

جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

محاضرات قدمت لطبة السنة الثانية جذع مشترك  
في:

# مصادر الالتزام

الدكتور: حسان كليبي

السنة الجامعية: 2022/2021

## مصادر الالتزام

تمهيد:

تنقسم الحقوق عموماً إلى حقوق سياسية وأخرى مدنية، فأما الحقوق السياسية فهي تلك التي تثبت للمواطن باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة تخوله حق المشاركة في حكم وإدارة هذه الجماعة وهي حقوق مقررة للمواطنين فقط دون الأجانب. أما الحقوق المدنية فهي تلك التي تثبت للأفراد مواطنين كانوا أو أجانب واللازمة لأجل ممارستهم لنشاطهم العادي في المجتمع.

وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى حقوق غير مالية وهي تلك التي لا تقوم بمال وبالتالي تخرج عن دائرة التعامل بحيث لا يجوز التعامل فيها، وتتمثل في حقوق الشخصية وحقوق الأسرة أو الحقوق العائلية، وإلى حقوق مالية وهي تلك التي يمكن تقويمها بمال، وتتميز بأنها قابلة للتعامل فيها، وهي نوعين: حقوق شخصية وحقوق عينية.

وإلى جانب الحقوق المالية والحقوق غير المالية توجد حقوق ذات طبيعة مزدوجة أي فيها جانب مالي وآخر غير مالي أي فيها جانب مالي وآخر غير مالي أو معنوي، وهي الحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية، كحق الملكية الصناعية وحق المؤلف.

ولكل من الحقوق السابقة تشريع خاص يتكفل بتنظيمها ولقد تكفل القانون المدني الجزائري بتنظيم الحقوق المالية فقط حيث بعد أن تطرق في الكتاب الأول إلى الأحكام العامة المتعلقة بتطبيق القانون والأشخاص الطبيعية والاعتبارية، خص الكتاب الثاني منه لتنظيم الحقوق الشخصية تحت عنوان: الالتزامات والعقود وهذا بموجب المواد من 53 إلى 673 منه. وخص الكتابين الثالث والرابع لتنظيم الحقوق العينية بموجب (المواد من 674 إلى 1001 منه) الكتاب الثالث للحقوق العينية الأصلية (من المادة 674 إلى المادة 881) والكتاب الرابع للحقوق العينية التبعية بموجب (المواد من 882 إلى 1001).

### تعريف الحق العيني:

هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين بذاته يكون له بمقتضاها أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون حاجة الحاجة إلى وساطة شخص آخر وفي حدود القانون.

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وهي التي تقوم بذاتها مستقلة من دون أن تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنها، وإلى حقوق عينية تبعية وهي التي لا تقوم إلا تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به مثل حق الرهن الرسمي والحيازي.

## تعريف الحق الشخصي:

الحق الشخصي أو حق الدائنية هو رابطة أو حال قانونية بين شخصين يسمى أحدهما بالدائن والآخر بالمدين بموجب هذه الرابطة يكون للدائن مطالبة المدين بالتزامه بأداء مالي معين يتمثل في اعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وعلى هذا يتكون الحق الشخصي من ثلاثة عناصر هي الدائن المدين وموضوع الحق خلافا للحق العيني الذي يتكون من عنصرين فقط هما صاحب الحق والشيء موضوع الحق.

ولهذه الرابطة القانونية القائمة بين الدائن والمدين وجهان :

**وجه ايجابي** بالنظر إليها من زاوية الدائن وتسمى حقا على اعتبار أن للدائن حق مطالبة المدين بأداء معين.

**ووجه سلبي** بالنظر إليها من زاوية المدين وتسمى التزاما على اعتبار أن المدين ملزم قانونا تجاه الدائن بأداء المعين.

وتقتصر دراستنا على الحقوق الشخصية أو الالتزامات دون الحقوق العينية، وقبل هذا يجدر بناء التمهيد لهذه الدراسة بماهية الالتزام.

## المحور الأول: مفهوم الالتزام

**1/ تعريف الالتزام:** يتنازع تعريف الالتزام مذهبان مذهب شخصي ينظر إلى الالتزام على أنه رابطة بين شخصين ويمثل هذا الاتجاه المدرسة اللاتينية ومذهب مادي ينظر إلى الالتزام على أنه رابطة بين ذمتين ماليتين ويمثل هذا الاتجاه المدرسة الجرمانية.

**أ- المذهب الشخصي في الالتزام:** يعني هذا المذهب بالناحية الشخصية في الالتزام على حساب محل الالتزام، حيث يعتبر الالتزام رابطة بين شخصين شخص المدين وشخص الدائن، ويأخذ فيها خصوصا شخص المدين بعين الاعتبار، وعليه يعطي هذا المذهب للدائن سلطة على شخص المدين تشبه السلطة المقررة لصاحب الحق العيني على الشيء محل الالتزام فقد كان القانون الروماني يعطي في ظله للدائن حق حبس المدين إن هو لم يسدد الدين الذي عليه.

ويترتب على الأخذ بهذا المذهب عدم جواز انتقال الالتزام من ناحية الدائن باعتباره حقا عن طريق حوالة الحق ومن ناحية المدين باعتباره التزام ودينا عن طريق حوالة الدين، كما لا يمكن تصور وجود الالتزام بدون أحد طرفي الدائن خلافا للمذهب المادي.

**ب- المذهب المادي في الالتزام:** يُغلب هذا المذهب الناحية المادية في الالتزام على حساب الناحية الشخصية فيه، حيث ينظر إلى الالتزام باعتباره رابطة قانونية مادية بين ذمتين ماليتين، فهو حقا في ذمة الدائن والتزاما ودينا في ذمة المدين وعليه لا يعطي هذا المذهب أي اعتبار لشخص الدائن وشخص المدين.

ويترتب على الأخذ بهذا المذهب إمكان نشوء الالتزام بدون وجود كلا طرفين، طالما وجد محل الالتزام في ذمة شخص المدين كما هو الحال في الوعد بجائزة الموجه للجماهير والاشتراط لمصلحة من سيوجد مستقبلا، إذ يكفي فقط وجود شخص المدين وقت نشوء الالتزام.

كما يترتب على الأخذ بهذا المذهب قابلية الالتزام للانتقال باعتباره حقا عن طريق حوالة الحق أو باعتباره ديناً عن طريق حوالة الدين، كما يقبل الانتقال بعد الوفاة باعتباره حقا إلى الورثة.

**ج- موقف المشرع الجزائري:** أخذ المشرع الجزائري كقاعدة عامة بالمذهب الشخصي في الالتزام ويتجلى ذلك أساساً من خلال التعريف الوارد في نص المادة 54 من القانون المدني "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين..." فهو ينظر إلى الالتزام على أنه رابطة بين أشخاص وليس رابطة بين ذمتين ماليتين.

واستثناء من ذلك أخذ المشرع بأهم تطبيقات المذهب المادي وذلك من خلال إمكان حوالة الحق طبقاً للمادة 239 ق م وإمكان حوالة الدين طبقاً للمادة 251 ق م، وإمكان قيام الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشوئه كما في الوعد بجائزة طبقاً للمادة 223 مكرر ق م، وفي الاشتراط لمصلحة شخص مستقبلي أو هيئة مستقبلية طبقاً للمادة 118 ق م.

## 2/ خصائص الالتزام: يتميز الالتزام بالخصائص التالية:

**الالتزام رابطة بين أشخاص:** الالتزام رابطة بين طرفين، طرف إيجابي وهو الدائن وطرف سلبي وهو المدين، حيث يلتزم مدينا معيناً بالقيام بعمل معين أو إعطاء شيء محدد لمصلحة دائن معين، وهو بهذا يتميز ويختلف عن الالتزام العام المجرد الذي تفرضه القاعدة القانونية، حيث لا يلتزم شخص بعينه فهو موجه لجميع الناس، كما يختلف عن الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بذاته.

ولا يشترط في الالتزام وجود كلا طرفيه الدائن والمدين إلا عند تنفيذه إذ يمكن أن ينشأ الالتزام بوجود المدين فقط والعكس غير صحيح.

**محل الالتزام هو القيام بأداء مالي معين:** هذا الأداء قد يتمثل في قيام المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل معين لحساب الدائن كدفع مبلغ من النقود أو صنع شيء، وقد يكون الامتناع عن عمل معين كامتناع تاجر معين (مدين) عن منافسة تاجر آخر (دائن) في نشاط معين.

ويترتب على اعتبار الالتزام أداء مالي يقوم بالنقود قابليته للانتقال من شخص لآخر أثناء الحياة وبعد الموت، حيث ينتقل أثناء الحياة بحوالة الحق من دائن لآخر، وبطريق حوالة الدين من مدين لآخر، كما ينتقل إلى الورثة بوفاة الدائن باعتباره حقا، حيث لا تنتقل إلى الورثة إلا الحقوق أما ديون المدين فتسد من تركته ولا تلزم الورثة بعد وفاته.

**الالتزام رابطة قانونية:** أي يعتد به قانوناً بحيث يمثل واجب قانوني في ذمة المدين وعليه إذا لم يقم المدين بتنفيذه باختياره وطواعية كان بوسع الدائن إجباره على تنفيذه بالطرق القانونية، وهذا ما يميزه عن الالتزام الخلقي أو الديني وعن الالتزام الطبيعي.

3/ عناصر الالتزام: يتكون الالتزام من عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية.

-عنصر المديونية: ويتمثل في ذلك الواجب الذي يفرض على المدين القيام بأداء معين لمصلحة شخص آخر وهو الدائن، حيث من خلال هذه المديونية تعتبر ذمة المدين مشغولة بدين معين وتبرأ ذمته بالوفاء الاختياري ولا يستطيع الدائن الاستناد إلى عنصر المديونية هذا لإجبار المدين على الوفاء بالالتزام.

-عنصر المسؤولية: ويتمثل في الحماية القانونية التي يقرها القانون لشخص الدائن حيث إذا لم يف المدين بالتزامه باختياره جاز للدائن إجباره على التنفيذ، وعليه فعنصر المسؤولية هو الذي يسند ويدعم عنصر المديونية حيث لا توجد مسؤولية دون مديونية، ومنه فالمديونية تأخذ حكم الغاية والمسؤولية تأخذ حكم الوسيلة الموصلة إليها.

والأصل في كل التزام توفر عنصري المسؤولية، والمديونية معا ومع هذا يمكن أن توجد مديونية دون مسؤولية تدعمها كما هو الحال في الالتزام الطبيعي حيث لا يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي على الرغم من قيام عنصر المديونية وهذا لتخلف عنصر المسؤولية، ومع هذا إذا وفي المدين بالالتزام الطبيعي باختياره مع علمه بذلك كان وفاؤه صحيحا ولا يعتبر متبرعا فهو يفي بدين مشغولة به ذمته، وبالتالي لا يمكنه استرداد ما أداه للدائن.

ويمكن أن تقوم المسؤولية عن مديونية غير ذاتية، أين يكون الشخص مسؤولا عن دين ليس في ذمته هو وإنما في ذمة شخص آخر ويجبر على الوفاء به، كما هو الحال بالنسبة للكفيل الشخصي أو العيني حيث يضمن الكفيل الوفاء بدين في ذمة شخص آخر هو المدين المكفول، فإذا لم يف هذا الأخير بالدين أو الالتزام الذي في ذمته جاز للدائن مطالبة الكفيل به على الرغم من أنه ليس مديونا شخصيا بهذا الدين.

4/ أنواع الالتزام: ينقسم الالتزام من حيث الحماية القانونية إلى التزام مدني والتزام طبيعي، ومن حيث المحل إلى التزام بإعطاء والتزام بعمل والتزام بالامتناع عن عمل، ومن حيث مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها إلى التزام بذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة، ومن حيث المصدر المنثني له إلى التزام إرادي والتزام غير إرادي. (هذه أهم أنواع الالتزام وليست كلها، حيث سنعود للأنواع الأخرى عند البحث في احكام الالتزام).

أ- من حيث الحماية القانونية إلى:

الالتزام المدني: هو ذلك الالتزام الذي يتكون من عنصري المديونية والمسؤولية معا، لذا يمكن للدائن انطلاقا من عنصر المسؤولية إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به بالطرق القانونية، وبهذا نقول أن الدائن بالالتزام المدني يتمتع بالحماية القانونية الكافية التي تضمن له استيفاء حقه من المدين.

الالتزام الطبيعي: فهو ذلك الالتزام الذي يتكون فقط من عنصر المديونية ويفتقد لعنصر المسؤولية، حيث إذا لم يف المدين بالتزامه طواعية لم يكن في وسع الدائن إجباره على الوفاء به

نظرا لافتقار هذا الالتزام لعنصر المسؤولية، وبذلك نقول بأن الدائن بالالتزام الطبيعي لا يتمتع بالحماية القانونية اللازمة لاستيفاء حقه طبقا للمادة 160 الفقرة 02 ق م. وينشأ الالتزام الطبيعي عند افتقار الالتزام المدني لعنصر المسؤولية، كما في حالة انقضاء الالتزام المدني بالتقادم، حيث طبقا للمادة 320 من القانون المدني يترتب على التقادم انقضاء الالتزام أي المدني ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي. وطبقا للمادة 161 من القانون المدني ترك المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في حالة عدم وجود نص تقدير ما إذا كان هناك التزام طبيعي بشرط ألا يخالف هذا الالتزام النظام العام).

ويقترب الالتزام الطبيعي من الالتزام المدني من حيث أن المشرع اعتد به ورتب عليه اثرين قانونيين هامين هما:

- إذا نفذ المدين التزامه مختارا وهو يعلم أنه يوفي بالتزام طبيعي كان تنفيذه صحيحا حيث لا يستطيع أن يسترد ما أداه للدائن فهو لا يعتبر متبرعا كما في الالتزام الاخلاقي والديني ولا هو موفيا بما هو غير مستحق عليه طبقا للمادة 162 من القانون المدني.

- ينقلب الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني بطريق التجديد إذا تعهد المدين الوفاء به، حيث يمكن للدائن الاستناد إلى هذا التعهد لإجبار المدين على تنفيذ التزامه طبقا للمادة 163 من القانون المدني " يمكن الالتزام الطبيعي أن يكون سبب لالتزام مدني."

#### ب- من حيث المحل إلى:

- **الالتزام بإعطاء:** هو ذلك الالتزام بإنشاء حق عيني أو بنقله كالتزام المالك بإنشاء حق ارتفاق والتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن...الخ.

- **الالتزام بعمل:** يمكن أن يكون محل الالتزام قيام المدين بعمل معين لحساب الدائن أو غيره، ويكون هذا في الحالات التي يتعهد فيها المدين بممارسة نشاط معين لحساب الدائن مثل التعهد بصنع شيء ما أو اصلاحه أو نقل سلعة ما أو اجراء عملية جراحية...الخ.

ومثلما يكون هذا العمل ماديا يمكن كذلك أن يلتزم المدين القيام بعمل قانوني كما هو الحال بالنسبة للالتزام الوكيل بإبرام تصرف قانوني معين نيابة عن الأصيل ولحسابه وقيام المحامي برفع دعوى لصالح موكله.

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ الالتزام بعمل جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء لتنفيذه على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنا طبقا للمادة 170 من القانون المدني، أما اذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في الالتزام بعمل حسب الاتفاق أو بحسب طبيعة الدين بحيث لا يمكن أن ينوب عنه غيره في الوفاء به كالتزام الطبيب والرسام والممثل...الخ فإن للدائن الحق في أن يرفض الوفاء بالالتزام من غير المدين طبقا للمادة 169 من القانون المدني كما له الحق في حالة رفض

المدين تنفيذ التزامه بنفسه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض المالي أو طلب فرض الغرامة التهديدية) التهديد المالي (عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن الوفاء بالتزامه طبقاً للمادة 174 ق م).  
- **الالتزام بالامتناع عن عمل:** قد يلتزم المدين بالامتناع عن عمل معين كان يمكنه القيام به قبل نشوء الالتزام، كأن يلتزم بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري في نشاط معين أو في مكان معين (الامتناع عن عمل مادي) والتزام المشتري بعدم التصرف في الشيء المبيع طبقاً للشرط المانع من التصرف (الامتناع عن عمل القانوني).

وطبقاً للمادة 173 من القانون المدني إذا أخل المدين بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل، ويمكنه أن يحصل في سبيل ذلك على ترخيص من القضاء للقيام بهذه الإزالة على حساب ونفقة المدين.

#### ج- من حيث الغاية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها إلى:

- **الالتزام بتحقيق نتيجة:** هو ذلك الالتزام الذي يكون فيه مضمون التزام المدين يمثل الغاية التي يسعى الدائن إلى تحقيقها من جراء إلزام المدين، مثل التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن، فمضمون التزام البائع (المدين) المتمثل في نقل الملكية هو نفسه هدف المشتري (الدائن) من الالتزام، ومضمون التزام المشتري (المدين) بدفع الثمن هو نفسه هدف البائع (الدائن) من الالتزام... الخ

- **الالتزام ببذل عناية:** هو ذلك الالتزام الذي لا يكون فيه مضمون أداء المدين هو الغاية والهدف النهائي الذي يسعى الدائن إلى تحقيقه من وراء إلزام المدين به بل يمثل فقط الوسيلة التي تؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي ولهذا يسمى هذا الالتزام أيضاً بالالتزام بوسيله، مثل التزام الطبيب فهو لا يتعهد بشفاء المريض (الدائن) وإنما يتعهد بعلاجه حسب الأصول الطبية المتعارف عليها لأجل الوصول إلى الهدف النهائي للمريض وهو الشفاء.

وتقسيم الالتزام إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة لا يكون إلا إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، أما إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء أو الامتناع عن عمل فهو دوماً التزام بتحقيق نتيجة.

وتكمن أهمية هذا التقسيم خاصة في مجال إثبات تنفيذ الالتزام من عدمه، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة لا تبرأ ذمة المدين من الالتزام إلا إذا تحققت النتيجة المقصودة من الالتزام طبقاً للمادة 172 من القانون المدني، وعليه يكفي الدائن أن يثبت أن النتيجة لم تتحقق حتى يكون المدين مسؤولاً عن عدم التنفيذ أو مسؤولاً عن التنفيذ الناقص للالتزام دون الحاجة لإثبات إهمال المدين أو عدم بذله العناية اللازمة في ذلك، ما لم يثبت هذا الأخير أن عدم تحقق النتيجة يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه (قوة قاهرة، فعل الغير، فعل الدائن).

أما في الالتزام ببذل عناية تبرا ذمة المدين من الالتزام ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ما لم ينص القانون ويقضي الاتفاق بخلاف ذلك، حيث لا يكون المدين مسؤولاً عن عدم تحقق النتيجة إلا إذا اثبت الدائن إهمال المدين وعدم بذله من الجهد والعناية ما يبذله الشخص في تنفيذ التزامه.

وعليه وطبقاً للمادة 172 من القانون المدني يقاس مدى تنفيذ المدين لالتزامه بمقياس الرجل العادي، وهو رجل من وسط الناس لا هو شديد الحيطة والحذر، ولا هو مهمل قليل العناية، فإذا بذل المدين من العناية ما يبذله الرجل العادي هذا أو أكثر يكون قد وفى بالتزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وإلا كان مسؤولاً عن ذلك أي إذا لم تصل عنايته حد عناية الرجل العادي.

واستثناء مما تقدم يجيز المشرع للدائن والمدين في الالتزام ببذل عناية الاتفاق على معيار آخر غير معيار الرجل العادي أي يجوز لهما الاتفاق على الاعفاء أو الزيادة من قدر العناية المطلوبة من المدين في تنفيذه لالتزامه مع بقاء المدين في جميع الأحوال مسؤولاً عن غشه وخطئه الجسيم في تنفيذ الالتزام طبقاً للمادة 172 الفقرة 02 ق م.

#### د- من حيث المصدر المنشئ للالتزام إلى:

**-الالتزامات الإرادية:** فهي تلك التي تتجه الإرادة إلى إنشائها خاصة إرادة المدين (وجود الإرادة ضروري لوجود وقيام الالتزام على الأقل إرادة المدين) وتنشأ عن العقد بتوافق إرادة الدائن والمدين معاً، كالتزامات التي تنشأ عن البيع والإيجار... الخ، وعن الإرادة المنفردة للمدين كما في الوعد بجائزة.

**-الالتزامات غير الإرادية:** فهي تلك التي تنشأ من دون أن تتجه إرادة المدين إلى إنشائها فهي تنشأ بسبب مستقل عن الإرادة، وهي بذلك تلك الالتزامات التي تنشأ إما عن القانون أو العمل غير المشروع أو عن الإثراء بلا سبب.

ومن هنا جاء تقسيم مصادر الالتزام إلى قسمين مصادر إرادية وتتمثل في العقد والإرادة المنفردة ومصادر غير إرادية وتتمثل في القانون العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

#### ثالثاً: تقسيم مصادر الالتزام

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني المنشئ له، ويرجع إلى القانون نشأة جميع الالتزامات فلا يقوم أي التزام إلا إذا أقره القانون واعترف به، حيث يعتبر مصدراً غير مباشر لها لأنه يعلق نشوؤها على حدوث وقائع محددة تعد بمثابة المصدر المباشر لها، فالالتزامات الناشئة عن العقد وعن العمل غير المشروع مصدرها القانون لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصدرها فحدد أركانها وبين أحكامها، فهذه الالتزامات لها مصدر مباشر تنشأ عنه مباشرة وهو إما العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب، أما مصدرها غير المباشر فهو القانون.

غير أن هناك من الالتزامات ما يعتبر القانون بالنسبة لها مصدرا مباشرا، حيث تنشأ عنه مباشرة من دون تدخل من جانب المدين، أي دون عمل ايجابي أو سلبي منه، كما في الالتزام بالنفقة، الالتزام بدفع الضريبة، والالتزام باحترام قانون المرور... الخ.

- **التقسيم الحديث لمصادر الالتزام:** يجمع الفقه والتشريع الحديثين على أن مصادر الالتزام خمسة وهي: العقد والارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون.

- **العمل غير المشروع** ويشمل الجريمة وشبه الجريمة.

- **الإثراء بلا سبب** ويشمل شبه العقد.

- **الإرادة المنفردة** وتعتبر مصدرا حديثا للالتزام لم يكن معروفا في التقسيم التقليدي

**موقف المشرع الجزائري:** لم يضع المشرع الجزائري نصا خاصا يحدد من خلاله مصادر الالتزام ومع ذلك يمكن استخلاصها انطلاقا من تبويب القانون المدني وهي:

- العقد بموجب المواد 54 إلى 123 ق م.

- القانون بموجب المادة 53 ق م.

- العمل المستحق للتعويض بموجب المواد من 124 إلى 140 ق م.

- شبه العقد بموجب المواد من 141 إلى 159 ق م.

**ويلاحظ على موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن ما يلي:**

- **لم ينظم المشرع الجزائري الإرادة المنفردة** كمصدر مستقل للالتزام في فصل خاص، كما فعلت جل التشريعات الحديثة، حيث اكتفى فقط بتنظيم أحد التطبيقات وهو الوعد بجائز. غير أن المشرع تدارك الموقف بتعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني، أين خصص بموجب المادة 123 مكرر فصل خاص تحت عنوان الإرادة المنفردة وهو بهذا يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام مثلها مثل العقد ثم ذكر أحد تطبيقاتها وهو الوعد بجائزة.

- **استعمل المشرع عبارة شبه العقد** في حين استقر الفقه والتشريع الحديثين على استعمال اصطلاح الاثراء بلا سبب بعد الانتقادات التي تعرض لها مصطلح شبه العقد.

- **المشرع قسم الفصل الرابع المتعلق بشبه العقد إلى ثلاث اقسام** الأول خاص بالإثراء بلا سبب والثاني خاص بالدفع غير المستحق والثالث خاص بالفضالة، وبهذا التقسيم يفهم من جهة بأن الإثراء بلا سبب صورة من صور شبه العقد في حين أن مضمونها واحد والأصح استعمال مصطلح الإثراء بلا سبب، ومن جهة ثانية نجد أن المشرع يساوي بين الإثراء بلا سبب والدفع غير المستحق والفضالة وهو بهذا الموقف يخلط بين المبدأ وتطبيقاته فالمبدأ أن الإثراء بلا سبب هو المصدر الأصلي للالتزام، أما الدفع غير المستحق والفضالة فهما مجرد تطبيقين له.

- **المشرع استعمل عبارة "العمل المستحق للتعويض" للدلالة على العمل غير المشروع** كمصدر للالتزام فهذه التسمية خاطئة على أساس أن العمل المستحق للتعويض لا يقتصر فقط على

العمل غير المشروع بل يشمل أيضا الاثراء بلا سبب، فهذا الأخير فعل يستحق التعويض على الرغم من أنه عمل مشروع ونافع، لأجل ذلك وجب على المشرع استعمال مصطلح العمل غير المشروع بدل اصطلاح العمل المستحق للتعويض.

**خلاصة:** تبعا لما تقدم يمكن رد مصادر الالتزام إلى طائفتين هما:

**مصادر إرادية:** وتشمل العقد والإرادة المنفردة ويطلق عليها أيضا اسم التصرف القانوني الذي يعرف بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، فالشخص يريد وقوع الفعل ويريد أيضا أن تترتب عليه آثاره، وهذا التصرف إن صدر عن جانب واحد سميا تصرفا بإرادة منفردة وإن صدر عن جانبين سمي عقدا.

**مصادر غير إرادية:** وتشمل القانون والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، ويطلق عليها أيضا اسم الواقعة القانونية التي هي كل واقعة مادية كانت أم طبيعية يترتب عليها القانون أثرا معيناً بغض النظر عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر أم لا، ومن الوقائع الطبيعية التي يترتب عليها القانون التزامات معينة واقعة القرابة المرتبة للالتزام بالنفقة، ومن الوقائع المادية واقعة العمل غير المشروع والذي يترتب عليه المشرع الالتزام بالتعويض.

ويختلف التصرف القانوني عن الواقعة القانونية في أن الأول تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين أما في الثانية فهي عملا مادي يترتب القانون على وقوعه أثر معين سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا، وهو ما يترتب عليه أن وجود الإرادة وصحتها شرط لوجود وصحة التصرف القانوني، بينما وجودها وصحتها من عدمه لا يؤثر في وجود الواقعة القانونية.

**التصرف القانوني: العقد** المواد من 54 إلى 123 ق م

**الإرادة المنفردة** المادتين 123 مكرر و123 مكرر 1 ق م

**الواقعة القانونية: القانون** المادة 53 ق م

**العمل غير المشروع** المواد من 124 إلى 140 مكرر 1 ق م

**الإثراء بلا سبب** المواد من 141 إلى 159 ق م

## القسم الأول

### مصادر الالتزام

يجمع الفقه الحديث على أن مصادر الالتزام خمسة وهي العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون.

نتناول في هذا القسم بشيء من التفصيل كل واحد من هذه المصادر حسب ترتيب ورودها بالقانون المدني الجزائري، نبدأ بالقانون كمصدر للالتزام ثم العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع ثم الإثراء بلا سبب.

## الباب الأول

### القانون (المادة 53 من القانون المدني)

تنص المادة 53 من القانون المدني " تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها."

#### 1- القانون كمصدر غير مباشر للالتزام:

يعتبر القانون مصدرا لجميع الالتزامات، فالالتزامات الناشئة عن العقد وعن العمل غير المشروع وعن باقي المصادر مصدرها القانون، لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ عن مصادرها، فحدد أركانها وبين ونظم أحكامها، فهذه الالتزامات لها مصدر مباشر تنشأ عنه مباشرة وهو إما العقد أو العمل غير المشروع أو الإرادة المنفردة أو الإثراء بلا سبب أما القانون فهو بالنسبة لها مصدرا مباشرا.

#### 2- القانون كمصدر مباشر للالتزام:

هناك من الالتزامات ما يعتبر القانون بالنسبة لها مصدرا مباشرا، حيث تنشأ عنه مباشرة دون حاجة للتدخل من جانب المدين أي دون أي عمل ايجابي او سلبي منه.

والقانون لا يعد مصدرا مباشرا للالتزام معين إلا إذا أنشأه بنص خاص، وهذا النص هو الذي يتكفل بتحديد أركان هذا الالتزام وبيان أحكامه، حيث لا يوضع أية قواعد عامة تحكم الالتزامات التي تنشأ عنه مباشرة وإنما يكفي فقط بالإحالة على النصوص الخاصة بها والموجودة في ثنايا القوانين المختلفة، وهذا خلافا لباقي المصادر الأخرى، فالعقد مثلا يعتبر مصدرا عاما للالتزام سواء كان العقد بيعا أو هبة وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى، وأيا كان الالتزام الذي ينشأ عنه، فلم يتدخل القانون ليجعل العقد مصدرا للالتزام في حالة دون أخرى.

تبعاً لما تقدم يعتبر القانون مصدرا مباشرا للالتزام عندما يتدخل ويرتب على حالة معينة التزاما معيناً، وبهذا يعتبر النص القانوني مصدرا للالتزام بالنسبة للواقعة أو الحالة التي عينها النص وحدها دون غيرها.

ويلاحظ أن القواعد التي تحكم الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون هي ذاتها القواعد التي تحكم الالتزامات غير الإرادية، بحيث لا تشتط أهلية معينة في الملتزم (المدين) لأنها لم تنشأ بإرادته، فللالتزام بالنفقة يقع على عديم الأهلية كما يقع على كامل الأهلية.

ومن الحالات التي يعتبر القانون بشأنها مصدرا مباشرا للالتزام نذكر ما يلي:

1- الالتزام بالنفقة: الذي يرتبه القانون على قيام علاقة القرابة وعلى رابطة الزوجية، انظر المادة 77 من قانون الأسرة 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

2- التزامات الجوار: المادة 691 من القانون المدني المتعلقة بالقبود الواردة على حق الملكية.

3- التزامات الحائط المشترك: المواد من 704 الى 708 من القانون المدني.

4- الالتزام بدفع الضريبة: بناء على قانون المالية والنصوص القانونية الخاصة ذات الصلة.

ويترتب على اعتبار القانون المصدر المباشر للالتزام ما يلي:

- أن النص القانوني هو وحده الذي ينشئ الالتزام القانوني، ومن ثمة لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بناء على نص قانوني خاص.
- النص القانوني هو وحده الذي يتكفل بتعيين وتحديد أركان الالتزام القانوني وبيان أحكامه، مثل تحديد مضمون الالتزام، شروط قيامه، المدين به، كيفية ووقت الوفاء به، تقادمه... الخ

## الباب الثاني

### العقد Le contrat

#### المواد من 54 إلى 123 من القانون المدني

دراسة العقد كمصدر للالتزام (النظرية العامة للعقد) تقتضي منا أولاً دراسة كيفية تكوين العقد، أي البحث في شروط انعقاد العقد وفي شروط صحته، ثم الانتقال ثانياً إلى تحديد الآثار المترتبة على انعقاده، ولكن قبل هذا وذلك جدير بنا الوقوف عند ماهية العقد، من خلال تعريفه وبيان أساس قوته الملزمة ثم التقسيمات المختلفة له، وذلك على الشكل التالي:

مبحث التمهيدي: ماهية العقد

الفصل الأول: تكوين العقد

الفصل الثاني: آثار العقد

مبحث التمهيدي: ماهية العقد

المطلب الأول: التعريف بالعقد

يعرف العقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني معين، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه، ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن العقد يقوم على اعتبارين رئيسيين هما:

الأول: توافق إرادتين أو أكثر: فالالتزام العقدي لا ينشأ إلا عن إرادتين متطابقتين فأكثر بحيث تعجز الإرادة الواحدة والمنفردة على إنشاء العقد وإن كانت قادرة على أن تكون مصدراً للالتزام وعليه فالعقد تصرف قانوني صادر عن جانبيين.

الثاني: الغرض من العقد هو إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو الغائه: بحيث لا يكفي توافق الإرادتين لقيام العقد، بل لابد من أن تتجه الإرادتين إلى إحداث آثار قانونية تمكن أحد الطرفين من مسائلته الطرف الآخر عند الإخلال بها، فإذا لم تتجه الإرادة إلى ذلك فلا نكون بصدد عقد كما هو الحال عند توافق الإرادتين على حضور وليمة أو نزهة أو ما إلى ذلك.

تعريف العقد في التشريع الجزائري:

يعرف المشرع الجزائري العقد بنفس التعريف الوارد بالقانون المدني الفرنسي بنص المادة 1101 منه، حيث تنص المادة 54 من القانون المدني على ما يلي "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص آخرين نحو شخص أو عدة اشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" ويلاحظ من خلال هذا النص ما يلي:

-المشرع يميز بين العقد والاتفاق فيجعل دور العقد مقصوراً فقط على إنشاء الالتزام دون تعديله أو نقله أو إنهائه كما هو الحال بالنسبة للاتفاق.

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

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

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

### المطلب الثاني: العقد والاتفاق

يذهب بعض شراح القانون المدني إلى التمييز بين العقد والاتفاق، فيعتبرون الاتفاق جنس والعقد نوع. فالعقد عندهم بالنسبة إلى الاتفاق هو بعض من كل، حيث يرى البعض بأن العقد يقتصر مجاله فقط على الاتفاقات التي اهتم المشرع بتنظيمها وخصها بأسماء معينة (العقود المسماة) كالبيع والإيجار، أما اصطلاح الاتفاق فينصرف إلى الاتفاقات التي تغص بها الحياة اليومية والتي لم ينظمها المشرع بعد (العقود غير المسماة).

ويذهب البعض الآخر إلى القول بأن العقد يقتصر فقط على إنشاء الالتزام كما في البيع دون تعديله، كما في الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام ودون نقله كما في حوالة وحوالة الدين ودون انهائه كما في الوفاء، في حين ينصرف مصطلح الاتفاق عندهم إلى إنشاء الالتزام وتعديله ونقله وانتهائه. إن التمييز السابق بين العقد والاتفاق تمييز لا أهمية عملية أو علمية له تذكر، لأجل ذلك نادى الفقه الحديث بعدم التمييز بينهما واعتبارهما مجرد مصطلحين مترادفين وان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني معين، بإنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انهائه.

### المطلب الثالث: مجال العقد

من خلال التعريف السابق للعقد يتبين أن مجال العقد يتحدد فقط بالاتفاقات التي تدخل في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، حيث يخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدات الدولية، التي تحكمها قواعد القانون الدولي العام، وتخرج كذلك من مجال العقد الاتفاقات التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة سلطة تمثل المصلحة العامة مع الافراد، فهذه العقود الإدارية تخرج من مجال نظرية العقد وتخضع للقانون والقضاء الإداريين. وعليه فمجال العقد هو دائرة القانون الخاص وفي حدود الاتفاق المتعلقة بالذمة المالية ومنه يخرج أيضا من مجال العقد الروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية على الرغم من إنتاجها لبعض الروابط المالية كالزواج والطلاق.

## المطلب الرابع

### أساس القوة الملزمة للعقد أو مبدأ سلطان الإرادة

ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'autonomie de la volonté) حرية الإرادة وكفايتها في إنشاء العقود والتصرفات القانونية وفي تحديد مدى الالتزامات التعاقدية وما يترتب عليها من آثار قانونية بينهما، فالإرادة هي أساس قدرة العقد على إنشاء الالتزام وأساس قوته الملزمة لعاقديه،

يتنازع البحث في أساس القوة الملزمة للعقد المذهب الفردي وهو يتجسد في مبدأ سلطان الإرادة، القائم على الإرادة الحرة في مجال العقد، والمذهب الاجتماعي الذي يركز على تحقيق مصلحة المجتمع والتضامن الاجتماعي بين الأشخاص.

#### 1- المذهب الفردي:

مع بداية القرن السابع عشر انتشرت نظريات فلسفية واقتصادية وسياسية، وكلها مشبعة بروح الفردية، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة، وأن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار، لأن العقد شريعة المتعاقدين. وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوضع تقنين نابليون (1804) على أساس تقديس حرية الفرد والامعان في احترام إرادته

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

#### 2- المذهب الاجتماعي:

بعد هذا الازدهار الذي عرفه مبدأ سلطان الإرادة بدأ المبدأ في التقلص مع بداية القرن 20 تحت تأثير المبادئ الاشتراكية والتغيرات الاقتصادية والسياسية، التي جسدها المذهب الاجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة وفقا للتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي مست المجتمعات المعاصرة.

فعلى العكس من المذهب الفردي نادى المذهب الاشتراكي بتغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، وعليه ليس للإرادة القدرة والسلطان على إنشاء العقد وتحديد آثاره إلا في الحدود ووفق الشروط التي يحددها المجتمع (القانون) فليس للإرادة سلطان فوق سلطان القانون

الناطق بمصلحة الجماعة. فهذا الوضع ترتب عليه تراجع مبدأ سلطان الإرادة ففرضت بعض القيود على مبدأ سلطان الإرادة نذكر أهمها:

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

-حرية التعاقد مقيدة بالتوسع المستمر لمفهوم النظام العام والآداب العامة: بحيث لا يمكن للإرادة الدخول في علاقة تعاقدية مخالفة للنظام العام، فكل عقد يبرم على شكل يخالف النظام العام والآداب العامة يكون باطلا بطلانا مطلقا،

-حرية عدم التعاقد قيدت مع ظهور ما يسمى بالعقود الجبرية : التي يجبر فيها الشخص على إبرامها كعقود التأمين الجبري والتزام التجار ببيع السلع لكل من يتقدم لشرائها.

2- القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد: هذا المبدأ قد شمله بعض التقييد حيث كثيرا ما يتدخل المشرع لتحديد آثار وبنود بعض العقود بموجب قواعد أمره لا يجوز الخروج عليها والاتفاق على مخالفتها، مثل عقد العمل الذي يحدد فيه المشرع بصفة مسبقة بموجب قواعد أمره حقوق وواجبات العامل ورب العمل، ونفس الشيء بالنسبة لعقد الشركة وعقد التأمين.

3- القيود الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد: إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يجعل من العقد شريعة وقانون المتعاقدين بحيث يلزم كلا المتعاقدين بما تضمنه من بنود ولا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق الطرفين، فإن جل التشريعات أجازت تدخل القاضي لتعديل بعض بنود العقد او اعفاء أحد طرفيه منها، ومن الحالات التي يجيز فيها المشرع للقاضي التدخل لتعديل العقد نذكر ما يلي:

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

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

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

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

4- القيود الواردة على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يتطلب بان لا يكون للعقد قوة ملزمة إلا لمن كانوا طرفا فيه أي لمن شاركت ارادتهم في إنشائه فإنه استثناء من ذلك فإن القانون وفي حالات خاصة جعل آثار العقد تمتد إلى الغير بحكم القانون كما في حالة عقد المقاوله الذي يبرم بين المقاول رب العمل، حيث يجيز المشرع لعمال المقاول وللمقاول من الباطن وعماله على الرغم من أنهم ليسوا أطرافا في عقد المقاوله الأصلي الرجوع بطريق الدعوى المباشرة مباشرة على رب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون فيه مدينا للمقاول

الأصلي وقت رفع الدعوى، انظر المادة 565 من القانون المدني ونفس الحكم ينطبق في عقد الوكالة بنص المادة 580 ق م و المادة 507 ق م بشأن الايجار الفرعي أو الايجار من الباطن (وهي حالات الدعوى المباشرة)

5- **تراجع مبدأ الرضائية في العقود:** إذا كان مبدأ سلطان الارادة يتطلب كفاية الإرادة وحدها لانعقاد العقد بحيث يكفي فقط توافق الارادتين لقيام العقد، إلا ان المشرع وفي حالات معينة يقر عدم كفاية الإرادة لانعقاد العقد طبقا للمادة 59 من القانون المدني والتي تنص "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين (مبدأ الرضائية)، دون الإخلال بالنصوص القانونية" وبالتالي قيد مبدأ الرضائية بمبدأ آخر وهو مبدأ الشكلية. وتطبيقا لنص المادة 59 ق م تفرض المادة 324 مكرر من القانون المدني تحرير العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية في شكل رسمي وإلا كانت باطلة كما يشترط لترتيب آثارها (نقل الملكية) أن تخضع لإجراءات الشهر العقاري.

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

## المطلب الخامس

### تقسيمات العقود

للعقود تقسيمات مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذه العقود، والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع، لذلك لم تعرض له معظم التقنينات الحديثة، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذا التوجه حيث حاول بموجب المواد من 55 إلى 58 ق م التعريف بأقسام العقود نقلا عن القانون الفرنسي، الذي ذكر بعض تقسيمات العقود في غير استقصاء (1102-1105)، إلا أنه لم يستوف كل التقسيمات حتى تلك التي وردت في القانون الفرنسي، وكان الأفضل ضمن تعديلات سنة 2005 تجنب تحديد التعريفات والتقسيمات، ومن أهم التقسيمات التي وضعها الفقه للعقد نذكر ما يلي:

- 1- من حيث تنظيم المشرع للعقود، (من حيث الموضوع)، تنقسم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة
  - 2- من حيث تكييف العقد، تنقسم العقود إلى عقود بسيطة وأخرى مركبة (مختلطة)
  - 3- من حيث تكوين العقد تنقسم العقود إلى عقود رضائية، عقود شكلية وأخرى عينية.
  - 4- من حيث آثار العقد، تنقسم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.
  - 5- من حيث تبادل العطاءات، تنقسم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع
  - 6- من حيث تنفيذها، تنقسم العقود إلى عقود فورية وعقود زمنية مستمرة.
  - 7- من حيث طبيعتها، تنقسم العقود إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية.
- وقد أورد الفقه المدني تقسيمات أخرى للعقود كالعقود الأصلية والعقود التبعية، والعقود المدنية والعقود التجارية، العقود الفردية والعقود الجماعية، العقود التقليدية والعقود الالكترونية

**أولا: من حيث تنظيم المشرع للعقود (من حيث موضوعها)، تنقسم العقود إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة**

- 1- **العقد المسمى:** هو عقد خصه المشرع باسم معين وتولى بتنظيمه وبيان احكامه الخاصة لشيوعه بين الناس في تعاملهم.
- وقد نظم المشرع الجزائري هذه الطائفة من العقود في الكتاب الثاني، وخصص لها خمسة أبواب بموجب المواد من 351 إلى 673 من القانون المدني، والعقود المسماة إما أن تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة والشركة والقرض والصلح، وإما أن تقع على الانتفاع وهي الإيجار وعارية الاستهلاك، وإما أن تقع على العمل وهي المقاولة والتسيير والوكالة والوديعة والحراسة، ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي القمار والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ثم عقود التأمينات الشخصية وهي الكفالة، بالإضافة إلى عقود التأمينات العينية وهي الرهن الرسمي ورهن الحيازة التي نظمها المشرع في الكتاب الرابع

ويلاحظ أن العقد المسمى، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود.

**2- العقد غير المسمى:** هو ذلك العقد الذي لم يخصصه المشرع باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، كما يمكن ومن قبيل القياس تطبيق احكام العقود المسماة الأقرب إلى هذا العقد غير المسمى. والأصل في العقود غير المسماة أنها لا تقع تحت حصر، فالإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود في حدود النظام العام والآداب العامة، مثل عقد الفندقية، عقود الطبع والنشر، عقود الإعلان وعقود الرعاية (كلما انتشرت هذه العقود غير المسماة وازدادت أهميتها كلما اهتم بها المشرع وتدخل بتنظيمها وبذلك يدرجها ضمن العقود المسماة، كما فعل مع عقد التسيير حيث أصبح هذا الأخير عقدا مسمى بعد تنظيم المشرع لأحكامه بموجب القانون 01/89 المؤرخ في 07/02/1989 المعدل للقانون المدني).

### ثانيا- من حيث تكييف العقد، تنقسم العقود إلى عقود بسيطة وأخرى مركبة

**1- العقد البسيط:** هو ذلك العقد الذي لا يشتمل إلا على احكام عقد واحد فقط أي لا يتناول المتعاقدين من خلال العقد إلا عملية قانونية واحدة، بيع فقط او ايجار فقط.....

**2- العقد المركب:** فهو ذلك العقد الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد أي يتناول أكثر من عملية قانونية واحدة، مثل بيع و ايجار أو عمل و ايجار، فالعقد المركب إذا يجمع بين عدة عقود لتحقيق اهداف معينه يعجز العقد البسيط أو العقد الواحد عن تحقيقها، مثل عقد الفندقية فهو يتضمن عقد إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة للطعام وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة... الخ.

**أهمية التقسيم:** تكمن أهمية تقسيم العقود إلى بسيطة ومركبة في معرفة وتحديد القواعد الواجب التطبيق على كل عقد عند إغفال المتعاقدين الاتفاق على مسألة ما.

- بالنسبة للعقد البسيط لا يطرح أي إشكال فإذا كان العقد مسمى تطبق عليه الأحكام التي أوردها المشرع بشأنه، وإن كان غير مسمى تطبق عليه الأحكام العامة لنظرية الالتزام أي أحكام نظرية العقد.

### - بالنسبة للعقد المركب مميز بين فرضين:

**الأول** أن يكون المتعاقدين يهدفان للوصول إلى عدة اغراض، فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها.

**الثاني** أن يرمي المتعاقدين إلى تحقيق هدف واحد من العمليات القانونية المختلفة التي يشتمل عليها العقد المركب، في هذه الحالة يجب تغليب أحكام العقد الذي يعتبر أساسيا وجوهريا في هذه العمليات لتطبق دون سواها على العقد المركب كله، كما في حالة البيع بطريق الإيجار وهو الإيجار الذي ينقلب إلى عقد بيع بعد دفع كل الأقساط، هذا العقد مركب من عملية الإيجار والبيع الهدف منه واحد وهو نقل ملكية الشيء محل العقد، والعقد الذي يعتبر جوهريا هنا هو عقد البيع، فإذا

لم يتفق المتعاقدان حول مسألة ما وأراد أحدهما تطبيق احكام عقد الإيجار وتمسك الآخر بأحكام عقد البيع، وجب تطبيق أحكام هذا الأخير أي البيع طبقا لما تقدم وطبقا لنص المادة 363 فقرة الثالثة من القانون المدني.

### ثالثا: من حيث تكوين العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية

**1- العقد الرضائي:** هو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول، والأصل في العقود هو رضائيتها طبقا لمبدأ سلطان وطبقا للمادة 59 ق م، وعليه فأركان العقد الرضائي ثلاث: التراضي، المحل والسبب.

**2- العقد الشكلي:** هو العقد الذي لا يكفي مجرد التراضي لانعقاده بل يجب زيادة عن ذلك وجوب تحرير هذا التراضي في شكل مخصوص يعينه القانون، ومن العقود الشكلية في التشريع الجزائري بيع العقار، بيع المحل التجاري، عقد الشركة، عقد الرهن الرسمي طبقا للمادة 883 ق م، وكل تصرف من شأنه إنشاء أو نقل حق عيني عقاري طبقا للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، وعليه أركان العقد شكلي أربع: التراضي، المحل، السبب والشكلية.

وتسمى هذه الشكلية بشكلية الانعقاد بحيث تعتبر ركنا في العقد فلا ينعقد الا إذا تم تحريره في الشكل الرسمي المطلوب وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وهذا خلافا للشكلية المطلوبة للإثبات والشكلية المطلوبة للنفاد.

وفي بعض العقود والتصرفات القانونية لا يقبل المشرع إثباتها إلا بالكتابة مثل التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 د ج طبقا للمادة 333 ق م والوصية طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة، فالكتابة في هذه الحالة لا تعتبر ركنا في العقد وعليه لا يترتب على تخلفها بطلان العقد. زيادة على ما تقدم يشترط المشرع في تصرفات اخرى اتباع اجراءات معينة لنفاد هذه التصرفات فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير كما هو الحال في اشتراط إخضاع التصرفات الواردة على العقار لإجراءات الشهر العقاري وهذا ما يسمى بشكلية النفاذ.

\* ويلاحظ اخيرا انه يمكن للعقد الرضائي أن يصبح عقدا شكليا بإرادة الطرفين إذا تم الاتفاق على أن العقد لا ينعقد الا إذا تم تحريره في شكل رسمي، وهذا إذا انصرفت إرادتهما إلى اعتبار العقد غير منعقد أو باطلا إذا لم يحزر في هذا الشكل.

**3- العقد العيني:** هو العقد الذي لا يكفي لانعقاده قيام التراضي فقط بين طرفيه، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد، فيعتبر التسليم ركنا فيه إلى جانب التراضي، المحل والسبب، ومن العقود العينية في التقنين الفرنسي عقد الوديعة، القرض، العارية وعقد الرهن الحيازي، بالإضافة إلى هبة المنقول.

ومن الملاحظ ذكره أنه قد أصبح اليوم التراضي، كقاعدة عامة، كافيا لانعقاد العقد، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل. وقد قللت التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية، فاستبقى التقنين المدني الألماني منها القرض والرهن الحيازي،

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن العقد الوحيد الذي يعتبر عقدا عينيا هو عقد الهبة الوارد على المنقول طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة.

رابعا: من حيث آثار العقد، تنقسم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.

**1 - العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي:** هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، طبقا للمادة 55 من القانون المدني: " يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا" كما في عقد البيع حيث يلتزم البائع بنقل الملكية، ويلتزم المشتري بدفع الثمن

**2 - العقد الملزم لجانب واحد (غير تبادلي):** هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائنا غير مدين، وهذا ما نصت عليه المادة 56 من القانون المدني: " يكون العقد ملزما لشخص أو عدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين" ومثال ذلك: عقد الوديعة دون أجر طبقا للمادة 590 من ق م

(يختلف العقد الملزم لجانب واحد عن التصرف بإرادة منفردة في أن الأول عقد يتم بتطابق إرادتين وإن كان لا يلزم الا طرفا واحدا خلافا للثاني الذي يعد عملا قانونيا صادرا عن إرادة واحدة فقط فلا يعتبر عقدا، كالوصية والوعد بجائزة....)

أهمية التقسيم: تكمن أهمية هذا التقسيم في المسائل التالية:

**1 - من حيث الدفع بعدم التنفيذ:** إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وامتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر الدفع بعدم التنفيذ، طبقا للمادة 123 ق.م وهذا لا مجال لأعماله في العقود الملزمة لجانب واحد، لأن المتعاقد الآخر ذمته بريئة في مواجهة الطرف الأول.

**2 - من حيث الفسخ:** إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزام جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ حتى يتخلص ويتحلل مما عليه من التزام، طبقا للمادة 119 من القانون المدني، وعليه لا مجال لإعمال الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد لأنه عند إخلال المدين بما التزم به لا يوجد أي التزام يقابله في ذمة الدائن حتى يسعى لطلب الفسخ قصد التخلص منه.

**3 - من حيث تحمل التبعة:**

- في العقود الملزمة للجانبين يترتب على انقضاء التزام أحد المتعاقدين بسبب استحالة تنفيذه انقضاء الالتزام المقابل له في ذمة المتعاقد الآخر وينفسخ العقد بقوة القانون طبقا للمادة 121 ق م، ويتحمل تبعة هذا الهلاك المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا أي المدين به، ففي عقد البيع مثلا إذا هلك الشيء المباع بقوة قاهرة انقضى التزام البائع (مدين) بنقل الملكية وينقضي معه

التزام المشتري بدفع الثمن وله رد الثمن ان كان قد دفعه إلى البائع وهذا طبقا لنص المادة 369 ق.م.

-أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن تبعة الهلاك يتحملها المتعاقد الآخر (الدائن) لا المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه بسبب اجنبي (المدين)، ففي عقد الهبة مثلا إذا هلك الشيء الموهوب بيد الواهب وهو المدين بنقل الملكية استحال عليه تسليمه إلى الموهوب له (الدائن) ، وبالتالي يزول التزام الواهب ولن يحصل الموهوب له على شيء ، وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للوديعة بغير أجر إذا استحال على المودع لديه رد الشيء المودع بسبب اجنبي يتحمل الخسارة المودع وهو الدائن.

**4- من حيث السبب:** في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سببا لالتزام المتعاقد الآخر وفقا للنظرية التقليدية للسبب، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين. أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سببا.

#### **خامسا: من حيث مدى تبادل العطاءات، تنقسم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع**

**1-عقد المعاوضة:** هو العقد التي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، اي يتبادل فيه المتعاقدان العطاءات وليس الالتزامات، مثل عقد البيع وعقد المقايضة وعقد الإيجار، فالبائع ينقل ملكية الشيء المبيع ويحصل مقابل ذلك على الثمن، والمشتري يدفع الثمن ويحصل نظير ذلك على الشيء المبيع...الخ.

فقد نصت المادة 58 من القانون المدني على أن: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"

**2 - عقد التبرع:** هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه للمتعاقد الآخر وبالمقابل لا يقدم ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما حصل عليه، مثل عقد الهبة بدون عوض والوديعة بدون أجر وعقد العارية المادة 538 ق م، ففي عقد الهبة ينقل الواهب ملكية شيء معين للموهوب له دون ان يحصل على شيء، والموهوب له يحصل على الشيء الموهوب دون أن يعطي شيء.

**والجدير بالملاحظة أن:** العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار، وبعضها تبرع كالعارية. كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض، وبعضها معاوضة كالكفالة بأجر.

ومن المفيد أن نميز كذلك في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات. فعقود التفضل يوли المتبرع فيها المتبرع له عملا أو منفعة دون يخرج عن ملكية ماله. فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها، والوديعة عقد تفضل لأن المودع لديه يتبرع بعمله لا بماله. أما الهبات فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب.

**أهمية التقسيم:** تكمن أهمية تقسيم العقود إلى معاوضة وتبرع فيما يلي:

**أ- من حيث المسؤولية العقدية:** (عند عدم التنفيذ): أن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المودع عنده أيسر من مسؤولية المستأجر كما أن مسؤولية المتبرع له أشد من مسؤولية المعاوض، فمسؤولية المستعير أشد من مسؤولية المستأجر. فمن صور تخفيف مسؤولية المتبرع عدم التزامه بالضمان إلا عند الغش كما أنه لا يضمن استحقاق العين.

**ب- من حيث الأهلية:** يشترط المشرع في عقود التبرع توافر الأهلية الكاملة في المتبرع أي بلوغه 19 سنة دون أي عارض من عوارض الأهلية وإلا كان تصرف التبرع باطلا بطلانا مطلقا، لأنه ضارا به ضررا محضا.

أما في عقود المعاوضة فتكفي الأهلية الناقصة (التمييز) ببلوغ المتصرف سن 13 سنة دون جنون أو عته للانعقاد التصرف صحيحا وإن كان قابلا للإبطال مستقبلا لمصلحة ناقص الأهلية طبقا للقانون المدني وموقوفا طبقا لقانون الأسرة، وهذا لأنها عقود دائرة بين النفع والضرر.

**ج- من حيث الغلط في شخص المتعاقد معه:** يعيب الغلط في عقود التبرع أكثر مما يعيب في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار، كما في الشركة.

**د- من حيث شروط الدعوى البوليصة (المادة 192 ق م):** في عقود التبرع يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع، أما في عقود المعاوضة فلا بد من إثبات سوء النية، (الدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين هي الدعوى التي يرفعها الدائن للطعن في التصرفات التي يجربها المدين والضارة به، أي تلك التي من شأنها أن تؤدي إلى إعسار المدين أو الزيادة إعساره).

#### **سادسا: من حيث تنفيذها، تنقسم العقود إلى عقود فورية وعقود زمنية**

**1- العقد الفوري:** هو ذلك العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو آجال متتابعة، فعقد البيع مثلا يعتبر عقدا فوريا حتى ولو كان دفع الثمن فيه أو تسليم الشيء المبيع مؤجلا، لأن الأجل "الزمن" هنا عنصرا عارضا لا يزيد ولا ينقص من حجم وقيمة التزامات البائع والمشتري.

**2- العقد الزمني أو العقد المستمر:** هو العقد الذي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، وقد يكون هذا العقد ذات تنفيذ مستمر مثل عقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة، وقد يكون ذا تنفيذ دوري مثل عقود التوريد وعقد الايراد المرتب لمدى الحياة..... الخ.

**أهمية التقسيم:** تكمن اهمية تقسيم العقود إلى فورية وزمنية فيما يلي:

**1- من حيث أثر الفسخ:** للفسخ والبطلان في العقد الفوري أثر رجعي، أي يرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد فالبائع يرد الثمن والمشتري يرد الشيء المبيع لأن هذا ممكنا.

أما الفسخ والبطلان في العقود الزمنية فليس له أثر رجعي، بحيث يقتصر أثره فقط على المستقبل (هذا إذا حصل تنفيذ جزئي للعقد)، فلا يمكن إرجاع المتعاقدين بالفسخ إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، لأن تنفيذه مرتبط بالزمن وما فات من الزمن لا يعود، ففي عقد الإيجار مثلا لا يمكن للمستأجر ان يرد المنفعة التي حصل عليها خلال مدة معينة من العين المؤجرة، لهذا يترتب عن فسخ العقد الزمني انهائه بالنسبة للمستقبل.

**2- من حيث شرط الإعذار:** الإعذار شرط لاستحقاق التعويض في العقد الفوري، إلا في حالات خاصة حددها المشرع بموجب المادة 181 ق م.

أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضروري إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن، فلا فائدة ترجى من الإعذار.

**3- من حيث الظروف الطارئة:** العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتدا مع الزمن، وبقدر ما يمتد يكون تغيير الظروف محتملا، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه الظروف إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا.

**4- من حيث اثر القوة القاهرة المؤقتة:** إذا حالت قوة القاهرة دون تنفيذ العقد مؤقتا فان هذا يؤدي إلى تأجيل تنفيذ العقد الفوري إلى حين زوالها، دون أن يتأثر مقدار التزام كل متعاقد، خلافا للعقود الزمنية حيث يترتب على وقف تنفيذها مدة معينة ضرورة الانقاص من مقدار التزامات المتعاقدين بمقدار المدة التي أوقف العقد خلالها، فإن لم يتمكن المستأجر مثلا من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة عشرة أيام يسقط من ذمته الالتزام بدفع الأجرة المقابلة لنفس المدة، بل قد يترتب وقف العقد الفوري أو إنهائه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها.

#### **سابعاً: من حيث طبيعتها، تقسم العقود إلى: عقود احتمالية وعقود محددة القيمة**

**1- العقد المحدد:** هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت انعقاد العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، كعقد البيع، فالبايع يعلم ويعرف عند التعاقد مقدار الشيء المباع الذي يلتزم به ومقدار الثمن الذي يتقاضاه من المشتري ونفس الحال بالنسبة للمشتري.

**2- العقد الاحتمالي:** ويسمى ايضا بعقد الغرر هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت انعقاد العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله، كما في عقد التأمين وعقد الرهان والمقامرة.

أهمية التقسيم: تكمن أهمية هذا التقسيم فيما يلي:

**1- من حيث عنصر الاحتمال:** يعتبر عنصر الاحتمال عنصرا جوهريا وأساسيا في العقد الاحتمالي بحيث يترتب على تخلفه اثناء التعاقد بطلان العقد بطلانا مطلقا، ففي عقد التأمين يعتبر الخطر "احتمال" ركنا في العقد، فإذا انعدم بطل العقد، نفس الشيء في البيع بمرتب مدى حياة شخص ثالث ثبت انه توفي قبل انعقاد العقد "البيع"، أما العقد المحدد فينعدم فيه عنصر الاحتمال.

2- من حيث الطعن بالغبن: لا يمكن الاحتجاج بالغبن في العقود الاحتمالية، لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين، بينما يجوز الطعن بالغبن في بعض العقود المحددة (م 90-91 ق م)

ثامنا: من حيث كيفية وقوع التراضي، تنقسم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان

1- عقد المساومة: هو العقد الذي تكون فيه ارادة المتعاقدين متكافئتين بحيث يكون لكلا المتعاقدين مناقشة ومساومة بنود العقد ووضعها بكل حرية، وهذا هو الشأن الغالب في جميع العقود المدنية بصفة عامة، كما هو الحال في عقد البيع والإيجار..... الخ.

2- عقود الإذعان: طبقا للمادة 70 ق م هي تلك العقود التي لا يملك فيها أحد المتعاقدين مناقشة شروط وبنود العقد، حيث يقتصر دوره فقط على الإذعان والخضوع لقبول ما يعرض عليه من شروط، فإما ان يقبلها دفعة واحدة فينقصد العقد او يرفضها جملة واحدة فلا يتم العقد، كما هو الحال في عقد النقل البري والبحري والجوي، عقد التأمين، عقود ائصال الكهرباء، الماء، الغاز.... الخ.

أهمية التقسيم: تكمن أهمية هذا التمييز والتقسيم فيما يلي:

1- من حيث تدخل القاضي: في عقود المساومة لا يجوز للقاضي التدخل لتعديل بنود العقد إلا استثناء تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المادة 106 ق م، أما في عقود الإذعان فقد أجاز المشرع للقاضي طبقا للمادة 110 ق م التدخل لتعديل الشروط التعسفية فيه، كما له أن يعفي الطرف المدعن منها كلية.

2- من حيث تفسير العقد: طبقا للمادة 112 ق م عند تفسير القاضي للعبارات الغامضة في العقد عليه أن يفسر ويؤول الشك لمصلحة المدين دون الدائن هذا بالنسبة لعقود المساومة، أما في عقود الإذعان وطبقا للمادة 112 / 02 ق م فإن الشك يؤول لمصلحة الطرف المدعن مدينا كان أو دائنا باعتباره الطرف الضعيف في العقد، وباعتباره لم يشارك في وضع بنود العقد.

## الفصل الأول

### نظرية العقد

تبعاً لما تقدم في المبحث التمهيدي، نرتب البحث في نظرية العقد على النحو الذي سار عليه المشرع الجزائري في القانون المدني، حيث تضمنها الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني، في أربعة أقسام رئيسية بموجب المواد (59-123) وهي: شروط العقد (أركانه)، بطلانه، آثاره، وانحلاله.

#### القسم الأول: شروط (أركان) العقد

العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فلكي ينشأ العقد لابد من توافق وتطابق إرادتين أو أكثر، وهذا هو التراضي الذي يعد الركن الاساسي والجوهرى في العقد، ويجب أن ينصب هذا التراضي على شيء معين، وهذا هو محل العقد، ويجب أن تكون إرادة المتعاقدين مدفوعة بغايه مشروعته تستهدف تحقيقها، وهذا هو سبب العقد.

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

1- التراضي.

2- المحل.

3- السبب.

4- الشكلية في العقود الشكلية.

5- التسليم في العقود العينية.

والملاحظ بهذا الشأن أنه يترتب على تخلف ركن من الأركان السابقة بطلان العقد بطلان مطلقاً فلا تصححه لا الإجازة ولا التقادم، وإضافة إلى الأركان السابقة والتي تسمى أيضاً بشروط الانعقاد، فللعقد شروط صحة بحيث لا ينعقد العقد صحيحاً إلا بتوافرها وهي:

1- وحب توافر الأهلية في كل من طرفي العقد.

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

ويتربط على تخلف شرط من شروط صحة العقد أن ينشأ العقد وينعقد صحيحاً قابلاً للأبطال إذا تمسك به المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، كما يتميز بإمكانية تصحيحه بالإجازة والتقادم.

#### المبحث الأول: التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين، وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن: في مطلب أول وجود التراضي، وفي مطلب ثان صحة التراضي.

## المطلب الأول: وجود التراضي

التراضي هو مطابقة القبول للإيجاب، أي بمعنى توافق إرادتي المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام. بحيث لا يمكن للصغير والمجنون إبرام العقود لانعدام الإرادة لديهما، كما لا يعتد قانونا بإرادة الهازل ولا بالإرادة غير الجادة كما في مجال المجاملات، كما لا يمكن الاعتداد بالإرادة طالما ظلت كامنة في نفس صاحباها، إلا من الوقت الذي يتم فيه التعبير عنها فتظهر للعالم الخارجي فتكون بذلك قادره على الاقتران بإرادة أخرى، وهنا يجب أن يأتي التعبير عن الإرادة "الإرادة الظاهرة" مطابقا لما قصدته الإرادة الحقيقية "الإرادة الباطنة"

وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد البحث في وجود التراضي بدراسة القواعد العامة التي تحكمه في ثلاث فروع كالاتي: فرع أول نخصه للتعبير عن الإرادة، وفرع ثان نخصه لتوافق الإرادتين، أما الفرع الثالث نتحدث فيه على المرحلة التمهيدية في التعاقد

### الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه،

#### أولا: التعبير الصادر من الأصيل

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنه، أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، فلا يعلم بها من الناس إلا صاحباها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير، إما تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا.

#### 1- التعبير الصريح: (م 1/60 ق م)

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير علما بإرادته في التعاقد بطريقة مباشرة، للدلالة عن المعنى المراد، كاللفظ، سواء كان الكلام مباشرا أو بواسطة الهاتف أو عن طريق رسول، كما يكون بالكتابة، أو الإشارة المتداوله عرفا، كهز الرأس عموديا للدلالة على القبول، كما يكون التعبير عن الإرادة صريحا باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، كوقوف سيارات الأجرة في المكان المعد لها.

#### 2- التعبير الضمني: (م 2/60 ق م)

يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر المادي الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، أي بمعنى أنه يمكن استنباطها بطريق غير مباشر من ظروف الحال أو بطريق الاستنتاج، كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، قرينة يفهم منها إرادته في تجديد عقد الإيجار

وتطبيقا للمادة 60 ق م يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا حيث لهما نفس القوة، إلا ان المشرع في حالات خاصه يشترط أن يفرغ التعبير عن الإرادة في شكل خاص (رسمي أو

عرفي) كما في العقود الشكلية، وقد يكتفي القانون في حالات أخرى بما دون ذلك ويشترط فقط ان يكون التعبير عن الإرادة صريحا (بالكتابة او غيرها). وبالتالي لا يعتد بالتعبير الضمني عندها. فطبقا للمادة 505 ق م مثلا لا يجوز للمستأجر التنازل عن الايجار أو يجري إيجارا من الباطن لما استأجره الا بعد موافقة صريحة من المؤجر، أنظر أيضا المادة 331 من القانون المدني. كما يجوز الاتفاق على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، فلا يكفي عندها التعبير الضمني طبقا لمادة 60 ق م "... إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفين على ان يكون صريحا".

### مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة؟

إذا كان التعبير الضمني عن الإرادة وضع وموقف ايجابي يستخلص منه حتما ما يدل على إرادة صاحبه، فإنه على العكس من ذلك يعتبر السكوت موقف سلبي فهو عدم والعدم لا يبنى بثيء، فلا يمكن أن يدل لا على قبول ولا على رفض، لأجل ذلك لا يصلح كقاعدة عامه السكوت طريقا للتعبير عن الإرادة تطبيقا للقاعدة الشرعية " لا ينسب لساكت قول". أما إذا لابتست هذا السكوت ظروفا تدل على أنه قبولاً تطبيقاً للقاعدة " السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان"، وتماشيا مع هذه القاعدة الشرعية يعتبر المشرع السكوت في بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر، قبولاً بموجب نص المادة 68 ق م وهي:

✓ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من ظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فان عدم رفض الايجاب في وقت مناسب يعتبر قبولاً، ومثال ذلك ان يرسل تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة ما يطلبه من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، حيث يعتبر سكوت تاجر التجزئة عن هذه الاسعار الجديدة قبولاً بها.

✓ إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين : مثال ذلك أن تعتاد شركة على طلب سلعة ما من شركة أخرى بحيث تقوم هذه الأخيرة بإرسال السلعة دون أن تصرح بالقبول، فاذا طلبت الشركة الاولى تزويدها بكمية اخرى (ايجاب)، وسكتت الثانية دون أن ترد بالرفض فإن سكوتها هذا يعتبر قبولاً للتزويد بالكمية الإضافية.

✓ إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه إليه : فسكوت هذا الاخير عن الايجاب يعتبر قبولاً به، لأنه يترتب عليه مصلحة مطلقه له، بحيث لا يوجد مبرر يدعو من وجه إليه هذا الإيجاب إلى رفضه، ويكون هذا في عقود التبرع فسكوت الموهوب له في الهبة يعد قبولاً به أو سكوت المستعير عن عرض المعير يعد قبولاً بالعارية.

هذه الحالات التي أوردتها المادة 68 ق م جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وعلى ذلك وبصورة عامة كل سكوت يقتزن به ظروف تدل على الرضا يعتبر قبولاً هذا هو السكوت الملابس، أي السكوت الذي تلابسه ظروف معينة تجعله يفيد دلالة على القبول لذلك يقول فقهاء الشريعة "السكوت في معرض الحاجة بيان".

والأصل أن تقدير الظروف الملايئة للسكوت مسألة موضوعية تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

### العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها

سبق القول بأنه يشترط لقيام العقد زيادة على وجود الإرادة ضرورة التعبير عنها حتى تكون صالحة للاقتران والارتباط بإرادة أخرى، وإذا كان الأصل أن يأتي التعبير عن الإرادة مطابقا لما اتجهت إليه هذه الإرادة، إلا أنه قد يحصل أن يأتي التعبير عن الإرادة مخالفا لحقيقة ما قصدته واتجهت إليه إرادة المتعاقد، **فبأيهما يجب أن نعتد؟** كما لو أراد تاجر بيع سلعة ما بمبلغ 2000 د ج ووضع عليها خطأ مبلغ 200 د ج وتقدم شخص لشراء السلعة ب 200 د ج فهل ينعقد العقد ب 2000 د ج أي بالإرادة الحقيقية (الباطنة) أو ب 200 د ج أي وفقا للإرادة الظاهرة.

الإجابة على هذا التساؤل تتنازع نظريتان متعارضتان هما نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة، من هنا وجب استعراض النظريتين، ثم التطرق لموقف المشرع الجزائري.

**1- نظرية الإرادة الباطنة:** تتبنى المدرسة اللاتينية الفرنسية هذه النظرية حيث تعتد بالإرادة فيما تنطوي عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس.

فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الباطنة أو الحقيقية وجب استبعاد هذا التعبير ولا ينعقد العقد إلا وفقا لما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية التي هي أساس وجود العقد وقوته الملزمة.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أنه يجب على القاضي في تفسيره للعقد البحث دوما عن النية والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارة العقد وألفاظه ولو كانت صريحة الدلالة، وإذا تعذر عليه الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم فما عليه إلا أن يتعرف عليها عن طريق الافتراض، فالإرادة الحقيقية أولا وإلا فالإرادة المفترضة وكلاهما الإرادة الباطنة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط.

**2- نظرية الإرادة الظاهرة:** تتبنى المدرسة الجرمانية المادية هذه النظرية وتأخذ فقط بالإرادة الظاهرة، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة عما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية وجب الأخذ بالإرادة الظاهرة فقط (التعبير)، فلا ينعقد العقد إلا وفقا للشكل الذي جاء به التعبير عن الإرادة الذي هو أساس القوة الملزمة للعقد، حيث تعتبر هذه النظرية أن التعبير عن الإرادة ليس فقط دليلا عن الإرادة الحقيقية بل هو الإرادة ذاتها أي أنه يمثل قرينة قاطعة على الإرادة الحقيقية وبالتالي لا يقبل ادعاء أي متعاقد بأن تعبيره عن إرادته جاء مخالفا لإرادته الحقيقية.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أنه يجب على القاضي عند تفسيره للعقد الوقوف دوما عند ألفاظ وعبارات العقد دون البحث في إرادة المتعاقدين، أي الوقوف عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد، كما لا يسري فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير إلا العقد الصوري دون العقد الحقيقي، كما أنه لا أثر للغلط كعيب من عيوب الإرادة على العقد إلا إذا علم به المتعاقد الآخر.

ومن حجج أنصار هذه النظرية التي أخذ بها القانون الألماني ما يلي:

- الإرادة الباطنة مسألة كامنة في النفس يستحيل الوصول إليها.  
- القانون يُعني فقط بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية والإرادة الباطنة مسألة نفسية تتحول إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون بالتعبير عنها.  
- الغير يتعاقد فقط بناء على الإرادة الظاهرة للمتعاقد الأول، لأنه لا يعلم بالإرادة الحقيقية وفي الأخذ بالإرادة الظاهرة زرعاً للثقة المشروعة بين المتعاقدين وضماناً لاستقرار العقود.

**3- موقف المشرع الجزائري:** بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع يأخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة ويتجلى ذلك بوضوح من خلال نص المادة 59 ق م أين يشترط المشرع لانعقاد العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلو كان يأخذ بالإرادة الظاهرة لا تشترط ضرورة أن يتطابق التعبيرين عن الإرادتين. فالتوافق الذي به ينعقد العقد طبق للمادة 59 ق م هو توافق الإرادتين لا توافق التعبير عنهما وما يدعم هذا التوجه ما يلي:  
- يشترط المشرع لصحة العقد خلو الإرادة من العيوب، وهي عيوب تلحق فقط الإرادة الباطنة أو الحقيقية (المواد من 81 إلى 90 ق م).

- في العقد الصوري الظاهر يجوز للدائنين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري دون العقد الحقيقي (م 198 ق م).  
- يبطل العقد إذا كان سببه غير مشروع أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، والسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد وهو بهذا متعلق بالإرادة الحقيقية ... الخ.  
غير أنه واستثناء مما تقدم نجد المشرع قد استعار من نظرية الإرادة الظاهرة أهم تطبيقاتها لأجل ضمان استقرار المعاملات ومن ذلك:

- طبقاً للمادة 61 ق م لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره وقت صدوره وإنما من الوقت الذي يعلم فيه المتعاقد الآخر به، فلا ينعقد العقد مثلاً من وقت صدور القبول مطابقاً للإيجاب وإنما من وقت علم الموجب به، أي العلم بالتعبير عن القبول وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة.  
- لا أثر للغلط ولا للتدليس الصادر من الغير إلا إذا كان متصلاً بالمتعاقد الآخر بأن كان يعلم به.  
- في تفسير العقد طبقاً للمادة 111 ق م لا يجوز للقاضي الانحراف عن مدلول العبارات الواضحة في العقد بحثاً عن الإرادة الحقيقية.  
- فيما يتعلق بالصورية، تكون العبرة في حالة النزاع بالعقد الحقيقي الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، (م 199 ق م).

- طبقاً للمادة 62 ق م يبقى التعبير عن الإرادة صالحاً لترتيب أثره القانوني عند اتصاله بعلم من وجهه إليه حتى بعد زوال الإرادة الحقيقية بالموت أو فقدان الأهلية.

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

التعبير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمناً، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجهه إليه، وهذا ما نصت عليه المادة

61 ق م بالقول: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقد الدليل على عكس ذلك".

يجب التمييز بين وجود التعبير وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا، فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه، لكنه لا يكون له وجودا قانونيا إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه. والعبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير.

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا، فإنه لا ينتج أثره القانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، ومن هذا الوقت يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه، وكذلك القبول لا ينتج أثره القانوني إلا إذا علم به الموجب، وهنا ينعقد العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.

وقد جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 61 ق م من وصول التعبير عن الإرادة إيجابا كان أو قبولا إلى من وجد إليه قرينة على العلم به، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث يمكن لمن وجهه إليه التعبير عن الإرادة إثبات عدم علمه به على الرغم من وصوله إليه، كما لو أثبت أنه كان غائبا وقت وصول التعبير (رسالة مثلا).

#### أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة:

تنص المادة 62 من القانون المدني "إذا مات من صدر عنه 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 التعبير ما لم يتبين العكس من طبيعة التعامل أو من التعبير". التعبير عن الإرادة إذن إيجابا كان أو قبولا إذا تحقق وجوده المادي بصدوره عن صاحبه لا يحول دون تحقق وجوده القانوني باتصاله بعلم من وجه إليه. وفاة أو فقد أهلية من صدر عنه التعبير قبل ذلك.

أ- **أثر الموت وفقد الأهلية في القبول:** إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يرتب قبوله أثاره أي قبل وصوله إلى علم من وجه إليه (الموجب)، فإن هذا لا يحول دون صلاحية هذا القبول لترتيب أثره المتمثل في انعقاد العقد عند اتصاله بعلم الموجب، إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن الشخص القابل هو محل اعتبار فلا ينعقد العقد. (2/62 ق م)

ب- **أثر الموت وفقد الأهلية في الإيجاب:** إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم من وجه إليه أي الموجب له وطبقا للمادة 62 ق م فإن هذا لا يحول دون صلاحية هذا الإيجاب لترتيب آثاره عند اتصاله بعلم من وجه إليه، لكن لا ينعقد العقد إذا أعلن هذا الأخير قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو فقد أهليته لاستحالة اقتران الإيجاب بالقبول، إذ هو لن يصل إلى علم الموجب بعد أن مات، فيبقى الإيجاب دون قبول.

ثانيا: **التعبير الصادر عن النائب (النيابة في التعاقد)** المواد 73 - 77 ق م

#### 1. تعريف النيابة في التعاقد

تعرف النيابة على أنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل وحده.

II. أنواع النيابة: تنقسم النيابة بحسب المصدر المقرر لها إلى ثلاث أنواع:

1 - النيابة القانونية: وهي تلك التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من القانون مباشرة مثل الولي، الوصي والقيم. (م 81 ق أ)، والدائن الذي يستعمل حق الدائن في الدعوى غير المباشرة (م 189 و190 ق م)

2 - النيابة القضائية: وهي تلك التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من حكم القاضي حيث قد يعهد القانون للقاضي تعيين النائب كما هو الحال بالنسبة للوصي والقيم والحارس القضائي ووكيل الغائب والمفقود.

3 - النيابة الاتفاقية: وهي الأصل حيث يستمد النائب فيها سلطته في إبرام التصرفات القانونية من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة (م 73-77 ق م)، مع ملاحظة أنه لا تكون النيابة إلا في الأعمال القانونية دون الأعمال المادية خلافا للوكالة والتي هي أحد مصادر النيابة.

### III. شروط النيابة في التعاقد

يشترط في التعاقد عن طريق النيابة توافر الشروط الثلاثة التالية:

#### الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

لكي تتحقق النيابة يجب أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وهذا ما يميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره فقط على مجرد النقل المادي للتعبير عن إرادة أحد المتعاقدين (الأصيل) إلى المتعاقد الآخر وهو تعاقد بين غائبين، أما تعاقد النائب والمتعاقد الآخر فهو تعاقد بين حاضرين مهما كان الأصيل بعيدا عن مجلس العقد، فالعبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل.

ويتربط على اعتبار النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل عدة نتائج هامة نذكر منها ما يلي:  
\* في النيابة الاتفاقية يشترط في النائب أن يكون مميزا على الأقل لأن آثار التصرف الذي يجريه لا تنصرف إليه وإنما تنصرف إلى ذمة الأصيل (يمكن هنا أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية النائب دون أن يؤثر هذا البطلان على التصرف الذي أجراه هذا النائب)، أما في النيابة القانونية والقضائية فإن القانون يشترط في الغالب أن يكون النائب كامل الأهلية، كما أن العبرة بإرادة النائب عند النظر إلى عيوب الرضا (م 1/73 ق م).

\* أن سوء النية وحسنها ينظر فيهما إلى شخص النائب لا إلى شخص الأصيل (م 2/73 ق م) وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثرا على ذلك، فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة، أما إذا كان النائب سيء النية، فيجوز ذلك حتى ولو كان الأصيل حسن النية.

\* بالنسبة للأهلية في النيابة الاتفاقية، ينظر فيها إلى أهلية الأصيل لا لأهلية النائب، لأنه هو الذي تنصرف إليه آثار التصرف الذي أبرمه بطريق النيابة (م 74 ق م). أما في النيابة القانونية،

فيكتسب النائب صفته فيها من نص القانون، دون اعتداد بالأصيل الذي يمكن أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها.

### الشرط الثاني: أن يلتزم النائب في إبرام التصرف حدود النيابة

إذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته، وهي الحدود التي عينها القانون أو الاتفاق، فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة، ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل (م 74، 575 ق م).

الاستثناءات الواردة على تجاوز النائب لحدود نيابته الاتفاقية:

1 - انقضاء النيابة وقت التعاقد: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجعلان هذا الانقضاء، طبقا للمادة 76 ق م.

4 - متى استحال على النائب إخبار الأصيل سلفا: وكانت الظروف القائمة يغلب معها الظن بأن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، كما لو كان تصرف النائب يعود بالنفع المؤكد على الأصيل، وهنا يجب على النائب إبلاغ الأصيل بخروجه ومجاوزته لحدود نيابته فورا (طبقا للمادة 575 / 02 ق م)

### الشرط الثالث: يجب أن يبرم النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه

لما كان جوهر النيابة انصراف آثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة لا إلى ذمة النائب كان لزاما على النائب إعلام المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، أما إذا لم يُعلن النائب ذلك عند التعاقد واعتقد المتعاقد الآخر أنه أصيلا عن نفسه لا نائبا عن غيره تماشيا مع الأصل العام، فإن العقد ينعقد صحيحا، وأثاره تنصرف إلى ذمة النائب شخصيا لا إلى الأصيل دائنا أو مدينا (م 75 ق م)

واستثناء لما تقدم تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل على الرغم من عدم إعلام النائب للمتعاقد الآخر أنه نائبا عن غيره في حالتين طبقا للمادة 75 من القانون المدني:

الحالة الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتما علم المتعاقد الآخر بوجود النيابة رغم عدم إعلان النائب ذلك، فمن يشتري سلعة ما من الأسواق والمحلات الكبرى يُفترض علمه بأنه يتعامل مع صاحب السوق أو المحل وليس مع المستخدم، فما هذا الأخير إلا نائبا عن الأصيل صاحب السوق.

الحالة الثانية: إذا كان يستوي عند المتعاقد الآخر وقت التعاقد أن يتعامل ويتعاقد مع النائب أو مع الأصيل، فمن يشتري سلعة ما من أحد المحلات فإنه يستوي عند البائع أن يكون مشتريها قد اشتراها لنفسه أو لغيره فيحق لهذا الغير الرجوع على البائع مباشرة بدعوى ضمان العيوب الخفية إذا وجد بالشيء المبيع عيبا خفيا وقت التعاقد والعكس بالعكس، أين يستوي لدى المشتري أن يكون البائع هو صاحب المحل أو مجرد مستخدم لدى غيره (م 75 ق م)

### IV. آثار النيابة في التعاقد

يترتب على النيابة آثار قانونية هامة لعل أهمها:

1- فيما يتعلق بالعلاقة التي تربط النائب والأصيل، فإن هذه العلاقة يحكمها المصدر المنشأ للنيابة أي القانون أو الاتفاق، ففي النيابة القانونية يتولى القانون تحديد حقوق والتزامات كل من النائب والأصيل، وإن كانت النيابة اتفافية فإن عقد الوكالة هو الذي يتولى تحديد هذه الحقوق والالتزامات طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

2- آثار النيابة بالنسبة للأصيل: إذا تصرف النائب باسم الأصيل وفي حدود نيابته فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق الأصيل طبقاً للمادة 74 ق م.

3- آثار النيابة بالنسبة للغير: إن التصرف المبرم بين النائب والغير ينشأ علاقة مباشرة بين هذا الأخير أي الغير والأصيل حيث يكتسب ما ينشأ عن العقد من حقوق ويسأل عن تنفيذ ما ينشأ في ذمته من الالتزامات.

4- آثار النيابة بالنسبة للنائب: لا أثر للعقد المبرم في مواجهة النائب فلا يحمله أي التزام ولا يكسبه أي حق.

#### ٧. حكم تعاقد الشخص مع نفسه

يمكن أن يتعاقد الشخص مع نفسه في فرضين لا ثالث لهما وهما:

الأول: أن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كما لو اشترى لنفسه الشيء الذي وكل لبيعه، فهو أصيلاً عن نفسه بصفته مشترياً ونائباً عن البائع، وكذلك الأب الذي يهب جزءاً من ماله لولده القاصر ثم يقبل الهيئة باعتباره ولياً عن ولده أي نائب عنه نيابة قانونية. الثاني: أن يبرم الشخص العقد باعتباره نائباً عن كلا المتعاقدين، كما لو أناب شخص شخصاً آخر في أن يبيعه منزله فيشتريه لشخص ثالث أنابه ووكله في شرائه.

#### ٧.١. موقف المشرع الجزائري من تعاقد الشخص مع نفسه.

الأصل أنه لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه، وعلّة هذا المنع والتحريم تكمن في أن العقد يمثل تقابل لمصلحتين متعارضتين، يعجز النائب عن التوفيق بينها في حال التعاقد مع النفس، وهو ما يؤدي به إلى التضحية بمصلحة أحد المتعاقدين على حساب مصلحة المتعاقد الآخر، حيث أن مصلحة البائع في البيع بأعلى ثمن ومصلحة المشتري في الشراء بأقل ثمن، وتزداد خطورة التعاقد مع النفس عندما يكون النائب أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، حيث في الغالب يقدم مصلحته الشخصية على حساب مصلحة الأصيل وهذا ما يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد طبقاً للمادة 170 من ق م.

لأجل ما تقدم لا يجيز المشرع الجزائري تعاقد الشخص مع نفسه بموجب المادة 77 والمواد 410 و411 و412 من القانون المدني.

غير أنه واستثناء من القاعدة السابقة يجوز تعاقد الشخص مع نفسه في الأحوال التالية طبقاً للمادة 77 من القانون المدني.

- 1 - إذا وجد في القانون نص صريح يجيز ذلك: كما في حالة الولاية على المال، بحيث يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر طبقا للمواد 87 إلى 90 من قانون الأسرة، وطبقا للمادة 90 منه إذا تعارضت مصلحة الولي مع مصلحة القاصر يعين القاضي تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة متصرفا خاصا.
- 2- إذا رخص الأصيل للنائب التعاقد مع نفسه (م 77 ق م)
- 3 - إذا أقر الأصيل التعاقد مع النفس، الإقرار اللاحق كالإذن السابق (م 77 ق م)
- 4- إذا اقتضت قواعد التجارة جواز تعاقد الشخص مع النفس، كما هو الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة حيث يعد وكيل عن البائع والمشتري مقابل عمولة معينة ووفق لقواعد القانون التجاري (م 77 ق م)

## الفرع الثاني: توافق الإرادتين

وفقا للمادة 59 ق م، العقد يتم بتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، فالتراضي بين المتعاقدين يتم بصدور ايجاب عن أحدهما وصدور قبول مطابق له من طرف المتعاقد الآخر، ولا يطرح أي اشكال إذا تم تلاقي الإرادتين في مجلس واحد، وإنما تطرح إشكاليه تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في حال ما إذا كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد، اين تمر فترة زمنية بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به.

وتبعاً لما تقدم ندرس أولاً الايجاب ثم القبول ثم كيفية اقتران القبول بالإيجاب في مجلس العقد وفي حال التعاقد بين غائبين، وأخيراً نعرض للصور الخاصة لتوافق الإرادتين.

### أولاً: الإيجاب

**1 - تعريفه:** هو التعبير البات والنهائي الصادر عن الإرادة يعرض من خلاله شخص يسمى الموجب على شخص آخر التعاقد، بحيث أنه إذا ما اقترن به قبول مطابق له، انعقد العقد قانوناً.

**2 - شروط الإيجاب:** لا تتوافر للعرض صفة الإيجاب من الناحية القانونية، إلا إذا استوفى شرطين مهمين هما:

- يجب أن يكون الإيجاب باتاً ونهائياً: أي يجب أن ينطوي على رغبة الموجب في الالتزام قانوناً متى قبل الطرف الثاني الشروط المعروضة عليه، كأن يعرض التاجر سلعا في واجهة المحل التجاري، فإذا كان عرضها مقروناً ببيان أثمانها، أعتبر ذلك إيجاباً موجهاً للجمهور، واعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الجمهور قبولاً ينعقد به العقد.

أما إذا كان العرض خالياً من الأثمان، اعتبر مجرد دعوة للتفاوض، قد تنتهي إلى عرض بات من أحدهما وقد تقطع دون أن تنتهي إلى أي شيء.

وكون التعبير باتاً في دلالة على نية التعاقد فإن هذا لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية، وهو ما يسمى بالإيجاب المعلق على شرط، كأن يعلن تاجر عن بيع بضاعة بثمن معين على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية، فإذا تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد.

ومن هذا يتبين أن الايجاب المعلق هو ايجاب لا مفاوضة، ولكنه لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه.

فإذا خرج الايجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً. وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية، ولا معقب على حكمه.

- يجب أن يكون الإيجاب كاملاً، أي يتضمن العناصر الجوهرية في العقد: يشترط كذلك أن يتضمن التعبير عن الإرادة حتى يعتبر إيجاباً، العناصر والشروط الأساسية في العقد المراد إبرامه، فإذا كان العقد المراد إبرامه بيعاً يجب لاعتبار التعبير عن الإرادة أن يتضمن إيجاباً الشروط

الاساسية في عقد البيع وهي الشيء المبيع والثمن، وإن كان العقد إجبارا يجب أن يتضمن التعبير عن الإرادة بالإيجاب العين المؤجرة، الأجرة وعقد الايجار...

**3- الإيجاب الملزم:** إذا كان الاصل أن الموجب لا يلتزم بالبقاء على إيجابه، حيث له أن يعدل عنه في أي وقت شاء طالما لم يفترن بقبول ممن وجهه إليه، أي طالما كان هذا العدول قد تم في الوقت المناسب، فإنه استثناء من ذلك وطبقا لنص المادة 63 من القانون المدني التي تنص "إذا عُين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة."

يمكن أن يصدر الإيجاب ملزما للموجب وهذا في حالة ما إذا عين الموجب ميعادا لإعلان القبول حيث لا يملك الموجب العدول عن إيجابه خلال هذا الميعاد، وأساس هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة للموجب، وبالتالي إذا صدر قبولا لهذا الايجاب خلال هذه المدة انعقد العقد ولو أعلن الموجب عن عدوله عن ايجابه.

ويمكن تحديد هذا الأجل صراحة كما يمكن أن يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعامل أو من طبيعة المعاملة، ومثال ذلك الأجل الصريح أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه منزلا بثمن معين إذا رغب في ذلك خلال شهر، ومثال الأجل الضمني الذي يستخلص من ظروف التعامل الايجاب في حال البيع بشرط تجربة المبيع وفي حال التعاقد عن طريق الطريق المزاد.

#### **4- سقوط الإيجاب:** يسقط الإيجاب في الحالات التالية:

- إذا رفضه من وجه إليه، ويعتبر كذلك رفضا للإيجاب القبول الذي يصدر معدلا للإيجاب بالزيادة أو الإنقاص، حيث طبقا للمادة 66 من القانون المدني يعتبر هذا القبول إيجابا جديدا يتطلب أن يقابله قبولا ممن صدر عنه الإيجاب لانعقاد العقد.

- إذا تخلف الشرط الذي علق عليه الإيجاب.

- انفضاض مجلس العقد في حالة التعاقد بين حاضرين دون إعلان القبول.

- إذا انقضت المدة المحددة صراحة أو ضمنا أي المستخلصة من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة

#### **ثانيا: القبول**

**1 - تعريف القبول:** هو التعبير البات والنهائي عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الايجاب، وهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين (م 54 ، م 59 ق م)، ولذلك يجب كما هو الحال في الإيجاب، أن تتوفر فيه الشروط القانونية فيما يتعلق بالإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين وضرورة التعبير عنها (م 59 و 60 و 61 ق م)

2 - ويشترط لاعتبار التعبير عن الإرادة قبولا ما يلي:

أ- يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، أي يجب أن يأتي التعبير عن القبول مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي عرضها الموجب دون زيادة أو إنقاص، وإلا اعتبر رفضا له، وهو بذلك يعد إيجابا يحتاج إلى قبولا جديدا لانعقاد العقد طبقا (م 66 من ق م).

ب- يجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب، فإذا صدر بعد سقوط الإيجاب لأي سبب من الأسباب سألفة الذكر اعتبر مجرد إيجابا جديدا.

هذا ويلاحظ أن التعبير عن القبول مثلما يكون صريحا قد يكون ضمنيا، كما يمكن ان يستخلص من مجرد السكوت خلافا للإيجاب، وهذا إذا لابسته ظروف ترجح افتراض القبول من مجرد السكوت انظر المادة 68 من القانون المدني.

### 3- صور خاصه للقبول:

#### - القبول في عقود الإذعان:

بحسب الأصل لا يصدر القبول مثله مثل الإيجاب إلا بعد التفاوض ومناقشة الطرفين لبند العقد، غير أنه قد يقع ألا يُترك لمن وجه إليه الإيجاب حرية مناقشة شروط وبند العقد وهذا هو الحال فيما يسمى بعقود الإذعان، حيث وطبقا (م 70 ق م) "يتم القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها".

#### - القبول في عقود المزايدة:

يتم القبول في عقود المزايدة بمجرد رسو المزاود على أحد الأشخاص المشتركين فيه وفقا للمادة (69 ق م)

#### ثالثا: اقتران القبول بالإيجاب (تحديد زمان ومكان انعقاد العقد)

لا ينعقد العقد إلا إذا اقترن القبول بإيجاب قائم، اقترانا تاما بحيث يجب أن يأتي مطابقا له في جميع المسائل التي تضمنها، واقتران القبول بالإيجاب قد يكون بين شخصين يجمعهما مجلس واحد وهو ما يصطلح عليه بالتعاقد بين حاضرين، وقد يكون بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد وهذا ما يصطلح عليه التعاقد بين غائبين، وتكمن أهمية مكان العقد فيما يتعلق بالاختصاص القضائي.

#### 1. التعاقد بين حاضرين أو التعاقد في مجلس العقد.

يعتبر التعاقد قد تم بين حاضرين إذا صدر الإيجاب إلى شخص حاضر بمكان تواجد الموجب بحيث يكون الوقت الذي يصدر فيه التعبير عن الإرادة هو نفسه الوقت الذي يحصل فيه العلم بهذا التعبير، وهذا ما يعبر عنه بالتعاقد بين حاضرين حقيقة، وقد يأخذ التعاقد حكم التعاقد بين حاضرين على الرغم من أن المتعاقدين لا يجمعهما مكان واحد إذا كان وقت صدور الإيجاب أو القبول هو نفسه وقت العلم به، كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف أو بأي طريق مماثل ويسمى التعاقد في هذه الحالة التعاقد بين حاضرين حكما لا حقيقة.

وطبقا للمادة 64 من القانون المدني يجب أن يصدر القبول فوراً أي فور صدور الإيجاب ما دام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول، وإلا كان في وسع الموجب العدول عن إيجابه أو التعديل فيه، غير أنه واستثناء من هذا أجاز المشرع أن يتراخى صدور القبول إلى وقت لاحق بشرط أن يصدر هذا القبول قبل انفضاض مجلس العقد، أي ما دام المتعاقدين منشغلين بالتعاقد وقبل عدول الموجب عن إيجابه، وإلا سقط الإيجاب وبالتالي يعتبر القبول الذي يصدر بعد ذلك مجرد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد، وإذا اقترن القبول بالإيجاب على النحو السابق انعقد العقد في الزمان والمكان الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتهما.

## II. التعاقد بين غائبين

يعتبر العقد قد تم بين غائبين إذا كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد حقيقة أو حكماً، بحيث تفصل فترة زمنية بين صدور الإيجاب والعلم به، وبين صدور القبول والعلم به، فالمتعاقدان لا يجمعهما مكان واحد ولا زمان واحد فهما في مكانين وزمانين مختلفين، وهنا تطرح إشكالية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

لأجل تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في حالة التعاقد بين غائبين ظهرت أربع اتجاهات مختلفة.

**1- نظرية إعلان القبول:** يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب عن قبوله، لأنه في هذا الوقت يحصل تطابق الإرادتين.

ويؤخذ على هذه النظرية أن الموجب قد لا يعلم بصدور القبول كما قد يعلن القابل عن قبوله ثم يعدل عنه قبل أن يعلم بذلك الموجب فكيف يمكن القول بأن العقد قد انعقد؟

**2- نظرية تصدير القبول:** يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يتم فيه تصدير القبول وتوجيهه إلى الموجب وليس في زمان ومكان إعلان القبول لأنه بتصدير القبول يستحيل على القابل العدول عنه.

ويؤخذ على هذه النظرية أن تصدير القبول لا يضمن العلم به كما يمكن للقابل استرداد رسالة القبول رغم إرسالها وهذا ما لا يمنعه نظام البريد مثلاً.

**3- نظرية استلام القبول:** حسب أنصار هذه النظرية ينعقد العقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول ولو لم يعلم به في نفس زمان ومكان الاستلام حيث يصبح القبول نهائياً لا يمكن العدول عنه عملياً إذا تسلمه الموجب.

ويؤخذ على هذه النظرية أن وصول القبول أو وصول الرسالة به لا يضمن دوماً علم الموجب به وأساس التراضي هو تبادل العلم بالإرادتين.

**4- نظرية العلم بالقبول:** حسب هذه النظرية يعتبر العقد منعقداً في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به، لكنها قرينة غير قاطعة إذ يجوز للموجب إثبات عكسها لأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه.

**5- موقف المشرع الجزائري:** طبقا للمادة 67 من القانون المدني "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ كقاعدة عامة بمذهب العلم بالقبول مع تدعيمها بمذهب استلام القبول، من خلال افتراضه حدوث العلم بالقبول لحظة استلام القبول قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

هذا ويلاحظ أن موقف المشرع هنا جاء تماشيا مع نص المادة 61 من القانون المدني الذي يقضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وبالتالي لم يخالف المشرع بموجب المادة 67 القاعدة العامة الواردة بالمادة 61 وبالتالي نثير مدى جدوى هذا النص خاصة أن تطبيق المادة 61 لا أهمية له إلا في حال التعاقد بين غائبين. يأخذ القانون الإيطالي والقانون الألماني بنظرية العلم بالقبول، أما القانون السويسري فيأخذ بنظرية تصدير القبول، ويأخذ القانون السوري بنظرية إعلان القبول

#### **6- أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.**

تكمن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فيما يلي:

- من حيث القانون الواجب التطبيق: فالقانون الذي يسري على العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد، فإذا صدر قانون جديد يغير من القواعد التي تحكم عقد ما فإن هذا التنظيم الجديد لا يسري على العقود المبرمة قبل نفاذه.

تكمن أهمية تحديد مكان انعقاد العقد فيما يلي:

- تحديد المحكمة المختصة محليا بالنظر في النزاع القائم بين المتعاقدين، إذا علق المشرع الاختصاص المحلي للنظر في النزاع القائم بين المتعاقدين على محكمة مكان إبرام العقد فإنه لا يمكن تحديد هذه المحكمة المختصة محليا إلا بعد ضبط مكان إبرام العقد.

**رابعا: صور خاصة لتوافق الإرادتين:** من الصور الخاصة لتوافق الإرادتين، الوعد بالتعاقد والتعاقد بطريق العربون.

#### **1- الوعد بالتعاقد المادة 71-72 ق م**

**أ- تعريفه:** الوعد بالتعاقد عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بإبرام عقد معين في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعود له إذا أبدى رغبته في ذلك خلال مدة معينة، وقد نصت المادة 71 من القانون المدني على أنه: "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، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا شكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"

## ب- صور الوعد بالتعاقد:

- **الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:** فيكون أحدهما واعد الملتزم والآخر موعود له فلا يلتزم بشيء، ولكن إذا اقترنت إرادة هذا الأخير بإرادة الأول، أصبحنا أمام عقد كامل الأركان، وتحتم على كل طرف أن يقوم بتنفيذ ما التزم به، كما إذا وعد شخص آخر بأن يبيعه منزلا بمبلغ معين إذا رغب في ذلك خلال شهر.

- **الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين:** فيكون كلاهما واعد وموعود له في نفس الوقت، كما في الوعد بالبيع المقترن بوعد مقابل بالشراء.

واعتبار الوعد ملزما للجانبين لا يعني بأن العقد الموعود به قد انعقد وأصبح نهائيا وتاما كما يرى البعض، لأنه إن لم يبدي كل طرف رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المحددة سقط الوعد وهذا خلافا لحالة الوعد الملزم لجانب واحد الذي يكفي فيه أن يبدي الموعود له فقط رغبته في التعاقد فينعقد العقد.

من هذا يتبين أن الوعد بالتعاقد عقد يتم بإيجاب الواعد وقبول الموعود له، وبهذا القبول (قبول الوعد فقط) يتميز الوعد بالتعاقد عن الإيجاب الملزم، ومحل هذا العقد هو إبرام عقد آخر في المستقبل (العقد الموعود به)، إذا ما أبدى شخص الموعود له خلال مدة الوعد رغبته في ذلك، وعليه نلاحظ أن الموعود له يعبر أولا عن قبوله للوعد فينعقد عقد الوعد ثم له أن يعلن ثانيا عن قبوله إبرام العقد الموعود به خلال مدة الوعد فينعقد هذا العقد الموعود به.

أركان عقد الوعد تتمثل في التراضي، ويشمل الإيجاب بالوعد وقبول الوعد (القبول الاول من الموعود له)، والمحل ويتمثل في العقد الموعود به والسبب وهو الغاية التي يسعى كل من الواعد والموعود له الى تحقيقها من وراء الوعد بالتعاقد إلى جانب ركن الشكلية إن كان العقد الموعود به عقدا شكليا بنص القانون.

## ج- شروط الوعد بالتعاقد:

زيادة على الشروط العامة للعقد، يشترط في الوعد بالتعاقد طبقا للمادة 71 من القانون المدني ما يلي:

1- أن يتضمن الوعد بالتعاقد جميع العناصر الجوهرية في العقد الموعود به، في الوعد بالبيع مثلا يشترط في الوعد أن يتضمن الشيء المبيع والثمن، وفي الوعد بالإيجار يجب أن يتضمن الوعد العين المؤجرة، الأجرة ومدة عقد الإيجار.

2- يجب أن يتضمن المدة التي يلتزم الواعد فيها بالبقاء على وعده والتي يجب أيضا على الموعود له لانعقاد العقد الموعود به إبداء رغبته في التعاقد خلالها.

3- ضرورة إفراغ الوعد بالتعاقد في شكل رسمي، إذا كان المشرع يشترط ذلك لانعقاد العقد الموعود به كما في الوعد ببيع عقار، هذا ويلاحظ أن الوعد بالتعاقد لا يكون شكليا إلا إذا كان المشرع هو

الذي يعتبر العقد الموعود به شكليا أما إذا كان هذا الأخير شكليا باتفاق المتعاقدين فإن الوعد به لا يشترط أن يفرغ في نفس الشكل.

• في الوعد من جانب واحد يجب أن تتوافر في الواعد الأهلية الخاصة بالعقد الموعود به، لأنه في هذا التاريخ يكون الواعد قد عبر عن إرادته بشكل بات ونهائي، أما الموعود له يكفي أن يكون مميزا وقت إبرام الوعد، أما في الوعد الملزم للجانبين فيجب أن تتوافر أهلية التعاقد عند صدور الوعد لكليهما.

#### د- آثار الوعد بالتعاقد:

لتحديد آثار الوعد بالتعاقد نميز بين مرحلتين، المرحلة السابقة على إبداء الرغبة في التعاقد والمرحلة اللاحقة على ذلك.

#### - مرحلة ما قبل إبداء الرغبة في التعاقد

وهي المرحلة التي تفصل ما بين صدور الوعد وإعلان الرغبة في التعاقد، في خلال هذه المرحلة لا يترتب العقد الموعود به أي من آثاره، لأنه لم ينعقد بعد وبالتالي الذي يسري بين المتعاقدين فقط هي أحكام عقد الوعد، وعليه بموجب الوعد يكون للموعود له في ذمه الواعد حقا شخصيا يكون له بموجبه حق مطالبته بإبرام العقد الموعود به إذا رغب في ذلك خلال المدة المتفق عليها، أي لا يملك الواعد العدول عن وعده.

أما بالنسبة للموعود له فلا ينشأ في ذمته أي التزام وإنما يعطيه الوعد حق الخيار بين إبرام العقد أو عدم قبول إبرامه.

ويترتب على ما تقدم ما يلي:

- إذا كان العقد الموعود به ناقلا للملكية فإنه خلال هذه المرحلة يبقى الواعد مالكا لمحل التعاقد، فإذا هلك بقوة قاهرة تحمل الواعد وحده تبعه الهلاك ويسقط معه حق الوعد لاستحالة تنفيذه، كما أن جميع التصرفات التي يجريها الواعد خلال هذه المرحلة في الشيء الموعود بالتعاقد حوله تعتبر تصرفات صحيحة لأنها صادرة عن المالك ولا يكون للموعود له هنا سوى الرجوع على الواعد بالتعويض بعد إبداء الرغبة في التعاقد، أي أن للواعد حق التصرف والاستعمال والاستغلال في الشيء الموعود بالتعاقد حوله في حدود عدم الإضرار بالحق الاحتمالي للموعود له كما تكون جميع ثمار الشيء وحاصلاته ملكا للواعد ومن حقه وحده فقط.

- عقد الوعد بالتعاقد الوارد على عقار لا يخضع لعملية اجراءات الشهر العقاري لأنه غير ناقل للحق العيني- الملكية. -

- ينتقل حق الموعود له بحوالة الحق والميراث ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

#### - مرحلة ما بعد إبداء الرغبة في التعاقد

وهي المرحلة التي تلي تاريخ إبرام الوعد له رغبته في قبول التعاقد، ويترتب على إبرام الوعد له رغبته في التعاقد خلال مدة الوعد اعتبار العقد منعقدا من الوقت الذي يتصل فيه إعلان

الرغبة (القبول) بعلم من وجهه إليه (الواعد) دون أثر رجعي، بحيث لا يحتاج انعقاد العقد الموعود به بعد إعلان القبول إلى رضا جديد من الواعد، وعليه من هذا التاريخ يبدأ العقد الموعود في ترتيب آثاره، فإذا كان الوعد بالبيع فإنه من تاريخ علم الواعد بقبول الموعود له الشراء ينعقد عقد البيع فيلتزم البائع بنقل الملكية والمشتري بدفع الثمن فيكون للموعود له اتجاه الواعد حقا عينيا على شيء الموعود بالتعاقد حوله.

تنتقل الملكية إلى الموعود له وبالتالي إذا هلك محل التعاقد بقوة قاهرة تحمل الموعود له تبعه الهلاك، وتعتبر جميع ثماره وحاصلاته ملكا للموعود له وحده دون الواعد، كما تعتبر تصرفات الواعد فيه تصرفات صادرة عن غير المالك.

إذا نكل الواعد بعد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد عن تنفيذ الوعد وإبرام العقد الموعود به وطبقا للمادة 72 من القانون المدني إذا نكل ال واعد عن وعده ورفض تنفيذ الوعد، وكانت جميع شروط الوعد متوفرة خاصة ركن الشكل إذا كان العقد الموعود به شكليا جاز للموعود له لأجل إجبار الواعد على إبرام العقد الموعود به اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام العقد الموعود به (حكم مقرر غير منثني)

أما إذا خرج الشيء الموعود به من يد الواعد بتقصير منه، كما لو تصرف فيه إلى الغير بحيث يكون تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا يكون للموعود له حق الرجوع على الواعد وفقا لقواعد المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ العقد.

## 2- التعاقد بالعربون المادة 72 مكرر ق م

العربون مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت التعاقد وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الأيجار، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بإرادته المنفردة مقابل خسارة قيمة مبلغ العربون، وبهذه الدلالة أخذ القانون المدني الجزائري والقانون المصري والقوانين اللاتينية كقاعدة عامة. وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه، وبالتالي لا يملك أي من المتعاقدين العدول عنه بإرادته المنفردة وبهذه الدلالة أخذت الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي بالإضافة إلى القوانين الجرمانية، وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس

### أحكام العربون في القانون المدني الجزائري: تختلف أحكامه باختلاف دلالاته:

- إذا كانت دلالة العربون دلالة حق مقابل العدول فيجوز لأي من العاقدين العدول عن العقد خلال المدة المتفق عليها صراحة أو ضمنا، وإن لم يحدد العاقدين ميعادا لممارسة حق العدول فإن خيار حق العدول يبقى قائما إلى حين البدء بتنفيذ العقد، فإن عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله (م 72 مكرر ق م).

- فإذا كانت دلالة العربون إبرام العقد وتأكيدده، كان سداده تنفيذا جزئيا يجب استكمالها طبقا للقواعد العامة التي تحكم الوفاء (م 107 و 1/160 و 164 ق م)، فيجوز المطالبة بالتنفيذ العيني أو

بالتعويض أو بالفسخ، فإذا فسخ العقد وترتب عليه تعويض خضع هذا التعويض لتقدير قاضي الموضوع دون ارتباط بقيمة العيوب (م 176 و179 و182 و184 ق م)

## المطلب الثاني صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجودا، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا، والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

وعليه حتى يستقر العقد نهائيا فلا يكون مهددا بالإبطال يجب:

1- أن يكون كلا المتعاقدين متمتعاً بأهلية التعاقد المواد 78 - 80 ق م

2- أن تكون إرادة كلا المتعاقدين خالية من عيوب الغلط التدليس الإكراه والاستغلال، المواد من

(81- 91 ق م)

### الفرع الأول- الأهلية م 78 - 80 ق م

**1- تعريف الأهلية:** يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية على الوجه الذي يعتد به قانونا، وبهذا يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

**أهلية الوجوب:** وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات التي يقرها ويرتبها القانون، وهي تثبت لكل شخص من لحظة ولادته حيا إلى تاريخ تصفية تركته وسداد ديونه بعد موته.

**أهلية الأداء:** فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته في مباشرة التصرفات القانونية بالعقد أو الإرادة المنفردة، والتي تكسبه حقوقا أو تحمله بالتزامات وذلك على الوجه الذي يعتد به قانونا، وهي بهذا متعلقة بالإرادة خلافا لأهلية الوجوب.

ولما كانت أهلية الأداء متعلقة بالإرادة فإنها تنعدم بانعدامها، وتكون ناقصة بنقصانها، وتكتمل بكاملها، وبهذا لا تثبت أهلية الأداء مطلقا لمن كان عديم الإرادة، وتكون أهلية الأداء ناقصة بالنسبة لمن كان مميزا فقط، وتثبت أهلية أداء كاملة لمن كان راشدا، لهذا يقصد بأهلية التعاقد أهلية الأداء لا أهلية الوجوب.

والعبرة في القانون المدني الجزائري بعد تعديلات 2005، هي توافر أهلية التعاقد وقت إبرام التصرف ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحته وقيامه.

- تمر أهلية الأداء بحسب السن بثلاث مراحل وهي:

**مرحلة الصبي غير المميز:** الصبي عديم التمييز هو الشخص الذي لم يبلغ بعد سن التمييز المحددة قانونا بالمادة 40 من القانون المدني وهي 13 سنة كاملة، ويأخذ حكم الصبي غير المميز كل من بلغ سن التمييز أي 13 سنة فما فوق وكان مجنونا أو معتوها.

ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك يعتبر الصبي غير المميز عديم الأهلية أي ليست له القدرة على إبرام التصرفات القانونية بشكل يعتد قانونا (م 42 ق م)، فتكون جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا

(ينوب عن هذا الشخص في إبرام التصرفات القانونية الولي أو الوصي أو المقدم على حسب الأحوال طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة)

**مرحلة الصبي المميز:** المميز هو كل شخص بلغ سن التمييز 13 سنة كاملة دون أن يبلغ سن الرشد الذي هو 19 سنة، أو من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، وتثبت للصبي المميز أهلية أداء ناقصة لعدم اكتمال إرادته بعد.

وفي شأن حكم تصرفات المميز ناقص الأهلية يميز المشرع بموجب المادة 83 من قانون الأسرة بين ثلاث حالات (مع ملاحظة أن القانون المدني لم يتعرض لحكم تصرفات ناقص الأهلية):

**الحالة الأولى:** إذا كانت التصرفات التي يجريها الصبي المميز ضارة به ضررا محضا بحيث تتسبب في خروج مال من ذمته دون مقابل كال تبرع، فإنها تعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

**الحالة الثانية:** إذا كانت تصرفات الصبي المميز نافعة نفعاً محضاً له بحيث يترتب عنها دخول مال في ذمته المالية دون مقابل كقبول الهبة، فإنها تعتبر تصرفات صحيحة.

**الحالة الثالثة:** إذا كانت تصرفات الصبي المميز دائرة بين النفع والضرر بحيث تحتمل بحسب طبيعتها الربح والخسارة، أي يأخذ فيها كل متعاقد مقابلاً لما يعطيه للمتعاقد الآخر وهذا ما يكون في عقود المعاوضة فإن حكمها مختلف فيه بين القانون المدني وقانون الأسرة كما يلي:

- بالرجوع الى القانون المدني فإنه وطبقاً للمادة 101 فقرة الثانية منه تعتبر تصرفات المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية المميز، أي أنها صحيحة ومنتجة لجميع آثارها إلا أنها مهددة بالبطلان إذا تمسك به ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد أو عن طريق وليه.

- وبالرجوع الى قانون الأسرة وطبقاً للمادة 83 منه تعتبر تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة وليست قابلة للإبطال، فهي تصرفات صحيحة إلا أنها موقوفة النفاذ والسريان، بحيث يتوقف نفاذ آثارها على إقرارها من قبل ولي ناقص الأهلية أو ناقص الأهلية نفسه بعد أن يصبح كامل الأهلية ببلوغه مرحلة الرشد.

ويختلف العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف في أن العقد القابل للإبطال عقد صحيح ونافذ بين المتعاقدين غير أنه مهدد بالإبطال مستقبلاً إذا تمسك بالإبطال من تقرر البطلان لمصلحته وهو ناقص الأهلية المميز أو من يقوم مقامه، أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح مثله مثل العقد القابل للإبطال إلا أنه غير نافذ حيث يتوقف نفاذه على إقراره من قبل ناقص الأهلية أوليه.

وفي هذا الشأن الأولى بالترجيح اعتبار العقد موقوفا اعتماداً على قانون الأسرة لأنه قانون لاحق بالنسبة إلى القانون المدني والقاعدة تقضي بأن اللاحق يقيد السابق، كما أن قانون الأسرة يعتبر القانون الخاص والمختص بمسائل الأحوال الشخصية ومنها الأهلية بالمقارنة مع القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة، والقاعدة تقضي بأن الخاص يقيد العام وبالتالي لا يجوز طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ولا يكون

نافذا إلا بعد إقراره من قبل ولي ناقص الأهلية أو من هذا الأخير بعد أن يصبح كامل الأهلية.  
**مرحلة الرشد:** يعتبر راشدا طبقا للمادة 40 من القانون المدني كل من بلغ 19 سنة كاملة وكان متمتعا بكامل قواه العقلية فلم يكن لا مجنوناً أو معتوهاً ولا سفيهاً ولا ذي غفلة وهو بهذا يعتبر كامل الأهلية باعتباره كامل الإرادة، فتعتبر جميع تصرفاته صحيحة سواء كانت ضارة به أو نافعة له أو دائرة بين النفع والضرر.

وللقاضي وفقاً للمادة 84 من القانون الأسرة، أن يأذن لمن بلغ سن الترشيد، بالتصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وبموجب هذا الترشيد يصبح المرشد في حكم كامل الأهلية وتعتبر جميع تصرفاته صحيحة حتى ولو كانت ضارة به.

**عوارض الأهلية:** قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ولكن أهليته قد تتأثر بعد ذلك بعوارض يرجع إلى التمييز، والعوارض أربعة: الجنون، العته، السفه والغفلة.

**أ- الجنون:** مرض عقلي يصيب الشخص يؤدي إلى زوال إدراكه وتمييزه، وعليه يعتبر المجنون عديم التمييز حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد، وتعتبر جميع تصرفات المجنون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الإدراك والأهلية لديه، (م 42 ق م).

**ب- العته:** هو مرض عقلي يصيب الشخص فيجعله قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير (لا يضرب ولا يشتم) والعته كما في الفقه الإسلامي إما أن يؤدي إلى إنقاص الإدراك والتمييز فيأخذ المصاب به حكم الصبي المميز، وإما أن يؤدي إلى انعدام الإدراك والتمييز كما في الجنون، فيأخذ المصاب به حكم عديم التمييز غير أن القانون المدني قد جعل حكمه واحد وهو حكم عديم التمييز.

حكم تصرفات المجنون والمعتوه: طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الإدراك لديهما حتى قبل الحكم عليهما بالحجر، غير أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع يميز في الحكم بين ما إذا كانت قبل صدور الحكم بالحجر أو بعده، حيث وطبقاً للمادة 101 و 107 منه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً إذا صدرت عنه بعد الحكم عليه بالحجر، أما إذا كانت قبل الحكم عليه بالحجر فإنها تعتبر صحيحة إن كان راشداً، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية فيه وقت صدورهما فتكون حينئذ باطلة بطلاناً مطلقاً.

**ج- السفه:** وهو تبذير المال في غير ما يقتضي به العقل والشرع، وبالتالي يأخذ حكم ناقص الأهلية لنقصان إدراكه وعدم اكتماله.

**د- الغفلة:** هي عاهة نفسية وليست عقلية تتمثل في نقص في الملكات النفسية تجعل المصاب بها سيئ التقدير بحيث لا يهتدي إلى التصرفات المرغبة فيغبين في تصرفاته غبناً فاحشاً وهو بهذا يعتبر ناقص الأهلية. حكم تصرفات السفه وذو الغفلة: طبقاً للمادة 43 من القانون المدني يعتبر السفه وذو الغفلة ناقص الأهلية، وبالتالي تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات ناقص الأهلية المميز.

**موانع الأهلية:** قد يكون الشخص كامل التمييز وتثبت له أهلية الأداء لكن ومع ذلك قد توجد موانع تحول دون قدرته على مباشرة التصرفات القانونية بالعقد والإرادة المنفردة بنفسه، أو تحول دون قدرته على مباشرته لها منفردا، فيتدخل القانون ليقرر ضرورة تعيين شخص آخر يياشر عنه هذه التصرفات أو يساعده في ذلك، ومن هذه الموانع العاهة المزدوجة، الغيبة، الحكم بعقوبة جنائية.

**أ-العاهة المزدوجة:** طبقا للمادة 80 من القانون المدني إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا (ليس وصي) يُعينه ويساعده في إبرام التصرفات التي تقتضيها مصلحته، ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عُين لأجله مساعدا قضائيا إذا صدر عن الشخص الذي تقررت مساعدته دون حضور هذا المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.

**ب-الغيبة والفقْد:** الغائب هو من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وتعذر عليه بسبب ذلك إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة شخص معين لمدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر للغير، وطبقا للمادة 110 من قانون الأسرة يأخذ هذا الغائب حكم المفقود.

أما المفقود فهو الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكان تواجده ولا يعرف حياته من موته بعد صدور الحكم بفقده، طبقا للمادة 109 من قانون الأسرة.

وطبقا للمادة 111 من قانون الأسرة على القاضي عندما يصدر الحكم بالفقْد أن يعين مقدما (يسمى أيضا بالقيم أو وكيل الغائب) من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود وإدارتها. فالغيبة مانع مادي يحول دون قدرة الشخص على التعاقد على الرغم من كون الغائب والمفقود كامل الأهلية فيعين القانون عن طريق القاضي من ينوبهما في ذلك.

**ج- الحكم بعقوبة جزائية (سلب الأهلية طبقا للمادة 78 من القانون المدني):** استنادا إلى نص المادتين 09 و 09 مكرر ومكرر 01 من قانون العقوبات لا يجوز لمن يحكم عليه بعقوبة جنائية أن يتولى بنفسه إدارة أمواله والتصرف فيها مدة اعتقاله، حيث يسلب القانون منه أهلية التعاقد كعقوبة تبعية للعقوبة الأصلية (السجن أو الحبس) رغم كونه كامل الأهلية (أهلية الأداء)، وتعتبر كل تصرفاته في فترة سجنه باطلة بطلانا مطلقا، وينوب عنه في إبرامها وليه أو وصيه أو مقدم تعيينه المحكمة.

**إثبات انعدام الأهلية أو نقصها:** طبقا للمادة 78 من القانون المدني يعتبر كل شخص أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، لهذا يقع عبء إثبات نقص الأهلية أو انعدامها حتى يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال على من يدعي ذلك، وبهذا إذا أراد شخص إبطال العقد الذي أبرمه، عليه اثبات نقص أهليته أو انعدامها وقت التعاقد وبالضبط وقت صدور التعبير عن الإرادة عنه بالإيجاب أو القبول.

وإذا ثبت أنه أخفى نقص أهليته بطرق احتيالية عن المتعاقد الآخر ثم تمسك بذلك لطلب إبطال العقد فإنه يجوز للمتعاقد الآخر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب إبطال العقد (يكون من مصلحة ناقص الأهلية طلب الإبطال لنقص أهليته طبقا لما هو وارد بنص المادة 103 من القانون المدني الذي لا يلزم ناقص الأهلية في حالة إبطال العقد برد إلا ما عاد عليه من نفع).  
والجدير بالملاحظة هو: أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام، لأنها تهم الكافة ومصلحة المجتمع، بحيث لا يجوز التنازل عنها، أو تغيير أحكامها أو مخالفتها، وإلا كان الاتفاق باطلا (م 45 ق م)، فمثلا إذا باع قاصر عقارا لآخر، وتعهده له بعدم المطالبة بإبطال البيع كان التعهد باطلا.

## الفرع الثاني عيوب الإرادة المواد من 81 الى 91 ق م أولا: الغلط المواد 81 الى 85 من القانون المدني.

تنص المادة 81 من القانون المدني على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

**1- تعريف الغلط:** يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في نفس وذهن المتعاقد يصور له الأمر على خلاف حقيقته ويدفعه إلى التعاقد كمن يشتري خاتما على أنه من ذهب فإذا به من معدن آخر.  
نتعرض لدراسة الغلط من منظور النظرية التقليدية، ومن منظور النظرية الحديثة، ثم لأحكام الغلط في القانون المدني الجزائري.

**2- النظرية التقليدية في الغلط:** يقسم الفقه التقليدي في ظل القانون الفرنسي القديم الغلط إلى ثلاث مراتب: غلط مانع، غلط مؤثر وغلط غير مؤثر.

**أ- الغلط المانع:** هو الغلط الذي يمنع قيام العقد ويؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، لأنه لا يعد عيبا من عيوب الإرادة، ويكون الغلط مانعا في الحالات الثلاث التالية:  
**الحالة الأولى:** إذا وقع الغلط في طبيعة العقد كمن يدفع مبلغ من المال على أنه قرض ويعتقد متلقيه أنه هبة.....الخ.

**الحالة الثانية:** إذا وقع الغلط في ذاتية محل العقد كمن يبيع منزلا معيناً من بين منزلين يملكهما ويعتقد المشتري أنه يشتري المنزل الآخر.

**الحالة الثالثة:** إذا وقع الغلط في سبب العقد كما لو تعهد الورثة بدفع مبلغ من المال اعتقاداً منهم بأن مورثهم قد أوصى بذلك المبلغ في حين أنه لم يوص بذلك أو كانت الوصية باطلة أو رجع عنها.

**ب- الغلط المؤثر** (الذي يؤثر في صحة التراضي): هذا النوع من الغلط على عكس سابقه، فهو لا يعدم التراضي إنما يعيبه بالتأثير في صحته، فيجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الشخص الذي وقع فيه سواء أكان في صفة جوهرياً في الشيء، أم كان في شخص المتعاقد الآخر ومن حالاته.

**الحالة الأولى: الغلط في الصفة الجوهرية للشيء**، ويقع الشخص في هذا الغلط، عندما يقوم بالتعاقد على شيء ضنا منه أن هذا الشيء تتوفر فيه الصفات الجوهرية التي يريد، والدافعة له على التعاقد عليه. كمن يشتري خاتما على أنه من ذهب ثم يتضح أنه من معدن آخر مطليا فقط باللون الأصفر.

**الحالة الثانية: الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته**: ويقع الشخص في هذا الغلط عندما يكون شخص المتعاقد أو أحد صفاته، محل اعتبار في التعاقد. ومثال الغلط في الشخص كمن يهب مالا لشخص اعتقادا منه أنه ابن صديقه، لاشتراكهما في اللقب ثم يتبين له عكس ذلك، ومثال الغلط في الصفة، كمن يهب كتابا لشخص يعتقد أنه طالب فإذا به غير ذلك.

**ج- الغلط غير المؤثر**: هو ذلك الغلط الذي لا يعدم التراضي ولا يؤثر في صحته، وبالتالي لا يبطل العقد ولا يجعله قابلا للإبطال، ومن أمثلته:

-الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل العقد.

-الغلط في شخصية المتعاقد أو صفة فيه عندما تكون شخصية المتعاقد الآخر ليست محل اعتبار عنده.

### **النظرية الحديثة في الغلط:**

هذه النظرية أهملت فكرة الغلط المانع كونه ليس من عيوب الإرادة، لأن الغلط المراد دراسته هو الذي يلحق التراضي بعد وجوده، فالحديث هنا عن العيوب التي أصابت التراضي وقت إنشاء العقد، ثم ظهرت بعد انعقاده، أما فكرة الغلط المانع، فهو معدم للتراضي لذا الواجب بحثه عند الحديث عن تطابق الإرادتين، واتخذت من الغلط الجوهرية والغلط غير الجوهرية معيارا للفرقة بين الغلط المؤثر، وبين الغلط غير المؤثر. حيث أن الأول يترتب على التمسك به إمكانية إبطال العقد، وأن الثاني لا يؤثر في صحة العقد.

**الغلط الجوهرية أو الدافع للتعاقد**، هو ذلك التوهم الذي يدفع المتعاقد إلى قبول التعاقد، بحيث لولاه ما كان ليقدم عليه.

**الغلط غير الجوهرية أو غير الدافع**، هو الذي يقع فيه المتعاقد دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أنه كان ليرضى بالعقد وبدات الشروط، حتى ولو لم يقع في الغلط.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة في الغلط وقسم الغلط الى **جوهرية** و**غير جوهرية**، ولا يجعل من العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان الغلط جوهريا بحيث بلغ حدا من الجسامة لولاه ما قبل المتعاقد الدخول في العقد أو ما كان ليتعاقد بتلك الشروط، وفي هذا أخذ بالمعيار الذاتي.

### **شروط اعتبار الغلط عيب من عيوب الإرادة:**

حتى ينتج الغلط أثره القانوني، بأن يعطى للمتعاقد الواقع فيه الحق في طلب إبطال العقد، يجب أن يتوافر فيه شرطان هما: 1- أن يكون الغلط جوهريا 2- أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر.

**الشرط الأول أن يكون الغلط جوهريا:** ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد، يعطيه الحق في طلب إبطال العقد، بل يجب أن يكون هذا الغلط جوهريا، بأن يكون هو الذي دفع المتعاقد الغالط إلى التعاقد، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أقدم على التعاقد، طبقا للمادة 82 من القانون المدني.

والعبرة فيما يعتبر غلطا جوهريا وما لا يعتبر كذلك، بما يراه المتعاقد الواقع في الغلط، وفي هذا يأخذ المشرع بالمعيار الذاتي، على أساس أن الغلط عيب يصيب الإرادة وهي مسألة ذاتية فلا يصح قياس صحتها من عدم ذلك إلا بمعيار ذاتي غير موضوعي.

كما أن المشرع لم يلجأ إلى التحديد المسبق للحالات التي يكون فيها الغلط جوهريا وبالتالي يكون مؤثرا. واكتفي فقط بإعطاء أمثلة لما يعتبر غلطا جوهريا (على سبيل المثال لا الحصر)، طبقا للمادة 82 الفقرة 02 و 03 ق م ومن ذلك:

**الغلط في صفة جوهريّة في الشيء محل التعاقد:** فإذا أنصب الغلط على صفة في الشيء، وكانت هذه الصفة جوهريّة بالنسبة إلى المتعاقدين أو أحدهما. بمعنى أن الاعتقاد في وجودها هو الدافع لهما أو لأيهما في إبرام العقد، كان هذا الخطأ جوهريا، يعطى للمتعاقد الذي وقع فيه الحق في طلب إبطال هذا العقد، إذا توافر له شرطه الثاني.

**الغلط في شخص المتعاقد:** الغلط في شخص المتعاقد، لا يؤثر في صحة العقد، إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في إحدى صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة هي الدافعة إلى التعاقد، بأن كانت محل اعتبار أساسي لدى المتعاقد الواقع في الغلط، وهذا يكون في عقود التبرع بوجه عام، وفي بعض عقود المعاوضة، كمن يهب مالا لمن يعتقد أنه مسلم فإذا به غير ذلك أو كمن يؤجر منزلا لمن يعتقد أنه متزوج فإذا به غير ذلك وكانت هذه الصفة جوهريّة

**الغلط في القيمة:** الغلط في القيمة لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد.

**الشرط الثاني: أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر**

لا يكفي اعتبار الغلط جوهريا ليكون العقد قابلا للإبطال لأن هذا يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل بين الناس وفيه أيضا حماية للمتعاقد الواقع في الغلط على حساب المتعاقد معه، لذلك اشترط المشرع أن يكون هذا الغلط الجوهري متصلا بالمتعاقد الآخر حماية لكلا الطرفين ورغبة منه في استقرار التعامل بين الناس طبقا للمادة 85 ق م.

ويكون الغلط الجوهري متصلا بالمتعاقد الآخر في حالتين:

**الحالة الأولى: الغلط المشترك،** وهو الحالة التي يشترك فيها كل من العاقدين في الوقوع في نفس الغلط، كما لو اشترى شخص خاتما معتقدا أنه من ذهب، وكان البائع يعتقد أيضا أنه من ذهب، فكل من

المتعاقدين قد وقع في الغلط، وهنا لكل من المشتري والبائع الحق في طلب إبطال البيع على شرط إثبات أن غلظه جوهرى ما دام أن غلظه متصل بالمتعاقد الآخر.

**الحالة الثانية: الغلط الفردي مع العلم به:** يكون الغلط فردياً بأن يقع فيه أحد العاقدين دون الآخر، ولا يجعل من العقد قابلاً للإبطال حتى ولو كان جوهرياً، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بذلك، أي يعلم أن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى التعاقد أو كان من الفروض عليه حتماً أن يعلم بذلك وفق مقتضيات حسن النية.

خلاصة: لا يُشترط في الغلط المشترك أن يكون جوهرياً إلا أن الغلط الفردي يشترط فيه أن يكون جوهرياً وأن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر (اتصال علم)

### أنواع الغلط: ينقسم الغلط

من حيث مدى جسامته: إلى غلط جوهرى وغلط غير جوهرى وقد بيناه من قبل.

من حيث محل الغلط: ينقسم الغلط إلى غلط في الواقع وغلط في القانون.

**الغلط في الواقع:** هو الغلط الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها، كمادة الشيء محل التعاقد أو صفة من صفاته، وكشخص المتعاقد أو صفة من صفاته إذا كان محل اعتبار في التعاقد، والقيمة في التعاقد، والباعث عليه... الخ.

والغلط في الواقع يعطي الحق للواقع فيه التمسك بإبطال العقد متى كان جوهرياً ومتصلاً بالمتعاقد الآخر.

**الغلط في القانون:** هو توهم قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها أو هو الغلط الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما، أن القانون يقضى في ذلك الأمر بحكم معين، في حين أنه يقضى فيه بحكم مخالف. كمن يبيع نصيبه في التركة على أنه يرث الثمن في حين أنه يرث النصف.

والغلط في القانون كالغلط في الواقع يعطي للواقع فيه الحق في التمسك بإبطال العقد متى كان جوهرياً ومتصلاً بالمتعاقد الآخر ما لم يقضى القانون بغير ذلك ومن ذلك لا يجوز إبطال عقد الصلح للغلط في القانون حتى ولو كان جوهرياً ومتصلاً بالمتعاقد الآخر طبقاً للمادة 465 ق م.

### آثار الغلط:

إذا توافر في الغلط شرطيه (الجوهرية والاتصال) أنتج أثره بإعطاء المتعاقد الواقع في الغلط إمكانية إبطال العقد، دون حقه في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس أنه وقع في الغلط من تلقاء نفسه دون تدخل من المتعاقد الآخر.

غير أنه لا يجوز التمسك بإبطال العقد على وجه يتعارض مع مقتضيات حسن النية، فإذا عرض المتعاقد الآخر إصلاح الغلط وكان ذلك ممكناً، فليس للمتعاقد الواقع في الغلط الإصرار على التمسك بإبطال العقد فهو مقيد بعدم التعسف في استعمال الحق طبقاً للمادة 85 من القانون المدني. **يتبع.....**