نظـريـــة العقـــد

المقدمة :

يتنازع تعريف الإلتزام مذهبان في الفقه أحدهما شخصي ، و الثاني مادي بحيث يرى أنصار المذهب الأول بأنه سلطة يخولها القانون لشخص يسمى الدائن يستطيع بموجبها إجبار شخص آخر يسمى المدين على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء [1] .

أما المذهب الثاني ، فيرى بأن فكرة الإلتزام لا تعتني بوجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين بقدر ما تهتم بمحل الإلتزام الذي يعتبر العنصر الأساسي فيه . و من تم يتجرد الإلتزام عن الرابطة الشخصية ، بحيث يصبح عنصرا ماليا أكثر منه رابطة شخصية ، فينفصل الإلتزام عن شخص المدين ، ويختلط بمحله ، فيصبح شيئا ماديا ، العبرة فيه بقيمته المادية [2] .

و قد ترتبت عن النظرة المادية للإلتزام آثار بعيدة المدى ، لا يمكن تفسيرها فيما لو إعتمدنا على المذهب الشخصي في تحديد ماهية الإلتزام ، ومن هذه الآثار :

1- إيجازة الحوالة التي إقتضتها سرعة التعامل في الأموال ، وتداولها ، والتي تشكل سمة من سمات الحياة المعاصرة .

---

(1) همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد ، الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، مصر ، الصفحة 5-6 .

(2) أنظر همام محمد محمود زهران ، بتصرف كبير ، الصفحة 6-7

2- الوعد بالجائزة حيث يلتزم أحد الأشخاص بمجرد إرادته بغير دائن معين ، ففي هذه الحالة ينشأالإلتزام بوجود المدين دون الدائن الذي سيوجد بعد تنفيذ الإلتزام ، وهذا ما لايمكن تفسيره وفقا لمنهج المذهب الشخصي ، الذي يربط نشوء الإلتزام بوجود الدائن ، و المدين وقت قيامه .

3- نظرية الإشتراط لمصلحة الغير على وجه الخصوص عندما يشترط أحد الأشخاص على سبيل المثال في عقد التأمين لمصلحة أولاده الذين لم يولدوا بعد وقت إبرام عقد التأمين . ففي هذه الحالة كذلك ينشأ الإلتزام دون وجود الدائن و مع ذلك لا نستطيع ترجيح المذهب المادي على المذهب الشخصى بحيث نلغيه من الوجود .

لذلك لا يمكن ترجيح مذهب على مذهب آخر في تحديد ماهية الإلتزام ، و إما نرى الجمع بينهما " إذ أنه حالة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل معين " [1]

و تتعدد مصادر هذا الأخير في القانون المدني الجزائري ، مثله مثل باقي القوانين الأخرى ، فقد ذكر المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب الأول مصادر الإلتزام ثم ذكر العقد في الفصل الثاني ، بإعتباره أحد المصادر الإرادية للإلتزام في المواد من 54-123 قانون مدني جزائري .[2]

(1) همام محمد محمود زهران ، الصفحة 7.

(2) أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، الطبعة 1994 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر بتصرف يسير ، الصفحة 7-8.

نظـــريـــة العقـــد

و تبرز أهمية العقد بإعتباره المصدر الأول للإلتزام ، و الأكثر إنتشارا ، ووجودا في التعامل وهذا ما يتضح جليا في الحياة العملية ، فنظرية العقد بإعتبارها الإطار المنظم لروابط القانونية الكائنة بين الأشخاص ذلك أنها تضع أسسها المبدئية ، و حدود نطاقها ، و تعيين مصادرها ن و أسباب دوامها و التغيرات التي تطرأ عليها ، و أخيرا أسباب زوالها ، و لهذا تكتسي أهمية كبيرة .

و قد حاولنا قدر الإمكان الإلمام بالموضوع من جوانبه المختلفة ، وكذا وضع نوع من التبسيط والتسهيل ، و المقارنة فكل مرة كنا نتعرض فيها لموضوع من المواضيع إلا وتعرضنا لموقف المشرع الجزائري ، و رأيه في كل مسألة ، وهناك مراجع كثيرة تناولت موضوع العقد ، بإعتباره موضوع مهم ، وقريب من الواقع العملي ، و المتداول في التطبيق ، وإعتمدنا بصفة كبيرة على المراجع الجزائرية ، ولعل أهمها الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري **لخليل أحمد حسن قدادة** ،و ذلك دون إهمال المراجع الأخرى أهمها الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد لهمام محمد محمود زهران .

و إتبعنا في هذه المذكرة المنهج التحليلي بحيث حللنا ، وفسرنا ثم بسطنا ، وقارنا بين الأفكار وحاولنا إنتقاء أكثر الأراء الراجحة ، و السائدة في المجال الفقهي ، و القانوني .

و قد واجهتنا صعوبات كثيرة أهمها طريقة تجميع المعلومات بإعتبارها تستغرق وقت ، و جهد وقلة المصادر ، و كذا أهمية الموضوع ، وحرصنا على إعطائه القيمة التي يستحقها ، و الإهتمام بكل التفاصيل الصغيرة منها قبل الكبيرة ، وكذلك تشعبه ، وتداخله ، وتشابك مواضعه ن فكل موضوع تندرج تحته عدة عناصر ، و كل عنصر يحتوي على عدة أفكار ، ومع ذلك حاولنا قدر الإمكان والمستطاع التعرض للموضوع من كل جوانبه .

نظـــريـــــة العقـــد

و الإشكاليات التي تعرضنا لها من خلال دراستنا للموضوع هي ما المقصود بالعقد ؟ هل عرفته الشريعة الإسلامية ؟ هل مفهومه في الشرع هو ذاته مفهومه في القانون الوضعي ،أم أنه تمة إختلافات ؟ هل المشرع الجزائري تناول نظرية العقد ؟ و هل له أركان يقوم عليها ؟ و ما هو نطاقه ؟ و ما أهمية تقسيم العقود ؟ هل هو قابل للإنحلال ؟ و كيف ؟ و قد عالجنا هذه الإشكاليات من خلال الخطة السابق بيانها .

نظـــريـــة العقـــد

الفصل الأول: ماهية العقد

المبحث الأول : تعريف العقد .

المطلب الأول :تعريف العقد في القانون الوضعي :

العقد لغة : ما عقد من البناء .و – العهد – اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه في عقد البيع ، كعقد البيع و الزواج و عقد العمل (الاقتصاد السياسي)، عقد يلتزم بموجبه شخص أن يعمل في خدمة شخص آخر لقاء أجر "مج" ، من الأعداد العشرة و العشرون إلى التسعين (ج) عقود و صيغ العقود جمل ينشأ بها العقد كقولهم زوجتك وبعتك [1].

أما في القانون الوضعي :

"ذهب بعض الشراح في فرنسا إلى التفرقة بين الاتفاق و العقد ، فالاتفاق أعم من العقد، إذ الأول بمثابة جنس و الثاني نوع منه. و يعرفون الاتفاق بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام ، نقله ، أو تعديله أو إنهاؤه .

---

[1] إبراهيم مصطفى ، حامد عبد القادر ، أحمد حسن الزيات ، محمد علي النجار معجم الوسيط ، الجزء الأول ، المكتبة الإسلامية للطباعة و النشر و التوزيع إسطنبول ، تركيا ، الصفحة 614 .

نظـــريـــة العقـــد

و قد تأثر التقنيين المدني الفرنسي القديم خاصة بوتيه botih و دوما doma حيث عرفا العقد في المادة 1101 قانون مدني فرنسي "**اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص آخرين بعمل أو الامتناع عن عمل** " [2]

و قد تعرضت هذه التفرقة فيما بين العقد و الاتفاق إلى عدة انتقادات من طرف الكثير من الفقهاء حيث أنها ليست لها قيمة عملية و لا يترتب عليها أية نتائج قانونية [3]

" و قد تأثر المشرع الجزائري بالمادة 1101 من ق .م . ف حيث نجد أنه في المادة 54 قانون مدني جزائري نص على أنه "**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما** "[4]

و هذا التعريف المأخوذ من تقنين نابليون نتج عنه عيبان : فالعيب الأول خلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام . فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشأ هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها . و يترتب على قيام هذه الأخيرة التزامات لكل التزام منها محله سواء أكان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . أما العيب الثاني فأعتبر العقد نوعا من الاتفاق . فالاتفاق جنس و العقد نوع . مع أن المتفق عليه هوان

---

[2] مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام و المصادر الإرادية للالتزام نظرية العقد و الإراد ة، المنفردة ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، سنة النشر 2005، الصفحة69 .

[3] أنظر صطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، بتصرف يسير ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية مصر ، سنة النشر 1999 ، الصفحة95 .

[4] القانون المدني حسب آخر تعديل له ، الصادر بموجب الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و التضمن القانون المدني و الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخ في 30\9\1975 معدل و متمم، الصفحة 12 .

العقد و الاتفاق أسمان لمسمى واحد . و يضاف إلى هذين العيبين عيب ثالث منصوص عليه في المادة 54 ق م ج و هو أنه سمى الالتزام (بمنح) و ظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي و في النص الفرنسي للمادة 54 م ج بلفظ donner معناها المنح . مع أن الكلمة الفرنسية donner مأخوذة من الكلمة اللاتينية dare التي تعني نقل حق ملكية . و كان ينبغي أن يقال بدلا من كلمة منح بنقل حق عيني و بالرغم من تنكر الفقه لهذه التفرقة المجسدة بين العقد والاتفاق واستعمالهما كلفظين مترادفين . إلا أنه لحد الآن لم يتدارك المشرع الجزائري هذا العيب (5)

و من تم وجد تعريف راجح يجمع بين اللفظين و عرف العقد على أنه : " **تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه** (6)"

"من هذا التعريف يتضح لنا أن أهم عناصر العقد هي :

1 – اجتماع إرادتين أو أكثر يلزم اتفاق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني فالعقد لا يتم إلا بإرادتين أو أكثر و من ثم فإن الإرادة المنفردة لا يمكن أن تشكل عقدا و إنما يطلق عليها التزام بالإرادة المنفردة و بالتالي فيجب توافر إرادتين إيجاب و قبول لوجود العقد " (7)

---

[5] أنظر ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، بتصرف كبير ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، سنة النشر 1998 ، الصفحة10 -11

[6] مصطفى عبد الجواد ، الصفحة 70 .

و يمكن القول بأن الاتفاق يقتصر على المسائل الجوهرية دون التفصيلية مثلا عقد البيع يلزم أن تتلاقى الإرادتين على الشيء المبيع و الثمن أما مكان و زمان التسليم و نفقاته فيمكن الاتفاق عليهم فيما بعد [8]

"و إن لم يتفق على هذه المسائل التفصيلية فهناك قواعد مكملة تحكمها كل هذا ما لم يتبين من إرادة الأطراف بتعليق قيام العقد ذاته على الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية و في هذه الحالة لا ينعقد العقد إلابعد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية و التفصيلية . كما يلزم أن لا يكون هناك أي غلط أو لبس حول طبيعة العقد " [9]

2 – ضرورة اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني : يجب لتوافر العقد أن تتجه إرادة كل طرف إلى إحداث أثر قانوني و إلا يكون هناك عقد بمعنى الكلمة فالإرادة الهازلة و الغير الباتة لا يترتب عليها أثار قانونية و يتضح اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني من طرف الظروف و الملابسات فما يتم نطاق المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق لصديقه على تناول العشاء لا يشكل عقدا إذ لا يقصد الطرفان من ذلك إنشاء التزام قانوني فيما بينهما فإذا تخلف المدعو و عدل الداعي لا تترتب مسؤولية في جانب أي منهما و لكن قد يتبين من الظروف أن تقديم الطعام يشكل التزاما قانونيا [10]

---

[7] مصطفى عبد الجواد ، الصفحة 70 .

[8] أنظرنبيل إبراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، بتصرف يسير دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، الصفحة 29 .

[9] مصطفى عبد الجواد ، الصفحة 72 .

[10] انظر ، مصطفى عبد الجواد ، تصرف يسير، الصفحة 72 .

3 – يجب أن يكون الأثر القانوني الذي تتجه الإرادة إلى إحداثه ذا طابع مالي : نقصد بذالك أن يكون مقوم بالنقود وإلا خرجنا من دائرة الالتزام التي تقتصر على المعاملات المالية نذكر على سبيل المثال العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج .

4 – يجب أن يكون الاتفاق واقعة في نطاق القانون الخاص : فمنطقة مجال العقد حددها الفقه المصري بنطاق القانون الخاص . فيخرج عن نطاق العقد المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام . علاوة على ذلك الاتفاق بين النائب و ناخبيه . و الاتفاق بين الجهة الإدارية والموظف على توليه الوظيفة العامة حيث تخضع هذه الاتفاقيات و مثلها لأحكام القانون الدستوري أو الإداري[11]

[11] أنظر ، مصطفى عبد الجواد تصرف يسير ، الصفحة 72 – 73 .

نظـــريـــــة العقـــد

المطلب الثاني : تعريف العقد في الفقه الإسلامي :

" للعقد في الاصطلاح الشرعي معنيان أحدهما عام و الآخر خاص ، فالعقد بالمعنى العام يقترب فيه معنى العقد من المعنى اللغوي ، يكاد يفيد معنى الالتزام يعني ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ، فالبيع يسمى عقد لأن كل واحد من الطرفين ألزم نفسه الوفاء به و يسمى اليمين عقد لأن الحالف يلزم نفسه الوفاء بالفعل إذا كانت اليمين على حدوث فعل أو بالترك إذا كانت اليمين على ترك فعل كما يعرف العقد أيضا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا للمعنى العام بأنه :" **ما يعزم المرء على إيقاعه بإرادته أو بالاتفاق عليه مع غيره** "[12]

و منه فالعقد يشمل كل تصرف ينشئ عنه حكم شرعي سواء كان صادر من طرف واحد كالطلاق أو من طرفين كالبيع . و العقد بمعناه العام يتسع ليشمل العقد بمعناه القانوني و التصرف القانوني بالإرادة المنفردة[13] . أما العقد بمعناه الخاص فهو يعني لدى فقهاء الشريعة الإسلامية "**ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه أو هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام أو غيره و يترتب عليه التزام بين طرفيه**"[14]

---

[12] مصطفى عبد الجواد ، الصفحة 74 .
[13] أنظر مصطفى عبد الجواد ، بتصرف يسير ، الصفحة 74 .
[14] مصطفى عبد الجواد ، الصفحة 77 .

أي يخرج به المحل عن حالته الأولى إلى الحالة الجديدة أو بعبارة أخرى اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله[15]

إلا أنه ثمة فوارق بين تعريف العقد في القانون الوضعي و العقد في الشريعة الإسلامية

فهو كما يطلق على ما يكون في دائرة المعاملات المالية يطلق على عقد الزواج ، لأنها أوضاع اعتبرها الشارع مستبعدة آثارها ومفيدة أحكام خاصة بها و غايته أن بعض هذه التصرفات يفيد ملك عين المعقود عليه في الحال أو الاستقبال و بعضها ملك منفعة و يفيد بعض آخر حق وضع اليد عليه من غير انتفاع و عقد الزواج إن كان غير متعلق بالمال إلا أنه لا يخرج عن محيط العقد [16]

"إذ هو عقد وضعه الشارع يفيد بطريق الأصالة ملك استمتاع الرجل بالمرأة و حل استمتاع المرأة بالرجل و أما من ناحية آثار العقد فإن العقد في الشريعة عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهره أثره في المحل "[17]

---

[15] مصطفى كمال الدين امام ، الفقه الإسلامي ، قواعد الفقه و نظرياته العامة نظرية الحق ، الملكية ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر سنة النشر 2000، الصفحة 146 .

[16] أنظر أحمد فراج حسين ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية بتصرف يسير دار الجامعة لنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة النشر 2005 صفحة 130 . [16]

[17] أحمد فراج حسين ، الصفحة 130 .

نظـــريـــة العقـــد

المبحث الثاني : تطور العقد

المطلب الأول :مبدأ سلطان الإرادة .

"يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أو ما يسمى بمبدأ الحرية التعاقدية أن الإرادة قادرة على إنشاء التصرف القانوني و هي أيضا التي تحدد الآثار المترتبة عليه ، فهو مبدأ ذو شقين أحدهما يتعلق بإبرام أو تكوين العقد و الثاني بآثار العقد " [18]

كما يقصد بالنظرية تلك المبادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي وتترجم هذه المبادئ القانونية مجموعة من الأفكار الفلسفية و الاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي و التي نلخصها فيما يلي :

-بالنسبة للأفكار الفلسفية يرى أصحاب هذا المذهب أن للإنسان حقوق طبيعية ذاتية تتمتع بها ،و ما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق الطبيعية – أما بالنسبة للأفكار الاقتصادية فإنها ترتكز على حرية الملكية باعتبارها حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان و حرية السوق التي يجب أن تخضع لمبدأ العرض والطلب . إن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد و تكريس المجتمع لخدمته

---

[18] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 78 .

نظـــريـــة العقـــد

جسدها في ميدان القانون مبدأ يحكم العقد ألا و هو مبدأ سلطان الإرادة و مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها ، و بالكيفية التي يختارها [19]

" **فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق و الواجبات و هي التي تنشأ الالتزام و تحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية** "[20]

و قد تبنى المشرع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة و ذلك بنص المادة 1134 ق.م.ف "**الاتفاقات التي تعقد على وجه مشروع تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدها** " أما المشرع الجزائري فقد نص عليه في المادة 106 ق.م " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للاسباب التي يقررها القانون** "[21]

الفرع الأول : تكوين العقد :

إلى جانب حرية الفرد في الإقدام على إبرام العقد أو الامتناع عنه يشمل تكوين العقد أمرين كيفية التعاقد من جهة وكيفية تحديد مضمون العقد من جهة أخرى [22]

فبالنسبة لإبرام العقد – مبدأ الرضائية – فالنتيجة المباشرة و الطبيعية لمبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ الرضائية . فالتراضي كافي لإبرام العقد و لا يشترط أي إجراء أو شكل آخر و قد حدا ذالك بالفقهاء

---

[19] أنظر علي فيلا لي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية ، يتصرف يسير موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة النشر 2005 ، 37 ، 38 .

[20] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 78

[21] التقنين المدني الجزائري وفقا لآخر تعديل له ، صفحة 19 .

[22] نبيل إبراهيم سعد ،صفحة 31 – 32 .

التقليديين بان يعتبروا ما يتطلبه القانون في بعض الحالات الاستثنائية من شكل معين أو إجراء معين لإبرام العقد . أما مضمون العقد لمبدأ الحرية التعاقدية يقتضي مبدأ سلطان الإرادة الحرية المطلقة للأطراف في تحديد مضمون العقد فلهم الحرية في تحديد حقوقهم و التزاماتهم الناشئة عن العقد [23]

الفرع الثاني : آثار العقد:

أما بالنسبة لأثار العقد هناك : مبدأ الأثر للعقد : معناه أن العقد لا تتصرف آثاره إلا للمتعاقدين . فالحقوق و الواجبات التي يريتها تلحق المتعاقدين دون غيرهما[24]

" و هذا المبدأ قوامه فكرة فلسفية هي أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة و من ثم فإن العلاقة العقدية لا تلزم و لا تكسب إلا المتعاقدين "[25]

و أما فيما يتعلق بتفسير العقد فإن هذا الأخير يقف عند تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فعندما تكون عبارة العقد غامضة أو غير واضحة أ و, ناقصة ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يدخل على العقد العبارات التي يعتقد أنها أكثر عدلا أو أكثر فائدة و إنما يستخلص الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر الإرادة المفترضة للمتعاقدين[26]

---

[23] انظر علي فيلا لي بتصرف يسير ، صفحة 38 -39 .
[24] علي فيلا لي ، صفحة 40 .
[25] علي فيلا لي ، صفحة 40 .
[26] انظر نبيل إبراهيم سعد ، بتصرف يسير ، صفحة 33 – 34 .

2 – مبدأ العقد شريعة المتعاقدين : و هو يقوم مقام القانون بالنسبة إلى أطرافه فكل ما تتجه إليه الإرادة و يتم الإتفاق عليه يكون ملزما للطرفين و لا يمكن تعديله أو التحلل منه إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين وقد تبنى المشرعان الفرنسي و المصري هذه النتيجة [27]

المطلب الثاني : المعطيات الجديدة :

هناك عوامل التطور تترتب عليها قواعد جديدة تدير العقد نلخصها فيما يلي :

الفرع الأول : عوامل التطور :

إن تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي أظهر نقائص المذهب الفردي و ما نتج عنه من مبادئ و قواعد تحكم العقد و يتجلى هذا التطور في أمرين على وجه الخصوص[28]،هما :

تطور وظيفة الدولة التي دخلت في الميدان الاقتصادي و ذلك لتسييره و توجيهه من جهة و تكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا و اقتصاديا و ثقافيا من جهة و قد تأثرت نظرية العقد من هذه المهام الجديدة للدولة ، فإهتمام هذه الأخيرة بالميدان الاقتصادي عن طريق توجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد و ذلك بتقييد إرادتهم عن عدة جوانب و هذا ما عبر عنه الفقه **''بعيممة العقد''**[29]

---

[27] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 85 – 86 .
[28] علي فيلا لي ، صفحة 40 -41 .
[29] انظر علي فيلا لي ، بتصرف يسير ،صفحة 40 -41 .

فالإرادة تستطيع أن تنشئ العلاقة القانونية ، لكن في حدود القانون الذي يرسم لها دائرة تتحرك فيها و لقد سبق أن أشرنا أن الظروف الاجتماعية و الاقتصادية قد دفعت بالقانون إلى أن يضع العديد من القيود على الإرادة ، قيود لم تقتصر على ما يعرف بالعقد الموجه و لكنها امتدت إلى العقد الجبري فحرية التعاقد مضمونة و لكنها خضعت لنظام العام الاجتماعي ، فالإرادة الشخصية تخضع لصالح العام كما أن القوة الملزمة للعقد هي قوة محدودة وهي مستمدة من القانون أو الحكم القضائي . على هذا تكون الإرادة في القانون الجزائري إرادة خاضعة و ليست مستقلة و هي في خدمة الأفراد ومصالح المجتمع [30]

وأما تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا فقد جعل العقد يخرج عن نزعته الفردية إلى نزعة جماعية. حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شان للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية و أداة لتحقيق النفع العام ، و عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة **"بجميعة العقد "**[31]

الفرع الثاني : القواعد الجديدة :

بناءا على المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد منها الحد من الحرية التعاقدية بطرق مختلفة مثل التعاقد الإجباري أو فرض مضمون العقد أو فرض بعض أحكامه و شروطه .

---

[30] انظر بالحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، بتصرف يسير ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، سنة النشر 1993 ، صفحة 44 -45 .

[31] علي فيلا لي ، صفحة 41 – 42 .

الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد فأصبح يباشر التعاقد بواسطة جماعات حيث تتصرف أثاره إلى أطراف كثيرة .

فرض بعض الشكليات لمراقبة المعاملات ، مراقبة القاضي لشروط العقد

- ظهور نظام اقتصادي يدير الاقتصاد و يحمي الفئات الضعيفة
- إقرار جزاء جديد يتناسب مع المبادئ الجديدة [32]
- ضرورة مراعاة النظام العام و حسن الآداب [33]

المبحث الثالث : نطاق العقد :

المطلب الأول : الطبيعة المالية للأداء الملقى على عاتق المدين .

ماد منا بصدد معاملات مالية ، فسنقتصر على دراسة العقد الذي ينشئ التزامات يكون أداؤها ماليا بالنسبة للمدين ، فيخرج من معنى العقود الاتفاقيات التي تقع في دائرة القانون الخاص ، العقود و الاتفاقيات التي تكون متعلقة بالأحوال الشخصية [34]

" كالزواج و التبني فإنها لا تخضع للنظرية العامة للالتزام و أن سميت عقودا فهي كلها عقود لأنها عبارة عن تطابق إرادتين على أحداث آثار قانونية و لكنها لا تخضع لنظرية الالتزام لأن الأثر المترتب عليها هو إنشاء التزام بالمعنى المحدد في نظرية الالتزام "[35]

---

[32] انظر علي فيلا لي ، صفحة 41 – 42 .
[33] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 86 .
[34] أنظر نبيل إبراهيم سعد تصرف يسير ، صفحة 30 -31 .

غير أنه لا يشترط في العقد أن تكون المصلحة التي يتوخاها الدائن من العقد مصلحة مالية بل يكفي أن يكون مضمون الأداء و الذي يلتزم به المدين ما يمكن تقديره بالنقود وفقا للاعتبارات السائدة في المجتمع وقت الاتفاق لو كانت المصلحة التي يتوخاها الدائن من ذلك الاتفاق مصلحة أدبية بحته و بذلك يدخل في معنى العقد اتفاق الفنان مع شخص آخر على أن يرسم له صورة فأداء الفنان هنا مما يقبل التقدير المالي و لا يهم أن تكون مصلحة الدائن و هي الحصول على لوحة لصورته مصلحة غير مالية و من هذا القبيل أيضا العقود التي تنعقد بين جمهور الناس و دورالسينما والمسرح و الملاهي والعقد الذي يعقده صاحب المنزل مع بستاني ينعقد برعاية حديقته [36]

المطلب الثاني : أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص .

و بذلك يخرج عن نطاق العقد بالمعنى الذي نقصده الاتفاقيات الواردة في دائرة القانون العام .فالاتفاق الدولي الذي ينعقد بين الدول تخضع للقانون الدولي العام وليس القانون الدولي الخاص و العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة و صاحبة سيادة مع الأفراد تخضع للقانون الإداري و ذلك كعقد الالتزام المرافق العامة والأشخاص العامة [37]

---

[35] بالحاج العربي ، صفحة 42 .
[36] انظر نبيل إبراهيم سعد ، تصرف يسير ، صفحة 31 .
[37] انظر إبراهيم سعد ، بتصرف يسير ، صفحة 32 – 33 .

" و يلاحظ في هذا الشأن أن هناك عقود تبرمها الدولة بوصفها شخصا عاديا تعتبر في حكم الأفراد وتخضع لأحكام القانون المدني كما يجب أن يلاحظ أن النظرية العامة للعقد لها تأثير كبير على تنظيم المعاهدات الدولية و العقود الإدارية "[38]

المبحث الرابع : تقسيم العقود

إذا نظرنا إلى العقد من حيث تقسيم المشرع له نجد أنه ينقسم إلى عقد ملزم بجانبين و عقد ملزم للجانب الواحد . العقد المحدد و العقد الاحتمالي و عقد المعاوضة و عقد التبرع أما بالنسبة لتقسيم الفقه فنجده يقسمه من حيث تكوينه و تنفيده و من حيث مساواة المتعاقدين و الأحكام التي تدير العقود و أيضا من حيث انصراف آثار العقود.

المطلب الأول : تقسيم المشرع

اعتمد المشرع في تصنيف العقود على التقنيين المدني الفرنسي الذي يميز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم للجانب الواحد و العقد المحدد و العقد الاحتمالي و عقد المعاوضة و عقد التبرع .

الفرع الأول: العقد الملزم للجانبين و العقد الملزم لجانب واحد

1) العقد الملزم للجانبين : أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي ينشأ في ذمة كل من طرفيه إلتزامات تكون سببا لالتزامات الطرف الآخر و بطبيعة الحال فقد يكون منشأ لالتزام في ذمة كل من

---

[38] نبيل إبراهيم سعد ، صفحة 33 .

الطرفين يكون سببا لالتزام متقابلين يلعب كل منها دور السبب لالتزام الآخر فالذي يميز العقد التبادلي هو تقابل الالتزامات الناشئة عنه فكل طرف فيه دائن و مدين للطرف الآخر في نفس الوقت ، فيوجد تشابك بين الروابط الملزمة على نحو ما نرى أمثلة له في بيع و الإيجار عقد العمل و عقد الشركة والوكالة بأجر [39]

فعقد البيع مثلاكما سبق أن أشرنا هو عقد ملزم لجانبين بحيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع و يلتزم المشتري بتسليم أو دفع الثمن المتفق عليه .

فالعقد التبادلي هو الذي عرفته المادة 55 قانون مدني جزائري : " **يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الاإلتزام بعضهما بعضا** " و هذا التعريف قد ورد في النسخة الفرنسية منقولا حرفيا من المادة 1102 قانون مدني فرنسي و قد ترجم إلى العربية ترجمة سقيمة و لعل صحة التعريف هي " يكون العقد تبادليا متى التزام كل من المتعاقدين بإلتزام نحو الآخر [40]

2 – أما العقد الملزم بجانب واحد فهو لا ينشيء إلا إلتزامات على عاتق طرف واحد من طرفيه فيكون مدينا دون أن يكون دائنا و يكون الطرف الآخر دائنا دون أن يكون مدينا و يقال للعقد الملزم بجانب واحد في مصطلح المشرع اللبناني العقد غير المتبادل .

---

[39] عصام أنور سليم ، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون و الحق و العقد ، الدار الجامعية ،لبنان ، سنة النشر 1997 ، صفحة 300 .

[40] علي على سليمان ، صفحة 12 – 13 .

و يلاحظ أن هذا العقد يستلزم توافق إرادتي الطرفين فهو ليس عملا قانونيا يصدر من جانب واحد كالوصية أو الوعد بجائزة بل هو اتفاق إرادتين أو أكثر لابد فيه من إيجاب و قبول كما في العقد التبادلي غير أنه يختلف عنه أنه لا ينشىء التزامات إلا في ذمة طرف واحد مثال ذلك عقد الكفالة لا أوعقد الوديعة بدون اجر أو عقد الوكالة بدون أجر أو عقد الهبة بدون عوض ففي هذه العقود يترتب التزام في ذمة الكفيل أو المودع عنده أو الوكيل أو الواهب دون أن يترتب التزام يقابله في ذمة الطرف الآخر [41]

و قد عرفته المادة 56 قانون مدني جزائري :" **يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين** "[42]

أهمية التمييز بين العقد الملتزم للجانبين و العقد الملزم لجانب واحد :

يترتب على التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة للجانب الواحد عدة آثار ترتد جميعها إلى فكرة الترابط و التقابل بين الالتزامات.

في العقد الملزم للجانبين هي فكرة التي لا مثيل لها في العقد الملزم لجانب واحد و تبدو أهمية التمييز بين العقد الملزم لجانبين و العقد الملزم لجانب واحد في عدة أوجه أهمها ما يلي :

---

[41] عصام أنور سليم ، صفحة 312 – 313 .
[42] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .

أ- الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين فإذا أخل أحد طرفي العقد بالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد و هو ما يعني حل الرابطة العقدية ولا محل لاستخدام وسيلة الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد لأن الغاية من الفسخ هي أن يتحلل طالب الفسخ من التزاماته فإذا أخل المدين بالتزاماته فلا يتصور أن يطلب الطرف الآخر الفسخ لأنه لا يلتزم بشيء يريد التحلل منه بل على العكس تقتضي مصلحته أن يطالب المدين بتنفيذ التزاماته[43]

ب-الدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين حيث أنه إذا لم ينفد أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين التزاماته جاز للمتعاقد الآخر الامتناع عن تنفيذ التزاماته لحث المتعاقد الأول على التنفيذ أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يتصور استخدام وسيلة الدفع بعدم التنفيذ لأن محل هذا النوع الالتزامات المتقابلة و المترابطة و هدفه حمل الطرف الآخر على تنفيذ إلتزامه وحيث أن الإلتزام يقع على عاتق أحد المتعاقدين فقط فلا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانب واحد

ج- تقع تبعة الهلاك على المدين بتسليم الشيء محل التعاقد و ذلك في العقود الملزمة للجانبين حيث أنه إذا كان أحد المتعاقدين ملتزما بتسليم شيء معين كما في عقد البيع و هلك هذا

---

[43] 1مصطفى عبد الجواد صفحة 107 -108 .

الشيء بسبب أجنبي قبل تسليمه و من ثم تقع تبعة الهلاك على المدين بتسليم الشيء محل التعاقد [44]

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن تبعة هلاك الشيء محل العقد و هو تحت يد المدين بالتسليم لسبب أجنبي عنه تقع على عاتق الدائن و تطبيقا لذلك إذا هلك الشيء المودع بقوة قاهرة و هو تحت يد المودع لديه انقضى التزامه برد الشيء . فما دام الشيء الهالك غير مملوك له فلا يخسر شيء . ويبعد الهلاك على الدائن [45]

الفرع الثاني : العقد المحدد و العقد الاحتمالي .

العقد المحدد هو العقد الذي تنشأ عنه في ذمة طرفية التزامات محققة الوجود و محددة القدر بحيث يستطيع كل منهما أن يحدد وقت انعقاده و القدر الذي أخده و القدر الذي أعطاه[46]

و قد نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 57 فقرة 1 : " **يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لمايمنح أو يفعل له** "[47]

أما العقد الاحتمالي فحسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 57 ق.م.ج."**إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ الربح أو الخسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر**"[48]

---

[44] انظر مصطفى عبد الجواد ، صفحة 107 -108 .
[45] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 113 .
[46] بالحاج العربي ، صفحة 50 .
[47] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .
[48] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 13 .

فعلى عكس ما يحدث في العقد المحدد فلا يعرف المتعاقد وقت انعقاد العقد في العقد الاحتمالي المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه أو العكس لأن هذا الأخير متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع و تاريخ وقوعه غير محقق . فالاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة يعتبر عنصر من عناصر العقد الاحتمالي و قد ذكر المشرع تحت عنوان عقود الغرر القمار و الرهان و عقد التأمين في الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون المدني و تقوم كل هذه العمليات التعاقدية على حظ الربح أو الخسارة [49]

فالمؤمن مثلا لا يعرف وقت اكتسابه لعقد التأمين . فما دام ذلك متوقف على تحقق الخطر المؤمن عليه لا يعرف إذا كان يتحقق أو لا يتحقق و إذا كان تحقق تبقى نتائجه غير معروفة ، لا يمكن تقديرها مسبقا و يكون الأمر مماثلا لشخص الذي يلتزم بدفع إيراد مرتب مدى الحياة من ثمن عقار يشتريه ، حيث لا يمكن تقدير المبلغ الذي سيدفعه لأنه لا يعلم متى يتوفى البائع ، و يجب تفادي الغلط بين العقد الاحتمالي و العقد الشرطي أي العقد الذي يعلق وجوده أوزواله على أمر مستقبلي و ممكن الوقوع [50]

" فالعقد الشرطي مثله مثل العقد الاحتمالي يتعلق بأمر مستقبلي غير محقق الوقوع غير أن هذا الأمر الذي يجسد ركن السبب في العقد الاحتمالي ، بحيث ينعدم العقد بالانعدام و إن وجد انعقد العقد صحيحا .

---

[49] أنظر علي فيلا لي ، بتصرف يسير ، صفحة 49 – 50 .
[50] أنظر علي فيلا لي ،بتصرف يسير ، صفحة 50 .

و أصبح فعالا من يوم انعقاده يمثل في العقد الشرطي عنصرا مستقلا يضاف إلى عناصر العقد ومفاده هو إيقاف أو إنهاء فعالية العقد وقت تحقيق الشرط[51]

أهمية التقسيم :

تبدو أهمية التفرقة بين العقد المحدد و العقد الاحتمالي فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة و التي لا تنطبق إلى على العقد المحدد و أيضا فيما يخص بتطبيق أحكام الغبن التي لا يمكن الاحتجاج بها في العقود الاحتمالية بينما يجوز الطعن بالغبن في بعض العقود المحددة [52]

الفرع الثالث : عقد المعاوضة و عقد التبرع

إن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يقصد فيه كل من المتعاقدين تلقي أداء مقابل من المتعاقد الآخر كعوض بديل للأداء و الذي أداه أو يؤديه ، فهو لا يقصد أن يعطي (أو أن يقوم) بعمل أو يمتنع عن العمل ، إلا بشرط أن يتلقى شيئا أو آداء . و يقال أنه عقد ذو العوض[53]

و عقود المعاوضة كثيرة في الحياة العملية و من أمثلتها عقد البيع حيث يحصل البائع على الثمن مقابل تسليم الشيء المبيع إلى المشتري و يحصل المشتري على ملكية الشيء المبيع مقابل دفع

---

[51] علي فيلا لي ، صفحة 50 .
[52] أنظر بالحاج العربي بتصرف يسير ، صفحة 51 .
[53] عصام أنور سليم ، صفحة 318 – 319 .

الثمن فهو عقد معاوضة بالنسبة للبائع و المشتري و من أمثلة عقود المعاوضات أيضا عقد الإيجار و عقد المقاولة و عقد العمل [54]

و قد عرفته المادة 58 قانون مدني جزائري بقولها : " **العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما** "[55] و هو تعريف يخلط بين العقد التبادلي و العقد بعوض . نقله القانون المدني الجزائري عن المادة 1106 قانون مدني فرنسي [56]

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه و هو أيضا العقد الذي يقصد به أحد المتعاقدين أن يقدم للطرف الآخر ميزة أي نية التبرع التي بدونها يمكن أن تكون بصدد أثراء بلا سبب أو غبن لا بصدد تبرع . و المثل النموذجي للتبرعات هو الهبة التي هي عبارة عن نقل ملكية الشيء أو حق مالي من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر ، بحيث يقتصر الواهب بما أثرى به الموهوب له من شيء أو حق مالي لتوافر نية التبرع بطريق الإعطاء لدى الواهب [57]

و قد سمته المادة 1105 قانون مدني فرنسي بعقد التبرع

و المشرع الجزائري لم يشر إلى عقد التبرع . و تنقسم عقود التبرع إلى عقود تفضيل و عقود هبات ، ففي عقد التفضيل يؤدي المتبرع فائدة دون أن يتخلى عن ملكية ماله ، كالعارية ، حيث

---

[54] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 110 -11 1.
[55] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .
[56] علي سليمان ، صفحة 17 -18 .
[57] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 110 -111 .

يستفيد المستعير عن استعمال الشيء دون أن يتخلى المعير عن حقه في ملكية الشيء المعار أما في الهبات فإن المتبرع يتخلى عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له . و قد عرف المشرع الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة على النحو التالي :" **الهبة تمليك بلا عوض** " فيقتضي عقد الهبة اذن تنازل المتبرع عن حق الملكية لفائدة المتبرع له مجانا [58].

أهمية التمييز :

و ترجع أهمية تقسيم العقود معاوضة و تبرع إلى أنه في مجال المسؤولية العقدية أن مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض ، كما أنه يشرط القانون في المتبرع أهلية المتبرع ، باعتبار التبرع من التصرفات الضارة ضررا محضا ، في حين يشترط أهلية التصرف في المعاوض . كما أن الأصل العام في عقود التبرع أن الغلط في شخص المتعاقد يعيب الرضا ، فيجعل العقد قابلا للأبطال وأخيرا في المعاوضات لابد من إثبات التواطؤ بين المدين و المتصرف له للطعن فيها ، بينما في التبرعات لا يعتبر الإثبات شرطا للطعن فيها عن طريق الدعوى البوليصية [59]

---

[58] علي فيلا لي ، صفحة 52 – 53 .
[59] انظر بالحاج العربي تصرف يسير ، صفحة 49 – 50 .

المطلب الثاني : تقسيم الفقه

في ضوء الأحكام المختلفة التي اهتدى إليها المشرع وضع الفقه تصنيفات للعقود تطرق إليها من زوايا مختلفة نستعرضها فيما يلي :

الفرع الأول : تكوين العقد و تنفيذه

تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى ثلاثة أنواع : العقد الرضائي و العقد الشكلي و العقد العيني

1) العقد الرضائي : " هو ذلك العقد الذي يكفي لإبرامه مجرد التراضي أى توافق و تطابق الإيجاب و القبول دون حاجة لإفراغ هذا التراضي في شكل خاص " [60]

فتوافق الإرادتين كافي لكي ينعقد بها العقد كقاعدة عامة بل بدون هذا التوافق بين إرادتي المتعاقدين أي بدون تراضيهما ، لا يتصور أن ينعقد العقد ، فالتراضي لازم لانعقاد كل العقد إنما في العقود الرضائية التي تمثل القاعدة العامة في العقود نجد التراضي لازما و كافيا لإنعقاد العقد الرضائي [61]

و في ضوء أحكام المادة 59 قانون مدني جزائري التي تقضي : " **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** "[62] نرى أن

---

[60] مصطفى عبد الجواد ،مرجع سابق ، صفحة 100 – 101 .
[61] عصام أنور سليم ، صفحة 300 – 301 .
[62] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .

نظـريـــة العقـــد

المشرع قد أخذ بالرضائية كمبدأ عام ، إذ لا تخضع العقود في تكوينها لأية شكلية أو إجراء و تؤكد أحكام المادة 60 قانون المدني هذا المبدأ حيث تسمح للمتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما بمختلف الوسائل (الكتابة ، الكلام ، الإشارة ، الموقف .....الخ) و بطريقة صريحه أو ضمنية دون أن يولي المشرع أفضليه أو أولية لأي كيفية عن الكيفيات المذكورة [63]

2) العقد الشكلي : هو ذلك العقد الذي لا يكفي لإبرامه مجرد التراضي ، بل لابد أن يفرغ هذا التراضي ، في شكل معين يفرضه القانون و يتفق عليه المتعاقدين و الصورة الغالبة للعقد الشكلي في الوقت الراهن هي الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية و من أمثلة العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة الرسمية [2]

عقد الرهن الرسمي و عقد الهبة إذا لم يتم قبض الموهوب ، و من أمثلة العقد الذي يتم بالكتابة العرقية عقد الناس حيث يكتفي بتحرير العقد في ورقة عرفية وكذلك الحال في عقد التركة المدنية [64]و عقد بيع العقار(م 324 ،793 ق م) و عقد (المادة 203 قانون تجاري) وعقد بيع المحلات التجارية (المادة 78 قانون تجاري)

فالشكلية في هذه الحالة ليست معدة للإثبات فقط بل لانعقاد العقد فلا يمكن انعقاده بدونها فالتراضي وحده غير كافي و هذا ما قرره المشرع الجزائري مثلا في المادة 418 ق.م التي تنص : "

---

[63] علي فيلا لي ، صفحة 54 .

[64] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 102 - 103 .

يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا " و كذلك المادة 883 ق.م "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي "[65]

3- العقد العيني : هو الذي لا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد عينا . فالقانون المدني الجزائري قد حدا حدو هذه القوانين العربية الأخرى في شان هذه العقود والأربعة القرض و القارية و الوديعة الرهن الحيازي و إن يكن يبدو من تعريفه ، عقد الوديعة أنه يعتبرها عقدا عينيا . فقد عرفها بالمادة 540 ق مدني بأنها : " **عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه** "[66] و لكن مثل هذه العقود ضئيلة جدا و إن الغرض من هذا الإجراء ذي الأصل الروماني هو حماية المالك إذ يتفطن لخطورة العمل الذي أقدم عليه عندما يريد التجرد من الشيء محل العقد كالهبة أو القرض الاستهلاكي [67]

أهمية التقسيم : و تتجلى أهمية التقسيم في القول بأن الأصل في العقود في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية و أن الشكلية أو العينية تعد أمرا استثنائيا لا تتطلب إلا بناءا على اتفاق أو نص في القانون وعلى ذلك فإنه يتفق المتعاقدان أو بنص القانون بأن العقد لا ينعقد إلا إذا أفرغ في الشكل المعين أو إلا إذا تم تسليم شيء معين و الجدير بالذكر أن الشكل المتطلب في العقود الشكلية هو ما يتوافق على توفيره انعقاد العقد بحيث لا يقوم العقد ولا يتحقق له أي وجود إذا لم

---

[65] بالحاج العربي ، صفحة 47 .
[66] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 88
[67] علي الفيلالي ، صفحة 56 .

يفرغ الرضا في الشكل المتطلب و كذلك بالنسبة للعقود العينية فإن تسليم الشيء يعتبر ركنا جوهريا[68]

لا يقوم العقد بدونه و يترتب على ذلك أنه إذا ، أوجب القانون إتباع شكلية معينة في إبرام عقد معين فإنه يتعين حتى ثبوت الحكمة المقصودة من فرض الشكلية إتباع لشكلية ذاتها في الوعد في إبرامه ، في التوكيل فيه ، في ما يتفق على إدخاله على العقد من تعديل كما يجب التتبع هذه الشكلية في إجازة العقد إن كان قابلا للإبطال كما أنه يجب أن لا تخلط بين اشتراط الكتابة لانعقاد العقد كعقد الشركة و عقد المرتب مدى الحياة ، و تطلبها لإثباته كعقد الصلح و كعقد الكفالة فقد يتطلب القانون أو المتعاقدين كتابة العقد المجرد و إثباته لا للانعقاد و عندئذ لا يحول عدم توافر هذه الكتابة دون انعقاد العقد أو وجوده و إنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية و إن كان يجوز مع ذلك إثباته بما يقوم مقام الكتابة و هو الإقرار و اليمين ، حيث لا يفصح القانون أو المتعاقدان فيما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد أو لمجرد إثباته فإنها تعد مطلوبة للإثبات لا لانعقاد العقد أو لمجرد إثباته للإثبات لا للانعقاد لأن القاعدة هي كفاية التراضي لانعقاد العقد [69]

-2) من حيث تنفيذ العقود : يميز الفقه بين العقود الفورية و العقود الزمنية و بعد تعريف كل منهما سنعرض أهمية التمييز بينهما .

---

68 نبيل إبراهيم سعد ، تصرف كبير، صفحة 66 ، 67 .
69 أنظرنبيل إبراهيم سعد تصرف كبير ، صفحة 66 -67 .

1) العقد الفوري : هو العقد الذي تحدد فيه التزامات المتعاقدين بغض النظر عن وقت تنفيذها ، بحيث لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين و يتم عادة تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة و على الفور مما يبرر تسميتها هذه . كبيع جريدة مثلا حيث يتسلم المشتري الجريدة فورا و يدفع في نفس الوقت ثمنها و لكن تأخير التنفيذ إلى أجل أو إلى أجال متتابعة بالإرادة المتعاقدين المحضة لا ينال حتما من طبيعة العقد .

فبيع سيارة يتم تسليمها بعد ستة أشهر من يوم إبرام العقد لا ينال من الطبيعة الفورية للعقد لأن عملية البيع لا تقتضي في حد ذاتها هذا الأجل من جهة [70]

و لأنه لا يؤثر على مقدار التزام المشتري و لا البائع من جهة أخرى ، حيث يبقى هذا الأخير ملزما بتسليم سيارة من نوع معين في أجل معين و مقابل ثمن معين و إن طال هذا الأجل أو قصر فإنه لا يغير من التزامات الطرفين ، و لا يعتبر عامل الزمن في هذه الحالة عنصرا جوهريا للعقد وإنما هو عنصر عرضي فقط [71] فهو مجرد موعد يتحدد به زمن التنفيذ كما يبقى البيع فوريا إذا كان بثمن مجزأ على أقساط متعاقبة . إذ أن دفع الثمن على أقساط هو مجرد تأجيل أدائه إلى أجال متعاقبة و الآجال هنا عناصر عرضية لا تؤثر على تحديد مقدار الثمن[72]

---

[70] علي فيلا لي ، صفحة 56 -57 .
[71] علي فيلالى ، ، صفحة 56 – 57 .
[72] نبيل إبراهيم سعد ، صفحة 84 – 85 .

2) العقد الزمني : فهو الذي ينفد فيه الالتزام بأداءات مستمرة, أو آداءات دورية ، أداءات مستمرة كعقد الإيجار و أداءات دورية كعقد التوريد و من هنا فالعقد المستمر أو الزمني هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا أساسيا أي مقصودا لذاته [73]

و في عقد الإيجار تحدد الأجرة على أساس مدة الانتفاع بالأماكن المؤجرة و يكون مرتب العامل متصلا و مرتبطا تماما بمدة العمل فالعبرة في هذا النوع من العقود هي بالزمن لأنه على أساس يحدد مقدار التزامات المتعاقد و لا يرجع تدخل عامل الزمنإلى إرادة المتعاقدين بل تفرضه طبيعة الأداءات فالاتفاق على بناء مسكن يقتضي حتما مدة من الزمن لتنفيذه

أهمية التميز بين العقود الفورية و الزمنية :

1 – أن الفسخ في العقد الفوري ذو أثر رجعي خلافا للعقد المستمر .

2 – لا يخضع العقد الفوري لنظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان تنفيذه مؤجلا في حين يعتبر العقد المستمر النطاق الطبيعي لها .

3 – الأعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في العقد الفوري خلافا لعقد المدة .

4 – إن وقف التنفيذ القهري قد يترتب عليه انتهاء عقد المدة خلافا لعقد الفوري .

---

[73] بالحاج العربي ، صفحة 51 .

5 – إذا استحال تنفيذ العقد لسبب قاهر مؤقت كالحرب مثلا فإن تنفيذ العقد يوقف و لا يفسخ العقد سواء كان عقدا فوريا أو من عقود المدة .

6 – إنهاء أحد المتعاقدين للعقد بإرادته المنفردة لا يثور إلا في العقود الزمنية و بالذات حين يكون العقد غير محدد المدة – أما في غيرها فتنطبق القاعدة القائلة بأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة 106 قانون مدني جزائري)

7 – العقد المستمر تتقابل في الالتزامات تقابلا تاما فما تم منها في جانب يتم مايقابله في الجانب الآخر – ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع و المستأجر ملزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها [74]

الفرع الثاني : تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين و الأحكام التي تدير العقود:

-تقسيم العقود من حيث مساواة المتعاقدين :

بعد تردد طويل انتهى الفقه إلى التمييز بين عقد المساومة و عقد الإذعان و قد أخذ المشرع بهذا التمييز حيث خص عقد الإذعان ببعض الأحكام الخاصة و بعد تعريف كل منهما تتعرض لأهمية التميز بينهما [75]

---

[74] بالحاج العربي ، صفحة 51 – 52 .
[75] علي فيلا لي ، صفحة 59 .

أ) عقد المساومة : المقصود بأن يكون العقد عقد مساومة أن يكون من ذلك النوع من العقود الذي يستطيع كل من طرفيه قبل أن يرتضيه أن يناقش شروط أي متاحا أن تكون شروط العقد محل مساومة بين طرفيه أي محل مناقشة بينهما مما قد يفضي إلى إبرامه على نحو أو أخر [76]

حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد و بنوده [77]

ب) عقود الإذعان : هو الذي استقل فيه احد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدما فيه صيغة مفصلة بحيث ينظم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول فيقتصر القبول على وجود التسليم بهذه الشروط دون مناقشة[78] فإن هذا العقد يجعل الموجب دائما هو من له احتكار قانوني أو فعلي سلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات أو على الأقل له عليها سيطرة من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق و بالتالي يكون طبيعيا أن يجعل هذا الموجب إيجابه موجها إلى الناس كافة بشروط واحدة يضعها هو و لا يقبل من احد من الجمهور مناقشة فيها و لا مساومة بل ليس لمن يريد أن يتعاقد من الجمهور مع هذا الموجب إلا أن يقتصر على تسليم بالإيجاب و الإذعان لما ورد فيه من شروط يغلب أن تكون في صيغة مطبوعة و إلا فإن الموجب لن يعيره اهتماما إذا صدر منه رفض الإيجاب الصادر للناس

---

[76] عصام أنور سليم ، صفحة 303 -304 .
[77] علي فيلا لي ، صفحة 59 .
[78] نبيل إبراهيم سعد ، صفحة 70 – 71 .

كافة بشروط واحدة حتى و لو كان رفض هذا الفرد من الجمهور متضمنا إيجابا جديدا من جانبه [79]

أهمية التمييز بين عقود المساومة و الإذعان :

تبرز الغاية من التمييز بين العقد المساومة و عقد الإذعان في المسائل التالية:

يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بالشروط المقررة أي قبول إظطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين بينما يكون القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب و ناتجا عن حرية تامة .

- يمكن للقاضي في عقد الإذعان دون عقد المساومة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء المدعن من تنفيذه .
- يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في العقود المساومة إيجابا جديدا في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفض في عقد الإذعان [80]

-يؤول الشكل الصالح المدين في حين يجب أن يكون تأويل العبارة الغامضة غير ضار بمصلحة المذعن دائما دائنا كان أو مدينا [81]

- تقسيم العقود من حيث الأحكام التي تديرها :

---

[79] انظر عصام أنور سليم تصرف كبير ، صفحة 304 – 305 .
[80] علي فيلا لي ، صفحة 61 – 62 .
[81] علي الفيلالي ، ، صفحة 62 .

نظـــريـــة العقـــد

تنقسم العقود من حيث الأحكام التي تديرها إلى العقود مسماة و عقود غير مسماة .

1) العقود المسماة أن العقود المسماة هي التي ورد لكل منها اسم معين و تنظيم تشريعي خاص [82]

وهو عقد خصه المشرع باسم معين و بنصوص تنظم أحكامه بالذات هي المجموعة المدنية كالبيع والمقايضة و الشركة ، القرض و الصلح و الإيجار و العارية و المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة و غيرها . و قد نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الثاني و خصص لها خمسة أبواب من المادة 351 إلى 673 و يتعين على المفسرأن يرجع إليها قبل الرجوع إلى المبادئ العامة في نظرية الالتزام [83]

2) العقود غير المسماة : فهي لا تخضع لحصر و لا لعد وهذه العقود تعج بها الحياة العملية

فهو الذي لم يضع له تنظيما خاصا ومن ثم فهو يخضع في تكوينه وأثاره للمبادئ العامة لنظرية الالتزام ويقاس العقد غير المسمى على ما يقرب منه في العقود المسماة فإذا ما انتشرت بعض هده العقود اهتم بها المشرع وأضافها إلى قائمة العقود المسماة كما فعل القانون المدني الجزائري إذا أضاف إلى طائفة العقود المسماة الرهان الرياضي عقد التامين مثلا ومن أمثلة العقود غير المسماة

---

[82] عصام أنور سليم ، صفحة 307 .
[83] بالحاج العربي ، صفحة 52 – 53 .

نظـريـــة العقـــد

العقد الذي تتعهد بمقضاه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين وعقد الحضانة وعقد المباريات الرياضية وعقد الإعلان وعقد السرك وغيرها [84]

- أهمية التقسيم بين العقود المسماة والعقود غير المسماة :
- –يلتزم طرفا العقد بالقواعد الأمرة المنظمة للعقد في العقود المسماة بينما يلتزم المتعاقدان في العقود غير المسماة بالقواعد العامة التي تدير كل العقود فقط .
- يعتد القاضي في العقود المسماة بالقواعد المكملة عند إقفال المتعاقدين مسألة في العقد في حين يجب عليه البحث عن نية المتعاقدين في العقود غير المسماة [85]
- **الفرع الثالث : من حيث انصراف آثار العقود :**

نميز في هذا السياق بين العقد الفردي و العقد الجماعي :

أ) العقد الفردي : هو العقد الذي يتم بين شخصين أو أكثر و تنصرف آثاره إلى أطراف العقد فقط

و هو أيضا العقد الذي يربط بين طرفين سواء كان كل طرف شخص واحد فيكون العقد عندئذ ثنائيا من حيث أطرافه و أشخاصه أو كان كل من طرفيه أو أحدهما متعددا ، فيكون العقد

---

[84] بالحاج العربي ، صفحة 53 .
[85] علي فيلا لي ، صفحة 63 – 64 .

عندئذ متعدد الأشخاص و لكنه ثنائي الأطراف و من أمثلته عقد البيع و العقد الفردي الصورة المعتادة لتعاقد [86]

2) العقد الجماعي : لم يعرف العقد الجماعي انسجام العقد الفردي ، حيث لا تزال حدوده غير واضحة فهناك من يرى أن الصيغة الجماعية تتصرف إلى مرحلة تكوين العقد و منهم من يرى بأنها تنصرف إلى الآثار الجماعية للعقد و في الحقيقة فإن العقد الجماعي نوعان :

– النوع الأول وهو الذي يتم بين عدة أشخاص ليست لهم مصالح متناقضة بل غايتهم متحدة كعقد الشركة أو العقد المكون لجمعية حيث تلزم الأقلية برأي الأغلبية

– النوع الثاني و المسمى بلإتفاقات الجماعية و هو عقد يتم بين أطراف لها مصالح متناقضة كالاتفاقيات التي تتم بين النقابات و أرباب العمل و تنصرف أثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك اللذين لم يرضوا بمضمونه [87]

أهمية التقسيم :

تتمثل أهمية تقسيم العقود إلى عقود فردية و عقود جماعية في مدى سريان أحكام العقد على أطرافه حيث يتميز العقد الجماعي بأن أحكامه لا تسرى على طرفيه فقط و إنما على كل من ينظم إلى العقد بعد إبرامه .

أما العقد الفردي فلا يلزم سوى طرفيه و خلفهما العام و الخاص بشروط معينة [88]

---

[86] مصطفى عبد الجواد ، صفحة 128 .
[87] أنظر علي فيلا لي ، بتصرف يسير، صفحة 64 .
[88] د ، مصطفى عبد الجواد ، مرجع سابق ، صفحة 130 .

نظـــريـــة العقـــد

الفصل الثاني: انعقاد العقد

المبحث الأول :العاقد.

لا عقد بغير أطرافه فالعاقد يسبق العقد في الوجود و يتقدم عليه بالقوة و الفعل لأن العقد أحد أدوات العاقد في الوصول إلى غايته و تحقيق أهدافه و العاقد هو الذي يباشر الإيجاب و القبول سواء كان ذلك عن نفسه أو نيابة عن غيره .

المطلب الأول : تعاقد العاقد عن نفسه .

الفرع الأول : مفهوم الأهلية :

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية لهذا يفرق الفقه عادة بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء فأهلية الوجوب تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و هذا النوع من الأهلية تثبت للإنسان منذ ان يكون جنينا فهي لا ترتبط بقدرته العقلية و لا بقدراته على التمييزأو عدم التمييز فهي تثبت للعاقل و المجنون و الصغير عديم الأهلية أما فيما يخص أهلية الأداء فهي تعني قدرة الشخص في التصرف بأمواله فهي على عكس أهلية الوجوب لاتثبت لكل شخص و إنما لمن عنده القدرة على إبرام التصرفات القانونية لنفسه و لغيره ومن ثم فهي ترتبط مع قدرة الإنسان على التمييز

فهذه الأخيرة تختلف من شخص إلى آخر و يرجع ذلك إما لصغر السن إما لتأثرها بعوارض الأهلية كالمجنون والسفه و العته و الغفلة [89]

فهناك خمسة مراحل يمر بها الإنسان و ذلك في مواجهة الأهلية و هي كالتالي :

المرحلة الأولى: مرحلة الجنين و له أهلية وجوب ناقصة .

المرحلة الثانية : مرحلة عدم التمييز و له أهلية وجوب كاملة .

المرحلة الثالثة :من التمييز إلى البلوغ وله أهلية أداء ناقصة .

المرحلة الرابعة : وهو طور البلوغ و له أهلية أداء كاملة .

المرحلة الخامسة : و هي مرحلة الرشد فيها تثبت للإنسان صلاحية كاملة للتصرفات المالية [90]

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 ق.م.ج : "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة كاملة** ".[91] أما فيما يتعلق بالصبي غير المميز فنصت عليه المادة 42 المعدلة بالأمر 05 – 10 "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغرفي السن أو عته أو جنون**

---

[89] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، سنة النشر 1994 ، صفحة 46 .

[90] محمد كمال الدين إمام ، صفحة 152 .

[91] التقنيين المدني الجزائري ، صفحة 10 – 11 .

. **يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة** "[92] أما بالنسبة للصبي المميز نصت عليه المادة 43 المعدلة بالقانون 05 -10 بنصها "**كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون** "[93] .

الفرع الثاني : عوارض الأهلية :

عوارض الأهلية كثيرة و متنوعة و الذي يعنينا ماله صلة و علاقة بأهلية التعامل المالي و تتمثل في الجنون ، العته ، و السفه و الغفلة .

1) الجنون : هو آفة تصيب عقل الإنسان و تجعله عديم الأهلية لا يقدرعلى التمييز و بالتالي لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء التي في صالحه و التي في غير صالحه و ثم تعتبر كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا[94]

2) العته : آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام يشبه بعض كلامه كلام العقلاء و بعض كلامه كلام المجانين و مرد ذلك إلى المتخصصين من الأطباء في الأمراض العقلية إلى شواهد الحال في نفس المصاب أو في حركاته و أقواله و أفعاله [95].

و قد ساوى المشرع الجزائري بين المجنون و المعتوه و كلاهما لابد أن يصدر في حقهما حكم بالحجر [96] .

---

92 التقنيين المدني الجزائري ، صفحة10 – 11 .
93 التقنيين المدني الجزائري ، صفحة 10 – 11 .
94 خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 47 .
95 أنظر أحمد فراج حسين ، يتصرف يسير ، صفحة 226 .

3) السفه: خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله و التصرف فيه على خلاف مقتض العقل وبعبارة أخرى تبذير المال و إتلافه على خلاف مقتضى العقل و لو كان في وجوه البر والإحسان، فالاسراف في التبرعات كإدمان على المقامرة كليهما فيه مخالفة لمقتض العقل والسفه أحد عوارض الأهلية التي يكتسبها الإنسان بنفسه و هو ما يخل بالعقل فالسفيه عقله باقي و صحيح و إنما تعتريه خفة إمافرحا إما غضبا فيتابع مقتضاها في الأمور من غير نظر ولا تأمل في عواقبها[97]

و القانون الجزائري ساوى كذلك بين السفيه وذي الغفلة و اعتبرهما في حكم ناقص الأهلية بعدصدور الحجر عليهما و هذا ما تم بيانه في المواد السابقة الذكر [98]

4) الغفلة : صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي لا تخل بالعقل و لا تؤثر فيه ولكنها تؤثر بالنقصان في بعض هذه الملكات ، و أخصها حسن الرأي و سلامة التقدير و إدراك المصلحة وعلى ذلك يمكن القول بأن ذي الغفلة أو المغفل هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة و لا يفرق بين الغبن الفاحش و الغبن اليسيرفيغبن بسهولة في المعاملات المالية و يسهل انخداعه والتغرير به[99]

---

[96] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 48 .
[97] أحمد فراج حسين ، صفحة 226 – 227 .
[98] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 48 .
[99] أحمد فراج حسين ، صفحة 230 .

المطلب الثاني : التعاقد بطريق النيابة .

الفرع الأول : تعريف النيابة و شروطها .

على الرغم من أن النيابة في التعاقد قد نظمها القانون المدني الجزائري في المواد من 73 إلى 77 إلا أنه لم يحدد تعريفا لها و هذا أمر منطقي فهو من اختصاص الفقه و لذلك فهو يعرف النيابة في التعاقد بأنها :"**حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار القانونية المترتبة عنه إلى شخص الأصيل كما لو كان شخصيا الذي صدر منه التعبير عن الإرادة** "[100]

و نظام النيابة وليد الحاجات العملية إذا به يمكن للقاصر أو لعديم الأهلية أن يصبح دائنا أو مدينا عن طريق التصرفات التي يبرمها نائبه ، كما أن به يمكن لكامل الأهلية الذي قد تحول الظروف دون وجوده في مجلس العقد من إتمام التصرف القانوني الذي يريده عن طريق نائب يختاره [101].

و مما سبق ذكره فإنه تقتضي لتحقق النيابة في التعاقد أن تتوفر شروط معينة فبدونها لا نكون أمام نيابة في التعاقد و هذه الشروط تنحصر فيما يلي :

---

[100] خليل أحمد حسن قدادة، صفحة 37

2 أنظر أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني . دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى، بتصرف يسير ، سنة النشر 2007 ، صفحة 22-23 .

نظـــريـــــة العقـــد

1) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل : ينعقد التصرف الذي تم بطريقة النيابة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل وفي هذا يختلف النائب عن الرسول الذي يعتبر حاملا فقط لرضاء المتعاقد شأنه في ذلك شأن الخطاب و لذا يعتير التعاقد بالرسول تعاقد بين غائبين فيما يتعلق بمكان و زمان إنعقاد العقد على حين أن التعاقد بطريق النيابة يعتبر تعاقدا بين حاضرين إذا ضم النائب و المتعاقد الآخر مجلس واحد لأن النائب يعبر عن إرادته هو لاعن إرادة الأصيل [1]

ويترتب على حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل أن إرادة النائب هي التي تكون موضع اعتبار من حيث تقدير سلامة الإرادة من العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال [2]و تنص المادة 73 ق.م.ج :" **إذا تم العقد بطريقة النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند النظر في عيوب الرضاء** ".[3]

إلا انه بالنسبة للأهلية فإنه يؤدي الاعتبار لأهلية الأصيل لا أهلية النائب لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب إلا أن أثار العقد تنصرف إلى الأصيل [4]

2 – أن يستعمل النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة : إذا كانت النيابة تنقسم فيما يتعلق بمن يرجع إليه أمر اختيار النائب إلى نيابة قانونية كنيابة الولي إذ أن القانون هو الذي يعنيه ، نيابة قضائية كنيابة الوصي و القيم لأن القضاء هو الذي يختارهما[5] و في هذا الصدد في المادة 44 .ق.م.ج :" **يخضع فاقدو الأهلية و نقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة و ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون** "[5]

1- أنظر أنور سلطان ، بتصرف يسير ، صفحة 23-24
2- خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 38
3-التقنين المدني الجزائري ، صفحة 15

4- أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 38
5- أنور سلطان ، نفس المرجع ، صفحة 25-26 .

و هناك النيابة الاتفاقية كنيابة الوكيل إذ أن إرادة الأصيل هي المرجع في تعينه إلا أنهما تنقسم من حيث السلطة التي تحدد نطاقها إلى نيابة قانونية و نيابة اتفاقية فقط ذلك أن الولي و الوصي و القيم يتكفل بتحديد سلطتهم القانون ، أي بتعين حدود نيابتهم و لذا تعتبر النيابة من حيث نطاقها بالنسبة لكل منهم نيابة قانونية أما النائب الإتفاقي فيحدد الاتفاق حدود نيابته ولذا تعتبر نيابته اتفاقية من حيث نطاقها كذلك [102]

و في حالة تجاوز النائب لحدود نيابته و قام الأصيل بإجازة التصرف يكون ذلك التصرف نافذا بأثر رجعي من وقت إبرام العقد لا من وقت إقراره . لأن الخطر هنا مقرر لمصلحة خاصة و هي مصلحة الموكل الأصيل يجوز له التنازل عن هذه الحماية القانونية [103]

3 –أن يتعامل النائب باسم الأصيل و لحسابه : و هذا الشرط يقتض من النائب رغم أنه يتعامل بإرادته هو أن يظهر أمام الغير بأنه يتعاقد لحساب الأصيل و باسمه ، حتى يكون الغير على علم بذلك فيطالب الأصيل بالالتزامات و يطالبه الأصيل بالحقوق أو العكس [104]

[102] أنظر أنور سلطان نفس المرجع بتصرف يسير ، صفحة 25 – 26 .
[103] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير، صفحة 39 .

و إذا كان الغير يعلم بصفة النيابة للنائب منذ البداية فلا يصرح النائب بالنيابة للغير أو في الحالة التي يكون فيها هذا الأخيرمن المفروض عليه أن يعلم حتما بها كما في الوصي عندما يتعامل بأموال القاصر و الغير يعلم بذلك [105]

الفرع الثاني: أثار النيابة .

يترتب على التعاقد بطريق النيابة أثار معينة بالنسبة للأصيل و بالنسبة للنائب و بالنسبة للغير الذي تعاقد مع النائب .

أ) أثار النيابة بالنسبة للأصيل : يترتب على انعقاد التصرف بطريق النيابة أن تضاف أثار التصرف حقوق كانت أم التزامات إلى شخص الأصيل مباشرة[106]

و لذا يرجع إلى الأصيل كما سبق لنا ذكره للحكم على الأهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة ولتقدير الصلاحية لاكتساب الحق الذي يرتبه التصرف و لتحديد صفه الالتزام الذي نشأ عنه فيما إذا كان الالتزاما مدنيا أو تجاريا و ليس للأصيل متى توافرت شروط النيابة أن يقبل من أثار التصرف ما يكون نافعا له و أن يرفض منها ما يكون ملزما له و هذه الآثار تضاف إليه مباشرة دون حاجة إلى إجراء ما متى قبل مقدما تعاقد النائب باسمه ، بل أن أثار التصرف تضاف إليه في

---

104 أحمد خليل حسن قدادة ، صفحة 39 .
105 أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 39 .
106 أنور سلطان ، صفحة 31 .

بعض الحالات ولو لم يقبل مقدما تصرف النائب باسمه ، كما هو الحال بالنسبة لنيابة القانونية و في النيابة الظاهرة و الفضالة [107]

ب) أثار النيابة بالنسبة للنائب :

يعتبر النائب أجنبيا عن التصرف موضوع النيابة بالرغم من أن هذا التصرف قد تم بإرادته لأن ما يرتبه هذا التصرف من أثار يضاف مباشرة إلى شخص الأصيل [108]

و من ذلك لا يجوز للنائب أن يرجع على المتعاقد معه بعد انعقاد التصرف بمطالبته بتنفيذ العقد إلا إذا كانت نيابته شاملة أيضا للتنفيذ و هي تعتبر كذلك إذا كان مصدرها هو القانون ، لأن النيابة القانونية مقصود بها رعاية مصلحة الأصيل كالقاصر و المحجور عليه و هذا لا يتأتي إلا إذا كان للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل .[109]

3 –آثار النيابة بالنسبة للغير: يرتبط الغير بموجب التصرف موضوع النيابة بالأصيل مباشرة.[110]

"فهما المتعاقدان و هما اللذان أن ينصرف إليهما آثار العقد [111]هذا أما صرحت به المادة 74 ق.م.ج :**" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل** "[112]

---

[107] أنظر أنور سلطان نفس المرجع ، بتصرف يسير ، صفحة 32 – 33 .
[108] أنور سلطان ، صفحة 33 .
[109] أنظر أنور سلطان نفس المرجع ، بتصرف يسير، صفحة 33 .
[110] أنور سلطان ، نفس المرجع ، صفحة 33 .

و هناك حالة خاصة للنيابة في التعاقد و هي تعاقد الشخص مع نفسه .إذ تنص المادة 77 ق.م.ج :"**لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة** "[113]

هكذا يضع القانون المدني الجزائري قاعدة عامة تشمل كل حالات التعاقد مع النفس كأن يكون أحد الأشخاص مكلفا بالبيع و مكلفا بالشراء من شخصين أحد هما بائع و الأخر مشتري أوكأن يكون الشخص مكلفا ببيع منزل من أحد الأشخاص فيأخذه لنفسه –مضمونها- عدم جواز التعاقد مع النفس مادام لم يحصل الشخص المتعاقد مع نفسه على ترخيص من الأصيل أن يجيز هذا التعاقد ما لم ينص القانون على غير ذلك و عدم جواز التعاقد مع النفس يرجع إلى أن شخص النائب المتعاقد مع نفسه قد يضحي بمصلحة من أجل مصلحة أخرى أو يضحي بمصلحة أحد الأطراف من اجل مصلحته هو مع أنه ملتزم برعاية مصلحة موكله[114]

---

[111] خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 40 .
[112] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 15 .
[113] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 15 .
[114] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 40 – 41 .

نظـــريـــة العقـــد

المبحث الثاني : التراضي .

يعتبر التراضي الركن الثاني في العقد و لهذا سوف نتحدث عن وجود التراضي و أيضا عن صحة التراضي .

المطلب الأول : وجود التراضي .

فالتراضي هو تطابق الإيجاب و القبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد و عادة يتعاقد التعبير عن هاتين الإرادتين المتطابقين فيصدر الإيجاب أولا ثم تتبعه القبول مطابقا له .

الفرع الأول : عنصرا التراضي .

ويتمثل عنصرا التراضي في الإيجاب و القبول .

"فالإيجاب هو التعبير عن الإرادة الذي يتضمن عرضا جازما كاملا بإبرام عقد معين بصرف النظر عن كيفيته و كما قد يصدر الإيجاب تلقائيا من الموجب ، فقد يصدر استجابة لدعوى بالتعاقد سبق توجيهها "[115]

و هو اقتراح بالتعاقد وفقا لشروط محددة بحيث يكفي قبول محض كي يصير اقتراح عقدا و لذا فلابد أن يحدد الإيجاب في كل حالة طبيعة العقد المقترح ، و أركانه الجوهرية التي لا غنى عنها لتوافق عليها من أجل انعقاد العقد تبعا لطبيعة [116]

---

[115] همام محمود زهران ، صفحة 54 .

ومن هنا يتضح أنه يشترط لتوافر الإيجاب : أن يكون التعبير عنه بات أي نهائيا دون أن يتبين من ظروف الحال بأن الموجب لم يكن قاصدا بالارتباط فيما لو قابل إيجابه قبولا مطابقا له وتمثل ظروف الحال هذه التي تؤثر على نية الارتباط كتحديد ثمن المبدع وتحديد أجرة العين المؤجرة وتحديد شروط العقد أو تحديد مدة لإيجابه .فإذا خلى الإيجاب من مثل هذه القرائن اعتبر الإيجاب غير ملزم لصاحبه و بالتالي يجوز العدول عنه و الرجوع به و يكون الموجب في هذه الحالة في مرحلة المفاوضات التي سبق عادة صدور الإيجاب الملزم أو القبول الملزم و هي حالة لا يؤثر عليها القانون أي أثر قانوني [117]

"ويرجع أساس القوة الملزمة للإيجاب في حالة اقترانه بمدة معينة ،أو إذا استخلصت هذه المدة من الظروف الحال ،أو من طبيعة المعاملة ....إلى الإرادة المنفردة ،وهي إرادة الذي صدر منه الإيجاب"[118]

بحيث تنص المادة 63 ق،م،ج:"**إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل ،وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة** "[119].

أما إذا لم يصدر الإيجاب مقترنا بمدة معينة فإن الموجب يستطيع أن يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا والأمر كذلك بالنسبة في حالة صدور الإيجاب عن طريق الهاتف ،لكن إذا

---

[116] أنظر ، عصام أنور سليم ، بتصرف يسير ، صفحة 334 – 335 .
[117] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير ، صفحة 42 .
[118] خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة42 -43 .
[119] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .

دلت الظروف وقبل انفضاض مجلس العقد على أن الموجب لم تنعقد عنده النية في العدول عن إيجابه في الفترة مابين صدور الإيجاب و القبول فإن العقد ينعقد إذا اقترن بالإيجاب قبول مطابق .(120)

والإيجاب سواء كان ملزما بأن اقترن بأجل صريح أو ضمن للقبول أم كان غير ملزم ويسقط في حالات معينة ، و هذه الحالات هي بالنسبة للإيجاب الملزم بمايلي :

1)إذا رفض الموجب له الإيجاب ولو كانت المدة المحددة للقبول لم تنتهي بعد وتعتبر رفضا للإيجاب قبول الإيجاب مع التعديل فيه أو إصدار إيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول .

2)انقضاء المدة المحددة للقبول:إذا بانقضاء هذه المدة يسقط الإيجاب مادام لم يقترن به القبول قبل انتهاؤها ولا يجوز القول أنه بانتهاء المدة يظل الإيجاب قائما ،لكن غير لازم ،لأن مثل هذا القول لا يتفق ونية الموجب التي اتجهت إلى أن لا يبقى الإيجاب قائما بعد انقضاء الميعاد .كذلك يسقط الإيجاب غير الملزم في حالتين :

1)إذا عذل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد .

2)إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب[121]

---

[120] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 43 .

[121] أنظر انور سلطان نفس المرجع بتصرف يسير، صفحة 55 – 56 .

نظـريـــة العقـــد

" أما القبول هو تعبير جازم عن الإرادة بارتضاء الإيجاب ممن وجه إليه و يترتب على اتصاله علم من وجه إليه – الموجب – انعقاد العقد " [122]

و إذا كان القبول يعقب من الناحية الزمنية في الغالب الإيجاب بإعتباره إستجابة له فقد يتزامن معه كما إذا تبادل شخصان – في نفس الوقت – إيجابان متطابقان إذ يستفاد القبول الضمني من كل طرف لايجاب الآخر ، يستفاد من ذلك التعبير عن الإرادة حتى يكون قبولا يترتب عليه أثره القانوني المقصود [123]

و من ثم يشترط في القبول حتى يحق إعتباره قبولا ينعقد به العقد أن لا يكون التعبير عنه قد تضمن ما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه وهكذا فمتى عارض الموجب في إيجابه لأمور معينة حتى ولو كان من بينها أمر ثانوي فلا تكون بصدد قبول في مفهوم القانون إلا إذا تناول رضا الموجب له جميع ما عرض له الموجب من أمور أما إذا اقترن القبول بما يزيد في إيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه فيعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا [124]

الأصل الموجب له غير ملزم بقبول الإيجاب الموجه له ،فله أن يقبله وأن يرفضه غير أنه في بعض الحالات قد يتم الإيجاب بناءا على دعوة للتعاقد موجهة من الموجب له نفسه كالدعوة الموجهة من التجار إلى الجمهور عن طريق الإعلانات عن طريق عرض البضائع في واجهات المحلات

---

[122] همام محمد محمود زهران ،صفحة 67.

[123] أنظر همام محمد محمود زهران ،بتصرف يسير ،صفحة67 .

[124] أنظر عصام أنور سليم ،بتصرف يسير ،صفحة 337 .

التجارية والإستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجابا نهائيا يمتاز عن ما عداها من ضروب الإيجاب بان من وجه إليه لا يجوز ان يرفضه بغير سبب مشروع[125]

تطابق الإيجاب و القبول : لا ينعقد العقد إلا إذا أتى القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة ، و قد رأينا أنه إذا ورد في القبول ما يزيد أو ينقص في الإيجاب فإن هذا يعتبر رفضا للإيجاب متضمنا إيجابا جديدا ، غير أنه في بعض الأحيان قد يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد كالاتفاق على المبيع و الثمن في عقد البيع ، على العين المؤجرة و الأجرة و مدة الإيجار في عقد الإيجار و لا تبقى إلا المسائل التفصيلية [126]

و فيما يتعلق بتطابق الإيجاب و القبول في القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 59 ق.م.ج.نصت على أنه :"**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية** "[127]

و السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل يعتبر العقد منعقدا قبل الاتفاق على المسائل التفصيلية ؟

لتوضيح الإجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق بين ثلاثة حالات :

---

[125] أنظر سلطان ، نفس المرجع ، بتصرف يسير ،صفحة 55 – 56 .
[126] أنظر أنور سلطان ، نفس المرجع ، بتصرف يسير ، ، صفحة57 – 58 .
[127] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .

- أن يكتفي الطرفان بالاتفاق على المسائل الجوهرية و إن لا يتعرضا للمسائل التفصيلية ففي هذه الحالة يعتبر العقد قد انعقد على اعتبارأن نية الطرفين قد اتجهت إلى الأخد بالعرف و بالقواعد المكملة أو المفسرة .
- أن يتم الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية دون البعض الآخر من هذه المسائل و في هذه الحالة لا ينعقد العقد كذلك إلا إذا تم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية .
- أن يرجئ الطرفان مناقشة المسائل التفصيلية إلى حين تنفيذ العقد ففي هذه الحالة يعتبر العقد قد انعقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية [128]

أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب و القبول :

المشكلة التي نحن بصددها نفترض أن أحد الأشخاص مات أو فقد أهلية كأن أصبح مجنونا أو معتوها قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة الذي صدر منه فهل ينتج هذا التعبير عند اتصاله بعلم من وجه إليه التعبير أم لا ؟[129]

أجابت المادة 62 ق.م.ج."**إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل** "[130].

---

[128] أنظر انورسلطان ، نفس المرجع ، بتصرف كبير ، صفحة 58 – 59 .
[129] خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة36 .
[130] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .

فهنا المادة أجابت كما سبق ذكره بالإيجاب ، بحيث ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني إذا اتصل بعلم من وجه إليه و هذا يعني أن القانون لا يجعل للموت أو فقد الأهلية أثر على التعبير على الإرادة ، إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار كأن تكون عبارات الإيجاب واضحة لأن القبول لابد أن يصدر من فلان بذاته أو أن ستعصي طبيعة الإيجاب بأن يقوم بتنفيذ غير القابل شخصيا كما إذا كان فنانا و عرض عليه القيام بعمل يدخل في صميم فنه فإن القبول يسقط بموت القابل [131]

أما الشريعة الإسلامية فإن مبطلات الإيجاب خروج الموجب عن أهليته بالموت أو الجنون قبل قبول الطرف الأخر ، فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجابا يرتبط به لان بقاء الإيجاب مده المجلس أمر اعتباري ، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لاحتمال رجوعه لو بقي على أهليته و لعدم فهمه للقبول و هو شرط للانعقاد و نفس الحكم في حالة زوال الأهلية الموجب له لأن الإيجاب يستلزم القبول و بزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغى الإيجاب[132]

الفرع الثاني : التعبير عن الإرادة .

---

[131] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 36 – 37 .

[132] أنور سلطان ، نفس المرجع ، صفحة 58 – 59 .

كما سبق القول أن وجود الإرادة وحده لا يكفي حيث أن الإرادة في ذاتها أمر كامن في النفس وبالتالي لا يمكن الوقوف عليها إلا إذا اتخذت مظهرا اجتماعيا أي من وقت ظهورها على العالم الخارجي و يتم ذلك عندما يعبر عنها و التعبير عن الإرادة قد بكون صريحا و قد يكون ضمينا .[133]

فالتعبير الصريح عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود فهذه المظاهر جميعها دلالتها صريحة ، بمعنى أن الكلام و الكتابة و الإشارة و نحو ذلك من طرق التعبير الصريح عن الإرادة كل منهما طريقة يستفاد منها معنى معين على ما هو مألوف بين الناس في أساليب التفاهم بينهم [134] أما التعبير الضمني عن الإرادة فيعرفه الفقه :" **بأنه مظهر غير مباشر لإبداء الإرادة فهو لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجد هذه الإرادة و لئن لم يكن هو الأسلوب المألوف في التعبير عنها** "[135]

مثل ذلك أن يصدر إيجاب إلى شخص يعرض عليه فيه أن يشتري منزلا فبدلا من أن يقبل مباشرة هذا العرض يقوم ببيع المنزل و يستفاد من تصرفه هذا أنه قد قبل ضمنا شراء هذا المنزل بدليل أنه باعه لغيره [136]

و تنص المادة 60 ق.م.ج.:"**التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة و بلا شارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه و يجوز أن**

---

[133] انظر نبيل إبراهيم سعد ، صفحة 94 ،بتصرف يسير ، صفحة 94 .
[134] أنظر عصام ، أنور سليم ، بتصرف يسير ، صفحة 328 – 329 .
[135] عصام أنور سليم ، صفحة 329 .
[136] انظر عصام أنور سليم ، بتصرف يسير ، صفحة 329 .

يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم بنص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا [137]"

هل يصلح السكوت دليلا على الإرادة ؟

لا يعرض هذا التساؤل بصدد الإيجاب فمن المستحيل أن يكون السكوت إيجابا و إنما يعرض التساؤل بمناسبة القبول فإذا صدر الإيجاب من طرف بمظهر من المظاهر السابقة و سكت الطرف الأخر فهل يعتبر سكوته ، رفضا أم قبولا ؟[138]

فالإيجاب لا يمكن أن يستنبط من مجرد السكوت تطبيقا للقاعدة "لا ينسب ساكت قول "ولكن إذا ما كان هناك إيجاب مستظهر بإحدى الوسائل السابقة فهل السكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا ؟ الأصل أن السكوت ليس له بذاته دلالة و لكن خلافا لهذا الأصل قد يتوافر ظرف من الظروف الخارجية يجعل السكوت دالا على القبول و يسمى السكوت في هذه الحالة بالسكوت الملابس على أساس ملابسته من ظروف ترجح فيه دلالة القبول [139] لذلك يقال في الفقه الإسلامي تكملة للقاعدة السابقة " و لكن السكوت في معرض الحاجة بيان ".[140]

و قد نصت المادة 68 ق.م.ج.:"**إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد قد تم إذا لم يرفض**

---

[137] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .
[138] أنظر علي على سليمان ، بتصرف يسير ، صفحة 30 .
[139] أنظر مصطفى الجمال ، بتصرف يسير ، صفحة 47 - 48 .
[140] مصطفى الجمال ، صفحة 48 .

الإيجاب في وقت مناسب و يعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه "[141]

الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثر القانوني :

تنص المادة 61 ق.م.ج : **"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك "**[142]

و على ذلك فإذا كان التعبير عبارة عن إيجاب فإن هذا الإيجاب لا ينتج أثره القانوني إلا إذا إتصل بعلم من وجه إليه هذا الإيجاب .بمعنى أن صاحب الإيجاب لا يستطيع سحب إيجابه متى علم به من وجه إليه اما إذا عدل عن إيجابه قبل أن يعلم من وجه إليه الإيجاب يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه أو يعدله كيف ما شاء و الامر كذلك إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا إنما في هذه الحالة يترتب عليه إنعقاد

العقد و يثور التساؤل في حالة إنكار من وجه إليه الإيجاب أو القبول كأن يدعي بأنه لم يعلم لا بالإيجاب و لا بالقبول على حسب الحال فما هو الحل في هذه الحالة ؟ [143]

---

[141] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 14 .
[142] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 13 .
[143] أنظر نبيل إبراهيم سعد ، بتصرف كبير ، صفحة 101 – 102 .

لقد أجابت عن هذا السؤال المادة سالفة الذكر حيث إعتبرت وصول التعبير لمن وجه إليه الإيجاب أو القبول قرينة عن العلم بهم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، وقرينة اصول التعبير ليست من القرائن القاطعة بحيث لايجوز إثبات عكسها و إنما هي قرينة ضعيفة يجوز لمن وجه التعبير إليه أن يقيم الدليل بأنه لم يصل إليه التعبير عن الإرادة حتى لاينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في حقه .

المطلب الثاني : صحة التراضي .

تشترط لصحة الرضا أن يكون من صدر منه متمتعا بالأهلية و هذا ما سبق ذكره في ركن العاقد وأيضا أن يكون إرضاؤه خاليا من عيوب الرضا و هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال و الغبن عيوب الرضا : تناول القانون المدني الجزائري عيوب الإرادة في المواد من 81 إلى المادة 90 .

الغلط : يعتبر العيب الأول الذي يشوب إرادة الإنسان بحيث يعرفه الفقه بأنه : " **وهم يقوم في الذهن و يصور في الأمر على خلاف الواقع** "[144]

الغلط بهذا المعنى يشمل كل أنواع الغلط و لايقتصر على الغلط كعيب من عيوب الإرادة و قد تناولت المادة 81 ق.م.ج الغلط بنصها : " **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله** "[145]

---

[144] محمد حسن قاسم ، صفحة 295 .

[145] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 16 .

و مثاله أن يشتري أحد الأشخاص شيئا على أنه من الآثار التاريخية المهمة ثم تبين له بعد ذلك أن الشيء الذي اشتراه و لا يمثل أي شيء بالنسبة للتاريخ أو الآثار و للغلط المعيب للإرادة شروط نصت عليها المادة 82 ق.م.ج: "**يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة شيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد أو لحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفات وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد** ".[146]

و من هذه المادة يتضح لنا أن الشرط الوحيد للغلط المعيب للإرادة هو أن يكون هذا الأخير جوهريا.

آثار الغلط :

متى توافرت الشروط السابقة لكن للمتعاقد الذي وقع في أن يتمسك بطلان العقد لتعيب إرادته كما سبق ذكره في المادة 81 ق.م.ج.فإذا تعارض ذلك مع ما تقضي به حسن النية فلا يجوز التمسك بالغلط كما لا يجوز لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد كما كان يرتضيه الطرف الذي وقع في الغلط و إلا كان متعسفا في استعمال حقه في إبطال العقد[147]

---

[146] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 16 .

[147] أنظر محمد حسن قاسم ، بتصرف يسير ، صفحة 299 .

2) التدليس : يعتبر العيب الثاني المعيب للإرادة و يعرفه الفقه بأنه هو استعمال شخص طرقا احتيالية بقصد إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد فالتدليس إذن غلط مستشار يقع فيه المتعاقد نتيجة الحيل التي يستخدمها المتعاقد الآخر والتدليس بالإضافة إلى كونه عيب من عيوب الإرادة بسبب ما أدى إليه من غلط دفع المتعاقد إلى إبرام العقد يعتبر عملا غير مشروع من جانب المدلس "[148]

و مثاله أن يتقدم شخص بمستندات مزورة إلى احد البنوك تظهر يساره بقصد الحصول على قرض وكذلك إدلاء الشخص ببيانات كاذبة عن حالته الصحية لشركة التأمين بقصد دفعها على إبرام عقد تأمين على حياته .

و قد نصت عليه المادتان 86 و 87 ق.م.ج- حيث تنص المادة 86 ق.م.ج:"**يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد أو يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة** "[149]

من المادتين 86 ، 87 ق.م.ج.سابقتي الذكر يتضح لنا أن شروط التدليس هي :

---

[148] محمد حسن قاسم ، صفحة 300 .
[149] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 16 .

- استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد : و نقصد بطرق الاحتيال ، كل فعل أو قول يؤدي إلى وقوع احد الأشخاص في الغلط المعيب للإرادة و قد تكون هذه الأفعال و الأقوال إيجابية و قد تكون سلبية ، تكون إيجابية في حالة الكذب كما في الإدلاء بيانات كاذبة يعلم المتعاقد المدلس أهميتها بالنسبة للمتعاقد المدلس عليه و تكون سلبية في حالة الكتمان أي إخفاء معلومات أو بيانات تهم الشخص في التعرف على حالة الشيء محل التصرف [150]

أن يكون الاحتيال دافعا لإبرام التصرف :هذا الشرط عبرت عنه المادة 86 ق.م.ج فقرة أولى .من هذه الفقرة يتبين أن الاحتيال الذي وقع من احد الأطراف يجب أن يكون جسيما أي أن يكون قد أثر في الطرف الثاني و جعله يقدم على التصرف القانوني بحيث لو كان يعلم به وقت تكوين إرادته و وقت التصرف لما أبرم العقد و هذا يعني أن الاحتيال لابد أن يكون الدافع الحقيقي للطرف المدلس عليه لإبرام التصرف [151]

-اتصال الاحتيال بالطرف الأخر : و يشترط أخيرا للاعتداد بالتدليس أن يصدر من المتعاقد الأخر أو من نائبه أما إذاصدر من الغير فإنه لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الأخر يعلم به أو كان من المعلوم حتما أن يعلم به . أما إذا كان لا يعلم به و لم يكن في استطاعته أن يعلم

---

[150] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة56 .
[151] انظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 57 .

بالتدليس فليس للمتعاقد ضحية التدليس طلب إبطال العقد فيضل العقد صحيحا رغم أثار التدليس [152]

أثار التدليس :

"متى توافرت الشروط السابقة كان العقد قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه و ذلك باعتبار التدليس عيبا من عيوب الإرادة و إلى جانب ذلك فإنه يجوز للمدلس عليه طلب التعويض عما يكون قد أصابه من ضرر نتيجة ذلك باعتبار التدليس عملا غير مشروع و يكون ذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية [153]

2) الإكراه : يعتبر العيب الثالث للإرادة و يعرفه الفقه بأنه هو رهبة تتولد لدى المكره و تحمله على التعاقد في ذاته أو قبول شروط ما كان ليقبلها من غير اختيار حر دفعا لخطر جسيم محدق يهدده أو غيره بدون حق [154]

و نصت عليه المادة 88 ق.م.ج " **يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان ر هبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق** "[155]

3) ونصت عليه المادة 88 و 89 ق.م.ج يتضح لنا أن شروط الإكراه هي كالأتي :

---

[152] أنظر محمد حسن قاسم ، بتصرف يسير ، صفحة 301 – 302 .
[153] أنظر محمد حسن قاسم ، بتصرف يسير ، صفحة 302 .
[154] همام محمد محمود زهران ، صفحة162.
[155] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 16 .

- استعمال وسائل للإكراه يهدد بخطر جسيم محدق .
- الرهبة في النفس الدافعة لتعاقد .
- اتصال الإكراه بالطرف الأخر .[156]

- استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق :لكي تتولد في نفس المكره الرهبة الدافعة للتعاقد التي من شأنها أن تعيب إردائه لابد أن يستعمل المكره وسائل معينة تهدد المكره بخطر جسيم محدق الوقوع في جسمه أو ماله أو أحد أقاربه أو شرفه و هذه الوسائل قد تكون مادية أو تكون عبارة عن تهديد بالإلحاق الأذى دون إيقاعه حقيقة على جسم المكره .[157]
- الرهبة في النفس الدافعة للتعاقد يجب لكي يتحقق الإكراه أن يتولد عن التهديد غير المشروع رهبة تدفع الشخص الذي تعرض له إلى التعاقد بمعنى أنه لولا هذه الرهبة لما أقدم على التعاقد ويشترط أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس و ذلك بان تصور ظروف الحال للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .[158]

---

156 أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 60 .
157 أنظر خليل احمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 60 .
158 أنظر محمد حسن قاسم ، بتصرف كبير ، صفحة 304 – 305 .

- اتصال الإكراه بالطرف الأخر : و يشترط أخيرا لكي يتحقق الإكراه كعيب في الإرادة أن يصدر من المتعاقد الأخر أما إذا صدر الإكراه من الغير فلا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به[159]

أثار الإكراه :

"يقع على من يتمسك بالإبطال للإكراه عبئ اثبات التهديد الصادر إتجاهه بخطر جسيم يقصد إنشاء رهبة دافعة للتعاقد و إثبات تولد هذه الرهبة في نفسه و إبرامه للعقد تحت تأثيرها وسبيله لذلك إثباته ما وقع في نفسه من تمدده بخطر جسيم محدق لا سبيل لدفعه إلا بإبرام العقد عن غير إختيار منه "[160]

4) الإستغلال و الغبن : تنص المادة 90 من ق.م.ج :**"إذا كانت إلتزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد و التزامات المتعاقد الاخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد** "[161]

---

[159] محمد حسن قاسم ، صفحة 305 .
[160] أنظر همام محمود زهران ، بتصرف يسير ، صفحة 170 .
[161] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 17 .

و يقصد به "عدم تعادل التزامات أحد المتعاقدين مع ما حصل عليه من نفع مادي أو أدبي بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر بغير أن يكون ذلك راجعا لتعيب إرادة المغبون أو استغلالها "[162] هذا بالنسبة للغبن .بينما في الاستغلال **"يكون مرده عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين استغلال المتعاقد لحالة ضعف الإرادة التي ألمت بالمغبون سواء نتج هذا الضعف عن ظروف ذاتية أو خارجية "**[163]

شروط الاستغلال :

يتضح لنا من المادة 90 ق.م.ج سابقة الذكر أن شروط الاستغلال في شرطين هما :1- عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد و ما يلتزم به : و يعني عدم التعادل كما هو واضح من نص المادة 90 أن يكون هناك اختلال أو تفاوت بين التزامات المتعاقدين بحيث يكون التزامات أحدهما أقل من التزامات الأخر بصورة كبيرة لأنه من الطبيعي جدا أن يكون هناك تفاوت و اختلاف بين التزامات المشتري و البائع أو المؤجر و المستأجر وفقا لمصالحها المتعارضة – لكن هذا التفاوت في العادة يكون يسير "لا يبدو معه أي استغلال الطرف في العقد للطرف الأخر [164]

---

[162] أنظر همام محمد محمود زهران ، صفحة171 .
[163] همام محمود زهران ، صفحة 171 .
[164] انظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 66 .

2 –استغلال ضعف معين في المتعاقد المغبون " و هذا الشرط هو الأخر منصوص عليه في المادة السالفة الذكر . فالتفاوت بين الالتزامات كان ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين الأخر، بسبب ما فيه من طيش أو هوى دفعه إلى ابرام التصرف بحيث لولاهما لما أبرم التصرف [165]" **فالطيش يقصدبه الخفة و التسرع في إتخاد القرارات و عدم المبالاة بنتائجها** " [166] هذا الطيش يجب أن يكون بيننا أي واضحا و مشهورا أما الهوى الجامح فهو الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسه فيجد نفسه مدفوعا إلى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون أن يستطيع مناقشة أو خيار كزواج رجل كبير صبية في مقتبل عمرها و يتعلق بها تعلقا يسلبه القدرة على رفض أي طلب لها خوفا من هجرها له .[167]

أثار الاستغلال :

متى توافرت عناصر الاستغلال على النحو السابق ذكره جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل أو ينقص التزامات هذا المتعاقد و قد يختار المتعاقد المغبون أن يطلب إنقاص التزاماته الباهضة إلى الحد الذي يرفع عنه ما أصابه من غبن و يجب على المتعاقد المغبون في جميع الأحوال أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة [168]

---

165 أنظر همام محمد محمود زهران ، بتصرف يسير ، صفحة180 .
166 همام محمود زهران ، صفحة 180 .
167 أنظر همام محمد محمود زهران ، بتصرف يسير ، صفحة 180 .
168 أنظر محمد حسن قاسم ، تصرف يسير ، صفحة 307 – 308 .

و هذا ما نصت عليه المادة 90 ق.م.ج السابق ذكرها في الفقرة 1 و2 و3 . و هناك حالة خاصة بالغبن المادي نصت عليها المادة 91 ق.م.ج " **يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالإحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود** ".[169]

و قد نصت على هذه الحالة التي قررها القانون المدني الجزائري في المادة 358 ق.م.ج " **إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع** "[170]

[169] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 17 .
[170] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 58 .

المبحث الثالث: المحل

باعتبار المحل العملية القانونية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها و يتم ذلك عن طريق الالتزامات الناشئة عن العقد قد نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 92 إلى 95 ق .م.ج.

المطلب الأول :وجود إمكانية المحل :

من شروط الاعتداد بالمحل وجوده و إمكانيته .

الفرع الأول : وجود المحل :

يجب أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل فإذا لم يكن موجودا عند التعاقد كان أن هلك قبل إبرام العقد انعدم ركن المحل و كان العقد باطلا بطلانا مطلقا و إذا لم يكن موجودا عند التعاقد و لكن ممكن الوجود في المستقبل كان العقد صحيحا .فالتعامل في الأشياء المستقبلية الممكنة الوجود جائز في القانون المدني و غير جائز في الرأي السائد في الشريعة الإسلامية [171]

و قد نصت المادة 92 ق.م.ج. فقرة 1:" **يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا** "[172]

و يلاحظ على هذا النص أنه يضيف كلمة محققا و هو غير موقف فيها .فالتعامل في الأشياء المستقبلية جائز ما دامت ممكنة الوجود أي غير مستحيلة و لكن قد لا توجد[173]

---

[171] أنظر علي سليمان بتصرف يسير ، صفحة 69 – 70 .

[172] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 17 .

لكن بالنسبة لنا نرى بأن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عند إضافته لكلمة محقق إذا أن عدم الوجود في المستقبل يخالف الشرط الأول و هو وجود المحل [174]

الفرع الثاني : إمكانية المحل :

يكون محل العقد ممكنا إذا كانت الأعمال التي تقتضيها الالتزامات الناشئة عنه ممكنة ، فإذا كانت هذه الأعمال واردة على شيء من الأشياء . المستحيلة كان العقد باطلا [175]

و في هذا الصدد نصت المادة 93 ق.م.ج : " **إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا لنظام العام أوالآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا** ." [176]

فالعقد يكون باطلا في حالة استحالة العمل محل العقد استحالة مطلقة أما الاستحالة النسبية و هي الاستحالة بالنسبة للمتعاقد وحده فلا أثر لها على العقد . فإقامة بناء ضخم في مدة قصيرة كستة أشهر مثلا يعتبر ممكنا في الوقت الحاضر من الناحية الموضوعية بالنسبة لكبار المقاولين و

---

[173] علي سليمان ، صفحة 70 -71 .

[174] من إقتباس الطلبة .

[175] أنظر مصطفى الجمال ، بتصرف يسير ، صفحة 107 .

[176] التقنين المدني الجزائري ، ، صفحة 17 .

لذلك إذا تعاقد بناء صغير على إقامة هذا البناء فإن محل العقد يعتبر ممكنا على الرغم من عدم إمكانه بالنسبة للبناء المتعاقد بالذات بالنظر لضعف إمكانياته .[177]

المطلب الثاني : مشروعية و تعيين المحل .

و يشترط أيضا أن يكون المحل مشروعا معينا أو قابلا للتعيين .

الفرع الأول : مشروعية المحل :

فيجب أن يكون محل الإلتزام مما يجوز التعامل فيه أي غير مخالف لنظام العام و الأداب العامة و قد نصت المادة 93 ق.م.ج. المعدلة بالأمر 05-10 **" إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا "** [178]

و الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفا للنظام العام و الآداب قد يكون التعامل فيها يتنافى و طبيعتها مثل أشعة الشمس أو الهواء أو ماء البحر فهي أشياء عامة مشتركة بين الناس جميعا و غير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها ، غير أنه إذا استحوذ شخص على جزء من ماء البحر أو من أشعة الشمس أو من الهواء و حوله عن طبيعته فإنه يجوز له التعامل فيه .[179]

---

177 أنظر مصطفى الجمال ، بتصرف يسير ، صفحة 107 .
178 التقنين المدني الجزائري ، صفحة 17 .
179 أنظر خليل احمد حسن قدادة ، بتصرف كبير ، صفحة 79 .

و قد تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها لأن الغرض المقصود و منها يتنافى مع التعامل فيها مثل أموال الدولة كالطرق العامة و الجسور و الحصون فهي مرصودة للمصلحة العامة و لا يجوز التعامل فيها .[180] و قد نصت المادة 689 ق.م.ج: " **لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم** ".[181]

و الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بحكم القانون مثل تحريم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه كما نصت عليه المادة (92 فقرة 2 ق.م.ج) و مثل المخدرات و الصور المخلة بالآداب "[182]

الفرع الثاني : تعيين المحل .

"تعيين محل العقد يتم بطريقتين إحداهما مباشرة يتعين بها المحل تعينا كاملا ، و الأخرى غير مباشرة يصبح المحل معها قابلا لتعيين في وقت لاحق على انعقاد العقد "[183]

و نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 94 ق.م.ج : " **إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره و إلا كان العقد باطلا ،و يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة**

---

[180] أنظر علي علي سليمان ، بتصرف يسير ، صفحة 72 – 73 .
[181] التقنيين المدني الجزائري ، صفحة 109 .
[182] علي علي سليمان ، صفحة 73 .
[183] أنظر مصطفى جمال بتصرف يسير ص 100

الشيء من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف أخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط ".[184]

و عليه فالشيء إذا كان معينا بالذات يجب تحديد ذاتيته تحديدا نافيا للجهالة عن طريق وصفه بما يؤدي إلى تمييزه عن غيره. فبيع المنزل مثلا يقتضي تعيين موقعه و ذكر أوصافه الأساسية. و إذا كان الشيء معينا بنوعه فقط فيكفي تعين جنسه و نوعه و مقداره. فإذا لم يعين المقدار و جب أن يكون قابلا لتعيين و ذلك بأن يتضمن العقد العناصر اللازمة لتعيينه كبيع الثمار الموجودة في أرض معينة فهي و إن كانت غير معينة الآن فهي قابلة للتعيين عند الجني. و إذا لم يذكر في العقد درجة جودة الشيء فلا يؤثر ذلك في قيامه حيث تستخرج درجة الجودة من العرف أو من أي ظرف آخر فإذا لم يمكن استخلاص درجة الجودة إلتزم المدين بأن يسلم شيئا عن صنف المتوسط [185]

كما تنص المادة 95 ق.م .ج:"**إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير**"[186].

---

184 التقنين المدني الجزائري ص 17

185 أنظر محمد حسن قاسم بتصرف كبير ص 310

186 التقنين المدني الجزائري ص 18

يتضح لنا من خلال المادة أنه إذا كان محل الالتزام عبارة عن مبلغ من النقود فإن المدين يلتزم بالمقدار المبين في شروط العقد و سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت وقت الوفاء[187]

[187] أنظر خليل أحمد حسن قدادة، بتصرف يسير ص 77.

المبحث الرابع : السبب .

نتناول في هذا المبحث مفهوم السبب و كذا كيفية إثباته .

المطلب الأول : مفهوم السبب :

لقد كانت نظرية السبب محلا لاختلاف الفقهاء فالنظرية التقليدية تعتد بسبب الالتزام في العقد أي السبب المباشر الذي لا يختلف من عقد لأخر من ذات النوع و إن أختلف بحسب نوع العقد ففي عقود المعاوضة الملزمة للجانبين يكون سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الأخر فبسب التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن و هي عقود المعاوضة.يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن و في عقود التبرع يكون سبب التزام المتبرع هو نية التبرع و يشترط النظرية التقليدية في سبب الالتزام أن يكون صحيحا و مشروعا و موجودا أما النظرية الحديثة في السبب فلا تقف عند السبب المباشر بل تعتد بالغاية غير المباشرة أي الباعث الدافع إلى التعاقد الذي يختلف باختلاف العقود و المتعاقدين و لا تشترط لصحة العقد إلا مشروعية هذا الباعث فيجب أن يكون للالتزام بسبب و إلا كان العقد باطلا كما يشترط أن يكون سبب العقد مشروعا و أن يكون معلوما .[188]

[188] انظر محمد حسن قاسم ،بتصرف كبير، صفحة 312 -313 .

" وقد اعتنق القانون الجزائري النظرية الحديثة للسبب و اعتبره هو الباعث الدافع إلى التعاقد فإن الغلط في هذا السبب يجب أن يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال فقط "[189]

و تنص المادة 97 ق.م.ج"**إذا لزم المتعاقد بسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا** "و المادة 98 فقرة 1 :" **كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك** "[190]

و لهذا يشترط أن يكون السبب مشروعا غير مخالفا لنظام العام و الآداب العامة .

المطلب الثاني :إثبات السبب.

تنص المادة 98 ق.م.ج على : **"كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه "**[191]

فهذا النص يواجه فرضين :

---

[189] علي علي سليمان، صفحة 75 – 76 .
[190] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 18 .
[191] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 18 .

الفرض الأول أن لا يذكر السبب في العقد فيفترض في هذا الأخير سببا مشروعا و لكن هذه قرينة بسيطة يجوز للمدين أن يثبت عكسها بجميع الطرق الإثبات و لو بالبينة أو بالقرائن إذ لاكتابة هنا

الفرض الثاني : أن يذكر السبب في العقد فيفترض أن هذا السبب حقيقي و ليس صوريا و للمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري و ليس هو السبب الحقيقي و لكن على المدين في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة .لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها .بما أن السبب مكتوب في العقد فعلى المدين إثبات صوريته بالكتابة و لو لم تزد قيمة العقد عن 100000 دج إذا أثبت المدين صورية العقد كان عبئ الإثبات العكس على الدائن و إذا أثبت الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع و لكنه في هذه الحالة أن يثبت عدم المشروعية بكل طرق الإثبات لأن عدم المشروعية غش و الغش يجوز إثباته بكل الطرق ولو كان بشهادة الشهود [192]

[192] أنظر علي علي سليمان ، بتصرف يسير ، صفحة 75 – 76 .

الفصل الثالث: انحلال العقد

المبحث الأول : المسؤولية في العقود .

المطلب الأول : مفهومها .

إذا تم العقد على الصورة التي سبق لنا أن تحدثنا عنها بالتفصيل وجب على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ جميع الالتزامات التي ترتبت على عاتقه من العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود . أما إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات كان من الممكن إجباره على تنفيذ و ذلك عن طريق الوسائل القانونية التي جعلها القانون في يد الدائن لحمل مدينه على الوفاء وفقا للقواعد العامة التي ينظم بها القانون التنفيذ الجبري وإجبار المتعاقد على تنفيذ الجبري للالتزامات لا يمكن تصوره إلا في الحالة التي يكون فيها الالتزام ممكنا وغير مستحيلا .[193]

تنص المادة 164 ق.م.ج:" **يجبر المدين بعد اعذراه طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا** "[194]

و استحالة تنفيذ الالتزام أما أن تكون راجعه لقوة قاهرة لايد للمدين فيها و إما أن تكون راجعة لعمل المدين نفسه في الحالة الأولى لايمكن أن يسأل المدين عن عدم قيامه بالتنفيذ أما في الحالة

---

[193] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 143 – 144 .
[194] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 28 .

الثانية فيكون مسئولا عن عدم التنفيذ مسؤولية أساسها الإخلال بالالتزام العقدي و لذا توصف المسؤولية عن ذلك بالمسؤولية العقدية .[195]

فهي جزاء عدم تنفيذ العقد و تنفيذ العقد إما أن يكون تنفيذا عينيا واجب إذا كان ذلك ممكنا و طلبه الدائن كما لو كان محل الالتزام مبلغا من النقود أو كان المطلوب تنفيذه هو نقل حق عيني يستطاع قهر المدين عليه بدعوى صحة التعاقد .غير أنه في بعض الأحيان قد لا يكون تنفيذ الالتزام عينا من الأمور الممكنة و ذلك إما لهلاك محله إذا كان التزاما بإعطاء شيء أو الضرورة قيام المدين به طواعية إذا كان التزاما يعمل أو لسبق وقوع المخالفة إذا كان التزاما بامتناع عن العمل و في جميع هذه الصور لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية [196]

المطلب الثاني : أركانها .

1) الخطأ العقدي

في الأصل المدين يسأل عن فعله الشخصي الذي أدى إلى عدم تنفيذ الالتزام لكن قد يسأل عن فعل الغير كذلك في الحالة التي يستخدم فيها المدين أشخاص آخرين في تنفيذ التزامه العقدي و يسأل كذلك عن الأشياء التي في حراسته و المعروف أنه يجوز تعديل قواعد المسؤولية بالاتفاق أو

---

[195] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 144 .

[196] أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية مصر ، سنة النشر 2005 ، صفحة 251

عن طريق التأمين . و من ثم فإن حديثنا عن هذا الركن يقتضي منا الحديث عن المسائل الثلاث الآتية :

أولا : الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عملهالشخصي .

ثانيا :المسؤولية عن الغير أو عن الأشياء

ثالثا :تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين[197]

- أولا : الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي :

أول ما نبدأ به الحديث بالنسبة لهذه المسألة هو تعريف الخطأ العقدي الذي هو انحراف ايجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مآخدته ، و معيار هذا الانحراف هو في مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادي فكرة الشخص العادي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين فإذا كان المدين طبيبا مثلا ، فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد ارتكب خطأ ، بمسلك الطبيب العادي إذا وجد في مثل ظروفه [198]

و من بين نصوص القانون التي تفيد إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه نص المواد 106 ق.م.ج ، 107 ق.م.ج بنصها :" **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية** "[199]

---

[197] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير، صفحة 144 – 145 .
[198] أنظر أنور سلطان ، بتصرف كبير ، صفحة 256 – 257 .
[199] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 19 .

" و على ذلك فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي فإن الركن الأول للمسؤولية العقدية يكون قد توافر و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى إهمال المدين أو فعله العمدي ، بل أن الخطأ يتوافر في الحالة التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعا إلى القوة القاهرة .إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يكون المدين مسئولا عن عدم التنفيذ رغم توافر الخطأ العقدي و ذلك لانتفاء علاقة السببية و التي تؤدي إلى انعدام المسؤولية "[200]

و الالتزامات على نوعين : الالتزام بتحقيق نتيجة و يقصد به تحقيق نتيجة معينة فإذا لم يقم المتعاقد بتحقيق النتيجة المقصود بها من قيام هذا الالتزام يكون المتعاقد مخلا بتنفيذ التزامه العقدي و ذلك بعدم تنفيذه أما الالتزام ببدل عناية و هو ما يعني الالتزام يبدل الجهد و ذلك للوصول إلى الغرض المقصود و يستوي أن يتحقق هذا الغرض أم لا ، فهو التزام بعمل لكنه عمل غير مضمون النتيجة و هنا المهم هو مقدار العناية الواجب بذلها من المدين و هي عناية الرجل العادي فإذا أثبت المدين هذه العناية فيكون قد نفذ التزامه حتى و لو لم تتحقق النتيجة المطلوبة [201] و مثاله ما نصت عليه المادة 495 ق.م.ج : **"يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة و أن يحافظ عليها مثلما يبدله الرجل العادي "[202]**

---

[200] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 145 .
[201] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 145 -146 .
[202] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 79 .

ومن ثم فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة معينة بتحقق إذا ما تحققت فعلا هذه الغاية أو النتيجة المقصودة من الالتزام ، إلا تحقق الخطأ العمدي[203]

إثبات الخطأ العمدي :

يجب التفرقة في هذا الموضوع بين الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام يدل عناية .

فا فيما يتعلق بالنوع الأول فيكفي أن يثبت عدم تحقيق النتيجة ، ففي البيع مثلا يكفي أن يثبت المشتري عدم انتقال الملكية إليه .فإن أثبت الدائن ذلك فيفترض وقوع الخطأ من جانب المدين ويتعين في هذه الحالة على هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عليه أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي . و أما فيما يتعلق بالنوع الثاني من الالتزام و هو الالتزام يبذل عناية كما في الوكالة أو الوديعة . فلا يكفي من الدائن إثبات عدم تنفيذ الالتزام لكي يفترض الخطأ في جانب المدين ، بل على الدائن إثبات هذا الخطأ أي عليه أن يثبت أن المدين لم يبدل في تنفيذ التزامه عناية الشخص العادي فإن أثبت ذلك انتقل عبئ الإثبات إلى المدين وجب عليه إذا أراد نفي المسؤولية إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي [204]

المسؤولية عن الغير و عن الأشياء .

---

[203] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير ، صفحة 147 .

[204] أنظر أنور سلطان ، بتصرف كبير ، صفحة 254 -255 .

لم ينص المشرع الجزائري صراحة عن هذا النوع من المسؤولية ،إنما يمكن استخلاصه بطريقة غير مباشرة ، و ذلك من المادة 178 ق.م.ج فقرة 2 :"**يجوز الإنفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه** ".[205]

وعلى ذلك يكون الوضع الطبيعي لمسؤولية المدين عن الخطأ الغير في حالة حلول الغير حلولا صحيحا في تنفيذ التزامه ويتحقق ذلك إذا كلف المدين الغير تنفيذ التزامه أو كان التكليف أت من القانون كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية الصغير أو المحجور عليه عن خطأ الولي أو الوصي أو القيم في تنفيذ العقود التي عقدها لحسابه[206]

---

[205] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 30 .

[206] أنور سلطان ، نفس المرجع ، صفحة 256 – 257 .

شروط المسؤولية العقدية في فعل الغير :

أن يوجد بين المدين و الدائن المضرور عقد صحيح و أن يكون الغير مكلفا من قبل الدائن بتنفيذ التزامه العقدي قبل الدائن و هذا يعني أنه يوجد ثلاثة أطراف في هذه المسؤولية ، المدين المسئول والدائن المضرور و الغير الذي استخدمه المدين و الذي يسأل عن أخطائهم أثناء تنفيذ الالتزام بشرط أن يكون المدين قد استخدمه في هذه المهمة [207]

أما مسؤلية المدين العقدية عن الأشياء فهي الحالة التي يسأل فيها المدين مسؤولية عقدية في حالة عدم تنفيذه للالتزام بسبب لا يرجع إلى فعله الشخصي بل إلى فعل الشيء أي إلى تدخل إيجابي من شيء أفلت من حراسته [208]

ثالثا : تعديل قواعد المسؤولية العقدية :

1) تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق التأمين على المسؤولية بحيث يستطيع المدين أن يتفق مع شركة التأمين بأن تتحمل أخطاءه العقدية سواء الصادر منه عمدا أو الأخطاء الصادرة من أتباعه أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد .

2) تعديل قواعد المسؤولية العقدية عن طريق الاتفاق [209]

---

[207] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، صفحة 148 .
[208] خليل أحمد حسن قدادة ، صفحة 149 .
[209] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، ، صفحة150 .

3) بحيث تنص المادة 178 ق.م.ج :" **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشرط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي** ".[210]

2) الضرر:

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية العقدية ،يقع عبء إثبات الضرر على عاتق الدائن "**لأن البينة على من إدعى** ".... هنا الدائن هو الذي يدعي بأنه قد وقع به ضرر من جراء عدم التنفيذ ، و الضرر إما أن يكون ماديا أو أدبيا ،فيكون ماديا إذا ما أصاب الدائن بأحد أمواله أو بجسمه ،يكون أدبيا إذا ما أصاب الدائن بضرر في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه ، والضرر المادي هو الأكثر وقوعا في نطاق المسؤولية العقدية كأن لا يستطيع المعير أن يسترد الشيء المعار ويكون ضررا حالا إذا وقع بالفعل بالنسبة

---

[210] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 30 .

للدائن من جراء الخطأ العقدي الذي إرتكبه المدين أثناء تنفيذه لالتزامه العقدي هذا النوع من الضرر لا خلاف عليه من حيث أنه يوجب التعويض [211]

و قد يكون الضرر المادي ضررا محتملا و هو الضرر الذي لم يقع بعد و الذي لا يعتبر كذلك محققا في وقوعه فهذا النوع من الضرر لا يجوز التعويض عنه إلا في حالة وقوعه كأن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين المؤجرة فالخلل ضرر حال و لكن تهدم العين ضرر محتمل فيجوز للمؤجر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحال أما الضرر المحتمل فلا يجوز أن يطالب بالتعويض عنه إلا في حالة وقوعه فعلا .أما الضرر الأدبي فهو نادر الوقوع في نطاق المسؤولية العقدية فقد يكون الضرر الذي يقع للدائن من جراء الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين بحق الدائن ضررا أدبيا لا ماديا فالراكب إذا أصيب بجرح أثناء النقل لحقه ضرر أدبي بجسيمه . [212]

3) العلاقة السببية :

هذه العلاقة هي الركن الثالث في المسؤولية المدنية عموما فلا يكفي أن يقع الخطأ من المدين و أن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر و هذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر . [213]

---

[211] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ،بتصرف كبير ،صفحة 151 ،152 .
[212] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ،بتصرف يسير ، ، صفحة 153 – 154 .
[213] بلحاج العربي ، صفحة 289 – 290 .

المبحث الثاني :فسخ العقد و انفساخه .

المطلب الأول : فسخ العقد

الفسخ هو نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية ، و هو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد العاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته و معناه حق كل عاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقم العاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية و زوال أثارها بأثر رجعي فيتخلص من الالتزامات التي فرضتها عليه. [214]

و الفسخ قد يقع بحكم القاضي المادة 119 ق.م.ج :" **في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كافة الالتزامات** ".[215]

و قد يقع بالاتفاق المادة 120 ق.م.ج و قد يقع بحكم القانون المادة 121 ق.م.ج

أساس نظرية الفسخ :

---

[214] أنظر بلحاج العربي بتصرف يسير ، ، صفحة 360 .
[215] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 21 .

نظـــريـــة العقـــد

لم يعرف القانون الروماني فكرة الفسخ كمبدأ عام لأنه لم يتوصل إلى استبعاد نظرية السبب التي تبنى عليها تقابل الالتزامات في العقود التبادلية غير أن فقهاء القانون الكنيسي هم الذين تبنو نظرية الفسخ على أساس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي العقد الملزم للجانبين و نظرية السبب في العقود التبادلية و لكنه لا يقع من تلقاء نفسه بل يتعين طلبه أمام القضاء و للقاضي السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه تبعا للظروف.[216]

و المتفحص لكتب الفقه الإسلامي يجد أن نظام الفسخ ورد في كتب الفقهاء على سبيل الاستثناء وذلك يوجه خاص في عقد البيع و عقد الإيجار فالأصل في الشريعة الإسلامية أنها لا تأخذ بنظام الفسخ إلا على سبيل الاستثناء و في القانون المدني الفرنسي القديم ذكر الفقهاء أنه يأخذ بنظام الفسخ حتى ولو لم يوجد شرط صريح في العقد يقضي بذلك إلا أن هذا الفسخ لا يتم وفقا لهذا القانون إلا بحكم قضائي.[217]

و في التقنين الفرنسي –تقنين نابليون –فقد أسست المادة 1184 الفسخ على أساس الشرط الضمني و الذي يقض بفسخ العقد الملزم للجانبين حين يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه . و لكن نظرية الشرط الفسخ الضمني نظرية منتقدة لأنها لو صحت لأدى ذلك إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اتفاق أو إلى حكم القاضي و قد ذهب بعض الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على أساس نظرية السبب لكن هذه النظرية تعرضت للنقد كذلك

---

[216] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف يسير ، ، صفحة 173 .

[217] أنظر بلحاج العربي بتصرف يسير ، ، صفحة 301 .

حيث أن انعدام السبب لا يؤدي إلى الفسخ و إنما إلى البطلان لهذا ذهب الفقهاء إلى الأخذ بنظرية الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين فإن لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزام جاز للآخر أن يطلب التحلل من التزامه هو أيضا[218]

شروط الفسخ :

يجب لقيام الحق في الفسخ وفقا للمادة 119 ق.م.ج فقرة أولى سالفة الذكر تتوافر ثلاثة شروط :

- أن يكون العقد ملزم للجانبين .
- أن يكون أحد العاقدين قد اخل بالتزامه .
- و أن لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه [219]

تقرير الفسخ :

القاعدة العامة في الفسخ أن يكون قضائيا أي بمقتضى حكم من القضاء ، غير أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على وقوع الفسخ إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه [220]

أثر الفسخ :

يترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أم اتفاقيا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها من قبل فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن نقضي بالتعويض . وفقا لنص المادة 122 ق.م ج و هذا

---

[218] أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير، صفحة 174 .
[219] بلحاج العربي ، صفحة 306 .
[220] بلحاج العربي ، صفحة 310 .

هو الأثر الرجعي للفسخ أي زوال العقد زوالا يرتد أثره إلى وقت إبرامه فتنعدم جميع الآثار التي تتولد عنه بحيث يعتبر العقد كأنه لم يكن أصلا كما هو الحال في الإبطال ولا يقتصر الأثر على المتعاقدين بل يمتد إلى الغير ذلك أن للفسخ أثرمطلق ويحتج به في مواجهة الكافة كقاعدة عامة [221]

المطلب الثاني : انفساخ العقد .

إذا ما استحال على المدين تنفيذ التزامه العقدي لسبب أجنبي عنه لايد له فيه كالقوة القاهرة في هذه الحالة يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام انقضاء الالتزام المقابل له و بالتالي انفساخ العقد بقوة القانون و هذا النوع من الفسخ لا يحتاج إلى أعذار من الدائن إلى المدين لأن الأعذار عبارة عن تكليف المدين بالوفاء و هذا لا يكون إلا في حالة إمكان تنفيذ الالتزام عينيا ، أما في استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي عن المدين فلا يكون أمام الدائن فرصة لمطالبة المدين بالتنفيذ و كذلك لا يحتاج هذا النوع من الفسخ إلى حكم القاضي لأنه يقع بحكم القانون [222]

بحيث تقرر المادة 121 ق.م.ج " **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة و ينفسخ العقد بحكم القانون** "[223]

---

221 أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير، صفحة 167 .
222 أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير، صفحة 172 .
223 التقنين المدني الجزائري ، صفحة 21.

لكن إذا اقتض الأمر اللجوء إلى القضاء لتحقق من توافر شروط السبب الأجنبي و القوة القاهرة ، فإن دور القاضي يقتصر على هذا فقط دون أن يتعدى ذلك من الكشف عن وجود السبب الأجنبي و بالتالي فإن حكم القاضي بالفسخ لا يكون إلا حكما مقررا و ليس منشئا و أثر الفسخ بحكم القانون لا يختلف عن أثر الفسخ بحكم القاضي أو بالاتفاق .[224]

وقد تثور في حالة الفسخ بحكم القانون مسألة تحكم التبعية عند استحالة تنفيذ الالتزام لقوة قاهرة فمن المعروف أنه في العقود الملزمة للجانبين أن المدين هو الذي يتحمل تبعة هلاك العين بقوة قاهرة وأساس ذكر فكرة الارتباط بين الالتزامات المتبادلة ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن الدائن هو الذي يتحمل تبعة الهلاك [225]

---

[224] خليل أحمد حسن قدادة،صفحة 172-173. .

[225] أنظر بلحاج العربي بتصرف كبير ،صفحة 318-319..

المبحث الثالث :الدفع بعدم التنفيذ .

المطلب الأول :مفهومة :

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين ،أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما عليه من التزام وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ ،إما إلى الفسخ وبالتالي يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد .[226]

وتقضي المادة 123 ق.م.ج:"**في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما التزم به** ."[227]

أساس الدفع بعدم التنفيذ :

"لم يكن الدفع بعدم التنفيذ معروفا في القانون الروماني وإنما عرفه القانون الكنيسي على أساس المبدأ القائل "**لا يرعى عهد من لا عهد له** "الذي اعتمد عليه الشراح المتأخرين للقانون الروماني في القرون الوسطى .كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية عرفوا مبدأ تنفيذ الالتزامات المتقابلة على أسس من الوفاء بالعهد والتعادل والقصاص ،لم يريد القانون الفرنسي نصا عاما يقرر فيه القاعدة المتعلقة بهذا الدفع وإنما اقتصر على نصوص متفرقة يصدد بعض العقود .أما أساس

---

[226] خليل أحمد حسن قدادة ،صفحة175.
[227] التقنين المدني الجزائري ،صفحة21.

نظـــريـــــة العقـــد

الدفع بعدم التنفيذ فهي نظرية السبب التي تقيم ارتباطا بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين وهو أساس ذاته الذي يقوم عليه الفسخ وعلى هذا الأساس بتعين تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد وهذا انطلاقا من اعتبارات العدالة وإرادة المتعاقدين في العقد التبادلي [228]

شروطه :

يتضح من نص المادة 123 ق .م.ج السابقة الذكر أنه ينبغي أن تتوافر شروط ثلاثة :

لإمكان التمسك بالدفع بعدم التنفيذ [229].

أ_أن يكون العقد ملزما للجانبين :

يتحدد نطاق الدفع بعدم التنفيذ وفقا لأساسه القانوني بالعقد الملزم للجانبين أي بالالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين .

ب_استحقاق الأداء :أي أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا فأن كان أحد الالتزامين غير مستحق الأداء قد أصبح التزاما طبيعيا كما لو سقط بالتقادم فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به ا وإذا تمسك كل من المتعاقدين بالدفع

---

[228] أنظر بلحاج العربي ،بتصرف يسير ،295.294.

[229] بلحاج العربي،صفحة 296.

بعدم التنفيذ فإنه يمكن الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي الوارد في المادة 420 ق. إ.ج .م [230]

أو بأمر القاضي بالإيداع لدى الشخص ثابت يتولى مهام التسليم ،بذلك يتم التنفيذ من الطرفين في الوقت واحد

ج_ عدم القيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه:يستوي أن يكون عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كليا أو جزئيا ويجب أن يكون العاقد في التمسك بالدفع حسن النية فلا يدفع به إذا كان عدم التنفيذ هذا الالتزام يرجع إلى سلوكه أو ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد يكمل نفاده أو أصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا .[231]

المطلب الثاني :أثر الدفع بعدم التنفيذ :

يؤدي الدفع بعدم التنفيذ إلى وقف تنفيذ الالتزام و ليس زواله كما في الفسخ فإذا تمسك البائع بعدم تسليم الشيء المبيع إلى أن يقوم المشتري بدفع الثمن فإن الأثر لا يتعدى وقت تنفيذ التزام البائع و ليس زواله [232]

و قد يترتب بأن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه فيترك المتمسك بهذا الدفع دفعه و يقوم هو الآخر بتنفيذ التزامه اختيارا أو يجبر على ذلك جبرا إذا لم يعد هناك مبررا لاستمراره في تمسكه بعدم التنفيذ

---

230 أنظر خليل أحمد حسن قدادة ، بتصرف كبير، صفحة 175 – 176 .
231 بلحاج العربي،صفحة 298 .
232 خليل أحمد حسن قدادة ،صفحة 177.

بعد أن قام الطرف الأخر بتنفيذ التزامه و قد لا يترتب على الدفع قيام الطرف الأخر بالتنفيذ و في هذه الحالة يجوز أن يعدل المتمسك بالدفع عن هذا الموقف السلبي و يطلب الفسخ بصفة نهائية[233]

و الدفع بعدم التنفيذ ينتج أثره ليس فقط في مواجهة المتعاقد الأخر بل في مواجهة الغير أيضا و يقصد بالغير كل شخص اكتسب حقا في تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ فلو أن هناك بيعا و تأخر المشتري في دفع الثمن ثم باع العين التي اشتراها لمشتري ثاني أو رهنها لدائن مرتهن فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين المؤجرة و يتمسك بالدفع ضد المشتري الثاني .أو الدائن المرتهن .

و تجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب على من يتمسك بالدفع أن لا يتعسف في استعماله فلا يجوز له أن يتمسك به فيمتنع عن تنفيذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذ التزام أساسي في العقد حتى يقوم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزام ثانوي قليل الأهمية [234]

---

[233] أنظر بلحاج العربي ،بتصرف يسير ،صفحة 299.

[234] بلحاج العربي ،صفحة 299.

المبحث الرابع :البطلان.

المطلب الأول :مفهومة

يعرف الفقه البطلان بأنه الجزاء الذي يقرره المشرع على تخلف ركن من أركان العقد أو تختلف شرط من شروط صحته[235]

والبطلان إما أن يكون بطلانا مطلقا ويكون ذلك إذا تختلف ركن من أركان العقد أو عدم استيفاء مقوماته من حيث مضمونة أو غاياته لما تطلبه القانون من شروط في محل وسبب الالتزام ،وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في الحالات التالية :

– انعدام الإرادة المدركة المتميزة سواء للسن أو لعارض معدم الأهلية .

– تخلف الإرادة الجازمة كما هو الشأن في تصرفات المجاملة وإرادة الهازل الذي استبان هزله من عبارات التعاقد أو يمكن العلم به من ظروف المعاملة

– انعدام التراضي لعدم تطابق الإرادتين .

– انعدام أهلية وجوب اكتساب الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد

– تخلف ما استلزمه القانون في شأن محل سبب الالتزام

– نخلف ركن الشكلية إذا استلزمه القانون [236]

---

[235] محمد حسن قاسم ، صفحة 314 .

أما العقد القابل للأبطال يكون كذلك إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية والقابل للأبطال يرتب

أثاره كاملة إلى أن يقرر أبطاله بناء على طلب ناقص الأهلية أو من أصاب العيب إرادته [237] فهو عقد موجود من الناحية القانونية لدلك فإبطاله يحتاج إلى تقرير من القضاء إذا لم يتوصل المتعاقدان إلى الاتفاق على اعتباره باطلا [238]

و يكون العقد قابلا للإبطال في الحالات الآتية :

-إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية للسن أو لعارض منقص للتميز (السفه أو الغفلة)

- إذا تعيبت إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الرضا .

- إذا قرر نص خاص في القانون قابلية العقد للإبطال شأن البطلان النسبي لبيع ملك الغير لمصلحة المشتري [239]

العقد الباطل بطلان مطلقا عقد ليس له وجود قانوني ،لذلك فلا يلزم لبطلاته تقرير من القضاء وبصفة خاصة إذا لم يكن العقد قد تم تنفيذه ،ففي هذه الحالة يستطيع البائع مثلا أن يتصرف في الشيء المبيع دون أن يكون مسئولا عن ذلك فإذا ما طالبه المشتري أمام القضاء بتنفيذ

---

[236] أنظر همام محمد محمود زهران ، بتصرف يسير ، صفحة 183 – 184 .
[237] أنظر محمد حسن قاسم ، بتصرف يسير، صفحة 315 .
[238] أنظر مصطفى الجمال ، بتصرف يسير ، صفحة 194 .
[239] همام محمد محمود زهران ، بتصرف يسير، صفحة 185 .

العقد كان له أن يدفع مطالبته بالدفع بالبطلان غير أنه إذا كان العقد قد تم تنفيذه في جانب منه فيكون لصاحب المصلحة في البطلان الالتجاء إلى القضاء بطلب بطلان العقد حتى يتمكن من إزالة ما تم تنفيذه [240]

"وفي المقابل فإنه لا غنى قانونا من استصدار حكم قضائي منشأ يقرره البطلان في حالة العقد الباطل بطلانا نسبيا بالنظر لأنه عقد موجود قانونا ومرتب لأثاره يلزم أطرافه بتنفيذ ما تعهدوا به إلى أن يقضي ببطلانه "[241]

التمسك بالبطلان :

يرجع الحق في التمسك ببطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا إلى كل ذي مصلحة و المقصود بذلك كل من له حق يتأثر بصحة العقد وبطلانه وهذا ما يتوافر أولا بالنسبة لكل من المتعاقدين وخلفهما عاما كان أو خاصا ،ما يتوفر ثانيا بالنسبة لدائني أحد المتعاقدين كما هو الحال في مصلحة دائني البائع في التنفيذ على المبيع وفي مصلحة دائني المشتري التنفيذ على الثمن الذي أداه البائع[242]

---

[240] أنظر محمد حسن قاسم ،يتصرف يسير صفحة134-.315.

[241] همام محمد محمود زهران ،صفحة 185

[242] مصطفى الجمال ،صفحة 191-192.

وتنص المادة 102 فقرة أولى ق م ج :"**إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة** ".[243]

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا أي القابل للأبطال فلا يجوز التمسك بإبطاله إلا من المتعاقد الذي تقررت القابلية للأبطال لمصلحته هو ناقص الأهلية أومن شاب العيب إرادته فلا يجوز للمتعاقد الأخر التمسك بالبطلان النسبي كما لا يستطيع القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه[244]

تنص المادة 99 ق.م.ج."**إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في أبطال العقد فليس للمتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا الحق**."[245]

سقوط الحق في التمسك بالبطلان بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا نظرا لأنه لا وجود له قانونا فإن بطلانه لا يزول بإجازة أحد الطرفين لأن حق التمسك ببطلانه غير قاصر على أحد الطرفين لأن الإجازة يقتصر أثرها على تصحيح عقد غير صحيح و لا يمكن أن تؤدي إلى إنعقاد عقد لم ينعقد أصلا كما هو الشأن في العقد الباطل ابتداءا [246]

---

[243] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 19.
[244] محمد حسن قاسم صفحة 315-316.
[245] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 18
[246] محمد حسن قاسم ،صفحة 316.

ودعوى البطلان وفقا للمادة 101 ق.م.ج المعدلة بالقانون 05-10":**يسقط الحق في أبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ،غير أنه لا يجوز التمسك بحق الأبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد**"[247].

هذا فيما يتعلق بسقوط الحق في أبطال العقد بحيث يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات على حسب كل عيب على حدا على أن لا يتجاوز 10 سنوات من يوم إبرام العقد [248]

المطلب الثاني : أثار البطلان

بالنسبة للمتعاقدين:

يترتب على بطلان العقد ان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد فإذا كان العقد بيعا وقام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وقام الأخير بدفع الثمن ثم تقرر بطلان العقد وجب على المشتري .رد المبيع إلى البائع ويرد له الأخير الثمن ،فإذا استحال الرد كان العقد كما لو كان العقد إيجاز قضى بالبطلان بعد مدة من الانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وحيث يستحيل وهذه المنفعة فيحكم على المستأجر بتعويض عادل .

---

[247] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 18

[248] من اقتباس الطلبة.

أما إذا تقرر بطلان العقد بسب نقص الأهلية فلا يلزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد فإذا ما أبرم ناقص الأهلية عقد بيع مثلا و أنفق بعض الثمن و البعض الآخر لسداد دين عليه فإذا تقرر بطلان عقد البيع فلا يلزم ناقص الأهلية إلا برد جزء الثمن الذي عاد عليه بالمنفعة أي جزء الثمن الذي سدد به ما عليه من دين .[249]

و في هذا الصدد تنص المادة 103 المعدلة بموجب القانون رقم 05- 10 ق.م.ج :"**يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا المستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .غير انه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد** ".[250]

و الأصل أن البطلان يرد على العقد بأكمله فيشمل جميع أجزائه و يهدر جميع أثاره و مع ذلك فقد يقتصر أثر البطلان على جزء من العقد مع بقاء الأجزاء الأخرى صحيحة إذا كان العقد يقبل تلك التجزئة ...و هذا ما يسمى بانتقاص العقد أو البطلان الجزئي .[251]

في هذا الصدد أيضا تنص المادة 104 ق.م.ج " **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله** ".[252]

---

[249] أنظر همام محمد محمود زهران بتصرف كبير ،صفحة188 .
[250] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 18 -19 .
[251] محمد حسن قاسم ،صفحة 318 .

و قد يكون العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه عقدا باطلا ومع ذلك يتضمن هذا العقد عناصر عقد آخر صحيح . لم يقصده المتعاقدان إبرامة عقدا باطلا ومع كل ذلك يتضمن هذا العقد عناصر عقد أخر صحيح ، لم يقصده المتعاقدان مثال ذلك أن يتفق شخصان على إنشاء كمبيالة على أحدهما للأخر ،ولكن هذه الكمبيالة لا تكون مستوفية للشروط التي يتطلبها القانون لصحة الكمبيالة ، إنما تكون مستوفية لعناصر سند إذني .[253]

وقد نصت المادة 105 ق. م. ج:"**إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد أخر فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين لكانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد** "[254]

أثار البطلان بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يمتد هذا إلى الغير ، فإذا كان العقد بيعا وقام المشتري برهن الشيء المبيع لمصلحة دائن له ثم تقرر بطلان عقد البيع فيمتد أثر البطلان إلى الدائن المرتهن فيبطل الرهن كذلك .غير أن أعمال أثر البطلان بالنسبة للغير قد يضر بحقوق الغير حسن النية .[255]

---

[252] التقنين المدني الجزائري ،صفحة 19 .
[253] مصطفى الجمال ، صفحة 210.
[254] التقنين المدني الجزائري ، صفحة 19
[255] محمد حسن قاسم ،صفحة 319.

نظـريـــة العقـــد

الخاتمة :

نستخلص أن العقد يقوم على عناصر من أهمها وجود إرادتين ، أو أكثر ، و ضرورة إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني فما يتم في نطاق المجاملات الإجتماعية لا يعتبر من العقود كما يجب أن يكون الأثر القانوني الذي تتجه الإرادة إلى إحداثه ذا طابع مالي ، أي أن يكون قابلا للتقويم بالنقود ، وأخيرا يجب أن يكون الإتفاق واقعا في دائرة القانون الخاص ، فيخرج عن نطاق العقد المعاهدات و الإتفاقيات التي تخضع لأحكام القانون الدولي.

أما العقد بالمعنى الشرعي وجدنا بأنه يتسع ليشمل العقد بمعناه القانوني ، و التصرف القانوني بالإرادة المنفردة ، كما أنه يشمل دائرة الأحوال الشخصية ، فنظرية العقد قديمة أول ماظهرت كانت مرتبطة بإرادة الإنسان التي كانت حرة دون قيد ، في إنشاء ماتشاء من التصرفات ،و بدأت في التطور ، ودخلت عليها مستجدات ، وعوامل جديدة اقتصادية , وإجتماعية ، فبعد أن كانت الدولة حارسة أصبحت متدخلة ، ولكن رغم ذلك بقيت الرضائية ، هي القاعدة العامة ، والقيود المفروضة على الإرادة هي الإستثناء ، و ذلك لحماية المصلحة العامة فقط . و نطاق العقد يتحدد بأمرين : الأمر الأول هو الطبيعة المالية للأداء الملقى على عاتق المدين ، و الثاني أن يكون الإتفاق في دائرة القانون الخاص ، وهي تحتاج إلى أركان تقوم عليها ، وهي العاقد و التراضي المتكون من الإيجاب الذي يصدر من العاقد الأول ، و القبول الذي يصدر من العاقد الثاني ، و المحل الذي يجب أن يكون موجودا ، وممكنا ، ومشروعا ، و معينا ، أو قابلا للتعيين ، وسبب. كما أنه في حالة تخلف ركن من هذه الأركان نكون بصدد بطلان ، أما إذا إمتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه كان محلا للمسؤولية

نظـــريـــــة العقـــد

العقدية ، والتي تقوم على أركان ثلاثة هي خطأ ، و ضرر ، و علاقة سببية بينهما كما أنه إذا ماإستحال على المدين تنفيذ الإلتزام يجوز للدائن فسخ العقد ، و الفسخ إما أن يكون قضائيا ، أو إتفاقيا ، أو قانونيا ، و قد نكون بصدد إنفساخ العقد ،كما أنه إذا إمتنع أحد المتعاقدين ‘ن تنفيذ إلتزامه جاز للآخر الدفع بعدم التنفيذ.

قائمة المراجع و المصادر

المراجع :

1) د. أحمد فراج حسين ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة النشر 2005 .

2) أ/ أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية مصر ، سنة النشر 2005.

3) أ/ أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، سنة النشر 2007.

4) د. بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول(التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، سنة النشر 1999.

5) خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، سنة النشر 1994 .

6) د. عصام أنور سليم ، أسس الثقافة القانونية في نظريات القانون و الحق و العقد ، الدار الجامعية،لبنان سنة النشر 1997.

7) د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، سنة النشر 1998.

8) علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر سنة النشر 2005.

9) د. محمد كمال الدين إمام ، الفقه الإسلامي ، قواعد الفقه و نظرياته العامة ، نظريات الحق و الملكية نظرية العقد ، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة النشر 2004.

10) د. محمد حسن قاسم ، مبادىء القانون ، مدخل إلى القانون و الإلتزامات ، الدار الجامعية ، مصر سنة النشر 1998.

11) د. مصطفى عبد الجواد ، مصادر الإلتزام ، المصادر الإرادية للإلتزام ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، سنة النشر 2005 .

12) أ/د. مصطفي الجمال ، مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، سنة النشر 1999.

13) د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، سنة النشر 2004.

14) د. همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة مصر ، سنة النشر **2004**.

المصادر

- القانون المدني الجزائري ، الصادر بموجب الأمر رقم 75 – 58 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26سبتمبر 1975 ، و المتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975) ، معدل و متمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005 ، الجريدة الرسمية 44 .

نظـريـــة العقـــد

خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول : ***ماهية العقد***

المبحث الأول : تعريف العقد

- ✓ **المطلب الأول** : تعريف العقد في القانون الوضعي
- ✓ **المطلب الثاني** : تعريف العقد في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : تطور العقد

- ✓ **المطلب الأول** : مبدأ سلطان الإرادة
  - **الفرع الأول** : تكوين العقد
  - **الفرع الثاني** : آثار العقد
- ✓ **المطلب الثاني** : المعطيات الجديدة
  - **الفرع الأول** : عوامل التطور
  - **الفرع الثاني** : القواعد الجديدة

المبحث الثالث : نطاق العقد

- ✓ **المطلب الأول** : الطبيعة المالية للآداء الملقى على عاتق المدين
- ✓ **المطلب الثاني** : أن يكون الإتفاق في دائرة القانون الخاص

المبحث الرابع : تقسيمات العقود

- ✓ **المطلب الأول** : تقسيم المشرع
  - **الفرع الأول** : العقد الملزم للجانبين و العقد الملزم لجانب واحد

نظـــريـــــة العقـــد

- **الفرع الثاني** : العقد المحدد و العقد الإحتمالي
- **الفرع الثالث** : عقد المعاوضة و عقد التبرع

✓ **المطلب الثاني** : تقسيم الفقه

- **الفرع الأول** : من حيث تكوين العقد و تنفيذه
- **الفرع الثاني** : من حيث مساواة المتعاقدين و الأحكام التي تدير العقود
- **الفرع الثالث** : من حيث انصراف آثار العقود

الفصل الثاني : *إنعقاد العقد*

المبحث الأول : العاقد

✓ **المطلب الأول** : تعاقد العاقد عن نفسه

- **الفرع الأول** : الأهلية
- **الفرع الثاني** : عوارض الأهلية

✓ **المطلب الثاني** : التعاقد بطريق النيابة

- **الفرع الأول** : تعريف النيابة و شروطها
- **الفرع الثاني** : آثار النيابة

المبحث الثاني : التراضي

✓ **المطلب الأول** : وجود التراضي

- **الفرع الأول** : عنصر التراضي
- **الفرع الثاني** : التعبير عن الإرادة

✓ **المطلب الثاني** : صحة التراضي

المبحث الثالث : المحل .

نظـــريـــة العقـــد

المطلب الأول : وجود و إمكانية المحل .

- **الفرع الأول** : وجود المحل .
- **الفرع الثاني** : إمكانية المحل .

✓ **المطلب الثاني** : مشروعية و تعيين المحل .

- **الفرع الأول** : مشروعية المحل
- **الفرع الثاني** : تعيين المحل .

المبحث الرابع : السبب

✓ **المطلب الأول** : مفهوم السبب

✓ **المطلب الثاني** : إثبات السبب

الفصل الثالث :

إنحلال العقد

المبحث الأول : المسؤولية في العقود

✓ **المطلب الأول** : مفهومها

✓ **المطلب الثاني** : أركانها

المبحث الثاني : فسخ العقد وإنفساخه

✓ **المطلب الأول** : فسخ العقد

✓ **المطلب الثاني** : إنفساخ العقد

المبحث الثالث : الدفع بعدم التنفيذ

✓ **المطلب الأول** : مفهومه

نظـــريـــــة العقـــد

- ✓ **المطلب الثاني** : آثار الدفع بعدم التنفيذ

المبحث الرابع : البطلان.

- ✓ **المطلب الأول** : مفهومه
- ✓ **المطلب الثاني** : آثار البطلان

الخاتمة