب الإبطال، أما المتعاقد الآخر كامل الأهلية والذي سلمت إرادته من العيوب فليس له هذا الحق، كما أنه لا يجوز للغير الأجنبي الذي يراد الاحتجاج عليه بالعقد القابل للإبطال أن يتمسك بإبطال العقد.<sup>3</sup>

وهذا بخلاف البطلان المطلق المتعلق بالمصلحة العامة فالإبطال المصلحة المحمية تقتصر على المتعاقد ناقص الأهلية أو معيب الرضا حق التمسك بالإبطال لوحدته فهو الذي

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 155.  
2 علي فيلالي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 341.  
3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 248.

قرر الإبطال لمصلحته وبالتالي له وحده الحق في الإبطال وهو لا ينتقل إلى الخلف الخاص بصفة آلية.<sup>1</sup>

- المحكمة: لا يجوز للمحكمة التمسك بالحق لأنه غير متصل بالنظام العام فتمنع خصوصية هذا الحق المحكمة من الحكم بالإبطال من تلقاء نفسها، كما أنه ليس للغير أيضا أن يحتج به.<sup>2</sup>

#### 4-6- سقوط الحق في التمسك بالبطلان:

لا يستمر حق التمسك ببطلان أو إبطال العقد بصفة أبدية كما أنه يمكن تصحيح العقد القابل للإبطال.

#### أ- الإجازة:

الإجازة تعبير عن الإرادة يصدر من الشخص الذي له الحق في الإجازة وهذا التعبير يجب أن يصدر صحيحا سليما خاليا من العيوب والإجازة تصرف قانوني انفرادي يصدر ممن له الحق فيه للإبقاء على تصرف قانوني أو مادي نشأ صحيحا ولكنه غير نافذ مما يترتب على هذا التصرف الانفرادي نفاذ ذلك التصرف وإنتاج آثاره مستندا إلى تاريخ نشأته وانعقاده.<sup>3</sup> ولقد قرر المشرع إمكانية تصحيح العقد المشوب بعيوب الرضا وذلك عن طريق الإجازة حيث نصت المادة 100 ق م ج على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير". فالإجازة وفقا لهذه المادة هي تصحيح العقد القابل للإبطال برفع العيب الذي يلحقه، أو هي تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب الإبطال بمعنى إزالة الزعزعة عن العقد وتأييد استمرار صحته وبالتالي يستقر الوجود القانوني للعقد نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال وهي قاصرة على العقد القابل للإبطال.<sup>4</sup>

والإجازة بهذا التحديد لا ترد على العقد الباطل، لأنه تصرف معدوم مجرد من أي أثر قانوني منذ لحظة نشأته طبقا لنص المادة 01/102 مدني " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

1 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 157 .

2 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 341.

3 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 274 .

4 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 622 .

- شروط الإجازة: يشترط في الإجازة حتى يترتب عليها أثرها من زوال العيب اللاحق بالعقد وانقضاء الحق في إبطاله ما يلي:

- أن يكون العقد من العقود القابلة للإبطال لنقص في أهلية العاقد أو لعيب في رضاه أو من العقود التي قرر المشرع إبطالها، وليس باطلا بطلانا مطلقا لأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل، والإجازة لا تكون صحيحة في حالة نقص الأهلية إلا بعد أن يصبح المتعاقد كامل الأهلية.

- يلزم العلم بالعيب أي علم المتعاقد بما شاب إرادته من عيب فينبغي أن يكون المجيز على علم بالعيب وأنه قصد تأييد العقد وثبتيته وأنه نزل عن حقه في التمسك بإبطاله، وعلى ذلك إذا تم تنفيذ العقد القابل للإبطال دون علم من تقرر لمصلحته الإبطال بالعيب الذي شابه فلا يعني ذلك أن تنفيذ العقد كان إجازة ضمنية له مهما طالّت المدة<sup>1</sup>.

- زوال العيب المبطل لا يمكن إجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للإبطال، فإذا كان العقد قابلا للإبطال بسبب الإكراه، فإن إجازته تتطلب زوال الإكراه كما تتطلب إجازة عقد قابل للإبطال بسبب نقص الأهلية زوال هذا العيب وذلك ببلوغ سن الرشد، كما تصح إجازة الولي للعقد الذي أبرمه القاصر في حدود سلطته<sup>2</sup>.

- شكل الإجازة: إجازة العقد إما أن تكون صريحة أو تكون ضمنية كما يلي:

\* الإجازة الصريحة: وتظهر في شكل شفوي أو كتابي، وإثباتها يخضع للقواعد العامة الخاصة بإثبات الأعمال القانونية<sup>3</sup>.

\* الإجازة الضمنية: لا يشترط في الإجازة الصريحة شروط ما في وجوب اشتمالها على بيانات بل هي تصح بكل عبارة تدل عليها وعلى نية صاحب الحق في التمسك بالإبطال للعقد في إجازته ويقع عبء إثبات الإجازة على الطرف الآخر غير المجيز ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها البيينة والقرائن وتستفاد أيضا من الوقائع التي تدل عليها<sup>4</sup>، فعندما تتصرف إرادة المتعاقد إلى التنازل عن حقه في إبطال العقد كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال فإن الغرض الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقد هو تنفيذ العقد لا إجازته، وذلك بما أن العقد قابل للإبطال ومع ذلك شرع في تنفيذه فيفهم من هذا الموقف أن المتعاقد قد تنازل عن حقه في إبطال العقد<sup>5</sup>.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250، 251.

2 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 347.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 251.

4 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 324.

5 علي فيلاي، طبعة 2013، لمرجع السابق، ص 346.

- أثر الإجازة: إذا صدرت الإجازة ممن يملكها وكانت مستكملة لشروطها ترتب عليها نفاذ العقد في مواجهة الجميع مرتبا آثاره من تاريخ انعقاد العقد أو وجود التصرف القانوني وليس من وقت صدور الإجازة بمقتضى أحكام المادة 100 مدني ، حيث يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد فيستقر العقد صحيحا غير مهدد بالزوال ومرتبيا لكل آثاره ، حيث أنها تزيل الخطر الذي كان يهدد العقد فيصبح نافذا في مواجهة الأطراف لأنها تعكس إرادة التنازل إما عن طريق الدعوى أو إما كوسيلة دفع فهي تصح بأثر رجعي فيعتبر العقد كأنه لم يكن مشوبا بعيب منذ تاريخ إبرامه.<sup>1</sup>

والإجازة تفرق فيما يتعلق بالآثار فيما بين المتعاقدين والغير:

-فيما يخص أثر الإجازة بين المتعاقدين: يكون للإجازة أثر رجعي فالعقد يعتبر بالنسبة لهما صحيحا من وقت انعقاده.

-فيما يخص أثر الإجازة بالنسبة للغير: والمقصود بالغير هم الخلف الخاص للمتعاقد ذو المصلحة في إبطال العقد فلا تتأثر حقوقهم التي كسبوها منه على الشيء موضوع العقد قبل إجازته<sup>2</sup>، فلو باع تاجر عقار له حال نقص أهليته ثم بعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته البيع رهن هذا العقار، فإن هذه الإجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن بل يبقى العقار للمشتري ولكن مثقلا بحق الرهن<sup>3</sup>.

#### ب-التقادم:

كان الفقه القديم في فرنسا يرى بان حق التمسك ببطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يسري عليه التقادم لأنه في حكم العدم والعدم لا يمكن أن يتحقق له الوجود مع مرور الزمن، إلا أن الفقه الحديث جرى على أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم أما الدفع بالبطلان فيبقى أديا.<sup>4</sup>

أما المشرع الجزائري فنصت المادة 101 مدني " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك صاحبه خلال خمس(5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر(10) سنوات من وقت تمام العقد".

1 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 133 .

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 624

3محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 252.

4 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 114 .

- التقادم في العقد الباطل بطلانا مطلقا: نصت المادة 02/102 ق م على: " تسقط

دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد".

فالقاعدة العامة في القانون المدني الجزائري أن العقد الباطل لا يصححه التقادم، لأنه عقد معدوم ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجودا مهما طال عليه الأمد، غير أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد.<sup>1</sup>

كما أن تقادم الدعوى في العقد الباطل لا تجعل هذا العقد صحيحا بل يبقى العقد باطلا ولكن دعوى البطلان فقط هي التي يجوز سماعها لتقادمها بفوات الميعاد ولا تقبل قانونا.<sup>2</sup> فالتقادم لا يصحح العقد الباطل بالرغم من عدم سماع الدعوى فهو لا يزال باطلا ولكن الدعوى بالبطلان هي التي سقطت بالتقادم.<sup>3</sup>

غير أن دعوى البطلان تسقط بالتقادم أما الدفع بالبطلان فيبقى أبديا، ذلك أن الالتجاء إلى الدعوى يكون في الغالب بعد تنفيذ العقد من أجل استرداد المتعاقد ما أداه وبعد مضي مدة معينة يكون المتعاقدان اطمئنا لهذا العقد وليس من العدالة مفاجأة أحدهما بهدم ما بناه وربما يكون قد تصرف فيه وبذلك فالعلة في التقادم للدعوى هو استقرار الأوضاع وعلى العكس فان الدفع ليس من شأنه المساس بالأوضاع المستقر.<sup>4</sup>

أما في حالة ما إذا كان المتعاقدان قد نفذوا التزاماتهما بناء على العقد الباطل، فيجوز لكل واحد منهما استرداد ما دفع، بالنسبة للبائع يستطيع أن يسترد الشيء المباع من المشتري عن طريق دعوى الاستحقاق، أما المشتري فيستطيع استرداد الثمن من البائع عن طريق استرداد ما دفع دون وجه حق.<sup>5</sup>

- التقادم في العقد القابل للإبطال:

طبقا للمادة 101 من القانون المدني السالفة الذكر فإن الحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا انقضت المدة القانونية المقررة فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع وبذلك يستقر العقد بعد أن كان مهددا بالزوال.

فبعد مضي عشر سنوات من تاريخ إبرام العقد وهي أقصى مدة مقررة لسقوط حق إبطال العقد المشوب بغلط جوهري، بتدليس أو إكراه أما إذا كان العقد معيبا بعيب الغبن الناتج عن الاستغلال فالمدة المسموح فيها بالتمسك بإبطاله هي سنة فقط من يوم إبرام العقد كما يجوز

1 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 183.

2 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 329.

3 محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 255.

4 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 115.

5 خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 88.

للمتعاقد ضحية عيب الغلط الجوهري أو التدليس أو الإكراه أن يطلب إبطال العقد خلال خمس سنوات من يوم اكتشاف عيب الغلط والتدليس ومن يوم زوال الإكراه. ومن البديهي أن بعد مضي مدة التقادم لا يقبل طلب الإبطال ويبقى العقد قائم ويرتب آثاره القانونية ولن يهدد بالطعن في صحته وتستقر الأوضاع بصفة نهائية غير أنه ما يمكن ملاحظته أن المدة التي يتقادم بها الحق في طلب الإبطال في القانون المدني الجزائري هي مدة معقولة تراعي مبدأ استقرار المعاملات.<sup>1</sup>

#### 4-7 - آثار البطلان:

يتركز أثر البطلان بانعدامه من تاريخ إبرامه، إلا أن الأمر يستدعي دراسة الآثار فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير بالرغم من تقرير البطلان، ونميز بين الآثار الأصلية والعرضية للبطلان.

- الآثار الأصلية للبطلان: يترتب على بطلان العقد أو إبطاله انعدام العقد ليس مستقبلا فقط بل من يوم إبرامه أي بأثر رجعي ويقتضي في بعض الأحيان انسحاب آثار تقرير البطلان إلى يوم إبرام العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد وكذلك الأمر بالنسبة للغير إذا كان قد اكتسب حقا من أحد المتعاقدين.<sup>2</sup>

من ذلك نصت المادة 103 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر على أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

إلا أنه في العقود الزمنية لا يمكن إرجاع المتعاقدين إلى الحالة السابقة فما مضى لا يمكن إرجاعه ولذلك لا مناص من الحكم بالتعويض مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد المقاول.<sup>3</sup>

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

حيث أن العقد الباطل أو القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين ويزول كل أثر للعقد ويعود إلى أصله مع جواز الحكم بالتعويض على أساس

1 لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 128 .  
2 علي فيلالي، طبعة 2013 ، المرجع السابق، ص 272.  
3 زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص 119 .

المسؤولية التقصيرية ليس على أساس المسؤولية العقدية لانعدام العقد طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.<sup>1</sup>

نستنتج أنه في حالة تقرير البطلان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عن طريق استرداد ما أداه عينا وفي حالة الاستحالة فيكون بمقابل ويعمل به عند استحالة التنفيذ العيني بسبب هلاك الشيء أو لطبيعة المعاملة كما هو الأمر بالنسبة للعقود الزمنية، ففي هذه الحالة وعند غياب اتفاق المتعاقدين يحدد القاضي مبلغ التعويض الذي يحل محل الاسترداد العيني.<sup>2</sup>

- **بالنسبة للمتعاقدين:** يقصد بالغير كل من تلقى من المتعاقد حقا على الشيء محل العقد والأمر يتعلق بأثر البطلان بالنسبة لهم، حيث يترتب على بطلان العقد زواله قانونا بصفة مطلقة لكل من عاقديه والغير إذ تمتد آثار العقد للغير الذي تتأثر حقوقه بصحة العقد أو بطلانه بالرغم من أنه لم يكن طرفا فيه ففي الحالة التي يباع فيه عقار بين البائع والمشتري ويقوم المشتري بإعادة بيعة لمشتري آخر ثاني فهذا الأخير يعد من الغير بالنسبة للبائع الأول وبالضرورة يتأثر عقد بيعه الثاني ببطلانه لأن نقل الملكية مبني على عقد باطل، ورغم أن اطلاق آثار العقد بهذا الشكل فيه مساس باستقرار المعاملات ولذلك قرر المشرع حماية الغير والمتمثل في الدائن والخلف الخاص في العقد الصوري طبقا لنص المادة 198 مدني وحماية حائز المنقول طبقا لنص المادة 835 وأيضا حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي وفقا للمادة 885 مدني.<sup>3</sup>

### \* الاستثناء من القاعدة (الحرمان من الاسترداد)

يرد على القاعدة العامة في أثر البطلان قيدين مهمان في القانون المدني الجزائري وهما حالة نقص الأهلية وحالة بطلان العقد لعدم المشروعية.

**حالة نقص الأهلية:** يطلق على هذه الحالة عدم الاسترداد الجزئي بسبب نقص الأهلية وقد نصت عنها المادة 103 فقرة 2 مدني "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد"، من خلال نص المادة فنقص الأهلية يرد ما قد يكون قد تبقى مما أخذه من المتعاقد الآخر ورد ما أنفقه وما عاد

1 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 339.  
2 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 273.  
3 حمزة قتال المرجع السابق، ص 173.

عليه من منفعة كتسديد دين أو شراء منزل لا يزال تحت يده، وما أنفقه في ملذات ولم تعد عليه بفائدة فلا يكون ملزماً بإرجاعها.

وتنص المادة 148 مدني "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثرى به"، غير أن المثار في نص المادة على من يقع إثبات نقص الأهلية وإقامة الدليل على عود المنفعة؟ فطبقاً للقواعد العامة يقع على من يطالب بالرد طبقاً لقواعد الإثبات ويمكنه الرجوع عليه بالتعويض عما سببه له الإبطال من ضرر خاصة إذا أثبت أنه استعمل طرق احتيالية لإخفاء أهليته.

### حرمان بطلان العقد لعدم المشروعية:

هناك استثناء على أثر البطلان لعدم المشروعية مرده القاعدة الرومانية "عدم جواز تمسك أحد بدنس نفسه «ففقاً لها فإنه لا يجوز للطرف الملوث أن يؤسس دعواه على غش صدر منه وأن يستند إلى تلوثه في المطالبة القضائية بحق أمام المحاكم فلا يجوز احتجاج الآثم بإثمه، فلا يجوز للطرف المتورط بعقد ناشئ عن عمل غير مشروع التذرع أمام القضاء بفعله الشائن المخالف للقانون لاسترداد ما دفع من التزامات مترتبة على هذا العقد<sup>1</sup> فيحرم المتعاقد الذي تسبب في عدم المشروعية بفقد الحق في استرداد ما أداه، إذ لا يجوز أن يحظى الطرف الملوث بحماية القضاء ويمنع عليه رفع دعوى قضائية باسترداد ما كان قد أداه.<sup>2</sup>، فحالة العلم بعدم مشروعية العقد تحرم من الاسترداد ولو لم يكن سبباً في عدم المشروعية.

فمثلاً إذا دفع شخص مبلغاً من المال إلى شخص آخر من أجل ارتكاب جريمة فلا يجوز لمن سلم المال أن يسترده بسبب بطلان العقد، وكذلك لمن أعطى رشوة لموظف أن يستردها وبه لا يستطيع من دفع هذا المال الاحتجاج باسترداده أمام القضاء لأنه شخص ملوث لا يحميه القانون.<sup>3</sup>

وفي القانون الجزائري العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل لأي سبب آخر فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقاً للقاعدة العامة، كما أنه يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 103 مدني "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به" فالشخص الذي يقدم إلى آخر شيئاً لتنفيذ عقد مخالف للنظام العام أو حسن الآداب لا يستطيع استرداد ما أداه لأنه المتسبب في عدم مشروعيته.

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 651، 652.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 260.

3 حمزة قتال، المرجع السابق، ص 172.

- بالنسبة للغير: لا يقتصر أثر تقرير البطلان أو الإبطال على المتعاقدين، بل يسير كذلك في حق الغير والمقصود بالغير هو كل من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان عقد لم يكن طرفا فيه فالغير بالنسبة لهذه المسألة ليس الغير الأجنبي عن العقد وإنما هو الخلف الخاص الذي يخلف المتعاقدين في عين معينة بالذات أو في حق عيني.<sup>1</sup>

فالقاعدة أن البطلان له أثر رجعي ليس في علاقة المتعاقدين فقط بل وبالنسبة للغير أيضا من ذلك إذا باع شخص عقار إلى شخص آخر ثم تصرف فيه هذا الأخير إلى شخص ثالث بالبيع فيعتبر الثالث من الغير فإذا تم إبطال العقد بين الشخصين الأولين فإن الثالث يتأثر بذلك لأن من باع العقار له لا يعتبر مالك له بعد إبطال العقد وقد باع ملك الغير ملك الشخص الأول وبذلك يصبح العقد بين الثاني والثالث وكأنه لم يكن والقاعدة تقتضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وتمس مثل هذه النتيجة التي يربتها الأثر الرجعي للبطلان باستقرار المعاملات وكذلك الثقة والائتمان مما يجعل المشرع يحمي الغير إذا كان حسن النية، حيث نصت المادة 835 مدني " من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله، فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"، بمعنى إذا توفرت النية الحسنة والسند الصحيح لدى الحائز على أساس أن الشيء الخالي من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية الشيء.

ونصت المادة 885 ق م على أنه: " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سنه ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن"، ومن ثم فإن البطلان لا يسري في حق الغير المستفيد من الرهن طالما كان حسن النية.

**الآثار العرضية للبطلان:** يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية ليس باعتبارها عقدا وإنما باعتباره واقعة مادية.

من أهم الآثار العرضية ما نصت عنه المادة 105 مدني " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد"، هنا المقصود نظرية تحول العقد.

1 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 362.

وكذلك ما نصت عنه المادة 104 مدني " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا 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"، هنا المقصود نظرية إنقاص العقد.

### \* نظرية تحول العقد:

القاعدة المتعلقة بالعقد الذي تقرر بطلانه أو القابل للإبطال أنه عدم ولا يترتب عليه أي أثر غير أنه استثناء من هذه القاعدة قد تترتب آثار عرضية ليس نزولا على إرادة المتعاقدين وإنما نزولا على حكم القانون الذي يرمي ضمان استقرار المعاملات وحماية حسن النية وذلك لا بوصفه عملا قانونيا وإنما بوصفه عملا ماديا.<sup>1</sup>

القانون المدني الجزائري أخذ بنظرية تحول العقد ومفادها أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد، ويعتبر بعض الفقه أن العقد الباطل بذلك أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا.

ويجب توافر ثلاثة شروط ليتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ومن بين هذه الشروط:

- بطلان العقد الأصلي

- أن يتضمن أركان عقد آخر

- انصراف نية المتعاقدين إلى هذا العقد الآخر<sup>2</sup>

إن فكرة التحويل فكرة دقيقة فلا يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير إرادة المتعاقدين بل الواقع أن القاضي يحل نفسه محلها ويبدلها من عقدهم القديم عقدا جديدا يقيمه لهما بشرط أن يكون أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للإبطال كليا فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقدا آخر، ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد المقام متوافرة في العقد الأصيل، أما الشرط الأخير هو أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف على الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان ومنه فسلطة القاضي ليست سلطة تحكيمية.<sup>3</sup>

1 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 192 .

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 264 .

3 أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص 355 .

ومثاله فالسفتجة الخالية من ذكر كلمة سفتجة طبقا للمادة 390 من القانون التجاري<sup>1</sup>، تكون باطلة غير أنه يمكن اعتبارها سند دين عادي بشرط أن تتضمن كل العناصر اللازمة لسند دين صحيح عادي مدني.

إذا ما تم تحويل العقد الباطل يصبح العقد الجديد هو الأصلي بينما العقد الذي تم تحويله وهو العقد القديم منعدم الوجود ويعتبر كأنه لم يكن بينما يرتب العقد الجديد باعتباره العقد الصحيح كل آثاره.<sup>2</sup>

### \* نظرية انتقاص العقد:

تهدف هذه النظرية إلى تقييد بطلان العقد بقصر الإبطال على الجزء الباطل بدلا من مد نطاقه ليشمل كل العقد من أجل استقرار المعاملات بالإبقاء على العقد ولو جزئيا بدل من تدممه كليا.<sup>3</sup>

تنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري بأنه يشترط لإنقاص العقد توافر شرطين رئيسيين هما أن يكون العقد باطلا في جزء منه وأن يكون قابلا للانقسام، لأنه إذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله، ويقع على عاتق من يدعي البطلان عبء إثبات بطلان الشق لكي يستطيع التمسك به . .

فالمشرع الجزائري يرى أن الانتقاص هو تفسير لإرادة المتعاقدين فإذا تبين أن إرادتهما قد قصدت إما أن يصح العقد كله أو يبطل كله فيمتنع الإنقاص إلا إذا تبين أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد أي العقد الأصلي بعد الإنقاص لو علما بالبطلان، ومن بين حالات الإنقاص الاتفاق على عدم جواز القاضي إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية فإن هذا الشرط يبطل لمخالفته المادة 110 مدني، حتى ولو ثبت أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط التعسفية.

ومن الأمثلة أيضا اشتراط عدم جواز تعديل العقد بحكم القاضي ولو حدثت ظروف طارئة فهذا الشرط يبطل طبقا لنص المادة 107 فقرة 03 مدني

ومن ذلك أيضا تجاوز الثمن المحدد بقوانين التسعيرة الجبرية، أو تجاوز الأجرة الحد القانوني المقرر لها والاتفاق على فائدة تزيد عن الحد الأقصى القانوني في القوانين التي تقرر

---

1الأمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون للتجاري المعدل والمتمم، ج ر، لسنة 1975 .  
2علي فيلالي، طبعة 2001 ، المرجع السابق، ص 281.  
3 حمزة قتال ،المرجع السابق، ص 177 .

الفائدة، ومن الأمثلة أيضا الاتفاق على البقاء في الشبوع لمدة تزيد عن خمس سنوات فهنا تخفض المدة إلى خمس سنوات فقط طبقا لنص المادة 722 مدني.<sup>1</sup>

نصل إلى أنه يشترط في الانتقال أن يكون جزء من العقد باطلا أو قابلا للإبطال، فينصب البطلان عليه وحده ويبقى الآخر صحيحا متى تبين أن هذا الجزء الباطل لم يكن هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد وإلا كان العقد كله باطلا.<sup>2</sup> ويتضح من ظروف التعاقد أهمية الشق بالنسبة للعقد.

نستنتج أن نظرية إنقاص العقد هي ضمان لاستقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين، وفي هذا السياق يقضي المشرع بإنقاص العقد بقوة القانون دون مراعاة الشروط السالفة الذكر وذلك جزاء لمجاوزة بعض الحدود أو الأوضاع التي يقرها.<sup>3</sup>

### خامسا- تحديد مضمون العقد:

إن تحديد مضمون العقد هو تحديد الالتزامات الناشئة عنه فلكي نحدد مضمونه لا بد من معرفة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أي تفسير العقد وبعد ذلك يمكن تكبيف العقد أي إعطائه وصفه القانوني حتى يمكن تحديد الالتزامات التي تترتب عليه، فنقول إن التفسير يكون الغرض من معرفة ما أراده وقصده المتعاقدان من خلال المعاني أو الألفاظ المستعملة، أما التكييف فيرمي إلى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان إبرامه والقواعد القانونية التي تطبق عليه والنتائج المترتبة عن هذا التصرف.<sup>4</sup>

### 1- تفسير العقد:

إن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة اتصالا وثيقا وفكرته بسيطة تقوم على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه هذه الإرادة فلا يكون العقد بحاجة إلى تفسير ويلزم القاضي بتطبيقه والأخذ بالمعنى الظاهر وهذا في حالة وضوح العبارة أما إذا كانت العبارة غامضة أو متناقضة هنا تكون الحاجة للتفسير بهدف الوصول إلى الإرادة المشتركة<sup>5</sup>، فالغاية من التفسير تقصي النية المشتركة للمتعاقدين احتراماً لإرادتهما، وتوضيح البنود المتفق عليها بينهما بتحديد ما أراده المتعاقدين معا، وليس ما أراده أحدهما ولم يقبله الآخر، فالتفسير إذن عملية ذهنية يقوم بها القاضي لتوضيح ما غمض من بنود العقد وتحديد مضمون الالتزامات الواقعة في ذمة أطرافه، سواء كانت غامضة

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 269 .

2 علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 79 .

3 علي فيلاي، طبعة 2001 ، المرجع السابق، ص 283 .

4 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 275 .

5 عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 250 و251 .

أو متضاربة مع بنود أخرى في العقد، وتظهر أهمية التفسير حين تشوب عبارات العقد غموض يجعل معناها غير واضح، أو إذا كانت تحتمل أكثر من معنى، أو كانت عبارة العقد واضحة لكن معناها ينصرف إلى غير معناها الظاهر لوجود مؤشرات دالة على ذلك، فيعتمد القاضي إلى تفسير العقد لكي يتوصل إلى ما قصده الطرفان بالاستعانة بضوابط.

لقد تنوعت تعاريف التفسير في معناه الاصطلاحي حيث استند البعض في تعريفه إلى الغرض من عملية التفسير باعتبار أن تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى من انصرفت إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطلة<sup>1</sup>.

ويقصد به تحديد إرادة طرفيه وذلك بتحديد الالتزامات التي يرتبها، فيتدخل القاضي كلما اختلف المتعاقدان على مسألة لتوضيح إرادتهما المشتركة<sup>2</sup>.

وعملية تفسير العقد من عمل القاضي غير أن المشرع لم يترك الحرية في شأن تفسير الع بل ألزمه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمته الأصلية وهي تفسير العقد لا التعديل فيه<sup>3</sup>.

وعن المشرع الجزائري فهو قد نظم نظرية التفسير عند معالجته لآثار العقد في المادتين 111 و112 من القانون المدني الجزائري، غير أنه استعمل في كلتا المادتين مصطلح التأويل بدلا من التفسير.

### - سلطة القاضي في تفسير العقد:

إن سلطة القاضي في تأويل العقد ليست مطلقة بل مقيدة بالحالات التي حددها المشرع، حيث نصت المادة 111 من القانون المدني "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهتداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري للمعاملات".

أما المادة 112 فنصت على "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى" يتبين من خلال المادتين أن سلطة القاضي في تفسير العقد تتدرج حسب عبارة العقد وفق إحدى الحالات الثلاث، العبارة الواضحة، العبارة الغامضة، ورود الشك في الاستدلال على الإرادة.

1 علي فيلاي، طبعة 2013، المرجع السابق، ص 382.

2 لحو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 162.

3 أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 230.

أ-التفسير في حالة وضوح العبارة: المقصود بوضوح العبارة هو التطابق الذي بين التعبير عن الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، أي الألفاظ أو الكلمات المستعملة أو الإشارات المستعملة قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة العاقدين.

كما قد يكون المقصود بالوضوح هو وضوح العبارة المستعملة في حد ذاتها، أو وضوح بنود العقد كل بند على حده، إلا أن هذا التأويل غير صحيح لأن العبارة الواضحة في حد ذاتها قد لا تعبر بحق عن إرادة المتعاقدين وقد تتناقض مع عبارات أخرى، وقد يكون البند واضحاً في ذاته إلا أنه متناقض مع بند آخر<sup>1</sup>، ووضوح عبارة العقد ليس وضوح كل جملة على حدة بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه.<sup>2</sup>

- منع القاضي من تأويل العبارة الواضحة من العقد: إذا دلت عبارة العقد دلالة واضحة لا لبس فيها على إرادة المتعاقدين، فليس للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة مفترضة على أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، لأنه لا يصح الاعتراض عن الإرادة المفصحة إلى الإرادة المفترضة التي حملها القاضي لعبارة العقد بتفسيره، فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام مبدأ سلطان الإرادة، إذ يهدف التفسير إلى تحديد معنى البنود الواردة في العقد وبيان مدلولها، فتفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي تظهر واضحة من مدلول العبارات التي استعملها في العقد، فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارة بتفسيرها أو تأويلها، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة. ويقصد بالوضوح وضوح الإرادة لوضوح الكلمات أو اللفظ، فقد يكون اللفظ واضحاً في ذاته ومع ذلك يظهر أن المتعاقدين لم يحسنا اختيار ألفاظ معبرة عن حقيقة قصدهما، كما قد يقصد من وضوح الإرادة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة، أي أن الألفاظ أو الإشارات المستعملة عبرت حقيقة عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.<sup>3</sup>

لذلك لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير فيه منفرداً، بل يقصد وضوح منطوق العقد عموماً استناداً لعموم ما جاء في عباراته، لأن العقد وحدة متصلة الأجزاء ومتكاملة الأحكام أما عن سلطة القاضي حيث تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإنها مقيدة بما ورد في عبارة العقد، فعلى القاضي ألا ينحرف عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر يستنبطه بالتفسير، لأن العبارة الواضحة في دلالتها لا تحتاج

1 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 308.

2 أنور سلطان، الوجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 233.

3 علي فيلالي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 307.

إلى تفسير، فإن حصل ذلك اعتبر تفسير القاضي تحريفاً لما قصده المتعاقدان، بل حتى حين تكون الألفاظ غير واضحة، فإن القاضي ملزم بالاعتداد بالمعنى العادي للألفاظ والعبارات الموجودة في العقد، بل من واجبه البحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين فلا يحيد عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف الدعوى، ويتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يبين في أسباب حكمه الظروف التي أدت إلى استبعاد المعنى الواضح والظاهر، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به على أنه هو الذي قصده المتعاقدان، نستنتج أن للقاضي سلطة تفسير عبارة العقد الواضحة لكن بشرط أن تكون العبارة الواضحة لا تدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية وعلى وجه الخصوص عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظاً وعبارات لا تدل على حقيقة ما قصداً إليه، وهنا عليه البحث عن المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه الإرادة.<sup>1</sup>

**ب- التفسير في حالة غموض العبارة:** بمعنى أنها تحتل أكثر من معنى فيتعين على القاضي ترجيح معنى معين على باقي المعاني، وللوصول إلى هذا الترجيح فإنه يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدان<sup>2</sup>، حيث أن القاضي في تفسيره يستأنس بالرجوع إلى العقد ذاته من خلال بعض الوسائل كالعبارة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني وأيضاً بإعمال قاعدة الكلام خير من إهماله في ترجيح العبارات ذات الأثر وكذلك من بالنظر إلى بنود العقد كاملة وعدم تفسير كل بند بمفرده وفي الأخير أن تخصيص حالة الذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن جميع الوسائل المستعانة من طرف القاضي للتفسير هي من أجل تبيين الإرادة المشتركة للعاقدين وهي ليست ملزمة له .

ومن ثم فعلى القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد أن يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد، وهو في كشفه عنها يلجأ إلى معايير موضوعية ولذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة ولا يعتد بالإرادة الباطنة المحضة وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يتعرف عليها.<sup>3</sup>

لقد حاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، فهناك من عرف العبارة المبهمة على أنها العبارة التي تحمل أكثر من دلالة، فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين واتجاه آخر عرفها على أنها العبارة الواضحة في ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، وهذا التعارض بين العبارات الواضحة في

1 خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 138.

2 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 125

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286.

ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، وهذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب إبهام وغموض والتباس بخصوص إرادة الأطراف.

أما فيما يخص الاتجاه القضائي عرف العبارة الغامضة كما يلي: تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد واتجاه آخر عرفها بإغفال المتعاقدين بعض التفاصيل.<sup>1</sup>

**- سلطة القاضي في تفسير العبارة الغامضة من العقد:** إذا كانت عبارة العقد غامضة أو متناقضة أو تحمل في جزئياتها أو جملتها أكثر من معنى أو مبهمة أو إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير بنود العقد بأن كانت الألفاظ غير معبرة عن جوهر الاتفاق الذي حصل بين الطرفين بمعنى غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين بكل وضوح تعين هنا على القاضي اللجوء إلى تفسيرها حتى يزيل الغموض بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكل منهما دون الوقوف الحرفي للألفاظ، بل يجب أن يعتد بطبيعة التعامل وبالغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصدها وبما يقضي به عرف التعامل والعرف الجاري في المعاملات من تبادل الثقة والأمانة الواجب توافرها بين المتعاقدين، إضافة إلى أن المفاوضات السابقة على إبرام العقد وظروف التعاقد وملابساته قد تساعد على الكشف عن عباراته الغامضة أو المتناقضة وكذا عن نية الطرفين المشتركة.<sup>2</sup>

**- قيام الشك في معرفة الإرادة المشتركة للعاقدين:** إذا تعذر على القاضي التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالرغم من إعمال قواعد التفسير تعين عليه في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية ومن هذه القواعد:

### التفسير في صالح المدين:

**- تفسير الشك لمصلحة المدين<sup>3</sup>**، وقد نصت المادة 112 من ق م على قاعدة عامة يطبقها القاضي عند ورود الشك في دلالة عبارة العقد على إرادة المتعاقدين وهي تأويل الشك لصالح المدين، لأن الأصل في ذمة المدين براءتها من الالتزام إلى أن يثبت الدائن عكس ذلك فإن عجز عن ذلك أو عجز عن إقناع القاضي بانشغال ذمة المدين بالدين حكم القاضي لصالح المدين.<sup>4</sup>

1

1 علي فيلاي، طبعة 2001، المرجع السابق، ص 311.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 236.

3 أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 227.

4 خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 140.

- **استثناء عقود الإذعان:** نص المشرع الجزائري على هذه القاعدة في عقود الإذعان فالشك فيها يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائئا أو مدنيا، وهذا ما نصت عليه المادة 112فقرة 02 مدني ' غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"، وطبقا لهذا النص فهناك طرفان واحد قوي والآخر في مركز أقل منه قوة لا يستطيع مناقشة بنود العقد لأنها تفرض عليه وقد يتهاون الطرف الضعيف في تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف القوي هنا القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في مثل هذا النوع من العقود لا يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن دائئا كان أم مدين .

## 2-تكييف العقد:

- **مفهوم التكييف:** المقصود بتكييف العقد هو إعطاؤه وصفا قانونيا لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف فالقواعد القانونية التي تحكم عقد البيع هي عقود المعاوضة بينما القواعد التي تحكم عقد الهبة فهي عقود التبرعات، فهو العملية القانونية التي يبتغي القاضي من ورائها إعطاء أو إضفاء الوصف القانوني الصحيح على التصرف الصادر من المتعاقدين انطلاقا من مضمون العقد والغاية التي يرمي اليها طرفي العقد عند إبرامهما له وبعد خطوة مهمة تدخل في مرحلة تحديد نطاق العقد.

وعملية الوصف هي عمل قانوني من اختصاص القاضي يقوم به على ضوء ما استخلصه من عبارات العقد وتفسيره من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للعبارات فقد لا يعتد بالوصف المصنف من الطرفين سواء كان عن جهل أو عمد أو غلط لأن العبرة بما توخاه من الهدف الحقيقي للأطراف وقت إبرام العقد، وهو من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>، أي إدخاله في نوع معين من العقود هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاوله، والتكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه حتى يمكن تطبيق أحكام العقد محل التصرف، سواء كان من هذه الأحكام أمرا يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين، أو كان تكميلا لإرادتهما في حالة عدم تنظيم اتفاقهما مسألة من المسائل سواء عن قصد أو غير قصد<sup>2</sup>.

- **سلطة القاضي في تكييف العقد:** في حالة انتهاء القاضي من تفسير العقد فانه يتعين عليه أن يقوم بإعطاء الوصف القانوني له، حيث تعد عملية التكييف من مسائل القانون لا

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 765 و768 .  
2محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290-291.

يتقيد القاضي فيها بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد فاذا وجد أن الوصف الذي أعطي لا ينسجم مع طبيعة العقد عدل عنه إلى الوصف الذي يراه القانون مناسباً، ذلك أن تحديد هذا الوصف يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد، وسلطة القاضي في عملية التكييف ليست مطلقة، كما أنها تخضع لقواعد ومعايير يسترشد بها القاضي<sup>1</sup>.

فالوصف القانوني للعقد مسألة متصلة بإرادة المتعاقدين وبالتالي فتكييف العقد يتعلق بتفسيره كما سبق وذكرنا، وتكييف العقد عمل قانوني لا يتقيد فيه القاضي بتكييف الخصوم فهو أيضاً مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا فهو يترتب آثاراً قانونية وبالتالي فهو وسيلة لتحديد مضمون العقد وهو لازم لتقدير الصحة والبطان<sup>2</sup>.

---

1 زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 127 .  
2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 292 .