جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

نظرية التصرف القانوني
في القانون المدني الجزائري

مذكرة في إطار متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص عقود و مسؤولية

إعداد الطالبين :

- عرباوي المهدي
- عويسي جهاد إيمان

إشراف الأستاذ:

د. بن قسمية العربي

لجنة المناقشة

د.غريبي عطاء الله ..... رئيســـــــا

د.بن قسمية العربي ..... مشرفا و مقررا

د.بوديسة مصطفى ..... عضو مناقشا

السنة الجامعية 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ

صدق الله العظيم

سورة النمل {الآية 19}

نحمد الله حمدا كثيرا مباركا على نعمه الكثيرة و على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع و عملا بقوله **صلى الله عليه وسلم** (**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**).

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور بن قسمية العربي الذي تفضل بالإشراف على هذه الدراسة، والذي أفادنا بتوجيهاته ونصائحه

كما نتقدم بالشكر إلى الأساتذة أعضاء اللجنة لتفضلهم على مناقشة هذه الدراسة

كما نشكر جميع الأساتذة والعاملين في قسم الحقوق بجامعة عمار ثليجي بالأغواط وإلى كل من ساعدنا في إتمام بحثنا من قريب أو بعيد جزيل الشكر و الامتنان.

إلى الوالديين الكريمين أطال الله في عمرهما ...

إلى جميع العائلة إخوة و أخوات ...

إلى جميع الأقارب و الأصدقاء والزملاء في الدراسة...

إلى جميع الأساتذة منذ بدأ مشوارنا الدراسي ليومنا هذا...

مقدمة

لم يتعرض القانوني المدني الفرنسي الصادر في 1804 إلى تعديلات جوهرية كالتي كانت في سنة 2016 . و من بين الأسباب التي دعت إلى القيام بهاته الإصلاحات صدور تقرير البنك الدولي في طبعته الأولى "ممارسة الأعمال التجارية " و التي صَنّفَ فيه البنك الدولي الأنظمة القانونية بناءًا على جذبها للتجارة الدولية، و قد كانت فرنسا في المرتبة الرابعة و الأربعين ، مما خلق إرادة سياسية لإصلاحات في القانون الخاص في فرنسا ، بالإضافة إلى تعزيز الثقة القانونية بالتشريع من خلال تقنين التطبيقات القضائية و بالتالي تطوير الجذب الذي يحظى به القانون الفرنسي على النطاق الدولي.

يمكن حصر الأهداف المرجوة من هاته الإصلاحات في ثلاث أهداف؛ أولها تغيير القواعد القانونية الموجودة ، و الهدف الثاني هو تقنين القانون الوضعي بما توصل إليه القضاء والفقه، وأخيرا قد يكون هدف الإصلاحات تقديم نصوص ذات طبيعة نظرية وتنظيمية لن يكون لها ذاك الأثر العملي على تطبيق القانون . و من بين هذه التعديلات ، نجد على سبيل المثال ما جاء في تعديل الباب الثالث من الكتاب الثالث للمادة 1101 حول مصادر الالتزام (المادة 1100 جديدة) و التي تقضي في فقرتها الأولى بأن الالتزام ينشأ من التصرف القانوني أو الواقعة القانونية أو بسلطة القانون فقط[1]. و بهذا النص التحق التقنين الفرنسي بالتقنينات التي تضع مفهوما للتصرف القانوني مثل التقنين الألماني والتقنين الهولندي[2]. و يتجلى ذلك بإدراج المشرع الفرنسي لتعريف التصرف القانوني في نص المادة 1100 مكرر 1 فقرة 1 ، حيث جاء فيها أن: " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة الموجهة إلى إحداث آثار قانونية. يمكن لها أن تكون متعدد الأطراف أو من جانب واحد . "[3]

و بهذا يعتبر المشرع الفرنسي قد صوب الأمر ، إذ أن الأصل هو احتواء نظرية التصرف القانوني لنظرية العقد و ليس العكس و بالتالي فالأجدر هو تفصيل الأصل لا الجزء.

و من المعلوم أن التقنين المدني الجزائري و على غرار التقنينات العربية ، متأثر بالتقنين الفرنسي ، فنجد أن أغلب أحكام القانون المدني الجزائري مستمدة من قانون نابليون ، إلا أن المشرع الفرنسي قد قام بتدارك جزئيات و نقائص في تشريعه و بالخصوص قانون العقود الفرنسي عبر القيام بالتعديل، و هو ما لم يتم تداركه من قبل المشرع الجزائري حتى الآن. فبالنظر إلى القانون المدني الجزائر و الذي صدر

[1] Article 1100:1 de Code civil de France : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. »

[2] **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة** ، نبيل مهدي زوين، الإصلاحات المدخلة على نظرية الإلتزام في القانون المدني الفرنسي (جان سمتس و كارولاين كالوم) ترجمة أ.د نبيل مهدي زين/ كلية القانون – جامعة الكوفة العراق ، العدد 20، ديسمبر 2017، لبنان. ص117-129.

[3] Article 1100- 1:1 de Code civil de France : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »

بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدّل و المتمم . و الذي كان آخر تعديل له في سنة 2007 ، نجد أنه كان و لا زال يسير على نهج التشريع الفرنسي قبل آخر تعديل له، أي أنه تعرض و فصل في نظريتي الالتزام و العقد و لم يفصل في نظرية التصرف القانوني .

و من هنا تظهر أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على مبدأ احتواء الأصل للفرع و المتمثل في احتواء نظرية التصرف القانوني لنظرية العقد و ليس العكس .

و أسباب اختيارنا لهذا الموضوع تبرز من أن أغلب المواضيع و الدراسات السابقة في هذا الموضوع كانت تتناول نظرية العقد متجاهلة الأصل، و اعتبرت أن العقد تصرف قانوني ، و هو صحيح ، إلا أن التعريف يكون بالأصل كما قلنا ، فالعقد هو أحد التصرفات القانونية الكثيرة و المتعددة ، إلاّ أن الفقرة الثانية من نص المادة 1100 مكرر 1 من القانون المدني الفرنسي تنص على: «و لسريان التصرفات القانونية و انتاج آثارها ، تحكمها القواعد المنظمة للعقود »[1]. فهذه المادة تحيل أحكام العقد إلى التصرفات القانونية ، و هذا من بين ما سنتطرق إليه من خلال هذه الدراسة ،من دون أن نفصل في أحكام التصرفات القانونية تفصيلا كبيرا و إنما سيكون تحليلا سطحيا لنصوص المواد التي تحكم نظرية العقد.

و بحكم أننا طلبة ماستر قانون خاص تخصص عقود و مسؤولية فإن هذه الدراسة تعتبر مكسبًا لنا في دعم معارفنا القانونية المتواضعة ، و هي مقدمة و فاتحة لمن أراد التعمق في الموضوع خصوصا في الدراسات ما بعد التدرج بهدف تنبيه المشرع الجزائري لتعديل القانون المدني و مسايرة المشرع الفرنسي .

و تهدف الدراسة إلى التعرف على نظرية التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، و تبيان ملامح هذه النظرية التي أهملت بسبب أهمية العقد في الحياة العملية اليومية على باقي أنواع التصرفات و كثرة التعامل به .

و عليه نطرح الإشكالية التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري نظرية التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري ؟

[1] Article 1100- 1:2 de Code civil de France : «Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.»

و بما أن المنهج الوصفي يقوم من خلال قيام الباحث بعملية جمع الحقائق و البيانات عن الظاهرة المدروسة مع محاولة تفسير هذه الحقائق تفسيرا كافيًا، فيمكن القول أننا اعتمدنا في دراستنا هذه بالأساس على المنهج الوصفي، و ذلك بجمع المعلومات حول التصرفات القانونية و أحكام هذه التصرفات بالخصوص في التقنين المدني الجزائري ، كما و استعانّا بالمنهج المقارن من خلال المقارنة بين التشريع المدني الفرنسي و التشريع المدني الجزائري.

بناءًا على ما تقدم ذكره ، و بناءًا على الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة ، فقد حاولنا الإجابة عنها من خلال فصلين ، تحت كل فصل مبحثين ، فكان الفصل الأول بعنوان الأسس النظرية للتصرف القانوني ، تناولنا في مبحثه الأول مفهوم التصرف القانوني و في المبحث الثاني ارتباط التصرف القانوني بالإرادة.

أما الفصل الثاني فهو بعنوان نحو نظرية عامة للتصرف القانوني، في المبحث الأول تناولنا أحكام التصرف القانوني كمصدر للحق ، أما المبحث الثاني فخصصناه لأحكام التصرف القانوني في إطار أثر للالتزام.

الفصل الأول

الأسس النظرية للتصرف القانوني

تمهيد :

سنتناول في هذا الفصل تعريف التصرف القانوني و أنواعه ضمن مفهوم التصرف القانوني في مبحث أول ، ثم نتعرف على العناصر المكونة للتصرف القانوني و كذا الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على التصرفات القانونية آخذين بعين الاعتبار العنصر الجوهري المكون للتصرف القانوني ألا و هو عنصر الإرادة في مبحث ثان.

المبحث الأول : مفهوم التصرف القانوني

يعتبر التصرف القانوني مصدرا من مصادر الحق ، و يقصد بمصدر الحق السبب القانوني المنشئ له. وتنحصر مصادر الحقوق في الوقائع القانونية التي يرتب عليه القانون أثراً معينا، سواء كان هذا الحدث إراديا أم غير إراديا، والأثر الذي يرتبه القانون قد يكون إنشاء حق أو نقله أو انقضائه.[1] وتنقسم الواقعة القانونية إلى وقائع مادية و تصرفات قانونية.فما هو مفهوم التصرفات القانونية؟

المطلب الأول : تعريف التصرف القانوني

وضع الفقه نظرية عامة للتصرف القانوني تُبيّن الشروط اللازم توافرها في الإرادة لكي تحدث أثرها القانوني. وقد وضعت بعض التشريعات كالقانون المدني الألماني gesetzbuch في القسم الثالث منه بعنوان (التصرفات القانونية rechtsgeschafte) بعرض الأحكام العامة للتصرف القانوني[2] ، وهذا القسم الثالث (التصرفات القانونية) يتضمن فصل ثالث معنون vertag – المخصص للعقود– أحكاما خاصة بالتصرف القانوني ضمن نظرية الالتزام[3]. وقد سار المشرع الفرنسي في تعديل القانون المدني بالأمر2016–131 في هذا النهج، فوضع التصرف القانوني ضمن مصادر الالتزام وأخضع أحكامه للعقد.[4] فما هو تعريف التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفرنسي ؟ و ما هي تعريفاته الفقهية؟

الفرع الأول: تعريف التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي

جاء الباب الثالث في تعديل القانون المدني الفرنسي المخصص لمصادر الالتزام بأحكام جديدة ،إذ خصص الأمر 2016–131 المادة 1100 لتحديد مصادر الالتزام المختلفة، فنصت المادة 1100 في

---

[1] السنهوري عبد الرزاق : **مصادر الحق في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)**، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، بدون سنة نشر، ص52 و ما يليها

[2] تنص المادة BGB 125 على أن كل تصرف قانوني تختلف فيه الأشكال القانونية باطل ... ، و المادة 138فقرة 2 : كل تصرف قانوني يمارس فيه أحد الأطراف الإكراه...باطل، و المادة 1/138 كل تصرف قانوني مخالف للآداب يعد باطلا ... – بن قسمية العربي : تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)، مجلة دراسات جامعة عمار ثليجي الأغواط–الجزائر– العدد62،جانفي 2018.ص 172

[3] يعاب على هذا التنظيم أنه حصر التصرف القانوني في نظرية الالتزام مع أنه ليس منشئا للالتزام فحسب وإنما تتعدد أدواره في الالتزام، كما أنه ينشئ حقوقا عينية– نفس المرجع.

[4] نفس المرجع.

فقرتها الأولى على أن مصادر الالتزام تنحصر في التصرفات القانونية والوقائع القانونية والقانون. وجاءت المادتان 1101-1 و 1100-2 لتعريف التصرف القانوني والواقعة القانونية على التوالي. فجاءت أحكام التصرف القانوني مقتضبة، تفتقر إلى نظرية عامة للتصرف القانوني، مما يوحي أن هذه المواد صيغت بشكل استعجالي. وقد أجمل التعديل أحكام التصرف القانوني في الفقرة الثانية من المادة 1101-1 بإخضاعه لأحكام العقد بعدما ميزت الفقرة الأولى بينهما.

تنص المادة 1100 مكرر 1 على أن: " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة الموجهة إلى إحداث آثار قانونية. يمكن لها أن تكون متعدد الأطراف أو من جانب واحد .

و لسريان التصرفات القانونية و انتاج آثارها ، تحكمها القواعد المنظمة للعقود "[1].

و قد عرفت العقود في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي و التي عدّلت هي الأخرى بموجب الأمر 2016-131 ، فقبل التعديل عرّف العقد على أنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو عدة أشخاص بمنح أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن العمل و هي تقابل المادة 54 من القانون المدني الجزائري، وحسب نفس المادة بعد التعديل فإن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء ، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات. ويظهر من التعريف الأول أن هناك تداخلا بين مفهوم العقد ومفهوم الاتفاق ، في حين تخلى النص بعد التعديل عن وصف العقد بالاتفاق ، فما هو العقد و ما هو الاتفاق ؟ و ما الذي يمثلانه بالنسبة للتصرفات القانونية ؟

تتحدد الإجابة عن هذا التساؤل بحسب التعريف المعتمد للعقد، فإذا عرف العقد بأنه توافق إرادتين فلا يكون للتميز بين العقد والاتفاق أية أهمية، أما إذا عرف العقد بأنه اتفاق فإن للتمييز معنى . [2]

كان القانون المدني الفرنسي يضع مقابلة بين الالتزامات الاتفاقية و غير الاتفاقية، وضمن هذه المقابلة بين المصطلحين اقترن العقد بالاتفاق، فاعتبر الاتفاق توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر (منشئا ،مهنيا ،ناقلا ،معدلا) أو طبيعة الحق (عينيا أو شخصيا)، في حين اعتبر العقد (قبل التعديل) اتفاقا منشئا للالتزام و فقط ، فالعقد له مفهوم أضيق من الاتفاق، إذن فالعقد نوع (espèce) من جنس(genre) وهو الاتفاق، فعقد البيع مثلا هو اتفاق ينشئ التزامات على عاتق طرفيه

[1] Article 1100- 1 de Code civil de France : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.
Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.».

[2] العربي بن قسمية، المرجع السابق، ص 173

في حين أن حوالة الحق لم تكن تعتبر عقدا بل اتفاقا، ذلك أن حوالة الحق هي اتفاق ناقل للالتزام وليس منشئا له ،كذلك الإبراء لم يكن يعتبر عقدا، لأنه لا ينشئ التزاما، بل كان اتفاقا منهيا للالتزام.[1]

جاءت المادة 1101 في تعديلها لتعرف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر بغرض إنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات، بموجب الأمر 2016-131 ، فتم محو كلمة الاتفاق من النصوص القانونية ومن العناوين وهذا المحو نجده ابتداء من الباب الثالث من الكتاب الثالث والذي كان يسمى (الالتزام الاتفاقي بوجه عام) و بالأخص في المادة 1101 من التعديل حيث استبدلت لفظ اتفاق « une convention » ليصبح :« تطابق إرادتين أو أكثر لإنشاء تعديل ، نقل، أو إنهاء التزامات» فالعقد له أثر ناقل ومعدل ومنهٍ ، فاتحد مصطلح العقد والاتفاق بمصطلح واحد وهو العقد، فلم يعد يطلق على العقد "الاتفاق" وإنما "تطابق ارادتين...".[2]

و بهذا الاتحاد بين مفهوم العقد و الاتفاق في القانون المدني الفرنسي نخلص إلى أنهما يعتبران نوع من التصرفات القانونية ، فالآثار موحدة ، بينما نشأة العقد أو الاتفاق تستلزم تطابق إرادتين أو أكثر ، أما التصرف القانوني فيمكن أن ينشأ بإرادة منفردة .

إذن تعريف التصرفات القانونية في القانون المدني الفرنسي –كما أشرنا سالفا– جاء في نص المادة 1100 مكرر 1 بقولها : " التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة الموجهة إلى إحداث آثار قانونية. يمكن لها أن تكون متعدد الأطراف أو من جانب واحد... ".[3] و قد أدرج هذا النص في آخر تعديل للقانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2016-131 المعدِّل لقانون العقود و الأحكام العامة للالتزامات و الإثبات ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 0035 الصادر بتاريخ 2016/02/11 [4]، وذلك بمناسبة جملة من الأسباب[5] . إلاّ أن الفقرة الثانية من نفس المادة أحالت أحكام التصرفات القانونية إلى أحكام العقد و الذي يعتبر من أنواع التصرفات القانونية .

---

[1] العربي بن قسمية، المرجع السابق، ص 174

[2] نفس المرجع، ص175.

[3] Article 1100- 1:1 de Code civil de France : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »

[4] محمد حسن قاسم : **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2018.ص 7.

[5] أرفق المرسوم رقم 2016-131 المعدِّل لقانون العقود و أحكام العامة للالتزامات و الاثبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 0035 الصادر بتاريخ 2016/02/11 – بتقرير يوضح أهدافه الأساسية ، بالإضافة الى

الفرع الثاني: تعريف التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري

المتفحص للقانون المدني الجزائري ، سيلحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف التصرف القانوني، بل قام بتعريف العقد في نص المادة 54 منه بقولها : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح ، أو فعل ،أو عدم فعل شيء ما."[1]

علما أن العقد هو تصرف قانوني ،لكن ليس كل تصرف قانوني هو عقد ، فكما أشرنا سابقاً العقد نوع من أنواع التصرف القانوني.

من خلال نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري ، نخلص إلى أن المشرع الجزائري تأثر بالمشرع الفرنسي –قبل تعديل هذا الأخير للقانون المدني سنة 2016– ، و هو بهذا كان يساير التشريعات المتأثرة بالقانون المدني الفرنسي قبل تعديله الأخير[2]، و قد انتقد هذا التعريف لأسباب وجيهة نذكر منها:

1. وجوب ترك التعريف لفقهاء القانون .
2. قصور التعريف في تعريفه للعقد بسبب خلطه بين العقد و الاتفاق.[3]
3. قيام المشرع بتعريف العقد و الذي يعتبر كجزء من الكل، و نقصد بالكل هنا هو التصرفات القانونية.
4. الآثار التي يرتبها العقد حسب هذا التعريف تنحصر في إنشاء الالتزام، بينما الاتفاق يتعدى أثر الإنشاء إلى نقل أو تعديل أو إنهاء التزام.[4]

أسباب أخرى أثرت في المشرع الفرنسي ليعدل القانون المدني . للمزيد : محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 7 و ما يليها .

[1] المادة 54 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، **يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم** . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،عدد78السنة الثانية عشر، صادرة بتاريخ 1975/09/30. ص 993

[2] تم تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2016–131 المعدِّل لقانون العقود و الاحكام العامة للالتزامات و الاثبات المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 0035 الصادر بتاريخ 2016/02/11

[3] عيب على هذا التعريف خلطه بين العقد و الالتزام ، و اعتباره العقد نوع من الاتفاق ...

للمزيد : علي علي سليمان : **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري** ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2003.ص 10–11.

[4] هو نفس الانتقاد الموجه للقانون المدني الفرنسي قبل التعديل بالأمر2016–131.

الفرع الثالث : تعريف التصرف القانوني عند فقهاء القانون

على مرّ الزمن تعرض الفقه إلى التصرف القانوني ، فأوردت عدة تعاريف ، من بينها :

- **تعريف غونوت (GOUNOT):**" التصرف القانوني هو تعبير عن إرادة تهدف إلى إنشاء ، تعديل أو إنهاء حق" [1]
- **تعريف كابيتانت (CAPITANT)** : "هو كل تعبير عن الإرادة ، تم القيام به من أجل اكتساب تحويل ، تعديل ، أو إنهاء حق" .[2]
- **تعريف ديموجي(DEMOGUE)** : " هو كل واقعة قانونية إرادية مطابقة لإرادة القائم بها ، تحدث آثارا قانونية "[3]
- **تعريف دوجي(DUGUIT):** "هو كل تصرف إرادي يهدف إلى أن يحدث تعديل في النظام القانوني"[4]
- **تعريف كاربونييه (CARBONNIER)** : "هو تعبير عن الإرادة موجه إلى إحداث آثار قانونية قانونية و الإتيان ببعض التعديلات في النظام القانوني السائد" [5]
- **تعريف محمد حسين منصور:** "هو عمل إنساني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه" [6]
- **تعريف سليمان بوذياب :**" حيث تكون إرادة الفاعل متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين..." [7]
- **تعريف أمجد محمد منصور:** "تكون بصدد تصرف قانوني متى كان تدخل الإرادة أمر هام لترتيب الأثر القانوني" .[8]
- **تعريف نبيل ابراهيم سعد:** التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

---

1 GOUNOT (E.), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912.p342.

2 CAPITANT (H.), Introduction à l'étude du droit civil, A. Pedone, 3ème éd. , Paris, 1912.p248.

3 DEMOGUE (R.), Traité des obligations en général, sources des obligations, t. I, Rousseau, Paris, 1923.p25.

4 DUGUIT (L.), Traité de droit constitutionnel, A. Fontemoing éd., Paris, 1927.p326.

5 CARBONNIER (J.), Droit civil, t. IV, Les obligations, P.U.F. (coll. Thémis), 20ème éd. , Paris, 1996.p192.

6 محمد حسين منصور: **مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة**، الجامعية، القاهرة، 2000. ص 27

7 سليمان بوذياب :**ميادئ القانون المدني دراسة نظرية و تطبيقية و عملية في القانون الحق الموجب و المسؤولية**، الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع . لبنان 2003. ص90-91

8 أمجد محمد منصور : **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،2003.ص 25

من هذه التعريفات نلحظ أن :

- الإرادة تلعب دورا جوهريا في التصرف القانوني (عكس الواقعة القانونية) .
- التصرفات القانونية إما أن تكون بالتقاء إرادتين كما هو الشأن بالنسبة للعقود كالبيع و الإيجار ، أو قد تكون من جانب واحد إذ يكفي لتمام التصرف اتجاه إرادة شخص وحد نحو إحداث الأثر القانوني .
- التصرف القانوني قد يترتب عليه إنشاء حقوق مُعَيّنَة لأطرافه ، كالالتزامات التي تنشأ على عاتق البائع و المشتري ، كذلك الالتزام الناشئ على الواعد بالجائزة ...
- قد يترتب على التصرف القانوني نقل حق أو تعديله أو انقضاؤه ، فالحقوق الشخصية يمكن نقلها عن طريق حوالة الحق ، و يمكن أن ينقضي الحق الشخصي بالتجديد أو الإبراء . و الحق العيني ينقضي بالنزول عنه كالنزول عن حق الرهن أو حق الإرتفاق.
- قد يكون التصرف القانوني وسيلة لتأكيد وجود العقد ، كإجازة العقد القابل للإبطال ، أو لنفاذ العقد كالإقرار، أو تثبيت الحق الشخصي و تأكيده كإبداء الرغبة من جانب المنتفع من الإستفادة من الإشتراط لمصلحة الغير .[1]

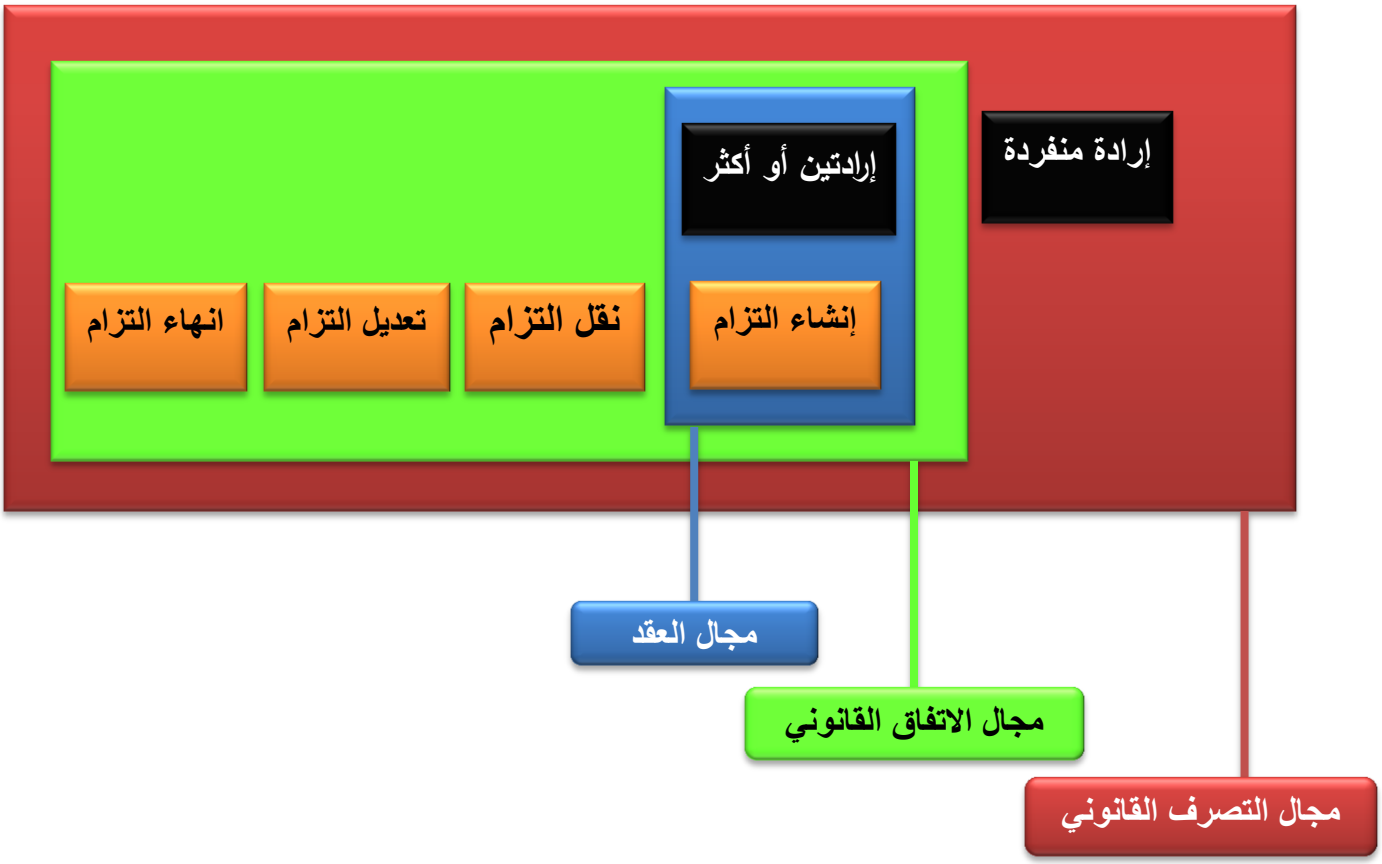
يميز البعض العقد عن الاتفاق بأن هذا الأخير هو توافق إرادتين أو أكثر لهدف قانوني، أما العقد فهو منشئ للالتزام ، و عليه فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن الاتفاق أهم من العقد ، فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انهائه ،أما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء الالتزام فقط، فالغاية من العقد لا تتعدى إنشاء الالتزام، وبذلك يشكل العقد نوع من الاتفاق ويشكل الاتفاق نوع من توافق الإرادات، فكل عقد هو اتفاق بينما ليس كل اتفاق هو عقد، ذلك أن من الاتفاقات ما لا ينشئ التزامات، بل ينقلها أو يعدلها أو ينهيها.[2]

بينما يرى فقهاء آخرون (جمهور الفقهاء) بعدم التفرقة بين العقد والاتفاق، وأن هذه التفرقة غير ذات أهمية، بل ويستعملون اللفظين لنفس الدلالة، فيرى هذا الفقه بأن العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني وهذا الأثر قد يكون إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهاءه.

[1] نبيل ابراهيم سعد: **المدخل إلى القانون نظرية الحق** ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت. 2010. ص259.

[2] العربي بن قسمية ، المرجع السابق ، ص173.

الشكل رقم (01): يوضح مجال كل من التصرفات القانونية . الاتفاق القانوني، و العقد(في القانون المدني الجزائري)



المصدر: من إعداد الطالبين بالاعتماد على ما سبق من معلومات

يوضح لنا الشكل (1) مجال كل من العقد والاتفاق و التصرف القانوني(في القانون المدني الجزائري) حيث أن :

- **العقد** هو اتجاه إرادتين أو أكثر لـــ : إنشاء التزام .[1]
- **الاتفاق القانوني** هو اتجاه إرادتين أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني (إنشاء، نقل، تعديل، إنهاء).
- **التصرف القانوني** هو اتجاه إرادة واحدة أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني(إنشاء، نقل، تعديل، إنهاء).

و عليه فالاتفاق أوسع مجال من العقد، و التصرف أوسع مجالاً من الاتفاق ، فهذا الأخير يضم العقود و كذا الاتفاق .

[1] حسب تعريف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري ، و في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل.

المطلب الثاني : أنواع التصرفات القانونية

لقد تعددت معايير تصنيف التصرفات القانونية بين فقهاء القانون، و فيما يلي سنتطرق إلى أهم التصنيفات التي يمكن القول عنها أنها لاقت إجماع كبير .

الفرع الأول: تقسيم التصرفات القانونية من حيث انشائها

فيما يلي سنتطرق إلى تصنيف الفقه الحديث و الذي اعتمد معيار أطراف التصرف القانوني كمعيار لتصنيف هذه الأخيرة .[1]

أولاً: التصرفات القانونية من جانب واحد

يقصد بها التصرفات التي يكفي لقيامها وجود إرادة واحدة ، فهي وحدها كافية ، أي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني مهما كان هذا الأثر .[2]

على الرغم من أن أول من نادى بالتصرف بإرادة منفردة هما الأستاذان WORMS و GENY ، فإن أعمال الأستاذ MARTIN DE LA MOUTTE هي التي يعود لها الفضل في بيان خصائص هذا التصرف و إرساء أحكامه . فقد قام الأستاذ MARTIN DE LA MOUTTE بدراسة شاملة للتصرف بإرادة منفردة و قد عرفه بأنه تدخل إرادة واحدة تعبر عن مصلحة طرف واحد. ثم عمد إلى إرساء نظام قانوني لعدد من التصرفات بإرادة منفردة ، بعد قيامه بإحصائها . و قد ذهب أحد المفسرين إلى القول بأنه من الطبيعي أكثر أن يريد الشخص لوحده على أن يريد مع شخص ثانٍ ، و لا يمكن للقانون عدم ترتيب نتائج عن تصرف معروف بكثرة في الحياة و المتمثل في عملية اتخاذ القرار.[3]

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن هناك انتقادات وجهت إلى أصحاب هذا التصنيف ، و أنه ثار اشكال حتى حول تحديد مفهوم طرف التصرف القانوني . للمزيد أنظر: نسير رفيق : **نظرية التصرف القانوني الثلاثي** ، أطروحة شهادة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2018. ص 140 و ما يليها

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 260

[3] رفيق نسير ، المرجع السابق ، ص 141

أغلب التشريعات أخذت بالتصرف بإرادة منفردة و من بينها التشريع الجزائري حيث نص في المادة 123 مكرر من القانون المدني الجزائري[1] على أنه يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير[2]. و من أمثلة التصرفات القانونية بإراداة منفردة نجد الوعد بالجائزة الموجه للجمهور ، الوصية ، الهبة...[3]

ثانيًا: التصرفات القانونية من جانبين (الاتفاق)

يكون التصرف من جانبين ثمرة تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء حق ، أو نقله أو تعديله أو إنهائه .

و قد عرفت المادة 54 من التقنين المدني الجزائري[4] العقد على أنه :" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ."

و يظهر من هذه المادة أن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق .

---

[1] قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005. يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و**المتضمن القانون المدني**، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 44، ص 17

[2] نسير رفيق ، المرجع السابق، .ص 152

[3] التصرفات القانونية بإرادة منفردة يقسمها فقهاء الشريعة الاسلامية هي الأخرى إلى :

- تصرفات تتم بإرادة منفردة و لكنها في الفقه الغربي تعد عقودًا : و هي نوعان؛ الأول: التصرفات التي تعد تبرعات ابتداءا و معاوضات انتهاءا و يدخل فيها الكفالة و القرض و الراجح فيه انه يتم بإيجاب و قبول، النوع الثاني : التصرفات التي تعد تبرعات ابتداءا و انتهاءا كالهبة و العارية و الراجح فيها أنها تتم بإيجاب فقط ، و القبول فيها غير لازم.
- تصرفات قانونية تتم بإرادة منفردة و لكنها لا تنشئ التزاما بل تنتج آثار قانونية أخرى ،كالوصية التي تعد سبب من اسباب كسب الملكية ، أو قد تكون اسقاطا كالابراء...
- تصرفات قانونية تتم بإرادة منفردة و تنشئ التزاما مثل التزام الشخص بدفع مال لشخص آخر أو الوعد و هو التزام مستقبلي...

للمزيد أنظر **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، فواز عبد الرحمن صالح :الارادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) ، المجلد 28 ،العدد الأول.2012 ، سوريا. ص 150-151

[4] قانون رقم 05-10 ، المرجع السابق، ص 21.

يرى الأستاذ "CARBONNIER" أن للتمييز بين العقد و الاتفاق أهمية في كون أن الغاية من العقد هو إنشاء التزامات فقط ، بينما الغاية من الاتفاق تتعدى ذلك لتبلغ تحويلها أو إنهاءها ، و بذلك يكون كل عقد اتفاق غير أن ليس كل اتفاق عقد.[1] فالاتفاق أشبه بالجنس و العقد نوع داخل فيه.[2]

بينما يرى الكثير من الباحثين و من أبرزهم الفقيه "السنهوري" أنه لا أهمية لهذا التمييز[3] و يرد على المتحججين بأهمية التمييز من حيث الأهلية ، بأن أحكام الأهلية تختلف في العقود ذاتها ، فهي تختلف في عقود المعاوضة عنها في عقود التبرع.[4]

هذا الصنف من التصرفات –أي الاتفاق – إذا كان أثره هو إنشاء الالتزام ، فإنه قد يكون عقد ملزم للجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد ، و العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، بحيث يكون كل منهما دائن و مدين في الوقت نفسه للطرف الآخر. مثل عقد البيع و الإيجار و المقاولة و الشركة ... إلخ. أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين ، بحيث يكون أحد المتعاقدين مدينا غير دائن و المتعاقد الآخر دائنا غير مدين ، مثل الهبة و الوديعة و الوكالة بغير أجر .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أمرين :[5]

1- أن نظرية العقد تطبق على التصرف القانوني من جانب واحد أو بالإرادة المنفردة في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعته .

2- أن التصرف القانوني من جانب واحد أو بالإرادة المنفردة يعتبر مصدرا للالتزام في حالات خاصة ينص عليها القانون إلى جانب العقد باعتباره مصدرا إراديا عاما للالتزام.

---

[1] نسير رفيق ، المرجع السابق، .ص 153.

[2] دبيان بن محمد الدبيان : **المعاملات المالية أصالة و معاصرة** ، المجلد الأول ،الطبعة الثانية ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض.1432 هـ. ص54.

[3] السنهوري عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام–مصادر الالتزام)** ، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بدون سنة نشر ، ص 138.

[4] رفيق نسير ، المرجع السابق ، ص 152–153.

[5] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 261.

ثالثًا: التصرفات القانونية الجماعية

تم اقتراح هذا النوع من التصرفات القانونية من قبل الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE" ، و هو يعرفه بأنه تلاقي مجموعة من إرادات ذات مضمون واحد ، تسعى إلى تحقيق الهدف نفسه .

و على الرغم من أن الأستاذ "ROUJOU DE BOUBEE " يميز التصرف الجماعي عن العقد الجماعي الذي اقترحه " ROUAST " ، في كون التصرف الجماعي ذو نشأة جماعية ، بينما العقد الجماعي هو عقد ذو آثار جماعية فإن جانب الفقه يصنف العقد الجماعي في زمرة التصرفات الجماعية ، لأن أوجه الشبه بينهما تطغى على أوجه الإخلاف .[1]

الفرع الثاني : تقسيم التصرفات القانونية من حيث آثرها

تقسم التصرفات القانونية بحسب موقفها من الحق؛ إلى تصرفات منشئة للحق، و أخرى مقرره له .

أولاً: التصرفات القانونية المنشئة للحق

التصرف المنشئ هو التصرف الذي ينقل حق موجود من قبل أو ينشئ هذا الحق ابتداءاً. و يركز الفقه عادة على النوع الأول منه و هي التصرف الناقل و مثاله عقد البيع حيث ينقل ملكية مال معين ، و مثال النوع الثاني نجده مثلاً في حق الرهن أو حق الارتفاق.

و التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية لا تنتج أثرها سواءاً بالنسبة لمنشئ التصرف أو بالنسبة للغير إلاّ بالتسجيل .[2]

ثانيًا: التصرفات القانونية الكاشفة للحق أو المقررة له

التصرف الكاشف أو المقرر ، هو التصرف الذي يقتصر أثره على إقرار بطريقة رسمية ، أو الكشف عن حق أو مركز قانوني موجود من قبل ، مثل عقد الصلح و عقد القسمة .

لا يمكن للتصرفات الكاشفة أن تكون سببا صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح يقصد به في هذا المجال التصرف الصادر من غير مالك و الذي من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق .

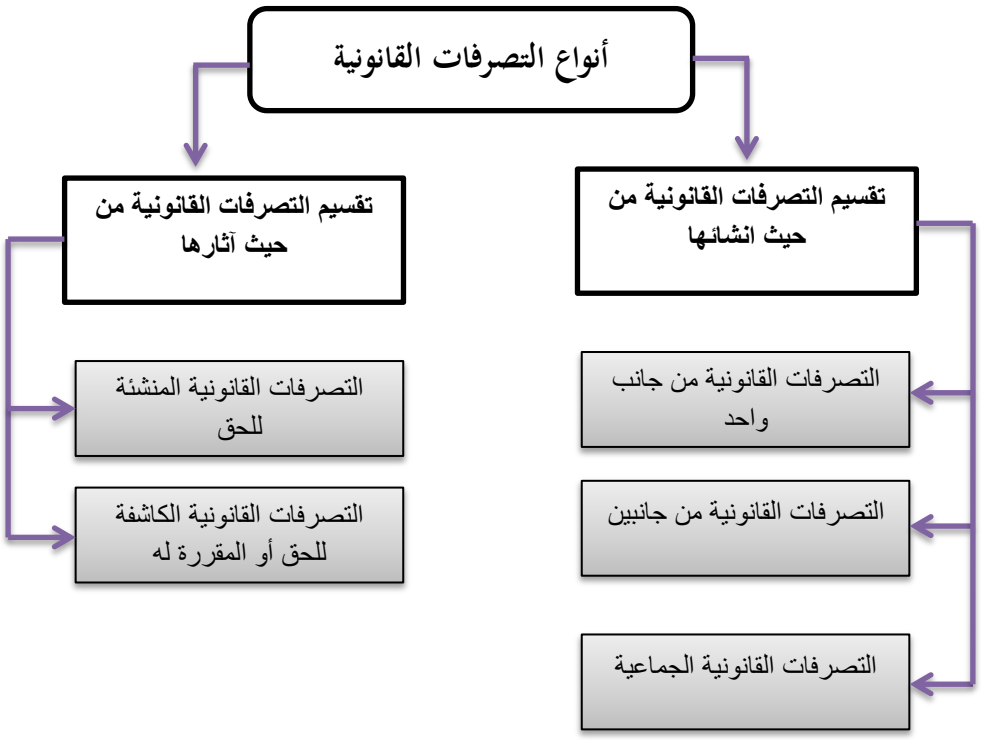
---

[1] رفيق نسير ، المرجع السابق ، ص 153.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 262 .

بالنسبة للتسجيل في التصرفات الكاشفة لحق من الحقوق العينية الأصلية تكون للاحتجاج بها في مواجهة الغير فقط ، حيث أنها ترتب أثارها فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل، هذا بالنسبة لقانون الشهر العقاري ، أما بالنسبة لقانون الشهر العيني فإنه يشترط التسجيل .[1]

الشكل رقم (02):يوضح أنواع التصرفات القانونية



المصدر: من إعداد الطالبين بالاعتماد على ما سبق من معلومات

[1] نفس المرجع.

المبحث الثاني: ارتباط التصرف القانوني بالإرادة

من التعاريف التي سبق و رأيناها للتصرف القانوني ، نلحظ اجماعها على ارتباط التصرف القانوني بالإرادة ، و عليه سنتناول في مطلب أول العناصر المكونة للتصرف القانوني ، و في مطلب ثانٍ طبيعة التصرف القانوني.

المطلب الأول: العناصر المكونة للتصرف القانوني

من خلال تعريف التصرف القانوني نجده يتكون من عنصرين، الإرادة (فرع أول) و إحداث أثر قانوني (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: وجود تعبير عن الإرادة

تتجه إرادة القائم بالتصرف إلى إنشاء آثار قانونية وهذا التعبير عن الإرادة منصوص عليه في كل التعاريف التي جاءت في التصرفات القانونية المذكورة سابقا.

فوجود الإرادة شرط أساسي ولا يمكن أن ينشأ أي تصرف قانوني بدون تحققه، غير أنه غير كاف، فقد يأتي الشخص أفعال إرادية غير أنها لا تكيف على أساس أنها تصرفات قانونية، لأنه حتى و لو رتب عليها القانون آثارا قانونية فإن إرادة القائمين بهذه الأفعال لم تتجه إلى إحداثها، بل أكثر من ذلك، فمسألة نشأة الآثار القانونية غير مرتبطة تماما بنية القائمين بالأفعال، فالقتل العمدي فعل إرادي يرتب عليه القانون إلزام القاتل بتعويض أهل الضحية، غير أنه لا يعتبر تصرف قانوني، فعلى الرغم من توافر عنصر التعبير عن الإرادة المتمثل في فعل القتل ، وعنصر نشأة الآثار القانونية والمتمثلة في وجوب تعويض أهل الضحية، فإن العلاقة بين العنصرين ليست ضرورية، بمعنى أنه حتى لو لم تتجه إرادة القاتل إلى تعويض أهل الضحية فإن أثر التزامه بتعويضهم سينشأ.

وعليه فإنه لا يكفي وجود تعبير عن الإرادة، ونشأة آثار قانونية حتى يكيف الفعل على أنه تصرف قانوني، وإنما يجب أن يكون التعبير عن الإرادة هو المنشئ لهذه الآثار ،غير أن هذا العنصر قد آثار خلافا بين المفسرين .[1]

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 131

اختلف الباحثون في مسألة ما إذا كان التعبير عن الإرادة كاف لوحده لإحداث آثار قانونية، بمعنى هل تعتبر الإرادة مصدر من مصادر القانون ؟ فمنهم من يرى أن الشخص لا يتمتع بامتيازات تسمح له – بمجرد أن يعبر عن إرادته–بإنشاء تصرفات قانونية، ومنهم من يرى عكس ذلك، فالشخص يتمتع بحق إنشاء التصرفات القانونية.[1]

أولا: اتجاه يعتبر الإرادة ليست مصدر من مصادر القانون

تعتبر مدرستا القانون الطبيعي، و القانون الموضوعي أهم مدرستين تنكران وجود الحق.

1- مدرسة القانون الطبيعي

تتلخص الفكرة الأساسية لهذه المدرسة في كون أنه يوجد إلى جانب القانون الوضعي، قانون مصدره أسمى من مصادر القانون الوضعي، ويتمثل في القانون الطبيعي، وقد اختلف أنصار هذه المدرسة في مصدر هذا القانون ،فمنهم من يرى أنه قانون موحى من الله في معظمه، و منهم من يرى أنه من اكتشاف العقل البشري المتعطش للعدالة والمجرد من الغرائز التي تبعده عنها.

ينتج عن هذا التصور قاعدة أنه لا يجوز للمشرع مخالفة أحكام القانون الطبيعي ، و إن حدث أن سن المشرع حكما مخالفا له ،كان هذا الحكم غير عادل، وحق للأشخاص عدم الخضوع له ،كما أن أحكام القانون الطبيعي واجبه التطبيق حتى وإن لم يتبناها القانون الوضعي ،وتكون أحكام القانون الطبيعي بهذا المفهوم ملزمة حتى للمشرع ،سواء في الطرح الذي يرى أن مصدرها الله أو في الطرح الذي يرى أنها من صنع العقل البشري المجرد من الغرائز ،غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه يصعب في بعض الحالات اكتشاف أحكام القانون الطبيعي في الطرح الثاني، لذا يتوجب على الباحثين في القانون التصدي لهذه الصعوبة عن طريق الجد والاجتهاد .

سادت هذه الأفكار المستوحاة من أعمال أفلاطون (429 قبل الميلاد 347 قبل الميلاد) ، وخاصة أرسطو (384 قبل الميلاد 322 قبل الميلاد) في القانون الروماني ، وهي أفكار لا تهتم بفكرة الحق، حتى أن القانون الروماني لم يكن فيه مصطلح يعبر به عن هذه الفكرة، فمصطلح "jus " لا يعني سلطة الفرد بمفهوم أنها لسيقة بشخصه ، ووجدت مع وجوده ، وإنما بمفهوم أنها مجرد إنشاء قانوني موضوعي منحت(السلطة) للشخص باعتباره جزء من التنظيم الاجتماعي ، والذي هو عبارة عن تركيب من الامتيازات والأعباء.

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 131

إن الهدف من القانون – بالنسبة لهذه المدرسة – هو اشباع المصالح الاجتماعية، و بذلك يصبح علم القانون علم تحقيق العدل داخل المجتمع عن طريق إعطاء كل شيء مكانا خاصا به، في عالم متناسق يحكمه عدل شامل مستمد من الطبيعة، هذا ما يتميز به الفيلسوفان "أرسطو" و "سانت توماس دا كوين" اللذان يؤسسان القانون على طبيعة الإنسان باعتباره جزء من الكل عن فقه المحدثين من أنصار النظرية، الذين يؤسسون القانون على طبيعة الإنسان باعتباره منعزلا عن المجتمع .[1]

وعليه فليس هناك مجال في هذه النظرية للتحدث عن الحرية الفردية والحق باعتباره امتياز للشخص، لأن الحق لا يمكن تصوره إلا بالنظر إلى الشخص باعتباره منفردا عن المجتمع بينما القانون هو علاقات تكوين بين أفراد المجتمع وبذلك يسمو على الشخص باعتباره منعزلا عن هذا المجتمع .

إلى جانب مدرسة القانون الطبيعي التي تنكر وجود الحق، هناك مدرسة القانون الوضعي و التي من روادها DUGUIT و KELSEN تنكر هي أيضا وجود الحق. [2]

2- مدرسة القانون الوضعي

تعددت الأطروحات التي تكيف على أساس أنها تابعة لمدرسة القانون الوضعي، وهي تشترك كلها في فكرة واحدة، لا أهمية للبحث عن تبرير القانون لأنه يفرض نفسه بمجرد كونه قانون ، ولا يهم إن كان عادلا أم لا ، فلا قانون غير القانون الوضعي، و من أهم هذه الأطروحات أطروحة DUGUIT و KELSEN .

أ- طرح "DUGUIT " لا وجود للحق وإنما لمراكز قانونية

لقد نفى DUGUIT بشدة وجود الحق، كما أنه عارض أهمية وجوده على المستوى التقني، فبالنسبة لهذا الفقيه " يكمن مشكل الحق في الآتي: هل توجد إرادة تتمتع –بشكل دائم أو مؤقت –بصفة خالصة تمنحها سلطة فرض رغبتها على الإيرادات الأخرى؟ إن وجدت هذه السلطة، فهي الحق."

والجواب لا يمكن أن يكون– بالنسبة لـ DUGUIT – سوى بالنفي، لأنه لا يمكن قبول فكرة وجود إرادة أسمى من إرادة أخرى. و بذلك لم يجد هذا الفقيه أي عناء في إثبات أن مفهوم الحق لا يمكن إدراكه علميا، لأنه لا يمكن إعطاء تفسير علمي لمصدر و أساس هذا الترتيب السُلّمِي للإرادات.

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 131

[2] نفس المرجع ، ص 132

لفهم موقف DUGUIT من نظرية الحق يجب استحضار التحليل التي توصل من خلالها هذا الأخير إلى نفي إمكانية وجود الحق.

ينطلق DUGUIT من فرضية أن الحق "سلطة إرادة على فرض رغبتها على إيرادات أخرى، و أن مصدر هذه السلطة هو ذات الإرادة"، ثم يستنتج من هذه الفرضية نتيجة أن وجود الحق يستلزم بالضرورة وجود إرادة أسمى من إرادة أخرى، و هي نتيجة لا يقبلها المنطق القانوني لأنها تتأسس على تمييز غير مبرر بين أفراد المجتمع.

وبما أن النتيجة المتوصل إليها عن طريق الاستنتاج المنطقي باعتماد فرضية أن الحق هو سلطة الإرادة على فرض رغبتها على إرادات أخرى لا يمكن تصورها عمليا، فإن الفرضية في حد ذاتها لا يمكن تصورها أيضا من ناحية تقنية وعملية.

إن هذا البرهان الذي اعتمده DUGUIT هو برهان عن طريق بيان لا منطقية النتيجة التي تنحدر عن الفرضية، والذي لا يمكن إثبات خطئه إلاّ بإثبات أن للحق مفهوم آخر غير المفهوم الذي اعتمده DUGUIT .

انطلاقا من هذا النفي لوجود مفهوم الحق ،أسس DUGUIT نظريته في التصرف القانوني ، والتي تعتبر من أجود الدراسات و أدقها، بل من أكثرها إغناء الفكر القانوني، على الرغم من تأثيرها المحدود على فقه القانون الخاص .

يعرف DUGUIT التصرف القانوني على أنه : "كل تصرف إرادي يتدخل بنية أن تحدث تعديلات في النظام القانوني الموجود وقت حدوث التصرف الإرادي ،أو كما سيوجد في وقت لاحق معين " ، و يقصد بالنظام القانوني "الحالة الاجتماعية الموجودة في وقت معين طبقا للقواعد القانونية التي تسود أفراد هذا المجتمع المعني، و المراكز القانونية المسندة له."

فكل مجتمع تسوده مجموعة قواعد قانونية تنشئ مراكز قانونية لأفراده، و نقول أن هناك تعديل في النظام القانوني في كل مرة تصدر فيها قاعدة قانونية جديدة، أو في كل مرة تعدل فيها قاعدة قانونية موجودة أو يتم حذفها، و عليه يمكن التمييز – حسب DUGUIT – بين ثلاث أنواع من التصرفات القانونية، حسب طريقة و طبيعة التعديل الذي تحدثه آثارها .[1]

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 132

يتمثل النوع الأول في التصرف القاعدة ، و هو ذلك التصرف الذي يقوم به الشخص بنية أن يحدث تعديل في قواعد القانون، و يتصف هذا النوع من التصرفات بالموضوعية، لأنه لا يمس بالمراكز القانونية للأشخاص، و من أمثلته القوانين الأساسية للمجموعات و الاتفاقات الجماعية للعمل .

أما النوع الثاني فهو التصرف الشرط، و هو تصرف يحدد شخصا بذاته، و يجعله يخضع لقاعدة موضوعية لم يكن يخضع لها من قبل وجود التصرف، و هذا النوع من التصرفات ذو طبيعة مختلفة، و هو موضوعي، باعتبار أن ما ينتج عنه هو تحقيق شروط لتطبيق بعض القواعد الموضوعية، و هو شخصي لأنه يحدد تطبيق هذه القواعد على شخص معين، و من أمثلته قرار التوظيف، فقرار التوظيف هو الذي يحقق شروط تطبيق قانون الوظيف العمومي، غير أنه يحدد تطبيقه على الموظف المعين فقط، و من أمثلته أيضا الزواج ، و الاعتراف بالأبوة ...إلخ

أما النوع الأخير فهو التصرف الشخصي، و هو ذلك التصرف الذي تنشأ على إثره التزامات على عاتق القائم بالتصرف لم ينص عليها القانون الوضعي، و خير مثال على هذا النوع هو العقد .

هذا هو تصنيف التصرفات القانونية الذي اقترحه DUGUIT ، و هو تصنيف يعتمد معيار نوع التعديل الذي يحدثه التصرف في النظام القانوني. غير أن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: ما هو دور الإرادة في إنشاء آثار هذه التصرفات القانونية ؟

يرى DUGUIT أنه ليس لإرادة المتصرف أي دور في إنشاء المراكز القانونية ، لأنها مجرد طاقة طبيعية تحدث حركة جسمانية للشخص، يلحق القانون أثرا قانونيا على إثر حدوث هذه الحركة الإرادية.

و هكذا يخلص DUGUIT إلى أن الحق هو مجرد وهم لا وجود له، و هي نفس النتيجة التي توصل إليها KELSEN عن طريق تحليل مغاير.[1]

ب- طرح " KELSEN" لا وجود للحق و إنما لتسلسل مقاييس موضوعية

ينطلق KELSEN من فرضية مغايرة لتلك التي انطلق منها DUGUIT ، غير أنه يتوصل إلى نفس النتيجة، فهو يرى أن القانون عبارة عن تسلسل سلمي لمقاييس قانونية تتجسد في شكل هرم، يستقي كل مقياس قوته الالزامية من المقياس الأعلى منه درجة، يكون الدستور في أعلى الهرم و العقد في أسفله، و عليه فإن العقد يلزم أطرافه، ليس لأنه نشأ عن ممارسة حق، و إنما لأنه مطابق للمقاييس الأعلى منه درجة، و هو يستمد قوته الالزامية منه.

[1] رفيق نسير ، المرجع السابق ، ص 133 و ما يليها

طور الفقيه النمساوي مفهومه للمقاييس القانونية" les normes juridiques " في عدة مناسبات ، غير أن التحاليل التي قام بها في بداية الطبعة الثاني لمؤلفه " théorie pure du droit " هي الأكثر كمالا و منهجية و التي يمكن تلخيصها في الآتي :[1]

المقياس هو مخطط تفسيري ، يعطي معنى للحوادث التي يمكن استيعابها عن طريق الحواس في زمان و مكان معينين، فالمقياس القانوني يسمح بإعطاء معنى قانوني للوقائع و الحركات الخارجية التي يمكن ملاحظتها، فلو قمنا بتحليل واقعة معينة يمكن تفسيرها على أنها ذات طبيعة قانونية أو أن لها علاقة بالقانون، مثل المقرر البرلماني، أو التصرف الإداري، أو الحكم القضائي، أو العقد ،أو الجنحة. يمكننا أن نميز بين عنصرين : يتمثل الأول في تصرف أو مجموعة من التصرفات التي يمكن استيعابها عن طريق الحواس في زمان و مكان معينين ، لأنها سلوكيات اجتماعية ظاهرة . أما العنصر الثاني فيتمثل في معنى هذا السلوك الإنساني في نظر القانون، كاجتماع مجموعة من الأشخاص في قاعة يلقون خطابات، ثم يصوتون، منهم من يرفع يده و منهم من لا يرفعها، هذا المظهر الخارجي يعني قانونا أن هنالك قانون تم التصويت عليه، أو جلوس رجل يلبس عباءة سوداء ينطق بعبارات في حق رجل آخر، فتفسر قانونا بأنه أصدر حكما في حق هذا الأخير، أو تسبب رجل عن طريق حركة معينة في قتل رجل آخر، فيتم تفسير هذا المظهر الخارجي على أنه جريمة قتل ...إلخ.

يميز KELSEN التصرف الإرادي الذي يضع المقياس عن المقياس ذاته ، فالمقياس هو المعنى الخاص للتصرف الذي يهدف إلى تنظيم سلوك الغير، غير أنه يتميز عنه في كونه (ما يجب أن يكون sollen)، بينما التصرف هو (ما هو كائن sein) . و لشرح هذه الفكرة يمكن الاستعانة بالآتي :

(أ) يريد من (ب) أن يتصرف بطريقة معينة ، فالجزء الأول من الفرضية و المتمثل في إرادة (أ) في أن يتصرف (ب) تصرفا معينا هي (ما هو كائن) ، أما الجزء الثاني المتمثل في طريقة التصرف التي يجب أن يتصرف بها (ب) فهي (ما يجب أن يكون) ، و هو المقياس الذي يحمل معنى التصرف .

كما يميز KELSEN أيضا بين (ما يجب أن يكون sollen) الشخصي و الموضوعي ، (فما يجب أن يكون) هو المعنى الشخصي لكل تصرف إرادي لأي شخص يسعى للحصول على سوك معين من الغير ، غير أن هذا لا يعني بالضرورة أن لهذا التصرف معنى (ما يجب أن يكون) بالمعنى الموضوعي ، فقد يطلب من أشخاص آخرين أن يتصرفوا تصرفا معينا ، بمعنى أنه يطلب منهم بأن يتصرفوا (بما يجب أن يكون) بمفهومه الشخصي ، غير أن هذا لا يعني أن (ما يجب أن يكون) بمفهومه الشخصي هو

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 136

(ما يجب أن يكون) بالمفهوم الموضوعي ، لأنه حتى يرقى (ما يجب أن يكون) بمفهومه الشخصي إلى (ما يجب أن يكون) بالمفهوم الموضوعي أي إلى درجة مقياس ، يجب أن يوجد (ما يجب أن يكون) موضوعي أعلى درجة يعطي (لما يجب أن يكون) الشخصي مفهوما موضوعيا ، أو بتعبير آخر ، يجب أن يوجد مقياس(norme) أعلى درجة يعطي (لما يجب أن يكون) الشخصي مدلولا موضوعيا فيصبح بدوره مقياسا.

و هكذا يظهر أنه لا يكفي أن يقترح القائم بالتصرف مقياسا حتى يكون هناك هذا المقياس ، و إنما يجب وجود مقياس ساري النفاذ في ذلك المكان و الزمان يعطي هذا المعنى للتصرف حتى يصبح مقياسا ، بمعنى أن كل مقياس يجد أساس وجوده و صحته في مقياس أعلى درجة منه ، و ليس في إرادة الشخص الذي أملى هذا المقياس.

كما يربط KELSEN أيضا صحة المقياس إلزاميته ، فبالنسبة له ، القول بأن المقياس صحيح يعني التأكيد على إلزاميته ، فلا وجود لمقياس دون جزاء .

لا مجال للحديث عن الحق في مثل هذا النظام ، و ذلك ليس للاعتبارات المنطقية و الاجتماعية التي أثارها DUGUIT ، و إنما لكون مصطلح "الحق" – بالنسبة لـ KELSEN – غير قانوني ، لأنه يفتقد عنصر الجزاء الذي يترتب على مخالفة القانون باعتباره مجموعة قواعد قانونية ، غير أن KELSEN لا ينكر وجود مصطلح الحق ، و إنما يعطيه معنى آخر ، فهو لا يرى فيه تلك السلطة اللصيقة بالشخص ، و إنما مجرد تأهيل يمنحه القانون الموضوعي للشخص ، حتى يشارك في إنشاء القاعدة القانونية عن طريق العقد .

لا تظهر الحاجة إلى التذكير بالانتقادات الموجهة للمدرسة الموضوعية ، و حتى لموقفها المنكر لوجود الحق ، بل يكفي ملاحظة أن المسلمة تنطلق منها و المتمثلة في عدم وجود الحق غير مطابقة للواقع القانوني ، و أن مفهوم الحق لا يزال صامدا أمام كل الانتقادات الموجهة له .[1]

ثانيا: اتجاه يعتبر الإرادة مصدر من مصادر القانون

الهدف من القانون هو تحقيق التناسق الاجتماعي، و عليه فإن مهامه تتجسد في اتخاذ كل التدابير الاحترازية و الجزائية لكل خلل قد يحدث في التوازن الاجتماعي، لأن المجتمع هو مجموع أفراد ذو مصالح مختلفة، لكل فرد من أفراده مجال خاص به، و لا يمكنه الخروج منه إلا بالدخول في مجال

[1] رفيق نسير ، المرجع السابق ، ص 136 و ما يليها

فرد آخر، و بالتالي التعدي على مصالحه مما يحدث اختلالا في التوازن الاجتماعي، هذا ما يوجب على الدولة التدخل عن طريق فرض احترام مجال كل فرد داخل المجتمع و لو بالردع .

هذا المجال الخاص بكل فرد، هو ما تعارف رجال القانون على تسميته بمصطلح الحق، و هو يشكل حجر الزاوية لكل نظام قانوني نتيجة التطورات الاجتماعية و الاقتصادية التي عرفتها المجتمعات، فقد سمحت حركات التحرر التي ظهرت مع بداية القرن السادس عشر بظهور عدة حقوق، أصبحت لصيقة بالشخص، و تعترف بها جميع الدساتير الديمقراطية ، كما أن التطور الاقتصادي و الاجتماعي جعل حماية العامل من المستخدم ضرورية، و لعل الإجراء الأكثر ملائمة لتجسيد هذه الحماية هو منح العامل حقوق (مجال) لا يجوز للمستخدم انتهاكها، كالحق في العطلة السنوية مدفوعة الأجر، و الحق في الضمان الاجتماعي، و الحق في تحديد ساعات العمل ...إلخ. و جعل حماية المستهلك من المحترف ضرورية أيضا، و ذلك بمنح المستهلك عدة حقوق منها حق العلم بالمبيع، و حق ضمان الجودة و المطابقة ...إلخ

هكذا يظهر أن مسألة وجود الحق تسمو على كل نقاش لأنها حقيقة اجتماعية لا يمكن تجاهلها، غير أن أنصار هذا الموقف يرون أن الإرادة عاجزة عن إنشاء آثار قانونية إن لم يكن التعبير عنها ناتجا عن ممارسة حق، لأن الإرادة ما هي إلا العضو المنفذ للحق ،فممارسة الحق هي التي تعطي القدرة لصاحبه حتى ينشئ حقوقا أخرى عن طريق العقود ،أو أي وسيلة أخرى ينص عليها القانون .[1]

يظهر من خلال ما سبق، أن آلية التصرف القانوني لا تنحصر في العقد، و إنما تترك المجال مفتوحا، و ذلك لتبني كل التصرفات التي قد يمليها التطور الاقتصادي و الاجتماعي .

الفرع الثاني: إنشاء آثار قانونية

تنقسم مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية، و هي التصرفات القانونية ، و مصادر غير إرادية وهي الوقائع القانونية وهما يشتركان في كونهما يحدثان نفس النتيجة وهي إنشاء آثار قانونية ، فالعقد ينشئ حقوق والتزامات على عاتق الطرفين ، أو حقوق على عاتق طرف والتزامات على عاتق الطرف الآخر، كما في العقود الملزمة لجانب واحد ، و الفعل الضار ينشئ حقوق لصالح المضرور، تتمثل في التزامات المتسبب بالضرر بجبر الضرر.[2]

[1] نسير رفيق ،المرجع السابق ، ص 131، ص 139

[2] نفس المرجع ، ص 130

إن التعمق في بحث موضوع الآثار القانونية يُمَكِّننا من تصنيف التصرفات القانونية إلى تصرفات منشئة و هي التي تهدف إلى إنشاء حقوق جديدة، كالزواج ، و تصرفات ناقلة ، وهي تلك التي لا تهدف إلى إنشاء حقوق الجديدة وإنما تنقل حقوق موجودة في ذمة شخص إلى آخر ، وتصرفات كاشفة، وهي تلك التي تهدف فقط إلى الكشف عن الحق...إلخ، كما أنه يُمَكِّننا من تقدير اقتصاد العقد، وذلك بمقارنة الأداءات، مما يسمح بتقدير مدى وجود غنى في هذه التصرفات. غير أنه لا يُمَكِّننا من التمييز بين التصرفات القانونية و الوقائع القانونية لأن إنشاء الآثار القانونية هو عنصر مشترك بينهما، وعليه فإنه لا يكفي وجود عنصر إحداث الآثار القانونية حتى نقول أن هناك تصرف قانوني وإنما يجب أن يكون التعبير عن الإرادة هو منتجها.[1]

المطلب الثاني: طبيعة التصرف القانوني

من خلال ارتباط التصرف القانوني بالإرادة فإننا نجد أن التصرف القانوني يصبح ملزما لأطرافه بفعل إرادتهم التي اتجهت إلى إحداث آثار قانونية ، فالتصرف القانوني مصدر من مصادر الالتزام كما أن الالتزام يعد أثر للتصرف القانوني .

الفرع الأول: التصرف القانوني ملزم

ينتج التصرف القانوني آثارا قانونية، فالتصرف القانوني كالقانون يرتب التزامات وحقوقا على عاتق الأفراد. و يعد الالتزام أثرا للتصرف القانوني من جهة- باعتبار أن التصرف القانوني مصدر من مصادر الالتزام- ومن جهة أخرى فإن قوة التصرف القانوني تستمد من الالتزام - فهي أثر له - فالتصرف القانوني له مضمون ملزم contenu obligatoire ، و التصرف القانوني مضمونه التزام obligationnel contenu ، فالأمر يتعلق في نفس الوقت بمصدر للالتزام وبالقانون.[2]

للتصرف القانوني قوة ملزمة بالنسبة لأطرافه ويضمن تنفيذها القوة العمومية وبذلك تختلف عن اتفاقات المجاملات التي لا تتضمن أي جزء قانوني .

يعد التصرف القانوني بمثابة القانون ويربط بين طرفيه دون أن يلزم غيرهما ويرجع ذلك إلى مبدأ نسبية أثر التصرف القانوني إذ أن الإرادة لا تلزم إلى صاحبها، فالالتزام يتضمن قيداً على حرية الشخص ولا يقع هذا القيد على عاتق الشخص إلاّ إذا رضي بها وقد جعلت المادة 1134 من القانون المدني

[1] العربي بن قسمية، المرجع السابق،ص174

[2] نفس المرجع ، ص 175 .

الفرنسي العقد ملزم لطرفيه ونصت على أن الاتفاقات التي تمت وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديه وقد عبرت عنها القوانين العربية بعبارة "العقد شريعة المتعاقدين" كما في المادة 147فقرة 1 من القانون المدني المصري والمادة 106من القانون المدني الجزائري، فمتى نشأ التصرف القانوني صحيحاً ، التزم مُنْشئيه بما يوجبه هذا التصرف القانوني، كما لو كان ناشئ عن قاعدة قانونية، ويكون ذلك حتى لو تضمن التصرف القانوني ما يخالف نصوص تشريعية طالما أن هذه النصوص لا تتعلق بالنظام العام والآداب ، وليس لإحدى أطراف التصرف القانوني أن يتنصل من التزاماته ولا أن يغيرها بإرادته المنفردة، إذْ يجب أن تتوافق إرادة أطراف التصرف القانوني من جديد لتعديله أو إنهائه. ولا يستثني من وجوب تنفيذ التصرف القانوني إلاّ ما يخص البطلان أو الفسخ، كما يجب على القاضي أن يحترم إرادة أطراف التصرف القانوني و أن يلتزم بتطبيق ما تضمنه التصرف القانوني ، فيكون دور القاضي سلبياً، إذْ ليس له أن يعدل تصرفاً قانونياً أنشأه طرفاه مباشرة إلاّ في حالة الظروف الطارئة أو الاستثنائية و التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للعقود الإدارية ، وكانت محكمة النقض الفرنسية متذبذبة في الأخذ بها بالنسبة للعقود المدنية، إذ سبق لها و أن رفضت تعديل العقد للظروف الاستثنائية في القضية الشهيرة Canal de Craponne ، لكن سرعان ما تم اقرار هذه النظرية في قرارات محكمة النقض وذلك منذ 1876 لكن في حدود ضيقة، الأمر الذي طالما دفع أطراف التصرف القانوني إلى ابتداع قواعد اتفاقية لتعديل التصرف القانوني للظروف الطارئة مثل شرط الهاردشيب (clauses de hardship). [1]

و بالتالي فإن التصرف القانوني و هو يلزم أطرافه يعتبر بهذا المفهوم بمثابة القاعدة القانونية، و إذ يعتبر مصدرا للالتزام فإنه يعتبر كذلك مصدرا للقانون، فطرفا العقد و هما يبرمانه يساهمان في إنشاء قواعد قانونية خاصة يقتصر حكمها على العلاقة بينهما، و يرى بعض الفقه بتداخل المفهومين و تطابق المصطلحين، فالتصرف القانوني مثل القانون مصدر للالتزام.

و الاتفاق لا يعني الإرادة بالإطلاق، و لكن تلك التي تستقيم مع القانون و إلا كان الاتفاق باطلا، فهو لا ينتج أثراً قانونيا إلاّ إذا كان في إطار القانون، مما يدفع إلى القول بأن التصرف القانوني و هو ينتج أثره القانوني لا يرجع ذلك إلى اتفاق طرفيه، و إنما إلى قواعد قانونية تنظم هذا الاتفاق، و أن التصرف القانوني لا يجب أن يخرج عن القواعد المسطرة مسبقا لتنظيم توافق الإرادتين، فإلزام التصرف القانوني مرجعه سلطان إرادة أطراف التصرف القانوني في حدود ما يسمح به القانون، حيث يفرض القانون شروطا لإبرام التصرف القانوني لا يخرج عنها اتفاق الطرفين .

[1] العربي بن قسمية، المرجع السابق ، ص 176 و ما يليها.

الفرع الثاني: التصرف القانوني من مصادر الالتزام

يمكن القول أن آثار التصرف القانوني تتداخل مع آثار الالتزام، إذ يرى البعض أن الالتزام الناشئ عن التصرف القانوني يشكل قانونا خاصا بأطرافه، و المادة 106 من القانون المدني الجزائري تنص على العقد شريعة المتعاقدين ،أي أنه كالقانون ملزم لأطرافه ، ومنه فإن عدم تنفيد الالتزام يعني عدم تنفيذ التصرف القانوني ، فأثر الالتزام هو أثر التصرف القانوني ، فهناك تداخل بين التصرف القانوني وهو المصدر ، والالتزام وهو الأثر.

والالتزام كما يعرفه الفقه هو حالة قانونية أو رابطة بين شخصين يكون فيها شخص أو أكثر ملزما أن يعطي غيره شيئا أو أنه يقوم له بعمل أو أن يمتنع من أجله عن عمل، والالتزامات أو الحقوق الشخصية بخلاف الحقوق العينية لا يمكن حصرها بذواتها وإنما تحصر بمصادرها ويعد الاتفاق أهم هذه المصادر .

ويقوم الالتزام على ثلاثة أركان هي :الرابطة القانونية ،المحل ،السبب: [1]

و الرابطة التي يقوم عليها الالتزام هي رابطة قانونية محل جزاء بحيث يستطيع الدائن أن يجبر مدينه على تنفيذ أداء معين وهذا الأداء هو الالتزام بإعطاء التزام بقيام بعمل التزام بالامتناع عن عمل.

ومحل الالتزام هو ما يلزم المدين بأدائه للدائن وهو إما أن يكون إعطاء شيء (بنقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني إلى الدائن)، أو أداء عمل أو امتناع عن عمل، وقد كان تقسيم الالتزام بحسب محله محل انتقاد من الفقه فجاء التعديل بحذف كل تقسيم للالتزام .

وسبب الالتزام هو الغرض القانوني الذي من أجله ألزم المدين نفسه، ويتبين أن المحل والسبب هما ركنان عامان في الالتزام لا في التصرف القانوني ، إلاّ أن البحث في مسألة المحل والسبب يرتبط بالتصرف القانوني، ومع أنهما يرتبطان بالالتزام عامة مهما كان مصدره إلاّ أن القانون المدني بين شروطهما ضمن العقد فخلط بين الالتزام ومصدره وجعل من العقد – وهو أحد مصادر الالتزام وليس المصدر الوحيد– يحكم الالتزام. وكان من الأجدر أن يُنظم الالتزام مستقلاً عن مصدره.

كما يعتبر التصرف القانوني مصدر للالتزام أو الحق الشخصي، فإنه يعتبر كذلك مصدر للحق العيني ، لكن المشرع ربط بين العقد والالتزام وهو أحد آثر التصرف القانوني ، في حين تناول الحق العيني كأثر للعقد ضمن طرق اكتساب الملكية (المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي) إذ لم تتناول

[1] العربي بن قسمية، المرجع السابق ، ص 176 –177.

الحق العيني كأثر للعقد ، فهذا القصور في التعريف كان من الواجب تداركه. وربما يرجع هذا النقص إلى أن المشرع الفرنسي تناول العقد بوصفه مصدر للالتزام ضمن العنوان الخاص بالالتزام .فركز على الدور الإنشائي للالتزام ثم تطرق الى العقد كمصدر للحق العيني ضمن طرق اكتساب الملكية.

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل تطرقنا إلى مفهوم التصرف القانوني و مدى ارتباط التصرفات القانونية بعنصر الإرادة ؛ فتطرقنا إلى تعريف التصرف القانوني ، و رأينا شبه إجماع من الفقه على تعريفه بنفس العناصر، فكان عبارة عن اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، و منه تطرقنا لأنواع التصرفات القانونية آخذين معايير لتقسم التصرفات أجمع عليها غالبية الفقهاء ، فمن حيث انشائها نجد نوعين من التصرفات، تصرفات بإرادة منفردة مثل الوصية ، و تصرفات قانونية بإرادتين مثل عقد البيع، و تصرفات قانونية جماعية مثل عقود العمل الجماعية. أما التصرفات القانونية من حيث آثارها فإننا نجد تصرفات قانونية منشئة للحق تنقل حق موجود من قبل(مثل عقد البيع) أو تنشئ هذا الحق ابتداءا (مثل حق الرهن) ، وتصرفات قانونية كاشفة للحق أو المقررة له مثالها عقد الصلح و عقد القسمة . هذا في المبحث الأول .

أمّا المبحث الثاني خصصناه لمدى ارتباط التصرف القانوني بعنصر الإرادة، فكان لابدّ من التعرف إلى العناصر المكونة للتصرف القانوني، و هي كل من "الإرادة" و كذا "اتجاه الإرادة لإحداث آثار قانونية. ثم انتقلنا إلى طبيعة التصرف القانوني أين وجدنا أن التصرف القانوني يُعد مصدراً للالتزام ، و بالتالي فإن الالتزام يعد أثراً للتصرف القانوني.

الفصل الثانـي

نحو نظرية عامة للتصرف القانونـي

تمهيد :

من خلال الفصل الأول رأينا أن القانون المدني الجزائري لم يورد تعريف للتصرف القانوني، بل أورد تعريفًا للعقد و الذي يعتبر نوع من أنواع التصرفات القانونية .

بينما أورد المشرع الفرنسي تعريفا للتصرفات القانونية، إلاّ أنه أحال أحكام التصرفات القانونية إلى أحكام العقد ،و هو بهذا قد أحال الأصل إلى النوع . و هو ما يستشف ضمناً عند الاطلاع على أحكام العقد في القانون المدني الجزائري ، إذ أنه هو الآخر أحال أحكام التصرفات القانونية إلى أحكام العقد . و عليه و على أساس النقد الموجه لكلى التشريعين ، فإنه لا بدّ من تحديد أسس لنظرية التصرف القانوني و هو ما تطرقنا إليه من خلال الفصل الأول لنورد أحكام التصرف القانوني في هذا الفصل عن طريق عملية اسقاط لأحكام العقد و استخلاص الأحكام المشتركة آخذين بعين الاعتبار أحكام التصرف القانوني كمصدر للحق في مبحث أول ، و أحكام التصرف القانوني في إطار أثر للالتزام في مبحث ثانٍ.

المبحث الأول : أحكام التصرف القانوني كمصدر للحق

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى احداث أثر قانوني . من هذا التعريف نجد أن التصرف القانوني ينشأ بالإرادة كعنصر جوهري فنخصص مطلب أول للتطرق إلى كيفية نشأة التصرفات القانونية ، ثم نخصص مطلب ثانٍ للتطرق إلى تلك الآثار التي نشأت بموجب إرادة أطرافه.

المطلب الأول : إنشاء التصرفات القانونية

من خلال تعريف التصرف القانوني نجد أنه لإنشاء تصرف قانوني ، فإن الإرادة هي العنصر الجوهري لقيامه (فرع أول) ، بالإضافة إلى ما يتناوله التصرف أو ما يعرف بمضمون التصرف القانوني (فرع ثانٍ). كما أن هناك بعض التصرفات التي تستلزم إفراغ الإرادة المتجهة لإحداث أثر قانوني في شكل معين (فرع ثالث).

الفرع الأول : الإرادة كعنصر جوهري لقيام التصرفات القانونية

خصص المشرع الجزائري لركن الرضا 18 مادة (من المادة 59 إلى المادة 77) من القسم الثاني تحت عنوان شروط العقد، (أولا) الرضاء، من الفصل الثاني بعنوان العقد من الباب الأول بعنوان مصادر الالتزام من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدّل و المتمم. فتنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري[1] على ما يلي :" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين، دون إخلال بالنصوص القانونية ."

أولا: وجود الإرادة كشرط وجود

الإرادة الكامنة في النفس هي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين. وما دامت الإرادة عملا نفسيًا فإنه لا يعلم بها من الناس إلاّ صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلاّ إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير[2] ، و

[1] الأمر 75-58 ، المرجع السابق، ص 993

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الأول، المرجع السابق، ص 176

للتعبير الصادر من الأصيل مظهران ، صريح أو ضمني.[1] و سواء كان صريحًا أو ضمنيًا ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة، لا ينتج أثره إلاّ في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه [2]. وهذا ما تقضى به المادة 61 من القانون المدني الجزائري[3] .

و تأخذ النيابة في التصرفات القانونية ، نفس القواعد و هو تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل . بحسب نظرية النيابة . [4]

أما تعاقد الشخص مع نفسه ، فقد فصلت حكمه نص المادة 77 من القانون المدني الجزائري[5].

و حسب نص المادة 59 سابقة الذكر، فإن التصرف القانوني بإرادتين يبرم بمجرد تطابق إرادتي طرفي التصرف القانوني .

1- توافق إرادتين: أي تطابق الايجاب مع القبول[6]،عادة مَنْ يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات، وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب معلق ،و عليه فإنه لا ينفذ الإيجاب إلاّ إذا تحقق الشرط الذي علق عليه . فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون. فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمة . وللإيجاب القوة الملزمة إذا ما اقترن بأجل للقبول طبقا لنص المادة 63 من القانون المدني

---

[1] علي علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 32-33

[2] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 186

[3] تنص المادة 61 من الأمر 75-58، المرجع السابق ، ص 993 ، على ما يلي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك."

[4] لا يسقط التعبير عن الإرادة- في حالة النيابة – بموت النائب أو فقده لأهليته ، المادة 76 من الأمر 75-58، المرجع السابق ، ص 994 – أنظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 190

[5] الأمر 75-58، المرجع السابق ، ص 994 ، جاء نص المادة 77 يحكم بـ : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة ."

[6] الإيجاب: هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى آخر يعرض عليه ابرام تصرف قانوني على أسس أو شروط معينة . و القَبول: هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب ، عمر سالم محمد : **الالتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط** ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر، ص 4

الجزائري[1] ، و يسقط الإيجاب القائم الملزم في حالتين ؛ الأولى هي أن يرفض الموجب له الإيجاب[2]، و الحالة الثانية تكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول.

أما الإيجاب غير الملزم فإنه يسقط أيضاً في حالتين ؛ الأولى إذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس التصرف القانوني. و الثانية إذا انفض مجلس التصرف القانوني ولو لم يعدل عنه الموجب. [3]

و يجب أن يقرن الايجاب بالقبول، و يكون هذا الأخير صحيحاً بشرطين، الأول أن يبقى أطراف التصرف القانوني منشغلون بالتصرف القانوني، والشرط الثاني؛ أن يبقى الموجب على إيجابه في مجلس التصرف القانوني.[4] فإن اختار الموجب له أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وأن يكون يكون متفقا كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب .[5]

أما إذا كان القبول غير مطابق للإيجاب، و اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا، فإن التصرف القانوني لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديدا.[6]

كما أن هناك حالات خاصة في القبول ، هي:

---

[1] تنص المادة 63 من الأمر 75-58، المرجع السابق ، ص 993 ، على ما يلي:" " إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل .
وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة."

[2] تنص المادة 66 من الأمر75-58 على :" لا يعتبر القبول الذي يغير الايجاب إلا إيجابا جديدا."

[3] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص207-210

[4] أنظر نص المادة 64 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق، ص 993 .

[5] تنص المادة 65 من الأمر75-58،المرجع السابق، ص 993 ، على ما يلي : " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لو لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر لعقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " .

[6] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 218
وهذا الحكم هو الذي تنص عليه المادة 66 من الأمر 75-58 القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ،ص 993. إذ تقضي بما يأتي : " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا "

أ- مجرد السكوت قد يكون قبولا [1] و ذلك إذا أحاطت بالسكوت ظروف ملابسة.

ب- تنفيذ التصرف القانوني قد يقوم مقام القبول .

ج- القبول في تصرفات المزاد[2] .

د- القبول في تصرفات الإذعان[3] و قد جاءت أحكامه في نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري[4].

بالنسبة لأحكام التصرف ما بين غائبين فقد نظمت أحكامه المادتين 61 و 67 من القانون المدني الجزائري. [5]

---

[1] يقول فقهاء الشريعة الإسلامية : " لا ينسب لساكت قول " . وليس السكوت إرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها. أما السكوت فهو العدم ، وأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء . و كاستثناء هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء. كما نصت المادة 68 من الأمر75-58 ، المرجع السابق ، ص 993، على : " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .
ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه" . للمزيد أنظر السنهوري عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)،الجزء الأول، المرجع السابق، ص 95.

[2] تنص المادة 69 من الأمر75-58، المرجع السابق ، ص 993 ، على : " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسوم المزاد بمزاد أعلى و لو كان باطلا. ".

[3] تصرفات الإذعان هي ضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

[4] الأمر75-58، المرجع السابق ، ص 993 ، على ما يلي :" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها."

[5] الأمر75-58، المرجع السابق، ص 993.

أما بخصوص الوعد بإبرام تصرف قانوني و الاتفاق الابتدائي[1] و العربون[2] فيمكن اعتبارهم مرحلة تمهيدية في ابرام التصرف القانوني ، و في هذه المرحلة يعتبر ، التصرف القانوني كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه تصرف قانوني تمهيدي لا تصرف نهائي.[3]

2- عدم ضرورة وجود قبول

التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة ترتب حقاً للغير ويصبح هذا الالتزام نهائياً لا يجوز العدول عنه أو الرجوع فيه حتى ولو لم يصدر بعد أي قبول ممن وجه إليه التعبير. والقول بأن الارادة المنفردة تكسب حقاً للغير لا يعني اطلاقاً أن الشخص يمكن أن يصبح دائناً دون ارادته ولكن لا يلزم صدور القبول منه لاكتساب الحق بل يكفي عدم رفضه للحق الذي تقرر لمصلحته . واكتساب الحق يتم بأثر رجعي أي من وقت صدور التعبير عن الإرادة المنفردة وليس من تاريخ قبول المكتسب أو عدم رفضه[4].

ثانيا: شروط صحة التصرف القانوني

حتى يعتبر التصرف القانوني صحيحا منتجا لآثاره، يجب أن تتوفر شروط معينة. فإن لم تتوافر هذه الشروط (شروط صحة التصرف)، فما هو الجزاء المترتب؟

---

[1] الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 993 ، و تنص الفقرة الأولى من المادة 71 من القانون المدني الجزائري على أن " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها "

[2] نصت المادة 72مكرر من القانون 05-10، المرجع السابق، ص 21، على: " يمنح دفع العربون وقت ابرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها ، إلاّ إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك .
فإذا عدل من دفع العربون فقده.
و إذا عدل من قبضه ردّه و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر ."

[3] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 249 و ما يليها

[4] للمزيد أنظر : فواز عبد الرحمن صالح، مرجع السابق.

1- الأهلية : و نقصد بالأهلية هنا : أهلية الأداء؛ و هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق.[1] و الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : [2]

- صبي غير مميز[3]
- صبي مميز[4]
- راشد .

أ- **عوارض الأهلية** : حسب نص المادة 78 من القانون المدني الجزائري[5] فإن كل شخص أهل للقيام بتصرفات قانونية ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون . و أحكام الأهلية من النظام العام فلا يجوز التنازل عنها، و لا أن يتفق على تغيير أحكامها ، و كل اتفاق على ذلك يكون باطلا [6]. و هذا بنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري[7]. و قد أوردت المادتان 42 و 43 من القانون المدني الجزائري[8] أسباب الحجر و التي تترتب على عوارض الأهلية وهي :[1] العتة، الجنون، السفه ، و ذا الغفلة.

---

[1] العقود من حيث الأهلية تقسم إلى أقسام أربعة :(عقود اغتناء ، عقود إدارة ، عقود تصرف ، عقود تبرع)- أنظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 268

[2] نفس المرجع.

[3] تنص المادة 42 من القانون 05-10، المرجع السابق، ص 21 ، على : "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز ،من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ."

[4] تنص المادة 40 من نفس المرجع ، على : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد تسعة عشر سنة"

[5] تنص المادة 78 من القانون 05-10، المرجع السابق ، ص 21 ، على: " كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ."

[6] البوشواري محمد : **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ، الطبعة الأولى ، مكتبة قرطبة ، المملكة المغربية ، 2010 . ص 38.

[7] تنص المادة 45 من الأمر75-58،المرجع السابق، ص993، على:" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها ." ".

[8] تنص المادة 42 من القانون 05-10، المرجع السابق، ص 21 على "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

يعتبر غير مميز ،من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ."

ب- موانع الأهلية : هي ظروف تطرأ على أهلية الشخص فتمنعه من مباشرة التصّرفات القانونية بنفسه، وقد حصرها، الفقهاء في أربع حالات:[2]

- **المانع المادي** : يتقرر في حالتين ، حالة الغائب [3]، و حالة المفقود[4].
- **المانع الطبيعي:** إصابة الشخص بعاهتين من العاهات الثلاث[5] .
- **المانع القانوني** : نص قانوني يمنع شخص معيّن من مباشرة التصّرفات القانونية بنفسه.[6]
- **المانع القضائي:** يعتبر المانع القضائي بمثابة عقوبة تبعية لعقوبة أصلية، موصوفة على أنها جناية حيث يُحْرَم الشّخص من حقوقه المدنية طبقاً لنص المادة 07 من قانون العقوبات الجزائري، كما يحجر عليه حجرا قانونياً .

2- خلو الإرادة من عيوب الرضا : أورد القانون المدني الجزائري أربعة عيوب يمكن أن تشوب الرضا و هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الاستغلال.

أ- الغلط : و هو وَهْم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتصرف فيدفعه إلى إبرام تصرف قانوني ، و المواد التي تحكم الغلط في القانون المدني الجزائري خمس مواد ، من المادة 81 إلى المادة 85 .

و تنص المادة 43 من نفس القانون على " 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 "

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص 51- 55

[2] يحياوي زهية ،طهروست نبيلة ، **النظام القانوني لتصرفات الصبي**، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2013. ص 15 و ما يليها

[3] وهو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مكان إقامته ، أو إدارة شؤونه بنفسه.أو بواسطة غيره، وذلك خلال مدة سنة فأكثر وتسبب الغياب في ضرر للغير.

[4] وهو الشّخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم.

[5] تنص المادة 80 من القانون 05-10 ، المرجع السابق، ص 21 ، على : " إذا كان الشخص أصم أبكم ،أو اعمى 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 ."

[6] مثاله التاجر المفلس الذي نصّت عليه المادة 244 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

ب-**التدليس** : هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على إبرام تصرف قانوني، وقد نص القانون المدني الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 من القانون المدني الجزائري.

ج-**الإكراه** : هو ضغط يقع على أحد أطراف التصرف القانوني ، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى ابرام التصرف القانوني، وهذا هو الاكراه المعنوي، و الإكراه المعنوي يفسد الرضا و لا يعدمه. أما الإكراه المادي فهو الذي يعدم الإرادة، و قد أُورِدت أحكام الإكراه في نص المادتين 88 و 89 من القانون المدني الجزائري[1] .

د-**الاستغلال:** هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا[2] في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي الى غبن فادح به . ولقيام الاستغلال يجب توافر عنصرين :عنصر مادي (موضوعي) ،عنصر نفسي (معنوي) بحسب نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري[3].وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على حكم الغبن المجرد[4] في حالات خاصة في القانون المدني الجزائري .[5]

ثالثا: جزاء تخلف شروط صحة التصرف

الجزاء المترتب عن تخلف شرط الرضاء يتمثل في البطلان المطلق ، و بالتالي فإننا لا نكون بصدد تصرف قانوني ، فهو معدوم وغير موجود أصلا. فتسري على البطلان المطلق أحكام المادة 102 من

---

[1] الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 994

[2] الطيش البين هو عدم الخبرة بالأمور و الاستهانة الشديدة بعواقبها . أما الهوى الجامح فهو الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يتملك الانسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة . السعدي محمد صبري: **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة)**، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ، دار الهدى ، الجزائر ، ص 200

[3] القانون رقم 05-10، المرجع السابق ، ص 22 .

[4] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 196-203

[5] يكون الغبن المجرد في حالتين: الحالة الأولى في حالة بيع العقار بغبن فاحش يزيد عن خمس الثمن الحقيقي أنظر نص نص المادتين 358 و 359 من القانون المدني الجزائري. والحالة الثانية في حالة القسمة الحاصلة بالتراضي ، والتي يغبن فيها أحد الشركاء ،أنظر المادة 732 من القانون المدني الجزائري .

القانون المدني الجزائري [1] . **و** إذا صدر التصرف القانوني عن شخص ناقص الأهلية، أو شاب رضاه عيب من عيوب الرضا فإن الجزاء يكون البطلان النسبي(تصرف قابل للإبطال) ، فالتصرف القابل للإبطال هو تصرف صحيح و يرتب كامل آثاره، ما لم يتقرر إبطاله.كما أن قابليته للإبطال لا تتعلق بالنظام العام، فقد قرره القانون حماية لمصلحة خاصة و هي مصلحة المتصرف ناقص الأهلية أو الذي شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة[2]. **و** تسري على البطلان النسبي الأحكام الواردة في المواد: 90 ، 100 ، 101 من القانون المدني الجزائري[3]

إذا تقرر بطلان التصرف القانوني، سواء كان باطل بطلان مطلق أو نسبي، ترتبت الآثار التالية : [4]

1- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات فإنه لا حاجة لحكم قضائي يقرر ذلك.

2- في حالة التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزام فإنه كأصل عام يعاد المتصرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التصرف.أما الاستثناء من هذه الحالة فقد ورد في نص المادة 103 من القانون المدني الجزائري[5].

3- بالنسبة للغير، فإنه يسري بطلان التصرف القانوني على أطرافه و خلفهما العام و كذلك على الغير، استثناءاً، هناك حالات لا تسري فيها الآثار الأصلية للبطلان في مواجهة الغير(الأثر الرجعي للبطلان)، و ذلك حماية للغير حسن النية[6] و لاستقرار المعاملات.[1]

---

[1] تنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري على : " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة .
و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت ابرام العقد ."

[2] سويلم فضيلة: **محاضرات في القانون المدني مصادر الالتزام** ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة سعيدة 2018/2017. ص 39-40

[3] الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 995.

[4] فضيلة سويلم ، المرجع السابق ، ص 41 و ما يليها

[5] تنص المادة 103 من القانون 05-10 ، المرجع السابق، ص 22، على " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .
غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.
يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به ."

[6] أنظر نص المادة 835 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 1043

4- قد يترتب عن التصرف الباطل(بطلان مطلق أو نسبي)آثار عرضية لا بوصفه تصرفا، لأن التصرف قد تقرر بطلانه بأثر رجعي و أصبح لا وجود له قانونا، و إنما باعتباره عمل مادي، و هذه الآثار تضمنتها نظريتين و هما: نظرية إنقاص التصرف القانوني(البطلان الجزئي) [2]، ونظرية تحول التصرف القانوني [3].

الفرع الثاني: مضمون التصرف القانوني

يقصد بمضمون التصرف عنصري المحل و السبب ؛

أولا: المحل و السبب ليسا عنصري تكوين

يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري؛ الأصل أن للتصرف القانوني و ضمنه العقد ركنين هما التراضي و السبب أما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد إلاّ أن أهميته لا تظهر إلاّ في الالتزام التعاقدي ذلك أن محل الالتزام غير التعاقدي يحدده القانون، أما محل الالتزام التعاقدي فيعينه المتعاقدان لذلك فإن المحل يذكر عادة مع العقد. [4]

ثانيا: ضرورة المحل و السبب لإنشاء الآثار القانونية

1- المحل: يمكن تعريف المحل في التصرف القانوني بأنه الشيء الذي يلتزم الطرف المتصرف بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله[5]. و محل التصرف القانوني هو محل الالتزام الذي يترتب عليه. و منه

---

[1] مثل : بقاء الرهن الرسمي الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بسبب الحكم بالبطلان، و بقاء عقد الإيجار مرتبا لآثاره في حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة - أنظر نص المادة 885 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 1047. و نص المادة 469 مكرر 3 من القانون 07-05 ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد31، ص 04

[2] تنص المادة 104 من الأمر75-58 على ما يلي : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله ."

[3] تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى ابرام هذا العقد ."

[4] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 170.

[5] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 204

يشترط في محل العقد ثلاث شروط كما يظهر من نص المواد 92 إلى 96 من القانون المدني الجزائري ، و هي :[1]

أ- **الشرط الأول** : أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل ما دام ممكنا و غير مستحيل، و استثنى القانون التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو كان ذلك برضاه[2].

و قد ميز الفقه بين الاستحالة المطلقة و الاستحالة النسبية[3]، أما الأولى فلا تحول دون قيام التصرف القانوني، و الثانية فإنها تحول دون قيام التصرف القانوني و هي ما نصت عليها المادة 93 من القانون المدني الجزائري[4] بقولها : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، كان باطلا بطلانا مطلق ."

ب- الشرط الثاني :هو أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين طبقا لنص المادتين 94 و 95 من القانون المدني الجزائري[5]

ج- الشرط الثالث: هو أن يكون المحل مشروعا ، و هو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر.

2- السبب : تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري[6] على ما يلي : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب ، كان العقد باطلا ."

---

[1] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 69-73

[2] تنص المادة 92 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 995، على أنه : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا.

غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون."

[3] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 206

[4] القانون 05-10 ، المرجع السابق ، ص22

[5] تنص المادة 94 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 995، على ما يلي: " إذا لم يكن عمل الالتزام معينا بذاته، بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ، و مقداره و إلا كان العقد باطلا" .

و تنص المادة 95 من نفس القانون على :" إذا كان محل الالتزام نقودا ، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء تأثير".

[6] الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 995

و تنص المادة 98 من نفس القانون على : " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ."

و يقصد بالسبب بمعنى الباعث الدافع الذي دفع أطراف التصرف القانوني إلى إبرام هذا التصرف، و يشترط فيه شرط واحد ، و هو أن يكون مشروعا. والإثبات هو ما تكلمت عليه المادة 98 من القانون المدني و المذكورة أعلاه، حيث أقام هذا النص فرضين، الأول خلو التصرف القانوني من ذكر السبب ، فيفترض هنا أنه سبب مشروع و هي قرينة بسيطة يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، أما الفرض الثاني فهو ذكر السبب في التصرف القانوني ، فيفترض أن هذا السبب حقيقي و ليس صوري ، و للمدين الذي يدعي الصورية أن يثبت ذلك بالكتابة[1] طبقا لقواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري[2].

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه انقسم حول فكرة السبب ، فمنهم من اعتبره ركن (على رأسهم الفقيه الفرنسي كابيتان) ، و منهم من خالف ذلك (على رأسهم الفقيه بلانيول). و قد احتضن القانون المدني الفرنسي فكرة السبب كركن من أركان التصرف القانوني[3]، إلا أنه تخلى عنها ، و لم يعد السبب من أركان التصرف القانوني[4]– على الأقل ظاهريا ، إلا أننا سنجده ضمنيا في نصوص التشريع المدني.

الفرع الثالث: شكل التصرفات القانونية

[1] علي علي سليمان . المرجع السابق ، ص 73–76

[2] المواد من 323 إلى 350 من الأمر 75–58 ، المتضمن القانون المدني .

[3] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 74

[4] " لقد دمجت المادة الجديدة 1128 من التقنين المدني الفرنسي المحل و السبب في ركن واحد عندما تطلبت أن مضمون العقد مشروعا و محدد . يكمن السبب وراء إلغاء السبب بأن وظيفته في نظرية العقد ليست واضحة تماما بالإضافة إلى تداخله مع مبادئ أخرى في العقد مثل الانعقاد والغلط .بالإضافة إلى ذلك فقد غاب ركن السبب في مبادئ قانون العقود الأوربي ..." نبيل مهدي زوين، المرجع السابق ، ص 7

طبقا لمبدأ الرضائية في التصرفات القانونية ، يكفي توافر الرضا و المحل و السبب لقيام التصرف القانوني ، استثناءًا إذا استلزم القانون توافر شكلاً معيناً لتصرف ما، أو اتفق عليه أطراف التصرف القانوني، فإن هذا التصرف القانوني لا ينعقد إلّا بتوافر الرضا و المحل و السبب و الشكل، و في هذه الحالة تُعَدّ الشكلية ركن من أركان انعقاد التصرف القانوني. وقد استلزم المشرع الجزائري الشكل في بعض التصرفات القانونية لتنبيه أطراف التصرف القانوني على خطورة التصرف القانوني المقدمان عليه، وخاصة إذا كان المحل ذو قيمة اقتصادية كبيرة، كالعقارات مثلا، و أيضا حماية للغير في التصرفات التي تتعلق بها حقوقهم، و كذا تسهيلاً للإثبات في حالة وقوع نزاع.[1]

و اعتبر المشرع الرسمية ركنا في بعض التصرفات القانونية التي جاء ذكرها في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري .وتجب الملاحظة إلى أنه يجب التمييز بين الشكل الذي يفرضه القانون لقيام التصرف القانوني والطريقة التي يوجهها القانون لإثباته.[2]

لزوم الشكل للانعقاد لا يغني عن تراضي الطرفين بعكس الشكلية القديمة حيث كان ينحصر الاهتمام بالشكل بغض النظر عن تحقيق إرادة الطرفين، وسلامة الرضا من العيوب.

و آثار تخلف الشكلية هي[3]بطلان التصرف الرسمي. أما التصرف الذي لا يشترط القانون فيه شكلا معينا ويكتفي فيه بالرضا ، المحل والسبب، فلا يبطل فيها التصرف .

المطلب الثاني: آثار التصرفات القانونية

[1] فضيلة سويلم، المرجع السابق. ص 39

[2] شلابي مشرية: **الشكلية في التصرفات القانونية** ، مذكرة ماستر حقوق تخصص خاص أساسي ، كلية الحقوق جامعة مستغانم ،2018.ص6

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: **النظرية العامة للالتزام العقد و الإرادة المنفردة**، منشاة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004 ، ص20.

إذا صدر التصرف القانوني صحيحا بتوافر أركانه و شروط صحته ترتبت عنه آثار، إلّا أن القوة الملزمة للتصرف القانوني لها أثر نسبي محدود يسمى بمبدأ الأثر النسبي للتصرف من حيث الأشخاص و من حيث الموضوع.

الفرع الأول : مبدأ نسبية أثر التصرف القانوني من حيث الأشخاص

يقضي مبدأ نسبية أثر التصرف القانوني من حيث الأشخاص ألّا تنصرف آثار التصرف القانوني إلاّ لطرفيه و خلفهما العام و الخاص[1].

أولا: أثر التصرف القانوني بالنسبة لأطراف التصرف القانوني: ينشئ التصرف القانوني قاعدة قانونية جديدة – مهما كان مضمونها– تفرض على الأطراف مثلما تفرض القاعدة القانونية [2] التي يضعها المشرع لأن إرادتهم هي من اتجهت لإحداث آثار ذلك القانون.[3]

ثانيا: أثر التصرف القانوني بالنسبة للخلف العام لأطرف التصرف القانوني : الخلف العام هو كل من يخلف غيره (السلف)في كل ذمته المالية أو في حصة منها كالوارث و الموصى له. كقاعدة عامة حسب المادة 108 من القانون المدني الجزائري[4] ، فإنه تنتقل جميع آثار التصرف القانوني(حقوق و التزامات) و الذي يبرمه السلف، إلى الخلف العام، لكن يجب مراعاة قواعد الميراث التي تستوجب احترام قاعدتين و هما:

1– لا تنتقل الأموال والحقوق التابعة للسلف إلاّ بعد سداد ما عليه من ديون والتزامات.

2– لا يلتزم الخلف بالتزامات سلفه إلا في حدود ما آل إليه من حقوق بطريق الميراث.

الاستثناء :لا تسري آثار التصرف القانوني على الخلف العام في الحالات التالية:

---

[1] فضيلة سويلم ، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها

[2] تنص المادة 106 من الأمر 75–58 ، المرجع السابق ، ص 995، على أن : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ."

[3] بناسي شوقي: **تأملات في تعريف العقد**، حوليات جامعة الجزائر1،العدد 32 ، الجزء الرابع، ديسمبر 2018. ص23.

[4] تنص المادة 108 من الأمر75–58، المرجع السابق،ص23، على :" ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث."

1- إذا وجد اتفاق بين أطراف التصرف القانوني على عدم انصراف آثار هذا التصرف إلى الخلف العام لكليهما أو الخلف العام لأحدهما.

2- إذا كانت طبيعة التصرف القانوني ذاتها تستوجب عدم انصراف آثار التصرف القانوني إلى الخلف العام و ذلك بالنسبة للتصرفات التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

3- إذا وجد نص في القانون يقضي بعدم انصراف آثار التصرف القانوني إلى الخلف العام.

ثالثا: أثر التصرف القانوني بالنسبة للخلف الخاص لأطراف التصرف القانوني : الخلف الخاص :هو من يخلف غيره في ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً. و يشترط لانصراف آثار تصرف قانوني من السلف إلى خلفه الخاص طبقا لنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري[1] :

1- أن يكون هذا التصرف القانوني متعلقاً بالمال الذي آل إلى الخلف الخاص.

2- صدور تصرف السلف قبل انتقال المال لخلفه الخاص.

3- علم الخلف الخاص بالتصرف القانوني للسلف قبل انتقال المال إليه.

رابعا: أثر التصرف القانوني بالنسبة للغير : و الغير هو كل شخص أجنبي عن التصرف القانوني، فلا هو من المتصرفين، و لا نائب عنهما، و لا خلفهما العام أو الخاص، وكقاعدة عامة لا تنصرف إليه آثار التصرف القانوني. ولكن استثناءاً يجوز أن يكتسب الغير حقاً من التصرف القانوني طبقا لنص المادة 113من القانون المدني الجزائري[2]، و عموما هناك حالتين استثنائيتين تسري فيهما آثار التصرف؛ القانوني على الغير : حالة وجود نص قانوني يقضي بسريان آثار التصرف القانوني على الغير بصفة مباشرة بموجب الدعوى المباشرة مثل عقد الإيجار من الباطن[3] ، و حالة انصراف آثار التصرف القانوني

[1] تنص المادة 109 من الأمر75-58، المرجع السابق،ص23،على :" اذا انشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه."

[2] تنص المادة 113 من الأمر75-58، المرجع السابق،ص23،على : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ، و لكن يجوز أن يكسبه حقا."

[3] تنص المادة 507 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية الجزائرية،العدد31.ص6 ، على ما يلي: " يكون المستأجر الفرعي ملتزما مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي و ذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر .

إلى الغير بإرادة طرفي التصرف القانوني المبرم و التي أورد المشرع الجزائري صورة تطبيقية بشأنها ألا و هي الاشتراط لمصلحة الغير.

1- التعهد عن الغير : هو اتفاق بين طرفين يتعهد بموجبه أحدهما في مواجهة الآخر بحمل طرف آخر على قبول إبرام تصرف قانوني معين.جاءت أحكامه في المادة 114 من القانون المدني الجزائري[1].

2- الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير هو تصرف قانوني يدرج ضمن العقود ، يشترط فيه أحد المتعاقدين وهو المشترط على المتعاقد الآخر وهو المتعهد، بتنفيذ التزام لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في التصرف القانوني وهو المستفيد أو المنتفع، فينشأ بذلك حق مباشر لهذا الأخير في مواجهة المتعهد. طبقا لنص المادة 116 من القانون المدني الجزائري[2].وآثار الاشتراط لمصلحة الغير منصوص عليها في المادتين 116 و 117 من القانون المدني الجزائري[3].

الفرع الثاني: أثر التصرف القانوني من حيث الموضوع

و لا يجوز للمستأجر الفرعي أن يحتج تجاه المؤجر بما سبقه من بدل الايجار إلى المستأجر الأصلي إلا إذا تم ذلك قبل الانذار طبقا للعرف ، أو الاتفاق الثابت و المبرم وقت انعقاد الايجار الفرعي."

[1] تنص المادة 114 من الأمر75-58، المرجع السابق، ص 23، على : " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ، فإن رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به .

أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد ."

[2] تنص المادة 116 من الأمر75-58، المرجع السابق، ص 23، على : " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .

و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد .

و يجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ".

[3] الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 23.

إذا ابرم التصرف القانوني بتوافر أركانه و شروط صحته، رتب آثاره و أصبح له قوة ملزمة على كلا طرفيه، و قبل دراسة هذه القوة الملزمة، ينبغي تحديد آثار التصرف القانوني المتمثلة فيما يرتبه من حقوق و التزامات[1].

أولا: طرق تحديد آثار التصرف القانوني : آثار التصرف القانوني هي الحقوق و الالتزامات الناشئة عنه و التي تكون واجبة التنفيذ على طرفيه، و يتم تحديد الحقوق و الالتزامات الناشئة عن التصرف القانوني بإرادة أطراف التصرف القانوني لاسيما تلك التي تعتبر من المسائل الجوهرية التي لا يقوم التصرف القانوني بدونها، أما إذا وقع نزاع بين أطراف التصرف القانوني حول تحديد بعض آثار التصرف القانوني بوصفها مسائل تفصيلية، فيتم اللجوء إلى القاضي المدني الذي منحه المشرع عدة وسائل لتحديدها من خلال تفسير التصرف القانوني و تكييفه.

1- تفسير التصرف القانوني : إذا كانت عبارات التصرف القانوني غامضة المعنى(غير واضحة)كأن تحتمل أكثر من معنى(مبهمة) أو متناقضة، فعلى القاضي أن يلجأ إلى قواعد التفسير بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين للتعرف على حقيقة إرادتهما، و يستهدي في ذلك بطبيعة المعاملة وبما ينبغي أن يتوافر بين أطراف التصرف من أمانة وثقة وفقاً للعرف التجاري، و هذا طبقا لنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري.[2] فإن لم يستطع القاضي تحديد إرادتهم منه، فعندئذ يكون قد وصل إلى آخر مرحلة من مراحل التفسير ألا وهي الشك حول عبارات التصرف[3] .

2- تكييف التصرف القانوني: إذا انتهى القاضي من عملية التفسير و تبين له ما اتجهت إليه إرادة أطراف التصرف القانوني، فإنه يقوم بعد ذلك بإعطاء وصف معين لهذا التصرف، حتى يطبق عليه نصوص القانون المناسبة لحكم هذا التصرف القانوني، و لا يتقيد القاضي في تكييفه للتصرف القانوني،

---

[1] فضيلة سويلم ، المرجع السابق ، ص 47 و ما يليها .

[2] تنص المادة 111 من الأمر 75-58، المرجع السابق، ص 996 ،على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إدا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."

[3] تنص المادة 112 من الأمر 75-58، المرجع السابق، ص 996 ، على : " يؤول الشك في مصلحة المدين .

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

بالوصف الذي أطلقه عليه أطرافه، فيتدخل لتصحيح هذا التكييف بإعطاء التصرف القانوني وصفه الصحيح على ضوء ما اتجهت إليه النية المشتركة لأطراف التصرف القانوني.

ثانيا: التزام أطراف التصرف القانوني بتنفيذ التصرف القانوني(القوة الملزمة للتصرف القانوني) :

كقاعدة العامة في تنفيذ التصرف القانوني، يلتزم أطراف التصرف القانوني بتنفيذ مضمون التصرف حسبما اتفقوا عليه ، كما يجب عليهم تنفيذ التصرف القانوني بحسن نية.فالتصرف القانوني بمثابة القانون الذي يحكم أطرافه؛ حيث يلزم كل طرف بتنفيذ آثار التصرف كما تم الاتفاق عليها، كما يجوز لهم نقض الاتفاق أو تعديله باتفاقهم كأصل عام،[1] استثناءاً يجوز لأحد أطراف التصرف القانوني نقض التصرف بإرادته المنفردة في حالات معينة[2]، كما يجوز للقاضي التدخل لتعديل العقد في حالات معينة. **و** طبقا للفقرتين 1، و 2 نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[3] فإن على أطراف التصرف القانوني تنفيذ التصرف وفقا لما اشتمل عليه من شروط بحسن نية.

استثناءاً، لقد سمح المشرع بموجب المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري للقاضي التدخل لتعديل التصرف القانوني ، لرد الاختلال في توازن التصرف القانوني، و الناتج عن الظروف الطارئة. بتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة، يملك القاضي السلطة التقديرية في[4] إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. أو وقف تنفيذ الالتزام المرهق(الظروف الطارئة مؤقتة) أو منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه مراعاة لظروفه الاقتصادية (نظرة الميسرة، – لا تتجاوز مدة سنة).

المبحث الثاني : أحكام التصرف القانوني في إطار أثر للالتزام

[1] تنص تنص المادة 106 من الأمر 75–58 ، المرجع السابق ، ص 995، على أن : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ."

[2] كعقد الوكالة في المادة 587 من الأمر 75–58 ، و عقد العارية في المادة 547 من الأمر 75–58 .

[3] تنص المادة 107الأمر 75–58 ، المرجع السابق ، ص 995 ، على: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية .

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف ، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام .

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

[4] هذا بموجب نص المادة 281 فقرة 1 من الأمر 75–58 ، المرجع السابق ، ص 1005

نشأة التصرف القانوني ترتب آثار قانونية في إطار أثر للالتزام، و هذه الآثار تتمثل في تنفيذ التصرف القانوني و الذي سنرى أحكامه(مطلب أول)، أو نقل ،تعديل أو إنهاء لالتزام ما (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: تنفيذ التصرف القانوني

الطريقة الطبيعية لتمام التصرف القانوني في إطار أثر للالتزام هي وفاء المدين بالتزاماته ، أو بما يعادلها في بعض الأحيان.[1]

الفرع الأول : تنفيذ التصرف القانوني بالوفاء

الوفاء هو تنفيذ أطراف التصرف القانوني لالتزاماتهم، وهو نوعان :[2]

أولا:الوفاء البسيط : يقوم فيه المدين بالوفاء بالدين بنفسه أو نائب عنه ، و يشترط المشرع الجزائري توافر شرطين في الموفي وهما: أهلية التصرف وكذا ملكية الشيء الموفى به.[3]

ثانيا:الوفاء مع الحلول : يكون فيها الموفي بالدين شخصا آخر غير المدين إذ هناك حالات يكون محل الدائن في استيفاء الدين مما ينتج عنه انقضاء الدين الذي في ذمة المدين في مواجهة الدائن و نشوء دين جديد بين الموفي والمدين و هذا هو الوفاء مع الحلول. وأنواع الحلول هي :[4]

1- الحلول القانوني يحل فيه الموفي محل الدائن بقوة القانون، إذ يكون دائما للموفي مصلحة في الوفاء بالدين ويتم الوفاء رغم إرادة الدائن و المدين .ولقد نظم المشرع الجزائري حالات الحلول القانوني في المادة 261 من القانون المدني الجزائري[1] .

---

[1] أنور سلطان : **النظرية العامة للالتزام (أحكام الإلتزام)**، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،2005.ص57

[2] هدروق كهينة ، فركان مريم : **زوال العقد في القانون المدني الجزائري** ، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية .2015/2014. ص 5

[3] تنص المادة 260 من الأمر 75-58 على "يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية."

[4] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 12 و ما يليها

2- الحلول الاتفاقي : يتم الحلول الاتفاقي إما بـــ :

أ- وجود اتفاق بين الموفي و الدائن: يجوز أن يتفق الدائن مع الموفي على قيام هذا الأخير بالوفاء بالدين في مقابل ذلك يقدم له الدائن مخالصة مع الحلول دون حاجة لرضى المدين ولا يشترط فيه شكل خاص.

ب- وجود اتفاق بين الموفي و المدين: يتم هذا النوع من الحلول باتفاق بين المدين و الموفي.

الفرع الثاني : تنفيذ التصرف القانوني بما يعادل الوفاء

أولا:الوفاء بمقابل : يقع على عاتق أطراف التصرف القانوني تنفيذ الالتزامات المتفق عليها وذلك باعتبار أن التصرف القانوني ملزم لأطرافه كالقانون(العقد شريعة المتعاقدين)، غير أنه قد يتفق الأطراف على وفاء بمقابل، و يقصد بالوفاء بمقابل هو قيام المدين بالوفاء بالدين الذي في ذمته عن طريق تقديم شيء بديل عوضا عن الالتزام الأصلي، فإذا كان الدين المستحق مبلغا من النقود استبدل بعقار مثلا، ولا يتم الوفاء بمقابل إلاَ إذا وافق الدائن على ذلك.[2]

أما شروطه ثلاثة ، نصت عليها المادة 285 القانون المدني الجزائري[3] ، وهي:

1- وجود اتفاق بين المدين و الدائن ،

2- أن يكون محل الالتزام شيئا جديدا ،

3- التنفيذ الفوري للاتفاق .

---

[1] تنص المادة 261 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق ، ص 1004 ، على ما يلي: " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال التالية :

- إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين، أو ملزما بوفائه عنه،
- إذا كان الموفي دائنا و وفى دائنا أخر مقدما عليه بما له من تأمين عيني و لو لم يكن للموفي أي تأمين،
- إذا كان الموفي اشترى عقا ار و دفع ثمنه وفاء لدائنين، خصص العقار لضمان حقوقهم،
- إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول".

[2] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 16

[3] تنص المادة 285 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق، ص1006، على" إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء "

و بمجرد تحقق هذه الشروط، يرتب الوفاء بالمقابل آثار قانونية، نصت عليها المادة 286 من القانون المدني الجزائري[1] ، تتمثل في: سريان أحكام البيع على الوفاء بالمقابل ، انقضاء الدين الأصلي وتوابع الدين.[2]

ثانيا :التجديد و الإنابة

1- التجديد هو استبدال الدين القديم بالدين الجديد ويكون سببا في انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد ،إذ يتم بتغيير الدين ،ويتم ذلك باستبداله من حيث محله، أو استبداله من حيث مصدره.[3]
كما يتم التجديد كذلك بتغيير المدين فبدلا من أن يقوم المدين بالوفاء بالدين، يقوم شخص آخر بالوفاء عنه، أو بتغيير الدائن، إذ يقوم فيه المدين بالوفاء لشخص آخر غير الدائن [4]. و لصحة التجديد وجب توافر أربعة شروط هي:

أ- وجود التزام قديم[5]،

ب- إنشاء التزام جديد،

ج- وجود اختلاف بين الالتزام القديم والالتزام الجديد.[6]

---

[1] تنص المادة 286 من الأمر 75-58 ، المرجع السابق، ص1006، على : " تسري أحكام البيع و خصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الإستحقاق، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين .ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء و بالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع و انقضاء التأمينات"

[2] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 19

[3] سمير عبد السيد تناغو: **أحكام الالتزام و الاثبات** ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009. ص 407

[4] أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 368.

[5] تنص المادة 288 الأمر 75-58 على" لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم و الجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان .أما إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للبطلان فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا فقد الالتزام الجديد إجازة العقد واحلاله محل الالتزام القديم."

[6] تنص المادة 287 الأمر75-58 على" يتجدد الالتزام :

- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره،
- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن و الغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد،
- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن و المدين و الغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد. "

د- وجود نية التجديد[1].

2- الإنابة في الوفاء: الإنابة تصرف قانوني[2] يقوم فيها المناب بالوفاء بالدين الذي في ذمة المنيب (المدين) و بموافقة من المناب لديه (الدائن) و لا يشترط في الإنابة وجود علاقة مديونية بين المنيب والمناب.[3] و تنقسم الإنابة إلى نيابة ناقصة و فيها لا يبرئ المناب لديه ذمة مدينه المنيب، و إنابة كاملة و تتضمن استبدال مدين و هو المناب بالمدين الأصلي و هو المنيب.[4]

ثالثا : المقاصة : تعتبر المقاصة أداة وفاء و ضمان لدينين متقابلين بين شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت، إذ تعتبر أداة وفاء مزدوجة، فمن جهة تقضي على أقل الدينين كليا، ومن جهة أخرى تقوم بوظيفة القضاء الجزئي على الدين الأكبر. و شروط المقاصة هي :

1- تقابل الديون من الجهتين ،

2- تماثل في النوع ،

3- أن تتحد الديون في القوة [5].

و للمقاصة ثلاثة أنواع هي:[6]

1- **المقاصة القانونية:** و شروطها أوردتها نص المادة 297 من القانون المدني الجزائري هي :[1]

[1] تنص الفقرة المادة 289 من الأمر 75-58 على "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو استخلاصه بوضوح من الظروف "

[2] تنص المادة 294 من القانون المدني الجزائري على " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. و لا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية بين المدين و الغير."

[3] أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 370

[4] نفس المرجع ، ص 376

[5] كحلون علي : **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام و أحكام الالتزامات** ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس تونس 2015. ص 964.

[6] سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 419

أ. وجود دينين متقابلين ،

ب. اتحاد الدينين من حيث النوع،

ج. خلو الدينين من النزاع،

د. استحقاق الأداء ،

هـ. صلاحية الدينين للمطالبة القضائية،

و. يجب أن يكون الدينين قابلين للحجز عليهما.

2- المقاصة الاختيارية : إذا تخلف شرط من الشروط الواردة في نص المادة 297 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر لا تتحقق المقاصة القانونية، غير أن ذلك لا يمنع أطراف التصرف من الاتفاق على مقاصة تكون اختيارية .

3- المقاصة القضائية : تتقرر المقاصة القضائية بحكم صادر من القاضي بإعمال المقاصة بين الدينين. و قد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 299 من القانون المدني[2] حالات معينة لا تجوز المقاصة فيها وهي :

أ. إذا كان أحد الدينين شيئا نزع من دون وجه حق من يد مالكه وكان مطلوب رده،

ب. إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا للاستعمال وكان مطلوبا رده،

ج. إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز.[3]

رابعا : اتحاد الذمة : من أهم ما يؤدي إلى استقرار العلاقات المالية بين الأفراد هو تنفيذ المتصرفين لالتزاماتهما، غير أنه قد ترد حالات بعد ابرام التصرف القانوني تجمع بين صفتا المدين والدائن في نفس الشخص ،وهو ما يعرف باتحاد الذمة، فهو اجتماع صفتا الدائن والمدين في نفس الشخص، وفي دين

---

[1] نظمها المشرع الجزائري في المادة 297 من الأمر 75-58 والتي تنص " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه و ما هو مستحق له اتجاهه و لو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة النوع و الجودة وكان كل منهما ثابتا و خاليا من النزاع و مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء .و لا يمنع المقاصة تأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

[2] الأمر 75-58، المرجع السابق، ص 1007

[3] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 26

واحد يفترض أن يخلف طرف للآخر فيه، عكس المقاصة التي تتقرر بتلاقي دينين في شخصين مختلفين كل منهما دائن ومدين للآخر، و يجوز تقرير اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية و الحقوق العينية [1].

و قد نظمها المشرع الجزائري في المادة 304 من القانون المدني الجزائري[2]، و عليه يترتب على اتحاد الذمة زوال الالتزام ومنه زوال التصرف القانوني ، وتنقضي معه كافة التأمينات المقررة .

المطلب الثاني: انتقال التصرف القانوني ، أوصافه و أنقضاؤه

سنتطرق في هذا المطلب إلى أحكام التصرف القانوني في إطار أثار الالتزام دون تنفيذه.

الفرع الأول: التصرف القانوني الناقل للالتزام

من بين الآثار القانونية التي قد يرتبها التصرف القانوني ؛ نجد أثر نقل الالتزام. و ينتقل الالتزام عن طريق اتجاه الإرادة إلى إحداث النقل بواسطة حوالة الحق و حوالة الدين.

أولا: حوالة الحق: لم يورد المشرع الجزائري تعريفا لحوالة الحق ، إلاّ أنه نص عليها من خلال الباب الرابع، تحت عنوان انتقال الالتزام من الفصل الأول، من المادة 239إلى غاية المادة 250 . حيث نصت المادة 239 أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين . "

و حوالة الحق عبارة عن تصرف قانوني ينقل الحق من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد يحل محله في ذات الحق، ويسمى الدائن الأصلي أو القديم بـ: المحيل، والدائن الجديد بـ: المحال له، وهي تتم دون حاجة إلى رضا المدين الذي لم يتغير ويسمى : المحال عليه.

حوالة الحق قد تتم بمقابل ثمن نقدي، أي بعوض مالي، فتكون عندئذ صورة من صور عقد البيع، وقد تتم بلا مقابل أي دون عوض فتأخذ حكم الهبة أو التبرع، وقد يقصد بها قضاء دين على المحيل للمحال له،

---

[1] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 28

[2] تنص المادة 304 من الأمر75-58، المرجع السابق،ص1007، على ما يلي: " "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود بملحقاته و بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن ".

فتأخذ حكم الوفاء بمقابل، وقد يقصد بها أيضا إعطاء تأمين أو ضمان خاص، فتأخذ حكم الرهن، ويراد بحوالة الحق انتقاله بتصرف قانوني ينقل بمقتضاه الدائن ماله من حق قِبَل المدين، إلى شخص آخر وهو الدائن الجديد يحل محله في المطالبة بهذا الحق ذاته من المدين.

ومنه فإن أهمية الحوالة في المجال القانوني تتمثل في تحقيق أغراض مختلفة وانجاز عدة عمليات قانونية كان المفروض انجاها بتصرفات قانونية مختلفة، وهذا ما أدى إلى ازدواجية القواعد القانونية التي تحكم حوالة الحق رغم صورتها الواحدة التي لا تتغير، فإذا كان الغرض من الحوالة هو بيع الحق المحال به من المحيل إلى المحال له فتطبق أحكام تصرف البيع، وقد تكون الحوالة مجانية دون مقابل فتكون هبة وهنا تسري عليها قواعد عقد الهبة من وجوب نية التبرع وإفراغها في شكل رسمي الذي يتطلبه القانون لانعقاد عقد الهبة .وقد يكون الهدف من حوالة الحق هو رهن الحق كضمان لدين في ذمة المحيل للمحال له فرهن المحيل حقه الموجود في ذمة الغير بواسطة الحوالة، و التي تجري على سبل الضمان لا تنقل الحق المرهون إلى المحال له .[1]

ثانيا: حوالة الدين: إن حوالة الحق مثلها مثل حوالة الدين ،تؤدي إلى انتقال الالتزام، إلّا أن الإختلاف بين الحوالتين هو أن حوالة الحق تنقل الالتزام من جانبه الايجابي، تنقل الحق من دائن لآخر، بينما حوالة الدين تنقل الالتزام من جانبه السلبي، أي تنقل الدين من مدين لآخر ،ولهذا يقال بأن حوالة الدين ما هي في الحقيقة سوى الوجه المعاكس لحوالة الحق.

تعرف حوالة الدين في القانون على أنها "اتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين". ومن خلال التعريف السابق ، يتبين بأن حوالة الدين هي عبارة عن تصرف قانوني يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قِبَل دائنه إلى شخص أجنبي يصبح مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلاً من المدين الأصلي وهذا ما يجعل من الحوالة تتميز بالخواص الآتية :

1- تغيير الطرف السلبي للالتزام أي المدين .

2- براءة ذمة المدين القديم.

3- احتفاظ الدين بذاتيته الأولى ، فالدين الأصلي هو نفسه الذي ينتقل من مدين إلى مدين آخر.

[1] جواني هاجر ، **حوالة الحق في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،الجزائر.2017. ص 5 و ما يليها

4- يعتبر المدين الجديد خلفا خاصا للمدين القديم. و يسمى المدين الأصلي محيلاً أما الأجنبي يسمى محالاً عليه ، أما الدائن يسمى بالمحال . إلا أن من ناحية أخرى، ليس هناك ما يمنع الحوالة باتفاق بين الدائن والغير، وإن كانت الصورة الأولى لانعقاد الحوالة هي الصورة الشائعة.

إن التعريف القانوني لحوالة الدين هو تعريف غير كامل ، إذ لا يظهر الفائدة العملية و لا القيمة القانونية للحوالة . فمن الناحية العملية نجد حوالة الدين تحقق فوائد مختلفة وهذا ما يؤدي بنا إلى التمييز بين حوالة دين المستقلة و التي تتحقق بصفة منفردة و حوالة دين التي تتحقق بالتبعية والتي تكون كعنصر من عملية أوسع . فالحوالة المستقلة لا يمكن تصورها بسهولة، فتارة نتصورها كعملية قرض إذ المدين يتحصل على مدين جديد يتحمل الدين في مكانه لمدة محددة في مقابل الزامه بدفع أجرة ومصاريف تدخله وتارة أخرى نتصورها كتبرع في حالة قبول الغير تحمل الدين على سبيل التبرع.

في حين حوالة دين بالتبعية يمكن تصورها بكل سهولة ، باعتبار أن القانون بحد ذاته يعطي أمثلة على ذلك ، مثل حالة بيع العقار المرهون مع انتقال الدين المضمون بالرهن إلى المشتري و المنصوص عليها في المادة 935 من القانون المدني. و من ناحية النظر للقيمة القانونية للحوالة ، فإن التعريف القانوني السابق يخفي جزءا جوهريا من الحقيقة وبالأخص لم يبين إذا كان من أثر حوالة الدين الحلول الفعلي للمدين الأصلي من طرف الأجنبي مع براءة ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن من دون تدخل إرادة الدائن أم لا بد من تدخل الدائن لتحقيق ذلك.[1]

الفرع الثاني : أوصاف التصرف القانوني

هو كل تصرف قانوني يُعدِّل الحق أو الالتزام عن طريق وصف يضيفه أحد أطراف التصرف القانوني إلى العناصر التكوينية للتصرف و هذا الوصف قد يكون شرط أو أجل:[2]

[1] هاجر جواني ، المرجع السابق، ص 16

[2] إحدادن حنان،إباليدن كاتية : **الشرط و الأجل كأوصاف معدلة لآثار الالتزام في القانون المدني الجزائري و المقارن** ، مذكرة ماستر،كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر .2016.

أولا: الشرط : هو أمر ممكن مستقبلا، محتمل الوقوع ، يترتب عليه وجود الحق أو زواله . فإن عُلِّق الحق على وجود هذا الوصف نكون أمام شرط واقف، و إن علق الحق على زوال هذا الوصف نكون أمام شرط فاسخ.

يشترط في الوصف المعلق للحق – بالإضافة إلى كونه أمر مستقبل محتمل الوقوع– أن يكون مشروعا، و ألاّ يكون إراديا محضا.

ثانيا: الأجل: هو أمر مستقبل محقق الوقوع، سواء كان وقوعه في وقت معلوم ، أو في وقت غير معلوم، ويترتب على إقتران الالتزام به، إما توقف تنفيذ الالتزام حتى حلوله و يسمى بالأجل الواقف،و إما إنقضاء الالتزام أو إنتهاؤه، وهو الذي يعرف بالأجل الفاسخ.

و مصادر الأجل إما إرادة أطراف التصرف القانوني ، أو التشريع، أو أحكام القضاء.

لقد نص المشرع الجزائري على الشرط والأجل كأوصاف معدلة لأثار الإلتزام في المواد 203 إلى 212 الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني الخاص بالإلتزامات والعقود.

الفرع الثالث: انقضاء و زوال التزامات التصرف القانوني

يزول التزام التصرف القانوني و ينتهي ؛ بالابراء ، أو قد ينقضي باستحالة التنفيذ، أو بالتقادم، أو بالفسخ.

أولا: الإبراء: هو تصرف قانوني بإرادة واحدة على سبيل التبرع يقوم بمقتضاه الدائن بالنزول عن حق له قبل مدينه دون مقابل،[1] غير أن المشرع الجزائري ألزم الدائن بإعلام مدينه بالإبراء،[2] فلا يصبح نافذا إلاَ به، كما يحق للمدين أن يرفضه ، و هذا بموجب نص المادة 305 من القانون المدني الجزائري[3]. أما المادة 306 من نفس القانون ، فقد أورت شروط الابراء[4]، حيث لم يشترط نص المادة شكلية خاصة

[1] سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 430

[2] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 31

[3] تنص المادة 305 من الأمر 75–58، المرجع السابق، ص 1007،على ما يلي : " ينقضي الالتزام، إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين" .

[4] تنص المادة 306 من الأمر 75–58، المرجع السابق، ص 1007، على : " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع .ولا يشترط فيه شكل خاص و لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان."

للإبراء، فهذا الأخير عبارة عن هبة غير مباشرة ،غير أنه في حالة ما إذا كان الإبراء على شكل وصية فإنه يأخذ حكم الوصية من حيث الشكل والموضوع ويدخل ضمن الوصية إذا قام الدائن بإبراء مدينه وهو على فراش الموت، وعليه تشترط الأهلية الكاملة للدائن، كما تشترط أهلية التبرع، وخلو الإرادة من عيوب الرضا.[1]

و تختلف آثار الإبراء باختلاف ما إذا كان الإبراء كليا للدين، أو جزئيا له فقط ، فوفقا لنص المادة 305 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر فإنه بمجرد نزول الدائن عن حقه قبل المدين ينقضي الدين ، والذي بدوره يؤدي إلى زوال التصرف القانوني المبرم ، هذا في حالة الابراء الكلي، أما الابراء الجزئي فإنه يكون قيام الدائن بالنزول عن جزء من الدين ، ففي هذه الحالة يبقى الدين قائما في حدود الجزء المتبقي بعد خصم الابراء.و في حالة تعدد المدينين و كانوا متضامنين فيما بينهم، فإن قيام الدائن بإبراء أحدهم لا يبرئ ذمة الآخرين إلا إذا صرح بذلك .[2]

ثانيا: استحالة التنفيذ : تنص المادة 307 من القانون المدني الجزائري على "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته ". و منه فاستحالة التنفيذ هي عدم قدرة المدين على تنفيذ التزاماته المتفق عليها في التصرف القانوني، لسبب أجنبي خارج عن إرادته، كهلاك الشيء لقوة قاهرة. و من خلال نص المادة 307 ، فإنه يتطلب توافر شرطين أساسيين للقول باستحالة التنفيذ، أولهما أن يصبح التنفيذ مستحيلا، وثانيهما أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه. و بمجرد تحقق الشرطين ينقضي الالتزام وجميع توابعه ،غير أنه وفقا للمادة 178 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري[3] التي تنص" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة..."، نجد أنه إذا اتفق أطراف التصرف القانوني على تحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة

---

[1] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 31

[2] تنص المادة 227 من الأمر 75-58 على : " إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه متضامنين، فلا تبر أ ذمة الباقين إلا إذا صرح بذلك فإن لم يصدر منه هذا التصريح ، لا يجوز له مطالبة باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين و في هذه الحالة يكون لهم الحق في الرجوع على المدين الذي أبرئت ذمته بحصته في الدين " . و عليه إذا تمسك الدائن بكامل الدين قبل مدينيه الباقين يحق لهم الرجوع على المدين بقدر حصته. – للمزيد أنظر هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 32

[3] الأمر 75-58، المرجع السابق، ص 999

القاهرة يبقى الالتزام قائما في ذمة المدين ويتحول محل التصرف القانوني المبرم إلى تنفيذ بطريق التعويض[1] .

ثالثا: التقادم المسقط : هو انقضاء الالتزام بعد مرور مدة زمنية محددة قانونا على أجل استحقاق الدين دون أن يقوم الدائن بالمطالبة به، مما يتيح للمدين حق الدفع بسقوط التزامه في مواجهة الدائن، و يتم إعمال هذا النوع من التقادم في الحقوق الشخصية و العينية، غير أنه يستثنى حق الملكية[2]، و القاعدة العامة في التقادم المسقط وردت في نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون و فيما عدا الاستثناءات الآتية ".فالقاعدة العامة في التقادم المسقط هي انقضاء الالتزام بمرور خمسة عشر سنة،[3]

أما الاستثناءات الواردة على مدة التقادم الطويل فقد أوردها المشرع الجزائري في نصوص خاصة و أدرج البعض الآخر في القسم الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس المتعلق بانقضاء الالتزام من القانون المدني نذكر منها[4]:

ـ نص المادة 101 من القانون المدني الجزائري و المتعلقة بإبطال التصرف القانوني، حيث حددت مدة تقادم الحق في طلب إبطال التصرف القانوني بـ 05 سنوات تسري في حالة نقص الأهلية من يوم زوال السبب، و في حالة الوقوع في غلط ، إكراه، أو تدليس فمن يوم اكتشافه، غير أنه في الحالات الثلاث الأخيرة يسقط الحق بمرور 10 سنوات من إبرام التصرف القانوني.

ـنص المادة 359 من القانون المدني الجزائري و المتعلقة بدعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، و التي تنقضي بمرور 03 سنوات من يوم إبرام التصرف القانوني ، أما في حالة انعدام الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز.

---

[1] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق ، ص 34

[2] نفس المرجع ، ص 38

[3] السنهوري عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف–الحوالة–الانقضاء)** ، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي ، بدون سنة نشر ، بيروت .ص 1008 و ما يليها

[4] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 39 و ما يليها

رابعا: زوال التصرف القانوني الفسخ : يقع على عاتق المدين أن يقوم بتنفيذ التزاماته المتفق عليها في التصرف القانوني ، وفي حالة اخلاله بها يلجأ الدائن إلى طلب الفسخ ومن خلال هذا المطلب سنتطرق في فرع إلى تعريف الفسخ و ذكر شروطه، و في فرع ثان إلى كل من كيفية تقريره ، و كذا آثاره.

الفسخ هو حل رابطة التصرف القانوني بين أطرافه بطلب من أحد المتصرفين جزاء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته المتفق عليها في التصرف القانوني[1].و من خلال نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري يمكن استخلاص شروط الفسخ و هي [2]:

1- عقد ملزم لجانبين،
2- إخلال أحد المتصرفين بالتزاماته،
3- تنفيذ طالب الفسخ لالتزاماته.

يستلزم لحصول الفسخ أن يتم تقريره قضائيا، أي بحكم صادر من المحكمة المختصة، غير أنه يجوز أن يكون اتفاقيا في حالة اتفاق أطراف التصرف عليه في التصرف القانوني[3] .

1- الفسخ القضائي: لايتقرر هذا الحق إلاّ إذا قام طالب الفسخ بإعذار المدين، غير أن هناك حالات لا يستدعي فيها إعذار المدين وهي:

أ- تصريح كتابي للمدين عن عدم رغبته في القيام بالتزاماته.
ب- أن يكون التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين كأن يهلك المبيع بفعل البائع.

و بمجرد تحقق شرط الإعذار يقوم الدائن برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة لاستصدار حكم بفسخ التصرف القانوني ، و يكون الحكم منشئا للفسخ على خلاف الفسخ الاتفاقي و الانفساخ اللذان يكون الحكم فيهما مقررا للفسخ .

[1] نفس المرجع، ص 64
[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص 700 و ما يليها
[3] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 67 و ما يليها

2- الفسخ الاتفاقي: يستلزم لتحقق الفسخ الاتفاقي حسب نص المادة120 من القانون المدني الجزائري[1] أن يتفق أطراف التصرف في التصرف القانوني المبرم بينهما على وقوع الفسخ بمجرد إخلال أحدهما بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي ،ويجب أن تتصرف إرادة المتصرفين إلى الفسخ بشكل صريح، وللقاضي سلطة تقدير وجود هذا الشرط من عدمه، كما يتحقق من وجود اتفاق مسبق على الفسخ،و بصفة عامة يتحقق من وجود شروط الفسخ المتفق عليها ، أمَا بالنسبة للحكم الذي يصدره القاضي في هذه الحالة فهو حكم كاشف للتصرف القانوني ، و ليس حكما منشئا له كما أن إعذار الدائن للمدين قبل فسخ التصرف القانوني واجب، فإذا لم تحدد طريقة الإعذار جرى حسب العرف السائد، كما يجب على الدائن أن يتمسك بفسخ التصرف إذ لا يقع الفسخ بمجرد عدم التنفيذ، بل يحصل عندما يستعمل حقه في الفسخ.

3- الانفساخ بقوة القانون الانفساخ بقوة القانون خلافا للفسخ القضائي والاتفاقي فإنه يتقرر إذا استحال على أحد المتصرفين أن يقوم بتنفيذ التزاماته مما يؤدي إلى انحلال التصرف القانوني بأثر رجعي.

و بمجرد توقيع الفسخ تترتب عنه آثار قانونية، بصرف النظر عما إذا كان الفسخ قضائي أو اتفاقي وهذه الآثار تكون على أطراف التصرف القانوني' من جهة والغير من جهة أخرى. [2]

[1] تنص المادة 120 من الأمر 75-58، المرجع السابق، ص 996 ، على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي .وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار ،الذي يحدد حسب العرف عند تحديده من طرف المتعاقدين ".

[2] هدروق كهينة ، فركان مريم ، المرجع السابق، ص 70 و ما يليها – أنظر المواد من 119 إلى 122 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدّل و المتمم.

خلاصة الفصل:

حتى نكون أمام تصرف قانوني صحيح منتج لآثاره وجب توافر أركانه و تحقق شروط صحة التصرفات القانونية ، و أركان التصرفات القانونية تتمثل في كل من الرضا، المحل ، السبب ، و الشكلية المفروضة في بعض التصرفات القانونية .

أما شروط الصحة فإنها تتمثل في توافر أهلية التصرف و كذا خلو الإرادة من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط و الاكراه ، التدليس و الاستغلال.

إذا لم يتحقق أحد أركان التصرف القانوني فإننا نكون أمام تصرف معدوم و باطل بطلان مطلق. أما إذا توافرت أركان وجوده و لم يتحقق فيه أحد شروط صحة التصرف القانوني فإننا نكون أمام تصرف قابل للإبطال.

و آثار التصرف القانوني الصحيح تكون في الأصل ما بين طرفي التصرف القانوني ، إلاّ أنه يمكن أن تتجاوز طرفيه ، و تمتد إلى الغير ، و هي ما يعرف بنسبية أثر التصرف القانوني.

كما أن للتصرف القانوني آثار قانونية من حيث الموضوع و هي ما يطلق عليه القوة الملزمة للتصرف القانوني .

الطريقة الطبيعية لانقضاء التصرفات القانونية في الأصل تكون بتنفيذه أي بالوفاء ، إلاّ أن هناك طرق أخرى تعادل الوفاء تنفذ بها التصرفات القانونية ؛ و هي الوفاء بمقابل ، التجديد ، الإنابة ، المقاصة ، و كذا اتحاد الذمة.

و طرق انقضاء التصرف القانوني دون الوفاء هي الإبراء ، استحالة التنفيذ ، و كذا التقادم. كما قد يتقرر زوال التصرف بالفسخ و الذي ينقسم الى فسخ قضائي و اتفاقي و آخر قانوني.

و أغلب أحكام العقد في القانون المدني الجزائري تطبق على التصرف القانوني ، إلا الخاصة بركن التعبير عن الإرادة ، أين نجد أن التصرفات بإرادة منفردة لا تحتاج إلى قبول على عكس التصرفات القانونية بإرادتين أين رأينا وجوب تطابق الإيجاب و القبول .

خاتمة

من خلال الفصل الأول ارتأينا إلى وضع أسس نظرية للتصرف القانوني – وخلصنا إلى أن:

- المفهوم الجديد للعقد كما جاء به الأمر 2013-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي عالج الانتقادات التي كانت موجهة لتعريف العقد قبل التعديل.
- المشرع الفرنسي بتعديله الأخير كان جريء، إلا أن تعديله هذا لا يعتبر تغيير جذري بحيث يمكن معه القول أنه قام بثورة في القانون المدني.
- الاتفاق أوسع مجالاً من العقد من حيث الآثار القانونية حيث أن العقد يشمل أثر انشاء الالتزام فقط ، بينما الاتفاق يشمل باقي الآثار القانونية من نقل و تعديل و إنهاء . و يشتركان من حيث أنهما اتجاه لإرادتين نحو إحداث الأثر القانوني.
- التصرف القانوني أوسع مجالا من الاتفاق القانوني من حيث اتجاه الإرادة، إذ أن الأخير يضم دائرة المعاملات بإرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني، بينما التصرف القانوني يشمل حتى مجال المعاملات بإرادة منفردة و المتجه لإحداث أثر قانوني .
- أحكام العقد في القانون المدني هي نفسها الأحكام التي تحكم التصرفات القانونية

و من خلال الفصل الثاني – و الذي من خلاله أسقطنا أحكام العقد في القانون المدني الجزائري على التصرفات القانونية – نخلص إلى أن:

– أحكام العقد تنطبق على التصرفات القانونية إلا فيما يخص أحكام القبول، والذي لا يمكن تصوره في تصرف قانوني بإرادة منفردة.

– بما أن ركن السبب في العقد– في الغالب يكون مفترض بأنه مشروع – فالأجدر حذفه من أحكام أركان العقد واقعا – التصرف القانوني في حال التعديل – مثل ما فعل المشرع الفرنسي.

العقد تم تعريفه في القانون المدني الفرنسي على أنه اتفاق شخصين أو أكثر على انشاء التزام، بينما الاتفاق هو عبارة عن اتجاه ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواءا كان انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه.

و عليه يمكن نقد تعريف المشرع للعقد ، إذ أن الاتفاق يضم المعاملات المنشئة و غير المنشئة للالتزام و هو ما يناقض التعريف في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

و على أثر ذلك النقد الذي وجه للمشرع الفرنسي ، قام الأخير بتعديل تعريف العقد و أصبح العقد و الاتفاق شئ واحد ، و ذلك بإضافة باقي الآثار القانونية إلى التعريف.

إلا أنه من خلال دراستنا هذه خلصنا إلى أن التصرف القانوني أوسع مجالا من العقد و الاتفاق ، إذ أنه يضم دائرة المعاملات المحدثة لأثر قانوني ، سواءا بإرادة واحدة أو إرادتان . فالمشرع الجزائري أدرج التصرفات بإرادة واحدة ضمن العقود رغم صراحة نص المادة 54 من القانون المدني بقولها :"...شخصان أو أكثر..." .فالوصية و الهبة و الوقف ليست في الحقيقة عقود و إنما تصرفات قانونية بإرادة منفردة .

و في هذا الصدد نقترح إدراج نظرية التصرف القانوني في التقنين المدني الجزائري و التي تضم نظرية العقد و التصرفات بإرادة منفردة ، و التخلي عن التقسيم المعتمد حاليا و الذي يأخذ بنظرية الالتزام و يقسم الأحكام بحسب مصادر الالتزام. و بالتالي يكون التقسيم كالتالي :

العنوان الرئيسي : التصرفات القانونية ، ثم عنوان فرعي :التصرفات القانونية بإرادة منفردة ، عنوان فرعي ثان : التصرفات القانونية بإرادتين أو أكثر . عنوان فرعي ثالث : أثر التصرفات القانونية .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

الكتب :

1. محمد حسن قاسم : **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018.
2. كحلون علي : **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام و أحكام الالتزامات** ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس 2015.
3. السعدي محمد صبري: **الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة)**، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ، دار الهدى ، الجزائر2013.
4. نبيل ابراهيم سعد: **المدخل إلى القانون نظرية الحق** ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت .2010.
5. البوشواري محمد : **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ، الطبعة الأولى ، مكتبة قرطبة ، المملكة المغربية ، 2010.
6. سمير عبد السيد تناغو: **أحكام الالتزام و الاثبات** ، الطبعة 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009.
7. موريس نخلة : **الكامل في شرح القانون المدني دراسة مقارنة** ، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، سنة 2007
8. أنور سلطان : **النظرية العامة للالتزام (أجكام الإلتزام)**، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،2005.
9. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: **النظرية العامة للالتزام العقد و الإرادة المنفردة**، منشاة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004 .
10. سليمان بوذياب :**ميادئ القانون المدني دراسة نظرية و تطبيقية و عملية في القانون الحق الموجب و المسؤولية** ،الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع . لبنان 2003.
11. أمجد محمد منصور : **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،2003.

12. علي علي سليمان : **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري** ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2003.

13. محمد حسين منصور: **مصادر الالتزام العقد و الارادة المنفردة**، الجامعية، القاهرة، 2000.

14. دبيان بن محمد الدبيان : **المعاملات المالية أصالة و معاصرة** ، المجلد الأول ،الطبعة الثانية ، مكتبة الملك فهد الوطنية ،الرياض.1432 هـ.

15. عمر سالم محمد : **الالتزامات في القانون المدني على الوجه المبسط** ، بدون دار نشر ، بدون سنة نشر.

16. السنهوري عبد الرزاق :

- **الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام–مصادر الالتزام)** ، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، بدون سنة نشر.
- **الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام (الأوصاف–الحوالة–الانقضاء)** ، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي ، بدون سنة نشر ، بيروت .
- **مصادر الحق في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)**، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، بدون سنة نشر .

الرسائل و المذكرات و المحاضرات :

الرسائل:

17. نسير رفيق ، **نظرية التصرف القانوني الثلاثي** ، أطروحة شهادة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2018.

المحاضرات:

18. سويلم فضيلة: **محاضرات في القانون المدني مصادر الالتزام** ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة سعيدة 2018/2017.

المذكرات

19. إحدادن حنان،إباليدن كاتية : **الشرط و الأجل كأوصاف معدلة لآثار الالتزام في القانون المدني الجزائري و المقارن** ، مذكرة ماستر ،كلية الحقوق بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر .2016.
20. جواني هاجر ، **حوالة الحق في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،الجزائر.2017.
21. شلابي مشرية : **الشكلية في التصرفات القانونية** ، مذكرة ماستر حقوق تخصص خاص أساسي ، كلية الحقوق جامعة مستغانم ،الجزائر.2018.
22. هدروق كهينة ، فركان مريم : **زوال العقد في القانون المدني الجزائري** ، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية .الجزائر.2015.
23. يحياوي زهية ،طهروست نبيلة ، **النظام القانوني لتصرفات الصبي**، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ،الجزائر. 2013.

المجلات :

24. **حوليات جامعة الجزائر1**، بناسي شوقي: تأملات في تعريف العقد، العدد 32 ، الجزء الرابع، ديسمبر 2018، الجزائر.
25. **مجلة دراسات جامعة عمار ثليجي الأغواط**، بن قسمية العربي : تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)،العدد62، جانفي 2018، الجزائر.
26. **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، فواز عبد الرحمن صالح :الارادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام (دراسة مقارنة) ، المجلد 28 ،العدد الأول.2012 ، سوريا.
27. **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة** ، نبيل مهدي زوين: الإصلاحات المدخلة على نظرية الإلتزام في القانون المدني الفرنسي (جان سمتس و كارولاين كالوم) ترجمة أ.د نبيل مهدي زين/ كلية القانون – جامعة الكوفة العراق ، العدد 20 ، ديسمبر 2017، لبنان.

الكتب الأجنبية :

28. CARBONNIER (J.), Droit civil, t. IV, Les obligations, P.U.F. (coll. Thémis), 20ème éd. , Paris, 1996

29. DUGUIT (L.), Traité de droit constitutionnel, A. Fontemoing éd., Paris, 1927

30. DEMOGUE (R.), Traité des obligations en général, sources des obligations, t. I, Rousseau, Paris, 1923

31. GOUNOT (E.), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912

32. CAPITANT (H.), Introduction à l'étude du droit civil, A. Pedone, 3ème éd. , Paris, 1912

القوانين:

33. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، **يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم** . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،عدد78السنة الثانية عشر، صادرة بتاريخ 1975/09/30.

34. القانون رقم 84-11 المؤرخ في09 يونيو 1984 ، **المتضمن قانون الأسرة** ، المعدل و المتمم ،الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 24.

35. قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005. يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و**المتضمن القانون المدني،** المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 44

36. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 08 مارس 2006، الجريدة الرسمية الجزائرية ، عدد 14.

37. الأمر 2016-131 المعدِّل لقانون العقود و الأحكام العامة للالتزامات و الإثبات ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 0035 الصادر بتاريخ 2016/02/11

قائمة المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر و عرفان	
إهداء	
مقدمة	
الفصل الأول : الأسس النظرية للتصرف القانوني	
تمهيد	05
المبحث الأول : مفهوم التصرف القانوني	06
المطلب الأول : تعريف التصرف القانوني	06
الفرع الأول : تعريف التصرف القانوني في القانون المدني الفرنسي	06
الفرع الثاني: تعريف التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري	09
الفرع الثالث : تعريف التصرف القانوني عند فقهاء القانون	10
المطلب الثاني : أنواع التصرفات القانونية	13
الفرع الأول: تقسيم التصرفات القانونية من حيث انشائها	13
أولا: التصرفات القانونية من جانب واحد	13
ثانيا: التصرفات القانونية من جانبين (الاتفاق)	14
ثالثا: التصرفات القانونية الجماعية	16
الفرع الثاني : تقسيم التصرفات القانونية من حيث آثرها	16
أولا: التصرفات القانونية المنشئة للحق	16
ثانيا: التصرفات القانونية الكاشفة للحق أو المقررة له	16
المبحث الثاني: ارتباط التصرف القانوني بالإرادة	18
المطلب الأول: العناصر المكونة للتصرف القانوني	18
الفرع الأول: وجود تعبير عن الإرادة	18
أولا: اتجاه يعتبر الإرادة ليست مصدر من مصادر القانون	19
1- مدرسة القانون الطبيعي	19
2-مدرسة القانون الوضعي	20
أ- طرح "DUGUIT " لا وجود للحق وإنما لمراكز قانونية	20

ب- طرح " KELSEN" لا وجود للحق و إنما لتسلسل مقاييس موضوعية	22
ثانيا: اتجاه يعتبر الإرادة مصدر من مصادر القانون	24
الفرع الثاني: إنشاء آثار قانونية	25
المطلب الثاني : طبيعة التصرف القانوني	26
الفرع الأول: التصرف القانوني ملزم	26
الفرع الثاني: التصرف القانوني من مصادر الالتزام	28
خلاصة الفصل	30
الفصل الثاني : نحو نظرية عامة للتصرف القانوني	
تمهيد	32
المبحث الأول : أحكام التصرف القانوني كمصدر للحق	33
المطلب الأول : إنشاء التصرفات القانونية	33
الفرع الأول : الإرادة كعنصر جوهري لقيام التصرفات القانونية	33
أولا: وجود الإرادة كشرط وجود	33
1- توافق إرادتين	34
2- عدم ضرورة وجود قبول	37
ثانيا: شروط صحة التصرف القانوني	37
1-الأهلية	38
أ- عوارض الأهلية	38
ب- موانع الأهلية	39
2-خلو الإرادة من عيوب الرضا	39
أ. الغلط	39
ب. التدليس	40
ج. الإكراه	40
د. الاستغلال	40
ثالثا: جزاء تخلف شروط صحة التصرف	40

الفرع الثاني: مضمون التصرف القانوني	42
أولا: المحل و السبب ليسا عنصري تكوين	42
ثانيا: ضرورة المحل و السبب لإنشاء الآثار القانونية	42
1- المحل	42
أ. الشرط الأول : أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل	43
ب. الشرط الثاني : أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين	43
ج. الشرط الثالث : أن يكون المحل مشروعا	43
2- السبب	43
الفرع الثالث: شكل التصرفات القانونية	44
المطلب الثاني: آثار التصرفات القانونية	46
الفرع الأول : مبدأ نسبية أثر التصرف القانوني من حيث الأشخاص	46
1- أثر التصرف القانوني بالنسبة لأطراف التصرف القانوني	46
2- أثر التصرف القانوني بالنسبة للخلف العام لأطرف التصرف القانوني	46
3-أثر التصرف القانوني بالنسبة للخلف الخاص لأطراف التصرف القانوني	47
4-أثر التصرف القانوني بالنسبة للغير	47
1- التعهد عن الغير	48
2- الاشتراط لمصلحة الغير	48
الفرع الثاني: أثر التصرف القانوني من حيث الموضوع	49
أولا : طرق تحديد آثار التصرف القانوني	49
1-تفسير التصرف القانوني	49
2- تكييف التصرف القانوني	49
ثانيا : التزام أطراف التصرف القانوني بتنفيذ التصرف القانوني(القوة الملزمة للتصرف القانوني)	50
المبحث الثاني : أحكام التصرف القانوني في إطار أثر الالتزام	51
المطلب الأول: تنفيذ التصرف القانوني	51
الفرع الأول : تنفيذ التصرف القانوني بالوفاء	51

أولا:الوفاء البسيط	51
ثانيا:الوفاء مع الحلول	51
1-الحلول القانوني	52
2-الحلول الاتفاقي	52
الفرع الثاني : تنفيذ التصرف القانوني بما يعادل الوفاء	52
أولا:الوفاء بمقابل	52
ثانيا :التجديد و الإنابة	53
1. التجديد	53
2. الإنابة في الوفاء	54
ثالثا : المقاصة	54
1-المقاصة القانونية	54
2-المقاصة الاختيارية	55
3-المقاصة القضائية	55
رابعا : اتحاد الذمة	55
المطلب الثاني: انتقال التصرف القانوني ، أوصافه و أنقضاؤه	56
الفرع الأول: التصرف القانوني الناقل للالتزام	56
1. حوالة الحق	56
2. حوالة الدين	57
الفرع الثاني : أوصاف التصرف القانوني	58
1. الشرط	59
2. الأجل	59
الفرع الثالث: انقضاء و زوال التزامات التصرف القانوني	59
أولا: الإبراء	59
ثانيا: استحالة التنفيذ	60
ثالثا: التقادم المسقط	61
رابعا: زوال التصرف القانوني الفسخ	62

1. الفسخ القضائي	62
2. الفسخ الاتفاقي	63
3. الفسخ بقوة القانون	63
خلاصة الفصل	64
خاتمة	65
قائمة المراجع	68
قائمة المحتويات	73
قائمة الأشكال	78

قائمة الأشكال

العنوان	الصفحة
الشكل رقم(01) يوضح مجال كل من التصرفات القانونية الاتفاق القانوني، و العقد في القانون في القانون المدني الجزائري	12
الشكل رقم(02) يوضح أنواع التصرفات القانونية	17