



جامعة بجاية  
Tasdawit n Bgayet  
Université de Béjaïa



جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم التعليم الأساسي للحقوق

محاضرات في

القانون المدني

# نظرية العقد

الجزء الأول: تكوين العقد

موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس

من إعداد الدكتور

عثماني بلال

## قائمة لأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.: جزء.

ج.ج.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.ج.: دينار جزائري.

د.د.ن.: دون دار نشر.

د.س.ن.: دون سنة النشر.

ص ص.: من الصفحة إلى الصفحة.

ط.: طبعة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

A.J. Contrat : Actualité Juridique Contrat.

Arch. phil. Droit : Archives de la Philosophie du droit.

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles.

Bull. : Bulletin.

Cass. Civ. : Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation.

Cass. Com. : Arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

Cass. Plen. : Arrêt de la Cour de cassation en chambre plénière.

Cass. Soc. : Arrêt de la chambre Sociale de la Cour de cassation.

Ch : Chambre.

Civ. : Civil.

Com. : Commercial.

D. : Recueil Dalloz.

Défrenois : Répertoire du notariat Défrenois.

Doctr. : Doctrine.

éd. : Edition.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Ibid : Même référence.

In : Dans. INC : Incorporation.

J.C.P. G. : Juris-Classeur périodique, édition générale.

J.Cl. : Juris-Classeur.

JORF : Journal Officiel de la République Française.

Juris. : Jurisprudence.

L.G.D.J. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

L.P.A : Les Petites Affiches.

Obs. : Observation.

Op.cit. : Référence précédemment citée.

P.U.A.M. : Presses Universitaires Aix-Marseille.

PP. : De la page à la page.

PUF : Presses Universitaires de France.

R.D.C : Revue des Contrats.

R.I.D.C. : Revue Internationale de Droit Comparé.

R.J.T. : Revue Juridique Thémis.

R.T.D.C. : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

Rep. Civ. : Répertoire Dalloz de Droit Civil.

S. : Suite.

S/D : Sous la Direction.

T. : Tome.

Trad. : Traduction.

V. : Voir.

Vol. : Volume.

## تمهيد

تتوالى مواضيع القانون المدني وتتسلسل عبر مسار الطالب بطريقة منهجية، فبعد التطرق إلى نظرية الحق خلال السداسي الثاني من السنة الأولى ليسانس، يتم دراسة نظرية الالتزام في السداسي الأول من السنة الثانية. فالحق الذي يعرف على أنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ويحميها بطرق قانونية ويكون له بمقتضاها الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفة مالكا أو مستحقا له"<sup>1</sup>، ينقسم إلى عديد الأقسام بحسب زاوية الدراسة ومنها التقسيم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية.

فإذا كان الحق العيني يُعبّر عن سلطة لشخص على شيء معين، فإنّ الحق الشخصي عبارة عن "علاقة قانونية بين شخصين، أحدهما دائن والآخر مدين"، من هذا الجانب يتضح أنّه ما يعتبر حق بالنسبة للدائن هو التزام بالنسبة للمدين، فالحق الشخصي والالتزام هما وجهين لعملة واحدة<sup>2</sup>.

فالالتزام وفق ما يراه الأستاذ السهموري هو "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"<sup>3</sup>، حيث مزج الأستاذ في تعريفه بين المذهب المادي والمذهب الشخصي لتعريف الالتزام<sup>4</sup>.

تتعدد أنواع الالتزام بحسب تعدد الزوايا التي يُدرس منها، ودون الخوض في سرد جميع التقسيمات، نقتصر فقط على التقسيمات التي لها علاقة مباشرة بنظرية العقد (وهو مجال

<sup>1</sup> دليّة آيت شاوش، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم اسياسية، جامعة بجاية، 2015، ص 10. متوفر على الموقع التالي:

[https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/208410/mod\\_resource/content/1/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5%20%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%20%D9%84%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%20%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%89.pdf](https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/208410/mod_resource/content/1/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5%20%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%20%D9%84%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%20%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%89.pdf)

تم الاطلاع عليه يوم 2019/02/25.

<sup>2</sup> علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 9.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السهموري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-) المجلد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 125.

<sup>4</sup> للتفصيل في كلا المذهبين راجع: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 12-13.

الدراسة في هذه المحاضرات)، حيث يمكن التمييز بين التقسيم التقليدي والتقسيم الحديث للالتزام.

يتميز التقسيم التقليدي للالتزام بين الالتزام بالقيام بعمل، الامتناع عن عمل، والالتزام بإعطاء شيء، فمحل الالتزام بالقيام بعمل هو أداء المدين لعمل معين لمصلحة الدائن كالالتزام الممثل بأداء دور معين في مسرحية<sup>5</sup>، أما محل الالتزام بالامتناع عن عمل، فهو بالعكس اتخاذ موقف سلبي بعدم الإتيان بالعمل المتفق عليه كامتناع بائع المحل التجاري عن فتح محل تجاري آخر في المنطقة نفسها التي باع فيها المحل الأول<sup>6</sup>. في حين أنّ في الالتزام بإعطاء شيء، يلتزم المدين بنقل ملكية شيء معين للدائن<sup>7</sup>.

أما التقسيم الحديث، فهو يميز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة. يعود أصل هذا التمييز إلى الفقيه ديموج Demogue الذي يرى بأنه حين يتعلّق الأمر بإثبات تنفيذ المدين لالتزامه أو عدم تنفيذه له، فإنّ: "الالتزام الذي يقع على المدين يختلف من حيث طبيعته. فقد يكون التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة"<sup>8</sup>.

والمقصود بالالتزام ببذل العناية، التزام المدين عند تنفيذه لالتزاماته التحلي بالاحذر واليقظة دون أن يكون ملزماً بتحقيق النتيجة المنتظرة من هذا التنفيذ<sup>9</sup> في حين أنّ الالتزام بتحقيق نتيجة هو الالتزام الذي يستوجب على المدين الوصول إلى غاية معينة من تنفيذ الالتزام، إذ يعتبر المدين مخلاً بالتزامه في حالة عدم تحقق تلك النتيجة<sup>10</sup>.

وقد سبق ذكر أنّ الفقيه ديموج DEMOGUE لما ميز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، كان ذلك بصدد التمييز بين الالتزامات من حيث الإثبات، إذ أنّه في الالتزام ببذل

<sup>5</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil (Les obligations), 12<sup>eme</sup> ed., Sirey, Paris, 2010, p. 18.

<sup>6</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 25.

<sup>7</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 7<sup>eme</sup> ed., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2015, p. 14.

<sup>8</sup> DEMOGUE René, Traité des obligations en général. Tome 5, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, p. 538. « L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou une obligation de moyen ».

<sup>9</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Op. cit., p. 18

<sup>10</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 27.

عناية، يقع على الدائن إثبات إخلال المدين بالتزامه، عن طريق إقامة الدليل على تهاونه أو عدم حيطة عند التنفيذ، ما أدى إلى عدم تحقق النتيجة المنتظرة. في حين أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة، يكفي للدائن إثبات عدم تحقق النتيجة المنتظرة من تنفيذ الالتزام من أجل قيام مسؤولية المدين، ما لم يثبت هذا الأخير أنّ عدم تحقق النتيجة المنتظرة يعود إلى سبب أجنبي<sup>11</sup>. يبقى أنّ دراسة نظرية العقد تقتضي أولاً قبل التطرق إلى تكوينه أو تنفيذه والمسؤولية المترتبة عنه، شرح بعض المفاهيم التي نراها ضرورية لفهم الموضوع بالنسبة لطالب السنة الثانية، والتي سيعتمد عليها من أجل دراسة موضوع العقود الخاصة في السنة الثالثة بمكتسبات تسمح له التحكّم فيها (أي العقود الخاصة)، وهذه المفاهيم الأساسية هي تعريف العقد من جهة، وتقسيمات العقود من جهة أخرى.

## 1- تعريف العقد

تنص المادة 54 من التقنين المدني<sup>12</sup> فيما يتعلّق بتعريف العقد على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". فالعقد إذا اتّفاق على إحداث أثر قانوني معين، والاتّفاق هو توجّه وجهة نظر أشخاص تجاه أمر معين<sup>13</sup> فأصل كلمة *contrat* هي الكلمة اللاتينية *contrahere* والتي تعني الجمع<sup>14</sup>.

من جانب آخر، يتّضح أنّ الجمع يفترض التعدد، بالتالي فالعقد يفترض وجود طرفين أو أكثر، وإلا تحوّل إلى تصرّف قانوني منفرد<sup>15</sup>، ومن جانب آخر يفترض العقد الاتّفاق على إحداث

<sup>11</sup> DELEBECQUE Philippe, PANSIER Jean-Jérôme, Droit des obligations (Contrat et quasi-contrat), 7<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Paris, 2016, p 4.

<sup>12</sup> أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج.ج.ج. عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

<sup>13</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 44.

<sup>14</sup> LATINA Mathias, Contrat : généralités, Rep. Civ., Dalloz, mai 2017, N° 162. (Actualisation janvier 2019.) in

[https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000317&FromId=CIV\\_DOC\\_1](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000317&FromId=CIV_DOC_1) consulté le 30/03/2019.

<sup>15</sup> SALEILLES Raymond, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand, 2<sup>ème</sup> éd, F. Pichon et Durand Auzias, Paris, 1914, p. 142.

أثرا قانونيا معيناً، أي "إيجاد وضع جديد يرتب حقوقاً وواجبات لم يكتسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، أو ينهي حقوقاً أو واجبات سابقة"<sup>16</sup>، فإذا لم يهدف الاتفاق بين الطرفين إلى ذلك، خرج الاتفاق من فلك نظرية العقد.

## 2- أهم تقسيمات العقود

يعد موضوع تقسيمات العقود من بين المواضيع الأكثر أهمية في نظرية العقد عامة وفي تكوين العقد على وجه الخصوص، وينقسم العقد إلى عديد الأصناف بحسب تعدد المعيار المتعمد عليه وذلك على النحو التالي:

### أ- من حيث التزامات الطرفين

ينقسم العقد بحسب هذا المعيار إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.

- **العقد الملزم لجانب واحد:** هو العقد الذي يلتزم فيه أحد المتعاقدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء دون أن يلتزم الطرف الآخر بأي التزام، فالعقد الملزم لجانب واحد ينشئ التزامات على أحد الطرفين دون الطرف الآخر<sup>17</sup>.

- **العقد الملزم لجانبين:** هو العقد الذي يلتزم فيه كلا الطرفين بالقيام بعمل الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء لصالح الطرف الآخر<sup>18</sup>.

### ● أهمية التمييز:

تظهر أهمية التمييز بين العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم لجانبين من خلال ما يلي:

**الدفع بعدم التنفيذ:** يجوز للدائن في العقود الملزمة للجانبين، أن يرفض تنفيذ التزاماته إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ المذكور في المادة 123 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه

<sup>16</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>17</sup> POUMAREDE Mathieu, Droit des obligations, 2eme éd., Montchretien-Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 73.

<sup>18</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 211.

إذا لم يقد المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". ويقتضي استعمال هذا الحق وجود عقد ملزم للجانبين إذ لا يمكن استعماله في العقود الملزمة لجانب واحد<sup>19</sup>.

من حيث الفسخ: الفسخ هو الجزاء المترتب عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته القانونية في العقود الملزمة للجانبين حصرياً<sup>20</sup>، وفقاً لأحكام المادة 119 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "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.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات". بالتالي لا يمكن للدائن في العقد الملزم لجانب واحد التمسك بنص المادة 119 السالفة الذكر.

- من حيث زوال التزامات أحد الطرفين: تعتبر التزامات أحد طرفي العقد في العقود الملزمة للجانبين سبباً لالتزامات الطرف الآخر، بالتالي فإن زوال التزامات أحد الطرفين يجعل من التزامات الطرف الآخر من دون سبب، مما يؤدي إلى زوال العقد. بيد أنه لا يمكن إعمال هذه القاعدة في العقود الملزمة لجانب واحد<sup>21</sup>.

ب- من حيث المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد

ينقسم العقد من حيث المقابل الذي يحصل عليه الطرفين من العقد إلى:

● عقد المعاوضة: عقد المعاوضة هو العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزاماته<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> POUMAREDE Mathieu, Op. cit., p 74.

<sup>20</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 212

<sup>21</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 173.

<sup>22</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 64.



● **العقد التبرّعي:** العقد التبرّعي هو العقد الذي لا يحصل عليه أحد الطرفين على أيّ مقابل عما يلتزم به لصالح الطرف الآخر<sup>23</sup>.

● **أهمية التمييز**

- من حيث الغلط في الشخص المتعاقد معه: يعتبر الشخص المتعاقد معه محل اعتبار في عقود التبرّع، بالتالي فإنّ الغلط فيه يعتبر غلطا جوهريا يفتح المجال للمطالبة بإبطال العقد. أمّا الأصل في عقود المعاوضة فإنّ المتعاقد معه ليس محل اعتبار في العقد بالتالي فالغلط فيه لا يعتبر جوهريا<sup>24</sup>.

- من حيث شدة المسؤولية العقدية: تكون مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المدين في عقود المعاوضة، ذلك أنّ التزامات المتبرع لا تقابلها التزامات من الطرف الآخر<sup>25</sup>.

ت- **من حيث تكوين العقد**

ينقسم العقد وفقا لهذا المعيار إلى:

**العقد الرضائي:** يعرف العقد الرضائي على أنّه العقد الذي ينعقد ويرتّب أثره القانوني بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين دون الحاجة إلى أي شكل معيّن<sup>26</sup>، وتعتبر الرضائية هي الأصل في العقود مثلما أكّدت على ذلك المادة 59 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".

● **العقد الشكلي:** العقد الشكلي هو العقد الذي لا يصح ولا يرتب آثاره القانونية إلا إذا استوفى شكلا محددًا قانونًا<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> PLANIOL Marcel en collaboration avec RIPPET Georges, Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit, 11<sup>eme</sup> éd., LGDJ, Paris, 1931, p. 368.

<sup>24</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 65.

<sup>25</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 175.

<sup>26</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit., p 212.

<sup>27</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Op. cit., p. 233.

● **العقد العيني:** العقد العيني هو العقد الذي يكون فيه عنصر التسليم ركنا في العقد بحيث لا يمكن تصوّر قيام العقد من دونه<sup>28</sup>.

ث- من حيث مدى إمكانية مناقشة بنود العقد

ينقسم العقد من حيث مدى إمكانية مناقشة بنود العقد إلى:

● **عقد المساومة:** عقد المساومة هو العقد الذي يمكن فيه لكلا الطرفين مناقشة شروط الطرف الآخر بكل حرية<sup>29</sup>.

● **عقد الإذعان:** عقد الإذعان هو العقد الذي لا يمكن فيه لأحد الطرفين مناقشة البنود التي يضعها الطرف الآخر، إذ له أن يقبل بها أو أن يرفضها جملة واحدة<sup>30</sup>.

● **أهمية التمييز:**

من حيث تفسير العقد: يؤول الشك في التعرّف على النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد لمصلحة الشخص المدين في عقود المساومة، غير أنّه في عقود الإذعان، فإنّ الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعّن مدينا كان أو دائنا<sup>31</sup> وفقا لمضمون المادة 112 فقرة 2 من التقنين المدني والتي تنص على أنّه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعّن".

- **التدخل لمعالجة الشروط التعسفية:** يجوز للقاضي في عقود الإذعان التدخل من تلقاء نفسه للتصدي للبنود والشروط التي يعتبرها تعسفية تطبيقا لمقتضيات المادة 110 من التقنين المدني التي تنص على أنّه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعّن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". في حين لا يجوز للقاضي في الأصل أن يتدخل بهذه الطريقة في عقود المساومة<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 68.

<sup>29</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 210.

<sup>30</sup> POUMAREDE Mathieu, Op. cit., p 72.

<sup>31</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 74.

<sup>32</sup> المرجع نفسه، ص 74.

### ج- من حيث المدة التي يستغرقها تنفيذ التزامات المتعاقدين

ينقسم العقد وفقا لهذا المعيار إلى:

- **العقد الفوري:** يعرف العقد الفوري على أنه العقد الذي لا يستغرق فيها تنفيذ التزامات المتعاقدين مدة زمنية طويلة، فلا تأثير لعنصر الزمن على مقدار التزامات المتعاقدين<sup>33</sup>.
- **العقد الزمني:** على عكس العقد الفوري، فإنّ العقد الزمني هو العقد الذي يخلق علاقة مستمرة في الزمن بين المتعاقدين، بحيث يتم تنفيذ التزامات المتعاقدين خلال المدة المتفق عليها بين الطرفين بصفة تدريجية<sup>34</sup>.
- **أهمية التمييز:**

تكمن أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد الزمني في كون الفسخ في العقد الفوري يؤدي إلى إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، أي أنّ الفسخ في العقد الفوري يكون له أثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد. في حين أنّه في العقود الزمنية، لا يمكن إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، إذ لا يكون للفسخ إلا أثرا فورياً<sup>35</sup>.

### ح- من حيث تحديد التزامات المتعاقدين

ينقسم العقد من حيث تحديد التزامات المتعاقدين إلى قسمين هما:

- **العقد المحدد:** العقد المحدد هو العقد الذي يتم تحديد التزامات المتعاقدين مسبقا عند إبرام العقد، حيث يعلم فيه كلا الطرفين قيمة ما يلتزم به وما يحصل عليه من طرف المتعاقد الآخر بصفة قطعية منذ إبرام العقد<sup>36</sup>.
- **العقد الاحتمالي:** العقد الاحتمالي هو العقد الذي يقف فيه تحديد التزامات المتعاقدين على حادث مستقبلي غير مؤكد الوقوع، يحدد عند حدوثه وبحسب شدته قيمة حقوق والتزامات الطرفين<sup>37</sup>، ومثال ذلك عقد التأمين.

<sup>33</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 233.

<sup>34</sup> POUMAREDE Mathieu, Op. cit., p. 76.

<sup>35</sup> عبد الرزاق أحمد السهنوري، المرجع السابق، ص 180.

<sup>36</sup> PLANIOL Marcel, Op. cit. ; p. 370.

<sup>37</sup> DELEBECQUE Philippe, PANSIER Jean-Jérôme, Op. cit., p. 17.

### ● أهمية التمييز

- من حيث التمسك بعدم تكافؤ التزامات المتعاقدين: لا يجوز في العقود الاحتمالية للطرفين التمسك بعدم تكافؤ أداءات المتعاقدين<sup>38</sup>، ففي عقد التأمين مثلا إذا سُرقت السيارة محل التأمين على السرقة، وجب على شركة التأمين تعويض المؤمن على قيمة السيارة ولو كان قسط التأمين ضئيلا.

- يعتبر الاحتمال ركن من أركان العقد الاحتمالي، بالتالي إذا غاب عنصر الاحتمال في العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا<sup>39</sup>.

### خ- من حيث تنظيم المشرع للعقد

ينقسم العقد من حيث تنظيم المشرع للعقود الخاصة إلى:

● **العقد المسمى:** العقد المسمى هو العقد الذي خصّه المشرع بتنظيم قانوني خاص حيث حدّد تسمية خاصة به، وقام ببيان شروط صحته والآثار المترتبة عنه، ومثال ذلك عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الشركة....<sup>40</sup>

● **العقد غير المسمى:** يعرف العقد غير المسمى على أنه العقد الذي لم يخصّه المشرع بأي تنظيم خاص، ويرجع ظهور العقود غير المسماة إلى حرية الأطراف في الاتفاق على ما يرانه مناسبا من آثار قانونية<sup>41</sup>، فقد يدخل الاتفاق ضمن قالب حدده المشرع مسبقا فيكون العقد مسمى أو يخرج الاتفاق عن كل العقود التي نظمها المشرع فيكون العقد غير مسمى.

### ● أهمية التمييز

- من حيث القواعد التي يخضع لها العقد: يخضع العقد إلى النصوص القانونية في العقد المسمى متى كانت هذه النصوص أمرة، إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، في حين

<sup>38</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 224.

<sup>39</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 177.

<sup>40</sup> DELEBECQUE Philippe, PANSIER Jean-Jérôme, Op. cit., p. 12.

<sup>41</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 76.

أنّ العقود غير المسماة لا تخضع إلا لإرادة المتعاقدين، مع ضرورة احترام القواعد المتعلقة بالنظرية العامة للعقد كالنظام العام مثلاً.

- من جانب آخر إذا أغفل المتعاقدين عن تنظيم مسألة معينة في العقد المسمى فإنّ تلك المسألة تخضع إلى النصوص القانونية المنظمة للعقد المسمى، في حين إذا حدث ذلك في العقود غير المسماة، وفي ظل غياب أي تنظيم قانوني للعقد، وجب على القاضي الاجتهاد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين<sup>42</sup>.

بعد تبيان أهم تقسيمات العقود، يقتضي دراسة موضوع تكوين العقد اعتماد تقسيم ثلاثي، نتطرق في الفصل الأول إلى مقتضيات مرحلة المفاوضات ثم في الفصل الثاني إلى أركان العقد أمّا الفصل الثالث فقد تم تخصيصه لدراسة نظرية البطلان.

<sup>42</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 76.

## الفصل الأول

### مقتضيات مرحلة المفاوضات

عادة ما تسبق مرحلة إبرام العقد مرحلة يتبادل فيها المتعاقدان الرؤى حول العقد المراد إبرامه، هذه المرحلة تسمى بمرحلة المفاوضات، وهي المرحلة التي يقوم عليها نجاح العقد إلى غاية تنفيذه.

أصبحت مرحلة المفاوضات تكتسي أهمية بالغة في الأنظمة القانونية المختلفة، إلى درجة أن بعض التشريعات المقارنة خصت هذه المرحلة بتنظيم قانوني خاص كالمشرع الفرنسي الذي أدرج بعد تعديل التقنين المدني لسنة 2016<sup>43</sup> عنوانا خاصا بها<sup>44</sup>، إلا أنه لا يسعنا في هذا المقام التطرق بالتفصيل إلى الإطار القانوني لمرحلة المفاوضات، بل يجب التركيز على المبادئ التي تحكم هذه المرحلة الحساسة من العقد، إلى جانب التطرق إلى الإرادة باعتبارها حجر الزاوية في مرحلة المفاوضات.

### المبحث الأول

#### المبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات

تحكم مرحلة المفاوضات مجموعة من المبادئ الأساسية والتي أطلق عليها جانب من الفقه تسمية المبادئ التوجيهية لنظرية العقد<sup>45</sup>، وذلك بالنظر إلى الدور الحيوي الذي تلعبه هذه المبادئ وتأثيرها على تكوين العقد، ويتعلق الأمر بمبدأ الحرية التعاقدية (La liberté contractuelle) ومبدأ حسن النية في التعاقد (Le principe de bonne foi)، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي بشيء من التفصيل.

<sup>43</sup> Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 35, du 11 février 2016.

<sup>44</sup> وذلك تحت عنوان "المفاوضات" الذي يتكون من 3 مواد من 1112 إلى 1112-2.

<sup>45</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N° 99.

### المطلب الأول: الحرية التعاقدية مبدأ أساسي في مرحلة المفاوضات

أوضحت الحرية التعاقدية ذات قيمة دستورية مثلما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي<sup>46</sup> إذ تعتبر أحد المبادئ التوجيهية (principe directeur) لنظرية العقد<sup>47</sup> وقد كان للمبدأ صدى واسعاً خلال نهاية القرن 19، حين وجد في المذهب الفردي أساساً فلسفياً تم الاعتماد عليه من أجل الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة كمبدأ قانوني تقوم عليه نظرية العقد، ونتج عنه مجموعة من القواعد التي تحكم الفترة السابقة على التعاقد.

### الفرع الأول: إلتفاف مبدأ سلطان الإرادة حول فلسفة المذهب الفردي

اتخذت الحرية التعاقدية مكرسة في مبدأ سلطان الإرادة من الأفكار التي يقوم عليها المذهب الفردي أساساً فقهيها لها، معتبرة أنّ الفرد يولد حرّاً وتبعاً لذلك لا يمكن قبول فكرة أن يتم تقييده بالتزامات مع طرف آخر مهما كانت طبيعتها، إذا لم يكن قد قبل بها بإرادته الحرة، بالتالي فإنّ إرادة المتعاقد هي أساس وجود الإلتزام<sup>48</sup>.

استعانت الحرية التعاقدية بالمذهب الفردي لإقرار أنّه لا يمكن للدولة، ولو باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة، أن تفرض على أفراد المجتمع بمقتضى نصوص قانونية التزامات يرضخ لها الفرد دون أن يكون هناك تعبير لإرادته على قبول تحمّل مثل هذه الإلتزامات على عاتقه.

<sup>46</sup> GHESTIN Jacques, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », JCP G, N° 37, 09 septembre 2013, p. 1615.

<sup>47</sup> LATINA Mathias, Op. cit., N°99/ MEKKI Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D., N° 14, 16/04/2015, p. 816.

<sup>48</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil (Les obligations), 11<sup>eme</sup> éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 32. « La philosophie des lumières professe que chaque homme est fondamentalement libre. Comment admettre dès lors – ce que paraît pourtant postuler la vie en société – que des individus puissent être assujettis à d'autres individus, que, par exemple, certains soient créanciers et d'autres débiteurs ? La réponse est simple : en faisant de la volonté la source essentielle de ces situations. Poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté. De là, deux propositions: un individu ne saurait être assujetti à des obligations qu'il n'a pas voulues, car il se pourrait qu'elles soient tyranniques ; un individu doit respecter toutes les obligations auxquelles il a librement consenti. »

### الفرع الثاني: مسايرة الحرية التعاقدية لفكرة الليبرالية الاقتصادية

يبدو واضحاً أنّ الحرية الاقتصادية فتحت المجال بمسايرة مذهب الليبرالية الاقتصادية وهي الوسيلة التي تسمح للعقد بتحقيق الأغراض الاجتماعية والاقتصادية التي وُجد من أجلها<sup>49</sup> ويمكن تبرير ذلك من جانبين:

الجانب الأول هو أنّ الحرية التعاقدية مآلها العدالة بما أنّ كل طرف يسعى إلى تحقيق مصالحه الشخصية، بالتالي فهو المدافع الحقيقي والأساسي لحقوقه،<sup>50</sup> وينتج عن ذلك أنّ المتعاقد الذي يعبر عن إرادته بقبول مضمون عقد معين، فهو في الواقع يعتبر أنّ العقد عادل بالنسبة إليه، وهي الفكرة التي عبّر عنها الفقيه ألفريد فوييه (Alfred FOUILLÉE) بالقول أنّ "من يقول عقد فيقول عدل"<sup>51</sup>.

الجانب الثاني هو أنّ الحرية التعاقدية كفيلة بضمان التوازن الاقتصادي، انطلاقاً من مسلمة أنّ تعارض المصالح بين المتعاقدين كفيل بجعل جميع العقود متوازنة، ففكرة اليد الخفية التي يقوم عليها نظام اقتصاد السوق، ترفض أي تدخل خارجي عن إرادة المتعاقدين من أجل تحمّل الالتزامات الناشئة عن العقد<sup>52</sup>.

### الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن الحرية التعاقدية

يترتب عن الحرية التعاقدية العديد من الآثار التي تلعب دوراً أساسياً في حماية المصالح الشخصية لكلا المتعاقدين، إذ يمكن حصر هذه الآثار في ثلاث صور أساسية وهي: حرية إبرام العقد من عدمه، حرية اختيار الشخص المتعاقد معه وحرية تحديد مضمون العقد.

<sup>49</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op.Cit., p. 33. « ...Source de droit par excellence, en ce qu'il respecte la liberté des individus, le contrat l'est aussi en ce qu'il permet d'établir les rapports individuellement les plus justes et socialement les plus utiles. On reconnaît ici les thèses du libéralisme économique. »

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> FOUILLEE Alfred, La science sociale contemporaine, 2<sup>ème</sup> éd., Librairie Hachette et Cte, Paris, 1885, p. 410. « L'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité et qui dit contractuel dit juste », V. ROLLAND Louise, « Qui dit contrat dit juste » (fouillée) ... en trois petits bonds a reculons », Revue de droit Mc GILL, N° 4, 2006, p. 767.

<sup>52</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 33.



### أولاً: حرية إبرام العقد من عدمه

يتمتع الفرد إعمالاً بالحرية التعاقدية بحق الخيار فيما إذا كان يريد إبرام عقد معين من عدمه<sup>53</sup>، وعكس المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على هذه الحرية، فإن المشرع الفرنسي بمقتضى نص المادة 1102 من التقنين المدني بعد تعديل 2016<sup>54</sup>، أكد صراحة عليها لما نصّ على أنه: " كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد ..."<sup>55</sup>.

كما أكد القضاء من جهته على حرية الشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً في اختيار إبرام العقد أو عدم إبرامه، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية التي أقرت بحرية جمعية الخروج من شبكة جمعيات كانت قد اندمجت فيها، وذلك بكل حرية إعمالاً بمبدأ الحرية التعاقدية<sup>56</sup>.

### ثانياً: حرية اختيار الشخص المتعاقد معه

يحق لكل شخص عند إبرام العقد اختيار المتعاقد الذي يرغب في التعاقد معه، وقد استنبط الباحثون العديد من النتائج المترتبة عن حرية اختيار الشخص المتعاقد معه ومنها عدم إجبارية تبرير خيار المتعاقد بالتعاقد مع شخص معين دون شخص آخر أو بيان الأسس التي قام عليها اختيار الشخص<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> TRANCHANT Laetitia, EGEA Vincent, Droit civil (les obligations), 22<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 22.

راجع كذلك في الموضوع: حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات التعاقدية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة، جوان 2017، ص 165.

<sup>54</sup> Ordonnance N° 2016-131 du 10 février Op.Cit.

<sup>55</sup> Code civil français, 117<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2018. L'article 1102 dispose que : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter...* »

<sup>56</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2014, N° 13-14.341, Bull. Civ. N° 3, 2014, p. 33. « Qu'en statuant ainsi alors, ..., *que l'association était libre de quitter à tout moment le réseau*, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

<sup>57</sup> PETIT Bruno , ROUXEL Sylvie, Fasc. unique : CONTRAT. – Définition du contrat et liberté contractuelle, JCI code civil, lexisnexis, Paris, 2016, § N° 35.

**ثالثاً: حرية تحديد مضمون العقد**

تعتبر حرية تحديد مضمون العقد أحد أهم الحريات المعترف بها للأفراد قبل إبرام العقد<sup>58</sup> حيث تسمح هذه الحرية لكلا الطرفين بموازنة مدى تلبية العقد لمصالحهم الشخصية وتبعاً لذلك قبول إبرامه أو رفض ذلك.

**الفرع الرابع: القيود الواردة على حرية التعاقد**

رغم الصدى الواسع الذي عرفه مبدأ الحرية التعاقدية مكرّساً بالنسبة لنظرية العقد في مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه سرعان ما طفت إلى السطح ضرورة تأطير في الحرية التعاقدية للأفراد، وإعادة النظر في نطاق المبدأ من عديد الجوانب.

**أولاً: التقييد من حرية اختيار إبرام العقد من عدمه**

تتعدد الحالات التي تم من خلالها تقييد حرية الفرد في اختيار إبرام العقد من عدمه وهو ما يعرف بالتعاقد الإجباري أو طائفة العقود الإجبارية<sup>59</sup>، وتجدر الإشارة في هذا المقام على سبيل المثال لا الحصر إلى ما نص عليه المشرع في القانون المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، المكرّس في المادة الأولى من الأمر 74-15<sup>60</sup> والتي تنص على أنه: "كل مالك مركبة ملزم بالاشتراك في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة وذلك قبل إطلاقها للسير".

كما انتهج المشرع نفس الطريقة فيما يتعلّق بالتأمين على الكوارث الطبيعية، حيث تنص المادة الأولى من الأمر 03-12<sup>61</sup> على أنه: "يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر،

<sup>58</sup> FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, Droit civil (les obligations) 1. L'acte juridique, 16<sup>eme</sup> ed., sirey, Paris, 2014, p. 89.

<sup>59</sup> حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ص 173.

<sup>60</sup> أمر رقم 74-15، مؤرخ في 30 يناير سنة 1974، يتعلّق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج. عدد 15، مؤرخ في 19 فبراير سنة 1974، معدّل ومتمّم بمقتضى القانون رقم 88-31، مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988، ج.ر.ج. عدد 29، مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988.

<sup>61</sup> أمر رقم 03-12، مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلّق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج. عدد 52، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003.

شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً ما عدى الدولة أنّ يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا المملك من آثار الكوارث الطبيعية".

يتّضح جلياً من خلال النصين السابقين أنّ المشرّع لا يُول أيّ اهتمام لإرادة مالك السيّارة أو مالك البناء في إبرام عقد التأمين من عدمه، بل يفرض ذلك باعتبار أنّ المصلحة التي يسعى المشرّع لتحقيقها من خلال هذا الإيجاب تتجاوز حد المصلحة الشخصية للمالك إلى ضرورة تحقيق الصالح العام، بإعمال خاصية التضامن لتغطية الإضرار التي قد تحصل نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده.

ثانياً: التقييد من اختيار الشخص المتعاقد معه

إلى جانب التقييد من حرية الأطراف في اختيار التعاقد من عدمه، يبدو أنّ المشرّع فرض في بعض الحالات على الأطراف بعض القيود على حرية اختيار المتعاقد معه، في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى المادة 794 من التقنين المدني فيما يتعلّق برخصة الشفعة، حيث تنص المادة على أنّه: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية...". يظهر بصفة واضحة أنّ المشرّع يمنح للأشخاص المذكورين في نص المادة السّالفة الذكر أسبقية في شراء عقار معيّن بيع للغير، إذ وفي حالة تعبير هؤلاء الأشخاص المذكورين على سبيل الحصر في المادة 794 من التقنين المدني عن رغبتهم في شراء العقار المبيع بنفس الشّروط التي بيع بها للغير، وجب على البائع إبرام العقد مع الشفيع بالتالي يتم تقييد حريته في اختيار المتعاقد الذي يريد إبرام العقد معه.

من جانب آخر، وبالتنظر إلى تطوّر العلاقات بين أفراد المجتمع، تجلّت ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لنظرية العقد. من هذا الجانب، تجدر الإشارة إلى ما تضمنته المادة 15 من القانون 02-04<sup>62</sup> الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تنص على

<sup>62</sup> قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدل ومتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

أنه: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت هذه الخدمة متوقّرة".

يتّضح جلياً من المادة أنه يُمنع على التاجر الذي يعرض سلعة أو خدمة للجمهور رفض بيعها أو أداءها لشخص من دون مبرر شرعي<sup>63</sup>، رغم أنّ هذا الحكم يتعارض مع الحرّية التعاقدية والتي تضمن لكل طرف الحق في اختيار المتعاقد الآخر دون تبرير اختياره. والجدير بالذكر أنّ المشرّع ترك المجال واسعاً للقضاء من أجل تقدير غياب المبرر الشرعي إذ يلعب الاجتهاد القضائي في مثل هذه الحالات دوراً مكملًا للقانون بوضع الضوابط التي تحكم تطبيق قاعدة قانونية معينة.

### ثالثاً: التقييد من حرّية الأطراف في تحديد مضمون العقد

تتعدد النصوص القانونية سواء التشريعية منها أو التنظيمية التي تتدخل في المضمون العقدي من خلال توجيه إرادة الأطراف بطريقة أو بأخرى. في هذا الصدد وبغض النظر عن قيد النظام العام الذي سيتم تناوله عند التطرّق لركن المحل في العقد، فنجد المشرّع يتدخل في بعض الحالات الخاصة من أجل فرض على الأطراف مضمون معيّن على المتعاقدين وأحسن مثال على ذلك المادة 32 من القانون 90-11<sup>64</sup> المتعلق بعلاقات العمل والتي تنص على أنه: "يخول أداء ساعات إضافية الحق في زيادة لا تقل بأي حال من الأحوال عن 50% من الأجر العادي للساعة". من جانب آخر يمكن كذلك الإشارة إلى بعض النصوص التنظيمية التي حددت سعر بعض المواد التي يمكن اعتبارها كمواضع للاستهلاك الواسع<sup>65</sup> بذلك يمنع على المتعاقدين إبرام العقد ببيع هذه السلع بغير الثمن المحدد قانوناً.

<sup>63</sup> لطرش أمينة، رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012، ص 3.

<sup>64</sup> قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 ابريل سنة 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، ج.ر.ج. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل سنة 1990، معدل ومتمم

<sup>65</sup> راجع على سبيل المثال مرسوم تنفيذي رقم 01-50، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمّن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر.ج. عدد 11، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001 أو مرسوم تنفيذي رقم 07-402، مؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج. عدد 80، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2007.

### المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد

أضحى مبدأ حسن النية في العقد من بين المبادئ التي استلهمت فكر الباحثين في القانون المدني، حيث لقي المبدأ اهتمام الفقه باعتباره ثقلاً موازياً لمبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة على التعاقد، سواء عند الدخول في المفاوضات، خلال سيرها أو عند قطعها وعلى عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة على التزام الأطراف بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، فإنّ المشرع الفرنسي استغل تعديل التقنين المدني لسنة 2016 من أجل إدراج المبدأ ضمن جميع مراحل العقد في نص المادة 1104 من التقنين المدني<sup>66</sup>.

#### الفرع الأول : حسن النية عند الدخول في المفاوضات

يقع على كل طرف يرغب في الدخول في مفاوضات مع الغير قصد إبرام عقد معين الامتثال لمبدأ حسن النية، وقد يأخذ هذا الالتزام عدة أوصاف في الواقع العملي، من ذلك ضرورة وجود نية صريحة لكلا الطرفين في إبرام العقد. بالتالي يعتبر سئء النية، الطرف الذي يدخل في مفاوضات مع طرف آخر دون رغبة في الوصول إلى اتفاق معه<sup>67</sup>، في هذا السياق يمكن الإشارة إلى قرار محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت ان غياب النية الجادة في إبرام العقد عند الدخول في المفاوضات يُنشئ مسؤولية مدنية تستوجب تعويض الطرف الآخر<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Code civil français, Op.Cit. L'article 1104 dispose que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »

<sup>67</sup> LE TOURNEAU Philippe et POMAREDE Matthieu, « Bonne foi », Rep. Civ., janvier 2017, p. 12.

<sup>68</sup> Cass. Civ. 2, 04 juin 1997, N° 95-10574, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000007338911&fastReqId=1045487635&fastPos=1/> consulté le 30/06/2019..« ...Qu'en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions de la SCI qui demandait de rechercher si la commune, en continuant de mener ces pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix de 120 francs, n'avait pas agi dans le seul but de faire échouer les négociations menées avec la SCI, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ; »

### الفرع الثاني: حسن النية خلال سير المفاوضات

يلتزم كلا الطرفين خلال سير المفاوضات بحسن النية من خلال التحلي بالنزاهة والصدق في هذه المرحلة الحساسة من مراحل العقد<sup>69</sup>، وتتعدد أوصاف مخالفة الأطراف لمقتضيات حسن النية سواء بالرجوع إلى عيوب الرضا كعيب الاستغلال أو عيب التدليس، أو من خلال مراقبة السلوك التزيه للأطراف كتسريب المعلومات السريّة التي قد يتحصّل عليها المتفاوض من الطرف الآخر أثناء مرحلة المفاوضات<sup>70</sup>.

عبر الفقه لتكريس الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد عن وجود واجب عام بالتعاون بين الأطراف<sup>71</sup>، ينجر عنه قيام كل طرف بكل ما في وسعه لتحقيق الأغراض المختلفة من إبرام العقد على أكمل وجه ممكن مع مراعاة كل طرف لمصالح الطرف الآخر بالموازاة مع مصالحه الشخصية<sup>72</sup>، رغم رفض بعض الباحثين<sup>73</sup> لفكرة إدراج واجب التعاون ضمن نظرية العقد.

### الفرع الثالث: الالتزام بحسن النية عند قطع المفاوضات

تعتبر حالات قطع المفاوضات من بين الحالات التي تثير العديد من الإشكالات في الواقع العملي، ذلك أنّه ورغم حرية كل متعاقد في التوقف عن التفاوض متى شاء ذلك ومهما كانت

<sup>69</sup> محمد محمد السوري، الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 87.

<sup>70</sup> بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي النعامة، العدد الثاني، جوان 2015، ص 23.

CHENEDE François, Le nouveau droit des contrats et des obligations, 2eme ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 36.

<sup>71</sup> العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 62.

<sup>72</sup> v. MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat, université Paris II Panthéon Assas, 2014.

<sup>73</sup> LEVENEUR Laurent, Le solidarisme contractuel : un mythe, in Le solidarisme contractuel, S/D GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004, p. 176. « *Que cette fraternité soit, dans l'idéal, souhaitable, c'est une chose. Qu'elle existe en réalité, et même qu'elle soit concevable, en pratique, c'en est une autre.* ».

درجة تقدم المفاوضات<sup>74</sup>، إلا أنّ الالتزام بحسن النية يفرض على كل طرف توخي الحذر عند استعمال هذا الحق وعدم التعسف في ذلك، وقد تتعدد صور التعسف في قطع المفاوضات ومنها قطع المفاوضات لسبب غير جدي<sup>75</sup>، أو قطعها بصفة فجائية<sup>76</sup>، كما أولت محكمة النقض الفرنسية بصفة عامة اهتمام كبير لحالات مخالفة الالتزام بحسن النية عند قطع المفاوضات<sup>77</sup>.

## المبحث الثاني

### الإرادة قوام مرحلة المفاوضات

إذا كان العقد هو اتفاق بين طرفين على إحداث أثر قانوني معين، فإنّ هذا الاتفاق يستحيل دون دخول كلا الطرفين في اتصال وتعبير كل واحد منهما على إرادته، فالإرادة هي قوام التفاوض بين الطرفين.

<sup>74</sup> TERRE François S/D, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2009, p. 133/ FAGES Bertrand, Droit des obligations, 6<sup>ème</sup> ed., LG.D.J.-Lextenso édition, Paris, 2016, p. 63. / Le Tourneau Philippe S/D, Droit de la responsabilité et des contrats (Régimes d'indemnisation), 11<sup>ème</sup> ed., Paris, 2017, p. 1127.

<sup>75</sup> ALBERTINI Marie et AMAR Éric, « La rupture abusive des pourparlers », L.P.A., N° 195, 30 septembre 2013, p. 7.

<sup>76</sup> AMATO Cristina, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », R.D.C., N° 1, 2013, p. 362.

<sup>77</sup> Cass. Com., 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N° 9, 2003, p. 206. « ... Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X... étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que **les consorts X... avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement** ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »



سنتطرق في هذا العنصر إلى التعبير عن الإرادة، ومدى تطابق بين إرادة المتعاقد والتعبير عنها، زمن ترتيب الإرادة لأثرها القانوني، وأخيرا أثر وفاة من صدرت منه الإرادة أو فقدان أهليته على صحة التعبير عن الإرادة.

### المطلب الأول: التعبير عن الإرادة

تنص المادة 60 من التقنين المدني على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

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

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر، تتجلى ضرورة التطرق إلى طرق التعبير عن الإرادة وكذا أنواعه.

### الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة

يبدو واضحا من خلال النص السالف الذكر أنّ التعبير عن الإرادة يكون بطرق مختلفة ومن ذلك التعبير عن الإرادة بالكتابة، والملاحظ أنّ المشرع لم يشترط شرطا معينا في الكتابة والتي تكون غالبا عرفية، سواء تمت بالطرق التقليدية كالكتابة على الورق أو بالطرق الحديثة كالكتابة عبر البريد الإلكتروني أو الرسائل القصيرة عن طريق الهاتف المحمول.

بالإضافة إلى الكتابة قد يكون التعبير عن الإرادة باللفظ كقول أحد الأطراف للطرف الآخر: "قبلت شراء منك ذلك الشيء بثمن..." سواء جمع الطرفين مجلس عقد واحد أو كان كل واحد منهما في مكان مختلف وذلك عن طريق استعمال طرق التواصل الحديثة.

ولقد أظهرت التطورات التكنولوجية الحديثة طرقا جديدة للتعبير عن الإرادة إلى جانب اللفظ والكتابة التي أشارت إليها نص المادة 60 من التقنين المدني، ومنها تقنية النقر المستعملة في الإعلام الآلي إذ يؤدي نقر المستعمل على زر الموافقة أو الرفض طريقة حديثة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود، بالتالي يوصى للمشرع الجزائري بضرورة ادخال التعديلات اللازمة من أجل الاعتراف صراحة بالطرق الحديثة للتعبير عن الإرادة.



كما تشير المادة 60 السّالفة الذّكر إلى إمكانية التّعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً، والتي قد تتعدّد منها: هز الرأس من الأعلى إلى الأسفل للتعبير عن القبول، أو وضع إشارة معينة على الشّيء المبيع كدليل على انعقاد العقد...، أو باتخاذ موفق لا يدع أيّ شكّ عن المراد من التعبير عن الإرادة. ومهما كانت طريقة التّعبير عن الإرادة فقد يكون هذا الأخير إمّا صريحاً أو ضمناً، كما قد تكون الإرادة ظاهرة أو باطنة.

### الفرع الثاني: أنواع التّعبير عن الإرادة

ينقسم التّعبير عن الإرادة إلى قسمين أساسيين وهما التّعبير الصريح والتّعبير الضمني.

#### أولاً: التّعبير الصريح عن الإرادة

يكون التّعبير عن الإرادة صريحاً: "إذا كان المظهر الذي اتخذته -كلاماً أو كتابةً أو إشارة أو نحو ذلك- مظهراً موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس"<sup>78</sup>، فالتّعبير الصريح عن الإرادة هو التّعبير الذي لا يدع أيّ مجال للشكّ فيما يتعلّق بتحديد مضمون الإرادة، أي أنّه التّعبير الذي لا يقبل إلا تأويلاً واحداً، كقول أحد الطرفين للآخر "قبلت ان اشترى عليك هذا الشّيء بهذا الثمن"، فالعبارات المستعملة هنا لا تدع أيّ شكّ حول مقصود الطّرف الذي تلفظ بها، فالتّعبير عن الإرادة في هذه الحالة تعبير صريح.

#### ثانياً: التّعبير الضمني عن الإرادة:

عكس التّعبير الصريح، فإنّ التّعبير الضمني على الإرادة هو تعبير غير متعارف عليه بين الناس، بحيث لا يمكن استخلاص أي معنى منه في الحالات العادية، غير أنّ اتصال هذا التّعبير عن الإرادة ببعض الظروف يُفسر على نحو يفيد التّعبير عن إرادة معينة، فقيام الموعد له بالبيع بالتصرّف في الشّيء الموعد به لطرف أجنبي يُفسّر على أنّه قبول ضمني للوعد بالبيع<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 188.

<sup>79</sup> سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء لا سبب، القانون، القرار الإداري)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 33 و34.

### المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة ومدى دلالته على نية صاحبه

يثير التعبير عن الإرادة إشكالا من حيث مدى دلالته على ما اتجهت إليه نية صاحبه، في هذا الصدد يجب التمييز بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة؛ فالأصل أنه لا يُعتد بالإرادة الكامنة في نفس المتعاقد إلى غاية ان يكون لها مظهرا خارجيا، غير أنه قد يصرح المتعاقد بإرادته على نحو معيّن في حين كان يقصد شيئا آخر، في هذه الحالة تعتبر الإرادة التي صرّح بها للمتعاقد الآخر إرادة ظاهرة، في حين تعتبر الإرادة الحقيقية التي بقيت كامنة في نفسه إرادة باطنة. ويبقى السؤال المطروح حول الإرادة التي يجب الاعتراف بها هل هي الإرادة الظاهرة أو الباطنة؟

تبدو الإجابة على هذا التساؤل صعبة للغاية بالنسبة للمشرع الجزائري، في ظل سكوته حول المسألة من جهة، وانقسام الباحثين من جهة أخرى، إذ يعتبر البعض منهم أنّ المشرع اعتمد على فكرة الإرادة الظاهرة في حين يرى البعض الآخر تبنيه فكرة الإرادة الباطنة<sup>80</sup>؛ ويرى الأستاذ علي فيلاي أنّ المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، بل بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عن الإرادة<sup>81</sup>.

### المطلب الثالث: زمن ترتيب الإرادة لأثرها القانوني

تنص المادة 61 من التقنين المدني على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

تطرق المادة السالفة الذكر إلى إشكال قانوني هام وهو الزمن الذي يرتب فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني. في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أنّ المجال الطبيعي لتطبيق هذا النص القانوني هو التعاقد بين غائبين، على اعتبار أنه إذا كان يجمع المتعاقدين مجلس عقد موحد فلا مجال للحديث عن الزمن الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني، على اعتبار أنّ الإرادة تصل إلى علم من وجهت إليه في حين التعبير عنها، أمّا في حالة ما إذا كان لا يجمع المتعاقدين مجلس عقد موحد، وتطبيقا لنص المادة 61 من التقنين المدني، فإنّ الإرادة ترتب

<sup>80</sup> راجع في هذا الجدل الفقهي علي فيلاي، المرجع السابق، ص 92-93.

<sup>81</sup> المرجع نفسه، ص 96.

أثرها القانوني لما تصل إلى علم من وجهت إليه، ولهذا الحُكم القانوني أثر في العديد من المسائل المتعلقة بنظرية العقد مثلما سنراه لاحقاً.

#### المطلب الرابع: أثر وفاة من صدرت منه الإرادة أو فقدان أهليته

أثار المشرِّع في نص المادة 62 من التقنين المدني إشكالا يتمحور حول مصير التَّعبير عن الإرادة في حالة وفاة أو فقدان أهلية من صدر منه التَّعبير، حيث تنص على أنه: "إذا مات من صدر منه التَّعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التَّعبير أثره، فإنَّ ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التَّعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التَّعبير أو من طبيعة التعامل".

ذهب جانب من الفقه<sup>82</sup> إلى اعتبار هذا النَّص قرينة على أخذ المشرِّع بنظرية الإرادة الظاهرة، حيث يتبين أنه بمجرد تعبير الشَّخص عن إرادته فإنَّ هذه الأخيرة تنفصل عن الشَّخص مما يجعل من وفاته من دون أثر على الإرادة، فلو أنَّ المشرِّع أخذ بنظرية الإرادة الباطنة لأدَّى وفاة المعبَّر عن الإرادة إلى زوالها.

من جانب آخر، يجب التَّمييز عند تطبيق نص المادة 62 السَّالف الذَّكر بين ما إذا كان التَّعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولا. وفي السَّياق نفسه، إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو الموجب فرغم ترتيب التَّعبير عن الإرادة لأثره عند وصوله لعلم من وُجَّه إليه، فإنَّ العقد لن ينعقد لاستحالة علم الموجب بالقبول، في حين أنه إذا كان من توفي أو فقد أهليته هو القابل، فإنَّ ذلك لن يؤثر على صحة تعبيره عن الإرادة وترتيب القبول لأثره القانوني عند اتصاله بعلم الشَّخص الموجب وهو انعقاد العقد إذا كان هذا الأخير من العقود الرضائية.

<sup>82</sup> علي علي سليمان، النَّظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص. 36.

## الفصل الثاني

### أركان العقد

يقوم العقد على ضرورة توافر مجموعة من الأركان يؤدي غياب أحدها إلى اعتبار العقد باطلاً، وهذه الأركان تتلخص في: التراضي، المحل والسبب بالإضافة إلى الشكلية متى اشترطها نص قانوني صريح.

### المبحث الأول

#### التراضي

يعتبر التراضي أهم ركن من أركان العقد، بحيث يمثل الاتفاق الحاصل بين الطرفين ونظراً لأهميته البالغة، فقد خص المشرع هذا الركن بكم معتبر من النصوص القانونية بالمقارنة مع أركان العقد الأخرى كما سنرى. من جانب آخر، فقد اهتم الفقه والقضاء بركن الرضا أو التراضي بشكل كبير مثلما سيتضح عند دراسة هذا العنصر.

للتطرق إلى موضوع التراضي، وجب التفصيل في وجود التراضي من جهة أولى، ثم في صحة التراضي من جانب آخر.

#### المطلب الأول: وجود التراضي

يحدث وجود التراضي بالتطابق التام لإرادة الطرفين، والتي تتمثل في الإيجاب والقبول، إذ يترتب عن هذا التطابق أثر قانوني معين سيتم التطرق إليه، إلى جانب الحالات الخاصة للتراضي.

#### الفرع الأول: تطابق إرادتي المتعاقدين

يقصد بتطابق إرادة المتعاقدين، الاتفاق التام بين إيجاب الشخص الموجب وقبول الشخص القابل، لذلك ينبغي لدراسة تطابق إرادة المتعاقدين التطرق أولاً إلى الإيجاب والقبول باعتبارهما الإرادتين محل التطابق.

**أولاً: الإيجاب**

يمكن تعريف الإيجاب على أنه الإرادة التي يعبر فيها الشخص عن رغبته في إبرام عقد معين بشروط محددة<sup>83</sup>، كما يمكن تعريف الإيجاب على أنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول<sup>84</sup>. ينبغي للإمام بموضوع الإيجاب التطرق إلى تمييزه عن الدعوة إلى التعاقد، وكذا الخوض في موضوع شروط الإيجاب، والحالات التي يسقط فيها الإيجاب سواء اقترن هذا الأخير بأجل أو لم يقترن بذلك.

**1: تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد**

يختلف الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد في كون الإيجاب يتضمن في محتواه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كتعيين محله تعييناً دقيقاً، وبيان التزامات الطرف الآخر... الخ، في حين أن الدعوة إلى التعاقد لا تعدو أن تكون تعبيراً عن نية صاحبها في إبرام عقد معين، يتعين على الشخص الذي وجهت إليه الدعوة الدخول في مفاوضات مع صاحب الدعوة من أجل تحديد بنود العقد<sup>85</sup>.

**2: شروط الإيجاب**

ينبغي لصحة الإيجاب من الناحية القانونية توافر مجموعة من الشروط، هذه الأخيرة ضرورية من أجل إعطائه صبغة قانونية ملزمة لصاحب التعبير عن الإرادة، ومن بين هذه الشروط أن يكون الإيجاب جازماً وموجهاً إلى إحداث أثر قانوني معين، كما يجب أن يتضمن الإيجاب الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه.

**أ: أن يكون الإيجاب جازماً**

يشترط لصحة الإيجاب من الناحية القانونية أن يكون جازماً، والمقصود بذلك أن تتجه نية من صدر منه الإيجاب إلى التعاقد بمجرد أن يصدر القبول من الطرف الآخر<sup>86</sup>. وعلى عكس

<sup>83</sup> PROCHY-SIMON Stéphanie, Droit civil 2<sup>e</sup> année les obligations, Dalloz, Paris, 2019, p. 54.

<sup>84</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 103.

<sup>85</sup> DIONISIE-PEYRUSSE Amélie, Droit civil T2 (Les obligations), Centre National de la Fonction Publique, Paris, 2008, p. 35.

<sup>86</sup> AUBERT Jean-Luc et COLLART-DUTILLEUL François, Le contrat (Droit des obligations), 5<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 2017, p. 56.

بعض التشريعات المقارنة<sup>87</sup> التي اشترطت صراحة لصحة الإيجاب أن يكون جازما، فإنّ المشرّع الجزائري من خلال النصوص المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام، لم يذكر هذا الشرط مكتفيا باعتبار العقد منعقدا بمجرد تطابق ارادتي الطرفين في نص المادة 59 من التقنين المدني. أمّا من جانب القضاء، فقد أكدّ القضاء الفرنسي ضرورة وجوب هذا الشرط لصحة الإيجاب في قرار لها سنة 1990، والذي أكدّت من خلاله الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسي أنّ الإرادة التي لا ينوي فيها صاحبها التعاقد بمجرد قبول الطرف الآخر لشروطه لا يمكن أن تُشكّل إيجابا من الناحية القانونية<sup>88</sup>.

ب: أن يتضمّن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه

يجب من أجل صحة الإيجاب أن يتضمّن المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا كان بيعا مثلا، وجد ذكر طبيعة العقد وهو بيع، الشيء المبيع وثمان البيع. انطلاقا من لحظة صدور الإيجاب بهذا الشكل، تبدأ مرحلة المفاوضات بين الطرفين والتي قد تطول أو تقصر بحسب العقد المراد إبرامه.

ت: أن يتّجه الإيجاب إلى أحداث أثر قانوني معيّن

يستوجب من أجل اعتبار التعبير عن إرادة معينة إيجابا أن يتّجه التعبير إلى أحداث أثرا قانونيا معينا، وهو ما يمكن استخلاصه من التعريف الاصطلاحي للعقد وهو اتفاق على "إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>89</sup>، وعلى اعتبار الإيجاب هو الخطوة الأولى لإبرام العقد فمن البديهي أن يهدف إلى أحداث أثر قانوني، قد يكون إمّا قيام بعمل، امتناع عن عمل أو إعطاء شيء.

<sup>87</sup> من بينها المشرّع الفرنسي الذي ذكر صراحة هذا الشرط في المادة 1114 من التقنين المدني والتي تنص على أنّه:

« L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

<sup>88</sup> Cass. Com., 06 mars 1990, N° 88-12477, Bull. Civ. VI, N° 74, p. 51. « Attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ; ... »

<sup>89</sup> السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 149.

## 3: سقوط الإيجاب

يقصد بسقوط الإيجاب انقضاء أثره الملزم بالنسبة للموجب، إذ يقترن هذا السقوط بالمدّة التي قد يلزم فيها الموجب نفسه، كما قد يتأثر الإيجاب بوفاء الموجب أو القابل أو بفقدان الموجب لأهليته قبل علمه بالقبول.

أ: اقتران سقوط الإيجاب بالمدّة التي ألزم بها الموجب نفسه

## 1أ: الإيجاب الملزم

يقصد بالإيجاب الملزم الإيجاب المقترن بمدّة زمنية، وقد أشارت إليه المادّة 63 بالنص على أنّه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

تبعاً لما سبق، وجب على الموجب الذي ألزم نفسه بالبقاء على إيجابه خلال مدّة زمنية معينة أن يُبقي عليه طيلة هذه المدّة، وليس بالضرورة أن يتم ذكر الأجل صراحة عند التعبير عن الإرادة بل قد يستخلص ذلك من ظرف الحال أو طبيعة المعاملة، وهو ما أكّدت عليه المادّة 63 فقرة 2 من التّقنين المدني بالنص على أنّه: "وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة"<sup>90</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنّ الإيجاب الملزم لا يمنع صاحبه من العدول عنه إذا لم يصل إلى علم من وُجّه إليه، من جانب آخر، يبقى دائماً أنّه يجوز للموجب في الإيجاب الملزم العدول عنه ولو قبل انتهاء الأجل المحدّد، لكن قبل وصول القبول إلى علمه، إذ لا يمكن اجبار الموجب بالبقاء على إيجابه<sup>91</sup>، غير أنّه في هذه الحالة، يتحمّل الموجب المسؤولية المدنية تجاه الشّخص الذي وجه إليه الإيجاب<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> يمكن تقديم مثال في هذا الصدد بالموجب الذي يُقرن إيجابه ببيع سيارته، بالمدّة المتبقية لنهاية صلاحية شهادة تأمينها مثلاً.

<sup>91</sup> وهو الموقف الذي تبناه المشرّع الفرنسي مثلاً في المادّة 1116 من التّقنين المدني التي تنص على أنّه:

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. »  
<sup>92</sup> PELLET Sophie, « La formation du contrat », Dossier : La « réforme de la réforme » du droit des obligations : (I) Le contrat, AJ Contrat, N°6, 14/06/ 2018, p.255.

## أ2: الإيجاب غير الملزم

يعتبر إيجابا غير ملزم، الإيجاب غير المقترن بميعاد معيّن، وهو الإيجاب الذي يثير بعض الإشكالات من الناحية العملية عند تحديد وقت سقوطه، والتي تقتضي التمييز بين حالتين:

### أ2-1: إذا كان المتعاقدان يجمعهما مجلس عقد موحد

أفردت المادة 64 من التّقنين المدني حكما خاصا بسقوط الإيجاب الصادر إلى شخص معيّن بالذّات، حاضر في مجلس عقد موحد لما نصت على أنّه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإنّ الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".

يتضح من النصّ السالف الذّكر أنّه في الأصل، يتحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا من طرف من وجّه إليه، إذا كان هذا الأخير حاضرا في مجلس العقد وهو الحكم نفسه المطبق إذا تواصل الموجب مع الطّرف الآخر عن طريق الهاتف أو أي وسيلة أخرى مشابهة كالميسنجر أو الفايبر عبر جهاز الاعلام الآلي. غير أنّ هذا الحكم قد يكون مجحفا في حق من وجّه إليه الإيجاب إذ لم تُمنح له أي فترة للتفكير في مدى نجاعة إبرام العقد، لذلك أورد المشرّع استثناء على هذا الأصل في الفقرة الثّانية من المادة 64.

تنص الفقرة الثّانية من المادة 64 من التّقنين المدني على أنّه: "غير أنّ العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

تطبيقا للفقرة السّالفة الذّكر، وخروجا عن الأصل الوارد في الفقرة الأولى من المادة 64 من التّقنين المدني، فإنّ العقد ينعقد إذا عبّر القابل عن قبوله قبل انفضاض مجلس العقد ما لم يتبيّن بأن الشّخص الموجب قد عدل عن إيجابه أو غير من مضمونه.

### أ2-2: إذا كان التّعاقد ما بين غائبين

إذا لم يكن من وجّه إليه الإيجاب متواجدا في مجلس العقد مع الشّخص الموجب، أو كان الإيجاب موجّها للجّمهور، فإنّ الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه خلال مدّة معقولة<sup>93</sup> يتحلل بعد

<sup>93</sup> Le Tourneau Philippe, Op.Cit., p. 1135.



مرورها منه (أي من الإيجاب)، فلا يمكن للموجب أن يبقى على إيجابه إلى ما لا نهاية وهو ما أكد عليه الفقه<sup>94</sup>.

أما في حالة الخلاف، فللقاضي المعروض عليه النزاع أن يقدر فيما إذا كانت المدّة التي عبّر خلالها القابل عن قبوله معقولة أم لا، وهو ما أكد عليه الاجتهاد القضائي في فرنسا<sup>95</sup>.

### ب: سقوط الإيجاب بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية

يترتب عن الوفاة أو فقدان أهلية الموجب قبل علمه بالقبول سقوط الإيجاب، ذلك أنّ العقد لا ينعقد إلا في حالة المطابقة التامة بين إرادة الموجب مع إرادة القابل، بالتالي فإنّ وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته قبل علمه بالقبول يجعل من إبرام العقد مستحيلا، بسبب استحالة ترتيب القبول لأثره القانوني نتيجة الوفاة أو فقدان الأهلية، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي مثلا بعد تعديل التقنين المدني الفرنسي في 2016 في نص المادة 1117 فقرة 2<sup>96</sup>.

كما يسقط الإيجاب كذلك إذا توفي من وجه إليه الإيجاب قبل أن يصدر منه قبولا، غير أنّه إذا صدر ممن وجه إليه الإيجاب قبولا، بقي الموجب ملزما بإيجابه حتى وإن حدثت الوفاة قبل علمه بالقبول، وهو ما أكد عليه المشرع في المادة 62 من التقنين المدني السالفة الذكر.

### ثانيا: القبول

يُعرف القبول على أنّه الإرادة التي يعبر من خلالها من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بإبرام العقد وفقا لما ورد في الإيجاب، إذ ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول ما لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>97</sup>. ويشترط في القبول ليصح العقد مجموعة من الشّروط يجب التركيز عليها، ومن جانب آخر أفرد المشرع الجزائري حالات خاصة للقبول يجب الوقوف عندها.

<sup>94</sup> MEKKI Mustapha, «Droit des contrats», D., N° 5, 14/02/2019. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2019/0524> consulté le 31/05/2019.

<sup>95</sup> Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 20 mai 2009, N° 08-13230, Bull. Civ. N° 5, mai 2009, p. 107. « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;* »

<sup>96</sup> تنص الفقرة 2 من المادة 1117 من التقنين المدني الفرنسي على أنّه:

« Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire. »

<sup>97</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, T4 (Les obligations), 22<sup>eme</sup> éd., PUF, Paris, 2000, p. 74.

**1: شروط القبول**

يشترط لصحة القبول أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة، وأن يصدر القبول في ظل قيام الإيجاب.

**أ: أن يكون القبول مطابقا مطابقة تامة للإيجاب**

لا تعتبر الإرادة قبولا إلا إذا كان مضمونها متطابقا مطابقة تامة مع مضمون الإيجاب وإذا لم يكن الحال كذلك، فإن هذه الإرادة لا تكيف على أنها قبولا بل إجابا جديدا وفقا للمادة 66 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: " لا يعتبر القبول الذي يغير من الإيجاب إلا إجابا جديدا".

تجدر الإشارة تعقبيا عن مضمون النص السالف الذكر أن المشرع لو يوفق لما استعمل عبارة "لا يعتبر القبول... بل كان من الأجدر استعمال عبارة "لا تعتبر الإرادة... على أساس أن الجزم منذ بداية مضمون المادة على أن الإرادة قبولا يمنع بعد ذلك تكيفها إجابا مثلما فعل المشرع في نص المادة 66 من التقنين المدني.

**ب: أن يصدر القبول ما دام الإيجاب قائما**

لا يترتب القبول أثره القانوني إلا إذا صدر والإيجاب قائما، إذ صدر القبول بعد سقوط الإيجاب على الوجه المبين سالفًا، فإنه لا يشكّل في الواقع إلا إجابا جديدا<sup>98</sup> قد يقبل به الموجب الأول أو يرفضه، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يمكن للقابل إجبار الموجب على إبرام العقد.

**2: الحالات الخاصة للقبول**

أفرد المشرع الجزائري مجموعة من المواد تتعلق بالحالات الخاصة للقبول، والتي تُعبّر في مجملها على حالات تخرج عن الأصل وهو تعبير القابل صراحة على موافقته إبرام العقد ومن ذلك السكوت كتعبير عن القبول، القبول في المزداد العلني والقبول في عقود الإذعان مثلما سنراه فيما يلي.

<sup>98</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 226.

## أ: السكوت الملايس كتعبير عن القبول

خروجاً عن أصل القاعدة التي تقضي بأنه "لا ينسب لساكت قولاً"، فإنّ "السكوت في معرض الحاجة بيان"<sup>99</sup>، وهو ما كرّسه المشرع الجزائري في المادة 68 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإنّ العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

يبدو واضحاً أنّ ما ورد في مضمون المادة السالفة الذكر هو استثناء عن القاعدة، والدليل على ذلك استعمال المشرع في بداية الفقرة الأولى من المادة أداة الشرط "إذا"، والتي يفترض معها أنّ الحكم الوارد في المادة لا ينطبق إلا إذا توفّر الشرط المذكور فيها. وعليه فإنّه إذا لم يكن الموجب ينتظر ردّاً ممن وجه إليه الإيجاب بالنظر إلى طبيعة التعامل أو العرف التجاري أو ظروف الحال، فإنّ عدم تعبير هذا الأخير عن رفضه الصريح للإيجاب يُفسّر على أنّه قبولاً للإيجاب<sup>100</sup>.

أمّا الفقرة الثانية من المادة 68 من التّقنين المدني، فقد حدّدت حالتين خاصتين يكون فيهما السكوت بمثابة قبول وهما: حالة التعامل السابق بين الطرفين وحالة ما إذا كان مضمون الإيجاب حصرياً في صالح من وجه إليه الإيجاب؛ ففي هاتين الحالتين، إذا لم يتخذ من وجه إليه الإيجاب موقفاً سلبياً بعدم التلقّظ بأيّ عبارات يُفسّر على أساس أنّه قبولاً للإيجاب<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> للتدقيق أكثر في المضمون الفقهي للقاعدتين راجع: محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط. 3، ج. 1، دار الفكر، دمشق، 2009، ص 160.

<sup>100</sup> تكريساً لهذا الاستثناء، يمكن الإشارة إلى ما قضت به الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في القرار التالي: Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mai 2005, N° 02-15.188, Bull. Civ. N° 5, 2005, p. 189. «*Mais attendu que si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation ; ...*»

<sup>101</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 31 / سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 41.

إضافة لما سبق، تجدر الإشارة إلى أنه قد يُعتبر سكوت أحد أطراف العقد رفضاً له ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 252 الفقرة الثانية من التقنين المدني في حوالة الحق لما اعتبر أن: "وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقرر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة".

وقد يعتبر سكوت المتعاقد على العكس من ذلك قبولاً في حالات أخرى، ومثال ذلك سكوت المشتري في البيع بشرط التجربة، والذي يُعتبر قبولاً تطبيقاً للمادة 355 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً".

#### ب: القبول في البيع بالمزاد العلني

تنص المادة 69 من التقنين المدني على أنه: "لا يتم العقد في المزادات إلا برسم المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلاً". تبعا للمادة السالفة الذكر، فإن العقد في المزاد العلني يتم برسو المزاد أي بإعلان محافظ البيع برسو المزاد مما يجعل المزاد هو الموجب وليس عرض السلعة للبيع هو الإيجاب، ويسقط إيجاب المزاد بمجرد صدور مزيدة أخرى من طرف آخر إلى غاية انعقاد العقد برسو المزاد على المزاد الذي يقترح أعلى ثمن<sup>102</sup>.

#### ت: القبول في عقود الإذعان

يعتبر الإذعان (l'adhésion) أحد طرق إبرام العقد، حيث تنص المادة 70 من التقنين المدني على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها". يتضح من نص المادة السالف الذكر أن القبول في عقد الإذعان يكون بالتسليم مباشرة لشروط وضعها الطرف الآخر، بالتالي فعقد الإذعان هو العقد الذي تكون فيه شروطه العامة محددة مسبقاً من أحد الأطراف وغير قابلة للمناقشة من الطرف الآخر<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 38.

<sup>103</sup> LATINA Mathias, Op.Cit., N° 210.

### الفرع الثاني: أثر تطابق الإرادتين (انعقاد العقد)

إذا صدر القبول وكان هذا الأخير مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، فإنَّ الأثر المترتب عن ذلك هو إبرام عقد صحيح مرتَّب لجميع آثاره القانونية، ما لم ينص القانون أو يتضمَّن الإيجاب عكس ذلك.

يُعتبر انعقاد العقد أثراً قانونياً لتطابق الإرادتين، وينتج عن ذلك أنه لا يمكن لأحد المتعاقدين إلغاء هذا الأثر بإرادته المنفردة دون ترتيب مسؤولية عقدية على عاتقه، ومن جانب آخر ينتج عن هذا الأثر القانوني، تحويل نظام المسؤولية في حالة ارتكاب أي خطأ من أحد الطرفين من نظام المسؤولية التقصيرية قبل إبرام العقد إلى نظام المسؤولية العقدية بعده. ويصح العقد بمجرد اتِّفاق الطرفين على المسائل الجوهرية دون المسائل التفصيلية ويرتب هذا الأخير أثره من تاريخ انعقاده، مما يجعل من تحديد تاريخ انعقاد العقد أهمية من الناحية القانونية.

#### 1: صحة العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية

يكفي لصحة العقد أن يحصل الاتفاق بين الطرفين على المسائل الجوهرية والتي تختلف من عقد لآخر، وهو ما تضمنته المادة 65 من التّقنين المدني والتي تنص على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة والأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

ففي عقد البيع مثلاً، يكفي الاتفاق على طبيعة العقد (بيع) الشيء المبيع وثمان البيع، وفي حالة الخلاف حول المسائل التفصيلية، يتم عرض النزاع على القضاء، وللقاض في هذه الحالة الاستعانة بالنصوص القانونية التي تحكم تلك المسألة التفصيلية للفصل فيه.

أمّا إذا أثار أحد المتعاقدين مسألة تفصيلية في مرحلة المفاوضات، وجب على الأطراف الاتفاق عليها من أجل صحة العقد، لأن إثارة هذه المسألة التفصيلية من أحد الطرفين مع تمسّكه بضرورة الاتفاق عليها، يُرقي هذه المسألة من مصف المسائل التفصيلية إلى مصف

المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها<sup>104</sup>. غير أنه إذا أثار أحد الأطراف مسألة تفصيلية مع إرجاء الاتفاق عليها إلى تاريخ لاحق، دون تعليق صحة العقد على ضرورة الاتفاق على تلك المسألة التفصيلية، فإنّ العقد يكون صحيحاً بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية، وفي حالة النزاع حول هذه المسائل التفصيلية، فعلى القاضي الفصل في النزاع طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة.

## 2: زمان ومكان إبرام العقد

يرتّب العقد أثره القانوني من التاريخ الذي يعتبر فيه منعقداً، ممّا يجعل من تحديد هذا التاريخ ذات أهمية من الناحية القانونية. فإذا كان التعاقد بين حاضرين لا يثير من الناحية العملية إشكالات قانونية تتعلق بزمن إبرام العقد، فإنّ التعاقد بين غائبين قد يكون مصدراً لها. في هذا الصدد، تنص المادة 67 من التقنين المدني على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول". تطبيقاً لما سبق، فإنّ الأصل هو انعقاد العقد في التاريخ والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يتفق الطرفين أو ينص القانون على خلاف ذلك. وقد أقامت الفقرة الثانية من المادة 67 السالفة الذكر قرينة بسيطة وهي افتراض علم الموجب بالقبول في التاريخ والمكان الذي يصل إليه التعبير عن الإرادة، ما لم يقدّم الدليل على أنّ تاريخ العلم بالقبول يختلف عن تاريخ وصوله إلى الشخص الموجب<sup>105</sup>، فقد يصل إلى الموجب بريداً الكترونياً في تاريخ معيّن ولا يضطلع على مضمونه إلا أياماً بعد ذلك في غير موطنه المعتاد، ففي هذه الحالة فإنّ العقد يعتبر منعقداً في المكان والزمان الذي يضطلع فيه الموجب على مضمون البريد الإلكتروني.

<sup>104</sup> جاك غستان، تكوين العقد (ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم)، ط. الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 323.

<sup>105</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 123.

### الفرع الثالث: الطرق الخاصة للتراضي

قد يحدث وأن يتم إبرام العقد بطرق تخرج عن الطرق التقليدية، ويذكر الفقه في هذا الصدد على سبيل المثال: النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، الوعد بالتفضيل، والتعاقد بالعربون، سوف نتطرق إلى كل طريقة من الطرق على حدة.

#### 1: النيابة في التعاقد

تعتبر النيابة في التعاقد من بين الطرق الخاصة التي يبرم بها العقد، ويمكن تعريف النيابة في التعاقد على أنها آلية قانونية تسمح لشخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني معين باسم ولحساب شخص آخر يدعى الأصيل<sup>106</sup>.

ينبغي من أجل تكوين فكرة عامة حول النيابة في التعاقد التطرق إلى بعض العناصر الأساسية منها شروط النيابة في التعاقد، الأهلية اللازمة لصحة النيابة في التعاقد، أثر النيابة في التعاقد وكذا حالة التعاقد مع النفس.

#### أ: شروط النيابة في التعاقد

يشترط لقيام النيابة في التعاقد توافر مجموعة من الشروط وهي:

#### 1: حلول إرادة النائب مكان إرادة الأصيل

يجب لصحة النيابة في التعاقد أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام العقد<sup>107</sup>، فلا يجوز مثلاً للأصيل أن يطلب من نائبه شراء مبيع معين بالذات مملوك لشخص معلوم بثمن مقدّر مسبقاً، لأنه في هذه الحالة فإن النائب لا يعدو أن يكون مرسلًا للأصيل ولا نائباً عنه، في حين يجوز للأصيل وضع حدود معينة للنيابة في التعاقد، كأن يطلب الأصيل من النائب عدم تجاوز قيمة معينة للشراء، أو صنف معين من الشيء المبيع.

<sup>106</sup> WICKER Guillaume, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », D., N° 33, du 06/10/2016, 1942.

<sup>107</sup> محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 128.

يَنْتَج عن حلول إرادة النَّائب محل إرادة الأصيل، أنَّ إرادة النَّائب هي التي تُؤخذ بعين الاعتبار فيما يتعلَّق بعيوب الرضا<sup>108</sup>، وهو ما كرَّسه المشرِّع في المادَّة 73 من التَّقنين المدني والتي تنص على أنَّه: "إذا تمَّ العقد بطريق النيابة، كان شخص النَّائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً. غير أنه إذا كان النَّائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النَّائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها".

### 2: أن يتعاقد النَّائب باسم ولحساب الأصيل

لا يتصرَّف أثر العقد المبرم بين النَّائب والغير إلى الأصيل إلا إذا تعاقد النَّائب باسم ولحساب الأصيل، لذلك يشترط على النَّائب وقت إبرام العقد مع الغير التصريح بصفته كنائب، وإلا جاز للغير إلزام النَّائب شخصياً بتنفيذ مضمون العقد<sup>109</sup>، كل هذا ما لم يتبين من ملابسات العقد ان الغير كان عالماً أو كان بالضرورة سيعلم بصفة النَّائب، وهو ما يمكن استخلاصه باستقراء المادَّة 75 من التَّقنين المدني والتي تنص على أنَّه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النَّائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النَّائب".

### 3: ألا يتجاوز النَّائب حدود الوكالة

يشترط لانصراف أثر العقد المبرم بين النَّائب والغير إلى الأصيل، ألا يتجاوز النَّائب حدود الوكالة وهو ما أكَّد عليه المشرِّع في المادَّة 74 من التَّقنين المدني التي تنص على أنَّه: "إذا أبرم النَّائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل".

<sup>108</sup> عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، ط. 3، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمَّان، 2011، ص 61.

<sup>109</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 44.



## ب: الأهلية اللازمة لصحة النيابة في التعاقد

تطرح الأهلية اللازمة لصحة النيابة في التعاقد بعض الإشكالات خاصة وأنها قد تختلف من طرف لآخر، فمن جانب الأصل، يشترط لصحة النيابة في التعاقد أن يكون أهلا لإبرام التصرف القانوني الذي يطلب من النائب القيام به، ذلك أنّ أثر العقد الذي سيبرمه النائب سيرتب أثره في ذمة الأصل، فليس لمن له سلطة إدارة الأموال أن ينيب غيره من أجل التصرف فيها<sup>110</sup>. في حين أنّه من جانب النائب، فتصح النيابة في التعاقد ولو لم يكن النائب أهلا لإبرام العقد باعتباره أصيلا، فيجوز مثلا لناقص الأهلية أن يكون نائبا عن الغير من أجل إبرام عقد هبة لمصلحة الغير، كون أنّ أهليته ليست محل اعتبار في العقد بما أنّ اثر العقد سينصرف إلى الأصل لا إليه شخصيا<sup>111</sup>، غير أنّ هذا الموقف يبقى موضوع جدل من جانب الفقه<sup>112</sup>.

## ت: آثار النيابة في التعاقد

يترتب عن النيابة في التعاقد إذا توافرت جميع شروطها أنّ العقد الذي أبرمه النائب مع الغير يسري لحساب الأصل<sup>113</sup>، بحيث لا يعتبر في أي حال من الأحوال النائب طرفا في العقد<sup>114</sup>، بالتالي لا يمكن للغير في حالة رفض الأصل تنفيذ التزاماته الرجوع على النائب بالتعويض، كما

<sup>110</sup> Le Tourneau Philippe, Op.cit. , N° 3321.82. « La capacité nécessaire pour conférer un mandat, ... se détermine d'après les règles générales sur la capacité, puisque l'acte que le mandataire accomplit, en vertu du mandat, est censé avoir été fait par le mandant. Donc, le mandant doit avoir la capacité d'accomplir l'acte pour lequel il donne procuration au mandataire. Ainsi, les personnes qui, sans être pleinement capables, ont l'administration de leurs biens, peuvent donner le mandat de faire les actes d'administration; c'est notamment le cas de la personne placée sous la sauvegarde de justice. Le mandat serait nul au contraire, de leur part, s'il avait pour objet des actes de disposition, comme le mandat de vendre ou de donner. »

<sup>111</sup> Ibid., N° 3321.83. « Un incapable peut valablement être mandataire, puisqu'il n'est pas lié par les actes qu'il passe pour le mandant. Dès lors qu'il n'est ni un infans, ni un « incapable majeur », les actes conclus par lui avec des tiers sont parfaitement valables. .... Mais entre les parties au mandat, l'incapacité du mandataire entraîne toutes les conséquences qui en dérivent d'après le Droit commun... »

<sup>112</sup> راجع في الرأي المساند لهذا التوجه: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 42-43، وفي الرأي المخالف: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 128.

<sup>113</sup> محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 248.

<sup>114</sup> Le Tourneau Philippe, Mandat, Rep. Civ., juillet 2017, N° 326. In

[https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000171/2017-07/PLAN159&FromId=CIV\\_DOC\\_1](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000171/2017-07/PLAN159&FromId=CIV_DOC_1) consulté le 31/05/2019.

يتحمّل الغير مسؤوليته الكاملة فيما يتعلّق بالضمان إذا كان بائعاً أو مؤجر لمحل العقد، فلأصيل الرجوع مباشرة على الغير لتنفيذ التزامه بالضمان دون الرجوع على النائب.

### ث- خصوصية التعاقد مع النفس

أشار المشرّع في المادة 77 من التّقنين المدني إلى حالة التعاقد مع النفس بالنّص على أنّه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

يبدو منذ البداية موقف المشرّع صريحاً بمنع النائب من التعاقد مع نفسه، فلا يمكن للشخص أن يتعاقد أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره لما في ذلك من تضارب للمصالح. غير أنّه باستقراء النصّ السالف الذكر، يتّضح أنّ المشرّع فتح الباب أمام إمكانية صحّة العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه، إذا أجاز الأصيل ذلك بعد إبرام العقد أو رخص منذ البداية للنائب بالتعاقد مع نفسه، كل ذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون وقواعد التجارة<sup>115</sup>.

### 2: الوعد بالتعاقد

يعتبر الوعد بالتعاقد صورة ثانية من الصُّور الخاصة للتراضي، حيث يُعد فيه شخص معيّن شخصاً آخر بإبرام عقد معيّن إذا أبدى رغبته في ذلك خلال الفترة التي يسري فيها أثر الوعد. ليتضح أنّ الوعد بالتعاقد هو أحد صور الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

ينبغي عند التطرّق إلى موضوع الوعد بالتعاقد تسليط الضوء على شروط صحة الوعد بالتعاقد بالإضافة إلى الآثار المترتبة عن الوعد.

### أ: شروط الوعد بالتعاقد

تنص المادة 71 من التّقنين المدني على أنّه: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

<sup>115</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 45.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

من خلال النص السالف الذكر يتضح أنّ شروط الوعد بالتعاقد هي:

1: أن يتضمن الوعد بالتعاقد جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به

يجب لصحة الوعد بالتعاقد أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه<sup>116</sup> ذلك أنّ مجرد تعبير الموعود له عن رغبته في إبرام العقد يجعل من العقد منعقدا دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

2: أن يتضمن الوعد المدة التي يجب فيها الإعلان عن الرغبة في التعاقد

يجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد المدة التي يسري فيها أثر الوعد، على اعتبار أنّه لا يمكن للواعد البقاء على وعده لفترة غير منتهية، وهو الموقف الذي تبناه المشرع في مضمون المادة 71 من التقنين المدني السالفة الذكر، على عكس المشرع الفرنسي مثلا الذي لم يجعل من تحديد مدة الوعد شرطا لصحته<sup>117</sup>، وهو ما نراه منطقيًا على اعتبار أنّ القول بغير ذلك يجعل من الوعد بالتعاقد أقلّ درجة من الإيجاب غير الملزم، وهذا غير منطقي من الناحية القانونية.

3: استيفاء الوعد بالتعاقد للشكلية نفسها المطلوبة لإبرام العقد الموعود به

يشترط لصحة الوعد بالتعاقد أن يستوفي الشكلية المطلوبة لإبرام العقد الموعود به، فلا يصح الوعد ببيع عقار إذا كان الوعد مدوّن في عقد عرفي لأنّ صحة بيع العقار (وهو العقد الموعود به) مرتبط بضرورة تحريره بصيغة رسمية، وعليه فإنّ صحة الوعد ببيع عقار مرتبط كذلك بضرورة استيفاء هذه الشكلية.

ب: آثار الوعد بالتعاقد

يُنشئ الوعد بالتعاقد التزاما تاما في ذمة الواعد<sup>118</sup>، بحيث إذا أعلن الموعود له قبوله بإبرام العقد دون إحداث أيّ تغيير في الشروط المذكورة في الوعد بالتعاقد، اعتبر العقد مبرما بين الطرفين، وعلى عكس سحب الإيجاب الملزم الذي لا يترتب عنه إلا مسؤولية مدنية، فإنّه يجوز

<sup>116</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 46.

<sup>117</sup> Article 1124 du Code civil français dispose que : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. »

<sup>118</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 138.

للموعد له الزام الواعد بإبرام العقد، بل وقد يقوم الحُكم القضائي في هذه الحالة مقام العقد النهائي بين الطرفين، وهو ما أكّدت عليه المادة 72 من التّقنين المدني التي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

### 3: الوعد بالتّفضيل

يُعرف الوعد بالتّفضيل بأنه العقد الذي يعبر فيه الواعد على تفضيل الموعد له عن الغير لإبرام عقد معيّن إذا توافرت في الواعد نيّة إبرام العقد في المستقبل<sup>119</sup>، حيث يستفيد الموعد له في الوعد بالتّفضيل بحق شخصي يمنح له أسبقية على باقي المتعاقدين الراغبين في إبرام العقد النهائي، وعلى عكس المشرّع الجزائري، فقد خصّ المشرّع الفرنسي الوعد بالتّفضيل بنصّ خاص<sup>120</sup>.

يتميّز الوعد بالتّفضيل عن الوعد بالتّعاقد كون أنّ الوعد بالتّفضيل معلق على شرط الرّغبة في التّعاقد، مثلما أكّدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها<sup>121</sup>، بالتّالي لا يمكن للموعد له أن يطالب الواعد بإبرام العقد الموعد به، غير أنّه إذا أعرب الواعد عن نيّته بإبرام العقد، كان عليه وجوبا تفضيل الموعد له على الغير.

أمّا عن شروط الوعد بالتّفضيل، فلا تختلف عن شروط الوعد بالتّعاقد عدا أنّ الأوّل معلق على شرط صدور رغبة من طرف الواعد بإبرام العقد الموعد به، في حين أنّ الثّاني خالي من هذا الشرط.

<sup>119</sup> PILLET Gilles, « Pacte de préférence », Rep. Civ., octobre 2017, N° 01. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000323> consulté le 31/05/2019.

<sup>120</sup> L'article 1123 du Code civil français dispose que : « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

<sup>121</sup> Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 16 mars 1994, N° 91-19797, Bull. Civ. N° 3, 1994, p. 35. « Qu'en statuant ainsi, alors que le pacte de préférence, qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction au droit de disposer, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

## 4: التّعاقد بالعربون

أدرج المشرّع التّعاقد بالعربون بعد تعديل التّقنين المدني سنة 2005<sup>122</sup>، حيث أُضيفت المادّة 72 مكرّر والتي تنص على أنّه: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده

. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر."

رغم أنّ المشرّع لم يُدرج العربون إلا بعد تعديل التّقنين المدني سنة 2005، بيد أنّ فكرة العربون كانت سائدة منذ القانون الروماني القديم<sup>123</sup>، وكان لها أنذاك دلالتين أساسيتين وهما: إمّا كمقابل لحد العدول وإمّا كدليل إثبات على وجود العقد<sup>124</sup>، وهو تقريبا التوجّه نفسه المكرّس من طرف المشرّع.

إلا أنّ المتمعّن في مضمون المادّة 72 مكرر السّالفة الذّكر، يستخلص بأنّ المشرّع منح معنا معيناً للعربون وهو كمقابل ممارسة الحق في العدول أصلاً، ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك، أي تأكيداً للعقد المبرم بين الطرفين<sup>125</sup>.

فالعربون هو مبلغ من الأموال يقوم أحد المتعاقدين بدفعه للمتعاقد الآخر، وهو أصلاً كمقابل لممارسة حق العدول، ما لم يتبيّن من إرادة المتعاقدين أنّه تسبيق على الثّمّن (acompte) بالتّالي يصبح في هذه الحالة العربون كدليل إثبات على إبرام العقد النهائي بين الطرفين<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> قانون رقم 10-05، ممضي في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ج.ج. عدد 44، صادر في 26 يونيو 2005.

<sup>123</sup> DJOUDI Jamel, « Arrhes », Rep. Civ., septembre 2018, N° 2. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000021> consulté le 30/04/2019.

<sup>124</sup> Ibid. « Les arrhes ne sont pas l'émanation première du droit français, elles existaient déjà sous le plus ancien droit romain. Les Institutes de Gaius leur reconnaissent une fonction de preuve. Elles étaient considérées comme un acompte significatif du caractère parfait et définitif de la vente : *quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae* tandis que leur fonction de dédit revient aux Institutes de Justinien qui les appréhendaient comme la somme que devait perdre celui qui se désistait du contrat »

<sup>125</sup> علي فيلاي، المرجع السّابق، ص 145.

<sup>126</sup> عبد الرزاق أحمد السّنهوري، المرجع السّابق، ص 277.

تظهر أهمية التمييز بين دلالاتي العربون في الأثر المترتب عن ذلك، فإذا كان العربون هو دلالة على مقابل استعمال الحق في العدول، فإنّ عدول دافع العربون يؤدّي إلى فقدانه، أمّا في حالة عدول قابضه، التزم بإرجاعه ومثله إلى دافعه. أمّا إذا تمّ العقد، اعتبر العربون جزء من الثمن يتم اقتطاعه من الثمن النهائي<sup>127</sup>.

ولا يمكن اعتبار العربون في الحالة السابقة كتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر جزاء العدول، لأنّ الفقرة الأخيرة من نص المادة 72 مكرر من التقنين المدني، ترتب الأثر الناتج عن العدول ولو لم يُصب الطرف الآخر أي ضرر، في حين ان التعويض في المسؤولية المدنية مرتبط أساساً بالضرر الذي لحق بالضحية.

في حين أنّه إذا اتفق الطرفان على أنّ العربون هو دليل على إبرام العقد النهائي، فإنّ المبلغ الذي دفعه أحد الطرفين يعتبر كتسبيق على الثمن، والعقد بات ونهائي لا يمكن لأحد الطرفين العدول عنه<sup>128</sup>. وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق أحكام العربون باعتباره مقابلاً لممارسة الحق في العدول، بل يجب الرجوع إلى الأحكام العامة للمسؤولية العقدية، فإذا تجاوز الضرر قيمة العربون جاز لقابضه المطالبة بالزيادة إلى غاية تغطية الضرر بصفة نهائية، أمّا إذا أثبت من دفع العربون أنّ الطرف الآخر لم يلحقه أي ضرر أو ان الضرر الذي لحقه لا يصل لحد قيمة العربون، جاز له مطالبة قابض العربون بإرجاعه أو بإرجاع ما بقي منه بعد خصم قيمة التعويض عن الضرر<sup>129</sup>.

### المطلب الثاني: صحة التراضي

يكتسي موضوع صحة التراضي أهمية بالغة من أجل تحديد مدى صحة العقد المبرم بين الطرفين وترتيبه لأثره القانوني، إذ قسّم الفقه موضوع صحة التراضي إلى شقين أساسيين، الأوّل يتعلّق بموضوع الأهلية والثاني متعلق بصحة التراضي من العيوب.

<sup>127</sup> MALAURIE Philippe, Op. cit., p. 600.

<sup>128</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>129</sup> سمير شهباني، الصادق ضريفي، "اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، عدد 1، 2017، ص 465.

## الفرع الأول: الأهلية اللازمة لإبرام العقد

تنقسم الأهلية بحسب القدرة على ممارسة الحقوق إلى قسمين أساسيين وهما أهلية الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice)، فإذا كانت أهلية الوجوب تمنح لصاحبها صلاحية اكتساب الحقوق، ومعترف بها للفرد بمجرد ولادته حياً<sup>130</sup>، فإن أهلية الأداء تسمح للشخص بممارسة حقوقه دون مساعدة الغير، حيث تمنح هذه الأهلية صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

قبل الخوض في موضوع عوارض الأهلية، يجب التطرق أولاً إلى تدرج الأهلية بحسب السن، التي نظمها المشرع من خلال المواد من 40 إلى 42 من التقنين المدني.

### أولاً: تدرج الأهلية بحسب السن

تتدرج الأهلية بحسب السن من مرحلة انعدام الأهلية إلى مرحلة كمالها مروراً بمرحلة

نقصان الأهلية كما يلي:

#### 1: مرحلة انعدام الأهلية

يعتبر الصبي غير المميز عديماً للأهلية، وهو ما أكدت عليه نص المادة 42 من التقنين المدني التي تنص على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن.... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"

وعليه، فلا يجوز لمن لم يبلغ سن 13 سنة إبرام أي عقد بمفرده مهما كانت طبيعته بحيث يعتبر العقد في هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولو كان العقد المبرم نافعا نفعاً محضاً بالنسبة إليه، وذلك بغض النظر لأهلية المتعاقد الآخر سواء أكان كاملاً، ناقصاً أو عديماً للأهلية، وهو ما أكدت عليه المادة 82 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة<sup>131</sup> والتي تنص على أنه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

<sup>130</sup> في بعض الحالات، نجد بأن المشرع يسمح بترتيب أثر قانوني معين لمصلحة الجنين، نذكر على سبيل المثال نص المادة 118 من التقنين المدني فيما يتعلق بالاشتراط لمصلحة الغير، والتي تنص على أنه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً،..."، أو نص المادة 173 من تقنين الأسرة فيما يتعلق بميراث الحمل، حيث تنص على أنه: "يوقف من التركة الحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة....، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها". غير أن هذه الحالات لا تعني اكتساب الجنين أهلية الوجوب بل أن هذه الأثر القانونية المشار إليها تبقى عالقة إلى غاية ولادة الطفل حياً.

<sup>131</sup> قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. عدد 24، صادر في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.



## 2: مرحلة نقصان الأهلية

يعتبر ناقصاً للأهلية الصّبي المميّز، أي الطفل الذي يتجاوز سنه 13 سنة كاملة ولم يصل بعد إلى سن الرشد، إذ يُعترف للفرد في هذه المرحلة بأهلية أداء ناقصة، وتتأرجح في هذه الحالة تصرفات المتعاقد بين الصّحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً بالنسبة إليه، والبطالان المطلق إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت التصرفات دائرة بين النفع والضّرر، وذلك تطبيقاً لمضمون المادة 83 من تقنين الأسرة والتي تنص على أنه: "من بلغ سن التّمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضّرر، وفي حالة التّزاع يرفع الأمر للقضاء".

ويقصد بالتصرف الدائر بين النفع والضّرر، "ذلك الذي يحتمل أن يكون نافعاً للشخص ومحققاً مصلحة له، ويحتمل أن يكون ضاراً به يفوّت عليه مصلحة ويرتّب عليه التّزاماً بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية له، كالبيع والشراء والايجار والاستئجار..."<sup>132</sup>.

## 3: مرحلة كمال الأهلية

يعتبر الشخص كاملاً للأهلية بتمام بلوغه سن الرشد والمحدد في المادة 40 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة".

## ثانياً: عوارض الأهلية

يُقصد بعوارض الأهلية مجموعة الآفات التي قد تُصيب الفرد وتجعله ناقصاً للأهلية أو عديماً لها، إذ بالرجوع إلى التقنين المدني يمكن حصر عوارض الأهلية في أربع عوارض وهي: الجنون (La démence) العته (faiblesse d'esprit) السّفه (la prodigalité) وذي الغفلة (frappé d'imbécillité)، وهو ما سنتعرض إليه فيما يلي.

<sup>132</sup> محمد سعيد جعفرور، فاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضّرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002،



## 1: الجنون

الجنون مرض يصيب العقل<sup>133</sup> ويجعل من المصاب به لا يميّز بين الخير والشر، حيث يعتبر المجنون عديماً للأهلية مثلما أكّدت على ذلك المادة 42 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون". بالتالي فقد ساوى المشرع بين الشخص المجنون والصبي غير المميز بجعل تصرفات كليهما تصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً.

## 2: العته

العته مرض يصيب العقل ويجعل من المصاب "قليل الفهم، مضطرب التفكير، فاسد التدبير"<sup>134</sup>، ويُعتبر المصاب به عديماً للأهلية، إذ يقترب العته من الجنون من هذه الناحية إلا أنّ الفرق بين المجنون والمعتوه هو أنّ الأول يتميّز بالخطورة على المجتمع عن طريق استعمال العنف مثلاً، في حين أنّ المعتوه لا يشكّل خطورة على المجتمع ويتميّز بالهدوء، لكن هذا لا يجعل منه شخصاً مميزاً.

## 3: السفية

يُعرف السفية على أنّه الشخص المبدّر للأموال على نحو غير معقول، بحيث يشكّل هذا التصرف خطراً على ذمته المالية<sup>135</sup>. فالسفية هو من فقد كلّ نسبة بين الشيء وقيّمته فلا يعرف قيمة الأموال. والسفية على غرار المجنون والمعتوه عديم الأهلية<sup>136</sup>، وهو ما أكّدت عليه

<sup>133</sup> GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry S/D, Lexique des termes juridiques, 25<sup>eme</sup> ed., Dalloz, Paris, 2017. v. *Démence*.

<sup>134</sup> محمد أحمد المعداوى، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، ص 91. يمكن الاضطلاع عليه عبر الموقع: <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/122.pdf> تم الاطلاع عليه يوم 2019/02/25.

<sup>135</sup> GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry S/D., Op.Cit.. v. *Prodigue*.

<sup>136</sup> تجدر الإشارة إلى ان المشرع اعتبر السفية ناقصاً للأهلية وفقاً لنص المادة 43 من التقنين المدني، في حين ساوت المادة 85 من تقنين الأسرة بين تصرفات السفية وتصرفات المعتوه والمجنون، وبالرجوع إلى نص المادة 79 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". فإنّ أحكام تقنين الأسرة هي التي تسري على صحة تصرفات السفية، بالتالي يمكن القول بأن تصرفات السفية على غرار تصرفات المعتوه والمجنون باطلة بطلاناً مطلقاً.

المادة 85 من تقنين الأسرة والتي تنص على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه."

#### 4: ذو الغفلة

ذو الغفلة هو الشخص فائق السذاجة، طيب القلب<sup>137</sup>، وحكمه كحكم الصبي المميز وفقا لنص المادة 43 من التقنين المدني، التي تنص على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون."

#### ثالثا: موانع الأهلية

قد يكون الفرد كاملا للأهلية، إلا أنه لا يمكن له ممارسة حقوقه بسبب مانع معين ومنها الغياب، الحكم بعقوبة جزائية وذو العاهتين.

#### 1: الغائب

الغائب هو شخص كامل الأهلية إلا أنه لا تُعرف حياته من مماته<sup>138</sup>، فيتحوّل إلى شخص مفقود بعد مرور سنة من الغياب طبقا للمادة 110 من تقنين الأسرة التي تنص على أنه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."

فالغياب هو مانع من موانع الأهلية، بحيث لا يمكن للشخص الغائب ممارسة حقوقه بنفسه، لذلك يمكن استصدار حكم قضائي بالفقدان، للغائب الذي تطول مدة غيابه سنة كاملة، ويتولى في هذه الحالة مقدما يتم تعيينه عن طريق القضاء لإدارة أموال المفقود وهو ما أكدت عليه المادة 111 من تقنين الأسرة والتي تنص على أنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقيد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون."

<sup>137</sup> دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص 49.

<sup>138</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 305.

## 2: المحكوم عليه بعقوبة جزائية

تنقسم العقوبات الجزائية إلى عقوبات أصلية والعقوبات التكميلية<sup>139</sup>، ومن بين العقوبات التكميلية المنع من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، كالمنع من التعاقد مثلا، وفي هذه الحالة يجب تعيين مقدما على المحكوم عليه من أجل مباشرة بعض التصرفات القانونية<sup>140</sup>.

## 3: ذو العاهتين

خصّ المشرّع الشّخص ذو العاهتين بنص خاص في التّقنين المدني، إذ تنص المادة 79 منه على أنّه: " إذا كان الشّخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

مما سبق يتّضح أنّ تصرفات ذو العاهتين تعتبر قابلة للإبطال إذا تمّ التصرف دون حضور مساعده القضائي، وفي حالة الاختلاف بين إرادة الشّخص الذي تقررت لمصلحته المساعدة والمساعد القضائي، جاز رفع النزاع إلى المحكمة التي تفصل فيه بالنّظر إلى مصلحة ذو العاهتين<sup>141</sup>.

## الفرع الثّاني: عيوب الرضا

قد تعتري الرضا مجموعة من العيوب تُفسد هذا الركن، وقد حصر المشرّع هذه العيوب في: الغط، الإكراه، التّدليس والاستغلال، وسنّفصل في كل عيب على حدا.

<sup>139</sup> أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونية 1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج.رج.ج. عدد 49، صادر في 11 يونيو 1966، معدل ومتمم. راجع المواد 5 و9 من الأمر.

<sup>140</sup> دليّة آيت شاوش، المرجع السّابق، ص 49.

<sup>141</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السّابق، ص 308.

**1: الغلط الجوهرى**

يُعرف الغلط على أنه وهم يلد في ذهن المتعاقد فيصوّر له العقد على غير حقيقته<sup>142</sup> بالتّالي يكون التراضي على هذا النحو معيبا، ويجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط المطالبة بإبطال العقد حيث أشارت المادة 81 من التّقنين المدني إلى أنّه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ الموضوع في هذا المقام يتعلّق بالغلط الجوهرى لا الغلط المانع الذي يعدم الإرادة نهائيا، والغلط المانع هو ذلك الغلط الذي يتّصل بركن من أركان العقد كالتراضي أو المحل أو السبب، فالعقد الذي يعتقد فيه أحد المتعاقدين أنّه بيع والآخر أنّه هبة لا ينعقد لا بيعا ولا هبة لغلط مانع يتعلّق بركن التراضي في العقد<sup>143</sup>.

من أجل التطرّق إلى موضوع الغلط كعيب من عيوب الرضا، وجب الوقوف أولا على شروط الغلط الذي يؤدّي إلى إمكانية المطالبة بإبطال العقد، ثمّ بعد ذلك إلى بعض الحالات الخاصة في الغلط.

**أ: شروط الغلط**

يُشترط في الغلط أن يكون جوهريا، كما يجب على الشّخص الذي وقع في الغلط أن يتمسّك به وفقا لأحكام حُسن النية في العقد، كما لا يجب أن يرتكب المتعاقد أيّ خطأ لا يُغتفر عند إبرام العقد.

**1أ: أن يكون الغلط جوهريا**

يجب أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد جوهريا من أجل المطالبة بإبطال العقد، وهد حاولت المادة 82 من التّقنين المدني إعطاء تعريفا للغلط الجوهرى بالنّص على أنّه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

<sup>142</sup> سمير عبد السيّد تناغو، المرجع السّابق، ص 50.

<sup>143</sup> المرجع نفسه، ص 50.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك"

يتضح من مضمون المادة 82 السالفة الذكر أنّ الغلط الجوهري هو الغلط الذي بلغ درجة من الجسامة بحيث أنّه لو كان يعلم به المتعاقد الذي وقع فيه قبل إبرام العقد لما أبرمه أصلا، أو أنّه كان سيبرمه بشروط مغايرة، كأن يطلب تخفيض الثمن مثلا.

حدّدت الفقرة الثّانية من المادة 82 السالفة الذكر إلى حالة للغلط بامتياز، وهي الغلط في صفة يراها المتعاقدان بأنّها جوهرية في الشيء<sup>144</sup> أو كان من اللازم اعتبارها كذلك بحسب لشروط العقد أو لحسن النية، ومثال ذلك مثلا اعتقاد المشتري بأنّ قطعة الأرض التي اشتراها قابلة للبناء، ليتضح بعد إبرام العقد عكس ذلك<sup>145</sup>.

ولا يشترط المشرّع أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين<sup>146</sup>، رغم توجّه جانب من الفقه إلى ذلك<sup>147</sup>، ومثاله أن يعتقد كلا من البائع والمشتري أنّ الشيء المبيع من الذهب الأبيض ليتضح بعد ذلك أنّه من مادة أخرى، فيكون في هذه الحالة كلا المتعاقدين قد وقعا في الغلط نفسه، وعليه يمكن للمشتري المطالبة بإبطال العقد لأنّ البائع وقع هو كذلك في الغلط نفسه. غير أنّ هذا التوجه أصبح منتقدا من طرف جانب من الفقه لأسباب متعددة<sup>148</sup>.

## أ2: التحليّ بحسن النية عند المطالبة بإبطال العقد

اشترط المشرّع من أجل قبول دعوى إبطال العقد للغلط الجوهري أن يتمسك بها المدعي تماشيا ومقتضيات حسن النية في التعاقد، وهو ما تضمنته المادة 85 من التّقنين المدني التي

<sup>144</sup> CHENEDE François, Le nouveau droit des contrats et des obligations (modifications et interprétations de l'ordonnance du 10 février 2016), 2<sup>eme</sup> ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 49.

<sup>145</sup> Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 12 juin 2014, N° 13-18.446, Bull. Civ. N° 6, 2014, p. 73. « Mais attendu qu'ayant relevé que la constructibilité immédiate du terrain était un élément déterminant du consentement des acquéreurs et constaté que le risque lié à la présence d'une cavité souterraine existait à la date de la vente, la cour d'appel a pu en déduire que la décision de retrait du permis n'avait fait que prendre en compte la réalité de ce risque empêchant les acquéreurs de construire et que la vente était nulle ; »

<sup>146</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

<sup>147</sup> راجع: جاك غستان، المرجع السابق، ص 549.

<sup>148</sup> في حجج الفقه المعارض راجع: عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 309.

تنص على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد".  
تبعاً لما سبق، لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية المطالبة بإبطال العقد في غير مقتضيات حسن النية، وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 85 السالفة الذكر حالة على سبيل الخصوص وهي حالة اقتراح الطرف الآخر تنفيذ العقد وفقاً لما ذهبت إليه نية المتعاقد الذي وقع في الغلط، مما سيؤدي إلى إلغاء سبب المطالبة بإبطال العقد.

### أ3: ألا يرتكب المتعاقد الذي وقع في غلط خطأ لا يغتفر في التقدير

يتحمل المتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية نتيجة لخطأ شخصي لا يغتفر مسؤوليته كاملة إذ لا يمكن له في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد ولو كان الغلط جوهرياً، ويكون المتعاقد مرتكباً لخطأ لا يغتفر إذا كان الغلط الذي وقع فيه كان بإمكانه تفاديه لو بذل جهداً بسيطاً<sup>149</sup> وهو ما أكد عليه القضاء الفرنسي في عديد القرارات<sup>150</sup>.

### ب: الحالات الخاصة لعيب الغلط

أفرد المشرع والفقه بعض الحالات الخاصة للغلط الجوهرية ومنها الغلط في الشخص المعاهد معه، الغلط في القانون، الغلط في القيمة والغلط المادي، وهو ما سنتطرق إليه تبعاً فيما يلي.

<sup>149</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.Cit., p. 257.

<sup>150</sup> راجع على سبيل المثال:

Cass. Soc., 03 juillet 1990, N° 87-40349, Bull. Civ. N° 2, V, N° 329, p. 197. « Attendu cependant que l'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable ; que l'arrêt relève que la société Cart Expert et son syndic avaient été informés par le candidat lui-même qu'il avait été président-directeur général d'une société dont le nom était donné dans le curriculum vitae appuyant cette candidature, et qu'ils ne s'étaient pas renseignés plus complètement sur le candidat directeur et n'avaient pas procédé à des investigations plus poussées qui leur auraient permis de découvrir que M. Z... venait de déposer le bilan de cette société aussitôt mise en liquidation de biens ; »

**ب1: الغلط في الشخص المتعاقد معه**

أشار المشرع في المادة 82 من التقنين المدني إلى الغلط الذي يقع في المتعاقد معه، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 82 على أنه: "... وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

مما سبق يتضح أنّ الغلط في الشخص المتعاقد معه قد يكون سببا في المطالبة بإبطال العقد. ويأخذ الغلط في الشخص المتعاقد معه أحد وصفين: أمّا الغلط في الشخص بحد ذاته، وأمّا الغلط في أحد صفاته الأساسية، ففي الحالة الأولى لا يكون الغلط سببا للمطالبة بإبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد معه هو محل اعتبار في العقد (*Intuitus personae*)<sup>151</sup>، ويكون ذلك غالبا في عقود التبرع أكثر منه في عقود المعاوضة<sup>152</sup>.

أمّا في الحالة الثانية، فإنّ الغلط يقع في صفة أساسية من صفات المتعاقد وكانت تلك الصفة هي الدافع إلى التعاقد<sup>153</sup>، وقد تكون هذه الصفة مرتبطة بالقدرات الثقافية، العقلية أو المالية أو المهنية للمتعاقد<sup>154</sup>؛ في هذه الحالة على المتعاقد الذي يدعي أنّه وقع في غلط أن يقيم الدليل على وقوعه في الغلط، وأنّ الصفة التي كانت مصدرا للغلط هي الدافع إلى التعاقد، وللقاضي تقدير ما إذا كان الغلط جوهريا أم غير ذلك.

**ب2: الغلط في القانون**

يعتبر الغلط في القانون أحد العيوب التي تسمح للشخص الذي وقع فيه المطالبة بإبطال العقد، وقد أكدت المادة 83 على ذلك بالنص على أنه: " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

<sup>151</sup> عبارة باللغة اللاتينية والتي تعني "بالنظر إلى الشخص"، راجع في معنى العبارة:

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Intuitu\\_person%C3%A6](https://fr.wikipedia.org/wiki/Intuitu_person%C3%A6)

<sup>152</sup> GHESTIN Jacques, « Erreur », Rep. Civ. , juillet 2017, N° 226. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000127> consulté le 15/07/2019.

<sup>153</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>154</sup> GHESTIN Jacques, « Erreur », Op.Cit., N° 231.



الغلط في القانون هو الغلط الذي يقع فيه المتعاقد بسبب جهله لقاعدة قانونية أو لتفسيره الخاطئ لهذه القاعدة، والذي يؤدي إلى ترتيب إرادته لأثر لم يُرد حدوثه، ولا يتعارض الغلط في القانون مع قاعدة "لا عذر بجهل القانون" (*Nemo legem ignorare censetur*)، على اعتبار أنّ هذه القاعدة لا تنطبق إلا بالنسبة للمجال الجزائري<sup>155</sup> والقواعد المتعلقة بالنظام العام<sup>156</sup>، كما أنّ الهدف من قاعدة لا عذر بجهل القانون تسعى إلى منع الإفلات من العقاب أو التهرب من تطبيق قاعدة قانونية معينة، في حين أنّ الغلط في القانون بالعكس من ذلك يهدف إلى تطبيق صحيح القانون<sup>157</sup>. رغم ذلك، يبقى إبطال العقد لغلط في القانون يتعرض لانتقادات من جانب بعض الباحثين لما يشكّله من تهديد على استقرار المعاملات<sup>158</sup>.

### ب3: الغلط في القيمة

يعتبر الغلط في القيمة من بين المسائل القانونية التي تثير جدلاً فقهيًا واسعًا حول مدى إمكانية اثارته من أجل المطالبة بإبطال العقد، ورغم اتجاه جانب من الفقه إلى اعتبار ذات الغلط سببًا لإبطال العقد إذا كانت القيمة هي الدافع إلى التعاقد<sup>159</sup>، فإنّ الفقه الحديث يرى غير ذلك<sup>160</sup>، وهو الرأى الصائب في اعتقادنا، إذ يجب على المتعاقد السعي إلى المحافظة على مصالحته الشخصية قبل إبرام العقد، وهو التوجّه الذي تبناه المشرّع الفرنسي في التقنين المدني بعد تعديل 2016، في عديد المجالات منها المادة 1136 فيما يتعلّق بالغلط في القيمة<sup>161</sup>، المادة 1112-2-فقرة 2 فيما يتعلّق بواجب الاعلام<sup>162</sup>، أو المادة 1137 فقرة 3 فيما يتعلّق بالكتمان التّدليسي<sup>163</sup>، كما استقر القضاء في فرنسا على هذا المبدأ في عديد القرارات<sup>164</sup>.

<sup>155</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 166.

<sup>156</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 58. / عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 328.

<sup>157</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 167.

<sup>158</sup> v. GHESTIN Jacques, « Erreur », Op.Cit., N° 198.

<sup>159</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 323.

<sup>160</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 169.

<sup>161</sup> L'article 1136 du Code civil français dispose que : « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.* »

<sup>162</sup> L'article 1112-2 paragraphe 2 du Code civil français dispose que : « *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.* »

<sup>163</sup> L'article 1137 paragraphe 3 du Code civil français dispose que : « *Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation.* »

<sup>164</sup> V. à titre d'exemple : Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 17 janvier 2007, N° 06-10442, Bull. Civ. N° 1, 2007, p. 3. « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une*



تجدر الإشارة في هذا المقام أنّ المشرّع الجزائري لم يستبعد مطلقاً عدم التكافؤ في الالتزامات كسبب لإنهاء العقد، في هذا الصدد نشير إلى ما تضمنته المادة 358 من التّقنين المدني فيما يتعلّق بالغبن في بيع العقار حيث تنص على أنّه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (5/4) أخماس ثمن المثل". غير أنّ الملاحظ في هذا الصدد هو أنّ الغبن لا يمنح للمتعاقد المغبون الحق في المطالبة بإبطال العقد بل بتكملة الثمن، وهو ما لا يجعل الغبن عيباً من عيوب الرضا، بل وحتى في حالة عدم تمكّن الطرف الآخر من تكملة الثمن أو رفضه ذلك، فإنّ الجزاء المترتب هو الفسخ وليس الإبطال<sup>165</sup>

#### ب4: الغلط المادي

أشارت المادة 84 من التّقنين المدني إلى الغلط في الحساب أو في الكتابة بالنّص على أنّه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط". بالتالي لا يمكن أن يكون مجرد الخطأ في الكتابة أو الغلط في الحساب أو الغلط المادي عموماً والذي لا يؤثر على إرادة المتعاقدين سبباً في المطالبة بإبطال العقد، بل يستوجب الأمر تصحيح الخطأ، ويبقى كلا المتعاقدين ملزمين بمضمون العقد وكأنّه لم يرد فيه أيّ خطأ.

#### 2: عيب التّدليس

يعتبر التّدليس العيب الثاني المعترف به من طرف المشرّع، ويُعرف على أنّه استعمال أحد المتعاقدين لطرق احتيالية من أجل تغليط الطرف الآخر وإظهار العقد على غير حقيقته<sup>166</sup> فيتحصل المتعاقد المدّلس على رضا المتعاقد المدّلس دون أن تكون إرادة هذا الأخير حرّة متبصّرة ويستحيل بذلك الاعتداد بإرادته كمصدر للالتزام<sup>167</sup>.

*obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».*

<sup>165</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 401.

<sup>166</sup> PROCHY-SIMON Stéphanie, Op.Cit., p. 96.

<sup>167</sup> CHAUVEL Patrick, « Dol », Rep. Civ., février 2019, N° 1. In

<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000107/2019-02/SOMMAIRE> consulté le 30/06/2019.

يستوجب للإحاطة بموضوع التدليس كعيب من عيوب الرضا التطرق إلى أنواع التدليس عناصر التدليس، ثم إلى شروط التدليس.

### أ: أنواع التدليس

ينقسم التدليس إلى تدليس إيجابي والكتمان التدليسي، كما قد يكون التدليس صادر من المتعاقد أو صادر من الغير.

#### 1: التدليس الإيجابي والكتمان التدليسي

يُقصد بالتدليس الإيجابي تدخل المتعاقد المدلس بطريقة إيجابية، أي قيامه بتصرف احتيالي من أجل إيقاع الطرف الآخر في فخ التعاقد. غير أنّ الكتمان التدليسي هو بالعكس سكوت المتعاقد عمدا عن معلومة مؤثرة، من شأنها أن تغيّر من موقف المتعاقد الآخر لو كان يعلم بها<sup>168</sup>، وقد كرّس المشرع عيب السكوت التدليسي في المادة 86 فقرة 2 من التقنين المدني، والتي تنص على أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة."

#### 2: التدليس الواقع من المتعاقد والتدليس الواقع من الغير

قد يصدر التدليس من المتعاقد بحد ذاته وهي الحالة التي لا تثير إشكالات من الناحية القانونية بالمقارنة مع حالة صدور التدليس من غير المتعاقد، في هذه الحالة يجب على المتعاقد الذي وقع ضحية للتدليس اثبات أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم بالتدليس أو كان من المفروض أن يعلم به بالنظر إلى طبيعة التعامل أو العلاقة بينه وبين الغير الذي صدر منه التدليس<sup>169</sup>، وهو ما أكّدت عليه المادة 87 من التقنين المدني التي تنص على أنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس."

<sup>168</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.Cit., p. 259 s.

<sup>169</sup> جاك غستان، المرجع السابق، ص 620.

**ب- عناصر التّدليس**

يقوم عيب التّدليس على عنصرين أساسيين، الأول مادي وهو الطّرق الاحتيالية والثاني معنوي وهو وجود نيّة التّضليل.

**ب1: استعمال الطّرق الاحتيالية**

تعدّد الطّرق الاحتيالية التي قد يستعملها المتعاقد لتضليل الطّرف الآخر، ومن ذلك الكذب بشتى أنواعه كاستعمال وثائق مزورة، تزييف الواقع...<sup>170</sup> غير أنّه لا يمكن اعتبار كل كذب تدليس، فالمبالغة في مدح سلعة معينة مثلا لا يمكن اعتباره تدليسا بما أنّ العرف يسمح بذلك<sup>171</sup>.

**ب2: العنصر المعنوي في التّدليس**

يقصد بالعنصر المعنوي في التّدليس وجود لدى المدّس نيّة في تضليل الطّرف الآخر<sup>172</sup>، وهي النيّة التي تميّز مثلا بين الكتمان التّدليسي وواجب الإعلام، فالإخلال بواجب الإعلام يترتب عنه مسؤولية مدنية بالتّعويض سواء أغفل المدين به أو تعمّد عدم تنفيذه إضرارا بالطّرف الآخر، في حين أنّ الكتمان التّدليسي لا يقوم إلا إذا توفرت نيّة التّضليل في الشّخص المدّس<sup>173</sup>.

**ت: شروط عيب التّدليس**

يشترط لقيام عيب التّدليس توافر ثلاث شروط وهي:

**ت1: توافر عنصري التّدليس**

يجب لقيام عيب التّدليس أن يكون هناك استعمال طرق احتيالية قصد تضليل المتعاقد الآخر على النحو المبين أعلاه، سواء كان ذلك باتخاذ موقف إيجابي أو بالعكس عن طريق السكوت التّدليسي.

<sup>170</sup> CHAUVEL Patrick, Op.Cit., N° 29 s.

<sup>171</sup> كهينة قونان، "مواجهة الإشهار المظلل عن طريق دعوى التّدليس"، مجلة دراسات وابحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، عدد 3، 2018، ص 451.

<sup>172</sup> علي فيلاي، المرجع السّابق، ص 181.

<sup>173</sup> بلال عثمانى، أطراف العقد المدني: بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 197-198.

## ت2: أن يصدر التّدليس من المدّيس أو من طرف الغير

يجب أن يصدر التّدليس إمّا من طرف المتعاقد بحد ذاته، كما قد يُسأل المتعاقد عن التّدليس الصادر من شخص آخر إذا كان المتعاقد عالماً به أو كان بالضرورة أن يعلم به بحسب السير العادي للأمر. إلا أنّ التّدليس الصادر من ممثل المتعاقد لا يعد صادراً من الغير بما أنّ النائب في هذه الحالة لا يُعتبر من الغير بالنسبة للمتعاقد، وهو ما أكد عليه المشرّع في نص المادة 86 من التّقنين المدني لما استعمل عبارة: " ... أحد المتعاقدين أو النائب عنه... "، كما استقر القضاء في فرنسا على هذا الموقف<sup>174</sup>، بالتالي لا يجوز للمتعاقد أن يدفع بجهله للطرق الاحتمالية التي كان يستعملها ممثله بما أنّه لا يُعتبر من الغير بالنسبة له.

## ب3: أن يكون التّدليس هو الدّافع إلى التّعاقد

يجب من أجل المطالبة بإبطال العقد للتّدليس إقامة الدّليل على أنّ التّغليط الذي نتج عن التّدليس هو الدّافع إلى التّعاقد، أو أنّ المعلومة التي كتمها المتعاقد المدّيس بلغت درجة من الأهمية لو علم بها المدّيس لما أبرم العقد<sup>175</sup>.

## 3: الإكراه

أشار المشرّع إلى الإكراه كعيب من عيوب الرضا في المادة 88 من التّقنين المدني بالنّص على أنّه: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

<sup>174</sup> راجع على سبيل المثال:

Cass. Com., 13 juin 1995, N° 93-17409, Bull. Civ. N° 6, 1995, p. 163. « Mais attendu que retenant que le représentant de la venderesse chargé par l'établissement de crédit de proposer ses financements aux clients potentiels, puis de les recommander à son approbation, n'est pas, pour la conclusion des contrats, un tiers, la cour d'appel a décidé, à bon droit, **que les manœuvres dolosives de ce représentant, viciant le consentement des clients, sont opposables à l'établissement** ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; »

<sup>175</sup> CHAUVEL Patrick, Op.Cit., N° 136.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته للإكراه".

فالإكراه هو رهبة تلد في نفس المتعاقد تحمله على إبرام العقد دون أن تكون له إرادة في ذلك<sup>176</sup>، فإرادة الشخص المكره من الناحية العملية منعدمة، لذلك لا يمكن الاعتداد بها كمصدر للالتزام.

يستوجب موضوع الإكراه كعيب من عيوب الرضا التطرق إلى شروطه، ثم التعرّيج على التعسف في استغلال وضعيّة التبعية كصورة خاصة للإكراه.

#### أ: شروط الإكراه

يشترط لقيام عيب الإكراه أن يكون هذا الأخير هو الدافع إلى التعاقد، وأن يكون الإكراه غير مشروع.

#### 1أ: أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد

يشترط للدفع بعيب الإكراه من أجل إبطال العقد أن تكون الرّهبة التي ولدها الإكراه هي الدافع إلى التعاقد، فالخوف الذي ينتاب المتعاقد المكره هو نتيجة للتهديد الصادر عن المتعاقد المكره والذي قد يستهدف الشخص المكره أو أحد أقاربه في نفسه أو ماله (إكراه مادي) أو شرفه أو سمعته (إكراه معنوي)<sup>177</sup>. ولا يشترط تزامن الخطر مع التعبير عن الإرادة بل تزامن للخوف مع هذا الأخير<sup>178</sup>.

من جانب آخر، يتمتع القاضي بسلطة واسعة من أجل تقدير مدى توافر الرّهبة في نفس المتعاقد عند التعبير عن إرادته، وله عند تقدير ذلك الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من العوامل المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 88 من التقنين المدني السّالفة الذّكر، ومنها عامل الجنس والسّن والحالة الاجتماعية والصحية والاقتصادية... والتي قد تؤثر في تقدير جسامته للإكراه.

<sup>176</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 185.

<sup>177</sup> يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط. 2، درا المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمّان، 2011، ص 109.

<sup>178</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

غير أنه في حالة حكم القاضي بوجود الإكراه، وجب له في حكمه بيان العوامل التي أدت به إلى الحكم بذلك وإلا عرّض حكمه للنقض<sup>179</sup>.

### أ2: أن يكون الإكراه غير مشروع

يجوز للمتعاقد الذي وقع ضحية إكراه المطالبة بإبطال العقد، إذا كان هذا الإكراه غير مشروع، أي لا يقوم على استعمال الشّخص المكره لحقه أو التهديد به، كالدّائن الذي يجبر مدينه على إبرام عقد اعتراف بالدين لدى الموثّق تحت التهديد باللّجوء إلى القضاء في حالة رفضه ذلك<sup>180</sup>، ففي هذه الحالة نجد بأنّ تهديد الدّائن للمدين باللّجوء إلى القضاء حق مكفول له، ولا يمكن للمدين الطعن في صحة الاعتراف بالدين كونه ضحية للإكراه.

### أ3: أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من الغير

على غرار التّدليس، قد يصدر الإكراه من المتعاقد نفسه أو من الغير، ففي الحالة الأولى يكفي للمتعاقد المكره إثبات وجود الإكراه، أمّا في الحالة الثانية وجب عليه بالإضافة إلى إثبات وجود الإكراه، إثبات أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو بالضرورة كان سيعلم بالإكراه الصادر من الغير<sup>181</sup>، وهو ما أكّدت عليه المادّة 89 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ موقف المشرّع قد يكون محل انتقاد حسب رأينا بالنسبة للإكراه الصادر من الغير، حيث ساوى بين التّدليس والإكراه، في حين أنّ هناك فرق جوهري بين العيبين، وهو أنّ إرادة المتعاقد المدّلس عبّرت على ما اتّجهت إليه نيته عند إبرام العقد، في حين أنّ إرادة المتعاقد المكره منعدمة تماماً ولا تعبّر على ما اتّجهت نيّة المتعاقد إلى حدوثه، بالتّالي فإنّ نتيجة الإكراه هي اعتبار العقد باطلاً لانعدام الإرادة سواء صدر الإكراه من

<sup>179</sup> CHAUVEL Patrick, « Violence », Op. cit., N° 6 s.

<sup>180</sup> CHAUVEL Patrick, Op. cit., N° 30.

<sup>181</sup> عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 74.

المتعاقد أو من الغير، وسواء كان المتعاقد عالما به أو غير ذلك، وللطرف المتضرر من إبطال العقد في هذه الحالة الرجوع على الشخص المكره تبعا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

#### ب: التعسف في استغلال وضعيّة التبعية كصورة خاصة للإكراه

يحدث في عديد من الحالات أن يكون أحد المتعاقدين في وضعيّة تبعية تجاه المتعاقد الآخر، كالعامل تجاه رب العمل مثلا، وقد يؤدي هذا الإخلال في التوازن بين المراكز القانونية للأطراف إلى استغلال الطرف القوي للوضعيّة التي يوجد فيها من أجل إرغام المتعاقد الآخر على إبرام العقد بشروط لم يكن هذا الأخير ليقبلها لولا وضعيّة التبعية التي كان فيها، بالتالي فإن إرادته في هذه الحالة معيبة بسبب تعسف الطرف القوي في استغلال وضعيّة التبعية التي يوجد فيها الطرف الآخر، وهي صورة من الصور الحديثة للإكراه<sup>182</sup>، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في المادة 1143 من التقنين المدني<sup>183</sup>.

يشترط لقيام عيب التعسف في استعمال وضعيّة التبعية أن يوجد أحد المتعاقدين في وضعيّة تبعية تجاه المتعاقد الآخر مهما كان مصدر وطبيعة هذه التبعية، ومن جانب آخر ينبغي أن يتعسف الطرف القوي في استغلال وضعيّة التبعية التي يوجد فيها، وأن ينجر عن هذا التعسف فائدة مفرطة لمصلحة الطرف القوي<sup>184</sup>.

#### 4: الاستغلال

يعتبر عيب الاستغلال آخر عيوب الرضا المعترف به من طرف المشرع في المادة 90 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا،

<sup>182</sup> CATTALANO-CLOAREC Garance, « La validité du contrat », AJ contrat, N° 6, 14/06/2018, p.259.

<sup>183</sup> L'article 1143 du Code civil français dispose que : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »

<sup>184</sup> MOULY Clémence, PUIG pascal, SEUBE Jean-Baptiste, Travaux dirigés de droit des obligation, 8eme éd., LexisNexis, Paris, 2017, p. 28.

جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن<sup>185</sup>

فالاستغلال هو اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين الناتج عن استغلال أحد الطرفين للطيش البين أو الهوى الجامح للطرف الآخر.

#### أ: عناصر الاستغلال

يتكوّن الاستغلال من عنصرين أحدهما مادّي والآخر معنوي.

#### أ1: العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي لعيب الاستغلال في اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين بحيث يفوق ما يلتزم به الطرف المستغل بكثير ما يحصل عليه من المتعاقد الآخر، وعلى عكس الغبن في بيع العقار الذي حدد فيه المشرّع نسبة التّفاوت في الالتزامات بخمس قيمة العقار، فإنّ الأمر غير ذلك في عيب الاستغلال، الذي أشار فيه المشرّع إلى ضرورة التّفاوت الكبير بين التزامات وحقوق الطرفين دون تحديد نسبة معينة.

#### أ2: العنصر المعنوي

يقوم عيب الاستغلال بالإضافة إلى العنصر المادي على عنصر معنوي وهو الطيش البين أو الهوى الجامح. فالطيش البين هو فقدان الشّخص لأيّ اعتبار لقيمة الأموال والخفة في التصرّف دون تبصّر ودون أي تقدير لعواقب التصرّف<sup>185</sup>. ومثال ذلك المتعاقد الذي يفوز بقيمة خيالية في لعبة الرهان الرياضي، أو الذي يرث مبلغاً خيالياً من الأموال، فيقوم هذا الشّخص بصرف أمواله بطريقة ساذجة.

<sup>185</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 209.



في حين أنّ الهوى الجامح هو تعلق الشخص بشيء أو بشخص إلى درجة المرض بحيث لا يمكن له مواجهة هذه النبضات (pulsions)، كالشخص المدمن على لعب القمار، أو الشخص الغارق في حب شخص معين...، فيستغل الطرف الآخر الحالة النفسية والمعنوية للمتعاقد من أجل إبرام عقد غير متوازن، ومثال ذلك الشيخ الذي يقع في غرام أحد الشابات، فتستغل هذه الأخيرة وضعيّة الضعف الذي يتواجد فيه الشيخ من أجل سلب جميع أمواله<sup>186</sup>.

#### ب: شروط الدفع بعيب الاستغلال

يشترط للدفع بعيب الاستغلال توافر أمرين أساسيين وهما: وجود عنصري الاستغلال ورفع الدعوى في الميعاد المحدد قانوناً.

#### ب1: اثبات وجود عنصري الاستغلال

يجب على المتعاقد الذي وقع ضحية استغلال اثبات كلا من العنصر المادي والمعنوي لهذا العيب على النحو المبين سالفاً.

#### ب2: أن ترفع الدعوى القضائية خلال الميعاد المحدد قانوناً

حددت المادة 90 فقرة 2 من التقنين المدني ميعاد رفع دعوى إبطال العقد للاستغلال بسنة، يسري من تاريخ إبرام العقد المعيب، وإلا كان مصير الدعوى هو عدم القبول. والملاحظ هو أنّ هذه المدّة قصيرة للغاية بالمقارنة مع الخطر الذي يهدد المتعاقد المستغل، والذي قد لا تكفيه المدّة حتى لاكتشاف أنّه ضحية استغلال.

#### ت: الجزاء المترتب عن دعوى الاستغلال

يترب عن رفع دعوى الاستغلال أحد الجزاءين الواردين في الفقرة الأولى من المادة 90 من التقنين المدني وهما: أمّا إبطال العقد أو الإنقاص من التزامات المدعي.

#### ت1: إمكانية إبطال العقد

يجوز للقاضي الذي عرض عليه النزاع الحكم بإبطال العقد المعيب بالاستغلال<sup>187</sup>، وفي هذه الحالة يعاد كلا الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، إلا أنّه في عقود

<sup>186</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز... نظرية الالتزام...، المرجع السابق، ص 398.

<sup>187</sup> سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 67.

المعاوضة، يجوز للمدعى عليه توقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن الناتج عن استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح للمدعى، وهو ما أكد عليه المشرع في المادة 90 فقرة 3 من التقنين المدني.

## ت2: إمكانية التخفيض من التزامات المدعي

يمكن كذلك للقاضي في دعوى الاستغلال رفض طلب إبطال العقد مقابل الإنقاص من التزامات الطرف المغبون<sup>188</sup>، غير أن السؤال المطروح هو مجال تطبيق هذا الحل المقترح من طرف المشرع: هل يتعلّق فقط بالعقود الملزمة للجانبين، أم أنّه يمتد كذلك إلى العقود الملزمة لجانب واحد؟

الإجابة على السؤال هي أنّه يجوز للقاضي التخفيض من التزامات المدعي حتى ولو كان العقد هو عقد تبرعي<sup>189</sup>، إذ وفي ظل عدم استثناء النص القانوني هذا النوع من العقود من مجال تطبيق الإنقاص من الالتزامات، فإنّ الأمر يبقى على جواز إدخالها ضمن دائرة العقود المعنية بهذا الجزاء، خاصة وأنّه لما أراد المشرع إخراج العقود الملزمة لجانب واحد من دائرة تطبيق نص قانوني معيّن، لم يتوان في ذلك على غرار الفقرة 3 من المادة 90 من التقنين المدني، فيما يتعلّق بإمكانية توقي المدعى عليه دعوى الإبطال عن طريق عرض ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن حين نص على انه: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن".

## المبحث الثاني

### المحل

يعتبر المحل الركن الثاني من أركان العقد، ويُقصد به العملية القانونية التي ينوي الطرف تحقيقها بمقتضى العقد<sup>190</sup>. غير أنّ المشرع لما تطرق لركن المحل، إنّما ركز على محل الالتزام لا

<sup>188</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 68.

<sup>189</sup> عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوجيز... نظرية الالتزام...، المرجع السابق، ص 406.

<sup>190</sup> أحمد شوقي محمود عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، ص 66. متوفر عبر الموقع:

<https://drive.google.com/file/d/0B58dbopv4k4JNUx3X2g5RzdFR28/view>

تمّ الاطلاع عليه يوم 2019/03/12.

محل العقد مثلما أشار إلى ذلك جانب من الفقه<sup>191</sup>. ولصحة المحل على هذا النحو، يستلزم توافر ثلاث شروط أساسية وهي: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود، أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون المحل مشروعاً.

### المطلب الأول: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود

يُشترط لصحة المحل أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود. فأما المحل الموجود، فلا يطرح إشكالات من الناحية القانونية، أما المحل المستقبلي، فقد أكدت المادة 92 من التقنين المدني على جواز التعامل فيه بالنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً". في ذات السياق، استثنت الفقرة الثانية من المادة 92 من التقنين المدني التعامل في شركة شخص على قيد الحياة صراحة حيث تنص على أنه: "غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". والسبب في ذلك هو أن التعامل في شركة شخص على قيد الحياة مخالف للنظام العام والآداب لما في ذلك من مضاربة على وفاة الشخص.

يتضح مما سبق أن المشرع أجاز العقد الذي ينطوي على محل مستقبلي شريطة أن يكون مؤكداً الوقوع، غير أن هذا الموقف غير سليم في نظرنا إذ يجعل من جميع العقود الاحتمالية باطلة بطلاناً مطلقاً<sup>192</sup>. لأنّ الاصح أن يكون المحل المستقبلي ممكن الوجود في المستقبل ولو بنسبة ضئيلة، فالتعاقد حول محل مستحيل الوجود يجعل من العقد باطل بطلاناً مطلقاً، وهو ما أكدت عليه المادة 93 من التقنين المدني التي تنص على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ..... كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". والاستحالة قد تكون مطلقة لا تخص الشخص المتعاقد فقط كالالتزام بإحياء شخص ميت، أو نسبية لا تخص إلا المتعاقد ومثال ذلك التزام المتعاقد بنقل ملكية شيء لا يملكه أصلاً<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>192</sup> بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 18.

<sup>193</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، الوجيز... نظرية الالتزام...، المرجع السابق، ص 417.

### المطلب الثاني: أن يكون المحل معيّنًا أو قابلاً للتعيين

يجب أن يكون المحل معيّنًا أو قابلاً للتعيين. والمقصود بالمحل في هذا الصدد محل الالتزام لا محل العقد، إذ تنص المادة 94 من التّنين المدني على أنّه: "إذا لم يكن محل الالتزام معيّنًا بذاته، وجب أن يكون معيّنًا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. ويكفي أن يكون المحل معيّنًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

بالتالي، إذا كان محل الالتزام هو نقل ملكية شيء مثلًا، وجب أن يكون ذلك الشيء معيّنًا أو قابلاً للتعيين، ويختلف الأمر فيما إذا كان الشيء معيّنًا بالذات أو معيّنًا بالنوع. فإذا كان معيّنًا بالذات، وجب وصف الشيء وصفًا نافيًا للجهالة<sup>194</sup> بحيث لا يختلط بباقي الأشياء، في حين أنّه إذا كان الشيء معيّنًا بالنوع، فيكفي أن يتم الاتفاق على المقدار والنوعية لاعتبار الشيء معيّنًا<sup>195</sup>.

كما أنّه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا قابلاً للتعيين في المستقبل إذا اتفق الطرفان أو تبين من ملابسات العقد طريقة تعيين المحل في المستقبل، وقد أشارت المادة 356 من التّنين المدني بصحة عقد البيع، إذا تمّ الاتفاق على الطّرق التي سيتمّ فيها تحديد الثمن في المستقبل وذلك بالنّص على أنّه: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الاسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

### المطلب الثالث: أن يكون المحل مشروعًا

يستوجب لصحة العقد أن يكون المحل مشروعًا، ويكون المحل غير مشروع إذا كان التصرف المراد تحقيقه من طرف المتعاقدين مما يمنعه القانون صراحة، ومن ذلك مثلاً عقد القمار المستبعد صراحة من العقود بين الأفراد تطبيقاً لنص المادة 612 من التّنين المدني التي تنص على أنّه: "يحظر القمار والرهان".

<sup>194</sup> سمير عبد السيّد تناغو، المرجع السابق، ص 72.

<sup>195</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Op. cit., p. 301.

كما يكون المحل غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب<sup>196</sup>، وهو ما أكدت عليه المادة 93 من التّقنين المدني التي تنص على أنّه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". فالنّظام العام كما عرّفه الفقيه هنري كابيتان (Henry CAPITANT) هو " النّظام في الدّولة، أي تنظيم المؤسسات، تنظيم القواعد التي تعتبر أساسية لسير الدّولة"<sup>197</sup>. في حين أن الآداب العامة هي تلك "القواعد التي يؤدّي خرقها إلى المساس بالقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع"<sup>198</sup> فهي المبادئ المشتركة بين أفراد مجتمع معيّن<sup>199</sup>.

### المبحث الثالث

#### السّبب

أشار المشرّع إلى ركن السّبب في المواد 97 و98 من التّقنين المدني. وللسبب معنيين أساسيين يجب التّمييز بينهما قبل الخوض في شروط السّبب كركن لصحة العقد.

#### المطلب الأوّل: السّبب بمفهومين متباينين

ينقسم مفهوم السّبب كركن من اركان العقد إلى شقين:

#### الفرع الأوّل: سبب العقد

يقصد بسبب العقد الغاية المراد تحقيقها من طرف المتعاقدين<sup>200</sup>، وبهذا المعنى يصبح السّبب عنصر شخصي في العقد طالما أنّ الغاية من إبرام العقد هي مسألة كامنّة في نفس

<sup>196</sup> يعتبر النّظام العام والآداب من المفاهيم الأكثر تبلورا بمرور الزمن، مما أدى إلى صعوبة التحكم في إبطاره المفاهيمي في الفقه. للتفصيل في الموضوع راجع:

Jean-Jacques LEMOULAND, Gaël PIETTE, « Ordre public et bonnes mœurs », Rep. Civ., février 2019, N° 01. In

<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000194/2019-02/PLAN/0018> consulté le 27/07/2019.

<sup>197</sup> CAPITANT Henri, Introduction à l'étude du droit civil (notions générales), 5eme éd., A.PEDONE éditions, Paris, 1929, p. 61.

<sup>198</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.Cit., p. 325.

<sup>199</sup> للتفصيل في التّمييز بين النّظام العام والآداب راجع: فيلالي علي، المرجع السّابق، ص 269-270.

<sup>200</sup> ROCHFELD Judith, « Cause », Rep. Civ., septembre 2012 (Actualisation juin 2016), N° 13. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000057/2012-09/PARA/12> consulté le 31/07/2019.

المتعاقد قد يعلم بها المتعاقد الآخر كما قد يجهلها، والسبب بهذا المعنى هو الذي سُمي بالنظرية الحديثة للسبب<sup>201</sup>.

### الفرع الثاني: سبب الالتزام

يقصد بسبب الالتزام السبب الذي أدى بالمتعاقد إلى الالتزام، وهو في هذا الصدد التزام الطرف الآخر، فسبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، في حين ان سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية<sup>202</sup>. من هذا المنطلق، فسبب التزام أي متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر.

### المطلب الثاني: شروط السبب

يستلزم لصحة السبب توافر الشروط التالية:

### الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا

يُشترط في السبب أن يكون موجودا<sup>203</sup>، وهذا أمر بديهي إذ لا يمكن تصوّر إبرام عقد دون وجود سبب لإبرامه مثلما يشير إلى ذلك الفقه<sup>204</sup>، وهو ما يبرّر ربما اغفال المشرّع لذكر هذا الشرط، مركّزا فقط على شرط مشروعية السبب. إلا أنّ الأمر قد يبدو أكثر تعقيدا فيما يتعلّق بسبب الالتزام، ذلك أنّ غياب سبب التزام المتعاقد سيؤدي بالضرورة إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وهو ما قد يؤدي إلى تهديد سلامة العقد، وقد سبق للقضاء الفرنسي أنّ قضي ببطالان العقد بسبب غياب سبب الالتزام<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 76.

<sup>202</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Op.Cit. p. 309.

<sup>203</sup> محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 43.

<sup>204</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.Cit., p. 309

<sup>205</sup> Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 21 septembre 2011, N° 10-21900, Bull. Civ. N° 7, 2011, p. 145. « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du code civil ;* »

### الفرع الثاني: ان يكون السبب مشروعاً

اشترط المشرع من أجل صحة العقد أن يكون السبب مشروعاً حيث تنص المادة 97 من التقنين المدني على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً". وعليه إذا أبرم العقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والمقصود بالسبب في النص السالف الذكر سبب العقد لا سبب الالتزام<sup>206</sup>، إذ يعتد عند تطبيق نص المادة 97 السالفة الذكر بالدافع إلى التعاقد<sup>207</sup> لا بمدى مشروعية التزام الطرف الآخر والذي يرتبط بالمحل لا بالسبب. من جانب آخر، اعترف المشرع بقريضة قانونية وهي مشروعية السبب المذكور في العقد، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك، في هذا الصدد تنص المادة 98 من التقنين المدني على أنه: "كل التزام مفترض أنّ له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه."

### المبحث الرابع

#### الشكلية

سبق لنا القول عند التطرق إلى تقسيمات العقود في تمهيد هذه المحاضرات أنّ الأصل في العقود هو الرضائية، إلا أنّه قد يحدث أن يشترط المشرع لصحة العقد، أن يستوفي شكلاً معيناً يحدده القانون، في هذه الحالة تُصبح الشكلية شرطاً أساسياً لصحة العقد، فالشكلية في العقود حالة استثنائية للأصل وهو الرضائية<sup>208</sup>.

يمكن من أجل تجسيد فكرة الشكلية في العقود الإشارة إلى ما تضمنته المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل

<sup>206</sup> رغم استعمال المشرع في نص المادة 98 عبارة "كل التزام مفترض أنّ له سبباً مشروعاً..." وهو ما قد يفيد أنّ المقصود به سبب الالتزام، إلا أنّ المشرع في الفقرة الثانية من المادة نفسها يعود ويستعمل عبارة سبب العقد بالنص على أنه: "ويعتبر السبب المذكور في العقد..."

<sup>207</sup> أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط. 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2011، ص 139.

<sup>208</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 291.

رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

فالعقد البيع الذي يكون محله عقارا أو حقا عينيا عقاريا يخضع بالضرورة إلى الشكلية عند تحريره تحت طائلة البطلان، ويكون ذلك عند ضابط عمومي مكلف بمهمة التوثيق (الموثق)، ويعتبر كل عقد مبرم بغير الطريقة المبيّنة عقدا باطلا بطلانا مطلقا، لا يمكن معه لأي طرف إجبار الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته.



## الفصل الثالث

### نظرية البطلان

يُعرف البطلان على أنه الجزء المترتب عن غياب ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته<sup>209</sup>. وللإحاطة بالموضوع، يقتضي التطرّق إلى أنواع البطلان والآثار المترتبة عنه.

#### المبحث الأول

#### أنواع البطلان

ينقسم البطلان إلى نوعان: البطلان المطلق والبطلان النسبي<sup>210</sup>.

#### المطلب الأول: البطلان المطلق

البطلان المطلق هو الجزء المترتب عن غياب ركن من أركان العقد، كالمحل أو السبب أو التراضي أو الشكلية، أو عدم مشروعية المحل أو السبب<sup>211</sup>. وقد يهدف البطلان المطلق إلى حماية المصلحة العامة كجزاء لمخالفة أحد الأركان للنظام العام والآداب<sup>212</sup>، أو للتعبير عن عدم وجود العقد أو انعدامه، وتتحقق هذه الحالة الأخيرة إذا غاب التراضي بين الطرفين، أو في حالة استحالة المحل مثلاً<sup>213</sup>.

#### المطلب الثاني: البطلان النسبي

على عكس البطلان المطلق الذي يسعى إلى حماية المصلحة العامة، فإنّ البطلان النسبي يرمي إلى حماية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين<sup>214</sup>، فهو الجزء المترتب عن غياب شرط من شروط صحة العقد كسلامة الإرادة من العيوب.

<sup>209</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 317.

<sup>210</sup> تجدر الإشارة إلى أنّه هناك من الفقه من يعتمد في البطلان على التقسيم الثلاثي، فبالإضافة إلى العقد البطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا، هناك العقد المنعدم الذي لا وجود له أصلا ويكون ذلك في حالة غياب أحد أركان العقد. راجع: أحمد رباحي، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي - دراسة مقارنة -، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 37، جوان 2016، ص 206. ص ص 202-220

<sup>211</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 321.

<sup>212</sup> MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op.Cit, p. 344

<sup>213</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 317.

<sup>214</sup> CHABAS François, Leçons de droit civil, T2, Vol 1 (Obligations théorie générale), 9<sup>ème</sup> éd, Monchretien-Delta, Paris, 2000, p. 297.

### المطلب الثالث: أهمية التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق

تظهر أهمية التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق من عديد الجوانب أهمها:

#### الفرع الأول: من حيث مدى ترتيب العقد لأثره القانوني

العقد الباطل بطلانا مطلقا عقد منعدم، بهذا الوصف لا يرتب أي اثر قانوني، على

عكس العقد القابل للإبطال الذي يعتبر عقد صحيح إلا أنه مهدد بالإبطال<sup>215</sup>.

#### الفرع الثاني: من حيث إمكانية تصحيح العقد

يختلف العقد الباطل بطلانا مطلقا من العقد القابل للإبطال من حيث مدى إمكانية

تصحيح العقد، بحيث أن العقد الباطل بطلانا نسبيا يمكن تصحيحه بالإجازة أو بالتقادم<sup>216</sup>

مثلا سنراه لاحقا، على عكس العقد الباطل بطلانا مطلقا الذي لا تصحّحه لا الإجازة ولا

التقادم.

#### الفرع الثالث: من حيث الأطراف التي يجوز لها التمسك به

إذا كان العقد قابلا للإبطال جاز، لمن تقرّر لمصلحته الإبطال دون سواه التمسك به أمام

القضاء، وهو ما أكّدت عليه نسبيا المادة 99 من التّقنين المدني التي تنص على أنه: "إذا جعل

القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". في

حين يجوز لكل ذي مصلحة سواء كان طرفا في العقد أو أجنبي عنه التمسك بالبطلان المطلق

للعقد<sup>217</sup>، وهو ما أشارت إلى ذلك المادة 102 من التّقنين المدني والتي تنص على أنه: "إذا كان

العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي

به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد."

من جانب آخر، أكّدت المادة السّالفة الذّكر على أنه يجوز للقاضي إثارة البطلان المطلق

للعقد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أطراف النزاع، على الخصوص إذا كان البطلان يتعلّق

<sup>215</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 77.

<sup>216</sup> CARBONNIER Jean, Op.Cit. , p. 205.

<sup>217</sup> Ibid, p. 204.

بمخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة، وقد ألحَّ المجلس الأعلى على ضرورة إثارة قضية المجلس البطلان المطلق للعقد واستبعاد مناقشة أثره ولو لم يتمسك الأطراف به<sup>218</sup>.

## المبحث الثاني

### سقوط الحق في المطالبة بالإبطال

يسقط الحق في المطالبة بإبطال العقد أمّا بالإجازة أو بالتقادم.

#### المطلب الأول: الإجازة

يقصد بالإجازة في هذا المقام، إجازة التصرف القابل للإبطال، وتعرف على أنها تصرف بالإرادة المنفرة للشخص، يرمي من خلاله المجيز إلى التنازل عن حقه في إبطال العقد<sup>219</sup>. في هذا الصدد، تنص المادة 100 من التقنين المدني على أنه: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير". يشترط في المجيز ما يشترط في المتعاقد من أهلية وخلو الإرادة من العيوب، وأن تصدر بعد زوال العارض أو العيب الذي كان سببا في إمكانية إبطال العقد، كالكشف المتعاقد التّدليس مثلا<sup>220</sup>. وقد تكون الإجازة بتعبير صريح من المجيز، كما قد تكون بصفة ضمنية مثل تصرف المتعاقد في الشيء محل العقد مع علمه بحقه في الإبطال. من جانب آخر، فإن ممارسة الحق في إجازة العقد معترف بها للمتعاقد شخصيا إذا كان كاملا للأهلية أو لوليّه إذا كان قاصرا<sup>221</sup>. كما يمكن للقاصر إجازة العقد الذي أبرمه لكن بعد بلوغه سن الرشد خلال الميعاد المقرر لذلك مثلما سنراه لاحقا.

<sup>218</sup> المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 43098، بتاريخ 12 أبريل 1987، مجلة المحكمة العليا، عدد 4، 1990، ص 85. "من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال - أن عقد ايجار المنزل المتنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضية المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا خالفوا القانون"

<sup>219</sup> محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ط. 2، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 19.

<sup>220</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, Op.Cit., p. 350.

<sup>221</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق ص 82.

أما عن أثر الاجازة من حيث الزّمن، فقد أكدت المادة 100 السّالفة الذّكر أنّ أثر الاجازة يعود بأثر رجعي إلى تاريخ إبرام العقد، مع ضرورة مراعاة حقوق الغير خلال الفترة بين إبرام العقد وصدور الاجازة من المتعاقد<sup>222</sup>، ومثال ذلك البائع القاصر الذي يرتب حقا عينيا تبعيا لمصلحة الغير بعد إبرام العقد وقبل صدور الإجازة منه، ثمّ بعد ذلك يجيز التصرف الذي قام به للمشتري من أجل الإضرار بصاحب الحق العيني التبعي، ففي هذه الحالة يجوز لهذا الأخير التمسك بحقه تجاه مشتري العين المباعة.

### المطلب الثاني: التّقدم

يقصد بزوال الحق في إبطال العقد بالتّقدم، سقوطه بسبب عدم ممارسة الحق في الميعاد المقرر لذلك، حيث تنص المادة 101 من التّقنين المدني على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد."

يبدو جليا من خلال المادة السّالفة الذّكر وجود اختلاف في التّعامل بين نقص الأهلية من جهة وعيوب الرضا (ما عدى عيب الاستغلال) من جهة أخرى. ففي حالة نقص الأهلية فالميعاد واحد وهو سقوط دعوى إبطال العقد بمرور 05 سنوات من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية كبلوغ المتعاقد سن الرشد مثلا. أمّا فيما يتعلّق بعيوب الرضا، فيتبيّن أنّ الميعاد مزدوج، وهو 05 سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط والتدليس أو من تاريخ توقّف الإكراه بالنسبة لعيب الإكراه، غير أنّه وبغض النّظر عن هذا الميعاد، فلا يجوز رفع دعوى إبطال العقد بمرور 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد.

<sup>222</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 223.

تثير المادة 101 من التقنين المدني بعض التحفظات، فرغم وضوح الهدف من تحديد ميعاد 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد كحد أقصى لرفع دعوى إبطال العقد، وهو المحافظة على استقرار المعاملات، فإنّ هذا الهدف لا يبرر أبداً جعل الإكراه مشروعاً أو التّديس كذلك بعد مرور هذه المدة الزمنية. فتقرير هذا الميعاد من شأنه الطّعن في الغرض من الاعتراف بحق رفع دعوى الإبطال لعيوب الرضا، وهو إقرار بعدم سلامة الإرادة كمصدر للالتزام، ذلك أنّ مرور هذه الفترة لا يمكن أن يحول الإرادة إلى إرادة سليمة.

### المبحث الثالث

#### الآثار المترتبة عن بطلان أو إبطال العقد

يترتب عن الحكم بإبطال العقد أو بطلانه اعتباره كأن لم يكن<sup>223</sup>، بالتالي إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وهو الأثر الذي أكّدت عليه المادة 103 فقرة أولى من التقنين المدني والتي تنص على أنّه: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإنّ كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل".

#### المطلب الأول: إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد

يتضح من مضمون المادة 103 فقرة 1 من التقنين المدني، أنّ الحكم بالإبطال أو ببطلان العقد يُعدم أثره خلال الفترة بين إبرامه وبين النطق بالحكم، إلا أنّ الأثر المترتب عن ذلك وهو إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد قد يستحيل تحقيقها لأسباب مختلفة كهلاك محل العقد مثلاً أو كون أن العقد من العقود الزمنية... في هذه الحالة، تشير المادة 103 السّالفة الذّكر بالنّص على أنّه: " .. فإنّ كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل"، أي في حالة استحالة إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، على القاضي الذي يحكم ببطلان أو إبطال العقد الحكم لأحد الأطراف ما يراه مناسباً من تعويض عما نفذ من التزامات قبل صدور الحكم.

<sup>223</sup> Cass. Civ., 16 juillet 1998, N° 96-18404, Bull. Civ. N° 7, 1998, p. 175. « Mais attendu, d'abord, **que la nullité, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, emporte, en principe, l'effacement rétroactif du contrat...** ».

## المطلب الثاني: الاحكام الخاصة في أثر الحكم ببطلان أو ابطال العقد

استثنى المشرع من الأثر العام المشار اليه سالفا، حالتين تتعلقان بناقص الاهلية من جهة والمتعاقد الملوّث من جهة أخرى.

### الفرع الأول: حالة ناقص الأهلية

أفرد المشرع حكما خاصا بناقص الأهلية فيما يتعلّق بالاسترداد، حيث تنص المادة 103 فقرة 2 من التقنين المدني على أنه: " غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد."، وعليه إذا صدر حكم بإبطال العقد بسبب نقص أهلية أحد الطرفين، فلا يُجبر ناقص الأهلية إلا بإرجاع ما عاد عليه بالنفع، فإذا كان قد تحسّل على مبلغ من الأموال نقدا وقام بتبديد جزء منها، التزم فقط بإرجاع ما بقي من الأموال<sup>224</sup>.

### الفرع الثاني: حالة المتعاقد الملوّث

استثنى المشرع في المادة 103 فقرة 3 من ممارسة حق الاسترداد المتعاقد الملوّث<sup>225</sup> (وهو الشخص الذي كان سببا في عدم مشروعية العقد أو كان عالما به)، حيث تنص على أنه: " يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به". ويجد هذا المبدأ أصله في القاعدة الرومانية الشهية *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* والتي تعني "لا يجوز للفرد ان يستفيد من غشه"<sup>226</sup>، ورغم تشبث المشرع الجزائري على غرار مجموعة من التقنينات المقارنة بهذه القاعدة كالمشرع الألماني<sup>227</sup> غير

<sup>224</sup> هذا الحكم قد يُفهم منه حث أي متعاقد قبل إبرام العقد على البحث حول أهلية الطرف المتعاقد معه، إذ وفي حالة تبين ان هذا الأخير ناقصا للأهلية وحكم بإبطال العقد لهذا السبب، يتحمل المتعاقد الآخر مسؤوليته في حالة تبديد ناقص الأهلية لما تحسّل عليه من إبرام العقد.

<sup>225</sup> وهي العبارة التي استعملها الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري للتعبير على المتعاقد الذي ساهم أو كان سببا في بطلان العقد، راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز ... نظرية الالتزام...، المرجع السابق، ص 591.

<sup>226</sup> V. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Nemo\\_auditur\\_propriam\\_turpitudinem\\_allegans](https://fr.wikipedia.org/wiki/Nemo_auditur_propriam_turpitudinem_allegans)

<sup>227</sup> تنص المادة 817 من التقنين المدني الألماني على أنه:

« War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. » . in <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>

أنّ غالبية التشريعات الحديثة تخلّت عنها وقامت بحذف الفقرة من نصوصها القانونية، بحيث يجوز للمتعاقد في حالة ابطال العقد أو بطلانه المطالبة باسترداد ما قدمه للطرف الآخر حتى إذا كان هو سبب ابطال العقد، كالمشرّع المصري مثلاً في نص المادة 142 من التّقنين المدني<sup>228</sup> أو المشرّع الفرنسي في نص المادة 1178 من التّقنين المدني.<sup>229</sup>

غير أنّ الحل قد يكون وسطاً بين رفض الاسترداد على اطلاقه وقبوله كذلك على اطلاقه وهو قبول الاسترداد ولو كان الطّالب هو سبب البطلان أو عالماً به، إلا في الحالات التي يكون فيها الوفاء مخالفاً للنظام العام والأداب، ومن ذلك ممارسة القمار أو مقابل الذي دفعه الشّخص من أجل الدخول في علاقة غير شرعية ... ففي كل هذا الحالات، يُمنع على المتعاقد الملوّث استرداد ما دفعه تنفيذاً للعقد الباطل رغم معارضة جانب من الفقه هذا الموقف الوسط<sup>230</sup>.

---

Traduction en langue anglaise faite par le ministère allemand de la justice: « *If the purpose of performance was determined in such a way that that the recipient, in accepting it, was violating a statutory prohibition or public policy, then the recipient is obliged to make restitution. A claim for return is excluded if the person who rendered performance was likewise guilty of such a breach, unless the performance consisted in entering into an obligation; restitution may not be demanded of any performance rendered in fulfilment of such an obligation.* ». in [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p3471](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3471)

<sup>228</sup> تنص المادة 142 من التّقنين المدني المصري على أنه: " في حالي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطّل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".  
يمكن الاضطلاع على التّقنين المدني المصري عبر الرابط التالي:  
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>

<sup>229</sup> Article 1178 du Code civil français prévoit que : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.*

*Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.*

*Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »*

<sup>230</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 347 وما يليها.



## المبحث الرابع

### الآليات القانونية لتفادي ابطال العقد

اعترف المشرع بالآليات القانونية من شأنها تفادي الحكم بإبطال العقد أو ببطلانه، هذه الآليات تسعى إلى المحافظة على العلاقة التعاقدية بين الطرفين من أجل تحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقرار القانوني في العقود، ومن بين هذه الآليات تحوّل العقد (الفرع الأول) وإنقاص العقد (الفرع الثاني)

#### المطلب الأول: تحوّل العقد

يُعتبر تحوّل العقد من بين الآليات المعترف بها قانوناً للمحافظة على العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين، وقد نصّ المشرع في المادة 105 من التّقنين المدني على أنّه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد". وتقتضي دراسة موضوع تحوّل العقد التطرّق أولاً إلى تعريفه الفقهي، ثم إلى شروط إعماله.

#### الفرع الأول: تعريف تحوّل العقد فقهاً

يقصد بتحوّل العقد "استبدال العقد الباطل بعقد آخر صحيح تؤخذ عناصره من العقد الباطل"<sup>231</sup>، فتحوّل العقد هو في الواقع إعادة تكييف العقد المبرم بين الطرفين بسبب بطلان العقد وفقاً للوصف الذي منحه إياه الطرفان وتحويله إلى العقد الذي قصد المتعاقدين إبرامه فعلاً، ومثال ذلك قيام شخص بإبرام عقد بيع مجاناً، فالعقد في هذه الحالة باطل بطلاناً مطلقاً لسبب غياب الثمن باعتباره ركن من أركان عقد البيع، إلا أنّ ذات العقد يمكن اعتباره صحيحاً كعقد هبة إذا كانت تلك هي نية المتعاقدين، ففي هذه الحالة يتم تحويل العقد من عقد بيع باطل بطلاناً مطلقاً إلى عقد هبة صحيح<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> نريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة قسنطينة، 2017، ص 10.

<sup>232</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 80.



## الفرع الثاني: شروط تحوّل العقد

يشترط لصحة تحوّل العقد توفر الشّروط التالية:

**أولاً: أن يكون العقد المبرم بين الطرفين باطلاً أو قابلاً للإبطال**

يُشترط من أجل استعمال آلية تحوّل العقد أن يكون العقد الأصلي المبرم بين الطرفين باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، وهو ما أكّدت عليه المادة 105 من التّقنين المدني السّالفة الذّكر. ويشترط في هذا الصّدّد بطلان العقد برمته وليس جزء منه فقط، لأنّ في هذه الحالة الأخيرة يمكن إنقاص العقد<sup>233</sup> مثلما سنراه لاحقاً.

من جانب آخر، إذا كان العقد صحيحاً وتوقّرت فيه شروط عقد آخر صحيح إلا أنّ نية المتعاقدين اتّجهت إلى الفصل والتميّز بين العقدين، فلا يجوز للقاضي التّدخّل من أجل تحويل العقد، لما في ذلك من مساس بمبدأ الحرّيّة التّعاقديّة، ومثال ذلك الهبة الصحيحة التي تتضمن في فحواها شروط صحة الوصية، وتبيّن أنّ الطرفين عرفاً ذلك وفضلاً منح وصف الهبة بدلاً من الوصية للتصرف، ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي تحويل الهبة إلى الوصية<sup>234</sup>.

**ثانياً: أن يتضمّن العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح**

يشترط لإعمال آلية تحوّل العقد أن يتضمّن العقد الباطل شروط عقد آخر صحيح، ويجب أن يتضمّن العقد الباطل جميع أركان العقد الصّحيح المراد التحوّل إليه إذ لا يمكن للقاضي مثلاً التّدخّل من أجل إضافة شرط غير متوفر في العقد الباطل من أجل توافر جميع شروط العقد الصّحيح المراد الوصول إليه<sup>235</sup>.

**ثالثاً: أن تتّجه نية الطرفين إلى إبرام العقد الصحيح**

اشتراط المشرّع في نص المادة 105 السّالفة الذّكر أن تكون نية المتعاقدين قد اتّجهت إلى إبرام العقد الجديد، ومآل الإرادة في هذا الصّدّد هي الإرادة المشتركة المحتملة<sup>236</sup> وليست الإرادة

<sup>233</sup> سؤالم سفيان، "نظرية تحوّل العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، عدد 29، ديسمبر 2017، ص 141. ص ص 134-150.

<sup>234</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز... نظرية الالتزام...، المرجع السّابق، ص 548.

<sup>235</sup> نريمان خمار، المرجع السّابق، ص 76.

<sup>236</sup> سؤالم سفيان، المرجع السّابق، ص 143.

الصريحة، لأنّ هذه الأخيرة قد اتّجهت إلى إبرام العقد الباطل<sup>237</sup>. والمقصود بالإرادة الافتراضية، الإرادة المحتملة والتي لا يوجد في العقد ما ينافيها<sup>238</sup>.

### المطلب الثاني: إنقاص العقد

إلى جانب تحوّل العقد، أشارت المادة 104 من التّقنين المدني إلى آلية إنقاص العقد حيث تنص على أنّه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله". ولدراسة الموضوع، سيتم التطرّق إلى تعريف إنقاص العقد أولاً، ثم إلى شروط اعمال آلية إنقاص العقد.

### الفرع الأول: تعريف إنقاص العقد

يُعرف إنقاص العقد على أنّه عملية قانونية تهدف إلى جعل جزء من العقد باطلاً مع الإبقاء على الجزء الغير معيب منه صحيحاً يرتب أثره بين الأطراف، وهو ما يُسمّى كذلك بالبطلان الجزئي للعقد<sup>239</sup>. فالهدف من هذه الآلية القانونية هو تجنّب الحكم بالبطلان الكلي للعقد إذا كان الجزء المعيب منه لا يؤثر بدرجة كبيرة على العقد لو أخذ بصفة كلية، وهذا شرط أساسي لإعمال آلية إنقاص العقد مثلما سيتم التطرّق إليه في شروط إنقاص العقد.

### الفرع الثاني: شروط إنقاص العقد

يشترط من أجل إعمال آلية إنقاص العقد توافر الشروط التالية:

أولاً: أن يكون العقد في شقّ منه صحيح وفي شقّ آخر باطل

يشترط لتطبيق أحكام المادة 104 من التّقنين المدني أن يكون العقد في شقّ منه صحيح وفي شقّ آخر باطل، وهو شرط بديهي بما أنّه المحور الذي تدور حوله آلية إنقاص العقد، فإذا كان العقد برمّته باطلاً، فلا يجوز إنقاصه لكن يمكن أن يتحوّل إلى عقد آخر إذا توفرت شروطه فيه.

<sup>237</sup> عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوجيز ... نظرية الالتزام...، المرجع السابق، ص 551.

<sup>238</sup> نريمان خمار، المرجع السابق، ص 87.

<sup>239</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 354.

### ثانياً: أن يكون العقد المراد إنقاظه قابلاً للتجزئة

يجب لإعمال آية إنقاص العقد أن يكون هذا الأخير قابلاً للانقسام أو التجزئة، وقد يعود سبب عدم القابلية للانقسام إلى محل العقد إذا كان لا يقبل الانقسام بطبيعته<sup>240</sup> كأن يكون العقد وارد على سيارة مثلاً مملوكة على الشيوخ، وكان أحد الملاك عديماً للأهلية وأبرم العقد دون حضور ممثله القانوني، فطبيعة محل العقد (السيارة) لا يقبل الانقسام بحسب طبيعته، فلا يمكن اعتبار العقد صحيحاً وسارياً على الجزء المملوك من طرف كامل الأهلية دون عديم الأهلية لعدم قابلية محل العقد للانقسام.

كما قد يكون مصدر عدم القابلية للانقسام نص قانوني صريح، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى المادة 466 من التقنين المدني فيما يتعلق بعقد الصلح، حيث تنص على أنه: "الصلح لا يتجزأ فبطان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله". ففي هذه الحالة يستحيل تطبيق المادة 104 من التقنين المدني بسبب استحالة تجزئة العقد من الناحية القانونية<sup>241</sup>.

### ثالثاً: أن يكون الشق الباطل من العقد غير مؤثر

اشتطت المادة 104 من التقنين المدني السالفة الذكر ألا يكون الشق الباطل من العقد مؤثراً. غير أن العبارة المستعملة من طرف المشرع قد تُحدث بعض الصعوبات في تحديد المعيار الذي يجب الاعتداد به من أجل اعتبار الشق الباطل ضرورياً لوجود العقد: فهل هو المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي؟

إذا سلّمنا أن المعيار هو المعيار الشخصي، فمجرد اتفاق الطرفين على اعتبار شرط معين أساسياً لصحة العقد يكفي لإبطال العقد برمته إذا كان ذات الشرط باطلاً، بحيث أن بطلان الشرط في هذه الحالة سيؤدي إلى بطلان العقد برمته، بما أن المتعاقدين اعتبروا الشرط الباطل كجزء أساسي في العقد لا يمكن تصور قيام العقد في ظل غيابها (أي الشرط).

<sup>240</sup> مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق،

جامعة الجزائر 1، 2014، ص 57.

<sup>241</sup> علي فيلالي، المرجع السابق، ص 356.

أمّا إذا سلّمنا أنّ المعيار الذي يجب الأخذ به هو المعيار الموضوعي، فيبقى للقاضي تقدير ما إذا كان الشرط الباطل ضروريا بالرجوع إلى معيار لا يأخذ بعين الاعتبار إرادة الطرفين<sup>242</sup> وقد سبق للقضاء في فرنسا أن اعتمد على المعيار الموضوعي لاعتبار شرط أدرج من طرف المتعاقدين غير مكتوب لمخالفته لقاعدة من النظام العام مع اعتبار باقي العقد صحيح ومرتب لآثاره القانونية بين الطرفين<sup>243</sup>.

غير أنّ تعنت القضاء في الحكم بصحة العقد في ظل بطلان الشرط الذي اعتبره المتعاقدين أساسيا في العقد، لن يجد نفعاً أمام الإرادة المشتركة للمتعاقدين، واللذين قد يقررا في ظل إلغاء الشرط المتفق عليه من طرف القضاء، الاتفاق على إنهاء العقد بإرادتهما المشتركة، مما يعدم أي أثر للمقرار القضائي الصادر.

---

<sup>242</sup> Mustapha MEKKI, « Réflexions critiques sur le droit des nullités en droit privé des contrats », contribution lors du colloque international sur « *Les sanctions en droit privé : état des lieux* », université de Tunis, du 08 au 11 décembre 2005, p. 9. In <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2005/09/version-publi%c3%a9e-tunisie.pdf> consulté le 15/04/2019.

<sup>243</sup> Cass. Civ. 3<sup>eme</sup>, 31 janvier 2001, N° 98-12895, in [https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX\\_T000007421247&fastReqId=1503040863&fastPos=87](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX_T000007421247&fastReqId=1503040863&fastPos=87) . consulté le 15/07/2019. « *Mais attendu qu'ayant relevé que la clause de fourniture exclusive, générale et absolue, portait atteinte au droit au renouvellement en assurant au bailleur, en raison de la menace d'annulation du bail tout entier, la pérennité d'une stipulation interdite par une disposition d'ordre public, la cour d'appel a décidé, à bon droit, nonobstant le fait que les parties étaient convenues que cette clause était essentielle, que son annulation ne devait pas entraîner celle du bail ;* »

## قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب:

1- أحمد شوقي محمود عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية وغير الارادية).  
متوفر عبر الموقع:

<https://drive.google.com/file/d/0B58dbopv4k4JNUx3X2g5RzdFR28/view>

تمّ الاطلاع عليه يوم 2019/03/12.

2- الجندي محمد صبري، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقاه الإسلامي من منظور موازن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

3- السهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-) المجلد 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

4- \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

5- السوري محمد محمد، الغش في المعاملات المدنية دراسة مقارنة في القانون المدني والفقاه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

6- الفار عبد القادر، بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

7- الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط 3، ج 1، دار الفكر، دمشق، 2009.

8- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

9- تناغو سمير عبد السيد، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء لا سبب، القانون، القرار الإداري)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

- 10- جعفر محمد سعيد، إسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضّرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 11- جعفر محمد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، ط. 2، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 12- عبده محمد علي، نظرية السبب في القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 13- عبيدات يوسف محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط. 2، در المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2011.
- 14- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 15- غستان جاك، تكوين العقد (ترجمة منصور القاضي ومراجعة فيصل كلثوم)، ط. الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- 16- فيلاي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- ب- الأطروحات والمذكرات
- ب1- أطروحات الدكتوراه:
- 1- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة تلمسان، 2016.
- 2- عثمان بلال ، أطراف العقد المدني: بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
- ب2- مذكرات الماجستير:
- 1- بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.

- 2- خمار نريمان ، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2017.
- 3- لطروش أمينة، رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، 2012.

#### ت- المقالات العلمية

- 1- بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي النعامة، العدد الثاني جوان 2015، (ص ص 11-39)
- 2- حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات التعاقدية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة يحي فارس بالمدينة، جوان 2017. (ص ص 162-173)
- 3- رباحي أحمد ، "مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي - دراسة مقارنة- "، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 37، جوان 2016. (ص ص 202-220)
- 4- سواالم سفيان، "نظرية تحوّل العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، عدد 29، ديسمبر 2017، (ص ص 134-150).
- 5- شهباني سمير ، ضريفي الصادق ، "اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرهما على العلاقة التعاقدية"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، عدد 1، 2017، (ص ص 453-472).
- 6- قونان كهينة ، "مواجهة الإشهار المظلل عن طريق دعوى التدليس"، مجلة دراسات وابحث، جامعة زيان عاشور. الجلفة، عدد 3، 2018. (ص ص 441-459).

#### ث- النصوص القانونية

##### ث1- النصوص التشريعية

- 1- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونية 1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج.ج.ج. عدد 49، صادر في 11 يونيو 1966، معدل ومتمم.

2- أمر رقم 15-74 مؤرخ في 30 يناير سنة 1974 يتعلّق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التّعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج. عدد 15، مؤرخ في 19 فبراير سنة 1974، معدّل ومتمّم بمقتضى القانون رقم 31-88 المؤرخ في 19 يوليو سنة 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 29، مؤرخ في 20 يوليو سنة 1988.

3- قانون رقم 11-84 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمّن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج. عدد 24، صادر في 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم.

4- قانون رقم 11-90، مؤرخ في 21 ابريل سنة 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل سنة 1990، معدّل ومتمّم.

5- أمر رقم 12-03 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلّق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج.ج. عدد 52، مؤرخ في 27 غشت سنة 2003.

6- قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريّة، ج.ر.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 ابريل سنة 2004، معدّل ومتمّم بالقانون 06-10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

7- قانون رقم 10-05 ممضي في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد 44، صادر في 26 يونيو 2005.

## ث2- النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 50-01، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمّن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج.ر.ج.ج. عدد 11، مؤرخ في 12 فبراير سنة 2001

2- مرسوم تنفيذي رقم 402-07، مؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج.ج. عدد 80، مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2007.



## ج- الاجتهاد القضائي

1- المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 43098، بتاريخ 12 أبريل 1987، مجلة المحكمة العليا، عدد 4، 1990، ص 85.

## ح- الوثائق

1- آيت شاوش دليلا، محاضرات في مادة المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص 10. متوفر على الموقع التالي:

[https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/208410/mod\\_resource/content/1/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5%20%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%20%D9%84%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%20%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%89.pdf](https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/208410/mod_resource/content/1/%D9%85%D9%84%D8%AE%D8%B5%20%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A7%D8%AA%20%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%82%20%D9%84%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9%20%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%89.pdf)

تمّ الاطلاع عليه يوم 2019/02/25.

2- المعداوى محمد أحمد، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، ص 91. يمكن الاضطلاع عليه عبر الموقع: <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/122.pdf> تمّ الاطلاع عليه يوم 2019/02/25.

ثانيا: باللغة الفرنسية

## A- Ouvrages

- 1- AUBERT Jean-Luc et COLLART-DUTILLEUL François, *Le contrat (Droit des obligations)*, 5<sup>eme</sup> ed., Dalloz, Paris, 2017.
- 2- BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil (Les obligations)*, 12<sup>eme</sup> ed., Sirey, Paris, 2010, p. 18.
- 3- CAPITANT Henri, *Introduction à l'étude du droit civil (notions générales)*, 5eme éd., A.PEDONE éditions, Paris, 1929.
- 4- CARBONNIER Jean, *Droit civil, T4 (Les obligations)*, 22<sup>eme</sup> éd., PUF, Paris, 2000.
- 5- CHABAS François, *Leçons de droit civil, T2, Vol 1 (Obligations théorie générale)*, 9<sup>eme</sup> éd, Monchretien-Delta, Paris, 2000.
- 6- CHENEDE François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*

- (modifications et interprétations de l'ordonnance du 10 février 2016), 2<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 2018.
- 7- DELEBECQUE Philippe, PANSIER Jean-Jérôme, *Droit des obligations (Contrat et quasi-contrat)*, 7<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Paris, 2016.
- 8- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, T5, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925.
- 9- DIONISIE-PEYRUSSE Amélie, *Droit civil T2 (Les obligations)*, Centre National de la Fonction Publique, Paris, 2008.
- 10- FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, 6<sup>ème</sup> ed., LG.D.J.-Lextenso édition, Paris, 2016.
- 11- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, *Droit civil (les obligations) 1. L'acte juridique*, 16<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2014.
- 12- FOUILLEE Alfred, *La science sociale contemporaine*, 2<sup>ème</sup> éd., Librairie Hachette et Cte, Paris, 1885.
- 13- GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry S/D, *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 2017.
- 14- Le Tourneau Philippe S/D, *Droit de la responsabilité et des contrats (Régimes d'indemnisation)*, 11<sup>ème</sup> ed., Paris, 2017.
- 15- LEVENEUR Laurent, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, S/D GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004.
- 16- MALAURIE Philippe, Laurent AYNES et STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 7<sup>ème</sup> ed., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2015.
- 17- MOULY Clémence, PUIG pascal, SEUBE Jean-Baptiste, *Travaux dirigés de droit des obligation*, 8<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Paris, 2017.
- 18- PLANIOL Marcel en collaboration avec RIPPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 1931.
- 19- POUMAREDE Mathieu, *Droit des obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., Montchretien-Lextenso éditions, Paris, 2012.
- 20- PROCHY-SIMON Stéphanie, *Droit civil 2<sup>e</sup> année les obligations*, Dalloz, Paris, 2019.
- 21- SALEILLES Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>ème</sup> éd, F. Pichon et Durand Auzias, Paris, 1914.
- 22- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil (Les obligations)*, 11<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 2013.

23- TRANCHANT Laetitia, EGEA Vincent, *Droit civil (les obligations)*, 22<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017.

**B- Thèse :**

1- MEHANNA Myriam, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat, université Paris II Panthéon Assas, 2014.

**C- Articles :**

1- ALBERTINI Marie et AMAR Éric, « La rupture abusive des pourparlers » , *L.P.A.*, N° 195, 30 septembre 2013, PP. 6-11.

2- AMATO Cristina, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », *R.D.C.*, N° 1, 2013, PP. 351-367.

3- CATTALANO-CLOAREC Garance, « La validité du contrat », *AJ contrat*, N° 6, 14/06/2018, p.259, PP. 257-260.

4- GHESTIN Jacques, « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *JCP G*, N° 37, 09 septembre 2013.

5- MEKKI Mustapha, « Réflexions critiques sur le droit des nullités en droit privé des contrats », contribution lors du colloque international sur « Les sanctions en droit privé : état des lieux », université de Tunis, du 08 au 11 décembre 2005.

In <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2005/09/version-publi%c3%a9e-tunisie.pdf> consulté le 15/04/2019.

6- \_\_\_\_\_, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.*, N° 14, 16/04/2015, PP. 816-826.

7- \_\_\_\_\_, « Droit des contrats », *D.*, N° 5, 14/02/2019. In <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=RECUEIL/CHRON/2019/0524> consulté le 31/05/2019.

8- \_\_\_\_\_, PELLET Sophie, « La formation du contrat », Dossier : La « réforme de la réforme » du droit des obligations : (I) Le contrat, *AJ Contrat*, N°6, 14/06/ 2018, PP. 254-256.

9- PETIT Bruno, ROUXEL Sylvie, Fasc. unique : CONTRAT. – Définition du contrat et liberté contractuelle, *JCl code civil*, lexisnexis, Paris, 2016.

10- ROLLAND Louise, « Qui dit contrat dit juste » (fouillée) ... en trois petits bonds a reculons », *Revue de droit Mc GILL*, N° 4, 2006, PP. 765-780.

11- WICKER Guillaume, « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », *D.*, N° 33, du 06/10/2016, 1942. PP. 1942-1950.

**D- Textes juridiques :**

- 1- Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 35, du 11 février 2016.
- 2- Code civil français, 117<sup>eme</sup> éd., Dalloz, Paris, 2018.

**E-Jurisprudence :**

- 1- Cass. Com., 06 mars 1990, N° 88-12477, Bull. Civ. VI, 1990.
- 2- Cass. Soc., 03 juillet 1990, N° 87-40349, Bull. Civ. N° 2, V, 1990.
- 3- Cass. Civ. 3, 16 mars 1994, N° 91-19797, Bull. Civ. N° 3, 1994.
- 4- Cass. Com., 13 juin 1995, N° 93-17409, Bull. Civ. N° 6, 1995.
- 5- Cass. Civ. 2, 04 juin 1997, N° 95-10574, *in*  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007338911&fastReqId=1045487635&fastPos=1/>  
consulté le 30/06/2019.
- 6- Cass. Civ. 1, 16 juillet 1998, N° 96-18404, Bull. Civ. N° 7, 1998.
- 7- Cass. Civ. 3, 31 janvier 2001, N° 98-12895, *in*  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007421247&fastReqId=1503040863&fastPos=87>  
consulté le 15/07/2019.
- 8- Cass. Com., 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N°9, 2003.
- 9- Cass. Civ. 1, 24 mai 2005, N° 02-15.188, Bull. Civ. N° 5, 2005.
- 10- Cass. Civ. 3, 17 janvier 2007, N° 06-10442, Bull. Civ. N° 1, 2007.
- 11- Cass. Civ. 3, 20 mai 2009, N° 08-13230, Bull. Civ. N° 5, mai 2009.
- 12- Cass. Civ. 3, 21 septembre 2011, N° 10-21900, Bull. Civ. N° 7, 2011.
- 13- Cass. Civ. 1, 11 mars 2014, N° 13-14.341, Bull. Civ. N° 3, 2014.

**F-Encyclopédies :**

- 1- CHAUVEL Patrick, « DoI », Rep. Civ., février 2019, N° 1. *In*  
<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000107/2019-02/SOMMAIRE> consulté le 30/06/2019.
- 2- DJOUDI Jamel, « Arrhes », Rep. Civ., septembre 2018, N° 2. *In*  
<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000021>  
consulté le 30/04/2019.
- 3- GHESTIN Jacques, « Erreur », Rep. Civ. , juillet 2017, N° 226. *In*  
<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000127>  
consulté le 15/07/2019.

- 4- LATINA Mathias, Contrat : généralités, Rep. Civ., Dalloz, mai 2017, N° 162. (Actualisation janvier 2019.) *in* [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000317&FromId=CIV\\_DOC\\_1](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000317&FromId=CIV_DOC_1) consulté le 30/03/2019.
- 5- Le Tourneau Philippe, « Mandat », Rep. Civ., juillet 2017, N° 326. In [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000171/2017-07/PLAN159&FromId=CIV\\_DOC\\_1](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000171/2017-07/PLAN159&FromId=CIV_DOC_1) consulté le 31/05/2019.
- 6- LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël, « Ordre public et bonnes mœurs », Rep. Civ., février 2019, N° 01. *In* <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000194/2019-02/PLAN/0018> consulté le 27/07/2019.
- 7- PILLET Gilles, « Pacte de préférence », Rep. Civ., octobre 2017, N° 01. *In* <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000323> consulté le 31/05/2019.
- 8- ROCHFELD Judith, « Cause », Rep. Civ., septembre 2012 (Actualisation juin 2016), N° 13. *In* <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY/CIV/RUB000057/2012-09/PARA/12> consulté le 31/07/2019.

الفهرس

- 01..... قائمة لأهم المختصرات
- 03..... تمهيد
- 05..... 1- تعريف العقد
- 06..... 2- أهم تقسيمات العقود
- 06..... أ- من حيث التزامات الطرفين
- 07..... ب- من حيث المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد
- 08..... ت- من حيث تكوين العقد
- 09..... ث- من حيث مدى إمكانية مناقشة بنود العقد
- 10..... ج- من حيث المدّة التي يستغرقها تنفيذ التزامات المتعاقدين
- 10..... ح- من حيث تحديد التزامات المتعاقدين
- 11..... خ- من حيث تنظيم المشرّع للعقد
- 13..... الفصل الأول: مقتضيات مرحلة التفاوض
- 13..... المبحث الأول: المبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات
- 14..... المطلب الأول: الحرّية التّعاقديّة مبدأ أساسي في مرحلة المفاوضات
- 14..... الفرع الأوّل: التفاف مبدأ سلطان الإرادة حول فلسفة المذهب الفردي
- 15..... الفرع الثاني: مسaire الحرّية التّعاقديّة لفكرة الليبرالية الاقتصادية
- 15..... الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن الحرّية التّعاقديّة
- 16..... أوّلًا: حرّية إبرام العقد من عدمه
- 16..... ثانيًا: حرّية اختيار الشّخص المتعاقد معه
- 17..... ثالثًا: حرّية تحديد مضمون العقد
- 17..... الفرع الرّابع: القيود الواردة على حرّية التّعاقّد
- 18..... أوّلًا: التقييد من حرّية اختيار إبرام العقد من عدمه
- 18..... ثانيًا: التقييد من اختيار الشّخص المتعاقد معه

- 19..... ثالثا: التقييد من حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد
- 20..... المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد
- 20..... الفرع الأول: حسن النية عند الدخول في المفاوضات
- 21..... الفرع الثاني: حسن النية خلال سير المفاوضات
- 21..... الفرع الثالث: الالتزام بحسن النية عند قطع المفاوضات
- 22..... المبحث الثاني: الإرادة قوام مرحلة المفاوضات
- 23..... المطلب الأول: التعبير عن الإرادة
- 23..... الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة
- 24..... الفرع الثاني: أنواع التعبير عن الإرادة
- 24..... أولا: التعبير الصريح عن الإرادة
- 24..... ثانيا: التعبير الضمني عن الإرادة
- 25..... المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة ومدى دلالته على نية صاحبه
- 25..... المطلب الثالث: زمن ترتيب الإرادة لأثرها القانوني
- 26..... المطلب الرابع: أثر وفاة من صدرت منه الإرادة أو فقدان أهليته
- 27..... الفصل الثاني: أركان العقد
- 27..... المبحث الأول: التراضي
- 27..... المطلب الأول: وجود التراضي
- 27..... الفرع الأول: تطابق إرادتي المتعاقدين
- 28..... أولا: الإيجاب
- 28..... 1: تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد
- 28..... 2: شروط الإيجاب
- 28..... أ: أن يكون الإيجاب جازما
- 29..... ب: أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه
- 29..... ت: أن يتجه الإيجاب إلى أحداث أثر قانوني معين



- 3: سقوط الإيجاب ..... 30
- أ: اقتران سقوط الإيجاب بالمدّة التي الزم بها الموجب نفسه ..... 30
- 1أ: الإيجاب الملزم ..... 30
- 2أ: الإيجاب غير الملزم ..... 31
- 2أ-1: إذا كان المتعاقدان يجمعهما مجلس عقد موحد ..... 31
- 2أ-2: إذا كان التّعاقّد ما بين غائبين ..... 31
- ب: سقوط الإيجاب بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية ..... 32
- ثانياً: القبول ..... 32
- 1: شروط القبول ..... 33
- أ: أن يكون القبول مطابقاً مطابقة تامة للإيجاب ..... 33
- ب: أن يصدر القبول ما دام الإيجاب قائماً ..... 33
- 2: الحالات الخاصة للقبول ..... 33
- أ: السكوت الملابس كتعبير عن القبول ..... 34
- ب: القبول في البيع بالمزاد العلني ..... 35
- ت: القبول في عقود الإذعان ..... 35
- الفرع الثّاني: أثر تطابق الإرادين (انعقاد العقد) ..... 36
- 1: صحة العقد بمجرد الاتّفاق على المسائل الجوهرية ..... 36
- 2: زمان ومكان إبرام العقد ..... 37
- الفرع الثّالث: الطّرق الخاصة للتّراضي ..... 38
- 1: النّيابة في التّعاقّد ..... 38
- أ: شروط النّيابة في التّعاقّد ..... 38
- 1أ: حلول إرادة النّائب مكان إرادة الأصيل ..... 38
- 2أ: أن يتعاقّد النّائب باسم ولحساب الأصيل ..... 39
- 3أ: ألا يتجاوز النّائب حدود الوكالة ..... 39



- ب: الأهلية اللازمة لصحة النيابة في التعاقد ..... 40
- ت: آثار النيابة في التعاقد ..... 40
- ث- خصوصية التعاقد مع النفس ..... 41
- 2: الوعد بالتعاقد ..... 41
- أ: شروط الوعد بالتعاقد ..... 41
- أ1: أن يتضمّن الوعد بالتعاقد جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به ..... 42
- أ2: أن يتضمّن الوعد المدّة التي يجب فيها الإعلان عن الرغبة في التعاقد ..... 42
- أ3: استيفاء الوعد بالتعاقد للشكلية نفسها المطلوبة لإبرام العقد الموعود به ..... 42
- ب: آثار الوعد بالتعاقد ..... 42
- 3: الوعد بالتفضيل ..... 43
- 4: التعاقد بالعربون ..... 44
- المطلب الثاني: صحّة التراضي ..... 45
- الفرع الأول: الأهلية اللازمة لإبرام العقد ..... 46
- أولاً: تدرج الأهلية بحسب السن ..... 46
- 1: مرحلة انعدام الأهلية ..... 46
- 2: مرحلة نقصان الأهلية ..... 47
- 3: مرحلة كمال الأهلية ..... 47
- ثانياً: عوارض الأهلية ..... 47
- 1: الجنون ..... 48
- 2: العته ..... 48
- 3: السفية ..... 48
- 4: ذوالغفلة ..... 49
- ثالثاً: موانع الأهلية ..... 49
- 1: الغائب ..... 49

- 2: المحكوم عليه بعقوبة جزائية ..... 50
- 3: ذوالعاهتين ..... 50
- الفرع الثاني: عيوب الرضا ..... 50
- 1: الغلط الجوهري ..... 51
- أ: شروط الغلط ..... 51
- 1أ: أن يكون الغلط جوهريا ..... 51
- 2أ: التحلي بحسن النية عند المطالبة بإبطال العقد ..... 52
- 3أ: ألا يرتكب المتعاقد الذي وقع في غلط خطأ لا يغتفر في التقدير ..... 53
- ب: الحالات الخاصة لعيب الغلط ..... 53
- ب1: الغلط في الشخص المتعاقد معه ..... 54
- ب2: الغلط في القانون ..... 54
- ب3: الغلط في القيمة ..... 55
- ب4: الغلط المادي ..... 56
- 2: عيب التدليس ..... 56
- أ: أنواع التدليس ..... 57
- 1أ: التدليس الإيجابي والكتمان التدليسي ..... 57
- 2أ: التدليس الواقع من المتعاقد والتدليس الواقع من الغير ..... 57
- ب- عناصر التدليس ..... 58
- ب1: استعمال الطرق الاحتيالية ..... 58
- ب2: العنصر المعنوي في التدليس ..... 58
- ت: شروط عيب التدليس ..... 58
- ت1: توافر عنصري التدليس ..... 58
- ت2: أن يصدر التدليس من المدّيس أو من طرف الغير ..... 59
- ت3: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ..... 59

- 3: الإكراه ..... 59
- أ: شروط الإكراه ..... 60
- 1: أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد ..... 60
- 2: أن يكون الإكراه غير مشروع ..... 61
- 3: أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من الغير ..... 61
- ب: التعسف في استغلال وضعيّة التبعية كصورة خاصة للإكراه ..... 62
- 4: الاستغلال ..... 62
- أ: عناصر الاستغلال ..... 63
- 1: العنصر المادي ..... 63
- 2: العنصر المعنوي ..... 63
- ب: شروط الدفع بعيب الاستغلال ..... 64
- ب1: اثبات وجود عنصري الاستغلال ..... 64
- ب2: أن يتم رفع الدعوى القضائية خلال الميعاد المحدد قانوناً ..... 64
- ت: الجزاء المترتب عن دعوى الاستغلال ..... 64
- ت1: إمكانية إبطال العقد ..... 64
- ت2: إمكانية التخفيض من التزامات المدعي ..... 65
- المبحث الثاني: المحل ..... 65
- المطلب الأول: أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود ..... 66
- المطلب الثاني: أن يكون المحل معيّناً أو قابلاً للتعين ..... 67
- المطلب الثالث: أن يكون المحل مشروعاً ..... 67
- المبحث الثالث: السبب ..... 68
- المطلب الأول: السبب بمفهومين متباينين ..... 68
- الفرع الأول: سبب العقد ..... 68
- الفرع الثاني: سبب الالتزام ..... 69

69.....	المطلب الثاني: شروط السبب
69.....	الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا
70.....	الفرع الثاني: أن يكون السبب مشروعاً
70.....	المبحث الرابع: الشكلية
72.....	الفصل الثالث: نظرية البطلان
72.....	المبحث الأول: أنواع البطلان
72.....	المطلب الأول: البطلان المطلق
72.....	المطلب الثاني: البطلان النسبي
73.....	المطلب الثالث: أهمية التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق
73.....	الفرع الأول: من حيث مدى ترتيب العقد لأثره القانوني
73.....	الفرع الثاني: من حيث إمكانية تصحيح العقد
73.....	الفرع الثالث: من حيث الأطراف التي يجوز لها التمسك به
74.....	المبحث الثاني: سقوط الحق في المطالبة بالإبطال
74.....	المطلب الأول: الإجازة
75.....	المطلب الثاني: التّقدم
76.....	المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن بطلان أو إبطال العقد
76.....	المطلب الأول: إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد
77.....	المطلب الثاني: الأحكام الخاصة في أثر الحكم ببطلان أو إبطال العقد
77.....	الفرع الأول: حالة ناقص الأهلية
77.....	الفرع الثاني: حالة المتعاقد الملوّث
79.....	المبحث الرابع: الآليات القانونية لتفادي إبطال العقد
79.....	المطلب الأول: تحوّل العقد
79.....	الفرع الأول: تعريف تحوّل العقد فقهاً
80.....	الفرع الثاني: شروط تحوّل العقد

80.....	أولاً: أن يكون العقد المبرم بين الطرفين باطلاً أو قابلاً للإبطال
80.....	ثانياً: أن يتضمن العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح
80.....	ثالثاً: أن تتجه نية الطرفين إلى إبرام العقد الصحيح
81.....	المطلب الثاني: إنقاص العقد
81.....	الفرع الأول: تعريف إنقاص العقد
81.....	الفرع الثاني: شروط إنقاص العقد
81.....	أولاً: أن يكون العقد في شق منه صحيح وفي شق آخر باطل
82.....	ثانياً: أن يكون العقد المراد إنقاصه قابلاً للتجزئة
82.....	ثالثاً: أن يكون الشق الباطل من العقد غير مؤثر
85.....	قائمة المراجع
93.....	الفهرس