تمهيد و تقسيم:

1 –مفهوم نظرية الالتزامات :

يهتم القانون المدني بتنظيم العلاقات الشخصية و العلاقات المالية التي يبين فيها كيف تنشأ الحقوق المالية و كيفية حمايتها ، أما بالنسبة للعلاقات الشخصية ، أو ما يسمى كذلك العلاقات الأسرية ، فإنها في أغلب التشريعات العربية استقلت بتقنين لها ، لما تتميز به من خصوصية دينية ، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري حذا حذوا التشريعات العربية ، ونظم كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية في إطار قانون الأسرة .

إن نظرية الالتزام هي جزء من الجانب المالي للقانون المدني ، وتشمل مجموع الوسائل القانونية الفنية التي يتسنى بها للأفراد أن يكتسبوا حقوقا مالية بعضهم اتجاه بعض ، ويتحدد مضمون هذه النظرية في " **الالتزام** " ، بصورة عامة منذ نشوءه إلى انقضائه ، فالالتزام كالإنسان ، يولد ثم يعيش لفترة محددة طالت أم قصرت ، تعتريه خلالها أحوال و أوصاف ثم يموت .

و تكتسي نظرية الالتزام أهمية بالغة ، نظرا لأنها تنظم جزءا كبيرا من حياة الأفراد في المجتمع ، ألا وهو الجانب المالي ، ففي الحياة اليومية نقوم بمعاملات كثيرة تنظيمها من صلب نظرية الالتزام ، التي أصبحت قواعدها بمثابة ثوابت ، لم يستطع الزمان أن يتصدى لمضمونها بالمراجعة أو الاستبعاد، وإذا كانت التطورات الحاصلة في البلدان المختلفة قد دفعت بالمشرع إلى إجراء بعض التعديلات اليسيرة ، إلا أن هذه الأخيرة لم ترقى للمساس بقواعدها الجوهرية .

2– مفهوم الالتزام :

الالتزام ، كما عرفه الدكتور خليل أحمد حسن قداده (حالة قانونية ، بمقتضاها يلتزم شخص معين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين)، ومن هذا التعريف يتضح لنا خصائص الالتزام:

أ –أن الالتزام له وجهان ، وجه شخصي ووجه مادي ، فالوجه الشخصي له ، فيتمثل بأن الالتزام يلزم شخصا معينا وهو المدين محل التزامه ، إعطاء شيء أو القيام أو الامتناع عن عمل، و أما الوجه المادي ، فيتمثل بالقيمة المالية للالتزام بالنظر لمحله.

ب–أنه ليس من الضروري وجود الدائن وقت نشوء الالتزام .

3 –مصادر الالتزام :

أورد المشرع الجزائري مصادر الالتزام ضمن الباب الأول من الكتاب الثاني ، حيث خصص الفصل الأول للقانون و الفصل الثاني للعقد و الإرادة المنفردة، أما الفصل الثالث فخصصه للمسؤولية التقصيرية التي أطلق عليها " الفعل المستحق للتعويض " ، و الفصل الرابع أطلق عليها تسمية " شبه العقود " ، و يتضمن كل من الإثراء بلا سبب و دفع غير المستحق و الفضالة .

إن تقسيم مصادر الالتزام وفق النظرية الحديثة يقوم على مصدرين :

مصادر إرادية : وسميت كذلك لتدخل الإرادة فيها لإنشاء الالتزام، وتشمل العقد، كعقد البيع مثلا و الإرادة المنفردة كالتصرف القانوني للوصية .

مصادر غير إرادية : وسميت كذلك لأن الإرادة لا تتدخل في إنشاء الالتزام ، وتشمل كل من العمل المستحق للتعويض (المسؤولية التقصيرية)، و إن كان هذا لا يصدق على الفعل الضار العمدي ، و الإثراء بلا سبب و القانون .

المصادر الإرادية :

إن الالتزامات الإرادية تنشئها الإرادة ، فالإرادة تتصرف بكل حرية وجدية لإحداث أثر قانوني ، وهي التي تنشأ من العقد ، والتي تنشأ من الإرادة المنفردة ، ويطلق على مصدر الالتزام في هذه الحالة التصرف القانوني.

القسم الأول : العقد

إن دراسة العقد باعتباره المصدر الأول من مصادر الالتزام الإرادية ، تقتضي منا دراسة تعريف العقد و تحديد خصائصه، ثم دراسة تقسيمات العقود ، لننتقل إلى أركان العقد ، آثار العقد ثم زوال العقد .

أولا : تعريف العقد

يعتبر العقد أهم مصدر إرادي للالتزام ، حيث يحظى بأهمية بالغة في الحياة اليومية للأشخاص، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني الجزائري بقوله (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).

من هذا التعريف يتضح أن القالم الج قد سار مسار نظيره الفرنسي في تعريف العقد ، حيث جمع بين تعريف العقد و الالتزام ، وفي الواقع أن تعريف العقد شيء وتعريف الالتزام شيء آخر ، لأن الالتزام رابطة أو علاقة أو واجب إن صح التعبير تنشأ عن العقد، هذا الأخير الذي يعتبر بالنسبة إليه بمثابة المصدر الذي ينشأ عنه، بمعنى آخر أن الالتزام ليس إلا أثر يترتب على العقد ،فإذا قام عقد البيع بين البائع و المشتري ، ينشأ بعد قيامه التزام البائع بتسليم الشيء المبيع ، و التزام المشتري بدفع الثمن ، ولذا لا يعرف المصدر بالأثر، زد على ذلك أن تعريف المشرع الجزائري للعقد ضمن أحكام المادة 54 لم يبرز دور الإرادة في إنشاء العقد ، خاصة أن العقد لا يقوم إلا على إرادتان متطابقتان يعتد بهما القانون ، إذن يمكن أن نعرف العقد بأنه **اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها** ، وبمفهوم المخالفة فإن أي اتفاق لا يؤدي إلى إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها لا يعتبر عقدا ، ومثال ذلك إذا دعا شخص، شخص آخر إلى حضور عزومة يقيمها ، فقبل هذا الأخير ، فإذا تخلف الشخص المدعو، لا يترتب عليه أي أثر قانوني، إلا إذا كان هناك قصد في ترتيب هذا الأثر القانوني .

و تجدر الإشارة كذلك، أن ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقدا ، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقع في نطاق القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية ، فيخرج عن نطاق ذلك عقد الزواج و التبني و الوظيفة العامة ، فهي إما متعلقة بالقانون العام أو متصلة بالأحوال الشخصية .

ومن تعريف العقد يمكن أن نستخلص جملة من الخصائص ، نذكر أهمها فيما يلي :

-**العقد مصدر للالتزام** :يترتب عن نشوء الالتزام في ذمة كلا طرفيه، أو في ذمة طرف واحد ، فهذا الالتزام قد يكون محله إعطاء شيء (كنقل ملكية منقول أو عقار)، وقد يكون محله القيام بعمل مثل التزام المقاول بالأعمال المتفق عليها في عقد المقاولة ، وقد يكون محله الامتناع عن القيام بالعمل ، كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمبيع.

-**العقد مصدر إرادي للالتزام** : يقوم العقد على إرادتين متطابقتين ، فتتجه إرادتان فأكثر إلى التقيد بما يفرضه من التزامات بكل حرية .

ثانيا: تقسيمات العقود

تختلف تقسيمات العقود عن بعضها بحسب الناحية التي ينظر إليها في العقد، وهي كالآتي :

1 العقود المسماة و العقود غير المسماة :

نظم المشرع الجزائري العقود ، من حيث كونها عقود مسماة وعقود غير مسماة ، فالعقود المسماة هي العقود التي وضع المشرع لها تنظيما خاصا في القانون المدني، حيث تم تنظيم كل عقد بموجب قواعد قانونية متميزة عن تلك التي تحكم عقد آخر ، وخصه كذلك باسم خاص به ، كعقد البيع ، عقد الإيجار، عقد المقاولة .....إلخ، أما العقود غير المسماة فهي التي لم يضع لها المشرع قواعد قانونية خاصة بها، كما لم يخصها باسم معين كما فعل بالنسبة للعقد المسمى ، ولكن هذا لا يعني أن العقد غير المسمى لا يخضع للقانون ، وإنما يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة ، ومرد عدم تنظيم مثل هذه العقود بقواعد خاصة لعدم شيوعها بين الأشخاص ، كعقد الفندقة و عقد التمثيل ، الذي يتعهد فيه الممثل بالقيام بدور في فيلم معين .

2 العقود من حيث التكوين :

تقسم العقود من حيث تكوينها إلى عقد رضائي ، عقد شكلي

أ العقد الرضائي : وهو العقد الذي تكفي لانعقاده الإرادة ، عن طريق توافق إرادة المتعاقدين ، دون حاجة لاتخاذ أي إجراء شكلي لانعقاده ، والمشرع الجزائري قد جعل مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ الرضائية هو القاعدة في تنظيم العقود إلا إذا وجد نص خاص.

ب العقد الشكلي : هو ذلك العقد الذي لا تكفي الإرادة لانعقاده ، وإنما يجب إفراغ الإرادة في قالب شكلي ، وهو الكتابة الرسمية أو العقد الرسمي ، كما عرفه المشرع ضمن أحكام المادة 324 من الق الم الج ، ومن العقود الشكلية عقد البيع الواقع على عقار أو حقوق عينية عقارية ، و تجدر الإشارة أن الكتابة الرسمية في هذه الحالة تعتبر ركن لانعقاد العقد وتخلفها يجعل العقد باطل بطلان مطلق، وهذا ما يختلف عن الكتابة كوسيلة إثبات، حيث لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على الكتابة لإثبات العقد ، في هذه الحالة يكون شرط الكتابة ليس ركن لانعقاد العقد، وإنما شرط لإثباته.

3 تقسيم العقد من حيث التنفيذ:

ينقسم العقد من حيث الآثار القانونية المترتبة عليه إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد .

أ العقد الملزم للجانبين : تنص المادة 55 من الق الم الج " يكون العقدملزما للطرفين ، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا "، إذن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فكلاهما دائن و مدين في نفس الوقت فعقد الإيجار مثلا يرتب على المؤجر الالتزام بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع ، ويرتب على المستأجر في المقابل دفع الأجرة .

ب العقد الملزم لجانب واحد : تنص المادة 56 من الق الم الج " يكون العقد ملزما لشخص ، أو لعدة أشخاص ، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين "، فالعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي ينشىء التزامات في ذمة طرف دون الآخر ، ومثاله عقد الهبة دون عوض ، حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل من هذا الأخير .

ويترتب على تقسيم العقود من حيث الآثار القانونية التي ترتبها ، النتائج الآتية :

-الفسخ مقتصر على العقود الملزمة للجانبين، حيث يستطيع الدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه عند تقاعسه ، أو أن يطالب بالفسخ ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيستطيع الدائن أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه دون الفسخ لأنه لا يفيد طالبه في هذه الحالة.

-الدفع بعدم التنفيذ مقتصر على العقود الملزمة للجانبين، حيث تكون الالتزامات متقابلة ، إذ يستطيع الدائن الدفع بعدم التنفيذ ، أي يمتنع بدوره عن التنفيذ عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا يستطيع الدائن أن يقوم بذلك إذ لا التزام عليه .

-تحمل تبعة الهلاك ، إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي، ينقضي الالتزام المقابل، فيتحمل المدين تبعة ذلك ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإنه إذا استحالت هذه الالتزامات تحمل الدائن تبعة هذه الاستحالة .

4 تقسيم العقد من حيث طبيعته :

ينقسم العقد من حيث طبيعته إلى عقد محدد، عقد احتمالي ، عقد فوري و عقد زمني .

العقد المحدد: وهو العقد التي تكون فيه التزامات كلا طرفيه محددة وقت إبرام العقد ، ففي عقد البيع المحدد مثلا يكون مقدار الأداء الذي يلتزم به كل متعاقد محدد وقت التعاقد ، فيتم تحديد الثمن ب مليون دينار جزائري ، و يحدد المبيع بسيارة من نوع " رونو سامبول "

العقد الاحتمالي : وهو العقد الذي لا تكون فيه التزامات أحد طرفيه محددة وقت التعاقد، و إنما تتوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، ومثال ذلك واضح في عقد التأمين ضد الحريق مثلا، حيث يلتزم المؤمن له بدفع مبلغ من النقود لشركة التأمين ، وذلك لتأمين سيارته لمدة سنة ضد أي حريق يمكن أن يصيبها ، فنلاحظ هنا أن التزام المؤمن له قد تم تحديده وقت التعاقد ، بينما التزام شركة التأمين غير محدد، فإذا وقع الحريق التزمت الشركة بدفع مبلغ التأمين ، وإن لم يقع فإنها لا تلتزم بدفع شيء .

العقد الفوري : العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، فيكون تنفيذه فوريا كعقد البيع مثلا، و لو تراخى التنفيذ إلى أجل كالبيع بثمن مؤجل ، أو آجال متتابعة كالبيع بالتقسيط ، فالزمن إن دخل فهو ثانوي ، يدخل لتحديد وقت التنفيذ و ليس لتحديد المحل المعقود عليه .

العقد الزمني : وهو العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد ، أي أن المحل لا يمكن تصوره إلا بالزمن كالمنفعة في عقد الإيجار التي لا يمكن تقديرها إلا بمدة زمنية ، وكذلك عقد العمل لمدة زمنية لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن.

ثالثا: تكوين العقد (شروط انعقاده و شروط صحته)

لكي ينشأ العقد صحيحا من الناحية القانونية ينبغي أن تتوفر فيه شروط وجود، إذ تخلف أحد شروط الوجود أو ما تعرف كذلك بالأركان يجعل العقد باطل بطلان مطلق ، وتوفر كذلك شروط صحة، تخلف أحد شروط الصحة يجعل العقد باطل بطلان نسبي[1]

1: شروط الوجود (أركان العقد)

أركان العقد في نظريته العامة هي التراضي ، المحل و السبب بالإضافة إلى ركن رابع وهي الشكلية (الرسمية) في العقود التي تكون محلها عقار أو حقوق عينية عقارية

الركن الأول : التراضي

العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني ، إذن فالتراضي معناه تطابق إرادتين ، وما يفهم من نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، فالعقد في الأصل يقوم على مبدأ الرضائية و كاستثناء على مبدأ الشكلية في بعض العقود .

و المقصود بالإرادة هنا ، هي الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء الالتزام فلا عبرة بالإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، كما هو الحال في الاحتفالات و العادات الاجتماعية في الأفراح و التعازي التي تقوم بين أفراد الأسرة ، كما لا يؤخذ كذلك بإرادة الهازل في إحداث الأثر القانوني .

أولا– التعبير عن الإرادة : التعبير عن الإرادة يصدر من صاحب الحق المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر ...فيسمى التعبير الصادر من الأصيل، لكن قد يمنع صاحب الحق مانع في التعبير عن إرادته لسبب من الأسباب فينيب عنه شخصا آخر يعرف بالنائب[2]، أو ما يعرف كذلك بالنيابة في التعاقد .

---

[1] يأخذ القانون المدني الجزائري بالتقسيم الثنائي للبطلان ، حيث استخدم اصطلاح العقد الباطل مقابل البطلان المطلق و اعتبره من النظام العام ، و اصطلاح القابل للإبطال مقابل البطلان النسبي و اعتبره ليس من النظام العام

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (الجزء الأول) مصادر الالتزام، طبعة 1994 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 34

1-التعبير عن الإرادة الصادر عن الأصيل: إن التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي و يكون بأحد الوسائل و الطرق التي نصت عليها المادة 60 من الق الم الج ، فإما أن يكون تعبير صريح للإرادة أو تعبير ضمني .

- و يكون التعبير الصريح للإرادة بأحد الوسائل التالية : اللفظ، الكتابة ، الإشارة المتداولة عرفا و اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته عن مقصود صاحبه كعرض التاجر لأسعار السلع التي يبيعها كتعبير صريح لإيجابه أو كوقوف سيارات الأجرة في الموقف الخاص بها.

- و يكون التعبير الضمني للإرادة إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ، ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة كأن يتصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتريه ، فهذا دليل على أنه قبل شراءه، كذلك كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد نهاية عقد الإيجار و يصدر منه عمل يراد به التجديد .

2- القوة الملزمة للتعبير عن الإرادة :

إن التعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها القانون، بل يأخذها بعين الاعتبار حيث يرتب عليه آثار قانونية تتمثل في حماية المتعاقد الآخر في أن يتحمل الصادر عنه التعبير المسؤولية عند عدوله عن التعبير[1].

أ2- متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني ؟

تنص المادة 61 ق م ج" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " .

يتضح من نص المادة 61 أن التعبير عن الإرادة لا يرتب آثاره القانونية إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، بعبارة أخرى إن التعبير سواء كان صريحا أو ضمنيا أو صدر بأي وسيلة كانت

[1] حمزة قتال ، مصادر الالتزام العقد، دار هومه، الجزائر 2018 ، ص 58

فإذا ما اقترن بعلم من وجه إليه رتب آثاره القانونية، كما يمكن الإشارة أن للتعبير عن الإرادة وجودا فعليا يتم بمجرد صدوره عن صاحبه، ووجود قانوني يتم بوصوله إلى علم من وجه إليه، و العبرة في التعبير هي بوجوده القانوني ، إذ به وحده تترتب الآثار القانونية للتعبير عن الإرادة ، و مثال ذلك إذا كان التعبير عن الإرادة قبولا ، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه وهو الموجب ، و أثر القبول هنا أكثر وضوحا من أثر الإيجاب ، لأن أثر القبول إذا أنتج أثره هو انعقاد العقد ، فالقبول إذا صدر فلا يتم العقد به إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه.

و مادام أن المادة السالفة الذكر ربطت الوجود القانوني للتعبير بعلم من وجه إليه ، غير أنه و نظرا لكون هذا العلم متعذر الإثبات في كثير من الأحيان ، إذن فهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها كأن يثبت الشخص أنه كان في سفر وقت وصول التعبير عن الإرادة إلى منزله ، ولم يعلم بفحواه إلا بعد أيام ، وعليه فالتعبير عن الإرادة بمجرد صدوره يصبح له كيانا مستقلا عن صاحبه ، لكنه لا ينتج أثره القانوني إلا باتصاله بعلم من وجه إليه .

ب2- أثر موت المعبر أو فقده لأهليته على التعبير عن الإرادة :

تنص المادة 62 ق م ج " إذا مات من صدر منه التعبير 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 " .

يتبين من هذه المادة أن للتعبير عن الإرادة وجودا فعليا ، حيث ينفصل عن صاحبه و يصبح له كيانا مستقلا يبقى له و لو مات من صدر منه أو فقد أهليته، و يرتب آثاره القانونية رغم ما حدث لصاحبه بشرط اتصاله بعلم من وجه إليه ، غير أن المادة استثنت من الحكم السابق حالة : (عندما يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن التعبير ينعدم بموت من صدر منه أو بفقده لأهليته، كأن يكون من صدر منه التعبير محل اعتبار كما إذا كان الشخص القابل فنان ، أو أن يحتاط صاحب التعبير لنفسه فيقيد ترتب آثار التعبير عن إرادته ببقائه حيا أو كامل الأهلية) ، في هذه الحالة فإن القبول يسقط بموت القابل و لا يمكن لورثة القابل أن يلزموا الموجب بإبرام العقد لأن الإيجاب أو طبيعة التعامل تمنع ذلك.
و تجدر الإشارة أن الفقه الغالب يحصر هذه الحالة أي إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته يبقى للتعبير وجوده الفعلي ، ويرتب أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه، يحصرها في القبول دون

الإيجاب ، فإذا صدر القبول ثم مات صاحبه أو فقد أهليته، فإن القبول يبقى رغم ذلك و يرتب آثاره القانونية إذا علم به الموجب ، أي أن العقد ينعقد بالرغم من موت من صدر منه القبول، أما في حالة الإيجاب، فلا فائدة من الحكم الذي قضت به المادة ، إذ أنه بالرغم من بقاء الإيجاب بعد وفاة الموجب و ترتيبه لأثره القانوني إلا أن وفاة الموجب يحول دون ترتيب القبول أثره القانوني و هو إبرام العقد حيث يستحيل علم الموجب بهذا القبول.

3 – توافق الإرادتين : إن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر ، وذلك عن طريق اقتران الإيجاب و القبول الصادرين من المتعاقدين ، فاقتران الإيجاب و القبول يكون إما في مجلس واحد كالتعاقد بين حاضرين ، أو أن الإيجاب و القبول لا يجمعهما مجلس واحد وهو التعاقد بين غائبين .

أ – حالة التعاقد بين حاضرين : إن الحديث عن الإيجاب و القبول يقتضي منا تحديد أولا المقصود بمجلس العقد .

أ1 – مجلس العقد : ذكر اصطلاح مجلس العقد في المادة 64 من القانون المدني ، و يقصد به ذلك المكان الذي يجمع كلا من أطراف العقد بحيث يسمع كلا منهما الآخر ، أي بتعبير آخر كل طرف يعلم بتعبير صاحبه فور صدوره عنه ، وقد يكون هذا المجلس حقيقيا عندما يتواجد المتعاقدان في مكان واحد بحيث يسمع كل منهما الآخر و يراه ، وقد يكون مجازيا عندما يستطيع كلا من المتعاقدين سماع بعضهما رغم تواجدهما في مكانين مختلفين .

وقد بينت المادة 64 السالفة الذكر بأن الإيجاب الذي يصدر في مجلس العقد يعتبر صالحا لأن يقترن به قبول ، وهو في الوقت ذاته غير ملزم لصاحبه، فيستطيع أن يعدل عنه ، كما أجازت ذات المادة للموجب له أن يتراخى في إصدار قبوله، وفي هذه الحالة يعتبر القبول صحيحا إذا ما توفر شرطان أساسيان : – أن يبقى مجلس العقد قائما ، بمعنى أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلين بالتعاقد .

– أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائما .

أ2 : الإيجاب و القبول

الإيجاب : هو التعبير عن الإرادة **البات** المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد ، إذا لحقه قبول مطابق .

فالموجب إذا كان في مرحلة المفاوضات التي تسبق عادة الإيجاب الملزم ، فهذه المرحلة لا يرتب عليها القانون أي أثر قانوني ، و يسقط الإيجاب الملزم في حالتين هما :

الحالة الأولى : إذا رفض من صدر الإيجاب له ، فيسقط الإيجاب في هذه الحالة حتى و لو لم تنته المدة المحددة للإيجاب ، والرفض يكون إما قطعي أو عن طريق إيجاب جديد يخالف الإيجاب الأول وبالتالي يحتاج إلى قبول من قبل الموجب ، أو عن طريق قبول يتضمن تعديل للإيجاب .

الحالة الثانية : انقضاء مدة الإيجاب المحددة أو التي تحددها ظروف التعامل دون أن يقابله قبول .

القبول : هو التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد ، في حالة تطابقه مع الإيجاب تطابق تاما ، كأن يقول الشخص (أ) أبيعك هذا الهاتف النقال ب 50.000 دج فيجيب عليه الشخص (ب) قبلت شراء الهاتف ب 50.000 دج ، فهنا يكون القبول مطابقا مطابقة تامة للإيجاب فينعقد العقد، وحتى يعتد بالقبول من الناحية القانونية يجب :

– أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب ، و إلا أعتبر القبول إيجابا

– إذا كان في القبول تعديل للإيجاب ، فهنا لا يعتبر قبولا بل إيجاب جديد يحتاج كذلك إلى قبول .

إن القبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة ، لا بد أن يكون ما يدل على وجوده سواء صراحة أو ضمنا أو اتخاذ موقف ، لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام **هل يعتبر السكوت الذي لم يقترن باتخاذ موقف قبولا ؟**

لقد أجابت على هذا التساؤل المادة 2/68 من القانون المدني على أنه (يعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه)

كقاعدة عامة السكوت يعتبر عمل سلبي لا يرتب أثر قانوني، تطبيقا للمقولة (لا ينسب لساكت قول) ، لكن خروجا عن هذه القاعدة العامة فقد اعتبر المشرع السكوت قبولا في حالتين هما :

الحالة الأولى : ما إذا كان هناك تعامل سابق بين الموجب و الموجب له

كأن يكون الموجب أحد البنوك و قد أرسل للموجب له حسابه الجاري، فإن سكوت الموجب له وعدم رده على البنك و لم يعترض أعتبر سكوته قبول لوجود تعاملات سابقة بين الطرفين .

الحالة الثانية : أن يكون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه

وذلك بأن يحقق له مصلحته بشروط جيدة فسكوت الموجب له في هذه الحالة يعتبر كذلك قبولا كما هو الحال في عقود التبرعات كعقد الهبة مثلا .

ب- حالة التعاقد بين غائبين :

يكون التعاقد بين غائبين إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس عقد واحد ، حيث تكون هناك فترة زمنية ستمضي بين الإيجاب و القبول كالتعاقد باستعمال الرسائل أو البرقيات أو عن طريق إرسال رسول ينقل إرادة أحد الأطراف إلى الآخر ، إذن **فمتى ينعقد العقد ....؟**، فبموجب نص المادة 67 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول من طرف الموجب لتحديد وقت اقتران القبول بالإيجاب ، ما لم يتفق المتعاقدان أو ينص العقد على غير ذلك ، وقد أقام القانون المدني قرينة على العلم بالقبول ، وهي وصول التعبير عن القبول في الزمان و المكان اللذين وصل فيهما ، وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها من قبل الموجب .

3 – النيابة في التعاقد (التعبير الصادر عن النائب) :

يقصد بالنيابة في التعاقد (حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التعبير عن الإرادة مع انصراف الآثار القانونية المترتبة إلى الشخص الأصيل لا النائب) ، وللنيابة أنواع ثلاث بحسب مصدرها : فهناك النيابة الاتفاقية و مصدرها عقد الوكالة ، و هناك النيابة القانونية و مصدرها القانون كالأب مثلا على أبنائه القصر، و هناك النيابة القضائية و مصدرها الحكم القضائي ، فعند انعدام الولي أو الوصي يعين القاضي مقدما.

أ شروط تحقق النيابة في التعاقد :

يشترط في النيابة في التعاقد تحقق شروط ثلاثة و هي :

الشرط الأول : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

يشترط في النيابة في التعاقد أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، فتكون إرادة النائب محل اعتبار في إبرام العقد ، لا أن ينقل النائب إرادة الأصيل و هذا هو الفرق بين النائب و الرسول ، حيث أن التعاقد بواسطة الرسول يعتبر تعاقد بين غائبين ، بينما التعاقد بالنيابة هو تعاقد بين حاضرين.

و يشترط في النيابة الاتفاقية أن يكون النائب قاصرا مميزا على الأقل ، لكن يجب أن تكون إرادته خالية من العيوب و ينظر إلى حسن نيته من سوئها، إلا إذا كان يتصرف طبقا لتعليمات محددة صدرت إليه من الأصيل ، فإن نية هذا الأخير هي التي تؤخذ بعين الاعتبار دون نية الوكيل.

الشرط الثاني : التزام النائب حدود النيابة

لكي تنصرف آثار العقد المبرم بالنيابة إلى الأصيل ، يجب على النائب أن يلتزم حدود النيابة ، و إلا انصرفت هذه الآثار إليه دون الأصيل ، طبقا للمادة 74 من القانون المدني، ولا يبقى أمام المتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل .

إلا أنه ترد على هذه القاعدة استثناءات ، تنفذ فيها تصرفات النائب في ذمة الأصيل بالرغم من تجاوز حدود النيابة أو انتهائها :

الحالة الأولى: إذا كان في تجاوز النائب حدود سلطته نفعا للأصيل، و تعذر على النائب إعلامه بهذا التجاوز و غلبة الظن على قبول الأصيل لهذا التجاوز.

الحالة الثانية : إقرار الأصيل لتصرف النائب ، و الذي يكون له أثر رجعي من يوم الإبرام لا من يوم صدور الإقرار.

الحالة الثالثة : تصرف النائب بحسن نية ، كجهله و المتعاقد معه لانقضاء النيابة المادة 76 من القانون المدني .

الشرط الثالث : إجراء النائب النيابة باسم الأصيل و لحسابه

يشترط أن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه هو ، و لابد له أن يعلن هذه الصفة لمن يتعاقد معه، و إلا انصرفت آثار العقد إليه هو دون الأصيل طبقا لنص المادة 75 من القانون المدني .

إلا أنه هناك استثنائان عن القاعدة الأصل و هما :

– إذا كانت ظروف الحال تفترض حتما علم الغير بوجود النيابة ، رغم عدم إعلان النائب بها ، كمن يشتري بضاعة من محل من أحد عماله الكثيرين .

– إذا كان يستوي عند الغير أن يتعاقد مع النائب أو الأصيل.

ففي هاتين الحالتين تنصرف آثار العقد المبرم عن طريق النيابة ، و لو لم يعلن النائب صفته هذه لمن تعاقد معه .

ب الآثار القانونية المترتبة عن النيابة في التعاقد :

إذا توفرت الشروط القانونية في التعاقد بطريق النيابة ، رتبت هذه الأخيرة آثار في ذمة كل من الأصيل، النائب و الغير .

ب1 آثار النيابة بالنسبة للأصيل : فالأثر الجوهري للنيابة هو أن التصرف الذي يبرمه النائب بإرادته يرتب أثره مباشرة في ذمة الأصيل ، فالحقوق و الالتزامات التي تترتب على العقد تنصرف مباشرة في ذمة الأصيل لا النائب ، فيكون للأصيل أن يطالب المتعاقد معه بالحقوق الناتجة عن العقد الذي أبرمه معه النائب .

ب2 آثار النيابة بالنسبة للنائب : ينشئ النائب العقد دون أن يكون ملزما بتنفيذه ، ففي حالة عدم التزام الأصيل بالتنفيذ يمكن للغير الرجوع عليه ، لأن آثار العقد تنصرف إليه ، لكن إذا ارتكب النائب خطأ سبب ضرر للمتعاقد معه فإنه في هذه الحالة يكون مسؤول عن تعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية .

ب3 آثار النيابة بالنسبة للغير: يتعاقد الغير مع النائب و لكنه يرتبط بالعقد مع الأصيل و يصبح كل منهما طرفا في هذا العقد، و يستطيع الغير أن يتعامل مع الأصيل كما لو أنه أبرم العقد مع الأصيل ذاته، فيجوز لكليهما أن يطالب الآخر بالتنفيذ ، كما يجوز لأي منهما أن يدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الآخر عند عدم تنفيذه أو أن يطالب بالفسخ .

و تجدر الإشارة في الأخير أنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد أصالة عن نفسه و نيابة عن غيره ، أو نيابة عن الطرفين و هو ما يعرف في القانون بالتعاقد مع النفس ، وسبب المنع هو تعارض المصالح لأنه بطبيعة الحال سوف يرجح مصلحته هو عن مصلحة من ينوبه ،أو يرجح مصلحة عن أخرى و هو

ملزم برعاية مصلحة موكله، إلا إذا أجاز الأصيل في الحالتين هذا التصرف ، أو أن القانون و قواعد التجارة تسمح بذلك (المادة 77 من القانون المدني) .

ثانيا : بعض صور التراضي

1 – الوعد بالتعاقد :

تسبق إبرام العقد النهائي مراحل، قد تنتهي في مرحلة المفاوضات وقد تستمر إلى حين إبرام مع الطرف الآخر عقد وعد بالتعاقد ، و سيتم دراسة الوعد بالتعاقد على شكل وعد بالبيع ، لشيوعه في الحياة العملية ، فإذا تعذر على المتعاقدين إبرام العقد النهائي لصعوبات مالية أو لغيرها ، كأن يرغب الشخص مثلا في شراء السكن الذي استأجره ، ولا يملك ثمنه في الحال أو أن يكون المؤجر غير راغب في بيعه حاليا .

و يأخذ الوعد بالتعاقد (الوعد بالبيع):

– الوعد بالبيع من جانب واحد ، وهو عقد ملزم لجانب واحد

–الوعد بالشراء من جانب واحد ، وهو عقد ملزم لجانب واحد

– الوعد بالبيع و الشراء ، وهو عقد ملزم لجانبين ، ويعرف بالعقد التبادلي الذي يرقى إلى العقد الابتدائي الذي لا نطبق عليه الأحكام القانونية للوعد بالتعاقد المنصوص عليها في المادتين 71 و 72 من القانون المدني الجزائري .

أ إنشاء و إبرام الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد ليس مجرد إيجاب ملزم ، بل عقد يخضع للنظرية العامة للعقد ، فيحتاج ليقوم صحيحا أركان عامة و خاصة من جهة ، و شروط صحة من جهة أخرى .

أ1 أركان الوعد بالتعاقد :

الأركان العامة :

التراضي : وهو أن يتطابق الإيجاب و القبول بين الواعد و الموعود له على الوعد، لكن في تقدير شروط صحة التراضي فإن إرادة الطرفين يجب ألا تكون معيبة بعيب من عيوب الإرادة ، أما فيما يخص تقدير الأهلية بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد ، حتى ولو أصبح ناقص الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلا ، ومرد ذلك أن الواعد لا يبدي رغبة ثانية في المستقبل كما لا نسأله هل سيقبل رغبة الموعود له الثانية أو لا لأنه أصلا التزم بقبولها بموجب الوعد، أما الموعود له فتقدر أهليته وقت العقد النهائي لا وقت الوعد ، لأنه لا يترتب أي التزام على عاتقه فيكفي أن يكون قاصر مميز في هذه المرحلة ، أما إذا أبدى رغبته بالموافقة فيجب أن يكون كامل الأهلية لإبرام العقد النهائي .

المحل : إذ على الواعد والموعود له الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد ، بما فيها محل الوعد حسب أحكام المادة 71 من الق الم الج ، فإذا كان محل الوعد شيء مبيع وجب تحديده تحديدا منافيا للجهالة وكذا الاتفاق على الثمن .

السبب : يخضع ركن السبب في تقديره ، للشروط المنصوص عليها في القواعد العامة ، إذ يجب أن يكون السبب مشروعا في عقد الوعد.

الأركان الخاصة : بالإضافة للأركان العامة لعقد الوعد ، هناك ثمة أركان خاصة لهذا الأخير تخلفها يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا وهي :

المدة القانونية : و هي الفترة الزمنية التي يبدي فيها الموعود له رغبته بالموافقة أو الرفض ، و التي يجب احترامها من طرفه و إلا سقط الوعد ، و المدة يمكن الاتفاق عليها صراحة أو ضمنا كأن تكون مدة الإيجار هي نفسها مدة الوعد .

الشكلية : نصت المادة 71 من الق الم الج على أنه " .....و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" ، أي من الضروري إفراغ عقد الوعد في سند رسمي إذا كان العقد النهائي يستوجب لقيامه ركن الشكلية (الرسمية)، أي إذا كان محله عقار أو حق عيني عقاري ، و ذلك تحت طائلة البطلان المطلق للوعد.

إذن متى استوفى عقد الوعد بالتعاقد الأركان العامة و الخاصة وكذا شروط الصحة ، قام صحيحا من الناحية القانونية و رتب آثاره القانونية .

ب – آثار الوعد بالتعاقد : ترتب آثار الوعد بالتعاقد في مرحلتين أساسيتين

ب1 مرحلة قبل إبداء الموعود له رغبته بالموافقة :في هذه المرحلة يكون على ذمة الواعد التزام شخصي(التزام بعمل) وهو البقاء على وعده طيلة المدة القانونية المتفق عليها ، و في هذه المرحلة تبقى الحقوق التي سوف يرتبها العقد النهائي في ذمة الواعد ، فإذا كان عقد الوعد بيع بقي الواعد مالكا للشيء المبيع فيحق له استعماله و استغلاله و الانتفاع بثماره ، كما تكون تبعة هلاك هذا الشيء على عاتق الواعد لأنه لا يزال في ذمته .

ب2 مرحلة بعد إبداء الموعود له : في هذه المرحلة إذا لم تظهر رغبة الموعود له خلال المدة المحددة أو رفض الموعود له إتمام العقد النهائي سقط الوعد بالتعاقد و تحلل الواعد من وعده ، أما إذا أبدى الموعود له رغبته بالموافقة خلال المدة المتفق عليها ، إنعقد العقد النهائي دون الاحتياج لرضا جديد من الواعد، ويكون العقد النهائي قد انعقد من يوم إبداء الموعود له رغبته بالموافقة لا من يوم الوعد ، أي بأثر فوري وليس رجعي .

وقد ينكل الواعد عن وعده رغم إبداء الموعود له الرغبة في التعاقد، فيرفض إبرام العقد النهائي ، فهنا يجوز للموعود له مقاضاة الواعد ، ليحصل على حكم يقوم مقام العقد وهذا طبقا لأحكام المادة 72 من الق الم الج .

2 – البيع بالعربون :

يعتبر العربون من أهم الوسائل القانونية التي يلجأ إليها المتعاقدون ، ولم يحضى التعاقد بالعربون بأحكام قانونية تنظمه إلا بعد صدور القانون 10/05 المعدل و المتمم للقانون المدني ، فكان القضاء يتردد بين اعتبار العربون كحق في العدول أو كتمام للعقد واعتبار العربون جزء من الثمن ، و في حالة الخلاف يأخذ القاضي و ينظر إلى نية المتعاقدين و التي تفسر في حالة غموضها بحسب العرف الجاري في المنطقة، و بعد تدخل المشرع الجزائري من خلال مادة وحيدة ، نظم من خلالها أحكام التعاقد بالعربون وهي المادة 72 مكرر من الق الم الج ، وحسم الخلاف من خلالها ، حيث جعل من العربون دلالة لجواز العدول.

أ – تعريف العربون :لم تعرف المادة 72 مكرر من الق الم الج العربون ، وعند الرجوع للفقه يمكن القول (أن العربون مبلغ من النقود أو أي شيء آخر مثلي ، يدفعه أحد االمتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت

انعقاد العقد لتمكين كل منهما من العدول عن العقد إلا إذا إتفقا على أن يكون هذا المبلغ دلالة على تأكيد انعقاد العقد.)

ب – الآثار القانونية المترتبة على التعاقد بالعربون : جاءت المادة 72 مكرر من القانون المدني كقاعدة مكملة ، فإذا لم يتم العدول من أحد المتعاقدان عن العقد خلال المدة التي يجوز فيها العدول ، أصبح العقد باتا، و أعتبر مبلغ العربون بمثابة تنفيذا جزئيا للعقد ، ووجب استكمال التنفيذ .

أما إذا عدل أحد المتعاقدين عن إتمام العقد خلال المدة المتفق عليها ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول ، فإذا كان من عدل هو الذي دفع العربون فقده ، و يصبح العربون حقا لمن قبضه ، أما إذ كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون رده ومثله أي ضعفه للطرف الآخر و هذا جزاء عدوله عن العقد .

و تجدر الإشارة أن نص المادة 72 مكرر من الق الم الج ترتب التزاما بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد ، و هذا لا يعتبر تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، لأن الالتزام موجود حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، فقد جعل المشرع الجزائري للمتعاقدين الحق في العدول نظير الالتزام بدفع قيمة العربون مقابل لحق العدول .

كما نصت المادة 72 مكرر من الق الم الج على أنه (يمنح دفع العربون .....إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك) ، و معنى ذلك أنه إذا إتفقا المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجب مراعاة ما اتفقا عليه ، فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد، ويعتبر العربون في هذه الحالة تنفيذا جزئيا يجب استكماله ، و إذا فسخ العقد و ترتب على الفسخ التعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقد العربون ، وإنما يقدر بحسب جسامة الضرر المادي و المعنوي .

الركن الثاني : المحل

أولا : تعريف المحل

هو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن ، هذا الأداء قد يكون إعطاء شيء أو نقل حق عيني ، أو أن يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، ويطرح التساؤل فيه دائما بماذا التزم الملتزم ؟

ثانيا : الشروط الواجب توفرها في المحل

هناك ثمة شروط قانونية نص عليها المشرع في القانون المدني على سبيل الحصر بيجب أن تتوفر في الركن الثاني في العقد لقيامه .

1 –أن يكون موجودا أو محقق الوجود : إن الأصل أن يكون محل التعاقد موجود وقت نشوء الالتزام (المادة 93 من الق الم الج) ، فإذا هلك المحل قبل التعاقد ، أي قبل إبرام العقد، يقع العقد باطل بطلان مطلق في هذه الحالة لانعدام ركن من الأركان ، أما إذا هلك المحل بعد التعاقد ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد صحيح من الناحية القانونية ، و نكون أمام استحالة التنفيذ ، ونميز بين حالتين :

– الحالة الأولى : إذا كان الهلاك بفعل قوة قاهرة لا يد للمدين فيها ، فهنا يكون الانفساخ بقوة القانون

– الحالة الثانية : إذا كان الهلاك بفعل المدين نفسه ، فهنا ما على الدائن في هذه الحالة سوى المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض لقيام المسؤولية العقدية في هذه الحالة .

لكن هل يجوز أن يكون محل الالتزام شيء مستقبلي و محقق؟ ، أجابت على ذلك المادة 92 من القانون المدني ، حيث أجازت بيع العقارات في طور الانجاز ، المحاصيل الزراعية التي لم تنبت بعد، غير أن المشرع و لاعتبارات أخلاقية و حتى لا يستعجل الوارث وفاة مورثه ، منع التعامل في التركة المستقبلية للشخص و ساوى بين أن يكون التعامل بين أجنبي و وارث أو وارث ووارث آخر .

2 – أن يكون معينا أو قابل للتعيين : وقد نصت على ذلك المادة 94 من الق الم الج ، أي تحديد محل التعاقد تحديدا منافيا للجهالة ، أو على الأقل قابل للتحديد مستقبلا و إلا وقع العقد باطل بطلانا مطلقا .

و يختلف تعيين محل العقد حسب طبيعة الالتزام :

– فإذا كان محل الالتزام شيء معين بالذات وجب أن يكون وصفه دقيق ومثال ذلك إذاكان محل العقد منزلا أو سيارة .

– إذا كان محل الالتزام شيء معين بالنوع كالقمح مثلا ، فيجب تعيين نوعه (من متوسط إلى ممتاز .....) و مقداره .

– إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وجب تحديد هذا العمل تحديدا دقيقا

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 95 من الق الم الج ذكرت حكم النقود إذ يجب أن تكون معينة بنوعها (عملة وطنية أو أجنبية) و مقدارها ، فإذا تغيرت القيمة لا يؤثر هذا التغيير في المقدار ، فيلتزم المدين بمقدار النقود المتفق عليها .

3– أن يكون المحل مشروعا (أي قابلا للتعامل فيه) :

ويكون الالتزام غير قابل للتعامل فيه إذا كان طبيعته كالأشياء المستحيلة الحيازة (المادة 682 من الق الم الج) كالتعامل في أعضاء جسم الإنسان، أو قانونا كالأشياء الممنوعة من التداول كالمخدرات أو الأسلحة ، أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك كالأملاك الوطنية العمومية ، أو أن يكون التعامل في المحل غير مشروع أي مخالف للنظام العام و الآداب العامة (المادة 93 من الق الم الج) كالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة .

ركن السبب

يعتبر السبب الركن الثالث في العقد ، و قد أشار إلى ذلك المشرع الجزائري حيث نظم أحكامه في المواد 97 و 98 من القانون المدني الجزائري .

أولا : تعريف السبب

هو الغاية المباشرة أو الباعث الدافع للتعاقد، و يطرح فيه السؤال (لماذا التزم الملتزم) ، و الأصل أن كل التزام يقوم على سبب مشروع إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك .

ثانيا : عبء الإثبات في السبب

إذن مشروعية السبب قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات عكسها ، و يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على من يدعي عدم مشروعية السبب ، فإذا تمكن من إثبات عدم المشروعية التي يدعيها ، فيجب عليه أيضا أن يثبت علم الدائن بها حتى يتم بطلان العقد لتخلف ركن السبب .

و إذا ذكر السبب في العقد يعتبر هو السبب الحقيقي (المادة 2/98 من الق الم الج) فإذا ثبتت صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أقام الدليل على ذلك .

ركن الشكلية (الرسمية)

أكد المشرع الجزائري ضمن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على ضرورة توفر قاعدة الرسمية في العقد الذي يكون محله عقار أو حقوق عينية عقارية ، و قد عرفت المادة 324 من القانون المدني العقد الرسمي أي السند أو الورقة الرسمية كل عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه.

فمن خلال نص المادة 324 من القانون المدني نستخلص الشروط الواجب توفرها لصحة السند الرسمي و هي ثلاث شروط :

1 **صدور السند الرسمي من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة** : و يقصد بالموظف العام الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين حسب قانون الوظيف العمومي وعادة ما يكون الموظف من مديرية أملاك الدولة ، أما صفة الضابط العمومي فإنها تثبت لكل شخص حامل لأختام الدولة و يتولى إعداد مختلف المحررات التي يشترط القانون إفراغها في شكل رسمي كالموثق مثلا ، كما تعتبر من المحررات الرسمية تلك الأوراق التي يتم إعدادها من طرف شخص مكلف بخدمة عامة ، كرؤساء المجالس الشعبية المنتخبون و كذلك الخبراء المعتمدين قضائيا .

2 **سلطة الموظف في إصدار السند و اختصاصه به** : إن المحرر الرسمي لا يكون له طابع رسمي و لا تكون بياناته ذات حجية ملزمة ، إلا إذا كان هذا الموظف صاحب الاختصاص بكتابتها و في حدود سلطته فلا يكون قد عزل أو أوقف عن عمله .

3 **مراعاة الأشكال القانونية في تحرير السند الرسمي :** فيجب أن تحرر الورقة الرسمية طبقا لبعض الشكليات التي نص عليها القانون و أن تتضمن بيانات عامة و بيانات خاصة .

الرسمية في العقود التي محلها عقار أو حق عيني عقاري تعتبر ركن لقيام العقد و تخلفها يجعل العقد باطل بطلان مطلق ، أما ترتيب الأثر العيني للعقد ، أي انتقال الملكية و سائر الحقوق العينية الأخرى لا يكون إلا بإتمام **إجراءات الشهر العقاري** .

شروط صحة العقد

يتم العقد بتطابق الإيجاب و القبول ، و الإرادة المعبرة عن نفسها لكي تنتج آثارها القانونية لا بد أن تكون صادرة من شخص ذي أهلية من جهة و ألا تكون إرادته معيبة بعيب من العيوب ، إذن كلا هذين الشرطين ضروريين لصحة العقد و تخلف أحدهما يجعل العقد قابل للإبطال (أي باطل بطلانا نسبيا) .

أولا : الأهلية

و المقصود بالأهلية في هذا المقام أهلية الأداء أي قدرة الشخص في التصرف بأمواله ، هذه الأهلية لا تثبت لكل شخص كما هو الحال في أهلية الوجوب ، و إنما تثبت لمن له القدرة على إبرام التصرفات القانونية له ولغيره ومن ثم فإن أهلية الأداء ترتبط ارتباطا وثيقا بقدرة الإنسان على التمييز

ثانيا : عيوب الإرادة

تناول القانون المدني الجزائري عيوب الإرادة في المادة 81 من القانون المدني إلى المادة 90 منه و عيوب الإرادة هي الغلط ، التدليس ، الإكراه ثم الاستغلال (الغبن).

عيب الإكراه

نصت المادة 88 من القانون المدني على ما يلي: " يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الاخر في نفسه دون وجه حق"

أولا: تعريف الإكراه

الإكراه هو سلوك تهديد وضغط غير مشروع يقع على الشخص فيولد في نفسه خوف شديد ورهبة قوية تدفعه إلى التعاقد لتفادي أو تلافي نتائج التهديد، كمن يبيع منزله تحت تهديد القتل او التنازل عن أسهم أو حصص في شركة تحت واقع تهديد أفراد أسرته بالقتل أو الخطف، وهذا النوع من التهديد لا يعدم الإرادة، حيث يبقى للمتعاقد المكره حرية الاختيار بين التعاقد والاستسلام للتهديد أو عدم التعاقد وتحمل نتائج التهديد، فهنا يعتبر عيبا من عيوب الإرادة وهو ما يسمى بالإكراه المعنوي.

وقد يصل الإكراه إلى حد إلغاء الإرادة أو إعدامها، ولا يملك الشخص المكره حرية التعاقد من عدمه، كمن يمسك بيده ويوقعه بالقوة على وثيقة تنازل أو بيع تحت تهديد سلاح ناري أو سلاح أبيض، وهو ما يسمى بالإكراه المعدم للإرادة يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا لعدم وجود الإرادة فيه.

ثانيا : شروط الطعن في العقد للإكراه

- ✓ **أن يكون الاكراه الدافع للتعاقد**

يجب ان يكون الاكراه هو الدافع للتعاقد حتى يعتبر عيبا يتقرر عليه ابطال العقد ، وجسامة الاكراه لا تقاس بحجم وجسامة ووسيلة الاكراه بل بحسب حجم الأثر الذي ترتبه او تتركه في نفس من وقع عليه اذن يؤخذ بالمعيار الشخصي لضحية الاكراه فطبقا للمادة 88 الفقرة الثانية منها حيث تراعي جنس من وقع عليه الاكراه(ذكر او أنثى) وسنه(صغيرا راشدا او شيخا)، حالته الاجتماعية(فقيرا ميسور الحال غنيا، عاملا او بدون عمل)، حالته الصحية(سليم الجسم او مريض..)

كما يجب أن يكون التهديد محددا فلا يكفي التهديد العام،بل لا يمكن تلافيه بالسهولة بما كان، بحيث خلق رهبة وخوفا في نفس المتعاقد، ويستوي أن يكون التهديد بالحاق الأذى حالا أو في المستقبل مادام التهديد هو من حمله على التعاقد تحت سلطان رهبة وخوف شديد، أي الخوف هو الذي يكون حالا وليس الخطر.

- ✓ **يجب أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر**

يتحقق الإكراه إذا كان أحد المتعاقدين قد حمل المتعاقد الآخر على التعاقد معه تحت سلطان رهبة فيجعل إرادته غير حرة وإن كانت موجودة فإنها لم تختار ابرام العقد لتجنب خطر يهدده هو أو أحد أقاربه.

وقد يكون الإكراه صادر من الغير ففي هذه الحالة فليس للمكره أن يطالب بالإبطال إلا إذا أثبت أن من تعاقد معه كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بذلك الاكراه عملا بنص المادة 89 من القانون المدني.

رابعا: إثبات الإكراه

يقع عبء الإثبات للإكراه على المتعاقد الذي يدعيه بكافة طرق الإثبات،أي إثبات وجود الإكراه بنوعه، وتوافر شروطه التي ترتب حق طلب الإبطال لمصلحة الطرف المكره.

عيب الاستغلال (الغبن)

أولا: تعريف الاستغلال

الاستغلال هو أن ينتهز شخص في شخص آخر طيشا بينا أو هوى جامحا لكي يحمله على إبرام تصرف معه يتضمن غبنا فاحشا لعدم التساوي في التزامات الطرفين أو التفاوت فيها، أي أن يستغل أحد طرفي العقد حالة الضعف التي توجد في الطرف الأخر من أجل إبرام عقد يتضمن التزامات متفاوتة.

ثانيا: شروط الطعن بالإبطال للاستغلال

لقبول دعوى الإبطال يجب أن يقوم الاستغلال بعنصريه المادي والمعنوي معا.

✓ **العنصر المادي**

الاستغلال في جانبه المادي هو عدم التعادل الفاحش بين التزامات الطرفين، أي عدم التعادل بين قيمة ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة وبين قيمة ما يلتزم به اتجاه المتعاقد الآخر ويسمى بالغبن الفاحش.

والعبرة بعدم التعادل هي وقت إبرام العقد، فيجب النظر في هذا الاختلال أو عدم التوازن وقت انعقاد العقد[1].

ولا يكفي مجرد عدم التعادل بل يجب أن يكون عدم التعادل فاحشا وليس بسيطا- لأن التفاوت البسيط أو اليسير عادة ما يكون متسامح فيه- بحيث يجب أن يصل إلى نسبة معينة يتولى القاضي

[1]- عدم التعادل الذي يحدث بعد إبرام العقد نتيجة تغير الظروف فتحكمه نظرية الظروف الطارئة.

تحديدها، حيث يترك الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في اعتبار ما يعد غبنا فاحشا أو لا بحسب ظروف العقد أو ظروف التعاقد وقيمة المتعاقد عليه.

ومجال الغبن الفاحش يتحقق في عقود المعاوضات وعقود التبرع والعقود الاحتمالية(مثلا بيع عقار كبير القيمة في مقابل مرتب زهيد مدى حياة شخص مريض وهرم لا يتوقع أن يعيش طويلا وهو غبن مادي، لكن لا يكفي وحده لرفع دعوى الاستغلال بل لابد من توافر العنصر النفسي.

- ✓ **العنصر النفسي**

يجب أن يكون الغبن الفاحش قد وقع نتيجة استغلال طيش بين أو هوى جامح في الطرف المغبون فقد حصرها المشرع في حالات الضعف والنقص في إرادة المتعاقد الهوى والطيش دون حالات الحاجة أو نقص الخبرة

1/ الطيش البين

الطيش البين هو الخفة والتسرع وسوء تقدير الأمور أو هو الإقدام على عمل مادي ما دونما الاهتمام بما ينتج عليه من نتائج.

ويقوم الطيش عند إبرام التصرف في فترات التحمس والاستفزاز فيتصرف الشخص دون ان يقصد الحصول على منفعة محددة، فقط يشترط أن يكون الطيش قائما بصدد حالة معينة ولا يلزم ان يكون هو السلوك العادي للشخص العادي متى كان متوافرا عند إبرام العقد

ويجب أن يكون ظاهرا وبينا وجليا يستطيع المتعاقد معه أن يتبينه كحال الشاب الذي يتصرف في الأموال التي ورثها بعقود مجحفة نتيجة استغلال الغير لطيشه الواضح والظاهر عليه.

2/ الهوى الجامح

الهوى الجامح هو الكابح للإرادة السليمة وهو الشعور الجارف والرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص نحو اخر او نحو شيء معين بحيث تفقده سلامة الحكم على اعمال معينة هي موضوع الرغبة او الشعور(كاستغلال الزوجة الشابة لتعلق زوجها الهرم بها أن يهبها كل ما يملك،أو رغيبة الزوجة في التخلص من زوجها والزواج بآخر بأن يستغل الزوج الوضع لتدفع له مبلغا مرتفعا مقابل الخلع منه)

ثالثا: إثبات الاستغلال

للطعن بالإبطال في العقد للاستغلال أن يكون الغبن الفاحش قد وقع نتيجة الاستغلال للطيش البين والهوى الجامح أي إثبات علاقة السببية بينهما وقت التعاقد واثبات علم المتعاقد المستفيد بالظروف التي يمر بها المتعاقد الأخر ويقع عبء الإثبات على من يدعيه طبقا للقواعد العامة في الإثبات وبكافة الطرق.

رابعا: أثر الاستغلال

يترتب على توافر الاستغلال بعنصريه في العقد قابلية العقد للإبطال كعيب من عيوب الإرادة، ويملك القاضي على خلاف العيوب الأخرى السلطة التقديرية في:

- الحكم بطلب الإبطال للاستغلال.

-الحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وردها إلى الحد المعقول الذي يزول معه الغبن.

- الحكم بالزيادة في التزامات الطرف الآخر حتى تتناسب مع التزامات الطرف المغبون.

ويمكن في عقود المعاوضات للمتعاقد الآخر أن يتوقى أو يتجنب الإبطال بأن يعوض الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن وفي جميع الأحوال لا يستطيع القاضي تفادي دعوى الإبطال.

تسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من تاريخ انعقاد العقد وإلا سقط الحق في الإبطال خارج مدة السنة وهي مدة سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع كما في حالة التقادم.

وبموجب المادة 91 من القانون المدني نجد أن المشرع قد راعى الأحكام الخاصة بالغبن وعدم الإخلال بها في بعض العقود لاسيما بيع العقارات، ويعتبر الغبن هو العنصر المادي في الاستغلال فالاستغلال يعتبر عيب في الإرادة.

أما الغبن فلا يؤثر في العقد إلا في حالات معينة إذا بلغ حدا من الجسامة، حيث نجده في المواد 358 و359 إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فأثره هو رفع الغبن بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل،أو الفسخ، وتسقط الدعوى بمرور ثلاث سنوات .

شروط صحة التراضي :

من شروط صحة التراضي أن يكون المتعاقدين أهل للتعاقد و خلو إرادتهما من العيوب .

خلو الإرادة من العيوب :

عيوب الإرادة تناولها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 90 منه ، عيب الغلط ، عيب التدليس، عيب الإكراه و عيب الاستغلال (الغبن).

أولا: الغلط

عرف الغلط من طرف الفقه و القضاء ، فالغلط هو وهم يقع فيه الشخص يكون له الدافع للتعاقد فالإرادة لكي تنتج آثارها القانونية يجب أن تكون حرة ، واعية و مدركة ، فإذا توهم الشخص بالخطأ و كان هذا التوهم هو الدافع للتعاقد، بحيث لولاه لما أبرم العقد ، فإن إرادته في هذه الحالة معيبة .

أما إذا وقع الغلط في ركن من أركان العقد، كطبيعة العقد ذاته، فهذا النوع من الغلط لا يعيب الإرادة فحسب بل يعدمها ، كأن يعتقد الشخص أن المبلغ الذي منح له كان على سبيل الهبة ، وهو على سبيل القرض ، فهنا طبيعة العقد إما هبة أو عقد القرض ، أو على محل العقد كأن يقدم الشخص على شراء سيارة من نوع رونو ، ثم يتبين أنها من علامة أخرى .

شروط الغلط المعيب للإرادة :

هناك شرط وحيد للغلط حسب أحكام المادة 82 من الق الم الج ، وهو أن يكون **الغلط جوهريا :** ويعتبر الغلط جوهريا إذا بلغ حد من الجسامة ، وقد نص القانون في المادة 3/2/82 على أمثلة الغلط الجوهري المعيب للإرادة ، إذا كان :

<u>في صفة جوهرية للشيء</u> : إذا كانت هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد، كأن يريد الشخص شراء منزل مطل على البحر ، وتبين أنه مطل على الطريق العام .

<u>الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته</u>: فإذا كانت ذات المتعاقد ، أو إحدى صفاته السبب الرئيسي الذي دفع هذا الشخص الغالط للتعاقد ، و تبدوا هذه المسألة في عقود التبرع ، أو إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضي كفاءة معينة أو شهرة خاصة .

ويضاف للأمثلة التي جاءت بها المادة 3/2/82 ، حالة الغلط في القانون التي أوردتها المادة 83 من الق الم الج ، أي أن يقع الشخص في الغلط في القانون ، بأن يتصور حكم القانون على غير حقيقته، ففي هذه الحالة الغلط يعتبر معيب للإرادة ، كأن يبيع أحد الورثة نصيبه في التركة على أساس أنه ورث الربع ، وهو في القانون له الحق في النصف، فيحق له طلب الإبطال على أساس الغلط في القانون، لكن المادة 83 ختمت بعبارة (ما لم يقض القانون بغير ذلك) بمعنى إذا قضى القانون بأن الوقوع في الغلط في القانون لا يؤدي إلى إبطال العقد.

إثبات الغلط :

من الواضح من المادة 81 من الق الم الج ، أن من يدعي بأنه وقع بالغلط عليه يقع عبء الإثبات، فإذا عجز عن إقامة الدليل ، فلا يجوز له حق إبطال العقد ، ولكنه إذا عرض الطرف الآخر على الغالط أن يزيل الغلط حينئذ لا يكون هناك مبرر لإصرار الغالط على طلب إبطال العقد، لتعارض ذلك مع مبدأ حسن نية في تنفيذ العقود (المادة 85 من الق الم الج) .

ثانيا التدليس :

حسب المادة 86 من الق الم الج ، فالتدليس هو إيقاع أحد الأشخاص في الغلط ، يكون الدافع له بإبرام التصرف القانوني ، فالتدليس ليس بحد ذاته هو العيب الذي يؤثر على الإرادة سلبا أو إيجابا ، و إنما الغلط الذي يقع فيه الشخص نتيجة إيهامه بغير الحقيقة ، عن طريق بعض الحيل التي يستخدمها المتعاقد الآخر أو الغير.

شروط التدليس : حتى نقول أن هناك تدليس معيب للإرادة يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط ، إذ أن تخلف شرط من هذه الشروط ، يجعل عيب التدليس غير قائم.

الشرط الأول : استعمال طرق احتيالية بقصد الإيقاع في الغلط

وهو كل فعل أو قول يؤدي إلى وقوع أحد الأشخاص في الغلط ، وقد تكون هذه الأفعال أو الأقوال إيجابية كحالة الكذب ، أو أفعال أو أقوال سلبية في حالة الكتمان ، أي إخفاء المعلومات و البيانات ، و تكون قد استعملت لتضليل الطرف الآخر.

الشرط الثاني : أن يكون الاحتيال دافعا للتعاقد

عبرت عن هذا الشرط المادة 1/86 من الق الم الج ، إذن يجب أن يكون الاحتيال على درجة من الجسامة و أثر على إرادة الطرف المخدوع فأعابها ، بحيث لو كان يعلم به وقت تكوين إرادته لما أقدم على إبرام التصرف ، ومدى تأثير الاحتيال على المتعاقد ، يقاس بالمعيار الشخصي لا الموضوعي .

الشرط الثالث : اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس

يجب أن تكون طرق الاحتيال التي استعملها الطرف الآخر كافية لتضليل الشخص ، أما إذا صدر الاحتيال من شخص غير الطرف الآخر ، أي من الغير فإن القانون يشترط أن يكون الطرف المتعاقد الآخر على علم به ، فإذا أقام الدليل على عدم العلم أو لم يكن في استطاعته أن يعلم فليس للطرف المدلس عليه أن يتمسك بإبطال العقد ، وذلك للتقليل من حالات الإبطال و استقرار المعاملات بين الأفراد.

عبء الإثبات :

إذا أقام المدلس عليه الدليل على وجود التدليس و اتصاله بالمتعاقد الآخر ، حق له طلب إبطال العقد ، أو أقام الدليل على علم المتعاقد الآخر أو كان من المفروض عليه أن يعلم بالتدليس في حالة صدوره من الغير ، في هذه الحالة كذلك يكون من حق المدلس عليه طلب إبطال العقد .