وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة يحي فارس بالمدية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

النية المشتركة للمتعاقدين وفق المذهبين الشخصي والموضوعي في القانون المدني الجزائري

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه " علوم" في الحقوق

الطالب: عبد الحميد عزوز

المشرف: الدكتور/ توفيق شندارلي

لجنة المناقشة:

أ–د/ رشيد شميشم	أستاذ التعليم العالي	جامعة المدية	رئيسا
د/ توفيق شندارلي	أستاذ محاضر " أ "	جامعة المدية	مشرفا ومقررا
د/ لخضر حليس	أستاذ محاضر " أ "	جامعة المدية	عضوا
د/ زبيري بن قويدر	أستاذ محاضر " أ "	جامعة الأغواط	عضوا
د/ سعيد سعودي	أستاذ محاضر " أ "	جامعة الأغواط	عضوا
د/ يوسف زروق	أستاذ محاضر " أ "	جامعة الجلفة	عضوا

تاريخ المناقشة : 27 جوان 2020

قَالَ تَعَالَىٰ:

﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلۡنَٰكُمۡ أُمَّةٗ وَسَطٗا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيۡكُمۡ شَهِيدٗاۗ وَمَا جَعَلۡنَا ٱلۡقِبۡلَةَ ٱلَّتِي كُنتَ عَلَيۡهَآ إِلَّا لِنَعۡلَمَ مَن يَتَّبِعُ ٱلرَّسُولَ مِمَّن يَنقَلِبُ عَلَىٰ عَقِبَيۡهِۚ وَإِن كَانَتۡ لَكَبِيرَةً إِلَّا عَلَى ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۗ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَٰنَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِٱلنَّاسِ لَرَءُوفٞ رَّحِيمٞ ١٤٣﴾

البقرة الآية 143

"العالم مقسوم إلى شرق وغرب إلى أمم تقدس الفرد وأمم تقدس المجموع، فالذين آمنوا بالفرد إيمانا مطلقا على حساب المجموع اضطروا لحقوق المجموع، والذين آمنوا بالمجموع على حساب الفرد اضطروا إلى أن يرعوا حقوق الفرد.

فكلا الفريقين تطرفا وعادا إلى الوسط، إلا أنهما لم يعودا أمانا(طواعية) ولكن طبيعة الظروف ألجأتهم إلى ذلك.

وهذا هو موقف الإسلام (الاعتدال)، فهو وسطي ليس في مجال معين وإنما في كل مجالات الحياة".

الأستاذ الدكتور

محمد راتب النابلسي حفظه الله

شكر وتقدير

أتقدم بأسمى عبارات وآيات التقدير والشكر الجزيل للأستاذ الدكتور

المشرف شنداريلي توفيق على توجيهاته الشكلية والموضوعية في سبيل إعداد

هذه الأطروحة، ولله الحمد والفضل والمن من قبل ومن بعد على توفيقه لي

في هذا العمل.

كما أثني على أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذه الرسالة

وجزاهم الله عزّ وجل خير الجزاء.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى المرحوم والدي تغمّده الله برحمته الواسعة

إلى الوالدة الكريمة حفظها الله ورعاها.

إلى زوجتي الكريمة، أبنائي: ريان، مرام، نهاد.

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله جميعًا.

إلى أخي وصديقي وزميلي لخضر حليس الذي كان لي سندًا معنويًا حقيقيًا

في سبيل إنجاز هذا العمل وأمدني بالمراجع.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة إلى كل هؤلاء، جزاهم الله خير

الجزاء

مقـــدمة

مقدمة

يعتبر العقد من بين أهم مصادر الالتزام في كل الأنظمة القانونية على اختلاف توجّهاتها السياسية والاقتصادية، لذلك أولته التشريعات المدنية اهتماما كبيرا، وعلى غرار ذلك خصص لها المشرع الجزائري الفصل الثاني من الكتاب الثاني الموسوم بالالتزامات والعقود من المادة 54 إلى غاية المادة 123 مكرر 1 فضلاً عن العقود المسماة التي نضّمها في ذات القانون أو في التشريعات الخاصة بالعقود سيما ما تعلّق منها بعقود الاستهلاك والتأمين والعمل.

فالعقد يمرّ بمرحلتين أساسيتين، تتمثل المرحلة الأولى في مرحلة الإبرام، فلابد من توافر أركان لذلك هي التراضي والمحل والسبب والشكلية في العقود التي يشترط فيها القانون ذلك.

كما يشترط القانون أيضا شروطًا لصحة العقد تتصل بأهلية المتعاقدين وخلو رضاهما من العيوب المقررة قانونا، ثم تلي هذه المرحلة الهامة مرحلة ثانية لا تقل أهمية عن سابقتها، هي مرحلة تنفيذ العقد، إذ يلتزم فيها الأطراف بتنفيذ التزاماتهما المتفق عليها، بل أيضًا وما يعد من مستلزماته طبقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أن مرحلة تنفيذ العقد قد تثار فيها أحيانًا بعض الإشكالات المتعلقة بالمشارطات أو بنود العقد، حيث يختلف بشأنها المتعاقدين حول مضمونها أو كيفية تنفيذها بسبب اختلاف فهم كل متعاقد لعبارات العقد وبنوده بما تقتضيه مصلحته والغاية الاقتصادية التي يتوخاها من العملية التعاقدية، فيتم اللجوء إلى القاضي لفض هذا النزاع، الذي يقوم بتفسير العبارات الواردة في العقد من أجل استجلاء النيّة المشتركة للمتعاقدين تمهيدًا لتنفيذه وتحقيقًا لمبدأ استقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة فيها.

ومن هنا تظهر أهمية عملية تفسير العقد التي تساهم بصفة مباشرة في تحقيق الغرض الاقتصادي منه كونه ترجمة قانونية لمعاملة اقتصادية، فضلا عن أنّ التفسير يحقق غايات غير مباشرة

عديدة ومتنوعة تعتبر من مقتضيات التفسير ومسائله الأولية التي يجب على القاضي أن يتصدّى لها ويفصل فيها قبل تفسير العقد، تحقيقا للأمن القانوني.

تنصب هذه الدراسة بالبحث عن مضمون تفسير العقد من خلال التركيز على سلطة القاضي في ذلك بالاستعانة بوسائل التفسير التي أوردها المشرع سواء تعلّق الأمر بالتفسير الشخصي للعقد مع الاستعانة بعناصر أو عوامل تفسير موضوعية، أو اللجوء مباشرة إلى التفسير الموضوعي التي يهدف إلى تحقيق العدالة العقدية.

أما عن أسباب اختيار الموضوع، فيرجع أساسا إلى ما يثيره من إشكالات عميقة في مجال تفسير العقد والتي تتصل اتصالا وثيقا بتنفيذ العقد وهي أهم مرحلة فيه، باعتباره الأداة المثلى لتبادل المنافع.

وبخصوص الدراسات السابقة، فقد تناول العديد من الباحثين هذا الموضوع كل حسب زاوية دراسته له أبرزها تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن لمؤلفه عبد الحكم فودة وهي أطروحة دكتوراه حاول من خلالها الباحث ابراز مضمون نظرية تفسير العقد في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي والألماني وكذا الشريعة الاسلامية، مع استعراض خصوصية نظرية تفسير العقد في القانون المدني المصري وتميزها عن القانونين الفرنسي والألماني، كما نجد أيضا دراسة أخرى للمؤلف أحمد شوقي محمد عبد الرحمان بعنوان: تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات وهي دراسة فقهية وقضائية تظهر فيها أهمية الاستعانة بقواعد الاثبات لتفسير العقد.

وقد ركزنا في دراستنا هذه على مواطن تأثر المشرع الجزائري بكل من المذهب الشخصي والموضوعي في قواعد تفسير العقد مع ابراز الوظيفة الحمائية للتفسير في عقود الاذعان التي تتميز باختلال التوازن العقدي بين الطرفيين في مرحلة الابرام، وذلك بعد التفصيل في الجوانب الفلسفية للموضوع من خلال التركيز على انعكاسات المذهبين الشخصي والموضوعي في مجال العقد وما تميزت به الشريعة الاسلامية من قواعد في هذا الشأن.

أما بشأن الصعوبات التي اعترضت هذه الدراسة فهي تتعلق أساسا بتشعب الموضوع الذي يتصل بجوانب متعدّدة من أحكام العقد سواء في النظرية العامة أو في تشريعات العقود المختلفةّ، وكيفية ربط هذه الجزئيات المبعثرة في نسق فكري موحد بما يحقق الغاية من هذه الدراسة.

وفيما يتعلق بإشكالية الدراسة فتكمن فيمايلي:

ماهي قواعد تفسير العقد المستمدة من المذهبين الشخصي والموضوعي في القانون المدني الجزائري؟

على أن هذه الإشكالية تثير بعض التساؤلات الجزئية:

- ما مضمون المذهبين الشخصي والموضوعي في نظرتهما للعقد ؟
- ماهي وسائل وغاية تفسير عقود المساومة والاذعان؟
- ما هي أحكام تفسير العقد في الفقه الإسلامي؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة، كان لزامًا اتباع المنهج التحليلي مع تتبع التطور الفلسفي لنظرية العقد ابتداءًا من مبدأ سلطان الإرادة الى غاية انتكاسه والذي كان سببا في ظهور التصور الموضوعي في الفقه والقانون الوضعي، ثم وصف وتحليل القواعد القانونية المتعلقة بتفسير العقد في القانون المدني التي كانت انعكاسا لهذين التصورين في سياق بيان قواعد التفسير التي تخضع لها العقود الخاصة التي عرفت انتشارا كبيرا في التشريعات الخاصة، سيما عقود الاستهلاك، مع التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من المسألة على اعتبار أنه كان سبّاقًا في معالجة مسألة تفسير العقد بنظرة معتدلة ومتميزة هي سرّ تفوّقه.

على أن الإجابة عن الاشكالية تقتضي اتباع خطة تتكون من بابين، الأول يتم التطرق فيه إلى النية المشتركة للمتعاقدين وفق المذهب الشخصي في القانون المدني الجزائري باستعراض مضمون

المذهب الشخصي في نظرية العقد عموما وفي تفسيره خصوصا(الفصل الأول) مع بيان تطبيقاته في القانون المدني الجزائري (الفصل الثاني).

بينما في الباب الثاني يتم استعراض مضمون المذهب الموضوعي في نظرية العقد عموما، وانعكاس ذلك على تفسيره خصوصا(الفصل الأول) مع ابراز تطبيقاته في القانون المدني الجزائري (الفصل الثاني)، مع التنويه بموقف الفقه الاسلامي سواء ما تعلق بنظرته الشخصية أو الموضوعية في هذا الموضوع، ليتم التوصل في الأخير إلى جملة من النتائج ذات أهمية بالغة، وتبنى عليها مجموعة من الاقتراحات الهامة في مسألة تفسير العقد .

الباب الأول:

النية المشتركة للمتعاقدين وفق المذهب الشخصي

في القانون المدني الجزائري

يعتبر العقد في الأساس تعبيرا عن الارادة الحرة والمختارة وفق مبدأ سلطان الارادة في ظل المذهب الفردي، الذي يقوم على تقديس حرية الفرد وحقوقه، وقد تجسد ذلك بوضوح في مجال العقد بما يصطلح عليه الحرية التعاقدية، والتي كان لها انعكاسا واضحا في مجال تفسير العقد الذي يرتبط بصفة أساسية وجوهرية بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، من خلال الإرادة الظاهرة المعبر عنها، والتي يفترض أنها متطابقة مع الارادة الباطنة وهي جوهر ومناط الالتزام، إلى جانب الاستعانة بعوامل تفسير موضوعية في مجال التفسير الارادي للعقد (الفصل الأول).

أورد المشرع الجزائري في القانون المدني حالات تفسير العقد التي تتضمن القواعد التي يستعين بها القاضي في سبيل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فضلا عن عوامل إرادية أخرى من ابتداع الفقه الاسلامي يتم اللجوء إليها بمقتضى احكام الفقرة الثالثة من المادة الأولى منن القانون المدني باعتبار أن الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني للقانون، بالإضافة إلى تلك العوامل المحيطة بالعقد وترتبط بمقدماته وبكيفية تنفيذه.

الفصل الأول: نظام التفسير الشخصي للعقد

يرتكز تفسير العقد وفقا للنظام الشخصي أساسا على عنصر الأشخاص، فجوهر الفرد أو الشخص هو الإرادة الحرة الواعية والمختارة، إذ يتقرر لها أصلا كامل السلطان في إبرام التصرف القانوني التعاقدي من عدمه، ذلك أن العقد هو نتاج توافق الإرادتين وهو ما يعبر عنه بركن التراضي. وهو الأصل العام في إبرام العقود حيث لا تتقيد الإرادة في ذلك بأي شكل أو إجراء معين، وإذا اشترط القانون ذلك فيكون على سبيل الاستثناء، والإرادة الحرة المختارة هي الكفيلة بحماية حقوقها وتحقيق مصالحها، وبذلك يعد العقد الأداة المثلى للتعامل بين الأشخاص تحقيقا للعدالة الاجتماعية وتبادل المنافع الاقتصادية (المبحث الأول).

إن القاضي وهو بصدد تفسير العقد يجد نفسه ملزما بفحص أركانه، ذلك أن التفسير يستلزم ويقتضي بداهة وبصورة أولية فحص ركن التراضي من حيث وجوده وصحته –وهو الأصل في إبرام العقود– كما يفحص القاضي ركني المحل والسبب من حيث مشروعيتهما، ويراقب الشكلية المشترطة قانونا إذا كانت ركنا من أركان العقد، مما يتقرر معه بالنتيجة أنه مكلف بحماية مصالح الأطراف المتعاقدة من جهة، كما يقوم أيضا بحماية النظام العام والآداب العامة تحقيقا لمصلحة المجتمع وفي نفس الوقت الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات بما يجسد الثقة المشروعة فيها(المبحث الثاني).

المبحث الأول: التفسير الإرادي للعقد

يستند المذهب الشخصي في تفسيره للعقد وفقا لإرادة المتعاقدين إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر نتيجة منطقية ومباشرة للمذهب الفردي، هذا المذهب الذي ظهر عقب الثورة الفرنسية التي جعلت من الفرد أساس وغاية القانون، مما يقتضي التعرض إلى هذا الأساس (المطلب الأول)، ثم لانعكاساته على نظرية العقد عموما وعلى نظرية التفسير خصوصا(المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطان الإرادة أساس التفسير الإرادي للعقد

إن سلطان الإرادة كان نتيجة حتمية و منطقية للفلسفة القانونية الفردية التي ظهرت وتبلورت عقب الثورة الفرنسية، حيث جعلت من حرية الفرد أقدس حق كرسته مختلف الأنظمة القانونية، وعليه سيتم التطرق إلى هذا المبدأ من الناحية التاريخية (الفرع الأول)، كما أنه يقوم على أسس فكرية وفلسفية تجسد القناعة الفقهية التي نادت بالحرية الفردية باعتبارها الغاية الأسمى من التنظيم الاجتماعي بواسطة قواعد القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطان الإرادة من الناحية التاريخية

انطوى مبدأ سلطان الإرادة على مفهوم خاص في ظل التشريعات القديمة التي عرفت البوادر الأولى لهذا المبدأ، وذلك حسب طبيعة هذه المجتمعات وما كان يسودها من أفكار ومعتقدات، واهتمامها بمسألة الحرية باعتبارها حقا طبيعيا غير قابل للمساومة أو التفاوض، والتي وجدت صداها في مصطلح الإرادة بأن تكون أساسا في مجال التصرفات القانونية عمومًا، وفي مجال العقود خصوصًا، (أولا)، لتعرف مفهوما متميّزًا في ظل الشريعة الإسلامية (ثانياً).

أولا: سلطان الإرادة في النظم القانونية القديمة

لقد كان لمبدأ سلطان الإرادة مفهومًا خاصًا ومحددا في القانون الروماني(1)، ثم برز بصورة مختلفة وبشكل واسع يعكس الاعتقادات السائدة في ظل النفوذ الكنسي(2).

1- سلطان الإرادة في القانون الروماني

تميز مبدأ سلطان الإرادة في العصور القديمة للقانون الروماني بارتباطه وصلته الشديدة أو اللّصيقة بالشكلية القانونية، حيث لم يكن للإرادة وحدها أن تنشئ تصرفًا يحفل به القانون أو أن يرتب آثارا قانونية إلا إذا أفرغت أو صيغت في شكلية معيّنة أو وفقا لإجراء قانوني معيّن[1]، والذي كان يعد الجوهر والأساس في إنشاء الالتزام، وذلك بصرف النظر عن الإرادة إن كان يشوبها أو يعتريها عيب، وسواء اختلفت الإرادة المعبّر عنها عن تلك الكامنة في نفس صاحبها أم كانت مطابقة لها[2]، فكان مصدر التزام المدين ليس إرادته، إنّما لاستيفاء التصرّف للشكل الذي يتطلبه القانون الذي يعتد بهذا التصرّف بغض النظر عن سبب الالتزام إن كان موجودًا أو غير موجود، وسواء تحقق أو لم يتحقق، ويستوي الأمر كذلك إن كان مخالفًا أو غير مخالف للنظام العام والآداب، إذ أن التصرّف يستمد وجوده وصحته عند استيفاءه للشروط الشكلية القانونية، لا من حيث موضوعه بالاعتداد بالإرادة وصحتها، أو النظر إلى سبب الالتزام ومدى مشروعيته[3].

1 لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 29.

2 صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1964، ص 6-7.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص 91، الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول –أحكام العقد-، الجزء الأول: أركان العقد، الطبعة الثالثة، دون ذكر بلد نشر، دون ذكر سنة نشر، ص 51، رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 474.

إن المجتمع الروماني في هذه العصور لم يعرف انتشارًا واسعًا للعقد، بل كان اللجوء إلى وسيلة العقد أمر قليل او نادر الوجود لا يتم إلا عندما تقتضي ضرورة التعامل ذلك، كما كان إبرام العقد آنذاك أمرًا في غاية الأهمية والخطورة مما يستلزم لانعقاده حفلاً خاصًا يتضمن طقوسًا وشكليات معينة، وبها ينعقد العقد ولا حاجة للقاضي في البحث في نيّة المتعاقدين[1]، فبساطة المجتمع الروماني وقلة المعاملات الاقتصادية آنذاك هي التي بررت الطابع الشكلي الذي كان يتطلبه القانون سواء بالتلفظ بعبارات معينة، أو القيام بإجراءات خاصة حتى يرتب التصرف أثره القانوني[2]. ولم يول القانون الروماني أهمية للإرادة بحد ذاتها من حيث أنها مصدر للالتزام عمومًا، وفي العقد خصوصا مما ترتب عنه عدم الاهتمام بسبب العقد ومشروعيته، كما كان هناك مصدر آخر للالتزام بجانب العقد وهو الجريمة وذلك عندما يعتدي شخص على شخص آخر ويلحق به ضررًا[3].

ونظرا للمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على المجتمع الروماني وتواصله مع شعوب وحضارات أجنبية مختلفة، فقد أقر القانون الروماني تصرفات تطغى عليها الرضائية، ولكن ليس بصفة كلية ومتنصلة عن الشكلية التي عرفها الرومان في العهد القديم، بيد أنه في نفس الوقت اشترط تسليم العين محل التصرف، ولذلك اصطلح عليها بالتصرفات العينية إذ تنتقل الحيازة المادية للشيء محل التصرف من المدين إلى الدائن بالتسليم، ولقد ظل الوضع كذلك حتى في عهد العصر العلمي باشتراط الشكلية في العقود، مع ظهور العقود الرضائية ولكن على وجه الاستثناء فقط، كما اعترف البريتور بمصدر آخر من الالتزامات سميت بالالتزامات البريتورية، لتعرف بذلك الإرادة نوعا من الحرية في إبرام

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 91، عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2015، ص 223.

2 عرف القانون الروماني ثلاثة أشكال للتصرفات التي تنشئ حقوقًا شخصية: عقد الاستدانة nexum يتم بالسبيكة والميزان والعقد الشفوي يتضمن سؤالا من الدائن إلى المدين عن قبوله للتعهد وجوابًا بالموافقة من المدين، بينما العقد الكتابي Litteris يقوم فيه المدين بقيد الدين في سجل الدائن، أنظر: حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 21.

3 عباس العبودي، المرجع السابق، ص 222.

بعض التصرفات التي نظمها القانون، حيث لا يتقرر للشخص إنشاء علاقة التزام لم ينظمها القانون، كما أنه ليس للإرادة تعديل الآثار القانونية المترتبة عن التصرف[1].

أما في عهد الإمبراطورية السفلى، فإن سلطان الإرادة اتسع مجاله بشكل أكبر وأوسع وعلى حساب الشكلية التي عرفت تدهورا، وبخاصة عندما اندمج القانون البريتوري والمدني وأصبحا قانونا واحدا في عصر جستنيان[2]، الذي اعتمد فيما يخص تقسيم مصادر الالتزام إلى مصادر ناشئة عن العقود وشبه العقود، ومصادر للالتزام ناشئة عن الجرائم وشبه الجرائم مع إغفاله لنص القانون باعتباره مصدرًا للالتزام، إلا أن الفقيه موديستان أقر بوجود التزامات مصدرها التشريع أو القانون القضائي، وعندها صار القانون المصدر الخامس للالتزامات، وتبنّى القانون المدني الفرنسي القديم هذا التقسيم للمصادر الخمسة للالتزام بتقرير من الفقيه بوتييه الذي يعد همزة وصل بين القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي[3].

ونشير في هذا الصدد أن القانون الروماني عرف القاعدة المشهورة: "**العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**" وقد تأكد ذلك بصدور دستور الامبراطور ليون عن 472م.

كما ظهرت طائفة جديدة من الاتفاقات تعرف بالاتفاقات الشرعية "Pacta légitimia"، التي يرجع الفضل في ظهورها والاعتراف بها قانونا إلى إرادة الأباطرة التي كانت بمثابة المصدر الروحي للقانون، بان جعلت بعض التصرفات تنشأ بمجرد تحقق عنصر التراضي أي كفاية الإرادة بذاتها لنشوء التصرف القانوني، هذا بالإضافة إلى التطور الملحوظ الذي عرفته العقود غير المسماة والتي صيغت لها فيما بعد نظرية عامة[4].

أما بالنسبة لتحديد مضمون العقد فقد أعترف للإرادة –جزئيًا– بمكنتها أو قدرتها على تعديل آثار العقد غير الجوهرية في إطار ما يسمح به القانون، وترتب عن ذلك اشتراط سلامة الرضا من العيوب

1 صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 7،8.
2 صوفي حسن أبو طالب، المرجع نفسه، ص 9.
3 عباس العبودي، المرجع السابق، ص 222.
4 صوفي حسن أبو الطالب، المرجع السابق، ص 8.

ووجوب وجود سبب للعقد وتطابق التعبير مع القصد الحقيقي للمتعاقد، أي تمييز الإرادة الظاهرة المعبر عنها عن تلك الإرادة الباطنة الكامنة في نفسية المتعاقد[1]. وعلى الرغم من التطور الذي عرفه مبدأ سلطان الإرادة في هذه المرحلة، إلا أن الرأي الذي استقر عليه الفقه أن القانون الروماني كان قائما على عدم كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء وترتيب الالتزام طبقا للمبدأ المشهور بأن: "**الاتفاق المجرد لا ينتج عنه أي أثر**" وهوما تعارض مع المبدأ البريتوري المتضمن سعي وعمل هذا الأخير لحماية الاتفاقات، رغم محاولة الفقه الروماني التخلص من هذا التعارض، إلاّ أن الغلبة كانت للقاعدة الأصولية الأولى غالبًا. كما كان لتطور المجتمع الروماني بعد الحروب البوذية بالغ الأثر في اعتناق البريتور لمبدأ سلطان الإرادة الذي انحصر تطبيقه في أحكام القانون المدني الذي أقر في نفس الوقت مبدأ الشكلية– الذي كان الأصل في القانون الروماني– وبالموازاة عرف مبدأ الرضائية باعتباره مبدأ عام تغلّبا على مبدأ الشكلية منذ عصر الإمبراطورية السفلى عندما توحّد واندمج القانونين المدني والبريتوري معًا [2].

2– سلطان الإرادة في القانون الكنسي

لم تنقطع الشكلية التعاقدية في العصور الوسطى، بل ظلت مستمرة إلى نهاية القرن الثاني عشر، ولم يظهر دور الإرادة بشكل واضح في إبرام العقد إلاّ بصورة تدريجية، وقد كان للمبادئ الدينية وقانون الكنيسة أثرًا بالغًا وكبيرًا في هذا التدرج نحو تخليص وتحرير العقد من الشكليات والإجراءات القانونية إذ اعتبر أن الإخلال بالوعد جريمة في نظر الدين[3].

وانتقل الإخلال بالوعد على أنه خطيئة من القانون الكنسي إلى جريمة في القضاء المدني، وبذلك اعترف للإرادة بدورها في تكوين العقد وترتيب آثاره من حيث الحقوق والالتزامات وقد أقرت كل من فرنسا وإيطاليا هذا المبدأ في بداية القرن السادس عشر، فظهر التعاقد بين غائبين والتعاقد بالوكالة، وأصبح يعتد

1 صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 14.
2 راجع أكثر تفصيل: صوفي حسن أبو طالب، المرجع نفسه، ص 15،16.
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 93، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51.

بالقصد الحقيقي للمتعاقدين وليس بألفاظ وعبارات التعاقد، وتقرر ركنا السبب والمحل في الالتزام، وكذلك البطلان المطلق عند انعدام الرضا بدل تخلّف الشكلية، وصار ينظر في مشروعية السبب والمحل، وعيوب الرضا وأصبحت تؤثر في صحة العقد وترتب على ذلك قابليته للإبطال[1]، إذ استمرت الرضائية في التوسع بعد زوال الدولة الرومانية وكانت الكنيسة والمبادئ الدينية أكبر سند وحليف لها، من حيث وجوب صون العهود واحترام المواثيق، فتقرر أن كل اتفاق يتسم بالالزامية ولو لم يرد ضمن شكليّة معيّنة، وهو ما عبّر عنه الفقيه لوازيل (Loysel) بصورة واضحة وجلية بمقولته المشهورة: "**إن الأبقار تقيّد من قرونها، ولكن الرجال يقيدون بألسنتهم**"[2].

وبذلك فإن الكنيسة أحدثت نقلة نوعية من حيث تحرير العقود من الشكلية والإجراءات القانونية إلى مبدأ الرضائية، على الرغم من النزعة الشكلية للقانون الروماني في بداياته إذ كان من الصعب آنذاك تصوّر أن مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن كاف بحد ذاته لترتيب الآثار القانونية[3].

كما أن المستجدات السياسية والاقتصادية التي عرفتها تلك المرحلة، أدى إلى تدخل الدولة تدريجيًا في العلاقات التبادلية التي تنشأ بين الأفراد، وقررت لتلك الاتفاقات حماية قانونية دون اتباع شكليّة معيّنة، كما أن اشتداد حركة الإنتاج وانتشار التجارة أدى إلى تخليص العقود والاتفاقات من تلك الأشكال والأوضاع التي كانت تقف عائقًا في وجه حرية التعامل، وأصبح القضاء التجاري يفصل في الخصومات والنزاعات حسب مقتضيات العدالة بصرف النظر عن شكل التصرف إن كان مجرد اتفاق أم كان عقدًا شكليًا[4].

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص94،95،96.

2 نقلا عن: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام- الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991-1992، ص 44.

3 ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول انعقاد العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص95.

4 حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 22.

ولقد ساعد الدولة في تدخلها لحماية الاتفاقات الفردية نظريات وأفكار سياسية واقتصادية ظهرت بشكل بارز في القرن السابع عشر مشبعة بالروح الفردية[1]، و ظل الوضع كذلك إلى غاية القرن التاسع عشر، إذ أن ظهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة من الزمن كان سببًا رئيسيًا ومباشرًا في ازدهار المبدأ، هذا المذهب الذي عمد إلى تقديس الحرية الفردية واعتبارها أساس القانون وغايته[2].

ثانيا: سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة أو ما اصطلح عليه بالحرية التعاقدية منذ ظهورها[3] ذلك أنّ الإرادة لها كامل الحرية في إبرام التصرفات التعاقدية، فتراضي الطرفين كاف لنشوء العلاقة التعاقدية دون اشتراط أي شكلية معيّنة ما عدا بعض العقود كعقد الزواج الذي يشترط فيه شكلية معيّنة مراعاة لمصلحة أو مصالح معيّنة حيث يشترط فيه حضور شاهدين، إذ الغاية من ذلك الإشهار أو الإعلان بالزواج[4].

إن أساس سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية قائم على الحرية والاختيار، بل إن منهج الشريعة الإسلامية في الدعوة إلى اللّه عز وجل في حد ذاته – وهو أكبر قيمة ومقامًا من التصرفات والمعاملات– يقوم أساسًا على الحرية والاختيار لقوله تعالى:﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [5]، وبالتالي فهي لم تقم على الجبر والقهر[6].

لقد عني فقه الشريعة الإسلامية على مرّ الأزمنة واختلاف الأمكنة بالحرية التعاقدية، والتي ترتكز على محورين أساسيين: أولهما أن العقود تقوم على الرضائية في إنشائها دون وجوب إفراغ الإرادة في أي

1 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 52.
2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.
3 يقول الله تعالى في الآية 15 من سورة الأحزاب﴿ وَكَانَ عَهۡدُ ٱللَّهِ مَسۡـُٔولٗا ﴾ ففي هذه الآية الكريمة حكم لا يتعلق بعلاقة الشخص بخالقه فقط، بل بعلاقته بنفسه في حد ذاتها، كما يسري هذا الحكم في علاقات الأفراد فيما بينهم، أنظر أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 26.
4 حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 28.
5 سورة البقرة، الآية 256.
6 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 135.

قالب شكلي أو اتخاذ إجراء معيّن عمومًا. أما الأساس الثاني هو تقرير مكنة الإرادة على ترتيب آثار العقد وأحكامه، وذلك بأن يضمّن المتعاقدين شروطًا في عقدهما، تخدم مصالحهما وتحقق غاياتهما الاقتصادية ليكون بذلك العقد القانون الخاص بالمتعاقدين، إذ لا يجوز هدمه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وسنعرض بإيجاز إلى دور الرضائية في إبرام العقود(1)، وترتيب آثاره في الفقه الإسلامي(2).

1- دور الرضائية في إبرام العقود في الفقه الإسلامي

أقرت الشريعة الإسلامية حرية الأشخاص الكاملة في إبرام مختلف العقود واشتراط ما يرونه محققًا لمصالحهم الشخصية، وذلك طبعًا في إطار دائرة حدود الشرع بما تتضمنه من أوامر اللّه تعالى ونواهيه، وتلك حدود الله التي لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاوزها أو التعدي عليها لقوله تعالى:﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [1]، وفيما عدا ذلك فالأشخاص لهم كامل الحرية في التعاقد بكل رضائية، وهاته الأخيرة توحي بسلطة الإرادة في اختيار أو عدم اختيار التعاقد، وذلك في نطاق المباحات[2]، وإذ تمّ التراضي دون وجود مبرر للخيار فإن مضمون العقد يكون ملزمًا لطرفيه إذ لا يجوز لهما الإخلال بشروط العقد إعمالاً لقوله تعالى:﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾[3]، ويقول تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾[4]، ويقول أيضا:﴿بَلَىٰ مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِۦ وَٱتَّقَىٰ فَإِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٧٦﴾﴾ [5].

1 سورة البقرة، الآية 229.
2 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 72.
3 سورة الإسراء، الآية 34.
4 سورة المائدة، الآية 01.
5 سورة آل عمران، الآية 76.

إذا كان الرضا هو المعول عليه في إبرام العقد وتكوينه، فإنه يشترط في هذا الرضا أن يكون صادرًا عن إرادة حرة وواعية، كما يجب أن يكون خاليًا من العيوب التي تمس بسلامته، بأن يكون غير مشوب بالغلط أو الإكراه أو التدليس[1].

ويتبيّن من هذا حرص الشريعة الإسلامية على حماية رضا المتعاقد الذي يعتبر الأساس في إبرام العقد وخلوه من العيوب التي يمكن أن تشوبه، سواء كان مصدر هذا العيب المتعاقد ذاته بأن يتصور الأمر على غير حقيقته وهو ما يعرف بالغلط، أو أن يتعرض من المتعاقد معه أو من الغير إلى إكراه أو تدليس يكون دافعا إلى إبرام العقد وذلك لتحقيق غايات اقتصادية معيّنة.

2- دور الرضائية في تحديد آثار العقد ونقضه وتعديله في الفقه الإسلامي

إن أساس إلزامية العقد في الشريعة الإسلامية يرتكز على الوفاء بالعهد الذي أوجبه الشارع الحكيم[2] لقوله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [3]، ولقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[4]، وبذلك فإن ميزة الشريعة الإسلامية في تنظيمها للحياة الاجتماعية لا تتعلق بفكرة الردع والعقوبة، وإنما تستند إلى استقامة الفرد على شريعة خالقه وذلك بالامتثال إلى أوامره ونواهيه وهو ما يعرف بالاستقامة على صراط الله القويم ويصطلح عليه فقهًا بسلطان الشرع، فالشريعة الإسلامية تهتم بعلاقة الإنسان بخالقه، وبعلاقة الإنسان مع أخيه الإنسان دون أدنى استغلال أو الحصول على مال الغير دون وجه حق[5].

1 ليس هناك ما يمنع من ابتكار عقود واتفاقات لم تعرفها كتب ومؤلفات الفقه الإسلامي، وذلك استجابة لضرورات الحياة المستمرة والمتطورة على مرّ الفترات والأزمنة التي عرفها المجتمع الإسلامي، أنظر فؤاد محمد معوض، المرجع السابق، ص 76،77.

2 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 70 وما يليها.

3 سورة المائدة، الآية 1.

4 سورة الإسراء، الآية 34.

5 أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، دون ذكر سنة نشر، ص 2.

ويعرف الفقه الإسلامي في مجال دور الرضائية في تحديد آثار العقد ونقضه وتعديله ما يسمى بفكرة الجعلية، ومؤداها أن آثار العقد من جعل الشارع الحكيم، وبالتالي فإن الإرادة لا تتدخل في ذلك ويقتصر دورها في الدخول في العقد فقط أي المسبب، أما السبب فهو من جعل الله عزّ وجل، ولذلك اصطلح عليها الفقه الإسلامي بالجعلية[1].

إذن، وإن كان الفقه الإسلامي يقر بقدرة الإرادة على إبرام العقد، إلا أن أحكامه وآثاره هي من ترتيب الشارع الحكيم وليس من إرادة المتعاقد[2].

إن آثار العقد التي تثبت بمقتضى الأحكام الشرعية ليست على درجة واحدة من حيث مجالها وحدودها، إذ يجب التمييز في هذا الشأن بين الأحكام الأصلية للعقود المقررة من الشارع الحكيم لكل عقد من العقود وبين آثاره الفرعية، فالأولى لا يمكن للمتعاقدين المساس بها إذ لا يمكنهما تعديلها أو مخالفتها، لأن مقصد الشارع هو حماية الصالح العام بما فيها مصلحة المتعاقدين الخاصة، أما الثانية وهي الآثار الفرعية، فيمكن للأطراف المتعاقدة تعديلها أو تغييرها بما يحقق مصلحتهما الشخصية، وهو ما يتفق مع فكرة موجودة في القانون الوضعي وهي التمييز بين القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، التي يقابلها في الفقه الإسلامي الأحكام الأصلية للعقود، وبين القواعد المكملة أو المفسرة التي لا تتعلق بالنظام العام وتجد نظيرًا لها في الفقه الإسلامي وهي الأحكام أو الآثار الفرعية للعقود[3].

الفرع الثاني: أسس مبدأ سلطان الإرادة

يعتمد انصار المذهب الفردي في تبرير مبدأ سلطان الإرادة على أساس إيديولوجي (أولا)، وأساس اقتصادي (ثانيًا).

---

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 85.
2 أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في الأصول، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001،2002، ص 196.
3 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص 128.

أولا: الأساس الإيديولوجي

يستند الأساس الفلسفي أو الإيديولوجي لسلطان الإرادة على ركيزتين أساسيتين وهما: فكرة الحرية الطبيعية للإنسان(1)، ونظرية العقد الاجتماعي(2).

1- الحرية الطبيعية للإنسان

يقوم التصوّر الفكري لمبدأ سلطان الإرادة على مسلمة مقتضاها أن كل فرد حرّ، وهذه الحريّة حق أساسي ومتأصل في الإنسان، ومن ثمّ فإنّه يتقرر من حيث المبدأ أن كل إنسان بريء الذمة، إذ لا يكون مدينًا لإنسان آخر، وإذا كانت هناك التزامات تفرض على الفرد لحماية المجتمع فإن ذلك لا يكون إلاّ على سبيل الاستثناء[1].

ويبدو واضحًا من مضمون هذا الأساس الإيديولوجي لمبدأ سلطان الإرادة تكريسه للحرية الفردية باعتبارها من أقدس الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بصورة طبيعية، وهي المنطلق الأساسي الذي يبني عليه المبدأ فلسفته المشبعة بالروح الفردية التي كانت تقدس وتمجّد الفرد وتعتبره أساس وغاية المجتمع.

وترتيبا على ذلك، فإنه يقع على عاتق المجتمع واجب توفير الحماية لتكريس الحربة الفردية اللازمة بتسخير المجموع للفرد والحاصل أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر أحد المظاهر الخاصة لهذه الفلسفة السياسية الفردية[2].

كما نشير أن نظرية سلطان الإرادة تذهب إلى تصور أبعد من هذا، إذ تقرر أن الإنسان لا يستكمل شخصيته إلاّ إذا كان حرًّا، بل إن ملمح هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، ومن ثم فلا مجال للحديث عن الإنسان أو الفرد إلاّ إذا كان متمتعًا بالحرية الشخصية التي تجد ترجمتها في القانون الطبيعي

1 أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 13.
2 نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الجامعة الجديدة، مصر، ص 35، محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام ، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، الطبعة الثانية، 1993، ص 25،26.

الذي يركز على الحرية الفردية ولزوم احترامها، والقواعد القانونية ما هي إلا تجسيد لهذه الحرية والهدف الذي تصبو إليه في الأخير شريطة ألا تتعارض مع حرية الآخرين، فالأهم قبل كل شيء هو العناية بالحرية الفردية قبل الأخلاق والآداب الاجتماعية فهي الأولى بالحماية عن المصالح الجماعية[1]، ويبدو من مضمون تصوّر هذه النظرية سموّ الحرية الفردية على العدالة الاجتماعية لذلك اصطلح عليه بالمذهب الفردي الحر، على اعتبار أنّ الفرد هو أساس المجتمع، وما هذا الأخير إلا مجموع الأفراد الذين يشكلونه، وسعي القانون لتحقيق المصلحة الفردية ما هو في الأخير إلا تحقيق للصالح العام في ذات الوقت.

إن الترجمة القانونية لأولوية الحرية الفردية هي أن الإرادة الحرة المختارة أساس كل التزام، فالإنسان لا يجب أن يخضع لأي التزام إلا إذا قبله وارتضاه، أي أن الفرد لا يلتزم إلاّ بمقتضى اختياره الحرّ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن كل ما ارتضاه الفرد بإرادته الحرّة والمختارة يكون ملزمًا ومفروضًا عليه تنفيذ هذا الالتزام، ومادام أنّ الإنسان حر، فإنه بإمكانه أن يلزم نفسه بنفسه بإرادته وذلك لتمتعه بالحرية والاختيار، ومن ثمّ يتقرر أنه لا يمكن الحديث عن حرية حقيقية ما لم تكن هناك سلطة ذاتية ترتب التزاما على ذمته، فبمقتضى تمتع الفرد بالإرادة الحرة والمختارة يستطيع أن يقيّد إرادته بإرادته[2]، وعلى ذلك يصبح العقد مصدرا على درجة كبيرة من الأهمية بالنسبة للقانون، على فرض أن العقد يستمد قوته الملزمة من تطابق الإرادتين، فالإرادة بوسعها أن تسنّ لنفسها قانونًا خاصًا يتطلع فيها الطرفان لتطبيقه[3].

2- نظرية العقد الاجتماعي

تعتبر نظرية العقد الاجتماعي الفكرة الفلسفية الثانية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الإيديولوجية، والتي تحاول أن تعطي سببًا أو تبريرا منطقيًا لسلطة الإجبار في المجتمع إذ تقرر أن هذا

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد) ص 86.
2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 35.
3 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 14،15.

الأخير نشأ من العقد الاجتماعي حيث يعتبر جان جاك روسو(JEAN JACQUES ROUSSEAU) أن "الاتفاق: هو أساس كل سلطة بين الأفراد"[1]، فمضمون هذه النظرية باعتبارها سندًا ودعمًا قويًا لمبدأ سلطان الإرادة، ترى أن الإنسان اجتماعي بطبعه وهذا ما يفسّر تطلعه دائمًا للعيش في جماعة، وأن هذا يفرض عليه بطبيعة الحال تحمّله لمجموعة من الالتزامات نظير تمتعه بالحقوق، ولا يكون ذلك إلا بمحض إرادته الحرة والمختارة ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن نجد تفسيرا لذلك على غير هذا المعنى، وبذلك يتقرر للإرادة القوة اللازمة لتكوين المجتمع، وما يترتب عن ذلك من التزامات. وهذا هو التفسير الاجتماعي التاريخي لنشأة الدولة، وعليه يكون لهذه الإرادة الحرة المختارة تكوين علاقات بين الأشخاص تتحدد على إثرها مراكزهم القانونية من دائن ومدين[2].

ووفقا لهذه النظرية فإن الحياة الاجتماعية تقتضي حتما تنازل الفرد عن بعض حقوقه شريطة أن يكون ذلك برضاه وذلك في إطار العقد الاجتماعي نفسه، وقد ظهرت اجتهادات فقهية لتفسير جل المراكز القانونية على أساس أن الإرادة الحرة تهيمن على جميع مصادر الالتزام، وهذه الإرادة تظهر وتتجلى بوضوح في العقد بل الأمر يتعدى ذلك، إذ أن الإرادة هي مصدر معظم الحقوق ، فالملكية أساسها حرية الإرادة في مظهرها الملموس في كيانه المادي، كما أن نظام الأسرة مبني على الإرادة التي اتجهت إلى إبرام عقد الزواج، والميراث أساسه إرادة صاحب المال في أن يوصي بماله لشخص أو أشخاص معينين، كما أن طرق التنفيذ الجبرية ارتضاها المدين وقت نشوء علاقة المديونية، بل إن العقوبة التي يقررها القانون الجنائي يكون المجرم قد ارتضاها عندما ارتكب سلوكًا إجراميًا، على اعتبار أن القانون ظاهرة إرادية ارتضاها المجتمع بطريقة مباشرة أي بأنفسهم، أو بطريقة غير مباشرة أي عن طريق ممثليهم،

1 ROUSSEAU (Jean Jacques) Du contrat social, 1994, LivI, Chap IV.
نقلا عن: أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 17.
2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 35.

وبذلك قرّروا طواعية وبصورة رضائية الرضوخ لسلطان القانون وسيادته الذي يسمو على الجميع بما يتقرر في الأخير أن دعامة المجتمع هو العقد الاجتماعي[1].

لقد عرف مبدأ سلطان الإرادة منذ بداية القرن السابع عشر ازدهارًا كبيرًا مرده انتشار الفلسفة الفردية في صورة المذهب الفردي الذي كان يقدس الفرد ويمجدّه، بل يجعله محور القانون وأساسه، ولابد من احترام جميع مظاهر حياته بما فيها حرية فكره، ولذلك عرف هذا المبدأ انتشارا واسعًا وتأثيرًا كبيرًا على الفلسفة القانونية والاجتماعية[2].

ويظهر من مضمون نظرية العقد الاجتماعي أن أساس وسبب نشأة المجتمع هي إرادة الفرد الحرّة المختارة التي شعرت بالحاجة إلى الانضمام للعيش في حياة اجتماعية مقابل التنازل عن بعض الحقوق بصورة إراديّة وحرّة، وعلى ذلك فإن تكوين المجتمع غايته الأساسية والأولى حماية الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها الفرد. ويعد منافيًا للأخلاق في حالة إخضاع الفرد لقوانين لا تستمد أساسها ووجودها من حرية الفرد وإرادته، ومن ثمّ فإن الفرد لا يخضع إلاّ للقواعد القانونية التي كانت من نتاج إرادته الحرة المختارة[3].

إن نظرية العقد الاجتماعي ربطت الالتزام من حيث وجوده بالأخلاق، ذلك أنه لا يمكن ان يلتزم الفرد خارج ما ارتضاه وأن مناط الالتزام هو الإرادة الحرة المختارة، فإذا ما التزم بإرادته الحرة أصبح واجبا عليه من باب الأخلاق تنفيذ ما تعهد به، لذلك يعد مبدأ سلطان الإرادة مظهرا من المظاهر الأخلاقية الهامة في حياة الإنسان[4].

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،(نظرية العقد)، ص 99،100.
2 جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، ماجستير، الجزائر، 2013/2012، ص 32.
3 علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 51.
4 حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 11.

ثانيا: الأساس الاقتصادي

إضافة إلى الأساس الإيديولوجي، فإن مبدأ سلطان الإرادة يستند على أساس اقتصادي يقوم بدوره على فكرتين أساسيتين وهما: أن الحرية التعاقدية هي التخريج القانوني للحرية الاقتصادية (1)، كما أن الحرية التعاقدية حتمًا ودائمًا تحقق المنفعة أو المصلحة الاجتماعية(2).

1- الحرية التعاقدية التخريج القانوني للحرية الاقتصادية

لقد كان للتطور الكبير الذي عرفته التجارة والصناعة والتخصص في العمل بالغ الأثر في مضاعفة المبادلات الاقتصادية، حيث كانت المذاهب الاقتصادية التي تقوم على الفلسفة الفردية في القرن الثامن عشر، تعتبر عقد التبادل الفردي هو النظام الاجتماعي الذي يتم فيه تبادل المنافع والخدمات ويخضع في ذلك إلى قاعدة العرض والطلب، ممّا استوجب معه القضاء على جميع العراقيل التي تحول دون تجسيد الحرية العقدية من خلال مبدأ "حرية التجارة والصناعة"[1]، فالحرية الاقتصادية باعتبارها قانونًا طبيعيًا – نادى به الفيزقراطيون– والذين يرون بأنه في حالة ترك الأفراد أحرارًا في مجال المبادلات الاقتصادية على أساس قانون العرض والطلب، في جو من المنافسة. فإن ذلك سيؤدي حتمًا إلى استقرار الأوضاع وتحديد الأسعار بطريقة تلقائية دون أن يقتضي الأمر تدخل المشرع للتسعير، وهذا ما يبرز فكرة وجوب سيطرة الإرادة في المبادلات الاقتصادية[2].

إن الإرادة في المجال الاقتصادي تعد المحفز الأساسي لتشجيع المبادرة الفردية، وترك المعاملات الاقتصادية لقانون العرض والطلب بطريق يحقق مجموع المصالح الفردية والتي هي في الأخير لا تمثل سوى الصالح العام في استقرار وثبات الأسعار، وإن أي تدخل من الدولة لفرض حدود أو قيود في المجال الاقتصادي سيؤدي حتمًا إلى توقيف عجلة النمو الاقتصادي[3].

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 19.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد)ص 96،97.
3 حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص11.

وعليه فإن الحرية الاقتصادية ما هي في الحقيقة إلا انعكاس لمبدأ سلطان الإرادة، الذي ينادي بحرية الفرد في المجال الاقتصادي عن طريق العقد على اعتبار أن هذا الأخير ما هو إلاّ ترجمة قانونية لمعاملة اقتصادية، وهذه السياسة التي تكرست خلال القرن الثامن عشر والتي احتوتها تشريعات الثورة الفرنسية والقائمة على مبدأ أساسي شعاره "دعه يعمل دعه يمر" وبصورة ضمنية يكمل المبدأ "دعه يتعاقد"، إذ يعترف للأفراد بالحرية الكاملة في مجال المبادلات الاقتصادية ليتحقق في الأخير الاستقرار الاقتصادي وثبات الأسعار بما يخدم الصالح العام وذلك عن طريق التعاقد، فالعقد هو أحسن وسيلة لتحقيق العدالة الإجتماعية، فالمدين لم يلتزم إلاّ إعتقادا منه أن ذلك يحقق مصالحه الشخصية من وراء إبرامه للعقد، ومن ثم فمن غير المستساغ عقلا أن يرتضي المدين عقد يسبب له ضرر، وإن كان يحتمل أن الالتزام المفروض عليه قد يسبب له ظلم وذلك ما يعرف بالمقولة المشهورة " فالعدالة كلها عقدية، ومن قال عقدا، فقد قال عدلا"[1].

2- الحرية التعاقدية حتما ودائمًا تحقق المنفعة الاجتماعية

يرى أنصار الحرية الاقتصادية التي تتجسد من الناحية القانونية في الحرية التعاقدية في مجال تبادل الثروات والقيم المالية بين الأشخاص أن ترك الحرية للأفراد في المبادرة اقتصاديا، يؤدي بصورة تلقائية إلى تحقيق النمو والتوازن الاقتصادي، فقانون العرض والطلب لا يكتفي بتحقيق استقرار الأسعار وثباتها، بل يحقق أيضا المصلحة أو المنفعة الاجتماعية، ذلك أن تحقيق مجموعة من المصالح الفردية يعني في الأخير تحقيق الصالح العام، وبعبارة أخرى أن الصالح العام ما هو في الحقيقة إلا مجموع المصالح الفردية التي يسعى أصحابها لتحقيقها بكل حرية، دون توجه قصدهم إلى تحقيق الصالح العام[2].

---

1 هذه المقولة المشهورة لصاحبها (Fouillé)، وباللغة الفرنسية:
"toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste"
أنظر أيمن ابراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 25.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 37،38.

وهكذا ظلت فلسفة القرنين الثامن والتاسع عشر مشبعة بروح الفردية وسلطان الإرادة التي تقترن بالفرد الحر المختار، حيث قام اتجاه فلسفي وفقهي بعد روسو (Rousseau) بالدعاية لهذا المذهب الفردي ومنهم فوييه (Fouillé) الذي كان يرى أن إرادة الفرد التي تظهر في صورة العقد هو المرجع والأساس الذي يجب أن يوكل كذلك لكل قانون، وبيدان (Beudant) الذي أطلق العنان للإرادة دون حد أو قيد، مادام أن حرية الآخرين لم تتعرض للمساس، والفيلسوف كانت (Kant) الذي يقرر أن الحق الطبيعي الوحيد الذي يتمتع به الإنسان هو حقه في الحرية شريطة عدم تعارضها مع حرية الآخرين، وتلميذه فشت (Fichte) الذي عرف بمغالاته أكثر من أستاذه الفقيه الألماني ساڤيني (Savigny)[1].

هذا من الناحية الفلسفية الإيديولوجية، ومن الناحية الاقتصادية فإن سلطان الإرادة يعتبر بمثابة صمام الأمان الذي تعد الإرادة الحرة والمختارة المحرك الأساسي والمحفز الضروري له، حيث يجب أن تعمل بكل حرية في المجال الاقتصادي مع تحريرها من كل أشكال القيود والعقبات التي تفرضها الدولة، والتي من شأنها عرقلة النمو والازدهار الاقتصادي بما يحقق الحد الأقصى من الإنتاج والحد الأدنى من الأثمان، وذلك مرده ترك الأفراد أحرارا في مجال المنافسة بما يحقق حاجيات غالبية الأفراد في المجتمع[2].

ترتكز الحرية الاقتصادية التي وسيلتها وترجمانها القانوني الحرية التعاقدية على حرية الملكية باعتبارها حقا طبيعيًا للفرد، كما أن قانون العرض والطلب هو ما يجب أن يسود في المعاملات في الأسواق الاقتصادية تحقيقًا لمصالح الأفراد التي تحقق في مجموعها أخيرا المصلحة العامة[3].

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة بأساسيه الإيديولوجي والاقتصادي كان نتاج الفلسفة السياسية التي تقدس وتمجد الفرد في القرن الثامن عشر، وحرية الفرد الرأسمالية اقتصاديا والتي بلغت ذروتها في القرن التاسع عشر[4]، وذلك بعد ظهور أفكار المذهب الفردي في بدايات القرن السابع عشر

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،(نظرية العقد) ص 97،98.
2 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 22.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 52.
4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 39.

الذي كان يتمحور ويتمركز على تقديس الفرد على أساس أنه الغاية من وجود التنظيم الاجتماعي، بل هو الهدف الأول والأسمى للدولة، إذ أن الدولة لم تنشأ إلا لتمكينه من ممارسة حقوقه وتوفير الحماية اللازمة له، فالفرد له استقلاليته الذاتية باعتباره يتمتع بحق طبيعي يتمثل في حريته، ومن ثم فمن غير المتصور تقرير أي حق إلا لهذا الفرد، وبالتالي فالأصل هو حرية الفرد والاستثناء هو ورود بعض القيود لهذه الحرية والغاية من وراء ذلك هو الفرد دائمًا قصد تمكينه من ممارسة حقوقه التي أصلها الحرية الفردية[1].

والحاصل أن جوهر الإنسان في مفهوم المذهب الفردي يتمثل في عنصرين ألا وهما الحرية والمساواة التي ولد بها الإنسان بصورة طبيعية وأصلية وهذا على سبيل التجريد، وبعيدا عن كل أشكال اللامساواة الواقعية التي يمكن أن تمس الأفراد بشكل فعلي وواضح.

إن الفلسفة السياسية الفردية لم تبرز حقوق الأفراد تجاه الدولة فحسب، بل في مواجهة كل تنظيم اجتماعي من شانه أن ينتقص من مجال الحرية الفردية، فالمجتمع في مفهوم هذا المذهب لا تنظمه سوى العلاقات التعاقدية التي تنبع من اختيار الإرادة الحرة للأفراد[2]، وذلك بأن يتقرر في الحياة الاقتصادية ترك الأفراد أحرارًا بإبرام مختلف العقود التي تكون حتمًا نافعة وعادلة مع الاستناد بصورة خاصة إلى مبادئ القانون الطبيعي، وبالتالي فالنظام الاجتماعي لابد أن يرتكز على الفرد إذ بتحقق مصالحه تتحقق المصلحة الاجتماعية التي تعد الغاية التي تنشدها الدولة بل والتي كانت سببا في إيجاد الدولة كتنظيم اجتماعي يهدف إلى تحقيق ذلك، بما يستلزم إعطاء الحرية للأفراد في تعاملاتهم الاقتصادية، وبالتالي تتحدد الأسعار بواسطة قانون العرض والطلب[3].

1 أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي، مجلة الدراسات القانونية، جامعة تلمسان، 2007، العدد 4، ص 51،52.

2 جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، الطبعة الأولى، ص 46.

3 خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ لسلطان الإرادة، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987،ص 16.

إذن لا يقتصر دور وغاية القانون في ظل المذهب الفردي على وضع قواعد قانونية منظمة لسلوك الأفراد، بل في تقرير الحماية اللازمة للفرد وتحقيق المنفعة والمصلحة له، التي تؤدي حتما إلى تحقيق الصالح العام ، فالفرد لا تتحقق سعادته إلاّ إذا تم احترام حريته، والقانون الطبيعي يعتبر أحسن كفيل لهذه الحرية ولا يعترف بتقييدها إلا إذا اتجهت إرادة الفرد إلى ذلك وفقا لما تقتضيه الضرورة القصوى تحقيقًا للمصلحة العامة[1].

وفي الأخير نشير إلى أن تزايد النشاط التجاري وذيوعه بشكل كبير كان له بالغ الأثر في تألق مبدأ سلطان الإرادة وتخلصه من القيود والعراقيل التي كانت تعيق سرعة التداول تحت تأثير الأفكار والإيديولوجيات الفلسفية والاقتصادية التي تكرّست في ظل المذهب الفردي بعد الثورة الفرنسية، كما أن تدخل الدولة بصورة تدريجية في الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد في صورة معاملات تعاقدية والتي تتم بمجرد التراضي ساهم بشكل واضح في توطيد مبدأ سلطان الإرادة[2].

المطلب الثاني: انعكاسات مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقد عموما ونظرية التفسير خصوصًا

لقد كان للمذهب الفردي أثرًا وفضلاً كبيرًا على مبدأ سلطان الإرادة الذي كانت له انعكاسات على فلسفة القانون بصفة عامة، وعلى التصرفات القانونية بصفة خاصة، سيما ما تعلق بمصادر الالتزام، إذ اعتبر العقد الوسيلة القانونية المثلى لتبادل المنافع الاقتصادية بين الأفراد (الفرع الأول)، كما كان لمبدأ سلطان الإرادة بالنتيجة انعكاساته الجلية على تفسير العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انعكاسات سلطان الإرادة على نظرية العقد

تعتبر الإرادة أساس ومحور التصرف القانوني في فقه المذهب الفردي، وينصرف ذلك أساسا إلى العقد الذي باعتباره نموذج التصرف القانوني حسب مفهوم نظرية سلطان الإرادة، وتكون إرادة الفرد الحرة

1 جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 158، جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، ماجستير، جامعة الجزائر، 2012،2013، ص 32.

2 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51،52 .

والمختارة في ذلك بواسطة العقد المصدر الرئيس، بل الوحيد في أن تلتزم نحو الغير، وسيتم إبراز انعكاسات مضمون مبدأ سلطان الإرادة على مرحلة إبرام العقد (أولا)، ثم التعرض إلى انعكاساته على آثار العقد (ثانيًا).

أولا: مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لمرحلة إبرام العقد

يتقرر حسب مبدأ سلطان الإرادة أصل هام يتمثل في كفاية الإرادة وحدها لنشأة الالتزام التعاقدي(1)، كما أن الإرادة وحدها تنفرد بتحديد مضمون الالتزام التعاقدي(2).

1- كفاية الإرادة وحدها لنشأة الالتزام التعاقدي

إذا كان الفرد لا يلتزم تعاقديًا إلاّ بمحض إرادته الحرة المختارة، فإن هذا يستلزم حتما أن مجرد تبادل الرضا في مجال العلاقات التعاقدية كافي لإبرام التصرف التعاقدي دون وجوب استيفاء شكلية معيّنة أو اتخاذ أي إجراء معيّن كأصل عام، وإذا كان القانون يتطلب استيفاء إجراء أو شكل معيّن فإن ذلك يكون على سبيل الاستثناء، بل يعتبر من الحالات الشاذة[1].

ويذهب أنصار سلطان الإرادة إلى أن جميع الالتزامات ومختلف المراكز القانونية الناتجة عن النظم القانونية المتعددة ترجع في حقيقتها من حيث المصدر إلى الإرادة الحرة[2]، بمعنى آخر أن الإرادة الحرة هي مصدر جميع الالتزامات، بل هو مصدر كل الحقوق سواء تعلق الأمر بنظام الملكية، أو نظام الأسرة وطرق التنفيذ، ذلك أن القاعدة القانونية بذاتها ما هي إلا نتيجة إرادية ناشئة عن رضا المحكومين[3].

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 32،
Voir: JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT, ERIC SAVAUX, DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS, 1- L' acte Juridique, 10e edition, Dalloz, Paris, Armand Colin, 1975. 2002, P 70 et s.

2 إنّما الآثار القانونية تظهر بجلاء في العلاقة التعاقدية، وأن مصدر التزام المتعاقدين إرادتيهما إذ لا يلتزم أي شخص بعقد لم يكتسب فيه صفة متعاقد، أنظر الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 52،53.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد)، ص 99،100.

وعليه فالفرد لا يتحمل أي التزام إلا إذا صدر منه قبولا بكل اختيار ورضا، وهذه الفكرة تتفق مع ما يقرره القانون الطبيعي والعدالة التي تعد أساس ومحور المجتمع، إذ أن الفرد يعتبر غاية في ذاته باعتباره كائن يتمتع بإرادة حرة.

يتضح مما سبق أن الرضا أو اتفاق إلارادتين كاف لوحده لانعقاد العقد، ولا داعي لأن نلتفت إلى طريقة التعبير عن الإرادة، إذ لا يستدعي الأمر لإبرام العقد استيفاء شكلية أو إجراء معين، وهذا ما يعبّر عنه بمبدأ الرضائية في العقود[1]، ويترتب عن ذلك أنه من غير الجائز أن يُكره شخص على إبرام عقد معيّن أو أن يُحدّ من حريته التعاقدية[2].

إن الحرية التعاقدية هي الأصل و مناطها الإرادة الحرة والمختارة ولا يمكن بأي حال من الأحوال – إلاّ استثناءًا– أن يجبر شخص على التعاقد، والسبب في ذلك يرجع إلى أن المتعاقد هو الوحيد الأقدر على معرفة ما يحقق مصالحه وأغراضه، وتبعًا لذلك فإن الالتزامات الإرادية وبصورة جلية العقود هي التي تحقق العدالة طالما أن المتعاقد هو الذي ارتضاها بعد تقدير مصالحه ومنافعه الشخصية[3].

والجدير بالذكر أن القاعدة الهامة في القانون المدني الجزائري هي رضائية العقود[4]، إذ ينعقد العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين[5]، وهذا ما يؤكد بصورة جليّة وواضحة تبني المشرع الجزائري لأحد أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة، المتمثل في كفاية التراضي لإبرام العقد بصريح المادة 59

1 مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، دون ذكر سنة نشر، ص 19.
2 لبني مختار، المرجع السابق، ص 28،29.
3 محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1970، ص 22.
4 العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 61
5 وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية العدد 78، السنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 الجريدة الرسمية العدد 31، بأنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" وقد ورد خطأ مصطلح إرادتهما والأصح هو : إرادتيهما"، القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، برتي للنشر، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، الجزائر ، 2014، ص 16، هامش رقم 2.

من القانون المدني، ويرى الأستاذ علي فيلالي أن المشرع الجزائري يقصد من وراء استعماله لمصطلح الرضاء الوارد في رقم1 من القسم الثاني شروط العقد من الفصل الثاني العقد من الباب الأول مصادر الالتزام من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود في القانون المدني، صدوره عن كلا المتعاقدين أي " التراضي"، وليس الاعتداد برضا متعاقد دون الآخر[1].

ومع ذلك فبالرغم من تقرير مبدأ الرضائية كأصل عام في العقود، إلا أنه ترد عليه استثناءات أي اشتراط الشكلية في أنماط متنوعة في بعض العقود تحقيقًا لبعض المصالح والغايات، وفي هذا الصدد وبالرغم من أن هناك اتجاه يرى أن مجال اشتراط الشكلية كركن في العقود محصور في حالات قليلة جدا إذ يبقى مبدأ الرضائية هو الأصل، إلا أن هناك اتجاه آخر ذهب إلى حد القول أن هذه الشكلية التي تظهر –لأول وهلة– بمثابة حالة استثنائية، لها في الحقيقة مجال واسع من حيث التطبيق ومظاهر مختلفة ومتطورة، حيث يمكن إضافتها كركن رابع لأركان العقد المنصوص عليها في المادة 59 من القانون المدني، ويفسر اغفال المشرع لذكرها ضمن أركان العقد اعتماده لمبدأ الرضائية في العقود[2].

ومهما يكن من أمر فإن مبدأ الرضائية مكرس بمقتضى المادة 59 من القانون المدني السالفة الذكر، وإن تعددت الحالات التي يشترط فيها الشكلية كركن للانعقاد، فإن هذه الأخيرة تبقى دائما على سبيل الاستثناء، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن ترتقي إلى مبدأ.

هذا وإن كان الأصل في العقود الرضائية، فإنه لا يمنع بأن يشترط المتعاقدان إفراغه في شكليّة معيّنة، وفي هذه الحالة يصبح العقد الرضائي عقدًا شكليًا باتفاق الطرفين[3].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص97.

2 بالنسبة للفقه الذي يرى أن الحالات الاستثنائية الواردة على مبدأ الرضائية قليلة نجد الأستاذ العربي بلحاج أنظر مؤلفه السابق الذكر، ص 61، بينما الاتجاه الفقهي الذي يرى أن الاستثناءات الواردة على مبدأ الرضائية أن مجالها واسع وحالاتها متعددة ومتزايدة نجد الأستاذ علي فيلالي، أنظر مؤلفه السابق الذكر، ص 97،.

3أنظر العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 63.

2- الإرادة وحدها تنفرد بتحديد مضمون الالتزام التعاقدي

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن يكون للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد مضمون مشارطاتهم العقدية، وبتعبير آخر أن لهم مطلق الحرية في ترتيب وتحديد الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد وهذا ما يعرف بالحرية التعاقدية[1].

وللحرية التعاقدية مظاهر عديدة ومتنوعة، إذ لا يجبر الشخص على الارتباط تعاقديًا بصورة لا يرتضيها ولا يريدها مادام أنه ذو إرادة حرة ومختارة، فالإرادة إذا سلمنا بكفايتها لوحدها لإبرام العقد، فهي لازمة أيضا ولا يمكن الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال لإبرام التصرفات القانونية التعاقدية[2]، كما يتمتع المتعاقدان بالحرية التامة في ترتيب آثار العقد، وتعيين المشارطات والأحكام مع مراعاة مقتضيات النظام العام والآداب العامة، وهذه الحرية التعاقدية التي بمقتضاها يتم تحديد نطاق العقد من حيث الالتزامات والحقوق الناشئة عنه بمحض إرادة المتعاقدين الحرة المختارة، وما الطبيعة المكملة لأحكام العقود إلا دليل على أن غاية المشرع من وراء ذلك تنحصر في مساعدة المتعاقدين على تنظيم مضمون العلاقة التعاقدية وليس الحد من الحرية التعاقدية[3]، بل إن المشرع عندما يتدخل لتنظيم العلاقة التعاقدية، إنما يسعى من وراء ذلك تجسيد الحرية التعاقدية، وللأطراف المتعاقدة الاتفاق على استبعاد النصوص القانونية المكملة المنظمة للعقود[4]. أما بخصوص القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالعقود فيجب أن ترد على سبيل الاستثناء كما هو مقرر أن الأصل في الأفعال والتصرفات هو الإباحة، وأنه يتعين التنصيص عندما يراد الخروج عن الأصل طبقًا لما هو مقرر لا استثناء إلا بنص[5].

---

1 أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 33.
2 محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 23.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 53،52 ، أنظر أيضًا: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46،45.
4 وفي ذلك يقول savatier أن النظام العام لا يطمح في حقيقة الأمر إلا لتعزيز وتكريس الحماية للحرية الفردية للمالك وللمتعاقد أيضا، نقلا عن: علي فيلالي، نفس المرجع، ص 53.
5 محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 27،26.

ونذكر بأن احترام حرية التعاقد مكفولة لكلا المتعاقدين، فمن حيث الموضوع يتعين ترك مطلق وكامل الحرية لهما في أن يضمّنوا اتفاقاتهم ما أرادوا من الشروط وما يرونه مناسبا لتحقيق مصالحهم وغاياتهم الاقتصادية، وإن التنظيم التشريعي لبعض العقود يكون بصيغة مكملة لا آمرة، ومن ناحية أخرى ترك الحرية للمتعاقدين في ابتداع عقود واتفاقات لم يتناولها المشرع بالتنظيم بنصوص قانونية، ويبقى الضابط في ذلك كله هو النظام العام في أضيق مجال ممكن، أما من حيث الشكل فالمبدأ هو الرضائية في إبرام العقد كما سبق بيان ذلك[1].

وفي هذا الصدد يرى الدكتور أيمن إبراهيم العشماوي أن الحرية التعاقدية لها بعد مزدوج فبخصوص البعد الأول والذي هو موضوعي فإن الحرية التعاقدية تظهر بوضوح في منح الشخص الذي يريد أن يبرم عقدا ثلاثة خيارات أولها مكنة أو خيار إبرام العقد أو عدم إبرامه أصلاً، والمكنة الثانية هي اختيار المتعاقد الآخر بصفة حرة، أما الثالثة فهي تحديد مضمون العقد عن رضا واقتناع، إذ لا يجبر شخص على التعاقد ولا على التعاقد مع شخص معين، أو أن يفرض مضمون العقد، وهذه كلها من مظاهر التعبير عن الحرية.

أما البعد الثاني فهو شكلي ذلك أن الحرية التعاقدية لها امتداد إلى مبدأ الرضائية بمقولة كفاية تطابق الإرادتين لإبرام العقد، ولا يعتد بالشكل الذي يجب أن تظهر فيه الإرادة[2].

إن حرية المتعاقدين في تحديد مضمون الالتزام التعاقدي يعد من أهم نتائج أو انعكاسات مبدأ سلطان الإرادة في مجال الحرية التعاقدية، ذلك أنه مادام الأفراد يتمتعون بإرادة حرة ومختارة في إبرام العقد، فإن ذلك يستتبع حريتهم الكاملة في تحديد مضمونه، أي ترتيب الحقوق والالتزامات العقدية بمحض إرادتهم، ولهم في ذلك أن يضمنّوا عقدهم حقوقا والتزامات من اختيار ارادتيهما المشتركة، وهنا يظهر

1 سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص 11.
2 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 30،31،32.

بجلاء ووضوح مدى إطلاق الحرية التعاقدية إلى أبعد حد ليصبح بذلك القانون والعقد شيئًا واحدًا، بل ومن وجهة النظر الفلسفية، فإن العقد تصبح على درجة واحدة من حيث القيمة والأهمية مع القانون[1].

فإذا كانت الإرادة هي مصدر الالتزام، فإنه من باب أولى أن الأثر الذي ينشا عن الالتزام مرده أيضًا الإرادة، وبذلك يكون المدين ملتزما بتنفيذ ما التزم به عن حرية وإرادة مختارة وليس له الاحتجاج بالغبن، مادام أنه رضي بداية بالعقد رغم الغبن اللاحق به، والعبرة في ذلك تمتع كلا المتعاقدين بالحرية والإرادة المستقلة[2].

مما سبق فإن الأصل في الإنسان الحرية والاختيار، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تقييد هذه الإرادة الحرة والمختارة إلا بقيود قانونية لحماية المتعاقد نفسه ما لم يكن أهلا للتعاقد أو أن يكون رضاه معيبا. أما خارج هاته الحالات، فالإنسان ذو إرادة حرة ومختارة، ومن الجور عدم تنفيذ ما التزم به تحقيقا للعدالة وإن كان التزامه مرهقا أو أن يعفى من التزامه من باب الرحمة، إذ العدل أولى من الرحمة ذلك أن القانون يهدف إلى تحقيق العدل بينما الرحمة مصطلح أخلاقي يدخل ضمن علم الأخلاق والفضائل والفارق شاسع بين علم القانون وعلم الأخلاق[3].

ثانيا: سلطان الإرادة بالنسبة لآثار العقد

متى التزم المتعاقد بإرادته الحرة والمختارة، ، رتب العقد التزامات في ذمته، ووجب عليه تنفيذها لأنه ارتضاها وقبل بها عن حرية وإدراك، وفي المقابل لا يمكن إلزام أحد من غير المتعاقدين بتنفيذه كون أن إرادته الحرة لم تتجه إلى إلزام نفسه بنفسه[4]، فيكون العقد بذلك قانونا ملزما لطرفيه(1)، وتنصرف آثاره إلى المتعاقدين دون سواهما(2).

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 35.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،(نظرية العقد)، ص 100.
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع ، نفس الصفحة.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 53.

1- العقد قانون ملزم لطرفيه

إن أساس إلزامية العقد هو الإرادة الحرة للمتعاقدين، ذلك أن المتعاقد طالما التزم بمحض إرادته الحرة والمختارة ، ومادام أن العقد قد تمّ بتوافق إرادتي المتعاقدين وتطابقهما فليس لأحدهما إنهاء العقد أو إحداث تعديل فيه دون رضا المتعاقد الآخر.

وبما ان الأصل في الإنسان حرية الإرادة واختيارها بما يكفل له إدراك الأمور على حقيقتها، ومن ثم لا يعقل أن يبرم عقدا لا يحقق له مصالحه الاقتصادية كما يريدها أو يتحمل خسارة مالية، وبالتالي فكل ما هو تعاقدي فهو عادل ونافع.

فالعقد يحقق بصفة حتمية ودائمة العدالة التعاقدية، لأن المتعاقدين لهما الدراية الكافية بمصالحهما، وتبعًا لذلك فإنه بإمكانهما أن يتفقا على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالتخفيف أو الإعفاء منها، أو أن يتضمن العقد شروطًا غير مألوفة، أو تحمل أثر القوة القاهرة أو الظروف الطارئة[1].

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم الأصول والمبادئ التي تحكم نظرية العقد في مرحلة تنفيذه تأسيسًا على مبدأ سلطان الإرادة التي يكون فيها للإرادة كامل السلطان في إبرام العقد وتحديد مضمونه وبالنتيجة تكون آثاره ملزمة للمتعاقدين، بل يعتبر بمثابة قانون المتعاقدين الملزم لهما الذي لا يجوز لهما أن يقوما بتعديله إلا بمقتضى إرادتيهما المشتركة، إذ لا يحق لأحدهما أن ينفرد أو يستقل بذلك، مادام أن العقد هو نتاج إرادة المتعاقدين، ولو كان ذلك من مقتضيات العدالة التعاقدية بأن تضمن العقد غبنًا فاحشا في حق أحد المتعاقدين[2].

1 عبد الرحمن خليفاتي، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص 5.
2 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 54.

فإذا كان الفرد حرّ في التعاقد أو عدم التعاقد بأن يبرم عقدًا مع شخص معيّن، فإنه غير حر في الخروج من العلاقة التعاقدية بإرادته المنفردة، ذلك أن العقد نتاج تطابق إرادتين وبالتالي لا يمكن نقضه أو تعديله بإرادة منفردة[1].

وتستند فكرة إلزامية العقد على ما يتقرر للإرادة من سلطان في ابرام التصرفات القانونية على اعتبار أن حرية الإرادة هي أحد مظاهر شخصية الإنسان من جهة، وما يتمتع به من حرية طبيعية من جهة أخرى، وبالتالي فإن دور القانون يقتصر على الإقرار بإلزامية العقد على الوجه الذي ابتغاه المتعاقدان احترامًا لإرادتيهما المشتركة، وعلى ترتيب الجزاء القانوني عند إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته[2].

وتجدر الاشارة أن المشرع الجزائري نص على مبدأ القوة الملزمة في القسم الثالث آثار العقد من الفصل الثاني العقد من الكتاب الأول الالتزامات والعقود في المادة 106 من القانون المدني[3]، وهو أحد أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة طالما أن الإرادة هي مصدر الحقوق والالتزامات لوحدها، ذلك أنه متى التزم المتعاقد بإرادته المختارة الحرة كان لزامًا عليه أن ينفّذ ما التزم به[4]، ومتى كان العقد نتاج إرادتين فلا يمكن نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وهذا ما دأبت المحكمة العليا على تكريسه في العديد من قراراتها [5].

1 محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 27 ، انظر أيضًا: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 23.
2 همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 16.
3 تنص الفقرة 1 من المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص373.
5 أنظر قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1983/02/07، ملف رقم 29500، المجلة القضائية 1989، العدد 1، ص 165.
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/12/08 ملف رقم 182863، المجلة القضائية 1998، العدد 2، ص 126
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/09/15، ملف رقم 202312، المجلة القضائية، 2000، العدد 2، ص 84
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/01/10 ملف رقم 382981، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد1، ص 339.

إلى جانب كل ما سبق ذكره فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعقد، فإن هذا المبدأ يقرر من باب أولى إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا للشروط التي يتضمنها وفقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[1]، وبالتالي فلا يمكن إلزام المتعاقد –بمفهوم المخالفة– بالتزامات غير منصوص عليها في العقد[2].

مع العلم أن مبدأ القوة الملزمة للعقد أو ما يصطلح عليه بالعقد شريعة المتعاقدين لا يقتصر على المتعاقدين فحسب، بل يلتزم القاضي بمراعاته أيضا، إذ لا يمكنه تعديل ما اتفقت عليه الأطراف المتعاقدة بمحض إرادتهم الحرة والمختارة[3]، حيث يتقيّد القاضي بالعقد بنفس درجة تقيّده بالقانون[4]، ولا يجوز له أن يقوم بإنشاء العقود بدل المتعاقدين، وإنما يقتصر دوره من الناحية القانونية على تفسير مضمون العقد وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز له نقض العقد أو إحداث تعديلات عليه بالزيادة أو النقصان في المراكز القانونية من حيث الحقوق والالتزامات المترتبة عليه، ذلك أن أي تعديل أو نقض للعقد لا يكون إلا باتفاق الطرفين فقط، أو لأحد الأسباب المقررة في القانون، وبذلك يكون الاتفاق أو التراضي في هذه الحالة عقد جديد[5].

ونشير في الأخير إلى أن إلزامية العقد قائمة على أساس قيم اقتصادية واجتماعية وأخلاقية تتمثل في وجوب احترام العهد الذي تعهد به الشخص نحو الآخرين، لتحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات

---

1 تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نيّة"

2 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1988/07/13، ملف رقم 54840 المجلة القضائية، 1991 العدد 4، ص 54.
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/06/16، ملف رقم 78387 المجلة القضائية 1994، العدد 1، ص 31
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/06/13 ملف رقم 61489، المجلة القضائية، 1991، العدد4، ص 65
قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2009/04/08 ملف رقم 517491، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 2، ص 248.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 34.

4 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 38.
Voir: Y vaine Buffelan – Lanore Virginie LARIBAU- TERNEYRE. Droit Civil, Les obligation, 12e edition, editions DALLOZ, Paris, 1970.2010, P 375.

5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 422.

في المجتمع[1]. وإذا كان أساس القوة الملزمة للعقد هو نتيجة حتمية ومنطقية لمبدأ سلطان الإرادة في البداية، فإن المصلحة الاجتماعية تستلزم بدورها احترام العقود حتى يتحقق النظام الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات والاستقرار والطمأنينة في المجتمع[2].

2- انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين دون سواهما

وفقا لمقتضيات المادة 113 من القانون المدني[3]، فإن العقد بما يرتبه من حقوق والتزامات لا تنصرف آثاره إلا إلى أطرافه على أساس أن الالتزام مناطه الارادة، ومن ثم فإنه لا يرتب أي التزام في مواجهة الغير الأجنبي عن العقد. وإن كان هناك أشخاص يتوسطون المتعاقدين، فإن العقد لا يرتب في ذمتهم أي حق أو التزام رغم أنهم هم اللذين أبرموا العقد[4].وهذا ما يصطلح عليه بمبدأ الأثر النسبي للعقد، إذ يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ يشرحه مبدأ سلطان الإرادة[5]، وتعقب الأستاذة محمدي فريدة على هذا الرأي بأنه صحيح، إلا أنها تضيف بأن مبدأ نسبية العقد أسبق في الظهور عن مبدأ سلطان الإرادة كونه مستمد من القاعدة الرومانية: "Res inter alios act a aiisnec prodest" وهو مبدأ يمليه المنطق القانوني ويطبق على الإتفاقات بصفة عامة[6]، فإذا كان الأصل أن المتعاقدان هما اللذان يبرمان العقد باسمهما وحسابهما الشخصي – أي أصالة عن نفسهما – إلا أنه يحدث لاعتبارات عملية، أن يبرم شخص (النائب أو الوكيل) عقدا باسمه نيابة عن غيره (الأصيل أو الموكل) [7] فتنصرف آثار العقد – بما

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 372.
2 رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 216
3 تنص المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًا".
4 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 369.
5 (J) GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Tome2, Le contrat , Libraire Générale de droit et de jurisprudence, 1980, p18. نقلا عن زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1992، ص 1.
6 زواوي فريدة، نفس المرجع ، نفس الصفحة.
7 ينبغي الإشارة بصدد موضوع الإنابة أنه يتم اللجوء إليها لاعتبارات عملية عديدة منها غياب شخص الأصيل، وعدم تمكّنه من إبرام العقد مع الطرف الآخر، وإما بسبب مرضه أو ارتباطه بأمور أخرى أو لأي سبب من الأسباب التي تمنع إبرام الأصيل للعقد بنفسه، فينيب غيره لإبرام العقد، مع العلم أن النائب يكون محل ثقة لدى الأصيل.

بما يرتبه من حقوق والتزامات– إلى ذمة هذا الأخير ولا يتحمل النائب بموجب هذا العقد أي التزام[1] طبقا لأحكام المادة 74 من القانون المدني[2] ، ذلك أنه في النيابة في التعاقد تحل محل إرادة الأصيل إرادة أخرى هي إرادة النائب، ولكن تنصرف آثار العقد المتمثلة في الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد إلى ذمة الأصيل، وكأن الإرادة صدرت من هذا الأخير[3]، ويتصرف النائب باسم ولحساب الأصيل وذلك في حدود النيابة، وتبعًا لذلك فالعبرة تكون بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل[4]، لذلك فإن المشرع الجزائري يعتد بإرادة النائب المتعاقد بخصوص عيوب الرضا وذلك تأسيسًا على أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل[5].

وقد يحدث أن يتعاقد الشخص مع نفسه، حيث يظهر الشخص الواحد بصفتين، فيعبر عن ارادتين كممثل لشخصين، فيظهر في نفس العقد بصفته نائبا عن الأصيل لكونه يتعاقد باسمه ولحسابه، وفي نفس الوقت بصفته أصيلا باعتباره ممثلا لشخصه لأنه يتعاقد في هذه الحالة باسمه ولحسابه من جهة ثانية، أو قد يظهر في حالة أخرى بصفتين نائبا عن طرفي العقد كأن يكون نائبا في نفس الوقت عن المشتري والبائع، فيظهر شخص واحد في العقد[6]، ففي الحالة الأولى تنصرف آثار العقد بما يرتبه من حقوق والتزامات إلى كل من الأصيل والنائب معا أما في الحالة الثانية فيبقى النائب بعيدا عما يرتبه العقد من آثار باعتباره نائبا عن الطرفان الأصليان مع مراعاة أحكام المادة 77 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يمكن للأصيل في هذه الحالة أن يجيز

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 426، ومايليها.
2 تنص المادة 74 من القانون المدني على أنه: إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل.
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد)، ص 206.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 428.
5 وهو ما أشار إليه في المادة 73 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: " إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا، أو أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتمًا".
6 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 151، 152.

التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخلفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة "، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

الفرع الثاني: انعكاسات سلطان الإرادة على نظرية التفسير بوجه خاص

العقد هو توافق إرادتين متطابقتين ذلك أن ركن التراضي كاف لإبرام العقد كأصل عام، ومن ثمّ فإن الإرادة هي العنصر الأساسي والمحوري في تكوين العقد لذلك فالعبرة بالإرادة الباطنة كونها محل اعتبار في التعرّف على النيّة المشتركة للمتعاقدين (أولا)، وإذا ما تعذّر على القاضي الوصول إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين، فإنه سيلجأ إلى الإرادة المفترضة باعتبارها نتيجة منطقية ومباشرة لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين (ثانيا).

أولا: الإرادة الباطنة وتفسير العقد

سنتطرق في هذا الجانب إلى مضمون الإرادة الباطنة(1)، ثم إلى حجية الإرادة المعبر عنها(2).

1- مضمون الإرادة الباطنة

من أهم النتائج المترتبة عن التصور الشخصي في نطاق نظرية الالتزام بوجه عام، وفي نظرية العقد بوجه خاص الاعتداد بالإرادة الباطنة تأسيسًا على المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة. فالمدرسة اللاتينية وعلى رأسها المدرسة الفرنسية -حاملة لواء المذهب الشخصي- تعتد بالإرادة الحقيقية الجادة الكامنة في نفس الفرد لما لها من سلطان بحد ذاتها[1].

وباعتبار أن الإرادة ظاهرة نفسية فإنها تمر بعدة مراحل، أولها مرحلة التصوّر، وتليها حالة التدبر، ثم مرحلة الحسم وأخـــيرا مرحلة التعبير، فإذا ما انتهـت الإرادة إلى هذه المـــرحلة، فإنها تصـبح ظـاهرة اجتماعية، بعد أن كانت في بدايتها ظاهرة نفسية كامنة في ذات الفرد[2].

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 103.

2 إن النظرية الفرنسية أو اللاتينية والتي تأخذ بالإرادة الباطنة تسعى من وراء ذلك إلى حماية الفرد الذي لم يعبّر عن إرادته بصفة سليمة وصحيحة، وهذا انسجامًا واتفاقًا مع المبدأ الذي يقوم عليه العقد، وهو في الأساس الرضا الصحيح، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 34،35.

فالإرادة الباطنة هي أساس الالتزام الإرادي، أما التعبير عنها فهو المظهر الخارجي الذي تظهر به الإرادة الحقيقية. ويستند أنصار هذه النظرية على حجة تاريخية وهي أن الالتزام والعقد في القوانين القديمة لا يرتبان أي أثر إلا باتباع أشكال وطقوس معيّنة، حيث كانت الشكلية هي السائدة آنذاك، وفيما بعد حلّت الرضائية محل الشكلية، وعليه فإن الاتجاه الحديث في القوانين الاعتداد بالرضا ذاته وليس بالشكل أو المظهر الخارجي للرضا، وبالتالي يجب الالتفات إلى الإرادة الباطنة الحقيقية لا إلى الإرادة الظاهرة.

كما يستند أنصار هذه النظرية إلى حجة منطقية التي تتمثل في أن الفرد يلتزم بإرادته الحقيقية، ولا يمكنه أن يلتزم بتعبير خاطئ لا يعكس إرادته الباطنة الحقيقية، أما من الناحية الاقتصادية فالمتعاقد يطمئن عندما ينفذ ما التزم به بمقتضى إرادته الحقيقية، فإذا ما وجد نفسه ملزما بأمر لم تتجه إليه إرادته الحقيقية بأن أخطأ التعبير عنها، فإنه حتما ستزول هذه الطمأنينة[1].

إذن نظرية الإرادة الباطنة تعتبر نتيجة يفرضها منطق سلطان الإرادة، على اعتبار أن إرادة المتعاقدين هي مصدر الالتزام وهي أيضا تحدد مضمونه ومداه، أما التعبير عنها فما هو إلا دليل عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يكون مطابقًا للإرادة الباطنة، وذلك بكل أمانة ودقة[2].ويستند أنصار نظرية الإرادة الباطنة أيضا إلى فكرة فلسفية واجتماعية أساسها الإرادة الحرة المختارة[3]، أي أن الإرادة في حقيقتها ما يريده ويقصده الفرد من خلال إبرامه للعقد. وإن حماية الفرد واختياره إنما تعود أصلا إلى حماية إرادته الباطنة باعتبارها ظاهرة نفسية في الأصل والأساس، ولوجوب التعرف عليها وجب إظهارها بصور التعبير المختلفة.

2- مدى دلالة الإرادة المعبر عنها على الإرادة الباطنة

تشكل وسائل إظهار الإرادة الباطنة أداة للتعرف على مضمون هذه الإرادة، فالمعنى الذي تتضمنه الكلمة أو الإشارة للتعبير عن الإرادة الحقيقية يعتبر قرينة على المعنى الحقيقي الذي انصرفت إليه نيّة

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93،94،أنظر أيضًا: لبني مختار، المرجع السابق، ص 9،10.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد)، ص 168.
3 أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص 44.

الشخص الذي صدر عنه التعبير، ولكن هذه القرينة تبقى من حيث حجيتها بسيطة أي قابلة لإثبات العكس، وبالتالي إذا كانت الإرادة الكامنة في النفس تختلف عن تلك المعبّر عنها نتيجة سوء استعمال الألفاظ أو الإشارة، فالمتعاقد الذي يدّعي ذلك يقع عليه عبء الإثبات، فالعبرة بما قصده المتعاقد، لأن حماية الفرد أولى من حماية المصلحة الاجتماعية المتمثلة في استقرار المعاملات[1].

لكن التطابق بين الإرادة والتعبير عنها لا يتحقق دائمًا في كل الحالات فقد يحدث أن يختلف التعبير عن ما قصدته الإرادة الحقيقية الكامنة في النفس وعندئذ تكون العبرة بالإرادة الباطنة.[2]

فعدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها يكون أثناء مرحلة إبرام العقد، ويتم الكشف عنه في مرحلة تنفيذه، فالاختلاف الحاصل بين الإرادة الباطنة والارادة الظاهرة قد يكون مقصودًا من أحد المتعاقدين أو كلاهما، ويتحقق ذلك في حالة التحفظ الذهني وحالة الصورية.

كما يمكن أن يكون الاختلاف الحاصل بين الإرادة والتعبير غير مقصود ويتحقق ذلك مثلا في حالة الغلط، أما بخصوص مرحلة تنفيذ التصرف القانوني فيظهر عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عند تفسير التصرف القانوني[3].

ثانيا: نتائج الأخذ بالإرادة الباطنة ودورها في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين

يترتب عن الأخذ بالإرادة الباطنة نتائج هامة (1)، كما يلتزم القاضي بالبحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين (2).

1- نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة

إن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يترتب عنه نتائج عملية في غاية الأهمية نذكر منها:

أ- في حالة التحفظ الذهني الصادر من المتعاقد وقت إبرام العقد، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار بهذا التحفظ كونه جزء من الإرادة الحقيقية للمتعاقد[4].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص105.
2 جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 39.
3 جاب الله عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 42.
4 لبني مختار، المرجع السابق، ص 11.

ب- في حالة نقل التعبير بأي وسيلة من وسائل النقل المختلفة ووقوع غلط فيه، فإن العقد لا ينعقد، وذلك لأن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة سيؤدي إلى التوسع في فكرة الغلط[1].

ج- أن الموت أو فقدان الأهلية يسقط الإرادة قبل تمام العقد على أساس أن العقد يتم عندما تتوافق الإرادتين وبالتالي فإن إرادة الشخص تنعدم بعد موته أو فقدانه لأهليته[2].

د- أن السبب في التصرفات القانونية هو الدافع للتعاقد، أي هو الذي يدفع بالإرادة لتبرم العقد، وبالتالي فإن السبب مرتبط بالإرادة، ومن ثم فالاهتمام به ضروري إذ لا يعقل أن تتجه إرادة صحيحة نحو التعاقد دون وجود سبب محدد، وينبني عن ذلك أنه لا يمكن الفصل بين الإرادة وما تهدف إليه[3].

2- التزام قاضي تفسير العقد بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين

عندما يعرض على القاضي مسألة تفسير العقد فإنه يلتزم بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ولا يتقيّد بالإرادة المعبر عنها، وذلك في حالة تأويل العبارة الغامضة التي لا يمكن الاستفادة منها[4]، ذلك أن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين يعني استبعاد الارادة الظاهرة والاعتداد بالإرادة الباطنة. [5]

وتتمثل الإرادة الحقيقية أو النيّة المشتركة عند جانب من الفقه في الإيجاب الذي يصدر من الموجب ويتلقاه الموجب له ويستوعب مضمونه على نحو معين، أو أنه يستطيع فهمه على نحو معين، فيعتد بهذا الفهم الحاصل لدى الموجب له سواء كان الفهم حقيقيًا أو حكميًا، لأن هذا الفهم هو ما يتأكد تحققه والذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[6].

---

1 حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل دبلوم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1974، ص 40.

2 جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 35.

3 عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، دكتوراه، مصر، دون ذكر السنة، ص 83.

4 جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 36.

5 يقول الأستاذ كاربوني بخصوص هذه النقطة:

« L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté »

نقلا عن: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 413.

6 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 412، ويضيف المؤلف أن ما يعاب على هذا الرأي أن العقد اتفاق ارادتين، فلا يمكن يمكن الاعتداد بإرادة الموجب لوحده.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري من نظرية الإرادة الباطنة، فقد أخذ بها بصورة أساسية، ويظهر ذلك في مسألة انعقاد العقد حيث أنه لا يعتد بالتعبير عن الإرادة إلا إذا كان التعبير مطابقا لمقصود صاحبه[1]، كما أنه أخذ بعيوب الرضا وجعلها سببا من أسباب المطالبة بإبطال العقد[2]، وقرر أيضًا بطلان العقد في حالة ما إذا كان سبب التزام المتعاقد غير مشروع أو مخالفا للنظام العام أو للآداب[3].

ويرى الأستاذ علي فيلالي –ونؤيده في ذلك–أن المشرع الجزائري بصدد موقفه من نظرية الإرادة الباطنة لم يأخذ لا بالإرادة الباطنة ولا بالإرادة الظاهرة، وإنما اعتمد مفهومًا جديدًا وهو ما يسمى بالإرادة المتعرف عليها[4].

فالبحث عن الإرادة أو النية المشتركة للمتعاقدين في حالة ما إذا كانت عبارة العقد غامضة أو مبهمة أو غير واضحة أو يعتريها النقص، وعدم الجلاء، فلا يجوز للقاضي بأي حال من الأحوال –من منطق هذه النظرية– أن يرتب على هذا العقد الآثار التي يراها تحقق العدالة التعاقدية أو تلك التي تكون أكثر فائدة من حيث تحقيق الأغراض الاقتصادية للعقد، وإنما يستنبط الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر الإرادة المفترضة للمتعاقدين[5].

ونشير أن التفسير بحسب الإرادة المفترضة من ابتداع الفقيه الألماني ليونار (Leonard)، والذي يرى أن معنى العبارة يجب أن يكون وفق أفضل انعكاس لها، وأن تنقله عن الإرادة الداخلية، فالدلالة

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 98، وتجسد ذلك في المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين".

2 راجع المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

3 حيث تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا".

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 110.

5 نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، الأولى، 2005، ص 31،

Voir: JACQUES FLOUR, JEAN-LUC AUBERT, ERIC SAVAUX, op cit, P70.

الحقيقية للتعبير له صورة معادلة للإرادة التي يمكن أن تكون مفترضة للمعبر، والتي كان يتعين على الشخص الذي وجه له التعبير أن يفهمها ويدرك معناها وقت تلقيه التعبير[1].

إلا أن هذه الإرادة المفترضة تبقى بعيدة عن الإرادة الحقيقية، وبالتالي فإن القاضي يستخلص إرادة جديدة لا تكون هي نفسها الإرادة الحقيقية[2].

1 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 229.

2 عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص 305.

المبحث الثاني: مقتضيات التفسير

لا تثار مسألة تفسير العقد إلا بمناسبة وجود نزاع بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذه، وعليه فلكي يتوصل القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين، يجب عليه أولا التأكد من وجود أركان العقد (المطلب الأول)، كما أن الأمر يستلزم أيضا إعطاء التكييف القانوني للعقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول: فحص العقد من طرف قاضي التفسير

تقتضي عملية تفسير العقد من طرف قاضي الموضوع ابتداءا التطرق إلى أركان العقد قصد التحقق من توافرها واستيفائها للشروط القانونية(الفرع الأول)، كما يمكن أيضا إثارة مسألة أهلية وشروط صحة تراضي المتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قاضي التفسير ورقابة أركان العقد

يقوم قاضي التفسير برقابة أركان العقد المتمثلة في التراضي أساسا (أولا)، كما يقوم برقابة ركن المحل (ثانيًا)، وركن السبب (ثالثا)، والشكلية في العقود التي يشترط فيها القانون شكلا معينا (رابعًا).

أولا: رقابة قاضي تفسير العقد لركن التراضي

يعتبر التراضي الركن الأساسي في العقد إذ أن الأصل في العقود الرضائية ، فالبحث في مسألة التراضي يقتضي التطرق إلى فحص سلامة الإرادة إذ تعتبر جوهر الرضا(1)، ثم إلى مسألة تطابق الإرادتين(2)، ثم الجزاء المترتب عن تخلف ركن الرضا(3).

1- الإرادة جوهر وأساس الرضا

سبق الاشارة إلى أن الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية مرتبطة بذات صاحبها، تستوجب نشاطًا فكريا يوحي بعقد العزم على أمر معيّن، حيث تظهر في قدرة الشخص على اتخاذ قرار أو موقف معين[1].

1 لبني مختار، المرجع السابق، ص 1.

والجدير بالذكر أن القانون لا يعتد إلاّ بالإرادة الجدية التي تصدر عن الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية إبرام التصرفات القانونية وتتجه إلى إحداث أثر قانوني[1]، إذ لا يعتد بإرادة الهازل أو المتعاقد على سبيل المجاملة، ولا يترتب عن ذلك أي التزام من الناحية القانونية[2].

كما لا يعتد قانونا بالإرادة المعلقة على محض مشيئة صاحبها أو مجرد رغبة صاحبها[3]، إذ أن ذلك يعني انعدام الإرادة الجدية في ترتيب الآثار القانونية وبخاصة تحمل الالتزامات التعاقدية التي يرتبها القانون أو تلك التي يتفق عليها الأطراف المتعاقدة.

كما يجب من الناحية القانونية أن تنصرف إرادة الشخص إلى ترتيب آثار قانونية، ويتولد عن ذلك ما يسمى بالمركز القانوني، فالإرادة تسعى من وراء إبرام العقد إلى تحمل التزامات أو اكتساب حقوق[4].

ولما كانت الإرادة ظاهرة نفسية ينفرد صاحبها بمعرفة مكنوناتها وخباياها، فلا يعتد بها قانونا إلا إذا اتخذت شكلا خارجيا بالتعبير عنها، وهذا الأخير هو المظهر المادي الخارجي الذي بواسطته يتم التوصل إلى الكشف عن نيّته في الارتباط قانونيًا مع الغير بغرض ترتيب أثر قانوني، لذلك فالقاضي له سلطة تقديرية للقول ما إذا كانت الإرادة الصادرة عن صاحبها جادة في الارتباط قانونيًا مع الغير بغرض ترتيب أثر قانوني من عدمه، وتكييف ما إذا كان التعبير عن الإرادة الكامنة في نفس الشخص صدرت بصورة صريحة أو ضمنية، مستعينًا في ذلك بظروف وملابسات المعاملة وظروفها الخارجية بأن يقف عند المظهر الذي اتخذته الإرادة مستعينًا في ذلك بالعرف الجاري في التعامل[5].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 98.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 95.
3 وهو ما جاء في المادة 205 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يكون الالتزام قائمًا إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفًا على محض إرادة الملتزم".
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 102.
5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 96.

ولعل ما يجسّد مبدأ الرضائية في المعاملات التعاقدية، عدم اشتراط مظهر معين أو طريقة خاصة في التعبير عن الإرادة، فالمشرع في مجال التعبير عن الإرادة يعتد بالإرادة الصريحة أو الضمنية[1]، وهذا تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة من جهة، ومبدأ الرضائية في العقود من حيث إبرامها من جهة أخرى.

غير أن المشرع يتدخل أحيانًا فيشترط التعبير الصريح عن الإرادة كما هو الشأن في التضامن بين المدينين والدائنين[2] وهذا نظرًا لأهمية التصرف القانوني بالنسبة للمتصرف ذاته وللمتعامل معه.

2- تطابق الإرادتين

لا ينعقد العقد بوجود إرادتين فقط، بل لابد من تطابقهما أي أن تقترن إرادة شخص بإرادة شخص آخر أي بتوافقهما، فينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين وهذا ما يعرف بركن التراضي[3]، فتندمج إحدى الإرادتين في الأخرى وتتكون منهما إرادة تعلو الإرادتين معًا وتشملهما في ذات الوقت، ولذلك تسمى بالإرادة المشتركة[4].

والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني أي إنعقاد العقد إلاّ إذا اتصل التعبير عن الإرادة بعلم من وجه إليه[5]، مما يترتب عليه مسألة جد هامة وهي تحديد زمان ومكان تطابق الإرادتين لكي يتم تحديد الجهة القضائية التي ينعقد لها الاختصاص المحلي للنظر في النزاعات المترتبة عن تنفيذ العقد، كما أن تحديد زمان تطابق إرادتي العقد يسمح فيما إذا كان يتقرر للشخص المتعاقد إمكانية رفع دعوى قضائية بسبب الاستغلال قبل انقضاء أو تقادم مدة رفع الدعوى[6]، أو المطالبة بإبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكراه في المدة القانونية المسموح بها[7].

1 أنظر المواد: 60، 65، 106، 107 من القانون المدني الجزائري.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 98.
3 أنظر المادة 59 السالفة الذكر والمادة 217 من القانون المدني الجزائري.
4 لبني مختار، المرجع السابق، ص 32.
5 أنظر المادة 61 من القانوني المدني الجزائري.
6 أنظر المادة 90 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.
7 أنظر المادة 101 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

ونذكر أنه قد تسبق مرحلة انعقاد العقد، مرحلة مناقشات بين الطرفين تعرف بمرحلة المفاوضات تمهيدًا للعقد المراد إبرامه، وينتهي الأمر: إما إلى إعداد مسودة أو مشروع العقد، وإما إلى صدور إيجاب يطابقه قبول، وبذلك ينعقد العقد المراد إبرامه[1].

والغريب في الأمر أن المشرع الجزائري حسب الأستاذ العربي بلحاج –ونحن نؤيده في ذلك– رغم ما أدخله من تعديلات هامة على القانون المدني، إلاّ أنه لم يهتم بفترة المفاوضات التي تسبق مرحلة إبرام العقد، ولم ينظمها ولو بمادة واحدة، بل وأنه لم يقرر الحماية القانونية للشخص في هذه المرحلة[2]، وغني عن البيان أن هذه المرحلة على درجة كبيرة من الأهمية في مجال تفسير العقد حيث يستأنس بها القاضي من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وذلك بغرض تنفيذ العقد.

ونشير في الأخير إلى أنه قد يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد دون المسائل التفصيلية، مع التنويه والإشارة أن عدم ذكر المسائل التفصيلية في مجلس العقد لا يمنع من انعقاد العقد[3]، العقد[3]، حيث يتولى القاضي البت في هذه المسائل التفصيلية في حالة تنازع المتعاقدين بشأنها تبعًا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة[4].

3– الجزاء المترتب عن تخلف ركن الرضا

إن البطلان هو الجزاء المترتب عن تخلف ركن من أركان العقد، وبالتالي لا يكون للعقد أي وجود قانوني بحيث لا ينتج أي أثر قانوني ولا يرتب أي حق أو التزام.

1 إن مرحلة التفاوض هي ليست ضرورية ولازمة في كل العقود، وإنما توجد في العقود الاقتصادية ذات الأهمية البالغة ويصطلح عليها فقهًا بالعقود الثقيلة، أنظر العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 112.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 114.
3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 39.
4 أنظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

لقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني مسألة البطلان في القسم الثاني مكرر المعنون بإبطال العقد وبطلانه من المادة 99 إلى المادة 105من الفصل الثاني العقد من الباب الأول مصادر الالتزام في الكتاب الثاني الالتزامات والعقود.

ويبدو من خلال هذه الأحكام المتعلقة بالبطلان أن المشرع الجزائري أخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان: البطلان المطلق والبطلان النسبي، حيث عالج في المادة 102 موضوع البطلان المتعلق بالنظام العام وهو البطلان المطلق فقرر أنه يجوز إثارته من طرف كل شخص له مصلحة، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، في أي مرحلة من مراحل التقاضي وعلى أي درجة من درجات التقاضي لتعلقه بالنظام العام، كما أن الإجازة لا تلحق البطلان المطلق، وتسقط دعوى البطلان بالتقادم[1].

وعلى اعتبار أن البطلان المطلق من النظام العام لأنه يتعلق بالمصلحة العامة[2]، فإنه يتقرر بذلك قانونا أن العقد الباطل بطلانًا مطلقًا منعدم الوجود، ومن ثمة فلا حاجة لتدخل القاضي لتقرير هذا البطلان إذ يصبح ذلك لغوًا وتحصيل حاصل لا طائل منه حسب رأي البعض[3]، إلا أنه من وجهة نظرنا فإن هذا الكلام وإن كان صحيحا من الناحية النظرية إلا أنه من الناحية العملية فإن العقد الباطل يبقى قائما ومنتجا لآثاره ولا يتقرر بطلانه إلا بحكم كاشف له وبالتالي يصبح منعدم الأثر، حيث يستوجب الأمر في بعض الحالات تدخل القاضي لتقرير بطلان العقد فيما لو فرضنا أن أحد المتعاقدين قام بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتقه، ثم تبيّن له أن العقد باطل بطلانًا مطلقًا، فيرفع دعوى يترتب عنها بطلان العقد لاسترداد ما أداه من التزامات[4].

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية،1998، ص 616.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 336 ومايليها.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 187.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص238.

ونشير إلى أن البطلان الذي يترتب كجزاء لتخلف أحد أركان العقد يتقرر لكل من المتعاقدين وخلفهما العام وخلفهما الخاص والدائنين مع الملاحظة أن الأصل في العقود الصحة ويقع عبء إثبات بطلانها على من يدعي ذلك[1].

فالأصل في العقود الباطلة بطلانًا مطلقًا أنه لا وجود لها من الناحية القانونية، لذلك فهي لا ترتب أي أثر قانوني، إلا أنه استثناءًا فإنه قد ينتج آثارًا عرضية غير تلك الآثار المباشرة التي أراد المتعاقدان ترتيبها، ولم يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وتعتبر نظريتا تحول العقد والخطأ في تكوين العقد من أهم النظريات التي عالجت الآثار العرضيّة التي ينتجها العقد الباطل وهما من أصل ألماني[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أخذ بهاتين النظريتين وهما نظرية تحول العقد[3]، ونظرية إنقاص العقد[4]، والأخذ بهاتين النظريتين تقتضيه ضرورة استقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية في المعاملات التعاقدية، بما يحقق الحفاظ على المراكز القانونية للأشخاص المتعاقدة أو على الأقل المحافظة على العقد في صورة أخرى.

ثانيا: رقابة قاضي التفسير لركن المحل

يتمثل محل العقد أو موضوعه في العملية القانونية التي تراضى الطرفان من أجل الوصول إليها، ولا يكون ذلك إلاّ بترتيب التزامات في ذمّة المتعاقدين أو في ذمة أحدهما، وتبعًا لذلك فإن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الأساسية أو الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية التي قصدها المتعاقدان[5]، ولقد نظم المشرع الجزائري المحل في المواد من 92 إلى 95 في القسم الثاني شروط الالتزام من الفصل

1 نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 238.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 619 ومايليها.
3 أنظر المادة 105 من القانون المدني الجزائري.
4 أنظر المادة 104 من القانون المدني الجزائري.
5 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 618.

الثاني شروط العقد من الباب الأول مصادر الالتزام ضمن الكتاب الثاني الالتزامات والعقود من القانون المدني، ويمكن إيراد شروط المحل في أربعة عناصر أساسية:

1- أن يكون المحل موجودًا أو قابلاً للوجود في المستقبل.
2- أن يكون معينًا أو قابلاً للتعيين.
3- أن يكون ممكنا لا مستحيلاً.
4- أن يكون مشروعًا وقابلا للتعامل فيه.

أما بخصوص اشتراط وجود المحل أو قابليته للوجود مستقبلاً، فيجب التمييز بين محل الالتزام، فإذا كان إعطاء شيء، وجب وجود هذا الشيء أو أن يكون قابلاً للوجود من خلال ما تتصرف إليه نية المتعاقدين، أما إذا كان محل الالتزام هو القيام أو الامتناع عن عمل، وجب أن يكون ذلك ممكنًا غير مستحيل، وإلا كان العقد باطلاً[1].

فإذا استخلص قاضي التفسير من خلال رقابته لركن المحل عدم توافر هذه الشروط حكم ببطلان العقد، وبالتالي لا مجال لتفسيره ، فالعقد غير موجود من الناحية القانونية، ولا يرتب أي أثر قانوني مما يقتضي استحالة تفسير المعدوم.

وفيما يتعلق بتعيين المحل فهو أمر لازم وطبيعي لوجود الالتزام فإذا كان مضمون الالتزام غير واضح، فلا يمكن للمدين تنفيذه ذلك سواء كان التزاما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو بمنح شيء ما، وإذا كان تعيين المحل أمر وجوبي يترتب عن تخلفه بطلان العقد، فإنه في بعض الحالات يكفي أن يكون قابلاً للتعيين وبخاصة عندما يتعلّق الأمر بأشياء مستقبلية[2].

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 270 .
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 246،247.

أما بخصوص شرط أن يكون المحل ممكنًا لا مستحيلاً، فيجب التمييز بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النّسبية، فإذا كانت الاستحالة ترجع إلى المدين بحد ذاته، فإن الالتزام في هذه الحالة موجود، ويكون المحل صحيح ويعتد به قانونًا، وبذلك تتقرر مسؤولية المدين ويعد مسؤولاً عن التعويض بسبب عدم تنفيذ التزامه. أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى الشيء في حد ذاته كأن يتعهد شخص للقيام بعمل قد تمّ القيام به، فهنا يكون المحل مستحيلا، وبالتالي يتخلف الشرط الذي يتحقق به ركن المحل في العقد، فيترتب عنه بطلان العقد بطلانا مطلقا، ولقاضي التفسير إثارة ذلك من تلقاء نفسه[1].

أما فيما يتعلق بمشروعية المحل وقابلية التعامل فيه، فالمقصود به ألا يكون المحل مخالفًا للنظام العام والآداب العامة، فهناك من يرى أن النظام العام أساسه فكرة المصلحة العامة على اختلاف طبيعة هذه المصلحة سواء كانت سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم أدبية[2].

وننوه أن شرط مشروعية المحل هو شرط عام يتضمن كل أنواع محال الالتزام سواء كان إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل[3]، فإذا تخلف شرط مشروعية المحل كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 93 من القانون المدني الجزائري[4].

كما نص المشرع الجزائري على حالات محددة يكون فيها المحل غير مشروع منها الحالة المتعلقة بعقد البيع في حالة الاتفاق على حق البائع في استرداد الشيء المبيع في أجل محدد[5]، أو التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو تم ذلك برضاه[6]، وتقرير فائدة في القرض الاستهلاكي بين الأشخاص الطبيعيين[7].

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 467.
2 أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 110.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 284.
4 تقرر المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلانًا مطلقًا".
5 أنظر المادة 396 من القانون المدني.
6 راجع المادة 92 الفقرة 2 من القانون المدني.
7 أنظر المادة 454 من القانون المدني الجزائري.

ومن المعلوم أن فكرة النظام العام والآداب العامة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر في نفس الدولة، وذلك تبعًا لاختلاف معنى ومفهوم المصلحة العامة المرتبط بفكرة النظام العام من دولة إلى دولة ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة[1]، فمثلاً تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري مسموح به وفي إطار عدد معيّن ضمن شروط معينة[2]، بينما يعتبر في فرنسا أمرا مخالفا للنظام العام.

ولذا فإن المشرع الجزائري لم يعرف في المادة 93 من القانون المدني النظام العام مما يجعل القاضي يقرر بمقتضى سلطته التقديرية ما هو متعلق بالنظام العام والآداب العامة، بقصد المحافظة على كيان المجتمع وقيمه ومصالحه العليا، وعليه فإن الأمر يستلزم بالضرورة حماية الأسس والقواعد القانونية والأخلاقية للجماعة، والمبادئ والخصال الحميدة في حالة عدم تنصيص القانون على ذلك، ولا يخفى على أحد ما لمبادئ الشريعة الإسلامية وتعاليمها السامية من دور فعال في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة في الجانب الاجتماعي والاخلاقي باعتبارها المصدر الثاني من مصادر القانون المدني الجزائري بوجه خاص بعد التشريع طبقا للمادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري[3].

إن قاضي تفسير العقد وهو بصدد مراقبة ركن المحل على غرار رقابته لركن الرضا، فإذا عاين مخالفة أحد شروط المحل فإنه يتعيّن عليه النطق ببطلان العقد من تلقاء نفسه، ذلك أنّه حامي النظام العام والآداب العامة طبقا لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

ثالثا: رقابة قاضي التفسير لركن السبب

يقوم القاضي بمناسبة تفسيره للعقد اقتضاء برقابته لركن السبب خاصة من حيث مشروعيته مما يقتضي التطرق إلى مضمونه في ظل المذهب الفردي(1)، ثم إلى بيان مضمون سبب العقد في القانون المدني الجزائري(2).

1 أنور سلطان، المرجع السابق، ص 110.
2 أنظر المادة 8، 8 مكرر و 8 مكرر1 من قانون الأسرة الجزائري.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 296.

1- مضمون سبب العقد في المذهب الشخصي

إن سبب العقد في مفهوم المذهب الفردي والذي هو أساس مبدأ سلطان الإرادة لا يعدو أن تكون وظيفته حماية المصالح الفردية، ومادام أن الفرد حرّ في أفعاله وتصرفاته، فليس للمجتمع أن يفرض عليه قيمه الأخلاقية، وبالتالي لا يتقرر للقاضي فرض رقابته للدوافع التي أدت بالفرد إلى التعاقد[1].

يرى جانب من الفقه أن هناك التزامات مصدرها الإرادة ومنها ما ينشأ بصفة مباشرة عن القانون أو من أفعال تترتب عليها آثار قانونية، نظرا لأن السبب هو الغرض الذي يهدف إليه الملتزم، فإنه لا يمكن تصوّر السبب إلا في الالتزامات الإرادية أي الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة ومن بينها الالتزام التعاقدي[2].

وتقوم نظرية السبب بصفة عامة على أساس نظرتين: النظرة الأولى تتميز بالموضوعية ويصطلح عليها بالسبب القصدي، بينما النظرة الثانية تتميز بطابع الشخصية، وبذلك أصبح ينظر للسبب على أنه الباعث أو الدافع للتعاقد[3].

فمفهوم السبب القصدي هو الغرض المباشر الذي تتجه إليه إرادة المتعاقد من وراء تعاقده، وهو واحد بالنسبة لجميع المتعاقدين في مجال عقد معيّن، فالسبب عنصر داخلي في العقد وهو موضوعي لا يتأثر بنيّة المتعاقد، وهو عنصر دائم غير متغيّر[4].

كما يشترط في السبب المباشر أن يكون موجودًا وإلاّ كان باطلا، وأن يكون صحيحًا فلا يعتريه وهم أو غلط أو صورية وإلا كان العقد باطلاً، كما يجب أن يكون السبب مشروعًا بأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلاّ كان العقد باطلاً[5].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 259.
2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 153.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 259 .
4 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 78، ويضيف المؤلف أنه " ويرجع فضل صياغة هذه النظرية إلى الفقيهين الفرنسيين "دوما" و"بوتييه" وتلقفها القانوني المدني الفرنسي عنهما سنة 1804".
5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 302.

أما نظرية السبب الباعث أو الدافع إلى الالتزام فإن القضاء الفرنسي كان له دور هام وفعال في دحض النظرية التقليدية، وتخلص من الحاجز الذي أقيم بين الباعث والسبب ومزجهما مزجًا تامًا فاعتبر الباعث هو سبب الالتزام مادام أنه كان معلومًا عند المتعاقدين معا، حتى ولو لم يدخل ضمن اتفاقهما[1].

إن السبب حسب مفهوم نظرية السبب الباعث يتمثل في الاعتبارات التي تدفع بالشخص إلى التعاقد أي الاعتبارات النفسية والشخصية المؤثرة الدافعة للتعاقد، وهذه الدوافع ليست واحدة عند كل الأشخاص، بل هي متعددة وعلى درجات مختلفة من حيث أهميتها، والعبرة في ذلك بالدافع الرئيسي وليس بالدافع غير الرئيسي، ولا يكون محل اعتبار إلاّ الباعث الدافع إلى التعاقد[2].

فالباعث طبقا للنظرية الحديثة هو السبب الدافع للتعاقد، والباعث أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص، وتبعًا لذلك فهو عنصر متغيّر من عقد إلى عقد، وهو ليس أمر داخلي في العقد، إنما هو عنصر خارجي يتعلق بالدوافع التي تؤثر على إرادة الإنسان، ولا يشترط لصحة العقد إلاّ أن يكون الباعث مشروعًا غير مخالف للنظام العام، فلا يشترط أن يكون دائما موجودا في جميع العقود، كما لا يخلو أي عقد من الباعث، إلاّ إذا كان المتعاقد مصاب بجنون وتبعًا لذلك يكون العقد باطلاً لانعدام الإرادة وليس لانعدام الباعث[3].

ومن خلال اشتراط القانون مشروعية السبب فإن القاضي يراقب احترام الأخلاق في دائرة العقود وبذلك يراقب مدى مشروعية نوايا المتعاقدين، ومادام أن الباعث أمر داخلي فإنه إذا ظل فرديا لا يعلم به إلا صاحبه فإنه لا يؤثر على صحة العقد ولو كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، لأن مبدأ استقرار المعاملات يقتضي عدم الأخذ به إلا إذا دخل حيز التعاقد والقول بعكس ذلك سيؤدي إلى بعث عدم الثقة

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 569.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 267،268.
3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 85،86.

في كل العقود بوجه كامل ولا يخفى على أحد ما في ذلك من أثر بالغ الضرر على الحياة الاقتصادية[1].

وتجدر الإشارة في الأخير أن هناك جانبا من الفقه الفرنسي يرى بأن إلغاء المشرع الفرنسي لركن السبب بمقتضى تعديله للقانون المدني بالأمر الصادر في 10 فيفري 2016 – والذي فاجأ به الجميع– لا يعدو أن يكون إلا إلغاء شكليا أكثر مما هو حقيقيا[2].

2– السبب في القانون المدني الجزائري

يظهر من خلال نصي المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري [3]، أن المشرع اشترط المشروعية في السبب ومن ثم فالعبرة ليست بوجود السبب إنما بمشروعيته، وحسب جانب من الفقه فإن هذا يدل على اعتناقه للنظرية الحديثة بصورة تتلاءم مع الوظيفة التي يتوخاها المشرع الجزائري من السبب، وذلك من خلال مراقبة القاضي للمعاملات التعاقدية من حيث مساسها بالصالح العام [4].

بينما هناك من يرى أن القانون المدني الجزائري يشترط في السبب ووفقا لنفس المادتين 97 و 98 شرطان أساسيان وهما: أن يكون السبب موجودا وهذا مستقى من عبارات نص المادة 98 الفقرة 1 و2 إذ أنه شرط أساس لصحة الالتزام وأن يكون السبب مشروعا وهذا بالرغم من التوصل في الأخير حسب نفس الرأي أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب[5].

إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 97 ذاتها في صياغتها باللغة الفرنسية [6]، وإلى المصطلحات الواردة فيها، فإنها تشترط في السبب شرطين، وهما: الوجود والمشروعية، ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري قد

---

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 86.

2 Philippe delbecque, la reforme des contrats: quelles innovations ? les annales d'université d''alger, le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24 -25 octobre 2016, n° 5, 2016, p206.

3 ونصهما على التوالي كمايلي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا" ، " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقل الدليل على غير ذلك".

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 271.

5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 310311.

6 l'article 97: " Le contrat est nul lorsqu 'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs".

أخذ بمفهوم ازدواجية السبب أي أخذ بالنظرية التقليدية والحديثة في مجال السبب كما ذكر أو استعمل المشرع مصطلح "سبب الالتزام" وليس سبب العقد وهذا قد يستنتج منه أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية التقليدية في السبب غير أن هذه الازدواجية لا مبرر لها[1].

إن شرط الوجود يتصل بالغرض المباشر من التعاقد حتى لو كان غير مذكور بالعقد، وسبب العقد الحقيقي إنما هو الدافع أو الباعث الشخصي الذي دفع بالمتعاقدين لإبرام العقد[2].

كما أن شرط المشروعية باعتباره الباعث الدافع إلى التعاقد تعني ألا يخالف السبب النظام العام أو الآداب العامة وذلك لقصد الغاية البعيدة من العقد، وهذا في مفهوم النظرية الحديثة للسبب[3].

لقد وضع المشرع الجزائري قرينة قانونية على مشروعية السبب بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 98، غير أن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ يجوز للمتعاقد المدين أن يثبت عكسها، وذلك بأن يدعي أن سبب الالتزام مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

إن عدم الانسجام بين نص المادة 98 في صياغتها باللغة العربية –وهي المصدر الرسمي– مع صياغتها باللغة الفرنسية باعتبارها المصدر الأصلي تجعلنا أمام فرضين الأول أن القرينة القانونية تنصرف إلى شرطي وجود السبب ومشروعيته ومن ثم القول أن المشرع أخذ بازدواجية السبب بالنظر إلى نص المادة 98 في صياغتها باللغة الفرنسية، بينما لو تم الاقتصار على نفس المادة في صياغتها باللغة العربية فقط وهو الفرض الثاني لأمكن القول أن القرينة تنصرف إلى المشروعية فقط تأييدا للرأي القائل بأن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب[4].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 272.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 310.
3 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/04/12 ملف رقم 43098 المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، ص 85، 86، 87.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 275، 276، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 316.

كما أن المشرع الجزائري وضع قرينة قانونية أخرى في مجال السبب وهو افتراض حقيقة السبب المذكور في العقد في الفقرة الثانية من المادة 98 [1]، إلا أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها أو دحضها مع التقيد في ذلك بقواعد الإثبات، فإذا تمسك المدين بصورية السبب المذكور في العقد، وجب عليه تقديم الدليل القانوني على صورية هذا السبب إذ لا يجوز إثبات عكس ما ورد في الدليل الكتابي إلا بواسطة الدليل الكتابي أو ما يقوم مقامها[2]، كما أن لقضاة الموضوع سلطة تقدير أدلة الادعاء بالصورية مع احترامهم لقواعد الإثبات بهذا الصدد[3]، أما إذا كان الادعاء هدفه إثبات صورية مشروعية السبب، فللمدين أن يثبت ذلك بكافة طرق ووسائل الإثبات.

إذن إذا توصل المتعاقد المدين إلى دحض القرينة القانونية بخصوص السبب المذكور في العقد بأنه صوري وغير حقيقي، فإن المشرع أجاز التمسك بالادعاء أن للالتزام سببا آخر مشروعا مع تحمل عبء إثبات ذلك.

والجدير بالذكر في مجال السبب باعتباره الباعث الدافع إلى التعاقد أنه يكون أمرا لا يعلمه المتعاقد الآخر، مما قد ينتج عنه بعض الجور للمتعاقد الذي لا يعلم خبايا نفس المتعاقد معه[4]، وبالتالي لا يمكن تحميله تبعة خطأ المتعاقد الذي كان سبب التزامه غير مشروع، ومن باب العدالة أن لا يتحمل تبعة ذلك كون أنه لا يعلم بعدم مشروعية السبب لدى المتعاقد الآخر الذي لم يكشف عن ذلك.

ويرى الأستاذ العربي بلحاج في هذا الخصوص أنه يكفي أن يكون الباعث غير مشروع هو الدافع الجوهري لإبرام العقد حتى يؤدي إلى بطلان العقد، والأمر سيان في ذلك بأن علم المتعاقد الآخر بذلك أو

---

1 حيث جاء نصها كمايلي: " 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"

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 315.

3 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1992/07/07، ملف رقم 84084، المجلة القضائية سنة 1993، العدد3، ص 164، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1984/07/09، ملف رقم 33719، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3، ص 80.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 268.

لم يعلم، ويستدل في ذلك بنص المادة 97 من القانون المدني التي وردت بصيغة العموم والإطلاق[1].

بينما ترى الأستاذة حليمة آيت حمودي بخصوص المشرع الجزائري بهذا الصدد بوجوب علم المتعاقد الآخر أو إفتراض إمكانية علمه بالباعث غير المشروع والدليل في ذلك الاستدلال بأحكام الغلط والتدليس وهذا في عقود المعاوضة أما في عقود التبرع فلا يشترط ذلك، وتستند في هذه النتيجة بالشروط القانونية المتعلقة بالدعوى البوليصة التي تميز بين تصرفات المعاوضة والتبرع، فتشترط في النوع الأول غش الطرف الآخر، بينما يلحق تصرفات التبرع البطلان حتى في حالة حسن نية الطرف الآخر ويؤديها في ذلك الأستاذ علي فيلالي – بحق– نظرا لسلامة ومنطقية هذا الرأي[2].

رابعا: رقابة قاضي التفسير لشكل العقد

على غرار فحص قاضي التفسير ركن الرضا والمحل والسبب، فإنه يتصدى لركن الشكلية في العقد، وعليه فإنه لا يمكنه التصدي لعملية التفسير إلا بعد التحقق من وجود أركان العقد كاملة وذلك بصورة تلقائية.

فالشكلية التي يتصدى لها القاضي بالفحص قد تتعلق بالنظام العام(1)، وقد تتعلق بحماية المتعاقدين (2).

1- الشكلية المقررة لحماية النظام العام

وهي الشكلية في صورتها المباشرة والتي ترتبط بتكوين العقد فتكون بذلك ركنا للانعقاد[3] ومثال ذلك اشتراط الرخص الإدارية أو القيام ببعض الإجراءات المختلفة باختلاف طبيعتها[4].

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 312.
2 نقلا عن علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 269.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص318.
4 زواوي محمودي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، ماجستير ، الجزائر 1987، ص 38.

ويستجيب الدور الحمائي للمجتمع من خلال اشتراط الشكلية باعتبارها ركنا في العقد بتطور وظيفة الدولة وتدخلها في المجالين الاجتماعي والاقتصادي، فمن الناحية الاجتماعية تتدخل الدولة بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين، أما من الناحية الاقتصادية فإن اشتراط الشكلية في العقود يعود بإيرادات مالية هامة للخزينة العمومية من خلال ما تفرضه من ضرائب ورسوم على العمليات التعاقدية[1].

2- الشكلية مقررة لحماية المتعاقدين

إن الشكلية باعتبارها ركنا من أركان العقد فهي تهدف أيضا إلى حماية المتعاقدين، نظرا لأهمية العقد وخطورته من حيث الآثار التي يرتبها على الذمة المالية للشخص، خاصة إذا كانت تؤدي إلى افتقارها كعقود التبرع حتى يكون كل واحد منهما على بينة من أمره، فيكون على علم بمركزه القانوني لما له من حقوق والتزامات مترتبة عن العقد الذي أبرمه، وبذلك يتلافى الوقوع في تصور الأشياء أو الأمور على غير حقيقتها أو الوقوع كضحية الطرق الاحتيالية التي يمارسها المتعاقد الآخر معه وبالتالي ضمان استقرار المعاملات التعاقدية[2].

ومن هنا يظهر دور قاضي التفسير بمناسبة مراقبته لشكل العقد إن كان القانون يتطلب شكلية معينة لانعقاده في حماية النظام العام خاصة إذا ما تعلق بالجانب الاقتصادي والاجتماعي ومن ثم فهو يساهم بطريقة غير مباشرة في تحقيق السياسة المالية العامة للدولة وحماية عناصر النظام العام.

إن اشتراط المشرع الشكلية في العقد باعتبارها ركن للانعقاد لا يعني أنه لا يحفل بالإرادة، فالأصل في العقود الرضائية التي تعد الركن الأول والأساسي في إبرام العقد، إنما الغاية من الشكلية هو أن يرد

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 302.

2 طبقا للمقولة المشهورة للفقيه الألماني إهرنج " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة" ومن ثم فإن الشكلية لها وظيفة حمائية مزدوجة إذ تحمي المتعاقد نفسه، كما أنها تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة في مظهرها الاجتماعي والاقتصادي وبالتالي فهي أداة الدولة من الناحية القانونية لممارسة وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، زواوي محمود، المرجع السابق، ص 23.

هذا التراضي ويفرغ في شكل كتابي رسمي، ويترتب على ذلك أن توافر الشكلية لا يكسب العقد حصانة في الطعن فيه بالبطلان إذا كان رضا المتعاقد معيبا أو منعدما[1].

والجدير بالذكر أن القانون المدني اشترط في نقل ملكية العقار أو في نقل الحق العيني العقاري و المحلات التجارية والصناعية أو التنازل عن الأسهم أو الحصص في الشركة وكذا العقود التي بمقتضاها تؤسس أو تعدل الشركة، وعقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية وهذا طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الكتابة الرسمية تحت طائلة البطلان[2]، وكذا العقود التي محلها هبة العقار، وغيرها من العقود التي تتضمن تصرفات قانونية ترد على العقار.

والمادة المذكورة سابقا جسدها العمل القضائي للمحكمة العليا الجزائرية في العديد من القرارات القضائية الصادرة عنها، والتي تكرس ركن الشكلية في العقود التي يكون محلها عقار وكذا التصرفات التعاقدية التي يشترط فيها القانون الشكلية باعتبارها ركنا من أركان العقد[3].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أنه كان اختلاف بصدد تطبيق المادة 12 من القانون 91/70 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي نقل مضمونها إلى المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني المشار

---

1 قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المرخ في 1997/05/28، ملف رقم 149156، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2004، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزء الثاني، ص 271.

2 حيث تنص على مايلي: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو تنازل عن عنصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدة للشركة بعقد رسمي، وتودع الاموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد ومضمونها مطابق لنص المادة 12 من الأمر 91/70 الفقرة 5 المتضمن قانون التوثيق والمادة 16 من الامر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن أحكام مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

3 قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1997/05/28، ملف رقم 149156 الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا سنة 2004 الجزء الثاني، ص 271، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/06/28، ملف رقم 199852، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية سنة2004، الجزء الثاني، ص 266، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/06/28، ملف رقم 196507 الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا لسنة 2004، الجزء الثاني، ص 262، قرار المحكمة العليا الصادر في 2004/07/21، ملف رقم 274325، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2004 العدد الثاني، ص 287، قرار المحكمة العليا الصادر في 2000/06/28، ملف رقم 197347، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، الجزء الثاني ، سنة 2004، ص 285، قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا المؤرخ في 2008/10/15 ملف رقم 473702، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية بالمحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، ص 227.

إليها سابقا على مستوى قضاة القانون بالمحكمة العليا، إذ ترى بعض الجهات القضائية أن إغفال الشكلية لا يمس بصحة التصرف وبالتالي لا يبطله، بينما يرى اتجاه آخر أنه يترتب على عدم احترامها اعتبار العقد باطل بطلانا مطلقا، وهذا ما أدى إلى اجتماع الغرف المجتمعة للمحكمة العليا لوضع حد لهذا الاختلاف القضائي في تطبيق المادة 12 من قانون التوثيق المقابلة للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، و صدر إثر ذلك القرار المبدئي عن هذه الغرف المجتمعة للمحكمة العليا في 18 فيفري 1997 والذي يرى ببطلان العقد بطلانا مطلقا في حالة تخلف الشكلية الرسمية [1].

وعليه فإن الشكلية باعتبارها ركنا من أركان العقد، يترتب عن تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا، لذلك فإن التصرفات العقارية العقدية غير المسجلة أي التي لم تخضع للشكلية وإجراءات الشهر العقاري لا ترتب سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين، ولا يمكن أن تكون مصدر للمطالبة قصد الزام المتعاقد بتنفيذ مضمونها[2].

إضافة إلى الشكلية فإن الشهر أو التسجيل في جميع العقود التي محلها عقار شرط ضروري ولازم لانتقال الملكية من البائع إلى المشتري[3]، وبذلك تصبح هذه التصرفات القانونية نافذة في حق الغير، أما

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 303،304، ويشير في مؤلفه إلى القرار المبدئي الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا الصادر في 18 فيفري 1997 ، ملف رقم 136456، المجلة القضائية سنة 1997، العدد الأول، ص 10 ، العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 321.

2 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الصادر في 2005/04/27، ملف رقم 293970، مجلة المحكمة العليا سنة 2005، العدد الثاني، ص 179، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2005/07/20، ملف رقم 302189، نشرة القضاة ، سنة 2012، العدد 67 ص 152 ، قرار المحكمة العليا الصادر في 2005/10/19، ملف رقم 307934 مجلة المحكمة العليا، سنة 2005ن العدد الثاني، ص 195، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/11/23 ، ملف رقم 311138، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005 العدد الثاني، ص 209.قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/12/21، رقم 315271، مجلة المحكمة العليا سنة 2006، العدد الثاني، ص 197، قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 2007/11/21، ملف رقم 389338، مجلة المحكمة العليا سنة 2008، العدد الثاني، ص 159.

3 كما تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري على انه " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

إذا تم بيع العقار دون استيفاء اجراءات التسجيل فإن البيع يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وبالتالي يتعين إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العملية التعاقدية[1].

كما أن قضاء المحكمة العليا جسد تطبيق المادة 103 من القانون المدني الجزائري في العديد من قراراتها التي قررت بطلان العقد بطلانا مطلقا، والذي تخلف فيه شرط الشكلية باعتبارها ركنا في العقد ومنه يترتب إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[2].

الفرع الثاني: قاضي تفسير العقد وفحص شروط صحة العقد

إن قاضي تفسير العقد وهو بصدد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين قد يتطرق إلى فحص شروط صحة العقد إذا تمسك صاحب المصلحة بذلك، وتتمثل شروط صحة العقد عموما في أهلية التعاقد (أولا)، وصحة أو سلامة الرضا من أحد العيوب المقررة قانونا (ثانيا).

أولا: قاضي تفسير العقد وفحص أهلية المتعاقدين

الأصل العام أن كل شخص كامل الأهلية متى بلغ سن الرشد الذي يتحدد ببلوغ سن التاسعة عشر كاملة، ولم يحجر عليه طبقا لأحكام المادة 86 من قانون الأسرة[3].

ويكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية بما في ذلك أهلية التعاقد، إلا إذا اعترت إرادته عارضا من عوارض الأهلية التي تجعله غير مؤهل لممارسة حقوقه المدنية[4].

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 324، وتنص المادة 103من القانون المدني الجزائري على انه " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة ابطال العقد أو ابطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

2 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/04/27، المشار إليه سابقا ، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/12/21، المشار إليه سابقا، قرار المحكمة العليا الصادر في 2005/11/23 المشار إليه سابقا.

3 تنص المادة 86 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادرة في12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005 على أنه :"من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني. تنص المادة 40 من نفس القانون على انه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كاملا الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

4 تنص المادة 78 من القانون المدني على أنه " كل كشخص أهل للتعاقد ما لم تطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ". أنظر: العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 205.

وقد أحالت المادة 79 من القانون المدني بخصوص حالات القصر والمحجور عليهم وكذا الأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها إلى القواعد القانونية المتصلة بالأهلية والمنصوص عليها في قانون الأسرة [1].

وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في اشتراط الأهلية يكون وقت إبرام العقد، ولا تأثير على صحته فيما لو طرأ على الأهلية أي عارض من عوارضها بعد ابرام العقد، وهذا ما أكده القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا من أن العبرة في اشتراط الأهلية يكون وقت صدور التصرف القانوني، وهي مسألة فنية يستعين فيها القاضي بذوي الخبرة لأجل تقرير ما إذا كان الشخص قد اعتراه عارض من عوارض الأهلية عندما قام بإبرام التصرف القانوني[2].

و تنقسم الأهلية إلى نوعان: أهلية وجوب تتقرر للشخص بمجرد ميلاده حيا حيث يكون أهلا لاكتساب الحقوق، وأهلية أداء تتمثل في قدرة الشخص على تحمل الالتزامات وترتبط بصفة أساسية وجوهرية بتمييز الشخص وإدراكه ببلوغه سن معينة[3]، لذلك فإن الشخص غير المميز لصغر في السن طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون جميع التصرفات القانونية التي تصدر عنه باطلة[4].

في حين تنقسم التصرفات القانونية بالنسبة لناقص الأهلية لصغر السن عموما من حيث النفع والضرر إلى ثلاث طوائف، فالطائفة الأولى تتمثل في التصرفات النافعة نفعا محضا كالتبرع لفائدته فتكون تصرفاته نافذة، أما الطائفة الثانية، فهي تلك التصرفات الضارة ضررا محضا له فتكون باطلة، أما

1 تنص المادة 79 من القانون المدني على أنه " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الاهلية أو ناقصيها قواعد الاهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة " .

2 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1986/06/29 ، ملف رقم 43476، المجلة القضائية سنة 1993، العدد الأول، ص 14.

3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 28.

4 تنص المادة 82 من قانون الأسرة على أنه: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، وتنص المادة 42 في فقرتها الأولى من القانون المدني على أنه: " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته او جنون".

الطائفة الثالثة من التصرفات فهي التي تدور بين النفع والضرر وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي، و في حالة النزاع يفصل القاضي فيها[1].

وقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز في القانون المدني طبقا للفقرة الثانية من المادة 42 ببلوغ الشخص سن الثالثة عشر كاملة وذلك باستخدام مفهوم المخالفة[2].

ويأخذ حكم عديم الأهلية إلى جانب الصبي غير المميز، المجنون والمعتوه لانعدام الارادة المدركة لديهما، فإذا توصل القاضي إلى أن المتعاقد كان غير مميز لصغر السن أو كان مجنونا أو معتوها بمقتضى خبرة طبية، فإنه سيحكم بالبطلان المطلق للعقد ومن تلقاء نفسه كون المتعاقد عديم الأهلية القانونية، ويقصد بالمجنون الشخص المصاب بمرض أو عاهة عقلية تفقده الإدراك والإرادة، أما المعتوه فهو الشخص الذي لا يدرك كل الأشياء والأمور، بل يدرك بعضها ولا يدرك البعض الآخر منها بسبب حالته المرضية أو لسبب تقدمه في السن[3]، وحكم تصرفات المجنون والمعتوه هي البطلان المطلق، وذلك بعد صدور حكم بالحجر عليه طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة [4]، ويمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بطلب من المحجور عليه وهذا ما نصت عليه المادة 108 من قانون الأسرة[5] ولقاضي الموضوع سلطة

---

1 تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، أنظر قرار غرفة الاحوال الشخصية للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/02/13، المجلة القضائية سنة 2003، العدد الثاني ، ص 289، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/01/10، ملف رقم 28432، المجلة القضائية 1989، العدد الرابع، ص 323، قرار غرفة المدنية للمحكمة العليا الصادر في 1989/06/26، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص 14.

2 أنظر الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني المذكورة سابقا.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 100.

4 تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أنه " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".
قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/17، ملف رقم 181889، المجلة القضائية سنة 1998، العدد الثاني، ص 82، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/05/21، ملف رقم 59327، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول، ص 116، قرار المحكمة العليا الصادر في 1982/11/24، ملف رقم 27711، نشرة القضاة العدد الأول، ص 133، قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا المؤرخ في 1983/01/19، ملف رقم 26598، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 37، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/06/29، العدد الأول، ص 14، قرار غرفة الاحوال الشخصية للمحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/17، ملف رقم 181889، المجلة القضائية لسنة 1998 العدد الثاني، ص 82.

5 تنص المادة 108 من قانون الأسرة على مايلي: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

تقدير الوقائع التي تبين أو تثبت زوال أسباب الحجر، وذلك بالاستعانة بالخبرة الفنية لذوي الاختصاص في مجال الطب النفساني والاستئناس بظروف وملابسات الدعوى التي يرفعها المحجور عليه لرفع الحجر عنه، وبذلك يصبح أهلا لمباشرة حقوقه المدنية يخضع لأحكام المادة 86 من قانون الأسرة.

أما السفيه وذو الغفلة فتعتبر تصرفاتهما قابلة للإبطال طبقا لأحكام المادة 43 من القانون المدني التي تنص على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

ويفهم من نص هذه المادة أن كل من الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة يأخذون نفس الحكم باعتبارهم جميعا ناقصي الأهلية، وتكون تصرفاتهم غير ثابتة أو غير مستقرة. والسفيه هو الشخص الذي يبذر ماله على غير مقتضى العقل والشرع لغلبة الهوى عليه، وأما ذو الغفلة فهو الذي لا يعرف ما ينفعه وما يضره حيث يمكن غبنه بكل سهولة[1]، ويستخلص من التعريفين أن الارادة والادراك لا ينعدمان لدى السفيه وذو الغفلة، لذلك فرضاهما يكون معيبا عند إبرامهم للعقود، فيجوز عندئذ لصاحب المصلحة التمسك بإبطال العقد. إلا أن قانون الأسرة عامل التصرفات القانونية الصادرة من السفيه نفس معاملته للتصرفات القانونية الصادرة من المجنون والمعتوه فألحقه بهما فاعتبرها باطلة بطلانا مطلقا[2].

والخلاصة أن الشخص عديم الاهلية الذي تنعدم لديه الإرادة والتمييز كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه تكون تصرفاتهم القانونية الصادرة منهم باطلة بطلانا مطلقا، ويثير القاضي هذه المسألة من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام، أما الشخص ذو الغفلة والسفيه والصغير المميز الذي بلغ سن الثالثة

1 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، (الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981، ص 67.

2 وهو ما جاء في المادة 101من قانون الأسرة التي تنص على أنه" من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

عشر كاملة ولم يبلغ سن الرشد بتمام سن التاسع عشر فأهليتهم ناقصة[1]، ويتقرر للقاص المرشد إبرام بعض التصرفات القانونية وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 38 من القانون المدني[2].

وتجدر الإشارة أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام، لأنها من الأمور التي تتعلق بالمصلحة العامة إذ لا يجوز الاتفاق على تعديل أو مخالفة أحكامها أو التنازل عنها وإلا عد هذا الاتفاق باطلا[3].

إلى جانب هذه الحالات التي تمس أهلية الشخص، فإن هناك حالات قانونية أو مادية أو جسمانية تمنع الشخص من إبرام التصرفات القانونية رغم تمتعه بالإرادة والإدراك وحسن تصرفه وتدبيره كحالة الحجر القانوني[4]، هذا فيما يتعلق بالموانع القانونية. أما موانع الأهلية المادية فتتعلق بحالتي المفقود والغائب[5]، أما الأوضاع المانعة للأهلية بسبب الحالة الجسمية للشخص كما في حالة صاحب العاهتين الأصم والأبكم فقد نظمها المشرع في المادة 80 من القانون المدني.

إن الأصل العام أن الشخص يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، والذي يدعي نقص أهليته، يقع عليه عبء الإثبات، فإذا توصل إلى إثبات ذلك تقرر له طلب إبطال العقد[6]، وذلك طبقا للمادة 99 من القانون المدني[7]، أما إذا لجأ المتعاقد إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص اهليته، جاز للطرف المتضرر من ذلك

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 100.
2 حيث تنص على مايلي: " غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها" .
3 وهو ما تقرره المادة 45 من القانون المدني على أنه " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير احكامها".
4 أنظر المادة 6 من قانون العقوبات.
5 أنظر المادتين 109،110 من قانون الأسرة .
6 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 209، أنظر قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية الصادر في 2010/10/21 ، ملف رقم 606876، مجلة المحكمة العليا 2012 العدد1 ص 118.
7 تنص المادة 99 من القانون المدني على انه " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

المطالبة بالتعويض عن عمله المستحق للتعويض طبقا للقاعدة العامة المقررة في المادة 124 من القانون المدني[1].

وفيما يخص الحماية القانونية المقررة للمتعاقد ناقص الأهلية مقارنة بعيوب الرضا، فإن المشرع وضع قرينة قاطعة في حالة نقص الأهلية بأن رضا ناقص الأهلية معيب بينما في حالة عيوب الرضا فلا بد على المتعاقد الذي يدعي ذلك إثبات عناصر العيب حتى يتقرر له الحق في طلب بطلان العقد[2].

لقد أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا من خلال القرارات العديدة حماية المتعاقد ناقص الأهلية من خلال القرينة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري ويتقرر بذلك إبطال العقد عند تمسكه بذلك[3].

إن قاضي تفسير العقد وبمناسبة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين قد يتبين له انعدام أهلية المتعاقد كما هو الحال بالنسبة للصبي غير المميز أو المجنون أو المعتوه فيبطل التصرف القانوني من تلقاء نفسه. أما إذ اكان المتعاقد ناقص الأهلية بأن كان مميزا ولم يبلغ سن الرشد وقت إبرامه للعقد أو كان سفيها أو ذا غفلة، فالعقد يكون قابلا للإبطال إذا تمسك به صاحب المصلحة، وفي كل هذه الحالات فإن الأثر القانوني المترتب عن البطلان هو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقا للمادة 103 الفقرة الأولى من القانون المدني المذكورة سابقا [4]،غير أنه إذا قرر القاضي إبطال العقد بسبب نقص أهلية المتعاقد، فإنه لا يلزم هذا الأخير إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.[5]

---

1 تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على انه " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، أنظر قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية المؤرخ في 2001/01/17، ملف رقم 233625، المجلة القضائية، 2001، العدد الثاني ، ص 109.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 209.

3 قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية المؤرخ في 2000/07/11، ملف رقم 223970، المجلة القضائية، سنة 2002، العدد الاول، ص 243 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2001/01/17، ملف رقم 233625 المجلة القضائية، سنة 2002، العدد الثاني، ص 109، قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية الصادر في 2008/04/23، ملف رقم 406468 ، مجلة المحكمة العليا سنة 2008، العدد الاول، ص 113.

4 قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا المؤرخ في 1997/02/18 المشار إليه سابقا، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/07/09، ملف رقم 58829 المحكمة القضائية سنة 1991، العدد الاول، ص 79، قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية المؤرخ في 2009/04/08 ، ملف رقم 517491، مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، العدد الثاني ، ص 248.

5 وهو ما نصت عليه المادة 103 في فقرتها الثانية من القانون المدني على انه " غير انه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل أبطل العقد لنقض أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد"، أنظر قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية=

ثانيا: قاضي تفسير العقد وفحص رضا المتعاقدين

يشترط المشرع لقيام العقد أركانا وهي التراضي والمحل والسبب والشكلية في العقود التي يتطلب فيها القانون استيفاء شكل معين، فبالنسبة للتراضي وهو الأصل في العقود، فإن القانون يشترط صحة رضا المتعاقدين من العيوب المقررة قانونا، وقد تثار مسألة عيوب الرضا بمناسبة نظر دعوى تفسير العقد إذا تمسك أو ادعى أحد الخصوم أن رضاه معيب[1](1)، والتي تجعل العقد قابلا للإبطال مع إمكانية إجازة العقد من طرف المتعاقد الذي كان رضاه معيبا[2](2).

1- ادعاء أحد خصوم دعوى تفسير العقد بأن رضاه معيب

عندما يعرض على القاضي مسألة تفسير العقد بغية الوصول إلى تنفيذه وتحقيق الغرض الاقتصادي منه، قد يتمسك أحد الخصوم بأن رضاه معيب بأحد عيوب الرضا، التي نظمها المشرع الجزائري في القسم الثاني الموسوم بشروط العقد من الفصل الثاني من الباب الأول مصادر الالتزام من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود من القانون المدني، فيقع على عاتق المتعاقد الذي يدعي وقوعه في الغلط عبء إثبات وجود إرادة باطنة مغايرة عن تلك الإرادة المعبر عنها، فيثبت وجود هذا الغلط الجوهري بشرطيه وهما أنه غلط جسيم ومؤثر أي هو الذي دفعه إلى التعاقد، وإثبات هذين الأمرين يكون بكافة الأدلة والقرائن على اعتبار أنها وقائع مادية، ومن صور الغلط الجوهرية التي تطرق إليها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 82 من القانون المدني وهما الغلط في صفة الشيء، والغلط

=المؤرخ في 1996/11/13، ملف رقم 136433، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد الاول، ص 17، أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 209210.

1 لقد كان لنظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بالغ الأثر والانعكاس على عيب الغلط باعتباره عيبا من عيوب الرضا، فالأخذ بنظرية الإرادة الباطنة سيوسع حتما مجال فكرة الغلط، بينما نظرية الإرادة الظاهرة تضيق من مجال فكرة الغلط على اعتبار أن الإرادة ظاهرة اجتماعية لها كيانها الخاص والمستقل عن صاحبها لمجرد التعبير عنها، أنظر لبني مختار، المرجع السابق، ص 145.

2 لبني مختار، المرجع نفسه، ص 134.

في ذات المتعاقد[1]، ففيما يتعلق بالغلط في صفة الشيء حددها المشرع بأنها تلك التي يراها المتعاقدان جوهرية، والعبرة في ذلك بالنظرة المشتركة للمتعاقدين وهذا المعيار هو معيار شخصي يعتد فيه بإرادة المتعاقدين وبذلك فهو يتسم بالنسبية إذ يختلف من متعاقدين إلى متعاقدين آخرين ولا يعتد بنفسية وشخصية المتعاقد الذي يدعي وقوعه في غلط، إنما بالإرادة المشتركة للمتعاقدين معا، وذلك تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات ومنعا لتعسف الطرف المتعاقد الذي يدعي وقوعه في غلط، وفي حالة عدم إفصاح المتعاقدين عن الصفة الجوهرية عندئذ يجب البحث عنها واستخلاصها من ظروف وملابسات إبرام العقد[2].

وتأكيدا لما سبق فإن القاضي عندما يبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لتحديد الصفة الجوهرية في محل التعاقد يعتبر في ذاته تفسير للعقد بغية تنفيذه وتحقيق الغرض الاقتصادي الذي توخاه المتعاقدان من العملية التعاقدية.

2- قابلية العقد المشوب بأحد عيوب الرضا للإبطال مع إمكانية إجازة العقد

سيتم التعرض إلى قابلية العقد المشوب بأحد عيوب الرضا للإبطال (أ)، ثم إلى إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال(ب).

أ- قابلية العقد المشوب بأحد عيوب الرضا للإبطال

إذا ما توصل المتعاقد الذي يدعي أن رضاه معيب إلى إثبات ذلك، تقررت له الحماية القانونية المتمثلة في حق طلب إبطال العقد، وفي مجال الغلط يشترط أن يكون المتعاقد الذي وقع في غلط جوهري

1 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2008/04/23، ملف رقم 406468، مجلة المحكمة العليا سنة 2008، العدد الأول، ص 113، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1988/11/14، ملف رقم 49339، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص 147.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 179.

و الذي يطلب إبطال العقد حسن النية[1]، ويقصد بها أن يكون كل متعاقد صادق وأمين مع الالتزام بالصراحة والنزاهة في العملية التعاقدية بما يحقق حماية الحرية التعاقدية والإرادة التعاقدية[2].

ويقتضي حسن النية على المتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يتراجع عن حقه في طلب إبطال العقد، إذا ما أظهر المتعاقد معه استعداده لتنفيذ العقد[3]، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه في طلب إبطال العقد، وفي حال نكول المتعاقد الذي وقع في غلط عن تنفيذ العقد وتعنته في التمسك في إبطال العقد على وجه يتعارض مع حسن النية، فإنه يجوز للمتعاقد الآخر اللجوء إلى المطالبة القضائية بتنفيذ هذا العقد كون أن المتعاقد معه الذي وقع في غلط سيء النية.[4]

ب-إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال

أقر القانون المدني الجزائري للمتعاقد الذي شاب رضاه بأحد عيوب الرضا حق طلب إبطال العقد كما سبق بيانه، وفي ذات الوقت منح له إمكانية إجازة العقد، والتي لا تلحق إلا العقد القابل للإبطال فيتحقق بذلك ثبوت العقد واستقراره[5]، وتكون هذه الاجازة من المتعاقد الذي عيب رضاه بصورة صريحة

---

1 تنص المادة 85 في فقرتها الأولى من القانون المدني على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد " أنظر لبني مختار، المرجع السابق، ص 133.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 186.

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 221.

4 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1990/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية لسنة 1999، العدد الثاني، ص 95، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2001/01/17، ملف رقم 233625 المجلة القضائية للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/02/16، ملف رقم 213691، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد الأول، ص 125.

5 عرفها علي فيلالي بأنها " تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد، فهي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد" المرجع السابق، ص 345، ويعرفها العربي بلحاج أنها: " تصحيح العقد القابل للإبطال برفع العيب الذي يلحقه، أو هي تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب الإبطال أي بمعنى إزالة الزعزعة عن العقد وتأييد استمرار صحته"، المرجع السابق، ص 338، ويعرفها أنور سلطان، بأنها " نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد لا تلحق إلا العقود القابلة للإبطال، لأن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي أو يثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الحق في إبطاله عن حقه بالإجازة" المرجع السابق، ص 161، ويعرفها سمير عبد السيد تناغو أنها " تنازل صاحب المصلحة في طلب الإبطال عن حقه في ذلك فالإجازة هي تصرف من جانب واحد هو صاحب الحق في طلب الإبطال يترتب عليه أن يصبح العقد القابل للإبطال صحيحا بحيث لا يجوز طلب إبطاله بعد ذلك" المرجع السابق، ص 104، يعرفها أيضا نبيل إبراهيم سعد على أنها: " هي تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيه العاقد الذي تقرر الإبطال=

أو ضمنية ويستشف ذلك من الظروف والملابسات المحيطة لما بعد مرحلة ابرام العقد دون المساس بحقوق الغير[1].

إن المشرع أقر نظام الإجازة وهو بذلك يسعى للتوفيق بين إرادة المتعاقد الذي عيب رضاه بأن قرر له حق طلب إبطال العقد بعد إثبات إدعائه بكافة طرق الإثبات، إلا أنه جعل له الخيار في إجازة التصرف القانوني وهذا احتراما لإرادة وحرية المتعاقد ذاته بالدرجة الأولى، والعمل على تحقيق مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية ذات الغاية الاقتصادية مع عدم الإضرار بالغير[2]، وبذلك يتحصن العقد من الإبطال الذي كان يهدده ويستقر ويثبت بصفة نهائية.

هذا ويسقط الحق في إجازة العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات حسب نص المادة 101من القانون المدني ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، أما في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه[3].

المطلب الثاني: قاضي التفسير وتكييف العقد

يقوم القاضي بتفسير العقد من أجل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بغرض تنفيذه تحقيقا للغاية الاقتصادية التي قصدها المتعاقدان، بيد أن الأمر يقتضي أحيانا من القاضي تكييف العقد لاستنباط

=لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بالإبطال فهي تأييد قائم بإزالة الخطر الذي كان يتهدده، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 240، ويعرفها السنهوري على أنها " هي العمل القانوني الذي يزيل به الشخص العيوب اللاحقة بعقد يمكن الطعن فيه بالبطلان"، نظرية العقد الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص 664،665.

1 وهو ما تنص عليه المادة 100 من القانون المدني على أنه: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير".

2 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2001/06/20، ملف رقم 247506 المجلة القضائية سنة 2002، العدد الاول، ص 166، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/10/21، ملف رقم 606876، مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد الأول، ص 118.

3 تنص المادة 101 من القانون المدني تنص على أنه: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت (10) سنوات من وقت تمام العقد".

النية أو الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، مما يستوجب الإلمام بمفهوم تكييف العقد(الفرع الأول) ثم التعرض إلى معايير وحالات تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا على هذه العملية التي يقوم بها قاضي الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم تكييف العقد

تقتضي الإحاطة بمضمون عملية تكييف العقد التطرق إلى تحديد مضمونه(أولا)، ثم إلى بيان العلاقة الموجودة بين تفسير العقد وتكييفه وتأثير التكييف على الفصل في الدعوى القضائية (ثانيا).

أولا: مضمون التكييف القانوني للعقد وسلطة القاضي في تكييف العقد

للإلمام بمفهوم التكييف القانوني للعقد سيتم التطرق إلى تعريفه (1)، ثم إلى بيان سلطة القاضي في تكييف العقد(2).

1- تعريف التكييف القانوني للعقد

يعرف تكييف العقد بأنه تحديد طبيعته القانونية، وتعيين نوعه من بين العقود المسماة، وذلك من أجل تطبيق القواعد القانونية المتعلقة به سواء كانت متعلقة بالنظام العام أي قواعد قانونية آمرة، أو غير متعلقة به وهي القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين وتتعلق بمصلحتهما الخاصة[1].

تتحدد طبيعة العقد في الأساس على تقسيمات العقود من حيث الزام أطرافها إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد[2]، كما تنقسم العقود من حيث علم كل متعاقد وقت التعاقد ما يأخذه وما

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 420،421.
2 أنظر المادة 55 ، 56 من القانون المدني الجزائري.

يعطيه إلى: عقود محددة وعقود احتمالية[1]، ومن حيث تبادل الطرفان فوائد ومصالح مالية مقابل تنفيذ الالتزامات إلى عقود تبرع وعقود معاوضة[2].

وإلى جانب هذه التقسيمات التي أوردها المشرع الجزائري، هناك تقسيمات مصدرها الفقه الذي اعتمد على معايير أخرى في تقسيم العقود، ومثال ذلك فالعقود من حيث تكوينها نجد العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني، أما من حيث تنفيذها فنجد العقد الزمني والعقد الفوري وهي تقسيمات أخذ بها المشرع الجزائري بطريقة غير مباشرة [3].

تكتسي عملية تحديد القاضي لطبيعة العقد ونوعه أهمية عملية بالغة في تحديد الأحكام القانونية الخاصة بكل عقد الذي يختلف عن أي عقد آخر[4].

كما يقصد أيضا بتكييف العقد إعطاء الوصف القانوني الصحيح له، وذلك بغرض تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف وسبب ذلك اختلاف الأحكام القانونية تبعا لاختلاف طبيعة العقود من جهة كما سبق بيانه [5]، واختلاف نوعها فمثلا يعد عقد البيع من حيث طبيعته عقد ملزم لجانبين إذ يرتب التزامات متبادلة في ذمة المتعاقدين، وهو بذلك يختلف عن العقود الأخرى التي لا تقوم على المعاوضة (كعقود التبرع) فتكييفه على أنه بيع من حيث نوعه يؤدي بالقاضي إلى تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بعقد البيع في القانون المدني[6]، وبمعنى آخر فإن عملية التكييف القانوني للعقد تسمح بتحديد الآثار القانونية المترتبة عنه.[7]

1 أنظر المادة 57 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.
2 أنظر المادة 58 من القانون المدني الجزائري.
3 أنظر على سبيل المثال المواد:324 مكرر1، 324 مكرر3 ، 418، 590 من القانون المدني الجزائري.
4 بخصوص تقسيمات العقود راجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.
5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 414.
6 نظم المشرع أحكام عقد البيع في القانون المدي في المواد من المادة 351 إلى 412.
7 همام محمد محمود، محمود حسين منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون ذكر سنة نشر، ص 279.

يعتبر التكييف عملية ذهنية الهدف منها تطبيق القاعدة القانونية فهو منهجية فكرية تعتمد أساسا على إيجاد رابطة أو صلة بين واقع معين في شكل تعامل بين الأشخاص مع مفهوم قانوني مجرد من اختصاص جهة معينة[1].

كما أن التكييف يقصد به استنباط الطبيعة القانونية للاتفاق الذي ابرم من طرف أشخاصه او اعطاء الوصف القانوني السليم والصحيح للالتزامات الأساسية التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها ويتوقف ذلك على معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق على العقد محل التكييف القانوني[2].

هذا وأن تكييف العقد يقتضي البحث عن مدى توافر أركانه، وبعد التأكد من توافرها، يتم البحث عن نوع العقد الذي تنم عنه تلك الأركان، فيتم إعطاء العقد موضوع الدعوى القضائية الوصف القانوني له، تمهيدا للفصل في النزاع القائم بين طرفي العقد[3].

كما يسمح التكييف القانوني للعقد بتصنيف العقد ضمن طائفة معينة من العقود المسماة إن كان العقد مسمى، أو الإنتهاء للقول بأن العقد لا يدخل ضمن طائفة معينة من طوائف العقود المسماة وبالتالي فهو عقد غير مسمى [4].

يقتضي الفصل في موضوع النزاع من طرف القاضي بصورة حتمية وفي مرحلة أولى تكييف العقد من أجل الوصول إلى طبيعته القانونية، والذي لا بد أن يتفق مع الغرض الحقيقي لإرادة المتعاقدين، كما أن تحديد طبيعة العقد تسمح للقاضي بالقول أن كان العقد مسمى أو غير مسمى، ويترتب على ذلك

1 هجيرة بلبشير، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2013، ص 4.
2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 196، أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، 2004، ص 174.
3 أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 150.
4 محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 163.

اسقاط النصوص القانونية على العقد بصورة صحيحة[1]، مع تطبيق الأحكام العامة للعقد في حالة ما إذا كان المشرع لم ينظمه بأحكام خاصة.

2- سلطة القاضي في تكييف العقد

يقوم القاضي بتكييف العقد تمهيدا لمعرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على العقد محل المنازعة القضائية، وهو في ذلك لا يلتزم بتكييف المتعاقدين (أ) ، كما أن القاضي يثير مسألة تكييف العقد من تلقاء نفسه ولو لم يثرها أحد المتعاقدين (ب).

أ- عدم التزام القاضي بتكييف المتعاقدين

لا يتقيد القاضي بصدد تكييفه للعقد بالوصف الذي يضفيه المتعاقدان عليه، فقد يصف المتعاقدان العقد بوصف غير صحيح، وذلك يرجع لكونهما يجهلان ذلك، أو إلى تعمدهما إخفاء غرض غير مشروع، فيقوم القاضي بإعطاء الوصف القانوني الحقيقي والصحيح للعقد[2].

فإذا ادعى أحد المتعاقدين أن تكييفه للعقد غير صحيح، فلا يلزم بتقديم الدليل الذي يثبت التكييف المغاير للعقد، ومعناه أن القاضي عليه إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد ولو كانت أدلة هذا المتعاقد لا ترقى إلى درجة الإقناع أو أنها غير كافية ، ذلك أن التكييف عملية ذهنية قانونية تدخل ضمن صميم سلطة قاضي الموضوع لتحديد الوصف القانوني للعقد من جهة[3]، كما أنها مرحلة أولية وضرورية من جهة أخرى، لأنه قد يتعمد المتعاقدان إخفاء العقد الحقيقي وإعلان العقد الصوري فقط، كما في حالة ستر عقد الهبة والأمر سيان إن كان تكييف المتعاقدين خاطئا عن جهل وبحسن نية، فإن ذلك لا يمنع

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 361.
2 محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 363.
3 محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 164.

القاضي من تكييف العقد، بل هو ملزم بالقيام بهذه العملية في حدود الوقائع الثابتة لديه ولو أدى ذلك إلى مخالفة تكييف المتعاقدين، فيصف العقد ويكيفه تكييفا مخالفا أو مغايرا لتكييف المتعاقدين طبقا للقانون[1].

إن القاعدة المقررة في التكييف ليست العبرة بالوصف الذي أطلقه المتعاقدان على العقد، وإنما العبرة بالهدف أو الغرض الحقيقي الذي قصده المتعاقدان وقت إبرامهما للعقد، فالغرض العملي يتحقق من خلال المعاملة التعاقدية والذي يستنبطه القاضي من عبارات العقد وطبيعة الالتزامات ومن كافة الظروف والملابسات التي يمكن الاستدلال عليها من خلال تفسير العملية القانونية التي قصدها طرفا العقد[2].

كما أن سلطة القاضي في تكييف العقد تجد أساسها القانوني في المادة 29 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:" يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم".[3]

لقد أكدت المحكمة العليا هذه القاعدة التي تقضي بعدم الاعتداد بوصف المتعاقدين للعقد من خلال عدة قرارات صادرت عنها، إذ يقوم القاضي بهذه العملية القانونية دون التقيد بتكييف الأطراف، فالعبرة هي بالتكييف القانوني الصحيح لوقائع النزاع الذي يعطيه القاضي لمضمون العقد، وليس التكييف الذي يقترحه أطراف العقد ظنا منهما أنه هو التكييف الصحيح للعقد[4].

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 415.
3 Voir: Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-MUNCK, Les obligations, 2e edition, droit civil, editions Juridiques, associées, defre nois, paris, 2005, p 383.
4 أنظر: قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2011/09/22، ملف رقم 666367، مجلة المحكمة العليا، 2012 العدد1، ص 128، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/08، ملف رقم 160673، المجلة القضائية سنة 1998، العدد2، ص 58، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300، المجلة القضائية 1997، العدد2، ص 51، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2005/05/25، ملف رقم 302161، نشرة القضاة سنة 2010، العدد65، ص 251.

ب-إثارة القاضي مسألة تكييف العقد من تلقاء نفسه

تعتبر مسألة تكييف العقد عمل قانوني محض، فهي تدخل ضمن صميم اختصاص قاضي الموضوع إذ لا يتقيد بتكييف الخصوم للعقد، كما له أن يثير مسألة تكييف العقد من تلقاء نفسه حتى يتم التمكن من إسقاط الأحكام القانونية المتعلقة بالعقد موضوع الخصومة القضائية، سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بالنظام العام إذ تطبق على العقد دون امكانية الاتفاق على مخالفتها من قبل أطراف العقد، أو ما كان مكملا لاتفاقهما وذلك في حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية في العقد[1].

بل إن قاضي الموضوع ملزم بصفة دائمة بتكييف العقد إذ يتوقف على ذلك التوصل إلى معرفة الأحكام القانونية التي يتعين تطبيقها على العقد[2].

إن إثارة القاضي لمسألة تكييف العقد من تلقاء نفسه ولو لم يتم اثارتها من قبل الخصوم، هي مسألة تتعلق بالنظام العام، لأن القاضي حامي النظام العام، وهذه الفكرة تترجم علو مرتبة الصالح العام عن الصالح الخاص وذلك بهدف حماية القيم في المجتمع، على درجات متفاوتة من حيث مجال اتساعها للأشخاص المكونين للمجتمع[3].

ونشير في هذا الصدد أن إثارة القاضي لمسألة تكييف العقد من تلقاء نفسه ولو لم يتطرق اليها، الخصوم تكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء على مستوى الدرجة الاولى، أو على مستوى الدرجة الثانية وهي جهة الاستئناف أو لأول مرة على مستوى المحكمة العليا.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 291.
2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 196، أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/05/07 ملف رقم 28766، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الأول، ص 135.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 183.

ثانيا: العلاقة الموجودة بين تفسير العقد وتكييفه وتأثير التكييف على الفصل في الدعوى القضائية

تستتبع الإحاطة بمفهوم عمليتي تكييف العقد وتفسيره الوقوف على العلاقة الموجودة، التطرق إلى الاختلاف الفقهي الموجود في الأسبقية بين تكييف العقد وتفسيره(1)، ثم إلى تأثير تكييف القاضي للعقد على سبب الدعوى القضائية(2).

1- الاختلاف الفقهي في الأسبقية بين التكييف وتفسير العقد

لقد ثار خلاف فقهي بخصوص مسألة الأسبقية بين عمليتي تكييف العقد وتفسيره، حيث يرى جانب من الفقه بأن عملية تكييف العقد تسبق عملية التفسير، إذ أن التكييف القانوني للعقد يساعد في تفسيره من أجل التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، والكشف عنها بعد تحديد طبيعة التعامل، والتوصل إلى المعنى الحقيقي للعبارة غير الواضحة، كما أن عملية تكييف العقد تسمح بتحديد القاعدة القانونية المنظمة للاتفاق والواجبة التطبيق على العقد[1].

ومن أنصار هذا الاتجاه العربي بلحاج الذي يرى أن عملية تكييف العقد مرحلة أولى تأتي سابقة على عملية التفسير ولكن بمناسبة تعريفه للتكييف القانوني للعقد يرى بأنه: "عمل قانوني بحت من صميم عمل القاضي، يقوم به في ضوء ما استخلصه من عبارات العقد وتفسيره لإرادة المتعاقدين المشتركة"، ويبدو واضحا من خلال هذه التعريف أن الوصف يقوم على تفسير العقد، فكيف يقال إذن أن التكييف يسبق التفسير؟[2].

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 421، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 196، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 269، حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997، ص 12، عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004، ص 27.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، 414.

إذا كان هذا الإتجاه من الفقه يرى أن دور القاضي يتحدد بصفة أولية في تكييف العقد قبل تفسيره فإن التكييف القانوني للعقد لا يقترن دائما بتفسيره، وإنما هو مسألة ضرورية وأولية في جميع الأحوال سواء كانت عبارات العقد واضحة أو بما أضفاه المتعاقدان من تكييف قانوني لا يتطلب أي تفسير، أو كانت عبارات العقد غير واضحة، الأمر الذي يستدعي تفسير العقد للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين[1].

بينما الاتجاه الآخر من الفقه يرى بأن تفسير العقد أسبق من تكييفه القانوني، بل أن تفسير العقد يدخل ضمن ثناياه مسألة تكييف العقد، ذلك أنه سيتوصل إلى تكييف العقد من خلال عملية التفسير فعملية تكييف العقد تستلزم بالضرورة تفسير نية المتعاقدين[2].

وحسب رأينا، فإن العبرة ليس بالأسبقية في عمليتي تكييف العقد وتفسيره إنما ببيان التكامل والتداخل الموجود بين هاتين العمليتين في مختلف الخصومات التي تقوم بين أطراف العقد، فيكون أحيانا ولأجل التوصل إلى إرادة المتعاقدين والكشف عن نيتهما المشتركة من الضروري إعطاء الوصف القانوني للعقد بغرض معرفة القصد الذي توخاه المتعاقدان من العملية التعاقدية أي الغرض الاقتصادي من العقد، وفي بعض الحالات الأخرى فإن تكييف العقد من طرف القاضي نفسه يتوقف على معرفة مقصد المتعاقدين من إبرامهما للعقد وبالتالي تكون عملية التفسير سابقة لعملية التكييف، ذلك أن معرفة النية المشتركة للمتعاقدين أو الإرادة الحقيقية المشتركة لهما ستحدد أهم الالتزامات الرئيسية التي رتبها المتعاقدان في ذمتهما، وعلى ضوء ذلك يتحدد الهدف الاقتصادي للعقد أو طبيعته القانونية من أجل تطبيق الأحكام الخاصة به باعتباره عقدا مسمى.

---

1 بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 19.

2 بلبشير هجيرة، المرجع نفسه، ص 18، محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 163،164، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 175، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 198.

وخلاصة القول أن الأسبقية بين عمليتي التكييف والتفسير يحددها موضوع النزاع وفقا لظروف وملابسات كل قضية وما تستدعيه من أجل الفصل فيه طبقا للقانون.

2- تأثير التكييف القانوني للعقد على الفصل في الدعوى القضائية

تتضمن الدعوى القضائية- باعتبارها وسيلة قانونية إجرائية لحماية الحقوق والمراكز القانونية- ثلاثة عناصر وهي: عنصر الأشخاص وهم: أطراف الخصومة القضائية وكأصل عام المدعي وهو رافع الدعوى القضائية والمدعى عليه وهو الشخص الذي رفعت ضده الدعوى القضائية، و العنصر الثاني وهو موضوع الدعوى القضائية، أما العنصر الثالث فهو السبب.

وينحصر دور الخصم في عرضه للوقائع المتعلقة بالنزاع مع تقديم ما يؤيد مزاعمه من أدلة، أي يقع عليه عبء إثباتها. بينما يتمثل دور القاضي في الإلمام بالقواعد القانونية وتطبيقها على النزاع المطروح عليه، فإذا ما تمسك الخصم بتكييف قانوني معين للواقعة، فإن القاضي غير مقيد بما قدمه هذا الأخير في الجانب القانوني[1] إذ يعتبر مجرد اقتراح غير ملزم له.

إلا أن القاضي يقع على عاتقه التزام قانوني وهو عدم المساس أو التغيير من هذه الوقائع احتراما لمبدأ حياد القاضي كون هذا الأخير يلتزم فقط بتطبيق القانون الذي يعرفه وهو من صميم عمل قاضي الموضوع[2]، ومن هنا يتبن لنا تأثير التكييف القانوني للعقد على مآل الدعوى القضائية من حيث الفصل فيها.

ويتمثل الأساس القانوني للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تكييف الوقائع في الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:" يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم "، ويترتب على التكييف السيئ أو التكييف

1 عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار الاتصالات، بن عكنون، الجزائر،(ENCYCLOPEDIA)، دون سنة نشر، ص 225،224.
2 عمر زودة، المرجع نفسه، ص 225.

الذي يجانب الصواب على أنه تطبيق سيئ للقانون[1]،وهذا ما يظهر أهمية التكييف القانوني للعقد من طرف القاضي[2].

ونشير في الأخير إلى أن قاضي الموضوع كما سلف الذكر ملزم بإعطاء الوصف القانوني أو الطبيعة القانونية للاتفاق أو العقد الذي أبرمه الطرفين وهو إضفاء الطبيعة القانونية للمراكز القانونية المتولدة من العقد المبرم، وذلك بالنسبة للالتزامات الرئيسية التي يسعى المتعاقدان لتحقيقها من خلال إبرامهما للعقد، ولا يعد هذا تغييرا لسبب الدعوى القضائية طالما أنه لم يضف إلى الوقائع الثابتة في أوراق الدعوى أي شيء جديد إذ هو ملزم بعدم المساس بوقائع الدعوى المعروضة عليه[3].

الفرع الثاني: معايير وحالات تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا على مسألة تكييف العقد

لا يكون تكييف قاضي الموضوع للعقد بصفة اعتباطية أو عشوائية، إنما سيستند في ذلك إلى مجموعة من المعايير التي تساعده في الوصول إلى التكييف القانوني للعقد (أولا)، وذلك بحسب حالات التكييف المعروضة عليه، ومادام أن التكييف مسألة قانونية فهو يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا(ثانيا).

أولا: معايير تكييف العقد

عندما تعرض على القاضي دعوى تفسير العقد، فإنه يعمد في بعض الحالات الى تكييف العقد وذلك بغرض معرفة الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، على اختلاف مدى الزاميتها سواء تعلقت بالنظام العام إذ لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، أو تعلقت بالمصلحة الشخصية

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 421.
2 أنظر قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/05/28، ملف رقم 275486، المجلة القضائية سنة 2002، الجزء الأول، ص 229.
3 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 196.

للمتعاقدين مما يسمح لهما الاتفاق على مخالفتها، ويتوصل القاضي إلى ذلك من خلال الاستعانة بمعايير مختلفة أبرزها معيار الالتزامات الرئيسية(1) أو معيار النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين(2)، معيار الغرض الاقتصادي للمتعاقدين من العقد(3).

1- معيار الالتزامات الرئيسية

يتم تكييف العقد أو إضفاء الوصف القانوني على العقد اعتبارا للالتزامات الرئيسية التي تضمنها العقد وفقا للقانون، فالالتزامات الرئيسية على سبيل المثال في عقد البيع الذي عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري[1]، هي نقل حق ملكية أو حق مالي من طرف البائع مقابل دفع ثمن نقدي من طرف المشتري[2]، وهذا ما يميز عقد البيع عن سائر العقود الاخرى.

تفترض عملية التكييف القانوني للعقد أن يقوم القاضي بعمليتين متتابعتين، ففي الأولى يقوم بصفة مجردة بتحديد العناصر أو الأوجه القانونية المميزة لنوع معين من العقود، بحيث يمكن تمييزه عن باقي العقود، أما العملية الثانية فتتمثل في فحص العقد المبرم بين الطرفين بالبحث عن العناصر أو الجوانب الواقعية التي تقابل الأوجه أو العناصر القانونية المميزة للعقد المسمى والذي نظمه المشرع بأحكام خاصة[3].

أما إذا كانت بعض الالتزامات أساسية ورئيسية وأخرى ثانوية فإن القاضي يقوم بإعمال قاعدة التبعية، إذ أن الفرع يتبع الأصل في الحكم.

1 حيث تنص على أنه:" البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 442.
3 نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص270.

ويتضمن قانون العقود القواعد العامة المنظمة لأي عقد، وهو ما يعرف بالنظرية العامة للعقد، بينما يتدخل المشرع في بعض العقود ويخصها بقواعد خاصة يطلق عليها الفقه الفرنسي "العقود الخاصة" والتي تجد مرادفها في العقود المسماة إذ تخضع لتشريع وتسمية معينة مثل عقد الإيجار والعارية والوكالة[1]، وقد يبرم الأطراف عقدا يتحدد محتواه بمقتضى إرادتيهما قد تنطبق عليه في بعض عناصره الأساسية والجوهرية أحكام عقد معين من العقود المسماة، وقد لا ينطبق أي منها عليه، ونكون بذلك أمام عقد غير مسمى قياسا على عقد مسمى[2]، مما يستدعي تطبيق الأحكام العامة للعقد.

وعلى اعتبار أن القانون ظاهرة اجتماعية مستمرة التطور نتيجة للحركية التي يعرفها المجتمع من خلال التطور الاقتصادي المستمر خصوصا وفي مختلف المجالات عموما[3]، قد يؤدي إلى ظهور عقود غير مسماة تتطلب بصفة دائمة ومستمرة مواكبة التنظيم القانوني لها.

2- معيار النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين

يبين استعمال هذا المعيار بجلاء ووضوح أسبقية تفسير العقد عن تكييفه، بل ويظهر أيضا التداخل الظاهر والواضح بينهما، ذلك أنه يتحقق في هذا الفرض أولوية البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين على ضوء ما استنبطه القاضي من عبارات العقد وتفسيره لإرادة المتعاقدين المشتركة، دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ، مع مراعاة الثقة والأمانة بين الطرفين والعرف المعمول به، والأصول المنطقية المساعدة في التفسير[4].

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 423.
2 نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 267،268.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 89.
4 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 414،415.

كما تجدر الإشارة أيضا في هذا الصدد أن إعمال معيار النية المشتركة للمتعاقدين يكون في مجال العقود غير المسماة، والتي لم ينظمها المشرع ولم يصطلح عليها تسمية معينة، أما إذا كان الأمر يتعلق بعقد مسمى فالقاضي ملزم ومقيد بتطبيق القواعد المكملة عند عدم تنظيم المتعاقدين لمسألة في العقد[1]، دون اتفاقهما على استبعادها.

3- معيار الغرض الاقتصادي من العقد

يعتبر العقد ترجمة قانونية لمعاملة اقتصادية، ذلك أن الأشخاص يجدون أنفسهم تحت وطأة الحاجة والمصلحة مدفوعين لإبرام عقود معينة يسعون من خلالها إلى تبادل المنافع والمصالح والثروات الاقتصادية، ويحدث أن تكون هذه العقود غير منظمة من قبل المشرع بأحكام خاصة، ومن ثم يمكن للقاضي الاستعانة بهذا الغرض – أي الغرض الاقتصادي من العقد- من أجل الوصول إلى تكييف العقد باعتبارها من الضوابط المنطقية للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وبالتالي إعطاء التكييف القانوني الصحيح للآثار القانونية المترتبة عن العقد[2].

ثانيا: حالات تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا على ذلك

لا يرد التكييف القانوني للعقد على حالة واحدة فقط، بل تكون له أوجه وصور متعددة (1)، كما أن للمحكمة العليا دور بارز في الرقابة على تكييف العقد باعتباره مسألة قانونية(2).

1- حالات تكييف العقد

ترد حالات تكييف العقد في ثلاث صور ، فالصورة الأولى هي ما يعرف بالتكييف الحصري (أ)

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 89.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 417.

أما الحالة الثانية فهي صورة التكييف التوزيعي (ب) بينما الحالة الثالثة فهي حالة عدم قابلية العقد للتكييف القانوني (ج).

أ- حالة التكييف الحصري للعقد

عندما يوصف العقد بأنه مركب بأن يتداخل أكثر من عقد في علاقة عقدية واحدة، بحيث أن المجموع يشكل كلا واحدا أي عملية قانونية متجانسة، وبالتالي فهو من طبيعة واحدة، وتبعا لذلك يكون التكييف بصورة حصرية، وفي هذه الفرضية قد يستمد تكييفه القانوني من عناصره الرئيسية وقد يأخذ وصفا جديدا مغايرا عن عناصره وهذا يكون بصورة نادرة[1].

كما قد يستعين القاضي بقاعدة الأصل والفرع، فالعقد المركب عموما له نفس طبيعة مكوناته أو عناصره الرئيسية، وبالتالي فالفرع يتبع الأصل، أي أن العقد الثانوي أو غير الأساسي يتبع العقد الرئيسي أو الأساسي، فإذا كانت العملية مزيج من البيع والإيجار وكانت الصفة الغالبة أساسا هي البيع، فالقاضي هنا يطبق أحكام عقد البيع بصفة كلية رغم أن العملية تتضمن الإيجار[2].

إن القاضي وهو بصدد عملية تكييف العقد قد تعترضه بعض الإشكالات وخاصة في حالة العقد غير المسمى أو عقد مركب أو مختلط يهدف إلى تحقيق غرض اقتصادي واحد، مما يستدعي الأمر من القاضي إلى البحث بتعمق ودقة أكبر لإضفاء الطبيعة القانونية للعملية التعاقدية بصفة صحيحة مع ما يتفق طبعا مع طبيعة العقد وماهيته، والغاية التي قصدها المتعاقدان[3].

1 نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 272 ومايليها.
2 نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 277.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص417.

ب-التكييف التوزيعي للعقد

قد يحدث أن تكون العملية التعاقدية المبرمة بين الطرفين معقدة، وذلك بأن تحوي عدة التزامات أساسية أو رئيسية نجد بعضها في نظام عقدي معين، والبعض الآخر في نظام عقدي آخر، بحيث يستحيل على القاضي توحيد التكييف على وجه يسمح بإخضاع العملية برمتها إلى نظام قانوني واحد[1]، وبالتالي سيقوم القاضي بإخضاع الالتزامات الرئيسية باعتبارها وحدة متجانسة في مجموعها إلى الأحكام القانونية الخاصة بها، بينما سيخضع الالتزامات الرئيسية التي تشكل بدورها في مجموعها وحدة متجانسة مغايرة إلى الأحكام القانونية الخاصة بها.

ونذكر أن التكييف القانوني للعقد يجب أن يكون انعكاسا للقصد المشترك للمتعاقدين، فلكي يتسنى للقاضي أن يكيف عقد معين، يجب عليه أن يبحث ويستخلص من النية أو الإرادة المشتركة للمتعاقدين الغرض المقصود منهما من العملية التعاقدية، والعبرة في ذلك بالغرض العملي الذي يتوصل إليه القاضي من ظروف وملابسات إبرام العقد[2]، وفي هذه الحالة يتجلى بوضوح أن تكييف العقد في حد ذاته لا يتحقق إلا بتوصل واستنباط القاضي للنية المشتركة للمتعاقدين في حالة عدم وضوح عبارات العقد وهذه هي عملية تفسير العقد.

ج- حالة عدم قابلية العقد للتكييف القانوني

في بعض الحالات قد نجد أن مميزات عقد ما أو خصوصياته لا تمنع فقط من إضفاء الطبيعة أو الوصف القانوني له ضمن صنف من أصناف العقود المسماة، وإنما أيضا لا يمكن إسقاط أي نظام قانوني من أنظمة العقود الخاصة عليه، ويصطلح عليه في هذه الحالة بالعقد ذو الطبيعة الخاصة[3]، فيجد

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 423.
2 نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 278،279.
3 نبيل ابراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 281.

القاضي نفسه في هذه الحالة أمام عقد لا يقبل التكييف القانوني، إذ أن العقد لا يعتبر من العقود المسماة، غير أن هذا لا يمنع طبعا من تطبيق القواعد العامة للعقد، بالإضافة إلى إمكانية الاستعانة ببعض أحكام العقود الخاصة أو المسماة فيما يتعلق ببعض جوانب هذا العقد غير المسمى.

2- رقابة المحكمة العليا على عملية تكييف العقد

يعتبر تكييف العقد من المسائل القانونية، إذ يقوم فيها القاضي بإسقاط الأحكام القانونية المجردة على الوقائع التي يقدمها أطراف الخصومة، مع تحملهم عبء إثباتها[1]، ولا يتدخل القاضي في وقائع الدعوى احتراما لمبدأ دستوري وهو حياد القاضي، بينما يلتزم هذا الأخير أي القاضي بتطبيق النصوص والأحكام القانونية على هذه الوقائع، ويعد ذلك من صميم عمله، وما دام أن المسألة تتعلق بتطبيق القانون فإن المحكمة العليا لها أن تبسط كامل رقابتها على قاضي الموضوع عند تكييفه للعقد المراد تفسيره.[2]

1 - VOIR: H.Capitant, F.Terré, Y.Lequette, Les Grands Arréts De La Jurisprudence Civile, Tome2 Obligations, Contrats Speciaux, Surétés, 11e edition, DALLOZ, Paris, 2000, P 110.أنظر قرار الغرفة التجارية والبحرية

2 للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/05/28، ملف رقم 275486، مجلة القضاة، سنة 2002، العدد1، ص 229، قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، المؤرخ في 2005/05/11 ملف رقم351906، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، العدد1 ، ص 355، قرار المحكمة العليا الصادر في 2001/07/10، ملف رقم 252246، المجلة القضائية سنة 2001، العدد2، ص 235، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/03/16، ملف رقم 219901، الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية عدد خاص، ص 287، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1996/07/09، ملف رقم 139123، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد2 ص 80، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/08، ملف رقم 160673، المجلة القضائية سنة 1998، العدد 2 ، ص 58، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/06/16، ملف رقم 78387، المجلة القضائية 1994، العدد1، ص 31 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/16، ملف رقم 80816، المجلة القضائية سنة 1993، العدد4، ص 151، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1985/04/03، ملف رقم 33528، المجلة القضائية سنة 1989، العدد4، ص 48، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1985/07/13، ملف رقم 36596، المجلة القضائية 1989، العدد3، ص 90 قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1983/02/08 ملف رقم 26766، نشرة القضاة 1986، ص 266 قرار الغرفة البحرية والتجارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1983/03/12، ملف رقم 23713، نشرة القضاة، 1986، العدد1، ص 63.

على أن المحكمة العليا إذا رأت أن قاضي الموضوع قد جانب الصواب في تكييف العقد، فلها أن تنقض الحكم أو القرار القضائي مع إحالة القضية والأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلة تشكيلة أخرى، أو أن تحيلها إلى مجلس قضائي آخر لحسن سير العدالة من أجل الفصل فيها طبقا للقانون.

الفصل الثاني: التفسير الإرادي للعقد في القانون المدني الجزائري

إن مبدأ سلطان الإرادة باعتباره من نتائج المذهب الفردي كان له تأثيره البالغ في تفسير العقد، ذلك أن القاضي يلتزم أولا وأساسا بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مجسدا الحرية التعاقدية واحترام إرادة المتعاقدين ومقصدهما من إبرام العقد من الناحية الاقتصادية، على اعتبار أن الإرادة لها الدور الرئيسي في إبرام العقد وتحديد مضمونه، وبالتالي فإنه يجب على القاضي أن لا يحيد عنها، فالقانون يضع مجموعة من القواعد التي لها وظيفة تفسير العقد في حالات معينة (المبحث الأول)، فإذا تعذر على القاضي الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من الاستعانة بالقواعد التي زوده بها المشرع، من خلال النص على الحالات التي تستوجب التفسير، فإنه يبقى أمامه اللجوء إلى عوامل مساعدة أخرى تتعلق بالتفسير الإرادي للعقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مضمون وحالات التفسير الإرادي للعقد في القانون المدني الجزائري

ينعقد العقد بمجرد تطابق إرادة الطرفين طبقا لمبدأ الرضائية في العقود، ويكون هذا التعبير في الأصل متطابقا بصورة تامة مع نيتهما المشتركة، ويتجلى ذلك في الألفاظ الواردة في العقد في شكل بنود ومشارطات، تعكس مضمون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

غير أنه قد **لا** يعبر أحد المتعاقدين أو كلاهما بصدق وأمانة عن مقصوده ونيته من إبرام العقد، فلا تعكس مشارطات العقد وبنوده بوضوح وجلاء هذه النية ومن وراء ذلك غايتهما الاقتصادية من العملية التعاقدية، وهذا يعني وجود نية مغايرة عن الإرادة أو النية المعلن عنها في العقد، فيستلزم الأمر عرض النزاع أمام القاضي لتفسير العقد من أجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال ظروف وملابسات العقد، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التطرق إلى مضمون التفسير الإرادي للعقد (مطلب أول)، كما أن تفسير العقد قد يظهر في حالات متعددة ومتنوعة يتصدى لها القاضي للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مضمون التفسير الإرادي للعقد

إذا صاغ المتعاقدان شروط وبنود العقد بعبارات تدل بوضوح عن نيتهما المشتركة والغاية الاقتصادية التي يصبوان إليها من إبرامهما للعقد، فإنه يعتد في هذا الصدد بالتعبير الذي صدر عنهما، غير أن الخوض في فكرة وضوح إرادة المتعاقدين يستلزم في مرحلة سابقة التطرق إلى مفهوم تفسير العقد (فرع أول)، ثم يتم التعرض إلى مسألة على درجة بالغة من الأهمية، تتعلق بتمييز عملية تفسير العقد عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى والتي قد تتشابه معها، بل وفي بعض الحالات ترتبط بها ارتباطا شديدا فتختلط بها، مما يدل على العلاقة الوطيدة بين نظام تفسير العقد وهذه الأنظمة، وإن كانت تختلف فيما بينها كما سيأتي بيانه (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد

يقتضي الإلمام بمفهوم تفسير العقد بداية التعريف بتفسير العقد (أولا)، ثم التعرض إلى بيان أنواعه (ثانيا).

أولا: تعريف تفسير العقد

إن مصطلح تفسير العقد له مدلول لغوي (1)، كما أن له مفهوما أو تعريفا اصطلاحيا عند فقهاء القانون (2).

1 . التعريف اللغوي

يقال فسر تفسيرا الشيء بمعنى أوضحه ويقال: فسّر قانونا ، وفي الحلم بمعنى عبره، والتفسير معناه أيضا هو الإيضاح والبيان، فيقال تفسير نص أو قانون، أما التأويل فمعناه تفسير حلم [1].

كما يقصد به أيضا بأنه الإبانة وكشف المغطّى والفسر كالتفسير أو هو كشف المراد عن المشكل[2].

كما يقال أيضا فسّر: فسّرت الشيء، بيّنته وأوضحته،[3] وحرفا التفسير هما: أن ، وأي[4]

2 . التعريف الاصطلاحي

يعرف تفسير العقد بأنه: "ذلك النشاط الفكري الذي يبذله الشخص القائم بالتفسير، نظرا للغموض الذي لحق عبارات العقد، بهدف استنباط الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين، وذلك بالاستناد إلى عبارات العقد، والعناصر الخارجة عنه، ولكنها على درجة من الارتباط به"[5].

ويظهر من خلال هذا التعريف دور القاضي عند تفسيره للعقد والذي يستوجب حتما وجود غموض في عبارات العقد الذي يقف عائقا دون معرفة الإرادة الحقيقية للطرفين، وهو الهدف من عملية التفسير تمهيدا لتنفيذه والحصول على الغاية الاقتصادية من العقد المبرم بين طرفيه، ووسيلة القاضي في ذلك

1 مجاني الطلاب، دار المجاني، بيروت، الطبعة الخامسة، 2001، ص 733.
2 محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص1246.
3 أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص294، انظر أيضا في المعنى: مرشد الطلاب المصور، منشورات المرشد الجزائرية، 2008، ص212.
4 إميل بديع يعقوب، ميشال عاصي، المعجم المفصل في اللغة والأدب، المجلد الأول، دار العلم للملايين ، بيروت، الطبعة الأولى، 1987، ص 455.
5 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص17.

العبارات المستعملة من طرف المتعاقدين وهو ما يعبر عنها بعوامل أو عناصر التفسير الداخلية، كما أن للقاضي أن يلجأ لعوامل تفسير خارجة عن العقد ولكنها مرتبطة به ارتباطا وثيقا كما سيأتي بيانه.

يكون الغرض من تفسير العقد هو تحديد نطاق الالتزامات التعاقدية، وهذه الالتزامات تكون الأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية[1]، وبعبارة أخرى ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين مع إبراز دور قاضي التفسير وهو قاضي الموضوع في ذلك عندما يثور النزاع بين أطراف العقد حول مضمون الالتزام التعاقدي، عليه فإن عملية التفسير ترتبط بواقعة معينة وهي التوصل إلى مقصود المتعاقدين [2]، ولعل أول ما يتصدى له قاضي الموضوع هو ما إذا كان العقد يستلزم حقيقة التفسير، وله سلطة تقديرية لتقرير ذلك، ويكون غرض التفسير هو استنباط النية المشتركة لمتعاقدين[3]، دون أن يؤدي ذلك إلى الانحراف عن القصد الحقيقي للمتعاقدين، فالإفراط في تفسير العقد يؤدي حتما إلى التفريط في النية المشتركة للمتعاقدين.

وتجدر الاشارة في هذا الصدد أن المشرع المدني الجزائري –على خلاف باقي التشريعات العربية– استعمل مصطلح تأويل العقد بدلا من مصطلح التفسير في المادتين 111 في فقرتها الأولى والثانية، وكذلك في الفقرة الثانية من المادة 112.

بالرغم من أن مصطلح التأويل يرتبط من حيث اللغة بالحلم فيقال تأويل الحلم أي عبّره[4]، وقد ورد هذا المعنى في قوله تعالى:﴿ وَقَالَ ٱلۡمَلِكُ إِنِّيٓ أَرَىٰ سَبۡعَ بَقَرَٰتٖ سِمَانٖ يَأۡكُلُهُنَّ سَبۡعٌ عِجَافٞ وَسَبۡعَ سُنۢبُلَٰتٍ خُضۡرٖ وَأُخَرَ يَابِسَٰتٖۖ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمَلَأُ أَفۡتُونِي فِي رُءۡيَايَ إِن كُنتُمۡ لِلرُّءۡيَا تَعۡبُرُونَ ٤٣ قَالُوٓاْ أَضۡغَٰثُ أَحۡلَامٖۖ وَمَا نَحۡنُ بِتَأۡوِيلِ ٱلۡأَحۡلَٰمِ بِعَٰلِمِينَ ٤٤ ﴾[5].

1 ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص198، 199.
2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 404، 405.
3 منذر الفضل، المرجع السابق، ص264، همام محمد محمود، محمد حسين، منصور، مرجع سابق، ص277.
4 مجاني الطلاب، مرجع سابق، ص733، وانظر أيضا: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ص294.
5 سورة يوسف، الآيتين 43،44.

كما يقصد بالتأويل أيضا هو كشف المراد عن المشكل، والتأويل هو رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر[1].

وإذا ما رجعنا إلى المادة 111 في فقرتها الأولى والثانية والمادة 112 في فقرتها الثانية من القانون المدني باللغة الفرنسية باعتبارهما المصدر الأصلي التاريخي المادي لهاتين المادتين، فإن المشرع الجزائري استعمل مصطلح interpretation والتي تجد مقابلا لها في اللغة العربية بمصطلح التفسير والتي تعني باللغة الفرنسية Commentaire d'un texte, éluciation, explication[2].

إن مصطلح التأويل يختلف في مدلوله ومعناه عن مصطلح التفسير، فالأول يراد به تبين المقصود أو المبتغى من الكلام على طريق المظنة، بينما التفسير هو تبين المعنى والقصد من الكلام أو اللفظ على سبيل الجزم واليقين ، وهذا هو وجه الاختلاف بين التأويل والتفسير، غير أنهما يتفقان على أن محل كل منهما يرد على النص الغامض الذي لا يتضح منه مدلول أو مقصود صاحبه[3].

ويرى الدكتور العربي بلحاج أن مصطلح التأويل من الناحية القانونية يمكن استعماله في مجال تفسير العقد إذ القصد منه هو تبين القصد من عبارات العقد وألفاظه، وإجلاء الغموض الذي يعتريها وهي العبارة المستعملة من طرف الفقه القانوني والمدارس الفقهية المشهورة للدلالة والتعبير على معنى تفسير العقد بصفة عامة، ومن ذلك المدرسة التاريخية، ومدرسة الشرح على المتون، ومدرسة التأويل الحر[4].

وحسب رأينا فإنه نظرا للاختلاف المتباين في المعنى بين مصطلح التأويل والتفسير، فإنه ينبغي على المشرع الجزائري استبدال عبارة تأويل بعبارة تفسير انسجاما نع المعنى الحقيقي واسوة بباقي التشريعات العربية التي أصابت في استعمال الكلمة في محلها.

---

1 محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص1246.
2 دانيال ريغ، السبيل الوسيط، عربي فرنسي، المؤسسة الوطنية للكتاب ـ الجزائر ـ طبعة خاصة، 1987، ص 499، انظر في نفس المعنى، المنجد العربي الفرنسي للطلاب، الطبعة الثانية، منشورات دار المشرق، بيروت، لبنان، 1983، ص420.
3 عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص12.
4 العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص404.

ثانيا: أنواع التفسير

يختلف تفسير العقد من حيث الأشخاص القائمين به، فقد يقوم به المتعاقدين نفسيهما باتفاق بينهما (1)، أو يقوم به طرف محايد، وهو القاضي الذي يسعى من خلال تفسيره للعقد التوصل إلى الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين (2).

1 . التفسير الاتفاقي

عند تنفيذ العقد قد يثور إشكال بين المتعاقدين بسبب عبارات العقد وألفاظه الغامضة حيث لا يتفقان على مدلولها مثلا، فيسعيان إلى تفسير هذه العبارات والألفاظ من خلال اجتهادهما الشخصي، وذلك في إطار إيجاد حل ودي للنزاع القائم بينهما، فيتم ذلك بلجوء المتعاقدين إلى إبرام اتفاقات تفسيرية سابقة أو لاحقة للعقد، يكون الهدف منها تلافي نشوب أي نزاع حول مدلول بعض الألفاظ والعبارات المستعملة من قبلهما في العقد[1]، وفي هذه الحالة يكون المتعاقدان قد احتاطا لما قد يثور من إشكالات ونزاعات متعلقة بتنفيذ العقد فيلتزمان بمضمون الاتفاقات التفسيرية التي تم تدوينها في مرحلة سابقة أو لاحقة عن إبرام العقد وتكون ملزمة لهما بنفس درجة القوة الملزمة للعقد، مما يسهل حل النزاع المطروح بتوضيح وإجلاء مدلول المصطلح الذي شابه الغموض أو الإبهام[2].

ويعد هذا النوع من التفسير الأفضل على الإطلاق، ذلك أنه يصدر بصورة مباشرة من الأطراف المعنية بالعقد وبمحض إرادتهم كونهما صاحبي الإرادة في إبرام عقدهما، فهما بذلك الأدرى بما قصداه من الألفاظ والعبارات التي استخدماها[3].

فمن مزايا هذا النوع من التفسير والذي يصدر من ذوي الشأن تفادي اللجوء إلى القضاء وما يترتب عن ذلك من نتائج سلبية تتمثل أساسا في إطالة إجراءات الخصومة إضافة إلى المصاريف التي يتكبدها

---

1 عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص17.

2 لا بد أن يتنازل أحد المتعاقدين أو كلاهما عن بعض الحقوق المترتبة عن العقد بهدف تسهيل عملية تنفيذه وتجنب اللجوء إلى القضاء عملا بالمقولة المشهورة : "Un mauvais arrangement mieux qu'un bon procès".

3 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 23.

المتقاضي في سبيل استصدار حكم أو قرار قضائي قد يحكم لصالحه أو لصالح خصمه، ومن ثم الدخول في مرحلة أخرى هي مرحلة التنفيذ، وما يلاقيه المنفذ له من صعوبات جمة تتمثل أساسا في اختلاق عراقيل أو مشاكسات من المنفذ ضده واصطياد الأخطاء المادية التي قد ترد في الحكم أو القرار القضائي ليستشكل في التنفيذ، مما يزيد الوضع تأزما، والاطالة على صاحب الحق في الحصول على حقه وعرقلة تحقيق الغاية الاقتصادية من العقد، فتتزعزع الثقة المشروعة في المعاملات ولا تستقر المراكز القانونية التي يرتبها العقد، وتضيع مصالح أحد المتعاقدين خصوصا في حالة سوء نية وتعنت المنفذ ضده.

2 . التفسير القضائي

قد لا يعمد المتعاقدان إلى إبرام اتفاقات تفسيرية سواء قبل إبرام العقد أو بعده، وذلك لتنظيم بعض المسائل التي قد تثار أثناء عملية التنفيذ، والتي ترتبط أساسا بمدلول ومفهوم بعض العبارات والألفاظ المستعملة في بنود العقد ومشارطاته، ولذلك يكون من الضروري والحتمي اللجوء إلى القضاء عندما يثور حتما نزاع بين أطراف العقد [1]، ليتولى قاضي الموضوع التصدي لهذا النزاع أو الخصومة القضائية، بتفسير العبارات الغامضة في العقد بالاستناد إلى عوامل داخلية مرتبطة بالعقد ذاته، أو إلى عوامل خارجية سواء تلك المتعلقة بظروف وملابسات إبرام العقد، أو المفاوضات التي تمت بين الطرفين في شكل مراسلات ومكاتبات أو في طريقة تنفيذ عقود مماثلة سابقة بين طرفي العلاقة ذاتها.

والقاضي يلجأ إلى التفسير بغرض إيجاد حلول قانونية للنزاع أو الخصومة القضائية المعروضة عليه، وذلك مع مراعاة مصالح المجتمع ومتطلبات العدالة التعاقدية التي تعتبر من المقاصد التي يهدف قاضي تفسير العقد إلى تحقيقها والموازنة بينهما[2].

1 رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص196.
2 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص349.

فقاضي التفسير من خلال محاولته لاستنباط النية المشتركة للمتعاقدين يسعى للموازنة والتوفيق بين الغرض الاقتصادي للعقد الذي قصده المتعاقدين من جهة، وضرورة تحقيق مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية وتكريس الثقة المشروعة فيها عموما، وبذلك يراعي المصلحة الفردية للمتعاقدين وفي نفس الوقت المصلحة الاجتماعية من جهة أخرى، وذلك في إطار تطبيق القواعد القانونية التي يضعها المشرع بغرض الوصول إلى الغاية المنشودة منها، مع تحقيق الأمن والاستقرار القانوني داخل المجتمع.

الفرع الثاني: تمييز نظام تفسير العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له

إن نظام تفسير العقد الذي يختص به قاضي الموضوع بغرض التوصل إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين يستدعي تمييزه عن بعض النظم القانونية التي قد تتشابه معه في بعض الجوانب، وتختلف معه في جوانب أخرى، وبالتالي سيتم التطرق إلى المقارنة بين نظام تفسير العقد مع أنظمة أخرى وهي نظام تفسير القانون (أولا)، ونظام تكييفه (ثانيا)، وفي الأخير نظام تعديله (ثالثا).

أولا: تفسير العقد وتفسير القانون

حتى تتضح الصورة بهذا الشأن بما لا يدع مجالا للخلط بين هاذين النظامين، سيتم التطرق إلى أوجه الاتفاق بين نظامي تفسير العقد و تفسير القانون (1) ثم إلى أوجه الاختلاف بينهما (2).

1 . أوجه الاتفاق

يتفق نظاما تفسير القانون وتفسير العقد في أن وسيلتهما هو وجوب اللجوء إلى القضاء، إذ أنه يعهد للقاضي مهمة إجلاء ورفع الغموض الموجود في القاعدة القانونية، وذلك بسبب صياغتها التي تجعل من الصعب التعرف على نية المشرع ومقصده من سن هذه القاعدة القانونية،[1] والأمر سيان بالنسبة للألفاظ والعبارات المبهمة والغامضة الواردة في العقد، فقاضي الموضوع له السلطة التقديرية في الوصول إلى غاية المشرع من وضعه للقاعدة القانونية التي يعتريها الغموض والإبهام، أو الغاية الاقتصادية التي

1 قد يستعين قاضي تفسير القاعدة القانونية بمشروع عرض الأسباب وذلك بغرض الكشف عن نية المشرع من وراء سنه لهذه القاعدة القانونية التي صاغها بنوع من الإبهام والغموض، كما له أن يستعين في سبيل ذلك بديباجة القانون والتي تعبر في فحواها بصدق عن المقصد العام من وضع هذا التشريع

توخاها أطراف العقد عند تفسيره لهذا الأخير، وذلك لإيجاد حل للنزاع المطروح عليه سواء تعلق الأمر بتفسير القاعدة القانونية، أو تفسير العبارة الغامضة أو المبهمة الواردة في العقد.

كما أن مسألة توضيح الألفاظ المبهمة أو الغامضة الواردة في التشريع أو العقد، هي من اختصاص قاضي الموضوع، وهي مسألة نسبية تختلف من قاض لآخر تستدعي التصويب والتقويم تبعا لقناعة القاضي القائم بالتفسير، ثم إن التوصل للقول ما إذا كان النص غامضا أو واضحا لتقرير ضرورة اللجوء إلى التفسير أم لا قد يتضمن مصادرة عن المطلوب[1].

يعتبر الغموض والابهام هو العامل المشترك الذي يبرر لجوء قاضي الموضوع لتفسير عبارات القانون وعبارات العقد بمقتضى سلطته التقديرية التي يمنحها إياه المشرع بدافع إجلاء الغموض ورفع اللبس والإبهام وتحقيق نية وإرادة المشرع في تفسير القانون، والوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير عبارات العقد وذلك لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد استجابة لمقاصدهما من جهة، ومراعاة المصلحة الاجتماعية باحترام قواعد النظام العام الاجتماعي والاقتصادي من جهة أخرى.

2 . أوجه الاختلاف

يقتصر الأثر القانوني في تفسير عبارات العقد على المتعاقدين أو على الغير الذي له مصلحة في العقد محل التفسير، بينما يمتد الأثر في تفسير القانون إلى كل الأشخاص الذين ينتمون إلى تنظيم اجتماعي معين[2].

إن اختلاف الأثر القانوني في تفسير كلا من القانون والعقد مرده أن القانون من خصائصه أنه قاعدة عامة ومجردة و اجتماعية لا تعني شخصا معينا بذاته أو بصفاته الشخصية، ذلك أن القاعدة القانونية تتضمن وضعا افتراضيا وحكما معينا، فالوضع الافتراضي هي مجموعة الشروط الموضوعية

1 مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء 1، مطبعة الجامعة، بغداد، العراق، 1972، ص467 نقلا عن: ياسين محمد الحيوري، المرجع السابق، ص197.

2 عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص46، وبهذا الصدد تسعى المحكمة العليا ضمن مهامها الرئيسية إلى توحيد الاجتهاد القضائي في مجال تفسير القانون .

التي تضعها القاعدة القانونية لتطبيقها، وتطبيقها معناه الأثر أو الحكم الذي ترتبه بمجرد توافر تلك الشروط الموضوعية في كل شخص تخاطبه القاعدة القانونية وأساس ذلك سيادة القانون[1].

إن القاضي عندما يقوم بتفسير القانون فهو يفسر إرادة المشرع المعبر عنها في القاعدة القانونية، ولما كان سريان القانون يمتد في الزمن، فإن ذلك من شانه أن يؤدي إلى تواتر القضاء على اجتهاد معين في سبيل إجلاء غموض أو إبهام قاعدة قانونية ما، وهذا ما لا يتحقق في العقود، ذلك أن القاضي في هذه الأخيرة يراعي ظروف وملابسات العقد التي تختلف حتما عن المنازعات التعاقدية المتعلقة بذات النقطة في عقد آخر، مما يستوجب على القاضي مراعاة هذه المتغيرات الموضوعية والشخصية في تفسيره للعبارات الغامضة والمبهمة الواردة فيه[2].

ثانيا: تفسير العقد وتكييفه

يقتضي الأمر في هذا الصدد التعرض إلى أوجه الاتفاق بين نظامي تفسير العقد وتكييفه (1)، ثم أوجه الاختلاف بينهما (2).

1 . أوجه الاتفاق

يتفق تفسير العقد وتكييفه في أنهما يهدفان إلى تحديد نطاق هذا الأخير، وذلك لمعرفة الالتزامات والحقوق المترتبة عنه ، فقاضي الموضوع يقوم في أي نزاع أو خصومة تعاقدية بعد فحص أركان العقد، بتكييفه وذلك بإعطاء الوصف القانوني له بتحديد طبيعته ونوعه، ويعتمد في ذلك أساسا على الالتزامات الأساسية والرئيسية التي تكون أو تشكل المعايير المميزة لهذا الأخير، ومن ثم يتسنى لقاضي الموضوع إسقاط القواعد القانونية أو النموذج القانوني على العقد محل النزاع في مرحلة التنفيذ بين المتعاقدين، والتوصل إلى الأحكام القانونية التي تنظم الجزئية القانونية المتنازع فيها، غير أنه تجدر الإشارة أن أغلب

1 علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 42،43.
2 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص47.
VOIR: Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, Les effets Du contrat, 3e edition, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Traité De droit Civil, Paris, France, 2001, P15.

ومعظم القواعد المنظمة للعقد ذات طبيعة مكملة لاتفاق الطرفين وهذا ما يفسر أخذ المشرع الجزائري بالحرية التعاقدية باعتبارها من أهم مظاهر مبدأ سلطان الإرادة[1].

فالمتعاقدان أحرار في وضع وصياغة الشروط والبنود التي تخدم مصلحتهما الاقتصادية والتي كانت السبب الدافع إلى إبرام العقد دون مخالفة النظام العام والآداب العامة، كما يجوز لهما استبعاد القواعد المكملة المقررة قانونا صراحة أو ضمنا لوضع قواعد من صميم إرادتيهما تطبق بدل هذه الأخيرة وتصبح القواعد المكملة في الحالة العكسية ملزمة لهما، ويتعين على القاضي تطبيقها على موضوع النزاع للبت في الخصومة القضائية بحكم أو قرار قضائي.

وبالتالي فالقاضي قد قام في هذه الفرضية بصفة غير مباشرة بتحديد نطاق العقد عندما فصل في مسألة تكييف العقد، وهو نفس الدور الذي يقوم به أحيانا عندما يفسر العقد، وبخاصة عندما يقوم بالتفسير التكميلي، كما سيأتي بيانه فيما بعد . ويتحقق ذلك عندما يسكت المتعاقدان عن تنظيم مسألة فنية ترتبط أساسا بالالتزامات المتعلقة بالمسائل التفصيلية شريطة عدم الاتفاق على عدم انعقاد العقد عندما لا يتم الاتفاق عليها طبقا لأحكام المادة 65 من القانون المدني ليقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة[2].

كما أن قاضي الموضوع سواء كان بصدد تكييف العقد أو تفسيره فإن المشرع منحه سلطة تقديرية واسعة في تكييف العقد لإعطاء الوصف أو اللباس القانوني له، أو في تفسير العبارات والألفاظ الواردة فيه سواء كانت واضحة في ذاتها، ولكنها غير واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين أو كانت غامضة

1 علي فيلالي، المرجع السابق(الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 53، ويرى المؤلف –بحق- أن غرض المشرع من تسمية العقود وتنظيمها بنصوص قانونية مكملة لإرادة الطرفين ليس معناه التقليص من الحرية التعاقدية وإنما مساعدة الأطراف على تنظيم العلاقة التعاقدية.

2 تنص المادة 65 من القانون المدني على أنه :" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ".

أو مبهمة في مضمونها مما يستوجب التصدي لها بالتفسير اعتمادا على الوسائل القانونية المتاحة سواء كانت مصدرها داخليا أم خارجيا.

ونشير إلى أن القاضي يخضع إلى رقابة المحكمة العليا سواء فيما يتعلق بتكييف العقد أو في تفسيره باعتبارهما من المسائل القانونية كون المحكمة العليا محكمة قانون تسهر على رقابة تطبيق القانون على الوجه الصحيح.

2 . أوجه الاختلاف

إن من بين أبرز أوجه الاختلاف بين تفسير العقد وتكييفه، أن قاضي الموضوع عندما يقوم بالتكييف لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أصبغه المتعاقدان على عقدهما[1]، ذلك أن تكييف العقد مسألة قانونية من صميم عمل قاضي الموضوع يلجأ إليها للوقوف على حقيقة التصرف القانوني، فقد يعمد المتعاقدين إلى إخفاء حقيقة التصرف القانوني بسوء نية، تهربا من رسوم التسجيل والضرائب التي تفرضها الخزينة العامة على التصرف الحقيقي ، فيصرحون بالتصرف الصوري لتجنب ذلك، أو إخفاء حقيقة التصرف من أجل حرمان الغير من استعمال حقه كحق الشفعة بالنسبة للشريك في المال المراد بيعه، كما قد يخطأ المتعاقدان سهوا في تكييف عقدهما بصورة صحيحة لكونهما يجهلان القانون وأحكامه.

كما أن الحاجة إلى تكييف العقد لا يبرره طلب أحد الخصوم لذلك، بل هي مسألة أولية لابد على قاضي الموضوع أن يتصدى لها من أجل تحديد الأحكام القانونية الواجب تطبيقها على النزاع المطروح عليه من تلقاء نفسه، ولا يبررها غموض عبارات العقد وإبهامها كما هو الشأن في التفسير بأن يدعي أحد المتعاقدين أن هناك نية مغايرة عما هو مفهوم من ظاهر العبارات والألفاظ المستعملة رغم وضوحها ولكنها غير واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين.

1 أشارت إلى ذلك المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على أنه: " يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم"، أنظر أيضا في هذا المعنى، بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص20.

كما أن تكييف العقد باعتباره مسألة قانونية محضة من صميم اختصاص قاضي الموضوع، فإنه يخضع في جميع عناصرها إلى رقابة المحكمة العليا، بينما مسألة تفسير العقد نجد فيها نوعين من المسائل: مسائل قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، ونوعا آخر من المسائل ترتبط بالواقع فيستقل فيها قاضي الموضوع بتقديرها وفقا لقناعته الشخصية دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا في هذا الشأن.

ونشير في الأخير إلى أن قاضي التفسير عندما تكون العبارة تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين المشتركة ومقصودهما من العملية التعاقدية فإنه يتعين عليه الالتزام بهذه العبارة تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد.

ثالثا: تفسير العقد وتعديله

يتفق نظامي تفسير العقد وتعديله في مسائل معينة (1) ويختلفان في مسائل أخرى(2).

1 . أوجه التشابه

لا تثار مسألة تفسير العقد وتعديله إلا في المرحلة اللاحقة لتكوينه[1]، وهي مرحلة تنفيذه التي تعتبر أهم مرحلة من مراحله، إذ خلالها يتوصل المتعاقدان إلى تحقيق الغاية الاقتصادية منه، فهذه الاخيرة لا تخلو في بعض الحالات من النزاعات القضائية بين أطرافه، وهي تعتبر بمثابة المحك الحقيقي لمدى توفيق الأطراف المتعاقدة في صياغة البنود والاشتراطات العقدية بصورة واضحة ومعبرة عن مقصودهما بما لا يدع مجالا لوجود نية مغايرة عن تلك المعبر عنها، وهي تجسد أيضا دور العقد في المجال الاقتصادي من خلال تبادل المنافع والمصالح بين المتعاقدين على أساس احترام مبدأ التوازن المالي مع تحقيق مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية وحماية الثقة المشروعة فيها والنظام العام بمختلف مقوماته أو أسسه من طرف قاضي الموضوع.

1حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص11.

كما أن نظام التفسير والتعديل يتفقان حول مسألة جوهرية هي الهدف والغاية منهما، إذ يسعى القاضي إلى تحقيق العدالة التعاقدية، فقاضي التفسير عندما لا يتبين له مقصود العاقدين صراحة، فإنه يفترض الشرط الذي كان سيلجأ له المتعاقدين حتما فيما لو فكروا في المسألة التي لم يتفق عليها في العقد صراحة سواء في عناصره الداخلية أو الخارجية وهذا الاعتقاد نجده راسخ عند أنصار المدرسة التقليدية بحجة أن قانون نابليون هو المصدر التشريعي الوحيد للعدل، ومن ثم يستوجب الأمر الالتزام بأحكام نصوصه التي نجد في ثناياها العدالة وهم أنصار مدرسة التفسير الحرفي[1].

يرى جانب من الفقه أنه من النادر أن يقوم القضاة من خلال أحكامهم وقراراتهم التصريح بالاستناد للعدالة، وإنما يستنبط ذلك من سياق التسبيب، ولم يقتصر الوضع في الاستناد على العدالة في بعض الحالات على فرضية خلو الاتفاق من نص بشأن جانب معين، بل امتد إلى حالة الشرط الصريح الجائر[2]، إذ من المسلم أن سبب منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل العقد هو بدافع العدالة[3].

ومن بين الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد: الاستغلال والغبن، والشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الاذعان، وكذلك في حالة الحوادث الاستثنائية[4]، التي يكون فيها تنفيذ الالتزام بالنسبة للمدين وإن كان غير مستحيلا، إلا أن تنفيذه يهدده بخسارة فادحة، مما يمس بالتوازن المالي للعقد بسبب المستجدات الاقتصادية التي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فيتدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف مع مراعاة مصلحة الطرفين[5].

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق (تفسير العقد)، ص182.
2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.
3 حميد بن شتيي، مرجع سابق، ص12.
4 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص394.
5 إن المشرع الجزائري أقر في المادة 106 مدني على أنه يجوز تعديل العقد استثناء باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ومن بين هذه الأسباب الظروف الاستثنائية التي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد إذ تنص المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة على أنه :" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

2 . أوجه الاختلاف

إن من بين أهم وأبرز الاختلافات الموجودة بين عملية تعديل العقد وتفسيره أن قاضي الموضوع يعتمد في هذه الأخيرة على إرادة المتعاقدين[1]، فيحاول تفسير العقد بناءا على العبارات الواردة فيه، للتوصل إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين احتراما لمبدأ سلطان الإرادة وما يقرره بخصوص التزام طرفي العقد بمضمونه، والذي يعد القانون الخاص للمتعاقدين طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد[2].

فالقوة الملزمة للعقد باعتبارها من أهم الدعائم والأسس التي نادى به مفكرو المذهب الفردي في ظل النظام الليبرالي، تسعى في حقيقتها إلى احترام إرادة المتعاقدين، وهو ما يلتزم به قاضي التفسير الذي يسعى للتوصل إلى ما اتفق عليه المتعاقدان بخصوص بند من بنود العقد، بل إن القاضي يسعى من وراء ذلك إلى إلزام المتعاقد بما التزم به ولو اقتضى الأمر إجباره على ذلك.[3]

في حين يسعى القاضي في تعديله للعقد دون الاعتبار والاعتداد بإرادة المتعاقدين– كما هو الشأن في تفسير العقد– إلى إعادة التوازن المالي للعقد بما يحقق العدالة العقدية كما هو في نظرية الظروف الاستثنائية والتي يرى البعض أنها تعد مساسا واضحا، بل انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد[4].

---

1 حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص12.

2 راجع الفقرة الأولى من المادة 106 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه :" الاتفاقات المبرمة على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أجروها، فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الاتفاق أو تعديله ما لم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك ".

وقد ورد النص في صياغته الأصلية باللغة الفرنسية على أنه :" les Conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les Ont faites, elles ne peuvent être révoquées que de leur Consentement mutuel, ou pour les Causes que la loi autorise ».

هذا ويري حميد بن شنيتي بخصوص المادة 106 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري ضرورة تغيير العبارة التي استعملها المشرع الجزائري والمتمثلة في العقد شريعة المتعاقدين بذات العبارة المستعملة من طرف المشرع الفرنسي : الاتفاقات المبرمة على وجه شرعي تنزل منزلة القانون بالنسبة إلى عاقديها، ويعقب الأستاذ علي فيلالي على ذلك أن هذا التعديل ليس ضروري إذ أنه من المتعارف عليه حديثا بالاتفاق على أن الحقوق والالتزامات مصدرها القانون ومن بين هذه الحقوق الحق في إبرام العقود ويقتضي الامر بداهة عدم مخالفتها للنظام العام مع وجوب التخلص من المخلفات الفكرية للمذهب الفردي الذي يرى أن مصدر جميع الحقوق والالتزامات هي الإرادة وهذا يعتبر من معوقات مسايرة القانون للمعطيات الحديثة، علي فيلالي، المرجع السابق، (مصادر الالتزام نظرية العقد)، ص 372.

3 أنظر قرار المحكمة العليا الصادر في 13 /1990/06، الغرفة المدنية، ملف رقم 61489، المجلة القضائية 1991، العدد4، ص65.

4 حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 12.

كما أن سلطة القاضي في تعديل العقد تكون بصورة استثنائية وبنص خاص في حالات محددة قانونا، خلافا الأصل الذي يقرر أن العقد شريعة المتعاقدين، بينما في مجال تفسير العقد فإن سلطة القاضي لا تعتمد في الأساس على وجود نص قانوني خاص، بل يلجأ إليها كلما اقتضت الضرورة ذلك بالرغم من أنه لا يتقرر له إعمال سلطة التعديل أو التفسير إلا ضمن منازعة أو خصومة قضائية يكون موضوعها طلب تعديل العقد أو تفسيره، ضمن احترام مظاهر حياد القاضي بعدم مساسه للوقائع التي تبقى ملكا لأطراف الخصومة القضائية، كما أنه ملزم بالتقيد بموضوع الخصومة القضائية المثارة من الأطراف سواء تعلق الأمر بطلبات أصلية يقدمها المدعي أو طلبات عارضة أو مقابلة يقدمها المدعى عليه شريطة ارتباطها بالطلب الأصلي.

ويرى الأستاذ حميد بن شنيتي في هذه النقطة أيضا أن قاضي التعديل لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا كون أن التعديل يتم بموجب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وما دام أن الأمر يتعلق بالتقدير فهو لا يخضع لرقابة قضاة القانون، على خلاف قيامه بتفسيره للعقد فتكون سلطته بهذا الصدد مقيدة وهي من مسائل القانون التي يخضع فيها لتمحيص ورقابة قضاة المحكمة العليا[1].

غير أنه لا يمكن أخذ هذه التفرقة على عموميتها، إذ لابد من التمييز بين مسائل الواقع والقانون في عمليتي تعديل العقد وتفسيره، فالمسائل التي تعتبر من الواقع فإن القاضي لا يخضع فيها لرقابة قضاة النقض، بينما المسائل المتعلقة بالقانون فإن قاضي الموضوع يخضع فيها حتما لرقابة قضاة القانون.

المطلب الثاني: حالات التفسير الإرادي للعقد

يتفق أطراف العقد على مسائل معينة وترد في صيغة شروط وبنود محددة في العقد تعكس إرادتيهما، إلا أنه قد يحدث أن ترد عبارات العقد واضحة، ولكنها لا تعكس القصد الحقيقي لهما، فيستدعي

1 حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 12.

الأمر تفسير هذه العبارة للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين (الفرع الأول)، كما يمكن أن ترد عبارات العقد غير واضحة بأن تكون غامضة أو مبهمة مما يجعل من الصعوبة بمكان تقصي واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، فيتم اللجوء إلى القضاء لتفسيرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وضوح عبارة العقد

لتفسير العقد في حالة عدم دلالة العبارات الواضحة على قصد ونية المتعاقدين، فإنه لا بد من تقصي مضمون العبارة الواضحة(أولا)، ثم إلى الاختلاف الفقهي بخصوص تفسير العبارة الواضحة(ثانيا)، ثم التعرض إلى حكم تفسير العبارات الواضحة (ثالثا).

أولا: مضمون عبارة العقد الواضحة

لابد من التطرق أولا إلى بيان مضمون العبارة الواضحة من خلال تعريفها (1)، ثم إلى سلطة القاضي في تقدير العبارة من حيث الوضوح أو الغموض (2).

1 . تعريف عبارة العقد الواضحة

لم يعرف المشرع الجزائري عبارة العقد الواضحة في مواد التفسير التي وردت في القانون المدني، مما يقتضي الرجوع إلى التعاريف الفقهية الواردة في هذا الصدد، ومن بين هذه التعاريف أن المقصود بالعبارة الواضحة هو التطابق بصورة كلية بين الإرادة المعلنة والمعبر عنها والإرادة الباطنة[1].

ويفهم من معنى العبارة الواضحة أن الإرادة الظاهرة أو المعلنة هي انعكاس حقيقي وتام للإرادة الباطنة، في مسألة تفصيلية من مسائل العقد، ولا يمكن أن ترد على مسألة جوهرية، وإلا فالعقد لا ينعقد أساسا، لأنه لا مجال عندئذ للحديث عن تفسير العقد[2].

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات ، نظرية العقد)، ص 407، على أن النص الواضح الدلالة هو الذي يتضمن معنى واحد لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يفهم منه معنى آخر غيره أي الذي لا يقبل تفسيرا محتملا غيره، ، عاشور فطيمة، مرجع سابق، ص36.

2 علي فيلالي، المرجع نفسه، ص416.

بعبارة أخرى أن العبارة الواضحة تعكس مقصود المتعاقدين ونيتهما الحقيقية فتصبح الإرادة المعلنة والإرادة الباطنة وجهان لعملة واحدة، وهناك من يرى أن الأخذ بالإرادة الواضحة في هذه الحالة لا يعني الاستناد على نظرية الإرادة الظاهرة، وإنما هو قرينة على أنها تعكس الإرادة الباطنة وهي بيان على النية المشتركة للمتعاقدين وهذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس[1].

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف العبارة الواضحة في العقد بمناسبة تطرقه لأحكام تفسير العقد، إلا أنه قرر بأن الأصل في العبارة الواضحة الواردة في العقد لا تحتاج إلى تفسير، إذ تنص المادة 111 في فقرتها الأولى من القانون المدني على أنه :" إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين " ويقتضي الأمر تبعا لذلك وجوب التقيد بهذه العبارة الواضحة قانونا[2].

إن العبارة الواضحة الدالة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا تحتاج إلى تفسير، وإذا التزم بها قاضي الموضوع في حكمه أو قراره فلا يلزم أن يورد أسباب التزامه بالعبارة الواضحة، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة النقض[3].

فمن المنطقي أن العبارة الواضحة التي تدل على مقصود المتعاقدين لا تستدعي بداهة تقصي نية المتعاقدين أو الإرادة الحقيقية لهما ما دامت أنها واضحة ومحددة، ولا يتعين الأمر سوى تنفيذ العقد حسب ما ورد في عباراته الواضحة، وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد أو ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين، وتجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بوجوب تنفيذ الالتزام التعاقدي الذي أوجدته الإرادة الحرة

---

1 أنور طلبة، المرجع السابق، ص 63، غير أن المؤلف يصرح في ذات الموضع أنه في حالة تباين الإرادة المعلنة مع الإرادة الحقيقية للأطراف من خلال طبيعة العقد وظروف التعاقد وطريقة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإن القاضي لا يحفل بالإرادة الظاهرة ويعول على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين مما يجعلنا نتساءل عما قرره المؤلف من قبل بأن اعتماد القاضي على العبارة الواضحة لا يعني الأخذ بالإرادة الظاهرة، بل أن هناك من يرى خلاف ذلك بخصوص التشريع الأردني مثلا الذي أخذ بالفقه الاسلامي وهو يجعل الإرادة الظاهرة هي محل اعتبار عند وضوح عبارات العقد، وقد أكد المشرع الأردني ذلك في الفقرة الأولى من المادة 239 من القانون المدني بوجوب التزام العبارة الواضحة والتي تنص على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " ومعناه أن وضوح عبارة العقد يستلزم اعتبارها تنقل وتعكس بصدق نية وإرادة المتعاقدين، انظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص196.

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص406.

3 رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص198.

المختارة، فالشخص لا يلتزم إلا بمقتضى إرادته الحرة والمختارة ومن ثم تنفيذ ما التزم به على هذه الصورة.

والعقد باعتباره وحدة تتسم أجزاءه بالاتصال وأحكامه بالتكامل، فإن وضوح عبارة العقد يقتضي حتما دلالة العقد من مجموع ما ورد فيه من عبارات وليس وضوح كل جملة بمفردها[1]، وهذا ما يقتضيه المنطق القانوني ووحدة التصرف العقدي الذي يكون في الأساس وحدة متصلة الأجزاء ومتكاملة الأحكام، فلا ينظر إلى وضوح الشرط التعاقدي بصورة مستقلة ومنفصلة عن الشروط الأخرى التي لا تقبل التجزئة والانفصال فيما بينها.

فقد يتبادر إلى الأذهان أنه يكفي وضوح عبارة العقد في حد ذاتها بغض النظر عن البنود الأخرى الواردة بذات العقد، أو وضوح شروط العقد كل منظور إليها بصفة مستقلة فيما بينها أي الوضوح الذاتي لكل عبارة من عباراته، غير أن ذلك غير صحيح إذ أن العبارة الواضحة بذاتها قد لا تعكس إرادة المتعاقدين بصورة صادقة، فبالرغم من وضوح عبارة العقد إلا أنها قد تكون متعارضة مع عبارات أخرى في العقد أو يكون الشرط في مجمله متعارضا مع شروط أخرى في العقد وهذا ما يجعل العقد غامضا[2]، ولذلك يتقرر أصل من أصول تفسير العقد والذي مفاده أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا بأن يستدل بمضمون عبارات العقد في مجموعها وليست منفردة وكل واحدة على حدى، إذ لا يجوز أن تفهم العبارة الواحدة بمعزل عن العبارات الأخرى، بل يجب تفسيرها باعتبارها وحدة غير قابلة للتجزئة أو التفرد عن الكل وهو العقد[3].

1 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثامنة، 2015، ص198، ويستعمل بلحاج العربي عبارة: " le contrat envisagé dans son ensemble" وذلك بهدف توضيح فكرة تكامل أحكام العقد مع اتصال أجزائه اتصالا شديدا وثيقا، مما يستلزم الأخذ بالعقد في مجموعه لا بشرط من شروطه بصفة جزئية ومنفصلة ، المرجع السابق، ص406.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، نظرية العقد)، ص408.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد الجزء الثاني)، ص 942، 943.

فقد ترد العبارة على وجه الإطلاق، إلا أن هناك عبارة سابقة أو لاحقة تحد من هذا الإطلاق، وقد تكون العبارة تقرر أصلا ثم يعقبها أو يسبقها استثناء، وقد ترد العبارة في شكل مبهم إلا أن هناك عبارة أخرى تقوم برفع أو إجلاء هذا الغموض [1].

2 . سلطة القاضي في تقدير العبارة الواضحة

لم يعرف المشرع الجزائري العبارة الواضحة كما سبق وأن ذكرنا، مما يستلزم الرجوع إلى التعاريف الفقهية الواردة بهذا الشأن، وإن كان للقاضي أن يرجع لهذه التعريفات التي أوردها الفقه إلا أن ذلك ليس على سبيل الإلزام والوجوب في ظل غياب تعريف قانوني للعبارة الواضحة في العقد، فهو لا يأخذ بهذه التعاريف إلا على سبيل الاستئناس، وبالتالي فإن المشرع يمنح تبعا لذلك سلطة تقديرية لقاضي الموضوع في استخلاص العبارة الواضحة من العبارة الغامضة.

لقد حاول الفقه بهذا الصدد إيجاد معيار للتمييز بين الشرط الواضح والشرط الغامض[2]، ونجد في هذا الصدد معيارين، معيار شخصي (أ)، معيار موضوعي (ب).

أ . المعيار الشخصي

يتمثل المعيار الشخصي في إعطاء سلطة للقاضي في تقدير ما إذا كان الشرط الذي ورد في العقد واضحا أو غامضا مع ترتيب الأثر القانوني عن ذلك كما سيأتي بيانه عند انحراف القاضي عن العبارة الواضحة، غير أن ذلك لا يمنع من خضوع قاضي الموضوع لرقابة قضاء النقض، والحقيقة أن الأخذ بهذا المعيار سيؤدي حتما إلى عدم خضوع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون تراقب أسباب تقرير أو توصل قاضي الموضوع للقول بأن الشرط واضح أو غامض خصوصا في حالة تقرير غموض الشرط التعاقدي والحال غير ذلك، مما يجعلها مسألة واقع لا تخضع لرقابة قضاة القانون، ومن ثم يصبح تقرير الشرط من حيث غموضه ووضوحه إلى هوى القاضي دون ضابط

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص943.
2 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص86.

موضوعي وإن كان قاضي الموضوع ملزم بتسبيب حكمه أو قراره تحت طائلة القصور أو انعدام التسبيب[1].

ب . المعيار الموضوعي

يعتد هذا المعيار بالألفاظ والعبارات التي تضمنها الشرط التعاقدي بصورة مجردة عن ظروف وملابسات التعاقد أو كيف ينظر لها طرفي العقد، فإذا تبين معنى ومضمون هذه الألفاظ بصفة سهلة وميسرة ، فهي ألفاظ واضحة ومن ثم يعد الشرط واضحا، أما إذا تبين لقاضي الموضوع أن هذه العبارات لها أكثر من معنى، بصورة يتعذر معها معرفة مقصد المتعاقدين منها استلزم الأمر تفسير العبارة رفعا للغموض[2].

تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا ينبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 12 . تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار ...".

ومثال عدم الأخذ بالمعنى الحقيقي للوثيقة التي اعتمد عليها قاضي الموضوع في حكمه أو قراره الادعاء أو الاستناد إلى فاتورة على اعتبارها أنها مقبولة في حين أنه لا يوجد ما يثبت هذا القبول، مع أن رقابة المحكمة العليا لا يكون إلا على مضمون الوثيقة بحد ذاتها دون الوقائع[3].

إن منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي الموضوع بخصوص مسألة عبارة العقد من حيث وضوحها أو غموضها، وجعله هو الذي يقدر وضوح العبارة الواردة في العقد ابتداء، لا يفهم منه أنه لا

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص86، إن تقرير ما إن كان الشرط التعاقدي واضحا في ذاته أولا من طرف قاضي الموضوع بمقتضى سلطة تقديرية الممنوحة له من طرف المشرع يوحي بداية بعدم خضوعه لرقابة النقض في تقديره لوضوح الشرط التعاقدي من عدمه، غير أن رقابة قضاة القانون على مسألة تفسير العقد تقتضي الفصل في مسألة عبارة العقد من حيث وضوحها او غموضها.

2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص87.

3 عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2009، ص245.

يخضع بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة له إلى رقابة المحكمة العليا انتهاء، والدليل في ذلك واضح وقطعي الدلالة بصريح الفقرة 12 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر.

وهناك من يرى أن المعيار المعول عليه في تحديد الشرط الواضح من الشرط الغامض وهو الرأي الأصوب حسب وجهة نظرنا، ويتمثل في عنصرين، العنصر المادي في وجود عبارات واضحة تتلاءم أو تنسجم مع النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا هو العنصر المعنوي. أما إذا كانت لا تتفق معها بأن وجدت ظروف وملابسات خارجية ترجح التناقض مع الإرادة المعلنة عنها، فإن الأمر يقتضي البحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقية[1].

إن قاضي الموضوع وهو بصدد نظر دعوى تفسير العقد بمناسبة الخصومة القضائية التي تنشأ بمجرد إيداع الطلب القضائي وتنعقد عندما يصل إلى علم المدعى عليه بأنه قد رفعت دعوى قضائية ضده[2]، يقرر بمقتضى السلطة التقديرية التي منحها إياه المشرع للنظر فيما إذا كان الشرط التعاقدي واضحا من عدمه بناء على العبارات المستعملة فيه، غير أن ذلك يكون تحت رقابة المحكمة العليا لأنها مسألة قانونية نظمها المشرع في الفقرة الأولى من أحكام المادة 111 من القانون المدني، وهو أمر يقتضيه المنطق القانوني وتوحيد العمل القضائي.

غير أن الفقه اختلف في مسألة جواز تفسير العبارة الواضحة الواردة في العقد من عدمها وقد انقسم إلى رأيين ولكل رأي أدلته وحججه.

ثانيا: الاختلاف الفقهي في تفسير عبارة العقد الواضحة

انقسم الفقه بخصوص مسألة تفسير عبارة العقد الواضحة إلى فريقين، فريق يرى عدم جواز تفسير العبارة الواضحة (1) ، وفريق يرى عكس ذلك أي أنه يمكن تفسير عبارة العقد رغم وضوحها (2).

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص87.

2 عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية في ظل آراء الفقهاء وأحكام القضاء، Edition, enciclopidia, communication, الجزائر، الطبعة الثانية، 2015، ص 464.

1. الرأي الفقهي القائل بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة

يرى كاريه (Carrier) باعتباره من حاملي لواء هذه النظرية أن العقد مثله مثل القانون من حيث عنصر الإلزامية، فمتى كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها للمعنى المراد بيانه، وجب على القاضي احترامها، وفي حالة إذا ما خالفها للبحث عن نية مغايرة كان حكمه أو قراره مستوجبا للنقض[1].

ويعتبر انحراف القاضي عن مضمون العبارة الواضحة الدلالة على مقصود المتعاقدين مساسا بالقوة الملزمة للعقد وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويخضع في ذلك إلى رقابة قضاء النقض على اعتبار أنها من مسائل القانون[2]، فوضوح عبارة العقد يستلزم الاعتداد بالإرادة الظاهرة المعلن عنها من أطراف العقد، ويمنع على القاضي البحث عن الإرادة الباطنة لأن ذلك قد يؤدي إلى إرادة مغايرة عن تلك المعبر عنها في العقد[3].

كما أن التزام القاضي بالعبارة الواضحة في تفسير العقد لا يستلزم منه التبرير ببيان الأسباب التي جعلته يأخذ بها في حكمه أو قراره على اعتبار أنه لا يخضع في ذلك إلى رقابة قضاء النقض[4].

غير أننا نرى أن الحقيقة تقضي بأن استخلاص قاضي الموضوع وتوصله إلى أن عبارة العقد واضحة في ذاتها إنما تخضع في ذلك إلى رقابة قضاء النقض باعتبارها من مسائل القانون، وقد يكون رأي قضاة النقض مخالف تماما لما توصل إليه قاضي الموضوع من حيث العبارة ذاتها كمسألة أولية، قبل الخوض في مسألة مدى التزام قاضي الموضوع بهذه العبارات كمسألة لاحقة تكون محلا لرقابة قضاء النقض.

وفي هذا الصدد هناك من الفقه من يطلق اصطلاح الإرادة الواضحة بدل العبارة الواضحة، ذلك أن التعبير المستعمل من طرف المتعاقدين ما هو إلا مظهر لإرادتيهما، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص88.
2 نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص264.
3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات)، ص409.
4 رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص198.

العدول عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى على فرضية أنها لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إذ لا يمكن فرض إرادة أخرى للمتعاقدين خلاف تلك المعلن عنها و المستعملة من طرفهما[1].

فالإرادة المعلنة بعبارات واضحة تعبر في الأساس عن النية المشتركة للمتعاقدين وتكون ملزمة لهما بالدرجة الأولى على أساس أن هناك تطابق كلي بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ،ومن ثم فإن التعبير المستعمل من قبل المتعاقدين يعبر بصدق عن الإرادة أو النية الحقيقية لهما ومن ثم وجب على قاضي التفسير التقيد بها تحت رقابة قضاء النقض لأنها من المسائل القانونية التي نص عليها المشرع صراحة وهو ما يتوافق مع مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني كما سبق ذكره[2]، والتي يفهم منها أن عبارة العقد الواضحة يجب التقيد بها من طرف القاضي لأنها تعبر بصدق عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن تخضع لأي تفسير، وعليه فعلى قاضي الموضوع الذي تعرض عليه منازعة تفسير العقد إلزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ الاتفاقات المبرمة بينهما[3].

ويستند أصحاب الرأي القائل بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة الواردة في العقد إلى حجج وأدلة أهمها الخروج عن مخالفة قاعدة عدم جواز تفسير العبارة الواضحة ذاتها، كما أنه يخالف قاعدة حظر إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة طبقا لما هو مقرر في قواعد الإثبات، فيقتضي الأمر مراعاتها كذلك في تفسير العقد[4].

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص934.

2 أنظر المادة 239 في فقرتها الأولى من القانون المدني الأردني حيث تنص على أنه : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين "، وتقابلها حرفيا المادة 150 الفقرة 1 من القانون المدني المصري، وتطابق هذه المادة حرفيا المادة 152 مدني ليبي، والمادة 1733 مدني اثيوبي، كما تنص المادة 1112 مدني فرنسي على أنه:

"On ne peut interpréter Les clauses claires et précises a peine de dénaturation ."

بينما كانت تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله في فيفري 2016 على أنه :

" Lorsque ‘une clause est claire et précise ne peuvent lui donner un autre sens, sous prétexte se rechercher L’intention Commune des parties

S’il appartient aux juges d’interpréter les conventions, c’est à la condition de n’en pas dénaturer les clauses claires et précises."

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 406، 407.

4 انظر عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص89، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص14، 15.

وقد نصت المادة 334 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه :" لا يجوز الاثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000.00 دينار جزائري:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي"[1].

كما نصت المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه:" يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم ذوي الشأن".

وجاء أيضا في المادة 324 مكرر 5 من نفس القانون أنه : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره . ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"[2].

2 . الرأي القائل بجواز تفسير العبارة الواضحة

مؤدى هذا الرأي الفقهي أن تفسير العقد في النظام الشخصي يعطي الأولوية والسيادة للإرادة الحقيقية على حساب العبارات الواردة في العقد، وعليه إذا كانت عبارة العقد واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين ونيتهما المشتركة فيجب على القاضي التقيد بمضمونها، أما إذا كانت العبارات واضحة في الظاهر إلا أنها مخالفة للإرادة الحقيقية من حيث الفعل والواقع فعلى القاضي ألا يحفل بها ويسعى للبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين[3].

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ السنهوري أن وضوح التعبير غير وضوح إرادة المتعاقدين، ذلك أنه قد يستعمل المتعاقدان ألفاظا واضحة، ولكن ظروف وملابسات التعاقد قد تبين أنهما لم يوفقا في استعمال هذا التعبير الواضح، وعلى القاضي في هذا الفرض العدول عن المعنى الظاهر والواضح للعبارات إلى

---

1 انظر قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1989/12/27، رقم القرار 63320، المجلة القضائية، العدد 3، 1993، ص21.

2 انظر: قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 18 / 11/ 1998، رقم القرار 176246، المجلة القضائية العدد 1، 1999، ص102، قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 17 / 07 / 1996، رقم القرار 146497، المجلة القضائية، العدد 1، 1997، ص28.

3 عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص90، ويضيف المؤلف بخصوص أنصار هذا الرأي أنه بالرغم من الدعم والتأييد الذي لقيه الاتجاه القائل بعدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة خلال القرن التاسع عشر، إلا أن ذلك لم يقف حائلا لظهور رأي فقهي يقول بجواز تفسير عبارات العقد الواضحة ومن بين هؤلاء: بلانيول وإسمان، وأوبري ورو، روبرت بارو، فرانسوا ريجو، هنري مازو، كلود جاك، جوجيه، وجونو.

المعنى الواضح من الإرادة المشتركة للمتعاقدين، غير أنه ينبغي القيام بذلك مع توخي غاية الحذر والاحتياط، فيفترض في مرحلة أولى أن المعنى الواضح والظاهر من عبارة العقد هي نية وقصد المتعاقدين، إلا إذا قام الدليل على وجه اليقين وبصورة جازمة أن المتعاقدان لم يوفقا في استعمال هذه العبارة وإنما أرادا معنى آخر[1].

إن القول بجواز تفسير عبارة العقد الواضحة معناه أن وضوح عبارة العقد قائم على قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس، ذلك أن وضوح عبارة العقد لا تفيد قطعا وضوح إرادة المتعاقدين وقصدهما المشترك بعدما أن يتبين لقاضي الموضوع أنه رغم وضوح عبارات العقد إلا أنها لا تعكس بصدق إرادة المتعاقدين المشتركة، غير أن عدول القاضي عن المعنى الظاهر للعبارة الواضحة لابد أن يستند في ذلك إلى ظروف الواقع التي تؤيد وجود نية مغايرة واضحة[2].

وعليه يجب على القاضي أن يذكر الأسباب والمسوغات التي جعلته يعدل عن المعنى الظاهر والواضح لعبارات العقد، والبحث عن نية مغايرة تجسد قصد وإرادة المتعاقدين الحقيقية تحت طائلة انعدام التسبيب.

ويستند أصحاب الرأي القائل بجوار تفسير عبارات العقد الواضحة إلى عدم وجود معيار قانوني للتمييز بين الشرط الواضح والشرط الغامض، كما ينعتون الاتجاه الفقهي القائل بالتمييز بين الشرط الواضح والشرط الغامض باستعمال المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي بأنه ضرب من الوهم ذلك أن المعيار الشخصي هو معيار نسبي لتفاوت الأشخاص فيما بينهم من حيث قدراتهم وممتلكاتهم الفكرية إذ يجعل من المستحيل اعتماد هذا المعيار الذي لا يفضي إلى نتائج موضوعية[3].

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (الجزء الثاني)، ص937.
2 عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص91.
3 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص 91، 92.

إن القانون المدني الفرنسي قد كرس بوضوح هذا الاتجاه الفقهي من خلال أحكام المادة 1188 في فقرتها الأولى[1]، إثر التعديل الذي مسه في فيفري 2016 على اعتبار أنه من حاملي لواء المذهب الشخصي الذي يقدس الحرية الفردية وما ترتب عنه من مبدأ قانوني هام وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرس الحرية التعاقدية التي تظهر بوضوح في اختيار الفرد التعاقد من عدمه، أو في تضمين ما يراه المتعاقدان من شروط وبنود تحقق مصلحتهما. مع مراعاة النظام العام . ويرد ذلك في عبارات العقد التي توحي بوضوح إلى قصد المتعاقدين ونيتهما بجلاء ظاهر، غير أن تفسير العقد يكون بحسب النية المشتركة للمتعاقدين بدلا من التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ، وهذا ما يوحي إلى إمكانية عدول قاضي التفسير عن المعنى الظاهر والواضح لعبارات العقد والبحث عن نية مغايرة تعد هي الحقيقية التي قصدها أطراف العقد.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي تعتبر في حقيقة الأمر المادة الوحيدة والحقيقية المتعلقة بقواعد تفسير العقد، وما القواعد التفسيرية الأخرى التي تليها إلا مجرد أمثلة تطبيقية لقاعدة المبدأ التي تضمنتها هذه المادة[2].

كما أن القواعد المتعلقة بتفسير العقد ليست ملزمة للقاضي فهي لا تعدو أن تكون عبارة عن نصائح له مقدمة من المشرع لمساعدته على تفسير العقد بصورة تمكنه من التوصل إلى الإرادة أو النية المشتركة للمتعاقدين[3].

---

1 تنص المادة 1188 في فقرتها الأولى من القانون المدني الفرنسي المعدل على أنه:
" Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s' S'arrêtant au sens littéral de ses termes ."

2 ALAIN BENABENT, Droit des obligations, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Lex-tenso edtions, France , 2016, P231 .

3 Alain BENABENT, IBID ويضيف المؤلف في تسبيبه لعدم إلزامية هذه القواعد التفسيرية للقاضي أن الاجتهاد القضائي يرفض الاقرار لهذه القواعد التفسيرية الصفة الملزمة، وذلك بمقولة أن القاضي إذ لم يلجأ إلى هذه القواعد التفسيرية فإن حكمه لا يكون مستوجبا للنقض والإبطال.

أما بخصوص القانون المدني الجزائري، فبالرجوع إلى المادة 111 في فقرتها الثانية التي تنص على أنه:" **أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد** فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ..."، فيظهر جليا أن المشرع قد حسم موقفه اتجاه هذا الاختلاف الفقهي بأن أجاز للقاضي العدول عن المعنى الحرفي للألفاظ، من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين شريطة وجود ظروف وملابسات واقعية تؤيد وترجح أن المتعاقدين قد أساءا اختيار واستعمال هذه الألفاظ إذ اتجهت نيتهما لمعنى آخر غير معنى هذه العبارات والألفاظ الواردة في العقد، ويتجسد ذلك بأن يبين في حكمه سبب عدوله عن المعنى الواضح والظاهر إلى خلافه، وسيظهر في حكمه أو قراره بوضوح كيف أن هذه الصياغة اللفظية الواردة في العقد قد أفادت المعنى الذي توصل إليه باعتباره مقصد ونية المتعاقدين المشتركة[1].

وهو ما يأكد على ضرورة تسبيب قاضي التفسير لحكمه أو قراره، مما يقتضي معه بيان المسوغات التي جعلته يرجح معنى أخر غير المعنى الواضح لعبارات العقد و يمكّن قضاة القانون –المحكمة العليا– من مراقبة عملية تفسير العقد من طرف قاضي الموضوع[2].

ثالثا: حكم تفسير عبارة العقد الواضحة

يتقيد القاضي بعبارة العقد الواضحة الدالة على مقصود العاقدين، وذلك تحت طائلة تشويه وتحريف العقد(1)، ويخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانون(2).

1 . الانحراف عن العبارة الواضحة تشويه وتحريف للعقد

إن العبارة الواضحة الدالة على مقصود العاقدين تلزمهما من جهة استنادا للقوة الملزمة للعقد التي تنص عليها أحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وإن كان الوضوح قائم على قرينة بسيطة

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص407.
2 انظر قرار الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا المؤرخ في 2000/01/18، ملف رقم 208925، المجلة القضائية سنة 2002، العدد 1، ص221.

قابلة لاثبات العكس، ذلك أن من يدعي أن إرادة المتعاقدين غامضة رغم وضوح عبارات العقد بوجود نية مغايرة عن تلك المستنبطة من العبارات والصيغ الواردة في العقد، يقع على عاتقه عبء اثبات ما يدعي من خلال ظروف وملابسات العقد سواء تلك الشخصية أو الموضوعية المحيطة به.

وحسب بعض الفقهاء يمكن العدول عن الإرادة الظاهرة . رغم وضوح العبارة الواردة فيه لأجل البحث والكشف الإرادة الباطنة دون الانحراف عنها، ذلك أن المنع الذي أقره المشرع بخصوص الانحراف عن العبارة الواضحة هو منع إجرائي، حيث يمكن للقاضي الذي تطرح عليه خصومة أو نزاع تفسير العقد تفاديه بإيراد الأسباب التي استند عليها لتبرير حكمه[1]، وقد سبق الإشارة إلى هذا الأساس والمتمثل في نص المادة 358 الفقرة 12 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر الذي يشكل أحد الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، كما سيأتي بيان ذلك في العنصر الموالي.

ولا يتحدد وضوح العبارة بالنسبة لها فقط، بل في سياق ما اشتمل العقد عليه كلية من أحكام ومشارطات، إذ ينظر للعقد كوحدة واحدة لا إلى كل جملة أو عبارة بمفردها[2]، والنظر إلى العقد من طرف القاضي كوحدة واحدة متصل الأجزاء، متكامل الأحكام له ما يبرره من الناحية المنطقية والواقعية، إذ لا يمكن استنباط النية المشتركة للمتعاقدين إلا من خلال فهم العقد في مجمله وذلك بالربط بين مختلف أجزائه من حيث الشروط والبنود الواردة فيه.

وتكون العبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة حيث تكون هذه الأخيرة مطابقة للإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل العكسي وهذا ما يبرر تقرير المشرع لمبدأ وجوب التزام القاضي بعبارة العقد الواضحة على اعتبار أنها تعبر بصدق عن حقيقة الإرادة الباطنة للمتعاقدين[3].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص410، وينتهي المؤلف للقول أن الحل المتمثل في إمكانية تفسير العبارة الواضحة للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أو البحث عن الارادة الباطنة هو حل أخذ به القانون المدني الفرنسي والقانون المصري القديم.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، 406.

3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص222، ويرى ذات المؤلف أن الفرق الكامن بين القانون الذي أخذ بالإرادة الباطنة والقانون الذي اخذ بالإرادة الظاهرة في طبيعة افتراض المطابقة بين الإرادتين،=

إن الافتراض القائم على تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة– وهو الأصل – والتي تعبر في ذات الوقت عن النية المشتركة للمتعاقدين ، يعتبر قاعدة جوهرية يقتضيها مبدأ استقرار المعاملات [1]، غير أن هذه القرينة القانونية بسيطة تقبل إثبات العكس من خلال ظروف الواقع الموضوعية.

2 . رقابة المحكمة العليا على تأويل عبارة العقد الواضحة

إن مسألة تفسير العقد تتعلق بالواقع ويسعى القاضي من خلالها للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا يكون هذا التفسير محلا لرقابة المحكمة العليا إلا إذا تعلق الأمر بتحريف وثيقة واضحة[2].

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا بصورة واضحة على أنه إذا كانت ألفاظ العقد واضحة محددة، فإنه يمنع قانونا البحث عن قصد صاحبها، وأنه لا يجوز لقضاة الموضوع تفسير إرادة الأطراف الصريحة الدالة على مقصدهما من العقد بما يتنافى معها[3]، حيث صدر في هذا الصدد العديد من القرارات التي تقضي بعدم جواز تفسير العبارات الواضحة الواردة في العقد والدالة على مقصود المتعاقدين، وذلك لمساسه بمبدأ القوة الملزمة للعقد من جهة، ولأحكام المادة 111 في فقرتها الأولى التي تمنع على القاضي البحث في نية المتعاقدين عندما تكون عبارات العقد واضحة ودالة على مقصود المتعاقدين من جهة أخرى [4].

=فالقانون الأول يجعل من القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، بينما القانون الثاني يجعل من هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، غير أن الجدير بالملاحظة صعوبة الفصل في تقرير ما إذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الصدد نظرية الإرادة الظاهرة أو الباطنة، وفي سياق توافقي وتقرير حقيقي وموضوعي لموقف المشرع الجزائري بهذا الصدد عن نية المتعاقدين وقصدهما المشترك وبعبارة أخرى عند تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة، بحيث تكون مرآة عاكسة لها، ومن ثم فإن تحريف مضمون العبارة الواضحة عندئذ بعد حقيقة تشويه وتحريف لإرادة المتعاقدين بما يمس بالقوة الملزمة للعقد.

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 407.

2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات ، النظرية العامة للعقد)، ص420، ويرى المؤلف أنه لا يمكن النزاع في المسائل المتعلقة بالانحراف عن العبارة الواضحة في العقد للبحث عن النية المشتركة، بسبب التفسير الذي توصل إليه القاضي، بتفسير الشك لمصلحة المدين، أو لصالح الطرف المذعن، إذ يعد مخالفة هذه المسائل مخالفة للقانون في حد ذاته، ولا يمكن المنازعة فيها إن كانت من مسائل الواقع أو من مسائل القانون.

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص406.

4 انظر: قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1992/06/16، ملف رقم 78387، المجلة القضائية 1994، العدد الأول، ص31، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/10/08، ملف رقم 160673، المجلة القضائية 1998، العدد 2، ص58، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/01/16، ملف رقم 278004، المجلة القضائية 2003، العدد الأول، ص365.

ويرى الأستاذ علي فيلالي أنه قبل صدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية في سنة 2008 ودخوله حيز النفاذ في سنة 2009، كانت المحكمة العليا تراقب تأويل القاضي للعقد بالرغم من اعتبارها مسألة واقع على أساس تحريف الوقائع، وأن مثل هذا التأويل تمنعه المادة 111 من القانون المدني ويعد مخالفة للقانون فيخضع بذلك لرقابة المحكمة العليا.

ويحصل التحريف عندما يغتنم القاضي فرصة تأويل عبارات غامضة ليغير عبارات واضحة الدلالة، أو يعفي الأطراف من تنفيذها، فنكون أمام تحريف يحصل بالخروج عما أراده المتعاقدان لا بالخروج عن حرفية النص، وبذلك فإن قضاة القانون قد استطاعوا أن يفرضوا رقابتهم الفعلية للتفسيرات التي يقوم بها قضاة الموضوع سيما عند إفراطهم في استعمال سلطتهم التقديرية[1].

فالغاية التي يتوخاها المشرع من خلال تحديد مجال رقابة المحكمة العليا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بتأويل العقد تهدف أساسا إلى حماية إرادة المتعاقدين من تسلط قضاة الموضوع عند تحريفهم لمضمون وثيقة واضحة ودقيقة تم الاعتماد في حكمهم أو قرارهم للوصول إلى منطوق الحكم أو القرار، وما من شك أن وسيلة قضاة المحكمة العليا لممارسة رقابة فعلية في تأويل العقد بغرض حماية إرادة المتعاقدين المجسدة في عبارات العقد الواضحة المتطابقة مع نيتهما، هي بالرجوع إلى مضمون الوثيقة الواضحة والدقيقة والتي تتمثل في هذه الحالة العقد المراد تفسيره من طرف قضاة الموضوع، ومقارنته بالتأويل الذي توصل إليه قاضي الموضوع[2].

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 423-424، ويرى نفس المؤلف أن سلطة قضاة المحكمة العليا في مجال تفسير العقود أصبحت محدودة في ظل أحكام المادة 358 الفقرة 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بحصر المشرع الجزائري لأوجه الطعن بالنقض في 18 وجها ولم يرد ضمن هذه الأوجه تحريف الوقائع من جهة، ومن جهة أخرى أصبحت رقابة المحكمة العليا في مجال تأويل العقد تقتصر فقط على حالة تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم او القرار.

2 علي فيلالي، المرجع نفسه، ص425، ويضيف المؤلف أن المشرع الجزائري قد ساير القضاء الفرنسي عندما حصر رقابة التحريف على الوثيقة المكتوبة لا على الوقائع، إلا أن ذلك يتعارض مع مبدأ الرضائية الذي اعتنقه المشرع.

الفرع الثاني: عدم وضوح عبارة العقد

في حالة عدم وضوح العبارات الواردة في العقد يصبح الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستدلال عليها أكثر من ضروري، مما يستدعي في هذا الشأن التطرق إلى مضمون عدم وضوح عبارة العقد (أولا) ثم إلى العوامل الموضوعية للتفسير الإرادي في حالة عدم وضوح عبارة العقد (ثانيا).

أولا: مضمون عدم وضوح عبارة العقد

تتخذ حالة عدم وضوح عبارة العقد صورا متعددة(1)، كما أن لها أسبابا مختلفة ولها حكم خاص بها(2).

1 . صور عدم وضوح عبارة العقد

لم يعرف المشرع الجزائري عبارة العقد غير الواضحة على غرار عدم تعريفه لعبارة العقد الواضحة، إلا أنه يمكن الاستدلال على العبارة غير الواضحة والتي تظهر في عدة صور، فقد تكون عبارة العقد غامضة (أ)، أو متناقضة (ب)، أو ناقصة (ج)، كما يمكن أن تكون خاطئة (د).

أ . الغموض

عرف الدكتور عبد الحكم فودة العبارة الغامضة بأنها:" حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل ويتعذر ترجيح وجه على آخر"[1].

فالقاضي عند غموض عبارة العقد أو عدم وضوحها عليه أن يقوم بتفسير العقد مراعيا في ذلك القاعدة الأساسية والرئيسية من وجوب تلمس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في جميع فروضها مع بذل قصارى جهده في ذلك[2].

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص261، ويرى المؤلف في ذات الشأن أن القاضي عندما يجد نفسه أمام عبارات العقد الغامضة فإنه يقوم بالتغاضي عن المعنى الحرفي للألفاظ، ومحاولة الارتباط الوثيق بالمعنى الحقيقي الذي ينسجم ويتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص937.

voir aussi: stephanie porchy-simon, droit civil, 2eme année, les obligations, dalloz, paris, 2000,p162.

إن قيام قاضي التفسير في حالة غموض عبارة العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ يعني تفوق الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، وبالتالي فإن الإرادة الباطنة هي محل اعتبار للوصول أو الكشف عن النية المشتركة أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[1].

كما يمكن أن يكمن الغموض أيضا في وجود التعارض بين عبارات وبنود وعناصر العقد على نحو يعتريه اللبس والإبهام ومن ثم يصعب تنفيذ هذه البنود الواردة في العقد[2]،هذا يستلزم بطبيعة الحال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين غير أن هذا ليس بالأمر السهل واليسير لما يعترض القاضي من صعوبات البحث في مكنونات نفسية المتعاقدين، ذلك أن الإرادة ظاهرة نفسية كامنة يصعب الاطلاع عليها، وقد ينجر عن ذلك ابتعاد القاضي عن النية الحقيقية للمتعاقدين وافتراض نية وهمية بعيدة كل البعد عن النية الحقيقية لهما.

ولا يخفي جانب من الفقه صعوبة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والذي قد يصل بالقاضي إلى طريق مسدود دون مخرج[3]، فيكون بذلك أمام وضعية حرجة جدا، خصوصا وأنه ملزم بالفصل في النزاع تحت طائلة إنكار العدالة.

وهناك من يصرف غموض عبارة العقد إلى غموض الإرادة الحقيقية ويتحقق ذلك عند عدم وجود ترابط بين اللفظ المستعمل والفكرة المراد التعبير عنها رغم أن اللفظ سليم ظاهريا، و أن غموض العبارة

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص413: على أن هذا التفوق للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة له ما يبرره من الأسباب والمسوغات المنطقية بل والحتمية للعدول عن المعنى الحرفي للألفاظ وعدم التقيد بها، ذلك أنه اذا استعصى على القاضي تقصي قصد المتعاقدين من إيرادهما للشرط الغامض الذي يحتمل عدة وجوه مما يستلزم الأمر البحث عن النية المشتركة، لأن إرادتيهما الظاهرة لم تعكس بوضوح إرادتيهما الباطنة التي هي محل اعتبار مهم لدى أنصار النظرية الشخصية الذين يعتدون بها في الأساس مع وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت تعكس بوضوح وصدق الإرادة الباطنة للمتعاقدين.

2 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص354، ويرى المؤلف أن التفسير يرتبط بصميم عمل قاضي الموضوع ولهذا فإن قاضي الاستعجال لا يختص نوعيا بنظر النزاع المتعلق بتفسير العقد.

3 علي فيلالي، المرجع السابق،(الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 413، ويستشهد المؤلف بما قيل في هذا الشأن بأنه : " لابد من حاسة سادسة للقاضي حتى يصل إلى ما هو كامن في نفس الإنسان ". وهذا دليل على صعوبة مهمة القاضي في الكشف والاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين وذلك بسبب خوضه في مسألة نفسية بل والرجوع إلى مرحلة إبرام العقد واستحضار نية المتعاقدين من طرف القاضي بناءا على معطيات مختلفة.

ينصرف إلى مجموع التعبيرات الواردة بالعقد مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بإبرام العقد[1].

يرى جانب من الفقه أنه لوصول قاضي تفسير العقد إلى استنباط النية المشتركة بين إرادتي المتعاقدين، فإنه يحاول ويسعى للكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل منهما، مستعينا في ذلك بالإرادة المعلن عنه من طرف المتعاقدين للتأكد أن التعبير الوارد في العقد كان صادقا[2].

فإذا كان من الممكن تفسير العقد في حالة وضوح عبارة العقد، عندما يتبين للقاضي أن هناك نية مغايرة للمتعاقدين عن تلك الإرادة المشتركة المعلن عنها في العقد، فإن تفسير العقد في حالة غموض العبارة يكون من باب أولى، إذ أن مصطلح تفسير العقد يقتضي عدم وضوح نية وإرادة المتعاقدين المشتركة[3].

كما أن هناك من يرى أن حالة الغموض قد تتحقق أيضا عندما لا يمكن التوفيق بين الألفاظ المستعملة في العقد وبين الغرض الذي يظهر بوضوح عند صياغة شروطه، بحيث لا تعبر هذه الألفاظ بوضوح ولا تعكس بصدق الاتفاق الذي تم بين طرفي العقد[4].

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص262، غير أن هذا الرأي يمكن التحفظ بشأنه لتجنب وقوع الخلط بين حالة غموض عبارة العقد من جهة، إذ يستعان بالتفسير الذاتي والشخصي للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بمجموع المعطيات الداخلية والخارجية المتصلة بالعقد وظروف الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وبين حالة الشك من جهة أخرى إذ يستحيل معها إعمال التفسير الشخصي، وبالتالي اللجوء إلى التفسير الموضوعي والوضع الأول يختلف تماما عن الوضع الثاني .

2 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص102، غير أننا نرى بصدد هذا الرأي وجود نوع من المصادرة عن المطلوب، ذلك أن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين تقتضي الانطلاق من عبارات العقد دون التقيد بالمعنى الحرفي لها من جهة، مع الاستناد على مجموعة من المعطيات الداخلية والخارجية المتصلة بالعقد والمحيطة به وذلك للوصول إلى الكشف على النية المشتركة للمتعاقدين، والتي حتما يستنتجها القاضي من عبارات العقد ولكن دون أن تتصل بالمعنى الحرفي لها، وبالتالي فالعبارات الواردة في العقد هي معطيات نسبية يستند عليها القاضي، ولكن لا يسلم بأنها مقصود المتعاقدين لغموضها والنتيجة هي الوصول للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين.

3 محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص161، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص145.

4 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 408.

ب . التناقض

يعد التناقض أيضا على غرار الغموض مظهرا أو صورة من صور عدم وضوح عبارة العقد، ويتحقق ذلك عندما يتناقض مضمون بعض بنود العقد مع بند أو بنود أخرى في ذات العقد، مما يطرح التساؤل حول مضمون النية المشتركة الحقيقية للمتعاقدين بخصوص هذا الشرطين أو البندين المتعارضين إذ لا يمكن التوفيق بينهما، فمن المنطقي والحتمي أن نأخذ بأحد الشرطين دون الشرط الآخر الذي يناقضه فيستحيل معه بداهة تنفيذ الشرطين في ذات الوقت[1].

كما أنه يحدث التناقض أيضا في حالة تعارض مضمون بعض عبارات العقد مع الأحكام الكلية له[2]، على أنه في هذه الفرضية ينبغي على القاضي أن يعتد بالأحكام الكلية للعقد وذلك في إطار الاعتداد بالنية المشتركة للمتعاقدين في إجمالها، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تجزئتها إذ يعد ذلك مساسا بالقوة الملزمة للعقد، ويتعين على القاضي مراعاتها إلا في الحالات التي يجيز القانون فيها ذلك صراحة كما هو الشأن فيما يتعلق بتعديل العقد لدواعي العدالة التعاقدية كحالة الظروف الاستثنائية[3].

ج . النقص

يتحقق ذلك عندما لا يتصدى المتعاقدين إلى بعض الأمور التفصيلية[4]، التي طرأت أثناء مرحلة تنفيذ العقد وذلك لأسباب مختلفة، فيتصدى القاضي لسد هذه الثغرة الموجودة في العقد والتي لم يرد بشأنها اتفاق بين المتعاقدين.

---

1 انظر قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر في 1997/07/23، ملف رقم 149300، المجلة القضائية سنة 1997، العدد الثاني، صفحة 51، ويتعلق القرار بعقد عرفي تضمن مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه... الأمر الذي يقتضي الاعتماد على أحد المبلغين وقد ورد فيه : " ولما ثبت ـ في قضية الحال ـ أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها، يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد ومتى كان ذلك استوجب الرفض ..."

2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص411.

3 راجع الفقرة الثالثة من المادة 107 من التقنين المدني الجزائري.

4 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، نظرية العقد)، ص 411 ، ويستشهد المؤلف بقرار صادر عن المجلس الأعلى مؤرخ في 1983/04/13 ملف 31315 صادر في المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الأول ، ص19، وجاء في ذات المرجع: " حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرف البيع فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة ".

غير أن حالة النقص لا يمكن إدراجها حقيقة ضمن حالات عدم وضوح عبارة العقد، ذلك أن الفرق والبون شاسع بين الحالة الأولى وحالة النقص، فنجد أن المتعاقدان لم يتفقا أصلا على مسألة تفصيلية ثانوية في العقد، وبالتالي فالإرادة المشتركة للمتعاقدين منعدمة وفي ذات الوقت لم يستبعدوا تطبيق نصوص القانون المكملة باتفاق خاص بينهما، فيقوم القاضي بتكملة العقد بخصوص الجزئية غير المتفق عليها من طرف المتعاقدين بمقتضى هذه النصوص المكملة، وما دام أن المسألة تتعلق بتطبيق نصوص القانون فهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون، تراقب مدى صحة تطبيق قاضي الموضوع للقانون تحت طائلة نقض وإبطال الأحكام والقرارات القضائية المخالفة للقانون، كما أنه يكون ملزما بتفسير العبارات الغامضة ولا يتقرر له الحكم برفض الدعوى القضائية[1].

د. الخطأ

تتحقق هذه الحالة بأن تكون عبارات العقد واضحة من حيث الظاهر ولا يشوبها أي غموض، ولكن تؤدي في مجموعها إلى معنى لا يستسيغه العقل ولا يقبله المنطق، ومن ثم يستدل على أن هناك خطأ في صياغة هذا الشرط الواضح من حيث الظاهر[2].

ويصطلح بعض الفقه على هذه الحالة" تنافر الشروط الواضحة للاتفاق" وذلك عندما يتسرب الشك إلى بعض شروط العقد الواضحة في ذاتها والتي لا تتفق ولا تنسجم مع نية الطرفين، فيحدث التعارض والغموض وذلك في حالة التقريب بينهما، مما يستلزم الأمر اللجوء إلى التفسير وذلك لتبين النية الحقيقية للطرفين والتي تنسجم وتتفق مع الطبيعة الحقيقية للعقد[3].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص411، ويستشهد المؤلف في هذا الصدد بقرار صادر عن الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/01/18، ملف رقم 208925 وأورد الفقرة التالية منه : " حيث أن تسبيبهم هذا غير كاف ومنعدم الأساس القانوني، ذلك أن قضاة الاستئناف تناسوا أنهم قضاة الموضوع بإمكانهم أن يفسروا عقد الايجار الرابط بين الطرفين المتنازعين ويحددوا بدل الايجار المتعلق بسوق المواشي ويقدروا بالتالي الضرر اللاحق بالطاعنين إثر منح هذا السوق لمتعاقد آخر... وبما أن قضاة الموضوع تخلوا عن صلاحيتهم، فإن القرار المنتقد يستحق النقض "، هذا القرار منشور في المجلة القضائية لسنة 2000، العدد الأول، ص221.

2 عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص43.

3 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص80.

2 . أسباب وحكم حالة عدم وضوح عبارة العقد

يتم التطرق إلى أسباب عدم وضوح عبارة العقد (أ)، ثم حكم هذه حالة (ب)

أ) . أسباب ورود حالة عدم وضوح عبارة العقد

تتعدد وتتنوع أسباب ورود حالة عدم وضوح عبارة العقد، فمنها ما يرجع إلى أطراف العقد ويتحقق ذلك عندما لا يحسنان انتقاء الألفاظ والعبارات التي تعكس بوضوح وبصدق نيتهما المشتركة (أ-1) أو للإيجاز الشديد الذي ترد به شروط العقد وبنوده (أ-2) أو نتيجة الإفراط اللفظي وذلك عندما يتضمن العقد شروطا مألوفة لا تعبر حقيقة عن النية المشتركة للمتعاقدين.

أ-1إساءة استخدام الألفاظ للتعبير عن الإرادة الحقيقية المشتركة

تتعلق هذه الحالة بكيفية استعمال الألفاظ الواردة في العقد من قبل المتعاقدين إذ ينتقيان ألفاظا لا تتناسب مع الفكرة التي يرغب الطرفان التعبير عنها، وبالتالي يرد اللفظ في غير مكانه المناسب[1].

أ . 2 . الإيجاز الشديد المخل بمعنى عبارة العقد

تتحقق هذه الحالة عندما يرد التعبير ناقصا دون الحد الكافي لفهم الفكرة وإدراكها كاملة وذلك عندما تسقط لفظة واحدة أو جملة في سياق فقرة الشرط ونصه[2].

أ . 3 . الإفراط اللفظي

تتمثل حالة الافراط اللفظي في كثرة استعمال المتعاقدين لألفاظ وتعابير لا جدوى من استعمالها وبما يرد في بعض العقود من شروط مألوفة تواتر ورودها عند تحرير نوع معين من العقود، وذلك دون أن

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص45، ويورد المؤلف مثالا عمليا في ذلك عندما يكون العرف اللغوي لأحد المتعاقدين مغاير للعرف اللغوي لبلد المتعاقد الآخر، وبالتالي يكون لنفس اللفظ مفهومان مختلفان عند كل متعاقد، بل يرى ذات المؤلف أن الأمر قد يرتبط بالشخص المتعاقد ذاته عندما يصدر تعبيرا من طرفه له مفهوم خاص ومتميز بالنسبة له.

2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص44، ويورد المؤلف مثالا لذلك في حالة ورود شرط في العقد يقضي بمنع أحد طرفيه بإقامة بناء بجوار الحائط الفاصل بينهما، دون بيان مدى عدم جواز البناء بصفة مطلقة، أم جزئية بشكل لا يمكن تعليه البناء عن ارتفاع يتجاوز علو الحائط الفاصل بينهما وهذا هو عدم الكفاية الخاصة. أما عدم الكفاية العامة فمثاله حسب المؤلف فإنه يتمثل في عدم تعرض العقد لتنظيم مسألة معينة سكت عنها المتعاقدان، مما يتعين الاستعانة بوسائل التفسير الاحتياطية. وحسب اعتقادنا نكون في هذه الحالة بصدد تكملة العقد.

تكون لها صلة بالنية المشتركة للمتعاقدين، أو ورود بعض الشروط التي تعد من قبيل مقتضيات العقد ومستلزماته فلا حاجة للتنصيص عليها[1].

ب . حكم حالة عدم وضوح عبارات العقد

تهدف الأطراف المتعاقدة عند صياغتها لبنود العقد في الأساس لتحقيق غرض اقتصادي معين، على اعتبار أنه وسيلة قانونية لتبادل المنافع والخدمات، بما يحقق المنفعة الخاصة للمتعاقدين والمصلحة العامة للمجتمع.

ومن ثم فإنه يتعين تنزيه المتعاقدين عن أي عبث أو اعتباط في إيراد شروط لا تحقق الغاية المرجوة من قبلهما، وذلك في إطار ظروف وملابسات التعاقد وما سبقها من مفاوضات ومحادثات[2]، مع مراعاة ظروف الواقع الموضوعية التي يمكن أن يستعين بها قاضي الموضوع في تفسير الشرط الغامض، وذلك بالنظر إلى العقد كوحدة متكاملة الأحكام متصلة الأجزاء وذلك في سياق روح العقد وما سعى المتعاقدان لتحقيقه من وراء العقد، وتلعب قدرات القاضي الذهنية وخبرته وتجربته في تفسير العقود دورا بارزا ومهما في إجلاء غموض الشروط العقدية اعتمادا على ما ورد في العقد من صيغ وألفاظ دون التقيد بالمعنى الحرفي لها من أجل استنباط النية المشتركة للمتعاقدين.

ثانيا: العوامل الموضوعية للتفسير الإرادي للعقد في حالة عدم وضوح عباراته

ألزم المشرع الجزائري القاضي بتفسير العقد عندما يكون هناك محلا لتأويله وبخاصة إذا كانت العبارة غير واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين ونيتهما المشتركة، إلا أنه ولصعوبة هذه المهمة وضع له معالم تتمثل في عوامل موضوعية للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وتتمثل في طبيعة التعامل (1)، والأمانة والثقة (2)، والعرف الجاري في المعاملات(3).

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص44.
2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص263.

1 . طبيعة التعامل

يصعب على القاضي الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين في حالة عدم وضوح العبارة بسبب طابعها النفسي الداخلي والذاتي، ولذلك أسعفه المشرع بوسائل مادية تقدر تقديرا موضوعيا لأجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين[1]، ومن بين هذه الوسائل المادية التي نص عليها المشرع في المادة 111 في فقرتها الثانية طبيعة التعامل[2].

يقصد بطبيعة التعامل طبيعة العقد ووصفه القانوني، وبالتالي فعلى القاضي أن يأخذ بالمعنى الذي ينسجم ويتفق مع هذه الطبيعة وذلك عندما تحتمل عبارة العقد أكثر من معنى[3].

ولا يعتد في ذلك بوصف المتعاقدين[4]، وإذا كانت عبارة العقد عامة غير مخصصة أو محددة، فإنه بالرجوع إلى الموضوع الذي كان محلا للتعاقد بين الطرفين، فإنه يمكن تحديد معنى العبارة العامة الواردة في العقد، وسبب ذلك أن الطرفان المتعاقدان إنما يتعاقدان على موضوع تم تحديده من قبلهما، فلا يقبل عقلا أو منطقيا أنهما يرغبان في الخروج عن هذا الموضوع إلا إذا عبرا عن ذلك صراحة[5].

ويرى أحمد شوقي محمد عبد الرحمان أنه : " يتحدد المعنى الخاص بالشرط بناء على طبيعة العقد الذي يقصد المتعاقدان إبرامه، فلكل عقد أحكام معينة تتوافق مع طبيعته، واتفاق المتعاقدين على نوع العقد يقيد رضاءهما على الأحكام المتناسقة معه، ويترتب على ذلك ضرورة تفسير عبارة العقد بهذا المعنى،

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص409.

2 تنص المادة 111 في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه : " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

3 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص211، ويورد المؤلف مثالا لذلك في حالة ما إذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث، فإن ذلك يفسر على أنه تنازل عن جميع حقوقه التي يتخارج فيها حتى ولو لم يكن عالما ببعض الحقوق التي تدخل في هذه التركة دون أن يشمل هذا التخارج حقوقه المتعلقة بتركة أخرى.

4 وهو ما أشارت إليه المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة آنفا.

5 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 941، 942.

واستبعاد المعنى الذي يتنافر مع طبيعة العقد المتفق عليه"[1].

فإذا كان الشك يتسرب إلى موضوع التعاقد، فإنه يجوز للقاضي أن يأخذ بالتفسير الذي يجعل العقد صحيحا، وبالتالي تفادي التفسير الذي يجعل العقد تحت طائلة البطلان وذلك توافقا مع الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين التي يهدف إلى التقيد بالعقد[2]، وتحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات.

إن طبيعة التعامل عندما يستعين بها قاضي الموضوع لتفسير عبارة العقد الواضحة دون وضوح إرادة المتعاقدين أو عند غموض عباراته، والتي تعني إعطاء الوصف القانوني للعقد المبرم بين الطرفين دون التقيد بالوصف أو التكييف القانوني الذي أصبغه المتعاقدين بدافع معين أو لآخر، والتي يقصد بها تكييف العقد كما سبقت الاشارة إلى ذلك، تعد من صميم عمل قاضي الموضوع وهو عمل قانوني يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا تحت طائلة نقض وإبطال الحكم أو القرار القضائي الذي أخطأ في وصف العقد، والذي يعد بمثابة الخطأ في تطبيق القانون، وهو أحد الأوجه المقررة قانونا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

ويظهر من خلال استعانة القاضي في تفسير عبارة العقد غير الواضحة أو الغامضة بتكييف العقد، دور هذا الأخير في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين حيث تكون هذه العملية سابقة عن التوصل إلى النية المشتركة للطرفين، من حيث أن القاضي يعول على الإرادة الباطنة ولكن بمعيار مادي مقدرا تقديرا موضوعيا.

---

1 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص67، ويورد المؤلف مثالا لذلك قيما ذهب إليه قضاء النقض الفرنسي في اعتناقه لهذا المبدأ عندما أيد حكم قاضي الموضوع الذي قضى بالتعويض على البائع الممتنع عن تسليم المبيع، بالرغم من ورود شرط صريح في عقد البيع يقضي بإعفاء البائع من الالتزام بالتعويض في حالة عدم التسليم، وقدر القاضي أن النية المشتركة للمتعاقدين المستمد من روح العقد بتحديد نطاق تطبيق هذا الشرط التعاقدي في حالة التأخير عن تنفيذ التزام البائع بالتسليم، ذلك أن تطبيق الشرط على الصيغة الواردة في عقد البيع يتعارض مع طبيعة عقد البيع في حد ذاته، إذ يجعل المشتري رهن رحمة التقدير الإرادي للبائع بإلغاء الأثر المترتب عن عدم التسليم، مما يجعل عقد البيع عديم الفائدة من الناحية الاقتصادية التي يتوخاها المتعاقدان.

2 أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع نفسه ، ص68، ويورد كذلك المؤلف مثالا عن هذه الحالة بالنسبة للقضاء الفرنسي عندما استبعد اعتبار عقد الشركة باطلا لعدم توافر الأهلية لدى الحارس القائم بإبرامه، وبالرغم من ورود شرط أسد في عقد الشركة يؤدي إلى بطلان عقد الشركة.

إن تكييف القاضي للعقد وإعطائه وصفا قانونيا له سيكون بذلك مقدمة للاستعانة بتطبيق النصوص القانونية التكميلية المفسرة لاتفاق المتعاقدين، وذلك مع وجوب عدم اتفاقهما اتفاقا مخالفا لمضمون حكم القاعدة القانونية المقررة مما يستفاد استبعادها من طرف المتعاقدين.

وفي حال عدم تنظيم المتعاقدين لمسألة تفصيلية في العقد وثار الخلاف حولها كما هو الحال في عقد البيع بخصوص الحالة التي يتعين عليها تسلم المبيع فيما لو حدث تغيير على المبيع بما يضر المشتري، فعلى القاضي أن يحكم على البائع بوجوب تسليم المبيع للمشتري على الحالة التي كان عليها وقت البيع، وهذا التفسير يتفق وطبيعة عقد البيع، والحكم بخلاف ذلك أي بتسليم المبيع على الحالة التي آل إليها معناه ترتيب حكم خارج عن نية ومقصد المتعاقدين، وذلك ما لم يكن للمشتري يد في حدوث هذا التغيير[1].

هذا والجدير بالملاحظة أن طبيعة المعاملة يمكن أن تؤدي إلى الكشف عن الإرادة المشتركة لكل متعاقدين يتعاقدان بطريقة معينة وفي ظل ظروف معينة بصفة مجردة وعامة بالنسبة لطائفة معينة من العقود، كما هو الحال في طبيعة التعامل مع شركات النقل التي تقتضي بالضرورة القول بأن الشروط الواردة في تذكرة عقد النقل سارية بصفة عامة ومجردة في حق كل مسافر دون أي تخصيص، شريطة عدم تعارضها مع النظام العام سواء قرأها المسافر أو لم يقرأها[2].

2 . الأمانة والثقة

يعتد القانون بالسلوك الذي يجب أن يتحلى به المتعاقدان، وهو ما يفترض أن يلتزما به سواء أثناء مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص280، 281، ويرى المؤلف أن لجوء قاضي تفسير العقد إلى طبيعة المعاملة معناه هو الرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة لمادة التعاقد سواء تحقق العلم أو لم يتحقق العلم بها عند المتعاقدين وذلك طالما أنهما لم يستبعداها صراحة عن التطبيق مما يفيد أنهما رضيا بها ضمنا وأحالا اتفاقهما إلى أحكام نصوصها.

2 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني ـ دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص198، عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص281.

ويعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ الأساسية التي يجب أن تسود في العقود[1]، فهو تجسيد للجانب الأخلاقي الذي لابد أن يكون في كل علاقة عقدية، رغم أن أساسه هو ممارسة الإرادة[2].

فالأمانة هي واجب على المتعاقد، أما الثقة فهي حق له، بمعنى إذا شاب تعبير أحد الطرفين لبس أو غموض، فليس للطرف الآخر أن يستغل ذلك، بل يجب عليه فهم حقيقة المقصود من العبارة، وكذلك من حق أي متعاقد أن يفهم العبارة التي تلفظ بها المتعاقد الآخر بحسب ما تؤديه من معنى متعارف عليه بين الناس في معاملاتهم[3].

فمقتضى الأمانة أن يكون المخاطب أو الموجه إليه التعبير أمينا في فهمه وتحصيله لمعنى العبارات والصيغ التي وجهت إليه من طرف المعبر، إذ لا يعمد إلى الاستفادة والتمسك بالأخطاء التي قد تصدر من المعبر، بغرض الحصول على منفعة غير مشروعة بما يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يكون هو السائد والرائد في المعاملات، وبالمقابل فيجب على المعبر أن يتيقن أن تعبيره سيأخذ به على نحوه الظاهر بحسب ظروف التعاقد ويجب أن لا يخل بالثقة المشروعة والمعهودة من قبل الموجه إليه التعبير[4].

فإذا عاين القاضي أن إرادة المتعاقد قائمة على الغش والخداع والاحتيال، فإنه لا يعتد بها مطلقا، بل يؤول عبارة العقد الغامضة التي تحتمل أكثر من معنى وفق ما تقتضيه الثقة والأمانة التي يفترض أن يتحلى بها المتعاقدان، وإن كانت هذه هي النية الحقيقية للمتعاقد[5].

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص282، ويرى المؤلف أن مبدأ حسن النية في صورة عاملي الأمانة والثقة استوحاهما المشرع المصري من صياغة المادة 157 مدني ألماني، التي تنص على إلزامية تفسير التصرفات التعاقدية بحسب الأمانة والثقة المتبادلة مع مراعاة العرف الجاري في المعاملات.

2 نساخ بلقان فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2015، العدد 4، ص300..

3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص146.

4 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص283.

5 علي فيلالي، المرجع السابق، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص415، انظر في ذات المعنى: عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص283.

كما ترتبط فكرة الأمانة والثقة بشرف التعامل، فمثلا إذا تم مراعاة عنصر من عناصر الضرر، فإن عنصري الأمانة والثقة يقتضيان في تحديد التزامات كل متعاقد الاقتصار على المفهوم المحدد والمتفق عليه بين المتعاقدين، دون إقحام أو إدخال عوامل خطر أخرى لم تكن في حساب المتعاقدين[1].

فغاية المشرع من اشتراط أو وجوب تفسير غموض الشرط وفقا للسلوك الذي يفترض أن يتحلى به المتعاقدان من ثقة وأمانة ما هي إلا محاولة منه لأخلقة التصرفات التعاقدية، وذلك تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات، وتجسيد الثقة المشروعة فيها بعيدا عن صور الغش والخداع والاحتيال، وذلك بمنحه سلطة تقديرية في حالة غموض العبارة لتفسيرها بما يتوافق مع الأمانة والثقة على نقيض إرادة المتعاقد الذي استعمل الغش والتحايل في فهم التعبير الموجه إليه مستغلا الغموض الذي وقع فيه المعبر، على أن هذا الأخير يفترض فيه أنه عبر تعبيرا صادقا عن إرادته الباطنة بما يمنح الثقة للطرف الآخر في مضمون التعبير الموجه إليه.

3 . العرف الجاري في المعاملات

يقصد بالعرف الجاري في المعاملات: " كل سنة جرى عليها التعامل بين المتعاقدين نفسيهما أو بين المتعاملين في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعل منها شرطا ضمنيا مفهوما في التعامل "[2].

يميز الفقه بصدد وظيفة العرف بين حالتين، ففي المعاملات التجارية والبحرية والعمليات البنكية إذ يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون، ويستعين به القاضي لتحديد الحكم الذي يجب أن يطبق على الوقائع المعروضة عليه أو لتكملة العقد أو تفسيره، أما في غير هذه الحالات فالعرف لا يكون إلا مصدرا احتياطيا من مصادر القانون[3].

---

1 أنور سلطان، المرجع السابق، ص199

2 أنور سلطان، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص147، ويورد المؤلف مثالا للعرف المكمل ما يجري عليه التعامل في أجر السمسار بمقابل 2.5% من الصفقة، و يرى مصطفى عبد الجواد أنه لا يمكن تطبيق العرف فيما يتعلق أجر=

وهناك جانب من الفقه يرى بأن العرف الذي يستعين به القاضي في سبيل تفسير عبارة العقد الغامضة يختلف عن العرف الذي يكمل به القاضي العقد في حالة إغفال المتعاقدين عن تنظيم مسألة تفصيلية فيه، ففي الحالة الأولى يقصد بالعرف على أنه ما جرى التعامل به بين المتعاقدين أو غيرهما بشكل يجعل منه شرطا مفهوما في التعامل بصورة ضمنية[1]، وفقا لقاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا، في حين أن العرف الذي يكمل به القاضي العقد في حالة وجود ثغرة فيه، يساعد على تحديد مضمون الالتزام التعاقدي[2].

وقد يثار إشكال بخصوص العرف الواجب التطبيق في حالة نزاع بين المتعاقدين بشأن تفسير عبارة العقد الغامضة، فيما لو كان بلد تنفيذ العقد مختلف عن بلد إبرام العقد، فيرى جانب من الفقه أن العرف الأجدر بالمراعاة هو عرف البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد، ذلك أن بلد إبرام العقد قد لا يمت بصلة بنية المتعاقدين، بل جاء بصورة عرضية، بينما بلد تنفيذ العقد هو: " المحك الحقيقي للعقد على أرض الواقع"[3].

إن العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية حسب الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، وعليه فإن القاضي يفترض علمه بالعرف الذي هو مصدر من مصادر القانون ولا يقع على المتعاقدين عبء إثباته، بل يقع عليهما عبء إثبات الواقعة المولدة للحق المتنازع عليه حسب طرق الإثبات المقررة قانونا هذا من جهة، ومن جهة

=السمسار إلا إذا لم يتضح من عبارات العقد ما يدل على تحديد مقدار أجر السمسار بما يفيد أنها قاعدة عرفية مكملة، مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص454.

1 أنور سلطان، المرجع السابق، الطبعة الأولى، 2005، ص199.

2 أنور سلطان ، المرجع نفسه ، ص209، ويورد المؤلف مثالا لحالة العرف التكميلي الذي يستعين به القاضي لتكملة العقد في شأن التعامل في بعض المحلات العامة كالفنادق من إضافة نسبة إلى قائمة الحساب التي يدفعها الزبون ولو لم يذكر له، وما يلاحظ بهذا الصدد أنه تدق وتصعب التفرقة بين الفرضين على اعتبار أن العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون غير أن تأويل عبارة العقد الغامضة يكون بناءا على الإرادة الباطنة للمتعاقدين وفق معطى مادي يقدر تقديرا موضوعيا مع وجود عبارة غامضة تدل على إرادة ظاهرة غير واضحة وغير جلية بينما العرف المكمل يستعين به القاضي في حالة إنعدام الإرادة المشتركة للمتعقدين.

3 عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1993، ص262، 263، ويضيف المؤلف أن عرف بلد التنفيذ هو محل اعتبار بالنسبة للمتعاقدين، وهذه مسالة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد العرف المتصل بنية المتعاقدين بحسب ما يستشف منها.

أخرى فإن العرف وإن لم يذكر صراحة في العقد، إلا أنه يكون ملزما للمتعاقدين، إلا إذا اتفقا صراحة على استبعاده، لأن العرف المتواتر بين الأشخاص في تعاملاتهم يفرض على المتعاقدين – على غرار القاضي– علمهما به طبقا للمبدأ القانوني الذي يقرر أنه لا عذر بجهل القانون " والعرف هنا بمثابة قانون باعتباره مصدرا من مصادره، ويفترض أن المتعاقدين قد ارتضياه في التعاقد[1].

وتجدر الإشارة أن هذه العوامل الموضوعية التشريعية التي يستعين بها القاضي لتفسير عبارة العقد الغامضة تكون في ظل التفسير الإرادي للعقد، إذ ألزم المشرع القاضي في حالة وجود محل لتأويل العقد ومنها غموض إرادة المتعاقدين بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإدراكا من المشرع بصعوبة مهمة القاضي فقد أسعفه بعوامل تفسير مادية تقدر تقديرا موضوعيا، ويتساءل ياسين محمد الجبوري بهذا الصدد عما إذا كانت الاستعانة في تفسير العقد بهذه الوسائل تدخل ضمن نطاق المذهب الشخصي للتفسير أو في مجال الفلسفة القانونية للمذهب الموضوعي، ويضيف أن هناك جانبا من الفقه من بينهم حسام الدين كامل الأهواني وعبد الحي حجازي يعتقدون أن الأمر لا يتعدى النظرية الشخصية في التفسير بحجة أن النص يهدف في مسعاه إلى البحث عن إرادة موجودة ولكنها غامضة وليس غياب إرادة معلنة، لذلك فإن البحث عن هذه النية المشتركة يكون في ظل الاستهداء بهذه المعايير الموضوعية[2].

1 الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول، أحكام العقد، الجزء الثاني: مفاعيل العقد، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، دون بلد نشر، 2007، ص235، ويضمن المؤلف بخصوص تطبيق العرف من طرف قاضي تفسير العقد شرط عدم مخالفة العرف للنظام العام، كما أن العرف الخاص يقيد العرف العام طبقا لقاعدة : " الخاص يقيد العام".

2 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 214، 215، ويضيف المؤلف قائلا أن الأخذ بالثقة والأمانة لا يجب الأخذ به بمعيار شخصي يتصل بالسلوك الذاتي للمتعاقدين، بل يجب تقديرهما في ضوء العرف الجاري وفق معيار موضوعي، وتكون العبرة بتصرف الشخص المعتاد في معاملة من ذات الطبيعة ضمن إطار مبدأ الثقة وحسن النية، وهذا ما أدرجه المشرع المدني الفرنسي ـ معيار الرجل العادي ـ في مسألة تفسير العقد بمناسبة تعديله للقانون المدني الفرنسي في فيفري 2016 من خلال أحكام المادة 1118 التي تنص في فقرتها الثانية على أنه :

" L'orsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation", Jacques gestion, Christophe Jamin, Marc Billiau, op cit, p18. ALAIN BENABENT, op cit, p229 et S، لمزيد من التفصيل أنظر

وفي اعتقادنا أن اسعاف المشرع الفرنسي القاضي بهذه العوامل الموضوعية لتفسير عبارة العقد الغامضة، خاصة ما تعلق بمعيار الرجل العادي ما هو إلا محاولة منه للتخفيف من غلو المذهب الشخصي في تفسير العقد بالاعتماد كليا على النية المشتركة للمتعاقدين.

كما يستدل منه في نفس الوقت على قصور المذهب الشخصي في التعويل عليه لوحده في ذلك وصعوبة تطبيقه من الناحية العملية بسبب استحالة الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين في بعض الحالات، مما يستدعي الاستعانة بتلك العوامل الموضوعية بما يؤكد التكامل بين المذهبين الشخصي والموضوعي في مجال العقد عموما وفي مجال تفسيره خصوصا.

ويذكر الأستاذ السنهوري بخصوص عوامل التفسير الذي ذكرها المشرع الفرنسي في القانون المدني أنه خصص لها فصلا مستقلا من المواد 1156 إلى 1164، أما المشرع المصري فقد خص تفسير العقد بأربعة مواد وهي(138، 199، 140،201) بنوع من الاقتضاب والاختصار، ويرى أنه لا يوجد مبرر لهذا الإسهاب ما دام أن هذه القواعد المذكورة ليست إجبارية وملزمة للقاضي، وإنما هي على سبيل الاستئناس، بل له أن يخالفها إذا رأى أنها دون طائل ولا يؤدي إعمالها إلى الكشف والتعرف على النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين[1].

غير أن ذات المؤلف وإن اعتبر مسألة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من قضاء النقض، إلا أنه يعقب كلامه بأنه إذا كانت هناك قواعد ملزمة للقاضي فهي محصورة في نقطتين، النقطة الأولى تتعلق بوجوب التزام القاضي عند تفسيره للعقد بالنية المشتركة للمتعاقدين إذا ما توصل للكشف عنها، وكانت هذه النية غير مخالفة للقانون فليس له استبعادها للاستعانة بما تقتضيه العدالة في نظره، إذ يكون حكمه عندئذ مخالف للقانون، فيتعين نقضه وإبطاله. أما

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص928، ويرى ذات المؤلف أن القاضي إذا صرح أنه لم يستهد بقواعد التفسير، فإن حكمه أو قراره لا يكون عرضة للرقابة من طرف قضاة النقض، على أن السعي للكشف عن نية المتعاقدين هي مسألة موضوعية، فإذا ما توصل إلى ذلك أعطى لها الوصف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الطرفين، ليرتب الآثار القانونية على هذا الوصف، وذلك تحت رقابة محكمة النقض.

النقطة الثانية فتتعلق بحالة وضوح إرادة المتعاقدين إذ يلزم القاضي بتنفيذها كما هي، إذ أنها ليست بحاجة إلى التفسير[1] وتقرير ما إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة أو غامضة هي من صميم عمل قاضي الموضوع بمقتضى سلطته التقديرية دون رقابة من قضاء النقض[2].

وذكر الأستاذ السنهوري أن المشرع المصري بعد تقريره القاعدة الرئيسية في التفسير بتقصي إرادة المتعاقدين على إيراد قواعد ثلاث يستأنس بها القاضي عند تفسيره للعقد وهي نوع المشارطة (المادة 199/138)، تفسير العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجاري (المادة 138/ 199) والقاعدة الثالثة طبقا للمادة 139/ 200 التفسير في حالة الاشتباه بما فيه فائدة للمتعهد وقد نقلها عن المشرع الفرنسي وقد زاد عنه هذا الأخير القواعد الآتية:

المادة 1157 مدني فرنسي تنص على أنه : " إذا كانت العبارة تتحمل أكثر من معنى واحد تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا " وهذه المادة أصبحت تحت رقم 1191 بعد تعديل القانون المدني الفرنسي في فيفري2016.

المادة 1163 مدني فرنسي تنص على أنه : " وإذا كانت العبارة عامة فيحددها الموضوع الذي تم عليه التعاقد "، وهذه المادة ملغاة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي في فيفري2016، بينما تنص المادة 1161 على أنه:"عبارات العقد يفسر بعضها بعضا "، وأصبحت هذه المادة تحمل رقم 1189 الفقرة 1 بعد تعديل فيفري 2016، بينما تنص المادة 1164 مدني فرنسي تنص على أنه : " تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم" مع الإشارة أن المادة 1164 أصبحت تحت رقم 1194 بعد التعديل مع نوع من التغيير وهذه الأخيرة تقرر على أنه:" يفسر العقد طبقا لما تقتضيه العدالة وحسن النية"، ويرى

1 Voir dans ce sens en plus : ALAIN BENABENT, op, cit, p : 233 et S.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص933، 934، ويصرح ذات المؤلف أن هناك ميل لبسط رقابة قضاة النقض على قاضي الموضوع بخصوص تحديد ما إذا كانت عبارة العقد واضحة أو غير واضحة تحتاج إلى تفسير.

السنهوري بأن المشرع المصري عندما لم يذكر هذه القواعد لم يقصد استبعادها، ولكنه لم ير داعيا وضرورة لذكرها، واكتفى بما قرره من قواعد نموذجية للتفسير[1].

أشار الأستاذ علي فيلالي إلى أرقام المواد المتعلقة بقواعد تفسير العقد في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله في سنة 2016 وهي: 1157، 1158، 1161، 1164 وذلك قبل تعديل فيفري 2016، وأن الفقيه كاربوني أطلق عليها تسمية: دليل الحمار" guide ane " ، ومن ثم يطرح التساؤل عن سبب هذه التسمية التي أطلقها هذا الفقيه على هذه القواعد التفسيرية الداخلية للعقد؟[2].

غير أن هذه المواد تتعلق بالقانون المدني الفرنسي قبل تعديله في فيفري 2016 حيث أصبحت أرقام المواد المتعلقة بتفسير العقد هي: 1188، 1189، 1190، 1191، 1192 والتي سنتعرض لها حسب موقعها في الموضوع.[3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم ينص في القانون المدني على هذه القواعد التفسيرية للعقد، على أنه لا مانع أن يستأنس بها القاضي الجزائري عند تفسيره للعقد، وإن كانت هي موجودة أصلا في الفقه الإسلامي . وقد سبق القانون الوضعي في ذلك على اعتبار أن المسائل الجزئية والتفصيلية وبخاصة تلك المتعلقة بنظرية تفسير العقد . موضوع الدراسة . لا تتناولها مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الاحتياطي الرسمي الأول بعد التشريع في القانون المدني طبقا للفقرة الثانية منه، إنما تصدى لها الفقه الإسلامي بأدق التفاصيل وأرسى لها ما تتطلبه من قواعد.

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 938، 939، ويقسمها المؤلف إلى : قواعد تفسر بها عبارات العقد بالرجوع إلى نفس العقد وتتضمن : ـ تحمل العبارة أكثر من عبارة، ـ تحديد العبارة بالرجوع إلى موضوع العقد، ـ عبارات العقد يفسر بعضها بعضا، ـ تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وقواعد نفسر بها العقد بالرجوع إلى عوامل خارجية وتتضمن : ـ العرف ، ـ الشروط المألوفة، وقاعدة تفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، هامش ص 414.

3 يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الاصلاحات التي مست القانون المدني الفرنسين والتي شرع فيها بداية من الستينات تحت اشراف العميد كاربوني إلهاما للإصلاحات الموالية على غرار الأمر 10 فيفري 2016 المعدل لقانون العقود ونظام الالتزامات، ولقد سمحت هذه الاصلاحات بثورة هادئة للقانون المدني الفرنسي،

Remy cabrillac, la recodification civile en France, les annales d' université d' alger,le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24-25 octobre 2016, N^0 5, 2016, p 192.

فالأجدر بالقاضي الجزائري الرجوع إلى فقه الشريعة الإسلامية للعمل بهذه القواعد الفقهية وما يتعلق منها بتفسير العقد، وبذلك يتم تفعيل دور القاضي في عملية تنفيذ العقد تحقيقا للهدف الاقتصادي منه، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تدريس فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية وما تعلق منها بنظرية تفسير العقد في كليات الحقوق والمدرسة العليا للقضاء من أجل الإلمام بفقه المعاملات في الشريعة الإسلامية وتطبيقها على النزاعات المطروحة على القضاء، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ شوقي بناسي –ونؤيده في ذلك–، أنه من بين الأمور الثلاثة التي تتطلبها مسألة خدمة الشريعة الإسلامية البدء بصورة مستعجلة في تدريس أحكام الشريعة الإسلامية على مستوى كليات الحقوق، مع التركيز على تدريس أصول الفقه الإسلامي وفقه المعاملات الشرعية، وذلك من أجل الجمع بين الأصالة والمعاصرة للأجيال القادمة[1].

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، (الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني : شعار دون أثر قانوني - الالتزامات نموذجا)، ص329.

المبحث الثاني: عوامل تفسير إرادية غير منصوص عليها في القانون المدني الجزائري

تتنوع وتتعدد عوامل التفسير الإرادية للعقد من حيث مصدرها، والتي تعتمد في الأساس على إرادة المتعاقدين من أجل الوصول أو استنباط النية المشتركة لهما، وهو الهدف الذي يصبو إليه قاضي تفسير العقد، على اعتبار أن العقد ظاهرة إرادية نظرا للفلسفة القانونية الفردية التي تعتمد على مبدأ سلطان الإرادة والذي يبرز بدوره في مظهر الحرية التعاقدية سواء أثناء مرحلة تكوين العقد تجسيدا لمبدأ الرضائية في العقود، أو أثناء مرحلة تنفيذ العقد تكريسا لمبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبارها نتيجة منطقية، بل وأخلاقية في الأساس إذ يعد إلزام الشخص دون محض إرادته أمرا منافيا للأخلاق والقيم الانسانية.

وفي سبيل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين يلجأ القاضي إلى هذه مجموعة من العوامل الإرادية والتي قد يجد لها مصدرا إما في الشريعة الاسلامية طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني(المطلب الأول)، أو إلى مجموع ما يحيط بالعقد من عوامل للاستدلال بها على ارادة المتعاقدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العوامل الإرادية لتفسير العقد في الفقه الإسلامي

عني الفقه الإسلامي أشد العناية بمسألة تفسير العقد، وذلك لما لها من أهمية بالغة في مجال المعاملات، على اعتبار أن الشريعة الإسلامية عقيدة ومنهاج حياة في نفس الوقت، لذلك لابد من بيان موقف الفقه الإسلامي من التفسير الارادي للعقد ومدى امكانية الاستعانة به (فرع أول)، مع بيان قواعد التفسير الارادية للعقد في الفقه الاسلامي (فرع ثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه الاسلامي من التفسير الارادي للعقد ومدى امكانية الاستعانة به

سيتم التطرق في هذا المقام إلى بيان موقف الفقه الاسلامي من التفسير الارادي للعقد (أولا)، على أن يتم بعد ذلك استعراض مدى امكانية استعانة قاضي تفسير العقد بما توصل اليه الفقه الاسلامي من قواعد في هذا المجال (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من التفسير الارادي للعقد

يتصل التفسير الارادي بالعقد في الفقه الاسلامي اتصالا وثيقا بمسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وأيهما يتم التعويل عليه في الكشف والتوصل لاستنباط الإرادة الحقيقية أو النية المشتركة للمتعاقدين خصوصا عندما يختلف جوهر أو مضمون الإرادة الباطنة لأحد المتعاقدين عما تم التعبير عنه، وهي مسألة ذات أهمية كبيرة كان لها انعكاسها الكبير في تحديد اتجاهات الفقه الإسلامي والتي اختلفت فيما بينها بخصوص هذه النقطة، فمنها من يعتد باللفظ دون الاعتداد بعنصر النية للمتصرف (1)، ومنها من أخذ بالعنصر النفسي المتمثل في النية وهو ما يصطلح عليه بالإرادة الباطنة للمتعاقد مع ترتيب الأثر أ والحكم الشرعي بناء على هذا العنصر (2) .

1 . الاتجاه الفقهي القائل بوجوب الاعتداد باللفظ في مجال تفسير العقود

ذهب كل من المذهب الحنفي والشافعي إلى الاعتداد باللفظ الذي استعمله المتعاقدان لترتيب الأثر أو الحكم الشرعي.

يتجه المذهب الشافعي نفس اتجاه المذهب الحنفي في الاعتداد بالإرادة الظاهرة دون الالتفات إلى النية أو الإرادة الباطنة، غير أن هناك من الأقوال ما توحي بأخذ المذهب الشافعي بالإرادة الباطنة [1].

فيميل كل منهما إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة إذ يعتد بصيغ الألفاظ الواردة في العقد، والهدف من ذلك هو الحرص على استقرار المعاملات التعاقدية التي تنشأ بين الأشخاص[2].

---

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص147، 148، وفي سياق الكلام عن أخذ المذهب الشافعي واعتداده في بعض الأحوال بالإرادة الباطنة نقل المؤلف مقولة البزدوي وهي : "إذا أراد الشخص ان يقول مثلا اسقيني فجرى لسانه أنت طالق قال الشافعي رحمه الله لا يصح لأن الطلاق يقع بالكلام والكلام إنما يصح إذا صدر عن قصد صحيح ألا ترى أن الببغاء إذا لقن فهو والآدمي سواء في صورة الكلام وكذا المجنون والعاقل سواء في أصل الكلام إلا أنه فسد لعدم القصد الصحيح والمخطئ غير قاصد فلا يصح طلاقه كطلاق النائم والمغمى عليه ".

2 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص144. ويستشهد المؤلف في المسألة ذاتها بقول المرحوم محمد مصطفى شلبي أن المذهب الحنفي يعتد في مجموعه بالإرادة الظاهرة ، ولا يمكن الاعتراض على هذا الرأي في مجمله بحجة وجود اختلاف بين فقهاء المذهب الحنفي في بعض الفروع التي يظهر من خلالها الاعتداد بالإرادة الباطنة، فإذا كان أبو حنيفة يجيز مثلا بيع العصير لشخص يتخذه خمرا غير أن صاحبه أبي يوسف يرى خلاف ذلك بعدم جواز ذلك، انظر تفصيل ذلك في الصفحة 145 من ذات المرجع.

حيث يظهر من المذهبين تغليبهما لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد من خلال اعتدادهما بمضمون الصيغ والألفاظ والعبارات الواردة في العقد، على اعتبار أن الإرادة ظاهرة نفسية لا يعتد بها إلا إذا أفصح عنها صاحبها لترتيب الأثر الشرعي، والذي بمقتضاه يصبح للتعبير وجودا حقيقيا يستقل عن صاحبه ويرتب آثاره وأحكامه بين المتعاقدين هذا من جهة، كما يرتب عن معاملة معينة السعي والعمل على استقرارها وهذا تحقيقا للصالح العام من باب أولى عن الصالح الخاص للمتعاقدين من جهة أخرى.

2. الاتجاه الفقهي القائل بوجوب الاعتداد بالنية في مجال تفسير العقود

يميل المذهب المالكي إلى الأخذ بالإرادة الباطنة(أ) على غرار المذهب الحنبلي (ب).

أ . المذهب المالكي

يعتد المالكية بالعنصر النفسي في تفسير العقد ألا وهو النية، وهو محل نظر بالنسبة لهم من حيث المشروعية، والتي ينعكس أثرها على العقد من حيث الصحة والبطلان، على أن هناك من يرى خلاف ذلك عندما يقرر المذهب المالكي ببطلان العقد المشوب بعيب الغلط في التعبير مما يدل على اعتداده بالإرادة الظاهرة، غير أن الاعتماد على هذا دليل بحد ذاته على اعتداد المذهب المالكي بالعنصر النفسي الإرادي في العقد ممثلا في الإرادة الباطنة[1]، وهذا تماشيا مع اعتبار المذهب المالكي لسد الذرائع[2].

إن اعتماد القاعدة الفقهية أو الدليل الشرعي باعتباره مصدرا من مصادر التشريع الاسلامي من طرف فقهاء الإسلام، يظهر بوضوح الاعتداد بالإرادة الباطنة، وذلك من أجل بطلان التصرفات التي تخالف الضوابط والأحكام الشرعية، بسبب التحايل الصادر من طرف ذوي الشأن، ومن ثم التعويل على

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص145، 146، وهذا بالتوافق مع رأي الأستاذ المرحوم مصطفى شلبي الذي أشار إليه المؤلف في هامش الصفحة 146 من نفس المرجع.

2 يعرف سد الذرائع باعتبارها قاعدة من القواعد الفقهية على أنها : " كل فعل أو تصرف فيه مظنة الذريعة إلى مفسدة يعتبر بدوره فاسدا حتى لو كان في ظاهره صحيحا " انظر تفصيل ذلك فؤاد محمود معوض، نفس المرجع، نفس الصفحة.

الإرادة الباطنة من خلال الباعث الدافع لإتيان التصرف، والذي يكون بغاية مخالفة الأحكام الشرعية وبذلك يظهر وظيفة الاعتداد بسد الذرائع وذلك منعا لوقوع المخالفات الشرعية والتي لا تتحقق فيما لو أخذنا بالتصور الذي يعتد بصيغ الألفاظ والعبارات فقط.

ب . المذهب الحنبلي

يميل فقهاء المذهب الحنبلي للأخذ بالإرادة الباطنة على حساب الإرادة الظاهرة، وذلك من خلال البحث عن نوايا الأشخاص بغض النظر عن الصيغ والألفاظ التي استعملوها في عقودهم، وحسب رأيهم فإن وجد اختلاف بين الألفاظ المستعملة و النية التي دفعت الشخص لإبرام عقد ما، فإنه يجب الالتفات إلى العنصر النفسي المتمثل في النية والباعث، وذلك بشرط وجود قرائن تفيد وجود نية مغايرة عن تلك المعبر عنها[1].

إن علة أخذ أو اعتداد المذهب الحنبلي بالإرادة الباطنة لا يختلف عن علة أخذ المذهب المالكي بالإرادة الباطنة وهو سد الذرائع وذلك لتلافي مخالفة الأحكام الشرعية المتعلقة بجانب المعاملات والتي تشمل علاقات الأشخاص فيما بينهم، وأمثلة ذلك أن يهدي المقترض للمقرض هدية والتي يحمل على أنها ربا، والربا محرم شرعا بنصوص قرآنية صريحة، وكذلك فيما لو أهدي لملك الجيوش حمّل ذلك على الرشوة، وبالتالي يبطل التصرف لوجود مظنة المفسدة، ذلك أنه لا يخفى على عاقل مفسدة الربا لما فيه أكل أموال الناس بالباطل، ولما للرشوة من اتجار بالوظائف السامية في الدولة على أن ذلك يؤدي إلى الفساد في أبرز مظاهره وتعطيل مصالح الناس.

يرى الأستاذ فؤاد محمود معوض أن الإرادة الباطنة هي محور التصرفات التعاقدية من حيث تفسيرها للوصول إلى إرادة المتعاقدين ونيتهما المشتركة، ولا يعتد بالصيغة واللفظ الظاهر إلا عندما يكون

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص150، وحسب ذات المرجع يستثني الحنابلة من هذا المبدأ عقد الزواج الذي يخضع إلى الإرادة الظاهرة إذ يحفل القاضي بصيغ وعبارات وألفاظ الزوجين، كما يستشهد المؤلف بقول شيخ الاسلام ابن تيمية في مؤلفه الفتاوى الكبرى على أنه : " إن العقود وغيرها من التصرفات مشروطة بالمقصود لقوله صلى الله عليه وسلم: إنما الأعمال بالنيات" وقد قررت هذه القاعدة في كتاب بيان الدليل على بطلان التحليل وقررت أن كل لفظ بغير قصد من المتكلم لسهو وسبق لسان أو عدم عقل فإنه لا يترتب عليه حكم.

معبرا عن الإرادة الكامنة في النفس تحقيقا لمطلب استقرار المعاملات وفضا للنزاع المعروض على قاضي التفسير وإذا ما شاب التعبير غموض أو لبس وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين [1].

إن رأي الأستاذ فؤاد محمود معوض يتوافق كثيرا مع موقف جل أو أغلب التشريعات الوضعية التي تأخذ بالإرادة الظاهرة عند تطابقها مع الارادة الباطنة، ولكن على أساس قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس.

إن التشريعات الوضعية تميل للأخذ بهذا الرأي التوفيقي المعتدل والمنطقي في نفس الوقت وهو بمثابة عملية مواءمة بين نظريتي الإرادة الباطنة والظاهرة وهذا يشكل بدوره دليلا قاطعا وحاسما على بيان العلاقة بين النظريتين الشخصية والموضوعية، وهي علاقة تكامل إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال التعويل على أحدهما دون الأخرى، بصورة مستقلة ومنفردة، إذ يشكلان في الحقيقة وجهان لعملة واحدة.

ثانيا: مدى إمكانية استعانة قاضي تفسير العقد بالفقه الاسلامي

تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول بعد التشريع، فالقاضي لا يلجأ إليها إلا عندما لا يجد في التشريع نصا يحكم النزاع المطروح عليه، وذلك طبقا للمادة الأولى من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية على أنه : " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية "..." .

وتظهر الحاجة إلى هذا المصدر الرسمي الاحتياطي عند وجود فراغ تشريعي أو نقص في التشريع على اعتبار أنه المصدر المادي الأنسب من ناحية، ومن ناحية أخرى إلى التزام القاضي بوجوب الفصل في الخصومات المعروضة عليه[2]، ويرى الأستاذ علي فيلالي أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية: "المبادئ الكلية للشريعة التي لا تختلف باختلاف المذاهب، أي المسائل التي ليست محل خلاف بين الفقهاء، فالعبرة بالأصول الكلية للشريعة دون المسائل التفصيلية أو الجزئية، ولا يلزم القاضي –حينئذ– أن

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق ، ص155.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (مقدمة في القانون)، ص195.

يرجع إلى مذهب معين ليأخذ برأي في مسألة ما، بل له أن يأخذ من كل المذاهب" [1] ، ويضيف ذات المؤلف أنه يشترط لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية توافر شرطين حتى يمكن للقاضي الاستعانة بها للبث في الخصومة القضائية المعروضة عليه، فالشرط الأول يتعلق بالموضوع محل النزاع، أما الشرط الثاني بانسجام مبادئ الشريعة الاسلامية مع المبادئ والأصول العامة للقانون، ويميّز المؤلف بين الأحكام المستمدة من طرف المشرع من الشريعة الإسلامية وصياغتها في القانون الوضعي (أي التشريع) بحيث تصبح جزءا منه وملزمة، وبين تلك الأحكام المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية من قبل القاضي باعتبارها المصدر الرسمي الاحتياطي الأول بمقتضى أحكام المادة الأولى في فقرتها الثانية المذكورة سابقا.

غير أنه تجدر الإشارة بخصوص رأي الأستاذ علي فيلالي في إمكانية رجوع القاضي إلى أي مذهب من المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة المشهورة (الحنفي، المالكي، الشافعي والحنبلي) والاستعانة بأي منهم لفض النزاع المطروح عليه، تلك الحلقة المفقودة بين مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها الأصول الكلية لها، والتي لا يمكن الاختلاف حولها وباعتبارها المصدر الرسمي الاحتياطي الأول بعد التشريع كما سبقت الاشارة إليه وإمكانية لجوء القاضي إلى الفقه الإسلامي والذي عرفه المؤلف في ذات المرجع بأنه : " فهم علماء الدين للأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى لعباده على لسان الرسول محمد –صلى الله عليه وسلم– ويعقب على أن اختلاف الفقهاء في فهمهم لهذه الأحكام هو أمر وارد ومتوقع، ولقد ترتب على ذلك اختلاف بشأن المسائل التفصيلية"[2]. فكيف يتم التوفيق في الاستدلال على إمكانية استعانة القاضي بالحلول الفقهية التي توصل إليها أصحاب المذاهب الفقهية الإسلامية الرئيسية الأربعة مع أن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تشير إلى إمكانية رجوع القاضي إلى مبادئ

1 علي فيلالي، المرجع السابق (مقدمة في القانون) ، ص 196، 197.
2 علي فيلالي، المرجع نفسه ، ص196.

الشريعة الإسلامية وعلى اعتبار أن هذه المبادئ هي الأصول الكلية للشريعة الإسلامية والتي لا يمكن الاختلاف حولها؟

يرى الأستاذ شوقي بنّاسي –أن الشرط الثاني– المتعلق بوجوب مراعاة المبادئ العامة للقانون لتحقيق فرضية استعانة القاضي المدني بمبادئ الشريعة الإسلامية، يجعل من التشريع أصلا والشريعة الإسلامية فرعا، **وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية غريبة في عقر دارها**، ومن ثم يتقرر أنه لا يمكن اللجوء أو الاستعانة بأحكامها، إلا إذا كانت متوافقة ومنسجمة ومتطابقة مع المبادئ والأصول العامة للتشريع[1].

كما يرى الأستاذ شوقي بناسي أيضا أن التضخم التشريعي مانع من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أن التشريع في عصرنا هذا لم يترك أي كبيرة أو صغيرة من موضوعات القانون إلا وتصدى لها بالتنظيم المفصل، ووسيلته في ذلك إما التشريع العادي أو التشريع الفرعي[2]، ويؤيده الأستاذ علي فيلالي في ذات النقطة بنفس الرؤية إذ كتب يقول:"... وعلى العموم، فإن الشروط الواجب توفيرها لتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية صعبة المنال لكون التشريع أصبح يتناول كل كبيرة وصغيرة، ولا ينشغل بمجال إلا نظمه تنظيما مفصلا، علاوة على ذلك، وطالما أن العبرة هي بمبادئ الشريعة الإسلامية لا بالأحكام التفصيلية، فلا يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي، وإنما كل ما يمكن أن يقوم به القاضي هو الاستعانة بمبادئ الشريعة كمصدر مادي لا غير"[3].

1 شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني ـ الالتزامات نموذجا، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء الثاني، جوان 2017، ص327.

2 شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص326، ويرى المؤلف أن الوضع أكثر سوءا في القوانين المدنية العربية ومثاله القانون المدني المصري والقوانين التي سارت على نهجه في جعل مبادئ الشريعة كمصدر رسمي احتياطي ثان بعد العرف، ذلك أنه والحال أن التشريع يوشك أن ينظم جميع الموضوعات ذات الصلة به، بالإضافة إلى أنه في حال تحقيق فرضية وجود فراغ تشريعي، فإن العرف يتعقب ذلك وتطبق أحكامه مما لا يدع مجالا لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إلا المجال القليل، وما يؤكد ذلك حسب المؤلف تعذر العثور على قرار قضائي واحد، يتبين فيه لجوء القاضي أو استعانته بمبادئ الشريعة الاسلامية.

3 علي فيلالي، المرجع السابق (مقدمة في القانون)، ص199.

كما يرى ذات المؤلف أن الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية حرمان من الاستفادة من الفقه الإسلامي . كما سبق توجيه الملاحظة لرأي الأستاذ علي فيلالي بخصوص الحلقة المفقودة في الاستدلال بإمكانية استعانة القاضي المدني الجزائري برأي أي مذهب من المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة الرئيسية والمشهورة.

غير أنه ولمحاولة إيجاد هذه الحلقة المفقودة –حسب رأينا– بين ما نصت عليه أحكام الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني وإمكانية استعانة القاضي بآراء المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة المشهورة في سبيل إيجاد حل للخصومات القضائية المعروضة عليه والتي يتعين عليه الفصل فيها وإلا عد مرتكبا لجنحة إنكار العدالة، فإنه يمكن القول والتسليم بأن النزاع الذي يطرح على القاضي، والذي لم يرد بشأنه نص تشريعي يحكمه، فإن هذا النزاع يتناول حتما أحد الجزئيات أو التفصيلات . دون المسائل أو المبادئ الكلية التي تتضمنها الشريعة الإسلامية، أو المبادئ العامة للقانون، وإلا فإنه لا إشكال يثار، وتبعا لذلك وجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره الشارح، بل المتعرض لهذه الجزئيات والتفصيلات والتفريعات، وبذلك يمكن للقاضي الاستعانة بالفقه الإسلامي على مقولة أن حل النزاع يقتضي الفصل في هذه الجزئية التي تصدى لها الفقه الإسلامي، ولا ضير ولا حرج بعد ذلك في الأخذ برأي أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي على اعتبار أن الأحكام الشرعية أي الكليات والمبادئ العامة لا اختلاف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مصادر التشريع الإسلامي.

وللتوضيح أكثر فإن النصوص الشرعية تحتوي على نوعين من الأحكام : أحكام صريحة أو قطعية الدلالة على الحكم الشرعي، وأحكام تحتاج إلى استنتاج واستدلال من الكتاب والسنة، وقد درج الفقهاء على إطلاق تسمية الشريعة الإسلامية على النوع الأول من الأحكام وفيها يعبر الإسلام عن موقفه الذي لا يحتمل إلا الصواب، أما النوع الثاني من الأحكـام يصـطلح عليها بالفقه الإسلامي، وهي تتضمن فهم

الفقهاء للنصوص، وهذا الفهم قد يحتمل الصواب والخطأ[1].

بالإضافة إلى الحجة الأولى المتعلقة بإمكانية استعانة القاضي المدني بآراء المذاهب الفقهية الإسلامية، فإنه من الواضح أن اصطلاح مبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تنصرف إلى الأحكام العملية من المعاملات فقط دون العبادات، إذ أن القانون المدني لا يهتم إلا بالمعاملات المالية بين الأشخاص[2].

كما يؤكد الأستاذ علي فيلالي على هذا بقوله:" لا شك أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي أشار إليها المشرع في المادة الأولى لا تعني كل المجال الديني، وإنما تقتصر على المجال الذي يخضع إلى القانون الخاص، وتحديدا القانون المدني، أي العلاقات التي تربط الفرد بغيره من حيث المال أي المعاملات"[3].

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى تلك المفارقة العجيبة، بل والمتناقضة من حيث مصدر القانون المدني الجزائري، ذلك أنه من الناحية التاريخية عرفت الجزائر عهدة استدمارية فرنسية دامت أكثر من مائة سنة، حيث عمل الاحتلال على إحلال قوانينه الدخيلة وتطبيقها على أرض الجزائر، والتخلص بطريقة تدريجية من الشريعة الإسلامية التي كانت تعد قاعدة التشريع وأساسه على مستوى كل الأصعدة إبان خضوع الجزائر للحكم العثماني مع ضرورة الإشارة إلى الأعراف المحلية أنداك[4]، وبعد الاستقلال تم تمديد العمل بالقوانين الفرنسية مؤقتا إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية، وتم التفكير في إعداد منظومة قانونية جزائرية تعبر عن الهوية الجزائرية الأصلية، وهذا ما تضمنه مشروع عرض الأسباب

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 324.
2 شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 324.
3 علي فيلالي، المرجع السابق (مقدمة في القانون)، ص197، كما يرى الأستاذ شوقي بناسي بضرورة تغيير المصطلح " مبادئ الشريعة الإسلامية " بمصطلح "الفقه الإسلامي"، ذلك أن الرجوع إلى "مبادئ الشريعة الإسلامية هي مجرد دعوة للاستلهام من هذه المبادئ، في حين أن الرجوع إلى الفقه الاسلامي يسمح للقاضي الاستعانة بالحلول الجزئية والتفصيلية التي تعتبر بصورة فعلية قواعد قانونية تتسم بالتحديد، المرجع السابق، ص325.
4 شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات نموذجا ـ حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي الجزائر، 24، 25 أكتوبر 2016، العدد 05، السنة 2016، ص145.

للقانون المدني الجزائري[1].

ويرى الأستاذ علي فيلالي أنه من خلال هذه الوثيقة أن:" أحكام القانون المدني مستمدة من القيم العربية الإسلامية والمستجدات الإيجابية للعالم المعاصر، وهذا ما يفسر ربما اعتماد المشرع في وضعه لأحكام القانون المدني على القانون المصري الذي استلهم بدوره الكثير من أحكامه من قانون نابليون، رغم الاختلافات الكبيرة بين المجتمع المصري والمجتمع الفرنسي"[2]، ومن جهة أخرى كانت الدولة الجزائرية في مطلع الاستقلال تتطلع لبناء مجتمع اشتراكي في ظل رصيد قانوني تقوم فلسفته على مبدأ الحرية الفردية لما تعقد للفرد من قداسة وتمجيد، وذلك في إطار القيم العربية الإسلامية!؟، ومن ثم ضاعت أصالة القانون المدني الجزائري بحق بين عامل الاستدمار الفرنسي الذي ترك بالجزائر رجال قانون متأثرون بفكر وقانون نابليون، وتبعا لذلك صدر قانون مدني جزائري متأثر بالقانون المدني المصري إلى درجة أنه نقل شبه حرفي له في نسخته باللغة الفرنسية على اعتبار أنه المصدر التاريخي له، ولسوء الحظ أن القانون المدني الجزائري قد تأثر بهاذين العاملين . عامل التأثر بقانون نابليون بسبب الاستدمار الفرنسي من جهة، والنقل شبه الحرفي من القانون المدني المصري باعتباره رائد القوانين العربية آنذاك والذي صدر سنة 1948 من جهة أخرى، مما يؤكد بالنتيجة ضياع أصالة القانون المدني الجزائري[3].

1 انظر عرض الأسباب للقانون المدني (RP1998 مكتبة كلية الحقوق، الجزائر)، ص1، 2، نسخة ملحقة بهذه الدراسة.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، الالتزامات، نظرية العقد، ص18.

3 شوقي بناسي، المرجع السابق (تأثير القانون المدني الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري)، ص180، ويرى المؤلف أن أصالة القانون في البلاد العربية ومنها الجزائر لا يمكن تحقيقها وتجسيدها على أرض الواقع إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة ، وأثار بهذا الصدد إلى جهود بعض الدول العربية في سبيل تحقيق ذلك، إلا أنه وبالرغم من هذه الجهود ـ حسب رأي المؤلف ـ بقيت قوانين تلك الدول ذات نزعة لاتينية ووفية لمبادئ قانون نابليون، لتحقيق المبتغى وجب تبني المبادئ الكبرى والتكييفات القانونية والاصطلاحات الفنية والقواعد الأساسية للفقه الإسلامي وذلك دون التغاضي أو إهمال مسايرة مقتضيات العصر، وفي سياق متصل بالموضوع يرى الأستاذ علي فيلالي أن : " العمل بمبادئ الشريعة الإسلامية سواء كما جاء في عرض الأسباب أو في المادة الأولى من القانون المدني مجرد شعار سياسي دون مضمون حقيقي في الواقع، ولعل ما يؤكد هذا هو المكانة الحقيقية لمبادئ الشريعة الإسلامية في المنظومة القانونية "، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص20.

الفرع الثاني: قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي

تنقسم قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي إلى قواعد فقهية (أولا)، وقواعد لغوية (ثانيا).

أولا: القواعد الفقهية

عني الفقه الإسلامي بتفسير العقد، فاجتهد وأوجد قواعد بهذا الصدد وسيتم التعرض لها تباعا.

1 . الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد

الأصل أن عبارة العقد عندما تكون واضحة الدلالة على مقصود المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي بحجة تفسير العقد الإنحراف عن المعنى الظاهر للعقد[1].

لم ترد هذه القاعدة في كتب الفقه الإسلامي بخصوص القواعد الفقهية المتعلقة بتفسير العقد، ولم تكن سندا للفقهاء في توصلهم للأحكام الشرعية، وإنما يمكن فهمها من سياق أبحاث التراضي في الفقه الإسلامي وهي أقرب إلى القواعد الموضوعية التي تحكم إبرام العقد من قواعد تفسير العقد[2].

تتفق هذه القاعدة الفقهية المقررة في الفقه الإسلامي مع أصول القانون المدني عموما فيما يقرره أن الأصل هو رضائية العقود، إذ ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين وهذا ما كرسه المشرع المدني الجزائري من خلال أحكام المادة 59 منه[3].

2 . العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

مفاد هذه القاعدة أن الأحكام الشرعية تترتب على مقصود العاقدين من إبرامهما للعقد، وليس على المعاني بإطلاقها والتي تستخلص من معاني الألفاظ الواردة في العقد[4].

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص411.
2 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص225.
3 نص القانون المدني الأردني صراحة على هذه القاعدة الفقهية في المادة 213 منه.
4 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص225، ويضرب المؤلف مثالا واضحا عن ذلك بأنه إذا اشترى شخص بضاعة من تاجر وقال خذ هذا الخاتم أمانة حتى أحضر لك ثمن هذه البضاعة، فحكم الخاتم هنا هو رهنا وليس أمانة، وللبائع حق الإبقاء عليه إلى غاية استيفاء الثمن من المشتري.

إن الأحكام الشرعية التي تضبط أفعال المخاطبين بها كونهم يوصفون بأنهم مكلفين بها منوطة ومرهونة بمقاصدهم من تلك الأفعال لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ..."[1]، وهو حديث شريف صحيح ومشهور أخرجه الأئمة الستة، وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب وأخرجه ابن الأشعث في سننه والدار قطني في غرائب مالك البيهقي في سننه من حديث أنس:" لا عمل لمن لا نية له "[2].

ويرى الأستاذ أنور سلطان في هذا الشأن بأنه وإن كانت هذه القاعدة مستمدة من الفقه الإسلامي فإن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الباطنة في هذا الخصوص، إذ أن المقاصد والمعاني التي يجب مراعاتها هي تلك التي تستنبط من العبارات والصيغ التي استعملها أطراف العقد، ويخلص أن العبرة في التفسير في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة من طرف المتعاقدان والواردة في عقدهما[3].

تتمثل مهمة قاضي تفسير العقد إعمالا لهذه القاعدة الفقهية في الكشف والاستدلال بصفة واضحة عن المقاصد والمعاني الحقيقية التي اتجهت إليها الإرادة المشتركة، دون التقيد أو الاعتبار للألفاظ والصيغ المستعملة بصورة حرفية، ولا يجب الوقوف عليها، بل أن للقاضي إذا تبين له أن العبارة المستعملة من قبل المتعاقدين لا تعبر بصدق عن مقصودهما، أو أنهما أساءا استعمال الألفاظ بأن يقوم

1 أخرجه البخاري، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ؟ (1/ 6).
2 فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص158، ويشير المؤلف : " أن المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية أشارت إلى أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني أي أن العقود تبنى على الأغراض والمقاصد على الألفاظ والمباني كالبيع والإجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد ولا عبرة فيها للألفاظ، لقد نص المشرع الأردني صراحة على القاعدة في المادة 214التي تقرر: " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".
3 أنور سلطان، المرجع السابق، ص201، يبدو أن المؤلف قد أطلق حكما عاما بخصوص موقف الفقه الإسلامي من مسألة الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة، والتقرير أن الفقه الإسلامي قد أخذ بالإرادة الظاهرة، غير أن المتفحص لآراء الفقه الاسلامي ـ كما سبق بيانه ـ وبخصوص المذاهب الفقهية الاسلامية الأربعة أن المذهب الحنفي والشافعي يأخذان بالإرادة الظاهرة، بينما ينزع كل من المذهب المالكي والحنبلي للأخذ بالنية، أي بالإرادة الباطنة على النحو الذي سبق بيانه..

بتفسير العبارة الواضحة، وذلك بحسب المعنى الذي يبتغيه المتعاقدان[1].

3 . الأصل في الكلام الحقيقة ولا يجوز حمله على المجاز إلا إذا تعذر حمله على الحقيقة

العبرة في اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح الأشخاص الذي يتخاطبون به سواء كانت حقيقة لغوية فيما يقصد به حقيقة من اللفظ ذات المعنى الذي يتخاطب به الناس أصلا، أو الحقيقة الشرعية، وهو اللفظ الذي استعمله الشارع في معنى مغاير ومختلف عن المعنى اللغوي[2].

مقتضى هذه القاعدة أن قاضي تفسير العقد لا يسوغ له أن يعدل عن المعنى الحقيقي للألفاظ والصيغ الواردة في العقد باعتبار أن الأصل أو المبدأ العام هو الحقيقة في الكلام ولا يعدل عنه إلا إذا تعذر ذلك، ومن ثم يمكن اللجوء إلى المعنى المجازي للألفاظ شرط أن توجد قرينة تصرفه عن المعنى الحقيقي ليصار إلى المعنى المجازي، ومنها تلك القرائن التي تبين وجود نية مغايرة للمتعاقدين أو ما يقتضيه المنطق والعادة المألوفة[3].

يرى الأستاذ ياسين محمد الجبوري أن هذه القاعدة مكملة لقاعدة:" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ومعنى ذلك أنه إذا كانت العبرة أصلا للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والصيغ التي استعملها العاقدان، إلا أن ذلك لا يجعل الألفاظ فارغة أو عديمة المعنى ومن ثم يتم إهمالها ولا يحفل بها قاضي التفسير، لأن الألفاظ تعتبر قوالب للمعاني، وهذا الوضع إما أن يكون أصلا فيقال له

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص354، 355.

2 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص160، ويضرب المؤلف مثلا في اللفظ المستعمل من قبل الشارع في معنى غير المعنى اللغوي هي الصلاة بوصفها أفعالا وأقوالا تبتدئ بتكبيرة الإحرام للدخول في الصلاة والمنتهية بالتسليم.

3 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص160، 161، وتجدر الإشارة أن عدول القاضي عن المعنى الحقيقي للألفاظ والأخذ بالمعنى المجازي لابد أن يستند إلى قرينة تفيد استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة ويضرب المؤلف مثلا في العدول عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي للألفاظ والصيغ خلافا للأصل والمبدأ في حالة الاتفاق على ضمان العيوب في البيع فإن ذلك يحمل على العيوب اللاحقة بالمبيع وهو في حيازة البائع ولا يشمل الضمان العيوب التي تحدث في يد المشتري بعد الشراء.

الحقيقة، أو أن يكون قد استعمل في غير معناه الأصلي فيقال في هذا الفرض أنه مجازا"[1].

4 . لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح

إن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون صراحة ولا يؤخذ بالتعبير الضمني إلا إذا تعذر وجود التعبير الصريح، وعلى ذلك إذا وجد تعبيران أحدهما صريح والآخر ضمني، فإن القاضي يحفل بالتعبير الصريح ويستبعد التعبير الضمني، وذلك لأن التعبير الصريح أقوى من التعبير الضمني، من حيث الدلالة على المقصود في بيان إرادة المعبر بما لا يدع مجالا للقاضي كي يلجأ إلى التعبير الضمني والذي يستفاد من قرائن وظروف الحال[2].

5 . إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل

معنى هذه القاعدة أن الكلام يجب حمله على المعنى ذو الأثر كلما كان ذلك ممكنا سواء حمل اللفظ أو الكلام على معناه الحقيقي أو معناه المجازي، وتعتبر هذه القاعدة مكملة لكل من قاعدة: "الأصل في الكلام الحقيقة " وقاعدة " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجـــاز ، أما إذا تـعـذر إعمـال الكـلام على

1 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص226، ويشترط المؤلف لكي يلجأ القاضي إلى المعنى المجازي للألفاظ واستبعاد المعنى الحقيقي وجود حالات الاضطرار مع وجود قرينة ومثال ذلك عندما نقول عن رجل شجاع أنه أسد، فاستعمال لفظ أسد للرجل، إنما لوجود صلة أو رابطة بين المعنيين وهي الشجاعة، ومن ثمة لا يمكن حمل اللفظ على معناه المجازي ـ وهو الاستثناء ـ إلا مع وجود قرينة تمنع عن إرادة المعنى الحقيقي، كما أن استحالة أو تعذر حمل اللفظ على معناه الحقيقي يعد من القرائن التي تمنع من الأخذ بالمعنى الحقيقي للألفاظ والصيغ ومثال ذلك إذ أمن شخص على حياته لفائدة أولاده ثم هلك، ولم يكن له ولد صلبي، وإنما له أحفاد، فإن حمل لفظ أولاده يتعذر حمله على الابن الصلبي لعدم وجوده أصلا، ومن ثم يحمل حتما اللفظ على معناه المجازي وهو ابن الولد أي الأحفاد، وبالتالي يستحقون مبلغ التأمين، وقد أخذ المشرع الأردني بهذه القاعدة في المادة 214 في فقرتها الثانية بعدما أن نص على قاعدة العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني في الفقرة الأولى من نفس المادة.

2 ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه، نفس الصفحة، غير أن المؤلف يلفت الانتباه إلى قاعدة هامة متصلة بهذه القاعدة مؤداها أنه لا عبرة للتصريح بعد الدلالة ومثال ذلك إذا باع شخص مالا غير مملوكا له، فالبيع موقوف على إجازة المالك التي قد تكون صراحة أو ضمنا (دلالة)، فإذا طالب المالك بثمن المبيع عند علمه بالبيع أو قام بقبض ثمن المبيع، حمل ذلك على أنه أجاز البيع بصورة ضمنية، وإذا ما وقع أن أراد بعد ذلك فسخ البيع فلا تسمع دعواه ولا يستجاب لطلبه ويتحصن عقد البيع من الفسخ ويبقى صحيحا وذلك إعمالا لقاعدة " لا عبرة بالتصريح بعد الدلالة " ، وذلك تحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات تأسيسا على " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة "، وقد أخذ المشرع الأردني بهذه القاعدة فنص عليها في المادة 215 من القانون المدني، إلى جانب أحكام المادة 68 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه : " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه " ومؤداه أن يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه، أنور سلطان، مرجع سابق، ص201

معناه الحقيقي أو المجازي فإنه يهمل"[1].

6 . اليقين لا يزول بالشك

مضمون هذه القاعدة أنه إذا كان الأمر قد ثبت على وجه الجزم واليقين ثم تسرب الشك، فإن الأمر يبنى على اليقين ولا تأثير للشك عليه، وبخصوص الشك في القليل أو الكثير من الشيء فإنه يحمل على القليل بثبوته باليقين[2].

إن هذه القاعدة تعتبر من قواعد التفسير المنطقي التي تمكن القاضي عندما يستعين بها لإجلاء نية ومقصود العاقدين أو الغاية التي يتوخاها المتعاقدان من إبرامهما للعقد، كما أن الأمر اليقين من حيث حجيته وقوة ثبوته أقوى من الشك الذي لا يمكن أن تبنى عليه الأمور لما يفتقده من الجزم والقوة الثبوتية ولما كان الأمر كذلك، فإن مجرد الشك لا يؤدي إلى زوال اليقين.

7 . ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله

هناك من الأشياء بطبيعتها لا تقبل التبعيض، ولذلك إذا وقع الاختيار على بعض هذا الشيء انصرف الاختيار إلى الشيء كله، وبالمقابل إذا أسقط البعض من الشيء انسحب الاسقاط إلى الكل[3].

---

1 . ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه ، ص227، ويضرب المؤلف مثالا لذلك وذلك بالرجوع للمثال السابق المتعلق بالأصل في الكلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذر حمل الكلام على الحقيقة بخصوص الشخص المؤمن على حياته لمصلحة أولاده، فإذا لم يكن له أولاد أو حفده، فإن كلامه يهمل على اعتبار أن كلامه يهمل لتعذر إعماله فلا يذهب مبلغ التأمين لأحد ما، كما أشار إلى قاعدة أخرى في غاية الأهمية ومؤداها : " التأسيس أولى من التأكيد، ومثاله أن يبرأ الدائن ذمة مدنية من مائة دينار مثلا، ثم يعيد الكلام نفسه للمرة الثانية، فالحاصل أن الدائن أبرأ ذمة مدينه من مائتين دينار فيما لو كان المدين مدينا لدائنه بمائتي دينار أو أكثر، أما في الحالة العكسية فلا يفيد الكلام مرة ثانية شيئا فلا يؤخذ على محمل التأسيس، وإنما يؤخذ فقط على محمل التأكيد، كما أن المادة 62 من مجلة الأحكام العدلية نصت على هذه القاعدة على أنه : " إذا تعذر إعمال الكلام يهمل " ومعناه في حالة عدم إمكان حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل ومثال ذلك أن يقر الزوج لزوجته التي هي من نسب آخر معروف أنها تكبره في السن ومن نسب معروف، بأنها ابنته، فلا يمكن حمل كلامه لا على معنى حقيقي لأنها أكبر منه سنا ومن نسب معروف، ولا معنى مجازي أي بمعنى الوصية لكونها من الورثة فلا وصية لوارث ومن ثم يهمل كلامه، أنور سلطان، مرجع سابق، ص202.

2 فؤاد محمد معوض، المرجع السابق، ص62، ويرى المؤلف أنه يتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أصولية وهي براءة الذمة من انشغالها من الديون والالتزامات إلا إذا ثبت خلاف هذه القرينة بدليل أو قرينة معاكسة، كما ينبني على هذه القاعدة أن الشك في المديونية يفسر لمصلحة المدين تغليبا للأصل وهو براءة ذمة المدين واستدل المؤلف بقول للسيوطي إذ أنه لا يقبل في شغل الذمة شهادة شاهد ما لم يعزز بشاهد آخر أو بيمين المدعي.

3 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص172، ويورد المؤلف مثالا للأشياء التي لا تقبل التجزئة والتبعيض بأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق، فإنها تطلق طلقة لعدم إمكان تبعيض ذلك.

وباستعمال مفهوم المخالفة فإن الأشياء التي تقبل التجزئة والتبعيض، فيكون لكل جزء في هذا الشيء حكمه الخاص به ولا ينصرف إلى باقي أجزاء الشيء الأخرى[1].

إن هذه القاعدة تمليها قواعد المنطق وهي تقترب بأن تكون من المسلمات أو البديهيات التي لا يمكن أن تكون محل جدل أو اختلاف بين اثنين، إذ أنها تفرض نفسها على العقل كونها تتماشى تماما مع قواعد المنطق[2].

8 . المطلق يظل على إطلاقه ما لم يوجد ما يقيده بدليل

عرف المطلق بأنه : " الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة " ويقابله المقيد وهو : " المقارن لإحدى هذه القرائن "[3].

كما عرف المطلق أيضا على أنه :"اللفظ الذي يدل على المسمى دون قيد زائد على المسمى كلفظ رجل فإنه يشمل كل ذكر بالغ من بني آدم، والمقيد هو اللفظ الذي يدل على المسمى مع وجود وصف زائد يخصصه بأفراد موصوفة بذلك الوصف، ولا يدخل غيره من الأفراد التي لا تحمل هذا الوصف كقولك رجل فقير أو رجل عالم"[4].

---

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص172، ويورد كذلك المؤلف مثالا للأشياء التي تقبل بطبيعتها التجزئة والتبعيض، بأن يكون للجزء المستثنى بحكم حكمه الخاص به، وللأجزاء الأخرى حكمها المغاير الخاص بها فلو أبرأ الدائن مدينه من نصف الدين، بقي المدين مدينا بالجزء الآخر الذي لم يكن محلا للتبرئة من طرف الدائن.

2 نصت المادة 217 من القانون المدني الأردني على هذه القاعدة إذ قررت أنه : " ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله " كما نصت عليها المادة 1041 من مجلة الأحكام العدلية.

3 أنور سلطان، المرجع السابق، ص202، ويضيف المؤلف أن المشرع الأردني قد نص على هذه القاعدة في المادة 218 التي تنص على أنه : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة " ، وهي تقابل مطابقة المادة 64 من المجلة، ويضيف أنها قاعدة من قواعد المنطق وقد عمد شراح المجلة لإيراد أمثلة لتقييد التصريح بلفظ صريح أو عن طريق الدلالة، فالتقييد بالنص معناه أن التصرف يتم تقييده صراحة ومثاله تحديد الموكل للوكيل في الوكالة بالبيع ثمن البيع، أما التقييد بالدلالة فيمكن استنباطه من ظروف وحال وملابسات الموكل وعمله بأن يقوم بتوكيل شخص آخر دون تحديد لثمن البيع، وذلك لأجل اقتناء شيء تستوجبه مهنته.

4 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص228، ويرى المؤلف أن هذه القاعدة التي أوردها المشرع المدني الأردني تعد من قواعد أصول الفقه، وذكرها في هذا المكان المتعلق بقواعد التفسير ليس له محل، لأن المشرع الأردني أحال القاضي في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي بمقتضى أحكام المادة الثالثة من القانون المدني.

كما عرف أيضا المطلق بأنه:" اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة في جنسها دون قيد مستقل لفظا، والمقيد هو الدال على فرد أو أفراد شائعة ولكن فيها قيدا لفظيا يقيد هذا الشيوع "[1].

يجد هذا الشرط تطبيقه في مجال العقود كمثل من يمنح نقوده لشخص آخر على سبيل المضاربة دون تحديد لنوع النشاط الذي يتم فيه استثمار هذه النقود، وبالتالي فإن المضاربة تكون في أي شيء، أما إذا قيده بنشاط محدد فيجب عليه أن يلتزم بذلك النشاط ويتحقق ذلك ولو بتوكيله لشراء شقة تخصص مكتبا لتجارة معينة، فإنه يتقيد بالمكان الذي يعرف رواجا للتجارة حسب ما هو متعارف ومعتاد عليه لدى الأشخاص[2].

ثانيا: القواعد اللغوية

إن عملية تفسير العقد تقتضي حتما التمعن في الألفاظ والصيغ والعبارات الواردة فيه، وذلك بقصد إجلاء واستقصاء النية المشتركة للمتعاقدين ولمعرفة قصدهما من العملية التعاقدية، ولما كانت هذه الألفاظ ترد باللغة العربية، وجب على القاضي الإحاطة بقواعد اللغة العربية حتى يتمكن من الوقوف على قصد المتعاقدين وذلك بفهم معاني هذه الألفاظ ودلالاتها المختلفة .

وبهذا الصدد سيتم التعرض إلى بعض تقسيمات الألفاظ ومدلولاتها من حيث اعتبار وضعها للمعنى (1)، ومن حيث ظهور دلالته على المعنى (2)، وباعتبار دلالة اللفظ على المعنى (3).

1 . تقسيم الألفاظ بحسب وضعها للمعنى

تنقسم الألفاظ بحسب وضعها للمعنى إلى عام (أ)، وخاص (ب).

---

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص172، 173، ويذكر المؤلف مثالا لذلك في قوله تعالى في كفارة اليمين ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ واللفظ هنا مطلق لأن الرقبة تصدق وتجري بأي عبد أو أمة دون قيد أما قوله تعالى في كفارة القتل الخطأ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ فهذا مقيد بالرقبة المؤمنة بالنص.

2 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص173.

أ . **العام:** هو اللفظ الموضوع ليشمل جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر"[1].

وهذا اللفظ في معناه العام يقترب كثيرا من القاعدة الفقهية التي تقرر:" المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة " وقد أوردها المشرع الأردني في القانون المدني في نص المادة 218 منه .

ويمكن تخصيص معنى العام إما بتخصيص مستقل كالعقل والذي يصبح معيار للتكليف الشرعي ومناطا له، وقد يكون التخصيص باللفظ ذاته الوارد في النص الشرعي، كما أن دلالة العام الذي بقي على عمومه ولم يدخله تخصيص فإنه يبقى على عمومه، وأما الذي دخله تخصيص فإنه يدل على ما بقي من أفراده[2].

ب . **الخاص:** هو" اللفظ الذي يدل على معنى واحد على سبيل الانفراد[3].

إن تخصيص اللفظ للدلالة على معنى معين دون إشتراك غيره معه، يفهم من صيغ ومدلولات العبارات المستخدمة في العقد ويجب على قاضي تفسير العقد أن يكون ملما ومتمكنا من هذه الصيغ والألفاظ من حيث دلالتها على المعاني، وذلك حتى يتسنى له إنزال الحكم الشرعي أو القانوني على الوقائع، إذ يساعد فهم هذه الدلالات أيضا بوجه مباشر على تكييف الوقائع المعروضة على القاضي بصورة صحيحة، والتي تتصل بموضوع دعوى تفسير العقد في الصيغ والألفاظ التي وردت فيه.

---

1 فؤاد محموض معوض، المرجع السابق، ص177، ويضرب المؤلف مثالا لعموم معنى اللفظ في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾، فاللفظ جاء شاملا لكل سارق وسارقة.

2 فؤاد محموض معوض، المرجع نفسه، ص178، ويورد المؤلف مثالا عن تخصيص العام في قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾، كما أن التخصيص قد يأتي غير مستقل أي جزء من النص العام وأمثلة ذلك الاستثناء والشرط والصفة، كما يورد المؤلف أيضا مثالا لتخصيص العام في مجال العقود في حالة بيع شخص لمنزله باستثناء الحديقة، فالبيع ينتج آثاره بانتقال ملكية المنزل للمشتري دون ملكية الحديقة، وقد أورد المؤلف في ذات النقطة بعض الألفاظ التي تفيد العموم ـ على كثرتها ـ منها: الجمع المعرف باللام المقيدة للاستغراق، المفرد المعرف باللام، الأسماء الموصولة، أسماء الشرط، أسماء الاستفهام، النكرة في سياق النفي.

3 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه ونفس الصفحة، ويورد المؤلف مثالا للعدد الذي يقيد اللفظ في عمومه بأن يصبح خاصا في قوله تعالى ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ مضيفا أن الخاص يدل بصورة قاطعة على معناه، ولا يخرج أو يصرف عن التخصيص إلا بوجود دليل وذلك بحسب الصيغة الذي توحي بذلك على وجه الجزم والقطع.

2 . تقسيم الألفاظ بحسب ظهور دلالتها على المعنى

تنقسم الألفاظ بحسب ظهور دلالتها على المعنى إلى الظاهر (أ)، والنص (ب)، والمفسر (ج)، والمحكم (د).

أ . الظاهر: هو الذي: "يدل على معناه دلالة واضحة بحيث لا يتوقف فهم المراد منه على قرينة خارجية"[1].

إن قاضي التفسير عندما يجد نفسه أمام عبارة العقد التي تكون بوصفها ظاهرا لا تحتاج إلى تسبيب من قبله ، ذلك أن الظاهر يدل على معناه بشكل واضح لا يحتاج إلى بيان وتفسير واستدلال، بحيث يمكن لقاصي التفسير أن يعتمد على المعنى الظاهر دون استناده في تحصيل ذلك إلى ظروف وملابسات العقد أو إلى قرائن خارجية لتدعيم ظاهر المعنى من اللفظ.

ب . النص: وهو "اللفظ الذي يدل على معناه دلالة واضحة مع احتمال التأويل والتخصيص، وكان الحكم المستفاد منه هو المقصود من سياق الكلام"[2] .

ج . المفسر: وهو " اللفظ الذي يدل على الحكم دلالة واضحة ولا يحتمل تأويلا أو تخصيصا وهو أقوى من الظاهر "[3].

تسهل مهمة قاضي تفسير العقد عندما يجد في العقد لفظ يرد بصيغة المفسر إذ يستدل بسهولة من حيث أن اللفظ يدل على معناه دلالة واضحة، ولا يكون محلا للتأويل على وجه يفيد مقتضى الحقيقة، أو التخصيص أيضا، وبذلك فهو لا يحتاج إلى التسبيب ببيان الأوجه المستند عليها لتحصيل المعنى الذي يفيده اللفظ الذي لا يقبل تأويلا أو تخصيصا، بل يكفي أن يشير في حكمه إلى اللفظ ذاته والمستعمل في عبارات العقد ونصوصه تقصيا للحقيقة التي يبني عليها منطوق حكمه أو قراره.

---

1 فؤاد محموض معوض، المرجع السابق، ص178، ويستند المؤلف على قول سيف الدين الأحمدي أن هناك ظاهر بحكم الوضع الأصلي كإطلاق لفظ الأسد على الحيوان المخصوص أو ظاهر بحكم الاستعمال مثل لفظ الغائط دلالة على الخارج المخصوص عن الانسان.

2 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص179، ومثال النص حسب المؤلف في قوله تعالى:﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾فهو نص يفيد بالاقتصار على أربع زوجات وحكمه حكم الظاهر.

3 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه ونفس الصفحة، ويضرب المؤلف مثالا للمفسر في قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ فكلمة ثمانين التي تفيد قطعا وجزما عدد الجلدات لا تحتمل التأويل لا بالزيادة، ولا بالنقصان.

د. المحكم: وهو: " وضحت دلالته على الحكم ولا يحتمل تأويلا ولا تخصيصا ولا نسخا في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ولا بعد وفاته "[1].

إن القاضي عندما يجد في العقد عبارة اللفظ التي تفيد المحكم باعتبار دلالة اللفظ على المعنى، فإن الأمر لا تستدعي تأويلا أو تخصيصا ولا نسخا كونه محكما .

وبالتالي فلا يقع عليه عبء تسبيب حكمه لتحصيل المعنى الذي أفاد له لفظ المحكم، بل يقتصر دوره على إيراد اللفظ الوارد في العقد، ولكن الأمر يتطلب من القاضي أن يكون ملما بمدلولات الألفاظ ومعانيها، وأن تكون له ملكة استنباط الدليل للوصول إلى الحكم الشرعي أو القانوني للنزاع المطروح عليه.

كما أنه يجب على القاضي أن يكون ملما ببعض المفاهيم المنطقية نذكر من تلك المفاهيم الاستنتاج بمفهوم الموافقة، ويتحدد في شكل القياس وهو نوعان: القياس العادي والقياس من باب أولي، كما يجب على القاضي أيضا الإلمام ببعض تقنيات التفكير التي تعد من رجاحة العقل وسرعة البديهة ومنها الاستنتاج بمفهوم المخالفة حيث عرفه الفقهاء على أنه: " إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، فالنص يدل منطوقه على الحكم المنصوص عليه ويدل بالمفهوم المخالف على عكسه معناه"، وبتعبير آخر: إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 111 من القانون المدني:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها ..." وبمفهوم المخالفة إذا كانت عبارات العقد غير واضحة يجوز الإنحراف عنها بتأويلها وذلك بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[2].

1 فؤاد محموض معوض، المرجع السابق، ص179.
2 عجة الجيلالي، نظرية القانون بين التقليد والحداثة ، دار الخلدونية، الجزائر، دون ذكر سنة نشر، ص802.

3 . تقسيم الألفاظ بحسب دلالة اللفظ على المعنى

تنقسم الألفاظ بحسب دلالة اللفظ على المعنى إلى عبارة النص (أ)، وإشارة النص (ب)، دلالة النص (ج)، اقتضاء النص (د)،

أ . عبارة النص: وهي " دلالة اللفظ على حكم مقصود من السياق أصالة أو تبعا "[1].

فقد يدل اللفظ على حكم مقصود من سياق الكلام وذلك بصفة أصلية أو تبعية.

ب . إشارة النص: وهي" دلالة اللفظ على حكم لم يقصد أصالة ولا تبعا، ولكنه لازم للمعنى الذي سبق الكلام لإفادته"[2].

ج . دلالة النص: مفادها" ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي يمكن فهمها دون نظر أو اجتهاد"[3].

د . اقتضاء النص: هو" دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف عليه صدق الكلام وصحته أو هي ما كان المدلول فيها مضمرا إما بالضرورة صدق الكلام وإما لصحة وقوع الملفوظ به"[4].

---

1 فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص179، وذكر المؤلف في ذات السياق مثالا عن إشارة النص في قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ ﴾ فهذا النص تضمن بالدلالة على حكمين أحدهما يتعلق بحل البيع وتحريم الربا والحكم الثاني تضمن التفرقة بين الاثنين في الحل والحرمة.

2 فؤاد محمود معوض، المرجع نفسه، ص180، ويورد المؤلف مثال عن إشارة النص في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾ دل بطريق الأصالة على وجوب نفقة الولد على الوالد وبطريقة تبعية أن نسبة الولد تكون لأبيه، وهو ما يقترب من مفهوم الاقتضاء، ذلك أن ثبوت النسب يقتضي مفهوما لزوم النفقة والميراث باعتبارهما من أهم الآثار المترتبة على ثبوت النسب.

3 فؤاد محمود معوض، نفس المرجع ونفس الصفحة، ويذكر المؤلف مثالا لذلك في قوله تعالى :﴿ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ ٱلۡكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوۡ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنۡهَرۡهُمَا﴾ ويدل ذلك على تحريم التفوه بكلمة أف من الولد لوالديه، ومن يسمع ذلك من اللغويين يدرك مباشرة تناول النص لما هو أشد من التأفف على الوالدين كالضرب وصور الإهانة، كما يمكن هنا استعمال مفهوم من باب أولى ذلك أن التأفف محرم من قبل الولد في حق والديه، فمن باب أولى أن ضرب وإهانة الولد لوالديه محرم بمفهوم الاقتضاء للآية الكريمة، بل وأنه لو وجدت عبارة أقل درجة من التأفف يتلفظ بها الولد لوالديه لذكرها القرآن الكريم.

4 فؤاد محمود معوض، نفس المرجع ونفس الصفحة، ومثال ذلك حسب المؤلف قوله تعالى : ﴿وَسۡـَٔلِ ٱلۡقَرۡيَةَ﴾ فتقدير الكلام يستلزم وجود لفظ أهل حتى يكون المعنى هو واسأل أهل القرية.

تقترب هذه القاعدة كثيرا من مفهوم الاقتضاء أيضا، ذلك أن استعمال لفظ معين في سياق الكلام بمعنى معين يستلزم معه بالضرورة استحضار لفظ آخر يقترن به ويكون لزاما الاستدلال عليه باعتباره من لوازمه ولا يستقيم معنى اللفظ الوارد إلا باستحضار اللفظ الآخر الذي ينصرف إليه المعنى ليكون للألفاظ مدلولها الصحيح.

المطلب الثاني: عوامل تفسير إرادية محيطة بالعقد

إن مسألة تفسير العقد في ظل التصور الشخصي تستند إلى إرادة المتعاقدين على اعتبار أن العقد في الأساس ظاهرة إرادية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وهذه العوامل التي تفسر إرادة المتعاقدين اعتبارا إلى ما يسبق العقد من مقدمات متعلقة به (الفرع الأول)، أو ما يتعلق بكيفية تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عوامل تفسير إرادية متعلقة بمقدمات العقد

تتمثل عوامل التفسير الإرادية المتعلقة بمقدمات العقد في تلك المفاوضات التي يباشرها الأشخاص قبل إبرامه (أولا)، وكذلك ظروف وملابسات العقد الذي قد يستند عليها قاضي التفسير لاستنباط النية المشتركة لهما(ثانيا).

أولا: مرحلة المفاوضات

تعتبر مرحلة المفاوضات مرحلة تمهيدية قد تنتهي إلى مجرد مسودة أو مشروع عقد، يتم فيه تحديد الطبيعة القانونية للعقد والبنود الأساسية والجوهرية التي اقترحها الأطراف عن طريق مذكرة التفاهم التي تعتبر من الاتفاقات الأولية السابقة على إبرام العقد النهائي، أما اقتراح التعاقد من طرف واحد فلا يشكل مذكرة تفاهم وإنما يعتبر خطاب النية[1]، كما يمكن أن تؤول مرحلة المفاوضات إلى إبرام العقد المزمع إبرامه من الطرفين بأن يصدر إيجاب يقترن بقبول مطابق له[2].

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص112.

2 العربي بلحاج ، نفس المرجع ونفس الصفحة، على أنه تعتبر مرحلة المفاوضات على درجة من الأهمية والخطورة لما تتضمنه من تحديد لأهم حقوق والتزامات الطرفين، وما ينشأ عنها من منازعات قانونية.

ونشير إلى أن مرحلة المفاوضات يحكمها مبدأ حرية التعاقد، فكل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وذلك تأسيسا على حرية التعاقد في مظهرها الأساسي[1]، فله أن يبرم العقد إن كان ذلك يحقق مصالحه الفردية والشخصية، كما له أن يمتنع عن ذلك إذا كان العقد المراد إبرامه لا يحقق له تلك المصالح، على أنه يجب التمييز بين صور مختلفة للمرحلة السابقة عن التعاقد أي في مرحلة المفاوضات العقدية (Négociations contractuelles)[2](1)، ثم بيان القيمة الاستدلالية لوثائق مرحلة المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين(2).

1 . صور مختلفة للمرحلة السابقة عن التعاقد (مرحلة المفاوضات)

تتعدد صور الاتفاقات الحاصلة بين الطرفين وذلك بغرض الوصول إلى إبرام العقد النهائي الذي يسعى كل طرف الوصول إلى إبرامه لتحقيق الغاية الاقتصادية المرجوة منه.

غير أن مرحلة المفاوضات تجد مجالها بشكل كبير في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة أو ما يصطلح عليها بالعقود الثقيلة (Les Contrats lourds)، إذ تتطلب هذه العقود تخصص فني وتقني كبير لدراسة كل جوانب العقد في مسائله الجوهرية والتفصيلية ودراسة احتمالات تقلبات السوق ومدى تأثيرها على الأهداف الاقتصادية المتوخاة من العقد مما يتطلب مراحل تمهيدية للتفاوض(أ)، ومراحل متقدمة في المفاوضات(ب).

أ . مراحل تمهيدية للتفاوض

قد تسبق مرحلة المفاوضات ذاتها إعلان رغبة الطرفين في التفاوض وهو ما يعرف بالتزام الشرف (أ.1)، كما قد يتوصل الطرفان إلى إبرام عقد تمهيدي للشروع في المفاوضات (أ . 2)، وقد يتوصل الطرفان إلى ما يصطلح عليه بالبروتوكول الاتفاقي (أ . 3).

1 علي فيلالي، المرجع السابق، بالإضافة إلى حرية التعاقد في وضعها الثانوي والمتمثل في حرية المتعاقدين في الاتفاق في عقدهما على الحقوق والالتزامات بما يحقق الغرض الاقتصادي من العملية التعاقدية، وهذا ما يؤكد الطابع المكمل للأحكام التشريعية التي تسري على العقود.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص113، ويضيف المؤلف أن الغاية من مرحلة التفاوض في هذا النوع من العقود هو تحديد الجدوى الاقتصادية والتجارية وذلك على عكس العقود الفورية الشائعة الاستعمال وذات قيمة مالية غير هامة والتي لا تعرف مرحلة مفاوضات بين الطرفين.

أ . 1 . التزام الشرف engagement d'honneur

يتضمن التزام الشرف تعبير عن إرادة صاحبه في الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر مع افتقاده لعنصر الإجبار القانوني للتفاوض[1].

إن الطرفان في هذا النوع من أنواع المراحل التمهيدية التي تظهر نية ورغبة من يصدر عنه هذا الالتزام لا يمكن إلزامه قانونا بالشروع في المفاوضات، ولا يتمتع بأي حماية قانونية إذ لا يوفر لمن يريد الدخول في مرحلة المفاوضات اللجوء إلى القضاء لإلزام الطرف الآخر على التفاوض.

وبما أن هذا النوع من المراحل السابقة للتفاوض لا تحظى بالحماية القانونية، وبانتشارها في أوساط التجار، فإن الشخص الذي لا يلتزم بالشروع في مرحلة المفاوضات يكون محل إهدار لثقته في الوسط التجاري وزعزعة مكانته التجارية في السوق[2].

أ . 2 . الاتفاق المبدئي

يتضمن الاتفاق المبدئي تصرفا تعاقديا يرتب على طرفيه الالتزام بحسن النية من أجل الوصول إلى العقد النهائي الذي قصده الطرفان دون الاتفاق على شروطه الجوهرية أو الثانوية من غير أن يكونا ملزمين بإبرام هذا العقد النهائي[3].

يرى جانب من الفقه أن القانون المدني الجزائري يوجب على الأطراف المتفاوضة بصفة ضمنية الالتزام بحسن النية في هذه المرحلة، والتحلي بالصدق والأمانة والجدية والتعاون والاستقامة، وذلك تأسيسا على المادة 107 من القانون المدني بما في ذلك الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، وذلك بخصوص البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وكذلك الالتزام بالسرية بخصوص المعلومات التقنية والفنية المتعلقة بالعقد[4].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (النظرية العامة للعقد)، ص130.
2 علي فيلالي، المرجع نفسه ، ص131.
3 علي فيلالي، المرجع السابق، (النظرية العامة للعقد)، ص131.
4 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص115، غير أن المؤلف يستطرد قائلا أن المشرع الجزائري ورغم تعديل القانون المدني سنة 2005 الذي مس جوانب عديدة منه إلا أنه لم يعر اهتماما لمرحلة التفاوض، وإنما بقيت في صورة ضمنية وغامضة دون حماية المتفاوض في هذه المرحلة.

إن الاتفاق المبدئي يكون في صورة عقد بين طرفين للالتزام بإبرام العقد النهائي مع التحلي بحسن النية، وعليه إذا امتنع أحد الطرفين عن التفاوض أو الاستمرار فيه بما يخل بمبدأ حسن النية، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية ليس على أساس العقد النهائي الذي لم يبرم بعد بين الطرفين، وإنما على أساس الإلتزام بالتفاوض والذي كان نتاج الاتفاق المبدئي بين الطرفين ولا مجال لالزام المتعاقد على إبرام العقد النهائي[1].

أ . 3 . البروتوكول الاتفاقي

يراد بالبروتوكول الاتفاقي ذلك العقد العرفي المبرم بين الطرفين والذي يقتضي إفراغه في الشكل الرسمي[2]، وذلك تمهيدا لإبرام عقود مستقبلية تتضمن عمليات اقتصادية مختلفة، يعتمد على مباحثات طويلة وهامة للوصول إلى مرحلة إبرام العقد النهائي الذي يسعى إليه أطراف التفاوض، وذلك في العلاقات التعاقدية المتصلة بالعمليات الاقتصادية الهامة التي تتطلب دراسات هامة وطويلة وشاقة من أصحاب الاختصاص والذين يعتبرون وكلاء عن أصحاب المصالح الاقتصادية وذلك نظرا لتشعب العملية التعاقدية المراد إبرامها.

إن وصول الأطراف المتفاوضة إلى إبرام بروتوكول إتفاقي ليس معناه الالتزام بإبرام العقد النهائي في صورته القانونية ، بل يتعهد كل طرف للسعي بحسن نية لإبرام العقد النهائي.

ولكي يتحقق ذلك عموما في مرحلة التفاوض لابد أن تقوم هذه الأخيرة على خطة عملية طويلة المدى وتقوم بدورها على الالتزام بالصدق والصراحة والأمانة مما يبعث الارتياح لدى الطرف الآخر بما يعزز السمعة المهنية للمتفاوض وقدرته على التأقلم في الحوار مع معطيات التفاوض وذلك تفاديا لفشل المفاوضات في حالة غياب هذه العناصر الهامة[3].

---

1 انظر قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/ 04/ 2008 ملف رقم 407925، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد2، ص121، نقلا عن: علي فيلالي، مرجع سابق، ص131.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص132.

3 لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دكتوراه، جامعة تلمسان، 2016، ص77.

ب . مراحل متقدمة في المفاوضات

قد تصل الأطراف إلى مراحل متقدمة من مرحلة التفاوض السابقة عن إبرام العقد، فقد يتوصلان إلى إبرام ما يسمى العقد الإطار ، (ب1)، كما قد يتوصلان أيضا إلى مرحلة صدور رسائل النوايا (ب2).

ب . 1. العقد الإطار

يمثل العقد الإطار الاتفاق الذي يتوصل إليه الأطراف المتفاوضة ويتضمن تحديد الأحكام والقواعد العامة التي تعد بمثابة إطار عقود التنفيذ التي تجسد بدورها العقد النهائي المراد إبرامه من قبل الأطراف، أو يقتصر على وضع المبادئ العامة التي تعاون الأطراف المتفاوضة وتساعدهما على إبرام عقود التنفيذ في مرحلة لاحقة، بل قد يكون أحيانا العقد الإطار يتضمن في حد ذاته أركان وشروط العقد النهائي الذي يصبح كافيا ولازما لنشوء العلاقة التعاقدية[1].

ويظهر أن عقد الإطار يسبق حتما عقد محل التنفيذ وفيه يتفق الأطراف على الأحكام والقواعد العامة أو المسائل الرئيسية للعقد النهائي الذي تتحقق فيه تبادل المنافع والمصالح الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة . وبذلك تظهر أهمية العقد الإطار وعلاقته الوطيدة بالعقد النهائي إذ يسهم بجزء كبير في تجسيد وإبرام العقد الأخير الذي يتضمن جوانب قانونية واقتصادية هامة يستحيل معها إبرام العقد النهائي بصفة مباشرة دون أن تسبقها إبرام عقد الإطار، والذي يعد بهذا الصدد الأرضية اللازمة والتي تمهد لإبرام العقد النهائي.

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الإلتزامات نظرية العقد)، ص132، 133، ويورد المؤلف تعريفا للمشروع التمهيدي لإصلاح قانون الالتزامات والتقادم وهو ما يسمى بمشروع Catala، عقد الاطار في المادة 1102 - 6 على الوجه التالي:

" Le Contrat cadre est un accord de base par lequel les parties conviennent de negocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles de termineront les caracteristiques essentiels … des conventions d'applicatios en precisent les modalités d'executions, notament la date et le volume de prestations ainsi que le cas echéant le prix de celles-ci ".

ب . 2 . رسائل النوايا

تجسد رسائل النوايا المراكز القانونية للأطراف بتحديد الالتزامات الأساسية – بصفة خاصة – للمتعاقدين والمتعلقة بالمسائل الجوهرية للعقد، والتي تتمخض عنها بدورها عقود أخرى تجسد وتوضح مضمون هاته المراكز القانونية المترتبة عن رسائل النوايا، وتكون هاته الرسائل ملزمة للأطراف في حالة قطع المفاوضات إذ تمثل التزاما بمواصلة التفاوض[1].

فيلتزم كل طرف بتنفيذ بنود وشروط الاتفاق التي جسدت رسائل النوايا، ويكون كل واحد منهما مسؤولا على أساس العقد التمهيدي لا العقد النهائي في حالة قطع المفاوضات أو عدم السعي لتنفيذ العقد النهائي، وتقترب رسائل النوايا في هذا الفرض من العقد التمهيدي الذي يتفق فيه المتعاقدان على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلا.

2 . دور وثائق مرحلة المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين

بعد التطرق إلى الصور المختلفة للمرحلة السابقة عن التعاقد، سيتم التعرض إلى دور وثائق مرحلة المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك ببيان القيمة القانونية لوثائق مرحلة التفاوض (أ)، ثم إلى دور وثائق المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين (ب).

أ . القيمة القانونية لوثائق مرحلة المفاوضات

تعتبر وثائق مرحلة المفاوضات على اختلاف صورها سواء كانت تتمثل في عقد أو التزام الشرط engagement d'honneur ، أو الاتفاق المبدئي l'accord de principe ، أو البروتوكول الاتفاقي protocole d'accord أو العقد الإطار contrat cadre ، أو رسائل النوايا Lettre d'intention هي عقود

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، نظرية العقد)، ص133.

مؤقتة تسبق مرحلة إبرام العقد النهائي، ولا تشكل عقودا بالمفهوم القانوني الدقيق، وبالتالي فهي لا تلزم أطرافها بتنفيذ الالتزامات التي تترتب عن العقد النهائي[1].

غير أنه في المجال العملي تثير الوثائق المتعلقة بمرحلة المفاوضات– وخاصة إذا كانت تمثل عقودا تحضيرية ممهدة لإبرام العقد النهائي – مسألة الفصل في مدى إلزاميتها بالنسبة للأطراف المتفاوضة، بل وحتى لقاضي الموضوع للفصل في هذه المسألة الهامة مما يتطلب إمعان النظر بما ورد فيها من خلال صياغتها وأسلوبها القانوني ومدى انصراف إرادة الطرفين للالتزام بها[2].

إن الفصل في مسألة إلزامية وثائق المفاوضات التي كانت نتاج المحادثات والمشاورات التي دارت بين الطرفين تقتضي الفصل في المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات العقدية، وإن مرحلة التفاوض ليست تصرف قانوني يرتب آثارا قانونية كمبدأ عام، بل هي عملية ذات طبيعة مادية إلا إذا كان قطع المفاوضات بصورة تعسفية أو خرقا لمبدأ حسن النية، فإنه يتقرر للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية طبقا لأحكام المادة 107 و 124 مكرر من القانون المدني[3]، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من خلال العديد من القرارات الصادرة عنها[4].

وبمفهوم المخالفة إذا كان الطرف المتفاوض قد قطع المفاوضات بصورة غير تعسفية أو بصورة لا تمس بمبدأ حسن النية بما يقتضي من صراحة وأمانة وثقة، فإنه لا يسأل تقصيريا عن ذلك، إذ أن الأصل مبدأ حرية التعاقد الذي تجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة ذات البعد الفلسفي والإيديولوجي

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 121.

2 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1990/03/26، ملف رقم 56500، المجلة القضائية سنة 1992، العدد 3، ص112، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2000/05/24، ملف رقم 223852، المجلة القضائية سنة 2001، العدد 1، ص138، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2001/05/23، ملف رقم 247607، مجلة المحكمة العليا، سنة 2004، العدد 2، ص119.

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص115.

4 انظر على سبيل المثال: قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/03/26، ملف رقم 56500، المجلة القضائية سنة 1992، العدد 2، ص112، قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/12/22، ملف رقم 106776، المجلة القضائية سنة 1994، العدد 2، ص27، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 2000/05/24، ملف رقم 223852، المجلة القضائية سنة 2001، العدد 1، ص138.

انطلاقا من نظرية الإرادة كأحد أهم نتائج المذهب الفردي الذي يعتبر الفرد أساس وغاية المجتمع، وأن تحقيق الغايات الفردية معناه تحقيق المنفعة العامة لأفراد المجتمع.

إن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهو غير مسؤول مدنيا عن رفض الإيجاب الموجه له وذلك في إطار احترام مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال حقه في رفض الإيجاب الموجه له[1]، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها تأكيدا على مبدأ الحرية التعاقدية سواء في إبرام العقد من عدمه وحرية الفرد في المفاوضات في إطار احترام مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق[2].

ب . دور وثائق المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين

لا يكون لوثائق المفاوضات أي دور في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين بداهة، إلا إذا تم التوصل إلى إبرام العقد النهائي الذي يهدف إلى تبادل المنافع والمصالح الاقتصادية والمالية، وبالتالي لا مجال للحديث عن دور وثائق المفاوضات في التعرف على نية الطرفين في غياب إبرام العقد النهائي.

إن المفاوضات التي تكون نتاج مرحلة ما قبل التعاقد في شكل وثائق ومستندات قد تشكل جزءا من العقد إذا ما ألحقت بالعقد النهائي الذي يتطلع إليه الطرفان لإبرامه، وتعد بذلك من قبيل الأعمال التحضيرية، وبذلك تكون مرجعا للقاضي في خصومة تفسير العقد وذلك باعتبارها وسيلة لتفسير العقد عندما تقتضي الحاجة والضرورة ذلك[3].

ونشير إلى أنه يمكن استغلال وثائق المفاوضات للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين حيث تظهر بصورة واضحة عندما يتم الاتفاق بين المتعاقدين على إلحاق بنود المفاوضات بالعقد النهائي، ومن ثم تأخذ حكم بنود وشروط العقد النهائي وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعتبر من بين أهم

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص115.
2 انظر : قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 11/11/ 1987 ملف رقم 51440، المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص7، قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1996/04/17، ملف رقم 154760، المجلة القضائية سنة 1996، العدد 1، ص99.
3 لخضر حليس، المرجع السابق، ص73.

نتائج مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في مظهرها المتعلق بأن الشخص لا يلزم نفسه إلا بنفسه، ومتى ألزم نفسه بنفسه فإنه يتعين عليه أن ينفذ الالتزامات الناشئة عن محض إرادته الحرة والمختارة.

غير أنه قد يتفق المتعاقدان وهو المفضل حسب جانب من الفقه إدراج " بند الأركان الأربعة « clause de quatre coints » في العقد النهائي ومضمون هذا البند هو استبعاد الطرفين كل قيمة قانونية للمستندات والوثائق السابقة على التعاقد[1].

وهذه الحالة العكسية للحالة الأولى (حالة إدراج وثائق المفاوضات وإلحاقها بالعقد النهائي) حيث لا يعتد قاضي تفسير العقد ببنود واتفاقات هذه المرحلة، فإن ذلك يشكل خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ويخضع في ذلك إلى رقابة قضاء النقض باعتبارها مسألة قانون.

على أن استعانة قاضي الموضوع بوثائق ومستندات التفاوض في الحالة الأولى تكون على سبيل الاستئناس ذلك أن قواعد وأحكام تفسير العقد هي بمثابة تعليمات تشريعية للقاضي وهو غير ملزم للأخذ بها أو احترام ترتيب هذه الأحكام ومن باب أولى إلحاق نفس الحكم بوثائق المفاوضات، غاية ما في الأمر أنه يمكن أن يستنير بها القاضي لمعرفة النية المشتركة للمتعاقدين، ولا مانع من الاستئناس بها من طرف قاضي الموضوع في حالة عدم إلحاقها أو عدم استبعادها ذلك أن سكوت المتعاقدين عن ذلك يجعل لقاضي التفسير مكنة الاستعانة بهذه الوثائق التي من شأنها التوصل لمعرفة القصد الحقيقي للمتعاقدين من العملية التعاقدية ككل، فقد يتطرق الطرفان إلى مسائل معينة متصلة بالعقد طبعا. ولكن لا يتم تدوينها في وثيقة العقد النهائي، مما يسمح الاستئناس بها عند تفسير القاضي للعقد النهائي موضوع التفسير، غير أنه ينبغي إعطاء الأولوية للبنود المكتوبة التي تعبر عن النية الحقيقية الظاهرة والواضحة للمتعاقدين إذ لا يجوز الانحراف عن عبارات العقد الواضحة الدالة على مقصود المتعاقدين لاستنباط نية مغايرة ومخالفة لما هو واضح مقصوده من عبارات العقد الواردة فيه.

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص122، ويضيف المؤلف أن العقد النهائي يصبح هو قانون المتعاقدين وحده الذي يحكم المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقد.

ثانيا: ظروف وملابسات التعاقد

كل عقد من العقود يتم إبرامه في ظل ظروف معينة سواء كانت هذه الظروف متصلة بأشخاص العلاقة التعاقدية (1)، أو متصلة بالظروف الموضوعية المحيطة به(2).

1 . الظروف الشخصية

تتصل هذه الظروف بحالة المتعاقدين الشخصية سواء ما تعلق منها بذاتها (أ)، أو في علاقتهما ببعضهما البعض (ب).

أ . الظروف الشخصية المتعلقة بذات المتعاقد

ترتبط هذه الظروف أساسا بالمستوى العلمي للمتعاقد (أ . 1)، أو بظروفه المهنية (أ . 2)، أو بعاداته الشخصية (أ . 3).

أ . 1 . المستوى العلمي للمتعاقد: تختلف حالة أشخاص المتعاقدين المتعلقة بالمستوى العلمي من متعاقد لآخر، فالمتعاقد الذي يتمتع بمستوى ثقافي معين خاصة ما تعلق بالجانب القانوني له دراية كبيرة بمفهوم المصطلحات القانونية التي يستعملها في صياغة بنود العقد التي يسعى من خلالها تحقيق الغرض الاقتصادي من العملية التعاقدية[1].

إن قاضي تفسير العقد يعتد بالمستوى العلمي للمتعاقد من خلال المصطلحات التي استعملها هذا الأخير في العقد، غير أن ذلك لا يكون بصفة انفرادية اعتبارا لإرادته، وإنما يكون ذلك بما توافقت به إرادة الطرف الآخر وإلا فكيف يمكن تفسير ورودها في العقد والذي يعتبر القانون الخاص للمتعاقدين وهو في الأساس توافق إرادتي الموجب مع القابل ليشكل بذلك ركن التراضي في العقد وهو الأصل في العقود.

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص145، ويحفل القاضي بالمصطلحات والصيغ القانونية التي أوردها المتعاقدان اللذين لهما مستوى ثقافي معين نظرا لتخصص أطراف العقد في المجال القانوني، وبالتالي يدرك القاضي أن الصيغ والألفاظ القانونية الواردة في العقد تتعلق بها النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا يسمح للقاضي ويساعده على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ومن خلال الغرض الاقتصادي من العقد والمسعى العام للمتعاقدين.

أ . 2 . الظروف الشخصية المهنية

تتصل هذه الظروف الشخصية بالمهن، التي يتخصص فيها المتعاقد وبخاصة التجار الذين يتخصصون في نوع معين من التجارة، وبالتالي يستعملون مصطلحات مهنية تتصل بمهنة التجارة[1].

ولكي يتمكن القاضي التجاري من تفسيره عبارات العقد يمكنه الاستعانة بذوي الاختصاص التجاري الذين لهم دراية كبيرة بمدلول ومضمون هذه الألفاظ والصيغ التي اعتاد التجار على إدراجها في عقودهم التجارية ، وبخاصة أن العرف يجد مجاله الخصب والواسع في مجال المعاملات التجارية، فإذا كان العرف عموما من مميزاته أنه يعبر عن سلوكات الأشخاص مع الشعور بإلزاميته لهم مما يجعله مقبولا عند العامة، إلا أنه يشكل صعوبة كبيرة لإلمام القاضي به كون أن من أهم خصائص العرف عموما أنه غير مدون ومحلي، ناهيك إذا كان القاضي ليس من أهل المنطقة الذين يتعاملون بأعراف معينة عموما، وبخاصة في المجال التجاري إذ يصعب عليه كثيرا الإلمام ومعرفة الأعراف التجارية السائدة في دائرة اختصاص عمله، لتطبيقها على الخصومات والنزاعات التجارية، وما دام أن العرف هو مصدر من مصادر القانون، فإن تطبيقه من طرف القاضي يعتبر مسألة قانون يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، ولعل هذا ما جعل المشرع يقرر تشكيلة ثلاثية للقسم التجاري على مستوى المحكمة تتكون من قاضي فرد ومساعدين يلمان بأعراف التجارة.

أ . 3 . العادات الشخصية المتعلقة بذات المتعاقد

ينبغي على قاضي تفسير العقد أن يأخذ في الحسبان العادات الشخصية للمتعاقدين إذ أنها كثيرا ما تعينه على استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين خاصة ما تعلق منها بأداة التواصل بينهم المتمثلة في لغة

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص145.

المتعاقدين، إذ أن هناك أشخاصا يستعملون صيغ وألفاظ معينة ذات معنى معين يختلف تماما عن مفهومها عند العامة[1].

ب . علاقة المتعاقدين ببعضهما البعض

تتنوع العلاقة التي تربط المتعاقدين فيما بينهما، فقد تكون علاقة قرابة، أو علاقة زوجية، أو ما اتصل بالحالة المالية للمتعاقد[2]، فقد تساعد معرفة طبيعة العلاقة بين المتعاقدين في الاستدلال على النية المشتركة لهما، حيث يتمكن القاضي من فهم مضمون الشرط التعاقدي وبالتالي إعطاء التفسير الذي يتلاءم مع هذه الأخيرة وفقا لهذه المعطيات.

2 . الظروف الموضوعية المحيطة بإبرام العقد

قد تتضح النية المشتركة للمتعاقدين ويستدل عليها القاضي على ضوء الظروف المحيطة بإبرام العقد وما سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع العقد[3].

ويمكن أن تكون هذه الظروف الموضوعية متمثلة في مجموعة وقائع مادية سواء حررت كتابيا أم لا، وقد تكون هذه الظروف عبارة عن تصرفات قانونية بإرادتين أو بإرادة واحدة سابقة أو لاحقة أو

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص146، غير أن قاضي تفسير العقد ينبغي أن يكون شديد الحرص فيما يتعلق بالمفهوم الشخصي للمتعاقدين لمصطلح معين وذلك من خلال الاعتداد بالغرض العام من العقد وفي سياق الظروف الموضوعية الواقعية التي تم فيها التعاقد دون التقيد لإرادة أحد المتعاقدين بطريقة غير موضوعية ومضبوطة.

2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص290، ويورد المؤلف مثالا لحكم محكمة النقص المصرية المؤيد لحكم قاضي الموضوع بصدد استدلاله للنية المشتركة للمتعاقدين والتي انصرفت إلى تكييف العقد المبرم بين الزوجين على أنه وصية وليس بيعا، واستدلالهم في ذلك أن الزوجة الطاعنة لم تدفع ثمن الأرض الذي تم تعيينه في العقد، كما أن حالتها المالية لا تسمح لها بذلك، كما أن الزوج احتفظ بالانتفاع لنفسه بالأرض محل التصرف طوال حياته، كما أن الطاعنة لم تقم بزراعة تلك الأرض إلا بصفتها وكيلة عن زوجها، مما يستدل معه على أن النية المشتركة للزوجين المتعاقدين هي وصية باعتباره تصرفا مضافا إلى ما بعد موت أو هلاك الزوج الموصي.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص285، ويضرب المؤلف مثالا عن قضاء النقض المصري الصادر في 19 مارس 1953 والذي ورد في نص حكم محكمة النقض على أنه : " لمحكمة الموضوع السلطة في تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته، فإذا يتبين من الحكم أن محكمة الموضوع وهي بصدد الفصل في الخصومة التي قامت بين الطرفين حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب للطاعنين بصفتهما الشخصية أو باعتبارهما نائبين عن أهالي بلدة معينة لبناء مدرسة بها، قد رجعت بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائي والنهائي من عبارات إلى ظروف التعاقد وملابساته واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد تبنت لدى الأهالي وأن تشييدها كان تنفيذا لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذا لهذا الغرض وكان هذا الرأي الذي استخلصته محكمة الموضوع سائغا لا يجافي المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، انظر أيضا بخصوص نفس النقطة: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 357، أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 235.

معاصرة للعقد محل التفسير، سواء كانت هذه التصرفات ظاهرة أو مستترة، كما يمكن أن تكون صحيفة الدعوى في حد ذاتها، فيورد الخصم عبارة دون أن يتفطن أنها دليل ضده ولصالح خصمه[1].

ومهما يكن من أمر ، فإن هذه المظاهر المختلفة للظروف الموضوعية لا تعدو أن تكون من حيث الإثبات مجرد قرائن يستنتجها القاضي من أوراق ومستندات الدعوى، له أن يكملها بالبينة أو بإحالة القضية إلى التحقيق لسماع شهود الطرفين[2].

إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فصله السادس الموسوم ب:" في سلطات القاضي " من الكتاب الأول المعنون:" الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية منح بعض السلطات لقاضي الموضوع من أجل الوصول إلى الحقيقة القضائية وذلك طبقا للعدل والإنصاف وتحقيقا للغاية من مرفق القضاء الذي يضطلع بمهمة الفصل في النزاعات والخصومات الناشئة بين الأشخاص، وبصدد قيام قاضي الموضوع بتفسير العقد ولتبين الظروف الموضوعية المحيطة بإبرامه، فإنه يمكن للقاضي طبقا للمادة 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع،[3] وذلك بهدف الوصول في موضوع الحال إلى النية المشتركة للمتعاقدين وبالتالي الوصول إلى التنفيذ الفعلي للعقد بتحمل المتعاقد المدين لالتزامه وتنفيذه عينا وهو الأصل في تنفيذ الالتزام، وإذا تقاعس المدين عن تنفيذ الالتزام جاز للدائن طلب توقيع الغرامة التهديدية لإجبار المدين على تنفيذ التزامه متى كان تنفيذ الالتزام بعمل غير مجدي إلا بالتدخل الشخصي للمدين،

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، (تفسير العقد)، ص 296.
2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص 297.
3 تنص هذه المادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع، كما يجوز له أن يأمر شفهيا، بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض". :.

وذلك وفقا لأحكام المادتين 174 و 175 من القانون المدني الجزائري[1] والمادة 625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

وتشكل الغرامة التهديدية ضغطا على المدين من الناحية المالية الذي صدر بشأنه حكم يدينه بزيادة المبالغ الملزم بأدائها لدائنه عند عدم امتثال المدين إراديا وبصفة مباشرة واختيارية منه، فالغرامة التهديدية مكنة منحها المشرع للدائن إذا كان إلتزام المدين لا يمكن تنفيذه إلا بواسطة التدخل الشخصي للمدين[3].

كما يمكن لقاضي الموضوع بصدد تفسير العقد أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا، وذلك بغرض الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين أخذا بالإرادة الباطنة، ولكن بواسطة وسائل مادية تكشف عنها أوراق ومستندات الدعوى، وما آل إليه التحقيق من نتائج مقدرة تقديرا موضوعيا، وذلك تسهيلا لعمل قاضي الموضوع في الكشف والاستدلال عن النية المشتركة للمتعاقدين.

الفرع الثاني: عوامل تفسير إرادية مرتبطة بكيفية تنفيذ العقد

إن عوامل تفسير العقد الإرادية قد تكون بعد مرحلة إبرام العقد، وذلك من خلال الطريقة التي ارتضاها الطرفان في تنفيذ عقدهما.

ويرى جانب من الفقه أن وضوح عبارة العقد لا تستلزم دائما وضوح إرادة المتعاقدين، فالظروف الخارجية لها دور في الإفصاح وبيان مقصد ونية المتعاقدين[4].

---

1 تنص المادة 174 من القانون المدني على أنه : " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية ان امتنع عن ذلك.
وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة .
تنص المادة 175 من ذات القانون على أنه : " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ".

2 ونصها كما يلي:" دون الإخلال بأحكام التنفيذ الجبري، إذا رفض المنفذ عليه تنفيذ إلتزام بعمل، أو خالف إلتزاما بالامتناع عن عمل، يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن التنفيذ، ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو المطالبة بالغرامات التهديدية ما لم يكن قد قضي بها من قبل.
يمكن لطالب التنفيذ القيام بالعمل موضوع الالتزام على نفقة المحكوم عليه وتنجز الأعمال المأمور بها تحت مراقبة محضر قضائي ويحرر محضرا بذلك".

3 مصطفى قويدري، الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص47.

4 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص12.

فالظروف الخارجية المتصلة والمتعلقة بتنفيذ العقد– وهي أهم مرحلة من مراحل العقد– قد تكون مؤشرا حقيقيا كاشفا عن إرادة المتعاقدين، وتبين بوضوح الغرض الاقتصادي الذي توخاه المتعاقدان، غير أن قاضي التفسير في هذا الفرض ملزم ببيان الأسباب والمبررات التي جعلته يأخذ بطريقة تنفيذ العقد للاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين، حتى يتسنى لمحكمة القانون أن تبسط رقابتها على هذه الأسباب، فإذا لم يقم قاضي الموضوع بذلك عد حكمه أو قراره معيبا لانعدام التسبيب يستوجب النقض والإبطال[1].

ويستند ذكر هذه الأسباب والمبررات أساسا إلى التعبير الرئيسي الذي يبين هذه النية المشتركة للمتعاقدين باعتباره المؤشر الأساسي والرئيسي عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وما الظروف الخارجية وخاصة طريقة تنفيذ العقد إلا مكمل أو مساعد على استنباط النية المشتركة للمتعاقدين.

ويرى الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن أنه لا يمكن قبول هذا الرأي، وذلك لتعارضه مع حكم المادة 150 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري، ذلك أن وضوح عبارة العقد يؤدي حتما وبالضرورة إلى وضوح الإرادة بذاتها[2]، غير أن موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد –حسب وجهة نظرنا– منطقي وسليم عندما أورد في المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني عبارة: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد...".

وهناك من يرى أن عملية تنفيذ شروط العقد وبنوده أحسن وسيلة استقصاء للتوصل إلى إرادة الطرفين الحقيقية، ففي كثير من الأحيان قد يعمد الطرفان إلى اتباع طريقة معينة في تنفيذ العقد توحي بتعديل

1 تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : ...9 ـ انعدام التسبيب، 10 ـ قصور التسبيب... ": إن المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون تراقب قضاة الموضوع فيما لو طبقوا صحيح القانون أو جانبوه، وإذا كان المشرع قد منح لقاضي الموضوع سلطة تقديرية بخصوص استنباط نية المتعاقدين والاستدلال عليها إلا أن القاضي ملزم بتسبيب حكمه أو قراره ببيان الأسباب والمبررات التي استند عليها للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك تأسيسا على الفقرتين التاسعة والعاشرة من المادة 358 السالفة الذكر حتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة ذلك تحت طائلة نقض وإبطال الحكم أو القرار بسبب نقص أو انعدام التسبيب.

2 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص15.

مضمونه بصفة ضمنية، وتكشف عن النية الحقيقية المشتركة لهما على نحو مختلف لما هو وارد في العقد[1].

يبدو أن هذا الرأي يعتد بسلوك المتعاقدين في تنفيذ العقد من أجل الاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين والتي تعبر . بحق . عن الغاية الاقتصادية التي أرادها المتعاقدان على نحو يخالف ما هو وارد بالعقد المكتوب وبخاصة في العقود الرسمية، ومن ثم يطرح التساؤل من حيث حجية هذا السلوك المتبع من أطراف العقد على ما هو وارد بالعقد الرسمي بحد ذاته إذ لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، والذي ينص على طريقة معينة في التنفيذ خلاف تلك المتبعة من طرف المتعاقدين، غير أن هذه المسألة و إن وجدت في الواقع فإنها على غير أهمية بتاتا ذلك أن توافق الطرفين على هذه الطريقة المتبعة لا تثير إشكالا عمليا، بل وأن القاضي لا يثير ذلك إطلاقا لتعلقها بمصلحة المتعاقدين دون سواهما.

كما قد يستدل بوضوح عن إرادة المتعاقدين المشتركة من الطريقة المتفق عليها من طرفهما لتنفيذ العقد، ذلك إذا انتهج المتعاقدان طريقة محددة أو معينة في تنفيذ التزاماتهما لمدة من الزمن كان ذلك من الكفاية لفهم إرادتيهما الواضحة[2].

وبصدد تحديد المدة التي اعتاد فيها المتعاقدان على تنفيذ الالتزام التعاقدي على وجه معين فذلك متروك تقديره لقاضي الموضوع، ويجوز لكل من المتعاقدين التمسك بعدم وجود نية مشتركة بخصوص هذه الطريقة المتعلقة بتنفيذ العقد بالادعاء أن سلوك المتعاقد في تنفيذه للالتزام التعاقدي لم يكن إلا على

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، (تفسير العقد)، ص298، ويرى ذات المؤلف أن العبرة في تنفيذ العقد لاستنباط نية المتعاقدين يكون بعد إبرام العقد وليس قبل تنفيذه، إلا إذا استمر هذا التنفيذ بعد انعقاد العقد، ويمكننا التساؤل في هذا الفرض حول كيفية تنفيذ العقد قبل انعقاده؟ ذلك أن الشخص لا يكون ملزما بتنفيذ العقد إلا بعد انعقاده صحيحا بأركانه القانونية طبقا لمبدأ: القوة الملزمة للعقد.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، نظرية العقد، الجزء الثاني، ص936، وبضرب المؤلف مثلا في طريقة تنفيذ العقد بعقد إيجار اعتاد فيه المستأجر دفع بدل الإيجار في محل المؤجر دون وجود شرط في العقد ينظم هذه المسألة مع أن القواعد العامة تقضي بأن استيفاء الدين يدفع في محل المدين، فهذا الاعتياد يفسر على أن المتعاقدين اتجهت إرادتهما إلى أن تدفع الأجرة بمحل الدائن بها، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص237، عبد الحكم فوده، مرجع سابق (إنهاء القوة الملزمة للعقد)، ص273، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص137، أنور سلطان، مرجع سابق، (الموجز في مصادر الالتزام، طبعة 1998)، ص235.

وجه التسامح مع أن طول مدة التنفيذ قد تكون حائلا عن إثبات ذلك إذ أن طول مدة التنفيذ يستنتج منها قبول ذلك المسلك في تنفيذ الالتزام على وجه يخالف القواعد المكملة بشأن هذه النقطة أو الاتفاق عنها[1].

إن تنفيذ الالتزام التعاقدي على نحو معين ولمدة زمنية طويلة يؤكد النية المشتركة والحقيقية للمتعاقدين إزاء هذا الالتزام التعاقدي من حيث مقصود المتعاقدين، وبخاصة عندما تطول مدة تنفيذ الالتزام على وجه معين مما يصعب إثبات نقيض ذلك، إذ من المنطقي والمسلم به أن سكوت أحد المتعاقدين عن طريقة تنفيذ الالتزام التعاقدي من طرف المتعاقد معه بعد مدة طويلة يعبر عن رضاه الضمني بهذه الطريقة المحددة مما يشكل نية مشتركة للمتعاقدين بهذا الصدد، ويجب التمييز بصدد طريقة تنفيذ العقد بين حالتين، حالة وضوح عبارة العقد (أولا)، وحالة غموض عبارة العقد(ثانيا).

أولا: كيفية تنفيذ العقد في حالة وضوح عباراته

يرى الأستاذ كالاتاي (Callatay) أن إبرام العقد يقوم على النية المشتركة لطرفيه، وليس على أساس عباراته، وعليه ينبغي أن يقوم القاضي بتفسير العقد تأسيسا على طريقة تنفيذه، وليس على أساس العبارات والألفاظ الواردة فيه، طالما أن المتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة تنفيذ العقد لم يتمكن من إثبات أن التنفيذ بشكل معين لا يعبر عن مقصوده الحقيقي، بل كان على سبيل التسامح أو لوقوعه في غلط[2].

غير أن الأستاذ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن يرى خلاف ذلك، إذ أن التسليم بما قال به الأستاذ كالاتاي يعتبر مخالفا لأحكام المادة 150 الفقرة الأولى من التقنين المدني المصري، والتي تقابلها احكام المادة 111 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى حرفيا ما عدى مصطلح التفسير في المادة 150 مدني مصري بمصطلح التأويل في القانون المدني الجزائري.

وأن التمسك بعبارة العقد الواضحة حسب هذا الرأي الأخير تعتبر تعبيرا صادقا عن النية المشتركة أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى الظروف الخارجية –وبخاصة طريقة العقد،

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 298.
2 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص137.

ولو تواترت لمدة زمنية طويلة– للاستدلال على نية مغايرة للمتعاقدين تخالف تلك الواردة أو التي تعكسها العبارة الواضحة الواردة بالعقد، وإلا عد ذلك تحريفا وتشويها للعقد ومساسا بالقوة الملزمة للعقد[1]، بل ويؤكد الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن بعدم الاستناد على طريقة تنفيذ العقد ذو العبارات الواضحة على نحو مغاير لها، إذ لا يجوز الأخذ به بما يتعارض أو يخالف مع الشروط الواضحة الواردة في العقد، وبالتالي لا يحتاج المتعاقد الذي يحتج في مواجهته بالتنفيذ بطريقة معينة أن يثبت خلاف ذلك، بل يكتفي بالتمسك بالعبارة الواضحة التي تعبر بصدق ووضوح عن النية المشتركة[2].

غير أن ذات المؤلف يرى في نفس الوقت أنه يمكن أن تكون طريقة التنفيذ في عبارة العقد الواضحة دليلا على النية الضمنية للمتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ بإبراء المتعاقد الآخر من بعض الالتزامات التعاقدية، وينبغي إثبات هذا التنفيذ أنه تعبير بصورة كافية لإرادة الطرف المتعاقد الضمنية في التنازل عن حقه[3].

وتخضع طريقة تنفيذ العقد تقصيا للنية المشتركة للمتعاقدين في حالة وضوح عبارته للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي طرحت عليه دعوى تفسير العقد، وذلك عندما يتمسك أحد المتعاقدين بأن طريقة التنفيذ كانت نتيجة غلط أو على وجه التسامح ويحتج بخلاف ذلك المتعاقد الآخر معه، وذلك بغرض تقصي القاضي للنية المشتركة للمتعاقدين من خلال ظروف وملابسات التعاقد التي يستشف منها القاضي أن طريقة تنفيذ العقد لمدة طويلة دون احتجاج الطرف الآخر على مخالفة طريقة التنفيذ للشرط

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص406.
2 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص138.
3 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع نفسه، نفس الصفحة، ويبدوا أن تعقيب ذات المؤلف بهذه المقولة هو تخفيف من حدة وشدة موقفه الأول بعدم جواز تغليب طريقة تنفيذ العقد كعامل خارجي عن العقد لتقصي نية مغايرة للمتعاقدين خلاف تلك الواردة بوضوح في العقد شريطة أن يكون بصورة كافية لإرادة المتعاقد الضمنية في التنازل عن حقه، ولكن دائما في حدود وإطار العبارات الواضحة الواردة في العقد، والتساؤل المطروح كيف يمكن التوفيق بين الفرض الأول والثاني؟.

التعاقدي الواضح ، مما سيدل على موافقته بالتنازل عن التمسك بتنفيذ الشرط التعاقدي على الصيغة الواردة في العقد.

ويبقى لقاضي الموضوع سلطة تقدير ذلك، مع وجوب تسبيب حكمه تسبيبا كافيا حتى يبسط قضاة القانون رقابتهم على استعمال قاضي الموضوع لهذه السلطة من خلال الأسباب والمبررات التي أوردها قاضي الحكم في قراره، وذلك تحت طائلة نقض وإبطال الحكم أو القرار القضائي في حالة انعدام التسبيب أو قصوره.

ثانيا: كيفية تنفيذ العقد في حالة غموض عبارة العقد

إن حالة غموض عبارات العقد تستدعي من القاضي البحث والتقصي عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقد يعتمد في هذه الفرضية على طريقة تنفيذ العقد على نحو معين باعتباره من العناصر الخارجية، غير أنه يلزم توافر بعض الشروط حتى تكون طريقة التنفيذ مؤشرا عن النية المشتركة للمتعاقدين، أو أنها تعبر بصدق عن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.

فالأصل أن طريقة التنفيذ تعبر عن نية المتعاقد الذي قام باتباعها، وبالتالي فهي تعبر عن نية أحد المتعاقدين ولا يمكن الاعتداد بها في مجال تفسير العقد إلا إذا ارتضاها المتعاقد الآخر، وذلك في مرحلة لاحقة عن إبرام العقد، مع علم هذا المتعاقد بهذه الطريقة ومضي مدة معقولة على طريقة التنفيذ دون تحفظ من المتعاقد الآخر[1]، فالعبرة في العقد برضا المتعاقدين وتطابق إرادتيهما حول طريقة تنفيذ العقد على نحو معين لاستنباط نيتهما المشتركة .

1 أحمد شوقي محمد بن عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 140.

ويخضع تقدير معقولية مدة التنفيذ إلى سلطة قاضي الموضوع، غير أن للمتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ أن يثبت أن رضاءه كان على سبيل التسامح، ولكن طول مدة التنفيذ دون اعتراض من المتعاقد الذي يحتج في مواجهته بطريقة التنفيذ قد تحول دون توصله إلى تحقيق مطلبه وذلك في ظل غياب شرط تعاقدي صريح يبين ويعكس إرادة المتعاقدين بصورة واضحة وجلية[1].

1 إن التمسك بطريقة تنفيذ العقد للاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين في ظل غموض الشرط التعاقدي يعتبر أمرا ضروريا وأساسيا لقاضي التفسير من أجل تقصي الإرادة الباطنة للمتعاقدين في ظل غموض الإرادة الظاهرة، راجع: عبد الحكم فوده، المرجع السابق، (تفسير العقد)، ص 300، 301.

ملخص الباب الأول:

إن نظام التفسير الشخصي للعقد يقوم في الأساس على النظرية التقليدية للعقد، أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، الذي عرفته النظم القانونية عبر التاريخ انطلاقا من القانون الروماني الذي اتسم بالشكلية الجامدة، ثم تطور هذا المبدأ تدريجيا في ظل هذا القانون الذي انتقلت جل أحكامه إلى القانون المدني الفرنسي – حامل اللواء المذهب الشخصي– بواسطة الفقيهان بوتييه ودوما. غير أن نظرة الشريعة الإسلامية لمبدأ سلطان الإرادة متميزة عن تلك السائدة لدى الفقه القانوني والقانون الوضعي، ولقد عني الفقه الإسلامي بدراسة مبدأ الرضائية في العقود من حيث إبرامها وتحديد آثارها. كما أن سلطان الإرادة باعتباره مفهوما فلسفيا قانونيا له أسسه الإيديولوجية والاقتصادية والتي كان لها تأثيرها وانعكاسها على نظرية العقد عموما ونظرية تفسير العقد خصوصا، وذلك من حيث الاعتداد بالإرادة الباطنة ومن خلالها يتم التعرف أو الكشف على النية المشتركة للمتعاقدين، غير أن تفسير العقد يقتضي لزاما على القاضي تفحص أركان العقد، وبذلك يظهر دور قاضي التفسير في الرقابة على التصرفات التعاقدية ومدى مشروعيتها.

كما أن تفسير العقد يقتضي أحيانا وابتداءا تكييف العقد وتصنيفه من الناحية القانونية، وذلك تمهيدا لمعرفة الأحكام القانونية التي سيطبقها القاضي عليه، ومن ثم الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين مستعينا في ذلك بمعايير مختلفة تتمثل في الالتزامات الرئيسية للمتعاقدين ومعيار النية المشتركة أو الإرادة الحقيقية للطرفين وغير المعلنة من قبلهما، أو من خلال معيار الغرض الاقتصادي الذي توخاه المتعاقدين من وراء إبرامهما للعقد، كما تتعدد حالات تكييف العقد من تكييف حصري وتكييف توزيعي، غير أن القاضي قد يجد نفسه أمام عقد غير مسمى غير قابل للتكييف، فيستعين بأحكام النظرية العامة للعقد، مع التنويه بأن قاضي الموضوع عندما يكيف العقد لا يتقيد بتكييف الخصوم طبقا لأحكام المادة29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنها مسألة قانون، والقانون من حيث تطبيقه يعتبر ضمن صميم

وجوهر سلطة قاضي الموضوع ويخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا باعتبارها جهة قضائية تراقب تطبيق القانون.

على أنه ينبغي تمييز نظام تفسير العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له كنظام تفسير القانون وعن نظام تكييف العقد، وأيضا عن نظام تعديله، كما أن القاضي يمكن أن يجد نفسه أمام حالات التفسير الإرادي للعقد سواء في حالة وضوح عبارة العقد إذ يلتزم بمضمون العبارة الواضحة الدالة على مقصود المتعاقدين، أي أن الإرادة الظاهرة تدل بصدق ووضوح على نية المتعاقدين المشتركة، وذلك تحت طائلة تحريف وتشويه العقد وتحت رقابة المحكمة العليا بما لها من سلطة رقابة في حالة تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار طبقا للفقرة 12 من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن القاضي قد يجد نفسه أيضا أمام عبارات واضحة للعقد، لكنها لا تعبر بصدق عن النية المشتركة للمتعاقدين، وبمعنى آخر وجود نية مغايرة عن تلك الإرادة المشتركة المعلنة ونكون بذلك بصدد حالة عدم التطابق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في مسألة تفصيلية، فيتصدى قاضي الموضوع بتفسير العقد، من أجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين شريطة وجود مسوغات ظاهرة تسمح له بالعدول عن المعنى الظاهر، والبحث عن نية المتعاقدين المشتركة مع وجوب تسبيب حكمه أو قراره تسبيبا كافيا، تحت طائلة انعدام أو القصور في التسبيب باعتباره وجها من أوجه الطعن بالنقض طبقا للمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها 9 و10، كما يمكن أن ترد عبارة العقد غامضة لا تكشف عن قصد ونية المتعاقدين من البند أو الشرط الغامض، ففي هذه الحالة يكون على القاضي من باب أولى تفسير هذه العبارة الغامضة على غرار عبارة العقد الواضحة غير الدالة على النية المشتركة للمتعاقدين، فيستعين في كلتا الحالتين عند البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بمجموعة من العوامل القانونية الموضوعية للتفسير الإرادي للعقد والتي تتمثل في طبيعة التعامل والأمانة والثقة التي

ينبغي أن تتوافر بين الطرفين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وهي عوامل غير ملزمة له، كما يمكنه أن يستعين بعوامل أخرى تتمثل أساسا في تلك القواعد الإرادية المستمدة من الفقه الإسلامي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، سواء كانت قواعد فقهية أو لغوية، وحسنا فعل المشرع الأردني عندما استقى العديد منها وأدرجها في تقنينه المدني، وكان على المشرع الجزائري أن يحذو حذوه أو يعدل من مضمون الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني وذلك باستبدال عبارة " **مبادئ الشريعة الاسلامية**" بـ:"**الفقه الاسلامي**" لتمكين القاضي من الاستعانة بقواعد تفسير العقد المستمدة من الفقه الإسلامي، الذي عني أشد العناية والإهتمام بتفسير العقد، وكانت له في ذلك نظرة متميزة ومتفوقة عن تلك النظرة التي يعرفها الفقه والتشريع الوضعي، كما أن للقاضي اللجوء في سبيل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين إلى قواعد تفسير إرادية متعلقة بمقدمات العقد تتمثل في مرحلة المفاوضات في عقود المساومة، كما أن ظروف وملابسات التعاقد لها دور بالغ في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين من قبل قاضي الموضوع في خصومة تفسير العقد على غرار تنفيذه الذي يعتبر قرينة قوية للاستدلال على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك بغرض إزالة العقبات التي تمنع أو تحول دون تنفيذ العقد، والحصول على المنفعة الاقتصادية منه.

الباب الثانـي:

النيّة المشتركة للمتعاقدين وفق المذهب الموضوعي

في القانون المدنـي الجزائري

تعتبر نظرية الالتزامات من أهم موضوعات القانون المدني وتتجاذبه نزعتان أو نظريتان، نزعة أو نظرية شخصية تولي لعنصر الأشخاص أهمية بالغة إلى حدّ الغلو الشديد في ظل المذهب الفردي القائم على اعتبارات إيديولوجية، فلسفية، اقتصادية، إذ تعتبر الفرد غاية المجتمع، ومع تغيّر وتطوّر الظروف الاقتصادية والاجتماعية ظهرت عيوب ومساوئ هذا التصور وخاصة في مجال العقد، باعتباره من أهم مصادر الالتزام في مختلف الأنظمة القانونية، وهذا ما أدى إلى ظهور نزعة ذات صبغة موضوعية ترى أن المصلحة الجماعية أولى بالحماية من المصلحة الفردية، بل وأن العقد له وظيفة اجتماعية، فتعتد بعنصر موضوع الحق على اعتبار أن الالتزام قيمة مالية مجرّدة عن أشخاصها وانعكس ذلك على العقد الذي أصبح شأنًا اجتماعيًا يهم المجتمع، ولا يتعلق فقط بأطراف العلاقة العقدية، ذلك أن المجتمع هو الهدف والغاية من وضع القاعدة القانونية بصفة عامة، ومن وراء إبرام العقود بصفة خاصة، كل ذلك نتيجة للجدلية القائمة بين الفرد والمجتمع ومن الأولى بالحماية من الآخر. فبعدما تم التطرق إلى نظام التفسير الشخصي للعقد في الباب الأول، سيتم التطرق في هذا الباب إلى نظام التفسير الموضوعي للعقد، ويستلزم الأمر التعرض إلى أساس النزعة الموضوعية في العقد (الفصل الأول)، ثم إلى أثر النزعة الموضوعية على تفسير العقد في القانون المدني الجزائري (الفصل الثاني).

الفصل الأول: النزعة الموضوعية في العقد

إن الإلمام بمفهوم النزعة الموضوعية في العقد، يقتضي لزامًا التطرق إلى الخلفية الفقهية التي تستند عليها هذه النزعة، وقد ظهرت مجمل الأفكار الفلسفية والايديولوجية التي شكلت أساس النزعة الموضوعية في هذا المجال، كرد فعل على غلو المذهب الشخصي في تقديسه للفرد على حساب المجتمع (المبحث الأول)، فكان لها بالغ الأثر على مضمون نظرية العقد، إذا أصبح لهذا الأخير وظيفة اجتماعية انسجاما مع التطور الاقتصادي والاجتماعي والفكري الذي شهده المجتمع من خلال تدخل الدولة عن طريق فكرة النظام العام الذي أصبح له مفهوما حديثا إيجابيا مغايرا عن مفهومه التقليدي السلبي (المبحث الثاني)،

المبحث الأول: أساس النزعة الموضوعية في العقد

إذا كانت النزعة الشخصية في العقود تقوم على أساس النظرية التقليدية للعقد، أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي الذي يجعل من الفرد هو الغاية والهدف من التنظيم الاجتماعي مع تسخير المجتمع لخدمته، فإن تطوّر الظروف الاقتصادية والاجتماعية كانت السبب المباشر لانتكاس مبدأ سلطان الإرادة بسبب غلوّ وتطرّف المذهب الفردي، مما أدى إلى ظهور مذهب ينزع نحو الموضوعية في ظل الفقه الوضعي، وذلك في محاولة لتغليب المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية، وما يتطلب الأمر من استقرار للمعاملات وحماية للثقة المشروعة فيها (المطلب الأول)، وهذا هو اتجاه فقه الشريعة الإسلامية الذي ينزع إلى الموضوعية في مجال العقود دون اهماله لقيمة الفرد في المجتمع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة

يعني انتكاس مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بأزمة العقد انتكاس الأساسين الذين يقوم عليهما مبدأ سلطان الإرادة وهما الأساس الإيديولوجي (الفرع الأول)، و الأساس الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إنتكاس الأساس الإيديولوجي لمبدأ سلطان الإرادة

عرف الأساس الإيديولوجي لمبدأ سلطان الإرادة انتكاسا بسبب ما وجه له من انتقادات بخصوص عنصريه، حيث تم إنكار العنصر الأول المتعلق بالحرية الطبيعية المجردة للإنسان (أولا)، واعتبرت لإرادة غير كافية لوحدها لإنشاء العقد (ثانيًا)، مع عدم كفايتها من باب أولى لإنشاء الالتزامات غير التعاقدية (ثالثا)، كما تعرضت نظرية العقد الاجتماعي لانتقادات لاذعة من طرف خصومها (رابعًا).

أولا: إنكار الحرية الطبيعية المجرّدة للإنسان

يقوم هذا الإنكار في أساسه على أن مقولة الحرية الطبيعية للإنسان قبل وجود المجتمع فرضيّة لا تنسجم تمامًا مع الواقع وحقيقة الأمر، ذلك أن الشخص المنعزل لا وجود له في الواقع، إنما الفرد على مرّ التاريخ هو الذي يعيش حتمًا في وسط اجتماعي، وبذلك فإن حقوق المجتمع كانت سابقة من حيث ظهورها ووجودها عن حقوق الأفراد[1].

ويترتب على هذا الانتقاد أن الفرد يستمد حقوقه والتزاماته ضمن تنظيم اجتماعي معيّن، ومن ثم كان له وظيفة اجتماعية في علاقاته مع الآخرين، إذ لا يتلقى حقوقا إلاّ إذا قام بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه المجتمع، على اعتبار أن الهدف الأساسي والرئيسي من ذلك هو تحقيق الغاية الاجتماعية من القانون.

وقد طرأ تغيّر جذري من الناحية الفكرية بخصوص الحرية الطبيعية المجردة للإنسان في ظل تصور المذهب الفردي، على اعتبار أن الفرد هو عنصر من المجتمع وله وظيفة اجتماعية وأن مصدر حقوقه والتزاماته هو المجتمع وليست حريته الطبيعية وإرادته الحرّة[2].

وقد ارتبطت فكرة الحرية الطبيعية المجردة للإنسان بفكرة القانون الطبيعي الذي عرف عصره الذهبي في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، ثمّ تعرّض إلى انتقادات شديدة بعد ذلك – باعتباره من الأسس التي يستند إليها المذهب الفردي– من جانب الفقهاء الألمان مؤيدي المذهب التاريخي

---

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص 37، كما أن الإنسان اجتماعي بطبعه، إذ لا يمكنه أن يعيش منعزلاً عن الجماعة، بل لا يتقرر له أي حق من الحقوق إلا في ظل تنظيم اجتماعي معيّن أساسه التعارف بين الناس والتعايش فيما بينهم، وهي حقيقة أشار إليها القرآن الكريم في الآية 13 من سورة الحجرات قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 54، ويضيف المؤلف في ذات السياق، أن هذا التغيّر الحاصل –بصورة جذرية- قد أدى إلى تحمل الفرد في تصرفاته التعاقدية جملة من الالتزامات الأخلاقية منها التعاون والنزاهة وواجب النصح.

الذي برهن على عدم صحّة فكرة القانون الطبيعي[1]، فمن غير الصّحيح التسليم بوجود حقوق فردية سابقة على وجود الجماعة، ذلك أن وجود الحق في حد ذاته يفترض في الأساس وجود التزام يقابل هذا الحق وإن هذا الالتزام أو الواجب لا وجود له من حيث الفعل والواقع إلاّ بوجود الجماعة، ومن ثم يتحدّد الأفراد الذين يقع عليهم عبء هذا الواجب[2].

و فكرة الحرية الطبيعية المجرّدة للإنسان وإن كانت قد استعملت لمنع استبداد الحكام –وهذا يحسب لها من الناحية السياسية– للحد من طغيانهم الذي دفعهم إلى الإفراط في وضع القيود على حريات الأفراد وحقوقهم وذلك بداعي القانون، إلاّ أنها قد انتقدت في الأساس على فرضية ارتباطها بالقانون الطبيعي، هذا القانون الذي يتميّز حسب منطق أنصاره بالثبات والاستمرارية عبر الزّمن، إلاّ أنه انتقد وبشدة بخصوص هذه الجزئية كون أن خاصيتي الثبات والاستمرارية غير صحيحتين من الناحية الواقعية وينفيها التاريخ، إذ أن القانون هو وليد البيئة الاجتماعية، وبالتالي فهو متغيّر من حيث الزمان والمكان، والقول بأن استخلاص قواعد القانون الطبيعي يقوم بها العقل البشري سيؤدي حتما إلى اختلاف قواعد القانون الطبيعي بسبب اختلاف الأشخاص القائمين باستخلاصها، وبالتالي نسبية هذه القواعد ومن ثم لا يمكن تقرير ثبات القانون الطبيعي من حيث الزمان والمكان[3].

كما أن خاصية اجتماعية القاعدة القانونية تنفي بالتأكيد ثبات واستقرار قواعد القانون الطبيعي عبر الزمان والمكان ذلك أن القانون ينظم ويضبط سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيما بينهم، ومادامت هذه العلاقات

1 حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 53، ويضيف المؤلف أن المذهب التاريخي قد ساهم بصورة يقينية في التمهيد لظهور التصوّر الاشتراكي، ذلك أن المذهب التاريخي الذي يتزعمه الفقيه الألماني سافيني اعتبر أن القانون ظاهرة اجتماعية يولد في المجتمع ويتأثر به، وهو ليس قانونًا طبيعيًا يتميز بالثبات عبر الزمان والمكان .

2 حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 53، 54.

3 إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 162-163، ويضيف المؤلف بخصوص اجتماعية القانون وتغيّره من حيث الزمان والمكان أن القانون متغير أيضا في المكان الواحد من زمن لآخر إذ يعبّر عن الروح الشعبية وانعكاسا لقدراته الإبداعية المختلفة.

في تطوّر مستمر ودائم، فإنه من الحتمي ضرورة مواكبة القانون لهذه المستجدات الاجتماعية حتّى يتم ضبط سلوك وعلاقات الأشخاص داخل المجتمع[1].

ثانيًا: عدم كفاية الإرادة لوحدها لإنشاء العقد

يرى خصوم مبدأ سلطان الإرادة أن جعل الإرادة المصدر الوحيد لإنشاء جميع المراكز القانونية أو الحقوق المترتبة عن العقد هو نوع من الغلو من ناحية، والوهم من ناحية أخرى، ذلك أن المتعاقد لم يلتزم بمحض إرادته الداخلية فقط، بل لاعتبارات وأسباب ودوافع اجتماعية تتمثل أساسًا في الثبات والاستقرار اللذين يجب أن يسودا في المعاملات التعاقدية بين الأشخاص[2].

وعلى اعتبار أن العقد تصرف قانوني صادر من إرادتين لإحداث أثر قانوني، لا يجد ثقته أو مصداقيته بين الأطراف المتعاقدة خصوصًا، والأشخاص عمومًا إلاّ إذا كان القانون يقرّ بالعقد على أساس أنه مصدر من مصادر الالتزام، حتى يحظى المتعاقد بالحماية القانونية بأن يقرّر له حق الالتجاء إلى القضاء لطلب هذه الحماية القانونية ويتوّج ذلك بصدور حكم أو قرار قضائي يجسّد له تلك الحماية خاصة ما يتعلق بأحكام الإلزام التي تلزم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه بصورة عينية، إذ أن الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، بهدف حماية الثقة المشروعة في المعاملات التعاقدية تجسيدا للقوة الملزمة للعقد، وإذا ما تقاعس المتعاقد عن ذلك جاز للمتعاقد الآخر طلب تنفيذ الالتزام على نفقة المدين هذا طبعًا إن لم يكن تنفيذ الالتزام يقتضي التدخل الشخصي للمدين لكي يصبح تنفيذ الالتزام مجديًا، وإلا جاز له طلب توقيع الغرامة التهديدية لإجبار أو إكراه المدين ماليًا على تنفيذ التزامه، وإذا انتفت الغاية من تنفيذ

---

1 إن ارتباط فكرة الحرية الطبيعية المجرد للإنسان بفكرة القانون الطبيعي الذي يتسم بخاصيتي الثبات والاستقرار حسب زعم أنصاره، والذي كان له أثره البالغ في وضع معظم نصوص تقنين نابليون، يكون هو الدافع الحقيقي والأساسي لمقولة نابليون الشهيرة:" إن مجدي الحقيقي ليس هو انتصاري في أربعين موقعة، حيث أن موقعة ووترلو قد محت ذكريات مثل هذه الانتصارات، وإنما هو تقنيني المدني الذي سيعيش أبدًا ولا شيء يمحوه".
"Ma vrai gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; waterloo effacera le souvenir de tant de victoires, ce que rien n'effacera, ce qui vivra eternellement, c'est mon code civil"
هذه المقولة واردة في مؤلف: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق (التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام)، ص 15.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد)، الجزء الأول، ص 103.

الالتزام من قبل المدين، جاز للمتعاقد الدائن طلب فسخ العقد لإخلال المتعاقد المدين بتنفيذ التزامه، وتصفية الغرامة التهديدية على سبيل التعويض.

إن الإرادة وإن كانت في الأساس هي مناط الالتزامات التعاقدية على اعتبار أن الأصل في العقود التراضي، إلا أن الأمر يقتضي لزاما اعتراف القانون بقدرة الإرادة على الارتباط بإرادة أخرى لترتيب الآثار القانونية، بل يضع قواعد آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها، وهذه القواعد الآمرة تحمي المصلحة العامة، وهي تشكل في ذات الوقت ضوابط وحدود الإرادة من حيث قدرتها على ترتيب جميع آثار التصرف القانوني، وتحديد مضمون الالتزامات التعاقدية التي أصبح المشرع يتدخل في ذلك إلى درجة فرض مضمون العقد بحد ذاته، أي حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين.

فالمعمول به في الحياة العملية أن المتعاقدان بعد أن يتفقا على العناصر الجوهرية والأساسية في العقد، يتركان المسائل التفصيلية للقانون الذي ينظمها بقواعد مكمّلة لاتفاقهما مع مراعاة مصلحة المجتمع وقواعد العدل كلما اقتضى الأمر، ذلك ولا يعتد بهذا الصّدد بإرادة المتعاقدين[1].

فمبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود وتحديد مضمونها قد تراجع كثيرًا بدافع تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفي العقد وخاصة ما يتعلق بمضمون وآثار العقد الذي أصبح يخضع في مسائله إلى مبدأ العدل والمصلحة العامة والعرف وإلى القانون بحسب طبيعة الالتزام[2].

ثالثا: عدم كفاية الإرادة وحدها لإنشاء الالتزامات غير التعاقدية

لقد أصبح القول بأن الإرادة هي المصدر الوحيد لجميع الالتزامات غير التعاقدية لا أساس له من حيث الحجة والبيان، بل أن هذه الالتزامات غير التعاقدية تترتب على نقيض إرادة صاحبها كما هو الحال في الجريمة وما يشابهها من النظم إذ يترتب على الشخص الذي ارتكبها التزامًا بمقتضى القانون كون أنه

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 105، ويرى المؤلف أيضًا أن مبدأ حسن النية يفرض وجوده بخصوص مسألة تنفيذ العقد وموافقة المصلحة العامة، وإلا فإن علاقتهما التعاقدية لا تتسم بالعدل.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

ارتكب فعلا غير مشروع[1]، فإذا كانت الارادة ترغب في إتيان الفعل الضار غير المشروع بكل حرية وإدراك، إلاّ أنها لا ترغب بتاتًا في تحمّل الآثار التي يرتبها القانون والمتمثلة في جبر الضرر عن طريق التعويض الذي يكون أصلاً عينيًا، وإذا استحال ذلك كان التعويض بمقابل أو ما يعرف بالتعويض النقدي، وقد قررت المادة 124 من القانون المدني[2] ما يسمى الفعل المستحق للتعويض أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية من الناحية الفقهية، والتي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات في جانبه المادي وهو الإدراك والتمييز[3]، وفي جانبه المعنوي وهو الانحراف عن سلوك الرجل العادي، وإن الأثر الذي ترتبه المادة السالفة الذكر على هذا الفعل لا يكون فيه لإرادة المسؤول أي دخل، بل يكون على نقيض ما اتجهت إليه إرادته في تحمّل تبعة فعله الضّار.

كما ينسحب نفس الحكم والأثر على الحقوق التي يزعم أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن مصدرها الوحيد هو الإرادة سواء تعلق الأمر بنظام الملكية الذي له وظيفة اجتماعية تتجسد أساسًا في التضامن الاجتماعي ومراعاة حسن الجوار، أو بنظام الميراث إذ لا يعقل أنه نظام مبني على وصيّة مفترضة، ويثبت التاريخ بصفة قطعية أن الميراث سابق في وجوده عن الوصيّة، بل وأن الميراث وضعه المشرع لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ومصلحة الأسرة[4].

لقد أدى الغلّو في إرجاع جميع مصادر الحقوق والالتزامات إلى الإرادة حتمًا إلى ظهور اتجاهات تنازع في مبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة، وتتسم هذه الاتجاهات بالطابع الاجتماعي كردّة فعل

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 103، ويضيف المؤلف أن نظرية سلطان الإرادة وإن كانت تقف عائقًا في تقرير مسؤولية المجنون والطفل، إلا أن التشريعات الحديثة بدأت تأخذ بها وذلك لاعتبارات العدالة، وكذلك الأمر بالنسبة للمسؤولية المادية القائمة على عنصر الضرر لا الخطأ الذي يرتبط في الأساس بوجود إرادة حرة مدركة لحقيقة الفعل الصادر عنها.

2 تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررًا للغير، يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض".

3 يتحدد سن التمييز في القانون المدني الجزائري ببلوغ الشخص سن الثالثة عشر من عمره وذلك بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 42 التي تنص على أنه "يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

4 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 104، ويذكر ذات المؤلف بأن إرجاع كل النظم القانونية إلى إرادة الفرد لا يتفق تمامًا مع ما يصطلح عليه بالمراكز القانونية الثابتة، وإن كانت في أصلها ناتجة عن الإرادة، إلاّ أنها من حيث الأثر ليست وليدة الإرادة، بل المشرع هو الذي نظم أحكامها دون أن يحفل بإرادة المتصرف.

على الطابع الفردي المفرط لمبدأ سلطان الإرادة والتي تخضع في الأساس حسب هذه الاتجاهات لمبادئ العدالة، وحسن النيّة ضمن مقتضيات حماية النظام العام والآداب العامة[1]، كما أن إفراط المذهب الفردي في تقديس الحرية الفردية وجعل الإرادة الحرة المختارة مصدر جميع الالتزامات على اختلاف طبيعتها من جهة، والقول أن مبدأ سلطان الإرادة غاية في حدّ ذاته من جهة أخرى، انعكس ذلك في مجابهته من طرف خصوم المبدأ بالقول أن العدالة تسمو على الحرية الفردية والإرادة الحرة المختارة، وتبعا لذلك يجب عدم إعطاء الحق للحرية لتفادي تجاوزها ما يحقق التوازن بين مصالح الأفراد أو الاصطدام مع المصلحة العامة[2].

فالقانون يسعى لتنظيم سلوكات الأشخاص وعلاقاتهم فيما بينهم، وذلك تحقيقًا للعدل الاجتماعي الذي يبقى الغاية الأسمى من تدخل المشرع، وبخاصة في تنظيمه للعقود سواء بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، أو بالمصلحة الشخصية للمتعاقدين وفي ذلك يظهر أن الإرادة تكون عنصرًا أجنبيًا في احترام هذه الأحكام القانونية.

رابعًا: نقد نظرية العقد الاجتماعي

لقيت نظرية العقد الاجتماعي التي تعدّ من بين الأسس التي قام عليها المذهب الفردي استنادًا إلى مبادئ القانون الطبيعي من حيث أنه قانون ثابت من حيث الزمان والمكان وله طابع الديمومة والاستقرار انتقادًا شديدًا من خصومها[3]، ولعل من أبرز هذه الانتقادات أن هذه النظرية غير ثابتة من الناحية التاريخية من حيث وجود العقد الذي أبرمه الأفراد فيما بينهم. والذي بمقتضاه تنازلوا عن حريّاتهم لصالح

1 محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 42.
2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع لسابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 38، ويضيف المؤلف في ذات السياق أن الحرية الفردية في حقيقتها لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة لخدمة القيم العليا السائدة في المجتمع والعدالة والمصلحة الجماعية، وهي بذلك ليست كما يزعم أنصار مبدأ سلطان الإرادة، غاية أو هدفً في حد ذاتها.
3 نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 37.

الشعب، ومن ثمّ كان الشعب هو مصدر الشرعية القانونية التي تهدف في الأساس إلى تحقيق الصالح العام[1].

وقد ظهر المذهب الاشتراكي كرد فعل لمغالاة المذهب الليبرالي في اعتداده بالحرية الفردية والإرادة الحرة المختارة في مجال القانون، مع انكار فكرة أن كل ما هو عقدي مفيد وعادل بالضرورة، نظرا لما عرفه القانون الطبيعي من انتقادات من جهة، ومن جهة أخرى أن العقد الاجتماعي المدعى به لا وجود له في الأساس من حيث الواقع إذ لا يعدو أن يكون مجرد خيال أو وضع افتراضي لا أساس له من الصحة، وبالتالي لا يصلح أن يكون أساسًا للمذهب الفردي[2].

وقد كان مصير نظرية العقد الاجتماعي مرهونًا بمصير القانون الطبيعي من حيث الانتقادات الموجهة له بخصوص ميزته المتعلقة بالخلود والثبات، وذلك حسب منظور ومنطق أنصار القانون الطبيعي، وانتقدت هذه الميزة بربط القانون بالبيئة الاجتماعية التي تتغيّر عبر الزمان والمكان[3]، وأن اكتشاف القواعد المتعلقة بالقانون الطبيعي موكول للعقل البشري الذي يستنبطها مختلفة ومتباينة بحسب اختلاف الأشخاص القائمين باستخلاصها. وتبعًا لذلك يمكن القول أن جميع الانتقادات الموجهة للقانون الطبيعي من حيث ثباته عبر الزمان والمكان صالحة أن توجه أيضًا إلى نظرية العقد الاجتماعي في الأساس. وفي سبيل بعث القانون الطبيعي من جديد ظهر اتجاه فقهي بزعامة الفقيه الألماني ستاملر **(Stamler)** بصيغة القانون الطبيعي ذو المضمون المتغيّر، واتجاهًا فقهيًا آخر يمثل مذهب جمهور الفقهاء يرى أن وظيفة القانون الطبيعي تنحصر فقط في التوجيه المثالي للعدل[4].

1 إدريس فاضلي ، المرجع السابق، ص 159.
2 حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 53.
3 إدريس فاضلي ، المرجع السابق، ص 162، 163.
4 إدريس فاضلي ، نفس المرجع، ص 164.

والحاصل أن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في جانبه الفكري والإيديولوجي يرجع في الأساس إلى الغلو الذي اعترى المذهب الفردي إذ كان يقدس ويمجّد الفرد إلى غاية جعله هو الهدف الأسمى من التنظيم الاجتماعي، ولا يحده في ذلك سوى ما يقتضيه النظام العام السياسي أو التقليدي ذو الدور السلبي، لحماية مصلحة المجتمع، وإذا ما تدخل المشرع لتنظيم العلاقة التعاقدية فإن ذلك لا يكون إلا بقواعد مكملة لمساعدة المتعاقدين على تنظيم الجوانب المختلفة لعقدهما وليس على سبيل الإلزام، إذ يمكنهما مخالفة هذه القواعد باتفاق خاص بما يحقق مصلحتهما الفردية حسب إرادتيهما المشتركة.

الفرع الثاني: انتكاس الأساس الاقتصادي لمبدأ سُلطان الإرادة

إلى جانب انتكاس الأساس الإيديولوجي والفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة بسبب غلوه في تقديس الحرية الفردية وجعل الفرد غاية المجتمع وهدفه عرف أيضا أساسه الاقتصادي انتكاسا على أساس وجود تعارض بين الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية (أولا)، كما أن تحقيق مجموع المصالح الفردية لا يؤدي حتمًا ودائمًا إلى تحقيق مصلحة المجتمع (ثانيًا).

أولا: التعارض بين الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية

إن الحرية التعاقدية باعتبارها من أهم ركائز ومظاهر مبدأ سلطان الإرادة سواء في مظهرها الأساسي أو الثانوي، تعدّ في حدّ ذاتها الترجمة القانونية أو التخريج القانوني للحرية الاقتصادية التي تتصل حتمًا ودائمًا بعالم المال والثروة، والتي تقوم بدورها على المنافسة الحرة بين الأفراد الذين يتمتعون بنفس الحقوق والالتزامات في مجال الحرية التعاقدية، أي ما يصطلح عليه بالمساواة المجرّدة من وجهة نظر القانون.

إلا أن التطور الاقتصادي والاجتماعي أدى إلى وجود تفاوت اقتصادي واجتماعي ومعرفي حقيقي بين الأشخاص بمناسبة إبرام العقود، وبهذا الصدد يرى جانب من الفقه أن التطور الاقتصادي الذي كان سببًا في ذيوع النزعة الفردية في القرنين الثامن والتاسع عشر، كان في نفس الوقت هو السبب في انتكاس

مبدأ سلطان الإرادة، وذلك بعد قيام المصانع والشركات الضخمة وتنظيم العمال على خلفية عدم التوازن بين القوى الاقتصادية، وظهرت الاشتراكية كردّة فعل على النزعة الفردية خصوصًا وعلى النظام الليبرالي عمومًا وذلك لاعتبارات اجتماعية[1].

فتطبيق مبدأ سلطان الإرادة أدى إلى وجود حالات كثيرة من الظلم والجور في المجتمع، ذلك أنه إذا كان الأفراد متساوون من وجهة نظر القانون إلا أنه من حيث الفعل والواقع فهم غير متساويين من الناحية الاقتصادية، ومن ثم فأنه ليس من الصحيح أن كل شخص يملك حرية تامة وحقيقية في التعاقد أو عدم التعاقد[2].

لقد كانت حاجة الشخص الملحة للعمل من أجل تأمين لقمة العيش والحاجة إلى التنقل من مكان إلى آخر لغرض قضاء وتلبية حاجاته البعيدة عنه الدافع الأساسي والرئيسي لإبرام عقد عمل مع رب العمل وبشروط وضعت مسبقًا من قبل هذا الأخير في ظل عدم التوازن المالي للعقد، أو إبرام عقد مع الناقل مع فرض هذا الأخير لشروط وبنود العقد بإرادته المنفردة، وذلك في صورة إيجاب عام، ولا يمكن لهذا المسافر مناقشة هذه البنود قصد تعديلها أو إلغاء بعضها.

فتزايد حاجيات الفرد في تلك الفترة بصفة تبعية أدى إلى تغيّر الإنتاج الذي لم يعد انشغال الحرفي لوحده، بل أصبح انشغال الفئة القوية والغنيّة في المجتمع، وهذا ما أدى إلى وجود نوع من الطبقية بين فئة المنتجين والعمال من جهة، وبين الفئة المنتجة والطبقة المستهلكة من جهة أخرى، ممّا أدى إلى تنظيم الضعفاء لأنفسهم في تجمعات للدفاع عن مصالحهم وتدخل القانون لحماية الطبقة الضعيفة[3]. وبهذا

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 102، ويضيف المؤلف أن مبدأ سلطان الإرادة لم يكن قط محل انتقاد من الاشتراكيين، بل حتى ممن نادوا بنظرية التضامن الاجتماعي وغيرهم ممن لا يمتون بصلة بالمذهب الفردي.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 12، ويضرب المؤلف مثالا عن ذلك أن العامل في القرن التاسع عشر لم تكن له حرية اختيار في التعاقد أو عدم التعاقد مع رب العمل، بل كان مضطرًا إلى العمل وقبوله عقد عمل مقابل أجر زهيد وفي ظروف عمل سيئة.

3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 54.

الصدد يرى الفقيه جوسران أنه من الضروري إعطاء مفاهيم جديدة نظرًا للتحول الذي يشهده المجتمع من الناحية السياسية والاجتماعية الاقتصادية، بحيث يجب أن تستبدل المساواة ذات المفهوم المجرد بالمساواة الحقيقية الفعلية نظرًا للاعتبارات السابقة، إذ لابد أن يتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، كما أن المفاهيم القانونية تتبلور في مناخ فردي وجماعي إذا أصبحت الحرية العقدية دون مضمون بين الفئة القوية والفئة الضعيفة وهي في خدمة الفئة الأولى[1]، ويرى الأستاذ علي فيلالي –بحق– أن: "من انعكاسات العوامل الاقتصادية على نظرية الالتزام –مثلا– انهيار حرية التعاقد بسبب الاقتصاد الحر حيث أصبح المتعاقد القوي يملي شروطه على المتعاقد الضعيف، وهذا ما جعل المشرع يتدخل لتنظيم بعض العلاقات تجنبًا للتعسّفات المحتملة"[2].

كما يرى الأستاذ نبيل إبراهيم سعد أن سبب تزايد حالات عدم المساواة بين المتعاقدين وبخاصة من الناحية الاقتصادية سببه تاريخي وذلك عندما وضعت التقنينات الفرنسية بخصوص الحرية التعاقدية لم تكن صور عدم المساواة جلية وواضحة بصورة تلفت عناية نظر المفكرين الاقتصاديين، لأن العلاقات التعاقدية ذات الأهداف الاقتصادية كانت تقتصر على الأفراد فقط، ولكن مع بداية القرن التاسع عشر الذي شهد نهضة اقتصادية قوية وثورة صناعية لم يسبق لها مثيل، أصبحت صور عدم المساواة واضحة وظاهرة بجلاء، ومن ثم استحالة المفاوضات بين أطراف العقد بسبب احتكار الشركات العملاقة للسلع أو الخدمات بحكم الواقع أو القانون[3].

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 59.

2 علي فيلالي، نفس المرجع ، ص 8، ويضيف المؤلف: "أن الحرية العقدية شبه المطلقة التي نادت بها الثورة الفرنسية وجسّدتها جل الدساتير الغربية أصبحت تتقلص شيئًا فشيئًا مع مطلع هذا القرن"، ويضيف الأستاذ نبيل إبراهيم سعد في هذا الصدد: "أنه عندما أكد الفقيه Fouillé بأن "من قال عقدا قال عدلا " فقد كتب اهرنج Ihring في هذا الصدد: " أن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلاً، معناه إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات، مع منحهم الحق في أخذ كل ما تقع عليه أيديهم"، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 40.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 39.

ويظهر من هذا الجانب بوضوح أن واضعوا التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 قد تصوّروا الحرية التعاقدية بما تقتضيه من حرية ومساواة بصفة مطلقة إذ كانت تعكس الواقع الاقتصادي في مجالات العقد واقتصرت على المعاملات التعاقدية بين الأفراد بما يتضمن حتما الحرية والمساواة القانونية مجسّدة من الناحية الواقعية.

إلا أنه مع التطور الاقتصادي الحاصل أدى إلى إبرام عقود بين فئة المنتجين والحرفيين ذوي الكفاءات والمهارات العلمية والعملية العالية من جهة، وفئة العمال والمستهلكين من جهة أخرى، وهم الضعفاء بحكم وضعهم الاقتصادي والاجتماعي والمعرفي والثقافي عمومًا، مما جعل من الحرية التعاقدية وسيلة في يد الأثرياء لاستغلال الفئات الضعيفة بدافع الحاجة إذا أصبحت وسيلة تخدم مصالح الأقوياء والأثرياء فقط.

والحاصل أن هذا السبب التاريخي الذي ذكره الدكتور نبيل إبراهيم سعد هو الذي جعل جانب من الفقه الجزائري يرى: " أن المشرع لم ينشغل بسبب ذلك إلا بسلامة الرضا دون اعتبار لتعادل الالتزامات التي يرتبها العقد، فطالما يلتزم المتعاقد بإرادته الحرة ورضاه سليمًا خال من كل عيب، فله أن يلتزم بما شاء وبالثمن الذي يريد ولو كان غيره يرى في ذلك غبن، وهي من الاعتبارات التي جعلت المشرع يقرّ صحة العقد الاحتمالي وعقد الإذعان ويستبعد الغبن كشرط لصحة العقد"[1].

فارتباط القانون عموما ونظرية العقد خصوصا بالظروف والمستجدات الاقتصادية والاجتماعية يؤدي لزوما إلى ضرورة مواكبة التطور الفكري والحضاري الحاصل في المجتمع وهوما يجعل منه أي القانون حقيقة نسبية لا حقيقة مطلقة [2].

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 53.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (مقدمة في القانون)، ص 13.

غير أن هذه المواكبة لا ينبغي أن تمس بالأمن والإستقرار القانوني الذي يجب أن يسود في المجتمع، ولعل القضاء كفيل بتحقيق ذلك من خلال قراءاته المرنة للنصوص القانونية بما يكفل ضمان الفصل في الخصومات القضائية بما يحقق الغاية من السياسة التشريعية في مبادئها العامة.

ثانيا: تعارض تحقيق المصلحة الاجتماعية مع المصلحة الفردية

لقد كان الاعتقاد السابق في ظل المذهب الفردي وتصوّراته، وتجسـيدًا لمبـدأ سلطان الإرادة بما يقتضيه من تحقيق لمصلحة المتعاقدين من الناحية الاقتصادية أنه يؤدي حتمًا وبصورة تلقائية إلى تحقيق المصلحة العامة، على اعتبار أن هذه الأخيرة ليست في حقيقتها إلا مجموع المصالح الخاصة[1].

فالتطوّر الذي عرّفه المجتمع وبخاصة في مجاله الاقتصادي، أدى في بعض الحالات إلى سعي الأفراد لتحقيق النشاطات التي تعود عليهم بربح أكبر دون الاكتراث بتحقيق المصالح التي تكون أكثر نفعية للمجتمع[2].

فأنانية الفرد باعتبارها من طبعه تدفعه إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من مصالحه دون الاعتداد أو الإهتمام بمصلحة المجتمع، وقد تكون أحيانًا مصالحه غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام وهذا هو سبب إقرار قاعدة المشروعية بعدم جواز مخالفة تعاملات الأشخاص المالية للنظام العام تحت طائلة البطلان المطلق باعتباره الجزاء المدني، أو تحت طائلة المتابعة الجزائية عندما تتحقق قاعدة الشرعية الجنائية أو الركن الشرعي للجريمة. ويعدّ النظام العام والآداب العامة من بين الحدود الرادعة للحرية التعاقدية، إذ لا يجوز للأشخاص المساس بالنظام العام، وللقاضي في سبيل حماية النظام العام إثارة هذه المسائل من تلقاء نفسه، وعلى مستوى أي درجة من درجات التقاضي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى القضائية.

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص40.
2 نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص40.

كما أنه والسائد في منطق المذهب الفردي أن التوازن الاقتصادي يتحقق بصورة آلية عند الاحتكام إلى قانون العرض والطلب وذلك بتطويع الثمن للقيمة والإنتاج للحاجات، مع اشتراط ضرورة وجود سوق للمنافسة الحقيقية الكاملة، ولكن الواقع يثبت وجود تحالفات بين التجار لضرب المنافسة وتدمير الحرية الاقتصادية نفسها بنفسها[1].

لقد افرز الواقع طرق جديدة للتعامل بسبب التطور التكنولوجي والتقني قصد استغلاله في المعاملات الاقتصادية ونظرًا للحجم الكبير الذي يعرفه الإنتاج للمصانع الكبرى، ليتولى تسويق المنتجات أشخاصًا أخرى غير تلك المنتجة، وبالتالي أصبحت العلاقة تعاونية بين المنتجين والقائمين بالخدمة لما بعد الإنتاج في حين كانت تربطهم من قبل علاقات ذات مصالح متضاربة[2].

فالتصوّر الفكري الذي كان قائمًا في ظل المذهب الفردي والذي يرتبط بفكرة أساسية في مجال الاقتصاد مؤداها أن المصلحة العامة تتحقق تلقائيًا وآليًا بمجرد تحقيق مجموع المصالح الفردية، أثبت الواقع عدم صحّته بصفة شبه مطلقة وفي جل الحالات، وذلك نظرًا لاستئثار الأفراد بتحقيق مصالحهم الاقتصادية على حساب مصالح فئة المنتجين مع فئات تستكمل عملهم، بما يوحي بالتعاون بين هؤلاء وهو ما يستدعي تدخّل المشرع بنصوص قانونية آمرة تهدف إلى حماية المصلحة الاجتماعية عند تعارضها مع المصلحة الخاصة أحيانًا، بل وتعارض المصالح الخاصة فيما بينها عندما لا يوجد هناك توازن بين مراكز الأطراف المتعاقدة ذاتها، وحسب جانب من الفقه وعلى إثر هذه المعطيات الجديدة

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص40، إلا أن ذات المؤلف يعقب ويستطرد قائلاً أن هذا لا يعني البتة أن حرية الإرادة لم يعد لها أي دور، بل يبقى لها دور في ذلك ولكن ليس بصورة مطلقة إذ مازالت هي الأصل كونها تؤدي إلى نتائج عادلة ومفيدة في الأعم الأغلب، غاية ما في الأمر لابد من تقييدها عندما لا تحقق التوازن بين المصالح الخاصة أو تخالف المصلحة العامة.

2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 57.

أصبح يعتد بالمساواة الحقيقية الفعلية بدل المساواة القانونية المجردة، وهذا من الناحية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية[1].

أما بخصوص التعارض بين القوة الملزمة للعقد والعدالة العقدية، فإنه يحدث أحيانا في مرحلة تنفيذ العقد بأن يختل التوازن بين الأداءات المالية لأطراف العقد، بسبب تغيّر مفاجئ في الظروف الاقتصادية – أي ظهور مستجدات اقتصادية تجعل التزام المدين مرهقا إذ أن تنفيذه يهدده بخسارة فادحة– كأن ترتفع الأسعار نتيجة حرب[2]، ومن ثم طرح السؤال التالي: هل من العدالة تنفيذ العقد على حاله بالرغم من حدوث هذا المستجد الاقتصادي الطارئ؟، إذ ينبغي في مثل هذه الأوضاع والظروف ألاّ تكون القوة الملزمة للعقد عقبة تقف في وجه تحقيق العدالة العقدية بعدم تمكين القاضي من إعادة التوازن وذلك بإرجاع الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3]، وما تجدر إليه الإشارة بهذا الصدد أنه ينبغي أن تكون العدالة العقدية من الغايات الأساسية للقانون، وذلك بتدخل المشرع بنصوص آمرة تهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد ولو كان على حساب القوة الملزمة للعقد، والذي يعدّ أثرًا جوهريًا وأساسيًا للنزعة الفردية عمومًا، ومبدأ سلطان الإرادة في نظرته المقدسة والمفرطة للحرية الفردية، وما يترتب عليها بوجوب احترام الالتزامات الناشئة عن العقد، ومن ثمّ يتقرّر للقاضي بمقتضى هذه النصوص القانونية الآمرة سلطة تعديل العقد تحقيقًا للعدالة التعاقدية[4].

والخلاصة أن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة يعني أساسًا انتكاس الأساسين الإيديولوجي والاقتصادي اللذان يقوم عليهما المبدأ، وإن هذه العوامل قلّصت كثيرًا من المبادئ التي أقرتها النظرية التقليدية للعقد،

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 60، وحسب ذات المؤلف كانت هذه المعطيات وراء التشريع لخاص بعقود الإذعان، طبقا للمادة 70 من القانون المدني، بينما تقرر المادتان 110 و112 سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وتأويل العبارات الغامضة في هذه العقود.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 41.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، نفس الصفحة..

4 للمزيد من التفصيل بشأن هذه النقطة أنظر: حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996.

وهذا ما جعل أصحاب المذهب الفردي أنفسهم ينددون بالأزمة التي لحقت العقد ومبادئه[1]، وهذا ما يبيّن بوضوح ضرورة إعادة ضبط المفاهيم والمبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة من حيث محاولة إيجاد التوازن بين حماية مصالح الأفراد أنفسهم مع المصلحة العامة للمجتمع.

المطلب الثاني: النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي في العقود

اعتنى فقه الشريعة الإسلامية بنظرية العقد على أساس أنها تمثل المجال الخصب للمعاملات المالية خصوصا وأداة لها، وذلك في إطار نظرة موضوعية راقية ومتميزة سعت من خلالها إلى تحقيق التوازن بين أطراف العقد. فاهتمت بحماية المتعاقد الضعيف من جهة (الفرع الأول)، كما اعتنت بالجانب الأخلاقي في المعاملات العقدية من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف في العقد

يمر العقد بمرحلتين، مرحلة انعقاده والتي أولاها الفقه الإسلامي اهتماما بالغا لحماية رضا المتعاقد (أولا)، ومرحلة تنفيذ العقد وهي لا تقل أهمية عن مرحلة إبرامه، بل هي الأهمّ والغاية من العقد لتحقيق تبادل المصالح والمنافع بين أطراف العقد، حظيت هي الأخرى باهتمام وعناية الفقه الإسلامي (ثانيًا).

أولا: حماية الطرف الضعيف أثناء إبرام العقد

من أهم مظاهر الحماية للطرف الضعيف أثناء مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي منع استغلال أحد المتعاقدين للآخر، وذلك في إطار حماية رضا المتعاقد (1)، كما دأب الفقه الإسلامي على مواجهة الغرر في العقود على اعتبار أن ذلك يدخل ضمن أكل الأموال بالباطل(2).

1- منع استغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر

حرصت الشريعة الاسلامية أشد الحرص على منع استغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر تفاديا للتعدي

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 57، 58.

على الأموال، وفي هذا الصدد يقول تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٣٠﴾[1].

قال ابن كثير في تفسير هذه الآية: " يقول تعالى ناهيًا عباده المؤمنين عن تعاطي الربا وأكله أضعافًا مضاعفة كما كانوا في الجاهلية يقولون: إذا حلّ أجل الدين، إما أن تقضي وإما أن تربي، فإن قضاه، وإلاّ زاده في المدة، وزاده الآخر في القدر، وهكذا كل عام فربما تضاعف القليل حتى يصير كثيرًا مضاعفًا وأمر تعالى عباده بالتقوى لعلّهم يفلحون في الأولى والآخرة[2]".

و الحكمة من تحريم الربا في الشريعة الإسلامية أنّ فيه أكل لأموال الناس دون وجه حق، ولأن المرابي يأخذ منهم الربا من غير أن يستفيدوا في المقابل من أي شيء، كما أن فيه إضرار بالفقراء وذوي الحاجة، وهو وجه من أوجه قطع المعروف بين الناس، وسد باب القرض الحسن، وتعطيل المكاسب والتجارب والحرف والصناعات التي لا غنى للصالح العام عنها[3]، وربطا باستغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر، فإن المقرض يستغل عدم قدرة المقترض له بمقتضى العقد على سداد الدّين، فينقلب هذا الدّين على المدين فيضاف له في الأجل نظير أن يدفع مبلغ الدّين مع مبلغ آخر دون بذل جهد أو تقديم عمل من المقرض، فيزداد مال هذا الأخير دون جهد وعناء، وهذا من باب أكل المال بالباطل، وقد نهى الله عزّ وجل عن ذلك في قوله:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً

1 سورة آل عمران، الآية 130.

2 تفسير ابن كثير، للإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، الجزء الثاني، دار نور الكتاب، الجزائر، 2007، ص 84، أنظر أيضا: سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد الأول، الاجزاء 1-4، دار الشروق، بيروت، الطبعة 32، 2003، ص 457 ومايليها، الإمام الحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1439، المملكة العربية السعودية، ص 435 ومايليها.

3 صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، الجزء الأول والثاني، دون ذكر دار نشر، دون ذكر بلد نشر، دون ذكر سنة نشر، ص 32. ويضيف المؤلف أن أصل الربا في الجاهلية هو قلب الدّين على المعسر –ربا النسيئة إلى جانب النوع الثاني من الربا وهو ربا الفضل- إذ أن الرجل على الرجل المال لأجل، فإذا حل هذا الأخير –أي الأجل- فإن وفاه الدين برأت ذمته، وإلا زاد له الأجل، وزاد له الآخر في المال، فيضاعف المال في ذمة المدين.

عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩﴾[1]. إذ ينهى الله عزّ وجل عباده المؤمنين من أن يأكلوا أموالهم بينهم بالباطل، أي بالمكاسب التي لا تعد شرعية، وما يقع في ذلك من أنواع الحيل، وإن ظهرت في غالب الحكم الشرعي مما يعلم الله أن متعاطيها إنما يريد الحيلة على الربا[2].

في سياق الحكم الشرعي، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي لقوله عليه الصلاة والسلام: "لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ"، وفي رواية أخرى: "لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ يرزق الله بعضهم من بعض"[3]، وفي تفسير هذا الحديث يقول الأمام النووي أنه يتضمن حكم بيع الحاضر للبادي وهو التحريم وبه قال الشافعي والأكثرون، والمراد به: "أن يقدم غريب من البادية أو من بلد آخر، بمتاع تَعُمَّ الحاجة إليه، لبيعه بسعر يومه، فيقول له بلديٌّ: اتركه عندي لأبيعه على التدريج بأعلى، قال أصحابنا: إنّما يحرم لهذه الشروط، وبشرط أن يكون عالما بالنّهي، فلو لم يعلم النّهي، أو كان المتاع ممًا لا يحتاج إليه في البلد، ولا يؤثر فيه لقلّة المجذوب لم يحرّم، ولو خالف وباع الحاضر للبادي صحّ البيع مع التحريم"[4].

وتظهر علّة تحريم هذا النّوع من البيع في استغلال حاجة الإنسان لحاجة الجماعة والفرد في نفس الوقت، ممّا يجعل السلعة تكون ذات سعر مرتفع وذلك من باب التعسير و التضييق على الناس في قضاء حاجاتهم، وتحقيق مصالحهم وبلوغ منافعهم.

كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم أن تتلقّى السلع حتى تبلغ الأسواق[5]، وفي تفسير حكم النهي بهذا الصّدد، يقول ابن كثير: "أن الشرع ينظر في مثل هذه المسائل إلى مصلحة الناس، والمصلحة

---

1 سورة النساء، الآية 29.
2 تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ص 193، أنظر أيضا: الإمام الحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، المرجع السابق، ص 176 ومايليها.
3 صحيح مسلم، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم 1520 - 18.
4 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الإمام أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النّووي، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، دمشق سوريا، 2015، ص 286.
5 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقّي الجَلَبِ، رقم1517-14.

تقتضي أن ينظر للجماعة على الواحد، لا للواحد على الواحد، فلما كان البادي إذا باع لنفسه انتفع جميع أهل السوق واشتروا رخيصًا، فانتفع به جميع سكان البلد، نظر الشرع لأهل البلد على البادي، ولمّا كان في التلقّي إنما ينتفع المتلقّي خاصة، وهو واحد في قبالة واحد، لا سيّما وأنه لم يكن في إباحة المتلقي مصلحة، وينضاف إلى ذلك علّة ثانية، وهو لحوق الضّرر بأهل السوق في انفراد المتلقي، فنظر الشرع لهم عليه، فلا تناقض بين المسألتين، بل هما متفقتان في الحكمة والمصلحة"[1].

2- منع الغرر في العقود

نهى الله عزّ وجل عن أكل مال اليتيم لما فيه من ظلم وجور وذلك بهدف الحفاظ على ماله، وقد ورد ذلك في قوله تعالى﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ۚ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾[2]، أي لا يتم التصرّف في مال اليتيم إلاّ بالغبطة[3].

ويقول الله تعالى أيضًا بخصوص مال اليتيم: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾ ﴾[4]،

وقد ورد أيضا في تفسير ابن كثير: "أي الذي تعاهدون عليه الناس والعقود التي تعاملونهم بها، فإن العهد والعقد كل منهما يسأل صاحبه عنه"[5].

---

1 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للإمام أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، مؤسسة الرسالة، ناشرون، الطبعة الأولى ، دمشق، سوريا، 2015، ص 284.

2 سورة الإسراء، الآية 34.

3 تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ص 55، والغبطة: " أن يكون لليتيم سهم مشاع من عقار يرغب فيه الشريك ليعمل له الملك، فيبذل فيه أكثر من ثمنه، أو يكون له عقار محوز يرغب فيه الجار أو غيره لعرض حصته، فيزيد في ثمنه زيادة ظاهرة لا يجدها الولي من غيره ولا في ما بعد وقته فهذا غبطة ينبغي للولي أن يظفر بها فيأخذها لليتيم، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الخامس، ص 322، أنظر أيضا في تفسير الآية: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، المجلد التاسع، الجزء الخامس عشر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2013، ص 107 وما يليها، محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المجلد السادس، الجزء الثالث عشر، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دون ذكر سنة نشر، ص 96 ومايليها.

4 سورة النساء، الآية 6.

5 تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ص 55.

وقد أمر الله عزّ وجل استيفاء الكيل في قوله سبحانه وتعالى﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ إِذَا كِلۡتُمۡ وَزِنُواْ بِٱلۡقِسۡطَاسِ ٱلۡمُسۡتَقِيمِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلٗا ٣٥﴾[1]، أي عدم التطفيف في الكيل وعدم تبخيس الناس أشياءهم، واستعمال الميزان المستقيم الذي لا اعوجاج فيه ولا انحراف ولا اضطراب فيه، وذلك خير للعباد في معاشهم ومعادهم[2].

كما نهى النبي صلّى الله عليه وسلم عن بطلان بيع المبيع قبل القبض لقوله عليه الصلاة والسلام: "من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتّى يستوفيه"، وفي رواية أخرى: "من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه"[3]، ولذلك يجب على المسلمين التقيّد بهذا، فإذا اشترى مسلم سلعة، فلا يتصرف فيها بالبيع أو غيره حتى يقبضها قبضًا تامًا، وهذا ما يتجاهله كثير من الناس أو يتساهلون فيه، فيقومون بشراء السلع ثم يبيعونها دون قبضهم من البائع السلعة أصلاً، أو قبضوها ناقصة مما يعد قبضًا غير صحيح[4].

وكذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر[5]، وفي تفسير النّهي عن بيع الغرر قيل: "أما النهي عن بيع الغرر، فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ولهذا قدّمه مسلم رحمه الله، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع الآبق، والمعدم، والمجهول، وما لا يُقدر على تسليمه، وما لم يتمّ ملك البائع عليه، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصُّبرة مبهمًا، وبيع ثوب من أثواب، وشاه من شياه، ونظائر ذلك. وكل هذا بيعه باطل، لأنه غرر من غير حاجة. وقد يحتمل بعض الغرر تبعًا إذا دعت إليه حاجة، كالجهل بأساس الدار، وكما إذا باع الشاة الحامل واللبن في ضرعها، فإنه يصح البيع، لأن الأساس تابع للظاهر من الدار، ولأن الحاجة تدعوا إليه، فإنّه لا يمكن رؤيته، وكذا القول في حمل الشاة ولبنها"[6].

---

1 سورة الإسراء، الآية 35.
2 تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ص 55، أنظر أيضا: محمد بن جرير الطبري، المرجع السابق، ص 108.
3 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم 1525-2.
4 صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، المرجع السابق، ص 30، 31.
5 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، 1513-4.
6 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 274.

أجمع المسلمون على أن الأشياء التي فيها غرر حقير يجوز بيعها ومنها: الإجماع على صحة بيع الجبّة المحشوة وإن لم ير حشوها، ولو بيع حشوها بانفراده لم يجز، وكذا جواز إجارة الدار والدابة والثوب ونحو ذلك شهرًا، مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يومًا، وقد يكون تسعة وعشرين، ودخول الحمام بالأجرة، مع اختلاف الناس في استعمالهم للماء وقدر مكثهم[1].

ثانيًا: حماية الطرف الضعيف أثناء تنفيذ العقد

أولى القفه الإسلامي أهمية كبيرة في مجال حماية الطرف الضعيف في العقد في مرحلة تنفيذه على غرار مرحلة إبرامه، ويظهر ذلك في العديد من مظاهر الحماية، ومن أهمها:

1- وضع الجوائح في الزروع والثمار

ورد في شرح الجوائح: "جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها، وهي مأخوذة من الجوح وهو الاستئصال"[2].

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تزهي (أي تحمرّ)، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أرأيت إذ منع الله التمرة بِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه؟"[3].

وقد قيل بخصوص مقدار الحجم التالف من الغلة أنه: "إذا كان التالف يسيرا لا ينضبط، فإنه يفوت على المشتري، ولا يكون من مسؤولية البائع، لأن هذا ما جرت به العادة، ولا تسمى جائحة، ولا يمكن التحرّز منه، كما لو أكل منه الطير وتساقط في الأرض ونحو ذلك، وحدده بعض العلماء بما دون الثلث، والأقرب أنّه لا يتحدد بذلك بل يرجع فيه إلى العرف، لأن التحديد يحتاج إلى دليل، وقد علل العلماء رحمهم الله تعالى تضمين البائع جائحة التمر، بأن قبض التمرة على رؤوس الشجر بالتخلية قبض غير تام، فهو كما لو لم يقبضها، هذا ما يتعلق بتلف التمرة بجائحة سماوية.

1 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 275.
2 الملخص الفقهي، المرجع السابق، ص 53.
3 صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، 2198-87.

أما إذا تلفت بفعل آدمي، بنحو حريق، فإنه حينئذ يخيّر المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بما دفع من الثمن، ويرجع البائع على المتلف فيطالبه بضمان ما أتلف وبين إمضاء البيع ومطالبة المتلف ببدل ما أتلف[1]، وفي رواية أخرى لصحيح مسلم قال صلى الله عليه وسلم: "لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه الآفة، قال: يبدو صلاحته حمرته وصفرته"[2].

ورد في صحيح مسلم أنه: "حدّثه غير واحد من أصحابه قالوا حدثنا اسماعيل بن أبي أويس حدّثني أخي عن سليمان –وهو ابن بلال– عن يحيى بن سعيد عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن أن أمّه عمرة بنت عبد الرحمن قالت سمعت عائشة تقول سمع رسول صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا أفعل، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما فقال: "أين المتألي على الله لا يفعل المعروف". قال أنا يا رسول الله فله أيّ ذلك أحب"[3].

وقيل في تفسير قوله صلى الله عليه وسلم: "أين المتألي على الله لا يفعل المعروف"؟ ". قال أنا يا رسول الله، وله أيُّ ذلك أحبُّ "المتآلي" الحالف، والأَلِيَّة: اليمين، وفي هذا كراهة الحلف على ترك الخير وإنكار ذلك، وأنه يستحب لمن حلف لا يفعل خيرًا، أن يحنث فيكفّر عن يمينه، وفيه الشفاعة إلى أصحاب الحقوق وقبول الشفاعة في الخير"[4].

وفي حديث لرسول صلى الله عليه وسلم في صحيح مسلم ورد أنه: "حدثنا حرملة بن يحيى: أخبرنا عبد الله بن وهب: أخبرني يونس، عن ابن شهاب: حدّثني عبد الله بن كعب بن مالك أخبره عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدر دينا كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله صلى الله

1 الملخص الفقهي، المرجع السابق، ص 54.
2 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، 1534-51.
3 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.، 1557-19.
4 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 356.

عليه وسلم حتى كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك، فقال: "يا كعب" فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دَيْنِكَ، فقال كعبٌ: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قم فاقضِهِ"[1].

ورد في تفسير هذا الحديث: "جواز المطالبة بالدين في المسجد، والشفاعة إلى صاحب الحق، ولا إصلاح بين الخصوم، وحسن التوسط بينهم، وقبول الشفاعة في غير معصية، وجواز الإشارة واعتمادها لقوله: "فأشار إليه بيده أن ضع الشّطر"[2].

2- **الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**

قيل في معنى هذه القاعدة الفقهية ومدلولها: "إن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، ولا بد من ارتكاب أحدهما، فيحتمل الضرر الأخف ويرتكب ولا يرتكب الأشد، لأن في ارتكاب الضرر –وهو مفسدة– مباشرة للحرام، وفعله لا يجوز إلا لضرورة، ولما كانت الضرورة به ولا يرتكب الأشد، لأنه لا ضرورة في حق الزيادة"[3].

3- **درء المفسدة أولى من جلب المنفعة**

قيل في تفسير هذه القاعدة الفقهية أنّه: "إذا تعارضت مفسدة ومصلحة أو مضرّة ومنفعة، فرفع المفسدة يقدم في الغالب إلاّ أن تكون المفسدة مغلوبة، وذلك لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات، لما يترتب على فعل المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النّهي"[4].

---

1 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، 1558-20.

2 المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، ص 357.

3 موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، الأقسام الخامس، السادس، السابع، دار الرسالة العالمية، سوريا، الطبعة الثالثة، 2015، ص 253. ويورد المؤلف مثالا لهذه القاعدة في إجبار المدين القادر على قضاء دينه، وكذلك الإجبار على النفقة الواجبة كنفقة الزوجة غير الناشزة، ونفقة معتدة الطلاق، ونفقة الطفل الفقير على أبيه، والبنت البالغة والإبن البالغ الزمن والأعمى، ونفقة الأصول الفقراء على الفروع الموسرة، ويضيف جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الولد إذا كان ترجى حياته.

4 موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزّي، القسمان الثالث والرابع، دار الرسالة العالمية، سوريا، الطبعة الثالثة، 2015، ص 315. ويورد المؤلف مثالا لهذه القاعدة في مسألة تحريم الربا والزنا وبيع الخمور مع أن فيها منافع لأهلها، ولكن المضار الناتجة عنها أشد وأعظم، أما المسائل المستثناة من هذه القاعدة=

4- الضرورات تبيح المحظورات

ورد في تفسير هذه القاعدة الفقهية أنّه: "إن الممنوع شرعًا يباح عند الحاجة الشديدة –وهي الضّرورة– لكن بشرط أن لا تقل الضرورة عن المحظور"[1].

الفرع الثاني: أخلقة المعاملات العقدية

من أسرار كمال الشريعة الإسلامية –باعتبارها منهاج حياة ودين– في تنظيمها للمعاملات المالية بين الأشخاص ربطها لهذا الجانب بالعقيدة والاستقامة، فالمؤمن الذي هو على استقامة على دين الله عزّ وجل الإسلام يقطف ثمار استقامته في الدنيا والآخرة، بل وأن استقامة المؤمن وصحة عقيدته وإيمانه لابد أن تنعكس على أقواله وبصفة خاصة على أفعاله، وهذا ما يعرف بسلطان الشرع وهو على مراتب ثلاث: الإسلام والإيمان والإحسان، ولقد عنى الفقه الإسلامي في مجال المعاملات المالية بين الأشخاص بوجوب التحلي بالأخلاق الحسنة والحميدة وأهمها مبدأ حسن النية والالتزام به على اعتبار أنه قيمة عقائدية وإيمانية (أولاً)، وتجنّب مختلف مظاهر الغش (ثانيًا).

أولا: الالتزام بحسن النية في المعاملات المالية بين الأشخاص

نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع المسلم على بيع أخيه، فقال: "لا يبع بعضكم على بيع بعض"[2] وفي حديث آخر قال عليه الصلاة والسلام: لا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة

=حسب نفس المؤلف: هجرة المرأة المؤمنة من بلاد الكفار إلى بلاد الإسلام ولو لم تجد محرمًا، حفاظًا على دينها ومنها أيضًا: المتحيرة التي ليس لها عادة في الحيض قالوا عليها صلاة الفرائض أبدًا احتياطا لمصلحة الصلاة، ولم تحط لدرء المفسدة الحاصلة من الصلاة مع الحيض.

1 موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث الغزّي، الأقسام: الخامس، السادس، السابع، دار الرسالة العالمية، سوريا، الطبعة الثالثة، 2015، ص 263. ويورد المؤلف مثالا لهذه القاعدة الفقهية فيما إذا وجد رب الدين مالا للمدين الممتنع عن أداء الدين فله أخذ مقدار دينه إذا ظفر بجنس حقه، وكذلك جواز دفع الصائل من إنسان أو حيوان، ولو أدى ذلك الدفع إلى قتله، إن لم يمكن الدفع بدونه.

2 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية، 1514-7.

أخيه إلاّ أن يَأْذَنَ له"[1]، ومن باب أولى لا يسُم المسلم على سوم أخيه إذ قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يسم المسلم على سوم أخيه"[2].

ورد في تفسير هذه الأحاديث الشريفة، فيما يخص بيع المسلم على بيع أخيه: "مثاله: أن يقول لمن اشترى شيئًا في مدة الخيار: افسخ هذا البيع وأنا أبيعك مثله بأرخص من ثمنه، أو أجود منه بثمنه، ونحو ذلك، وهذا حرام، ويحرم أيضًا الشراء على شراء أخيه، وهو أن يقول للبائع في مدة الخيار: افسخ هذا البيع وأنا أشتريه منك بأكثر من هذا الثمن ونحو هذا"[3]

وأما سوم المسلم على سوم أخيه فقد قيل في تفسيره:" فهو أن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيها على البيع، ولم يعقداه فيقول آخر للبائع: أنا أشتريه، وهذا حرام بعد إستقرار الثمن، وأما السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد، فليس حرام"[4]. أما الخطبة على خطبة أخيه فهو حرام بالإجماع إذا كان قد صرّح للخاطب بالإجابة، ولم يأذن ولم يُترك، فلو خطب على خطبته وتزوّج والحالة هذه عصى، وصح النّكاح ولم يُفسخ... أما إذا عُرَّض له بالإجابة ولم يُصرَّح، ففي تحريم الخطبة على خطبته قولان للشافعي: أصحّهما لا يحرم. وقال بعض المالكية: لا يحرم حتى يرضوا بالزواج ويسمّى المهر، واستدلوا لما ذكرناه من أن التحريم إنما هو إذا حصلت الإجابة بحديث فاطمة بنت قيس فإنها قالت: "خطبني أبو جهم ومعاوية، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم خطبة بعضهم على بعض، بل خطبها لأسامة"[5].

وقيل: "أجمع العلماء على منع البيع على بيع أخيه، والشراء على شرائه، والسوم على سومه، فلو خالف وعقد، فهو عاصٍ، وينعقد البيع، هذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وآخرين، وقال داود: لا ينعقد.

1 صحيح مسلم، المرجع السابق ، 1514-8.
2 صحيح مسلم، المرجع نفسه ، 1514-9.
3 أبي زكريا الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 278.
4 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع نفسه ، ص 278، 279.
5 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع نفسه ، ص 41.

وعن مالك روايتان كالمذهبين، وجمهورهم على إباحة البيع والشراء فيمن يزيد وبه قال الشافعي، وكرهه بعض السلف"[1].

أما النّجشُ فهو: "أن يزيد في ثمن السلعة لا لرغبة فيها، بل ليخدع غيره، ويغرّه ليزيده ويشتريها، وهذا حرام بالإجماع، والبيع صحيح، والإثم مختص بالناجش إن لم يكن يعلم به البائع، فإن واطأه على ذلك أثما جميعًا، ولا خيار للمشتري إن لم يكن من البائع مواطأة، وكذا إن كانت في الأصحّ، لأنه قصّر في الاغترار، وعن مالك رواية أن البيع باطل، وجعل النهي عنه مقتضيًا للفساد".[2]

إن من بين أبرز مظاهر حسن النية التحلي بالصدق والبيان في المعاملات كالبيع، وفي هذا الشأن يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخِيّار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبيّنا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"[3].

كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الحلف في البيع لقوله صلى الله عليه وسلم: "الحَلِفُ مَنْفَقَةٌ للسلعة مَمْحَقَةٌ للرِبح"[4]، وفي حديث آخر للنبي صلى الله عليه وسلم: "إيَّاكم وكثرة الحَلِفِ في البيع فإنه يُنفِّقُ ثُمَّ يَمْحَقُ"[5].

وقيل في تفسير الحديث الأول:"بيّن كل واحد لصاحبه ما يحتاج إلى بيانه من عيب ونحوه، في السلعة والثّمن وصدق في ذلك، وفي الإخبار بالثمن وما يتعلق بالعِوصَين، ومعنى "مُحقت بركة بيعهما" أي ذهبت بركتُه، وهي زيادته ونماؤه"[6].لذلك وجب على المسلم تحرّي الصدق وبيان الحقيقة، فالنبي صلى صلى الله عليه وسلم يخبر أن الصدق في البيع والشراء من أسباب البركة، وأنّ الكذب من أسباب محق

1 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق ، ص 279.
2 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.
3 صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، 1532-47.
4 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن الحِلفِ في البيع، 1606-131.
5 صحيح مسلم، المرجع نفسه، 1607-132.
6 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص 301.

البركة، فالثمن وإن قلّ مع الصدق يبارك الله فيه، وإن كثر الثمن مع الكذب، فهو ممحوق البركة لا خير فيه[1].

كما قيل في تفسير الحديث عن النهي عن الحلف في البيع أنه مطلقا فإن كان كذبا فهي كراهة تحريم، وإن كان صدقا فتنزيه. وفي السنن من حديث قيس بن أبي غرزة بفتح المعجمة والراء والزاي مرفوعًا "يا معشر التجار إن البيع يحضره اللّغو والحلف فشوبوه بالصدقة"[2].

ثانيًا: تجنّب مختلف مظاهر الغش

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاحتكار في الأقوات فقال صلى الله عليه وسلم: "من احتكر فهو خاطئ"[3].

قيل في تفسير هذا الحديث النبوي الشريف أنه: "الخاطئ هو العاصي بالإثم، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار... ومثاله أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة، ولا يبيعه في الحال، بل يدّخره ليغلو ثمنه، فإما إذا جاءه من قريته، أو إشتراه في وقت الرُّخص وادّخره أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته إلى أكله، أو ابتاعه لبيع في وقته، فليس باحتكار ولا تحريم فيه، وأما غير الأقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال"[4].

والعلّة من تحريم الاحتكار هو: "دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنّ لو كان عند إنسان طعام واضطر إليه الناس، ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه دفعًا للضرر عن النّاس"[5].

---

1 صالح بن فوزان عبد الله الفوزان، المرجع السابق، ص 27.

2 عبد الرحمن بن ناصر البرّاك، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المجلد الخامس، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الرابعة، 2011، ص 545.

3 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، 1605-129.

4 أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النّووي، المرجع السابق، ص 439.

5 أبي زكريا محي الدين بن يحيى بن شرف النّووي، نفس المرجع، نفس الصفحة، وهنا يظهر بجلاء ووضوح النظرة المعتدلة للشريعة الإسلامية من خلال ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في الموازنة بين مصلحة الجماعة والفرد، فبالرغم من أن المحتكر عاصي بالإثم، إلاّ أنه تحمى ملكيته عند جبره بالبيع للسلعة الضرورية التي يحتكرها وهذا لدفع الضرر عن الناس فيما لم يوجد سلعة ضرورية أخرى من جنس السلعة المحتكرة معروضة للبيع.

كما أن تحريم الاحتكار في الفقه الإسلامي –في السلع الضرورية – هو منع لاستغلال حاجة الناس من أجل الربح السهل والفاحش، فالاحتكار يلحق الأذى بالناس إذ يجعل السلعة الضرورية في غير متناولهم عندما ترتفع أسعارها بسبب سحبها من السوق ثم إخراجها إلى السوق لإعادة بيعها عندما يرتفع ثمنها، ولذلك حرّم الاحتكار دفعا للأذى والضرر عن الناس مع اجبار المحتكر على بيع السلعة الضرورية إذا لم توجد نفس السلعة الضرورية معروضة للبيع ، وذلك تحقيقًا للنّفع العام، وتمكين الناس من قضاء حاجاتهم الضرورية.

كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم أيضا عن الغش في المعاملات لقوله عليه الصلاة والسلام: "من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشّنا فليس منا"[1]، وفي حديث آخر عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صُبْرَةِ طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟، قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه النّاس من غشّ فليس منّي"[2].

قيل في تفسير الحديثين: "أن هذا فيه نفي الدخول في هذه الأمّة بهاذين السببين، فقوله صلى الله عليه وسلم: "من غشّنا فليس منا"، والغشُّ بمعنى الخديعة فأي إنسان خدع أحدًا من المسلمين، فإنه ليس منهم، سواء كانت خديعته في البيع، أو في الشراء، أو في الإجارة، أو في النكاح، أو في غيرها...، وظاهر الحديث أنه لا فرق بين الغش في القليل والكثير، لعموم الحديث " من غشَّ"[3].

يظهر من هذا الحديث الشريف ربط فعل المسلم بإيمانه، فالغش في المعاملات فيه نفي في الدخول في هذه الأمّة، وهذا هو سرّ كمال الشريعة الإسلامية الغراء وتفوقها على التشريعات الوضعية التي لا تهتم إلاّ بعلاقات الأشخاص فيما بينهم، ويتقرر في حالة مخالفة القواعد القانونية توقيع الجزاء من طرف

1 صحيح مسلم، باب قول النّبي صلى الله عليه وسلم "من غشّنا فليس منّا"، 101-43.
2 صحيح مسلم، المرجع نفسه، 102-43.
3 محمد بن صالح العثيمين، التعليق على صحيح مسلم، المجلد الأول، المقدمة، الإيمان، مكتبة الرشد، ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 2008، ص 306،307.

السلطة العامة، بينما أحكام الشريعة الإسلامية تهتم بعلاقة الإنسان بخالقه، وهذا في باب العبادات، وتهتم بعلاقة الإنسان بأخيه وهذا في باب المعاملات، مع الربط بينهما في نفس الوقت حتى تكون أعمال العباد لا تضر بالآخرين بصفته عبدًا مؤمنًا ذو استقامة يأتمر بأوامر الشرع وينتهي عن نواهيه.

وبما أن الاسلام هو دين الرحمة والسماحة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم حثّ على السماحة في الشراء والبيع، بل ودعا للرجل السمح في البيع والشراء بالرحمة لقوله صلى الله عليه وسلم: "رحم الله رجلاً سمحًا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى"[1].

قيل في تفسير هذا الحديث الشريف، قوله: "رحم الله رجلاً" يحتمل الدعاء ويحتمل الخبر، وبالأول جزم ابن حبيب المالكي وابن بطال ورجحه الداودي، ويؤيّد الثاني ما رواه الترمذي من طريق زيد بن عطاء بن السائب عن ابن المنكدر في هذا الحديث بلفظ "غفر الله لرجل كان قبلكم، كان سهلاً إذا باع..." الحديث وقوله: "سمحًا... أي سهلاً، وهي صفة مشبهة تدل على الثبوت فلذلك كرر أحوال البيع والشراء والتقاضي، والسمح الجواد، يقال: سمح بكذا إذا جاد، والمراهنة هنا المساهلة"[2].

أما عن قوله: "وإذا اقتضى" أي طلب قضاء حقه بسهولة وعدم إلحاف، وفي رواية حكاها ابن التين "وإذا اقتضى" أي أعطى الذي عليه بسهولة بغير مطل، وللترمذي والحاكم من حديث أبي هريرة مرفوعًا: "إن الله يحب سمح البيع سمح الشراء سمح القضاء" وللنسائي من حديث عثمان رفعه "أدخل الله الجنة رجلاً كان سهلاً مشتريًا وبائعًا وقاضيًا ومقتضيًا"، ولأحمد من حديث عبد الله بن عمر ونحوه، وفيه الحض على السماحة في المعاملة واستعمال معالي الأخلاق، وترك المشاحة، والحض على ترك التضييق على الناس في المطالبة، وأخذ العفو منهم"[3].

1 صحيح البخاري، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقًا فليطلبه في عفاف ، 2076- 16.
2 عبد الرحمن بن ناصر البرّاك، المرجع السابق، ص 530،531.
3 عبد الرحمن بن ناصر البرّاك، المرجع نفسه، ص 531.

حثَّ الرسول صلى الله عليه وسلم على إنظار المعسر فقال صلى الله عليه وسلم: "كان تاجر يداين الناس فإذ رأي معسرًا قال لفتيانه تجاوزوا لعل الله أن يتجاوز عنّا فتجاوز الله عنه"[1].

جاء في تفسير الحديث الشريف أنه: "روى مسلم من حديث أبي اليسر بفتح التحتانية والمهملة، ثم الراء رفعه": "من أنظر معسرًا أو وضع له أظله الله في ظل عرشه" وله من حديث أبي قتادة مرفوعًا "من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه"، ولأحمد عن ابن عباس نحوه وقال: "وقاه الله من فيح جهنم" واختلف السلف في تفسير قوله تعالى﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾﴾[2]، فروى الطبري وغيره من طريق إبراهيم النخعي ومجاهد وغيرهما أن الآية نزلت في دين الربا خاصة، وعن عطاء أنها عامة في دين الربا وغيره، واختار الطبري أنها نزلت نصًا في دين الربا ويلتحق به سائر الديون لحصول المعنى الجامع بينهما، فإذا أعسر المديون وجب إنظاره ولا سبيل إلى ضربه ولا إلى حبسه، ويدخل في لفظ التجاوز: "الإنظار والوضيعة وحسن التقاضي"[3].

1 صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أنظر معسرًا، 2078-18.
2 سورة البقرة، الآية 280.
3 عبد الرحمن بن ناصر البرّاك، المرجع السابق، ص 533.

المبحث الثاني: أثر النزعة الموضوعية على العقد

لقد كان للنزعة الموضوعية أثرا هاما على نظرية العقد، وذلك تخفيفًا من غلوّ النظرية التقليدية للعقد في الفقه والقانون الوضعي، وما ترتب عنها من مساوئ تمسّ أساسا بالتوازن العقدي والعدالة العقدية، ولمّا كان العقد يمر بمرحلتين أساسيتين هما مرحلة الإبرام، ومرحلة التنفيذ، فإن أثر النزعة الموضوعية قد انعكس حتما على مرحلة إبرام العقد (المطلب الأول)، ومن باب أولى على مرحلة تنفيذ العقد أيضا وهي لا تقل أهمية عن سابقتها بل هي الأهم منها، إذ تعتبر هذه المرحلة المحك الحقيقي في الحصول على المنافع والمصالح المالية التي يتوخاها كل متعاقد من وراء إبرام العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر النزعة الموضوعية على إبرام العقد

يظهر أثر النزعة الموضوعية على مرحلة إبرام العقد في تجسيد الفكرة الفلسفية القائمة على أولوية حماية المجتمع على حماية الفرد المتعاقد في ظل النزعة الاجتماعية التي تجعل من الفرد عنصرًا في المجتمع ويستمد حقوقه وواجباته من هذا الأخير، وذلك من خلال تقييد مبدأ الرضائية لمصلحة المتعاقد والمجتمع (الفرع الأول)، كما أن العقد لم يصبح شأنًا خاصًا بالمتعاقدين فقط، إنما أصبح العقد ذو وظيفة اجتماعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التقييد من مبدأ الرضائية

لما كان الفرد يستمد حقوقه وواجباته من المجتمع، فمن غير المعقول أن يقرر القانون حقوقًا للفرد تمسّ بمصالح المجتمع، وفي إطار المعاملات التعاقدية يتجسد ذلك في الاعتبار بالإرادة المعلنة (أولا)، كما أنه لا يجوز التمسّك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النيّة (ثانيًا)، كما رتب المشرع التزاما بالإعلام على عاتق المتدخل أو العون الاقتصادي في سبيل تحقيق الرضا المتبصر (ثالثا)، كما اشترط شكلية معينة في بعض العقود ذات غايات محددة(رابعا).

أولا: العبرة بالإرادة الظاهرة في التعاقد

يقتضي الأمر التطرق إلى مضمون نظرية الإرادة الظاهرة (1)، ثم إلى مبررات النظرية (2)، وإلى نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة (3)، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية (4).

1- مضمون نظرية الإرادة الظاهرة

لما كان المذهب الفردي يقر بأولوية حماية الفرد ومصالحه عن حماية المصلحة الاجتماعية، فإنّه كان من المنطقي بل ومن الحتمي الاعتداد بالإرادة الباطنة، على اعتبار أنها الأصل، ووسائل الإعلان عنها ما هي إلاّ أداة ذات طابع مادي للإفصاح عنها، ومن ثم فهي قائمة على قرينة قانونية بسيطة في الدلالة على المعنى المقصود من صاحبها وله تبعًا لذلك إثبات عكس ما صرح به استنادًا إلى إرادته الباطنة التي لم يوفق في إظهارها بصفة سليمة وصحيحة[1].

غير أن المذهب الاجتماعي ذو النزعة الموضوعية في مجال التعبير عن الإرادة يعتد بالإرادة المعلنة أو الإرادة الظاهرة، وتعتبر المدرسة الألمانية حاملة لواء نظرية الإرادة الظاهرة، وذلك في منتصف القرن العشرين على اعتبار أن القانون يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا بالمظاهر النّفسية[2].

إن الاعتداد بالإرادة الظاهرة أو بالإرادة المعلن عنها معناه أن المجتمع أولى بالحماية القانونية من حماية الفرد، ذلك أن المتعاقد معه قد اطمأن للإرادة التي صرّح بها الطرف الآخر، وهي محل ثقة واطمئنان من طرف الشخص الذي وجه له هذا التعبير، ومن ثم تجسيد حماية الثقة المشروعة في المعاملات، وبالنتيجة حماية مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية التي ترتبط بالمبادلات المالية بين الأشخاص، ذلك أن الاعتداد بالإرادة الباطنة سيؤدي إلى نتائج عكسية ومخالفة للنتائج التي تترتب عن الأخذ بالارادة الظاهرة، ولا يخفى على أحد لما في ذلك من آثار سلبية على الأمن القانوني والاقتصادي والاجتماعي.

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 105.
2 علي فيلالي، نفس المرجع، ص 106.

2- مبررات نظرية الإرادة الظاهرة

لقد قيل في تبرير هذه النظرية بالاستناد إلى الناحية التاريخية من أن الالتزام كان لا ينشأ في القوانين القديمة إلاّ باتباع شكليات معيّنة، وأنّ إظهار الإرادة والإعلان عنها هو كل ما تبقى من الشكلية بعد تطوّر لم يؤد إلى اختفاء الشكلية بصفة كلية وتامة[1].

كما أنه استند في تبرير هذه النظرية أيضًا إلى قواعد المنطق، إذ أنه من المستحيل التعرف على الإرادة الباطنة، إلا من خلال مظهرها الخارجي المعلن عنه[2].

كما تستند النظرية إلى أساس اقتصادي أيضًا لأجل تبريرها، والمتمثل إجمالا أن الغير لا يمكنه العلم بالإرادة الباطنة والتعرف عليها إلا من خلال الإرادة المعبّر عنها، وتكون محل اعتبار لديهم، وذلك نظرًا لما تبعثه من ثقة في أطراف العلاقة العقدية، والقول بنقيض ذلك يؤدي إلى الإخلال بالثقة المشروعة في المعاملات، والتي تعد الدعامة الأساسية لاستقرار المراكز القانونية للأشخاص خاصة في مجال العلاقات العقدية[3].

3- نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة

يترتب عن الاعتداد بنظرية الإرادة الظاهرة في مجال العقود جملة من النتائج تختلف تمامًا عن تلك المترتبة في ظل نظرية الإرادة الباطنة، وذلك بسبب فلسفة أنصار كلا النظريتين من خلال الجدلية القائمة في أولوية حماية الفرد عن المجتمع أو العكس، وأهم نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة هي:

- إذ تم الإعلان عن الإرادة وقابله إعلان مطابق تم انعقاد العقد، وليس للمتعاقد أن يدّعي بعد ذلك أن إيجابه المعلن عنه لم يكن مطابقًا لإرادته الباطنة، فلا يمكنه إثبات وجود نية مغايرة، عن تلك المعبّر

1 مختار لبني ، المرجع السابق، ص 10.
2 مختار لبني ، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.
3 مختار لبني ، المرجع نفسه ، ص 11.

عنها، وليس للقاضي أن يبحث في مكنونات النفس لتقصّي الإرادة الباطنة[1].

– أن الإرادة المعلنة من طرف المتعاقد قائمة على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، فلا يستطيع أن يثبت أنّ ما أظهره من إرادة هو مخالف لما استقر في إرادته النفسية الداخلية وذلك حماية للثقة المشروعة التي يبعثها المظهر الخارجي للإرادة في نفوس الأشخاص، وذلك بتوفير الحماية اللازمة لمبدأ استقرار المعاملات القانونية التي تتضمن تبادل المنافع والقيم الاقتصادية ذات القيمة المالية.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه ساڤيني (savaingy): "الواقع أنّه في ظل نظام قانوني مؤسس على الثقة في تلك المعاملات التي عن طريقها يتصل الإنسان بغيره، لا يمكن أن يكون لهذا الخلاف أثر في أبسط فرض من فروضه، عندما يضمر صاحب التعبير في ذهنه إرادة مخالفة"[2].

– أن العبارة الواضحة على مقصود المتعاقدين ونيتهما المشتركة تلزم الأطراف المتعاقدة والقاضي أيضًا. حيث ينبني على ذلك أنه عند تفسير العقد بمنطق الإرادة الظاهرة، فإن القاضي لا يكون ملزمًا بأن يبحث ويتحسس الإرادة النفسية الداخلية وما يختلج نفسية المتعاقد، بل يفسر الإرادة تفسيرًا اجتماعيًا بالاستناد إلى العرف الجاري والمألوف في التعامل، ويكون تقديره في هذه الحالات تقديرًا موضوعيًا[3].

– وفاة الشخص المعبّر أو نقص أهليته ليست سببًا لسقوط التعبير، فإذا صدر تعبير عن الإرادة من شخص معيّن سواء كان موجبًا أو قابلاً ثم توفّي أو أصبحت أهليته ناقصة بعد ذلك، فإن واقعة الوفاة أو نقص أهليته لا يؤدي إلى سقوط التعبير الصادر عنه خلافا لما هو مقرر في نظرية الإرادة الباطنة التي

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 104، ويضيف المؤلف أن الإرادة الظاهرة قرينة قاطعة لا يمكن دحضها بإثبات عكس ما تتضمنه، وذلك في القانون الألماني، بهدف توفير الأمن والثبات للعقود، أنظر أيضًا بخصوص نفس النقطة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 171.

2 نقلا عن: جاب الله عبد الحميد، مرجع سابق، ص 58، ويعلّق المؤلف على هذا القول قائلاً: "التعبير ملزم رغم أنه مخالف للإرادة الباطنة وهذا الإلزام نتيجة الثقة المتولدة في المظهر الخارجي للإرادة، والتي كانت سببًا في التزام الطرف الآخر".

3 نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008، ص 242-243، ويضيف المؤلف أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد تجعل من هذه العملية مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، مادام الأمر لا يتعلق بتفسير نيّة المتعاقدين، بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون.

تقرر سقوط هذا التعبير لمجرد وفاة صاحبه أو نقص أهليته وهذا بصورة مبدئية غير أنّه في بعض الحالات تكون شخصية المعبّر محل اعتبار[1].

وعدم تأثير واقعة الوفاة أو نقص الأهلية على التعبير الذي صدر عن المعبّر قبل وفاته أو نقص أهليته يجعل لهذا التعبير وجودًا قانونيًا مستقلاً عن صاحبه، بما يضمن حماية الثقة المشروعة في المعاملات العقدية وحماية استقرارها، وهذه هي الغايات التي يسعى إلى تحقيقها أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة. ويخلص الأستاذ السنهوري من تحليله لمضمون نظرية الإرادة الظاهرة أنها ليست في الواقع إلاً انتقاصا من مبدأ سلطان الإرادة على أساس الانتصار للمجتمع في مواجهة الفرد نظرًا للجدلية القائمة بينهما[2].

4- موقف المشرع الجزائري من نظرية الإرادة الظاهرة

يرى جانب من الفقه أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة عمومًا، ويظهر ذلك من خلال المواد: 59، 81، 86، 88، 90، 93، 96، 98 و111 الفقرة الثانية من القانون المدني، كما أخذ في نفس الوقت وفي كثير من الحالات بالإرادة الظاهرة، وذلك من أجل تحقيق استقرار المعاملات ومثال ذلك المواد 59، 60، 61، 62، 111 الفقرة الاولى من القانون المدني[3]، وبالتالي يستنتج أن المشرع قد أخذ بكلا النظريتين وذلك لتكاملهما، فإذا كانت الإرادة في الأساس ظاهرة نفسية باطنية إلاّ أنه حتى يعتدّ بها قانونًا لابد من الإعلان والإفصاح عنها، وهو بذلك يقوم بمواءمة بين النظريتين بسبب أن كل واحدة منهما تكمّل الأخرى. ذلك وإن كان يبدو نظريًا أنهما مختلفتان، إلاّ أن هذا الفرق يضيق من الناحية العملية

1 عبد الحميد جاب الله ، المرجع السابق، ص 75، ويورد المؤلف مثالاً لهذه الحالة هو عندما: "يعرض شخص على رسّام أن يرسم له صورة وقبل هذا الأخير وقبل وصول قبوله إلى الموجب توفي، فالعقد لا ينعقد بين الموجب وورثة الرسام، وذلك لأن الرسام محل اعتبار استنادًا إلى طبيعة التعامل".

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 172.

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 105 لبني المختار، المرجع السابق، ص 18.

بحيث يتم الوصول إلى نتائج متقاربة بينهما[1]، غير أن جانبًا من الفقه يرى بضرورة إبقاء التمييز بين النظريتين نظرًا للفوارق الموجودة بينهما والتي ترجع إلى أن نظرية الإرادة الظاهرة نظرية اجتماعية في إطار موضوعية الإرادة، لتحقيق استقرار المعاملات والثقة المشروعة فيها، بينما نظرية الإرادة الباطنة هي نظرية نفسية كون الإرادة عمل داخلي ولا يعتد بها كونها ظاهرة من الظواهر الاجتماعية[2].

على أنه هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن المشرع الجزائري وضع تصوّر جديد للإرادة في إطار تحقيق العدالة العقدية فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة حسب ما يريده صاحب هذه الإرادة، ولكن بالإرادة الباطنة كما يفهمها الغير، **الإرادة المتعرف عليها**، مما يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين مع وجوب تحليّهما بالنيّة الحسنة، وهي معايير موضوعية يمكن الكشف بها عن مدلول الإرادة بصرف النظر عن رغبة أطراف العقد[3].

ثانيا: عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النيّة

يرتبط أثر النزعة الموضوعية بصفة أساسية وجوهرية بوجوب تحلّي المتعاقدين بالنيّة الحسنة في مرحلة إبرام العقد، وإذا كان يتقرّر للمتعاقد الذي وقع في الغلط حق طلب إبطال العقد على أساس عدم تطابق إرادته الباطنة مع تلك المصرح والمعلن عنها من طرفه.

غير أن ذلك لا ينبغي أن يكون على حساب المتعاقد الآخر حسن النيّة إذ يكون من العدالة العقدية حماية هذا المتعاقد الأخير، وذلك في إطار الموازنة بين مصلحة المتعاقد الذي وقع في غلط ومصلحة المتعاقد معه حسن النيّة دون مغالاة أو إفراط، وذلك تحقيقًا للمصلحة المشتركة للمتعاقدين والعدالة

1 مختار لبني، المرجع السابق، ص 13 ، أنظر أيضًا في تفصيل ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 173 وما يليها.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 177، على أن المؤلف يعيب على النظريتين أن هناك الكثير من الأحكام التفصيلية منقطعة الصلة بنظرية الإرادة الباطنة وبنظرية الإرادة الظاهرة، ومع ذلك تطبّق باعتبارها الإرادة المفترضة للمتعاقدين حسب النظرية الأولى، باعتبارها تفسيرًا للإرادة الظاهرة حسب النظرية الثانية، ومن الناحية الواقعية أنها أحكام لا تمت بصلة بإرادة المتعاقدين سواء الباطنة، أو الظاهرة بل قررها المشرع لاعتبارات المصلحة العامة وتطبيقًا للعدالة.

3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص 109-110، ويضيف المؤلف أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، وإنّما أخذ بما يصطلح عليه بالإرادة المتعرف عليها La volonté reconnaissable مع الإشادة في نفس الوقت بضرورة التعبير عن الإرادة.

العقدية. غير أنه إذا تبيّن أن المتعاقد الذي وقع في غلط يغتنم فرصة وقوعه في غلط لإبطال العقد بأن تكون العملية العقدية غير رابحة، فإن الجزاء القانوني له حرمانه من هذه الحماية التي أقرها المشرع[1].

إن حرمان المتعاقد الذي وقع في غلط من الحماية المقرّرة له وهو حق إبطال العقد صورة تعسفية، له وظيفتين أساسيتين:

الوظيفة الأولى حماية مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد وبخاصة تجنب التحايل والغش من المتعاقد الذي وقع في غلط إذا كان السبب الحقيقي لطلب الإبطال يختلف عن السبب المتمثل في وقوعه في غلط (أي رضاه معيب)، وبالتالي فهو استعمال غير مشروع يتعارض مع مبدأ حسن النيّة.

الوظيفة الثانية حماية مبدأ استقرار المعاملات والثقة المشروعة التي يجب أن تكون عليها هذه المعاملات، ذلك أنه إذا أبدى المتعاقد الآخر استعدادًا لتنفيذ العقد على الصيغة التي تتضمن تحقق الغرض الذي توخاه المتعاقد الذي وقع في غلط، فإنّه لا مجال للتمسّك بحق طلب العقد الذي يصبح دون أساس قانوني طبقًا للمادة 85 من القانون المدني التي تنص على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النيّة.

ويبقى بالأخص ملزمًا بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

تعتبر فكرة عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النيّة من ابتداع القضاء الفرنسي، وذلك تخفيفًا من غلو نظرة المذهب الفردي الذي انعكست آثاره على القانون المدني الفرنسي الذي يقرر للشخص الذي وقع في غلط حق طلب إبطال العقد ولو على حساب المتعاقد الآخر حسن النيّة[2].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 186، ويضيف المؤلف أنه يمكن اعتبار هذه الحالة من صور التعسف في استعمال الحق، أنظر المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وفي اعتقادنا أن صورة التعسف في استعمال حق ابطال العقد لعيب الغلط يتحقق حسب نفس المادة في الحصول على فائدة أو مصلحة غير مشروعة.

2 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص224.

كما يشترط القضاء الفرنسي في تقرير حق طلب إبطال العقد أن يكون الغلط مغتفر، وبمفهوم المخالفة إذا كان الغلط غير مغتفر، فلا يمكن للقاضي أن يحكم بالإبطال إذ يكون الغلط في هذه الحالة الأخيرة بسبب خطأ المتعاقد نفسه نتيجة إهماله أو تقصيره في البحث عن الحقيقة والمعطيات المتعلقة بمحل العقد حيث أنه كان بإمكانه العلم بهذا الغلط[1].

يرى جانب من الفقه أن الخطأ غير المغتفر أو الخطأ غير المعذور يرتبط في كثير من الحالات بأهل الحرف من ذوي الخبرة والمعرفة بما يسمح لهم تجنّب الوقوع في الغلط بطريقة سهلة، ومن ثمّ إذا وقع هؤلاء في غلط يكون رضاهم معيبًا، إلاّ أنهم لا يتقرر الحق لهم في طلب إبطال العقد[2].

فمراعاة مبدأ حسن النية من طرف المشرع في مجال التمسك بالغلط باعتباره عيبًا من عيوب الرضا دليل على أهمية الجانب الأخلاقي والاجتماعي في إبرام العقد، وذلك لحماية مبدأ حسن نية المتعاقد الآخر الذي اطمأن إلى التعبير الصادر عن المتعاقد معه، وبالتالي عقد ثقته بهذه الإرادة الظاهرة باعتبارها الكيان المادي للإرادة والذي يعتد به القانون ويرتب عنه مركزًا وآثارًا قانونية معيّنة، إذ لا يمكنه أن يطلع على الإرادة الباطنة النفسية للمتعاقد معه، مما يتعيّن حمايته كونه حسن النيّة وبخاصة إذا أبدى استعداده لتنفيذ العقد على الوجه الذي اتجهت إليه الإرادة الباطنة للمتعاقد الذي يدّعي وقوعه في غلط، وإذا أصر هذا الأخير في هذا الفرض على التمسك بحق طلب إبطال العقد عدّ متعسّفًا في استعمال حقه في طلب إبطال العقد، ومن ثم لا تقبل دعواه على أساس التعسف في استعمال الحق، ومن ثم لا يكون أهلاً لاستحقاقه الحماية القانونية كونه متعاقد سيء النية، لا يهدف من وراء تمسّكه بحق إبطال العقد إلا

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 224. كما أنه من المتعارف عليه وبل والمستقر عليه أنه لا يستفيد شخص من خطئه.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 187، على أن معيار الوقوع في الغلط –حسب ذات المؤلف- هو معيار شخصي إذ يعتد القاضي بكفاءات ومؤهلات المتعاقد الحرفي أو المهني الذي يدّعي وقوعه في الغلط، وإذا تبيّن للقاضي إمكانية تفادي المتعاقد الحرفي وقوعه في الغلط أمرًا سهلاً حكم برفض طلبه بإبطال العقد لوقوعه في غلط.

التملص أو التخلص من العقد، وذلك لتفادي الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه وذلك لأسباب وبواعث نفسية مختلفة لديه.

ثالثا: الالتزام بالإعلام

إن التطرق للالتزام بالإعلام يقتضي بداية معرفة أسباب صدور تشريعات الاستهلاك (1)، ثم إلى أطراف العلاقة في قانون الاستهلاك (2)، ثم إلى مضمون الالتزام بالإعلام (3)، فالشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك (4)، ثم إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام (5).

1- أسباب صدور تشريعات الاستهلاك

أدى تطور المجتمع اقتصاديًا إلى ظهور وتداول منتجات معقّدة وخطيرة في المجال الصناعي والطبي، نتج عنه تفاوتًا واضحًا بين فئة المحترفين والمهنيين الذين هم على دراية كبيرة بهذه المنتجات من جهة أخرى، وفئة المستهلكين الذين يفتقدون إلى أدنى معرفة بهذه المنتجات، وهذا ما جعل المشرع يسّن تشريعات الاستهلاك لحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك في العلاقة العقدية[1].

وفي سبيل تجسيد الحماية القانونية هذه، فرض المشرع التزامًا بالإعلام على عاتق المحترف أو المهني لفائدة المستهلك تكريسًا للشفافية في أهم مظاهرها، وذلك بهدف تبصير رضا هذا الأخير ببنود العقد المزمع إبرامه، وتمكينه من إشباع حاجاته بالطريقة الأنسب بما يحقق الغاية الاقتصادية المرجوة من عقد الاستهلاك[2].

2- أطراف العلاقة في قانون الاستهلاك

يقصد بعلاقات الاستهلاك أو عقود الاستهلاك: "العلاقة التعاقدية التي تربط المستهلك بالمهني، بموجبها يقتني الأول من الثاني سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، فالمستهلك والمهني هما قطبا علاقة

1 علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2018، ص 82.
2 محمد عماد الدين عياض، تحوّلات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016، ص 268.

الاستهلاك"[1].

حيث عرف المشرع المستهلك بمقتضى أحكام المادة 3 الفقرة 1 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانًا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[2]، بينما عرفته الفقرة الثانية من المادة 3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3] التي تنص على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعًا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

أما الطرف الآخر في علاقة الاستهلاك فهو المتدخل بمفهوم القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وذلك تحديدًا في الفقرة السابعة من المادة السابقة التي تنص على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك". في حين استعمل المشرع مصطلح العون الاقتصادي في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وتحديدًا في الفقرة الأولى من المادة 3 التي تنص على أنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيًا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

---

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 247، ويضيف المؤلف أن تحديد أطراف علاقة الاستهلاك يتحدد بها مجال أو نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من حيث الأشخاص.

2 قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2009/03/08 المعدل بالمادة 75 من الامر رقم 15-01 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، معدل ومتمم بالقانون 18-09 مؤرخ في 10 يونيو، 2018، الجريدة الرسمية رقم 35 الصادرة بتاريخ 13-06-2018.

3 قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41 بتاريخ 27-06-2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 بتاريخ 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 -08-2010 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 17-11 بتاريخ 27 ديسمبر 2017، ويتضمن قانون المالية لسنة 2018، جريدة رسمية رقم 76 بتاريخ 28-12-2017، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 بتاريخ 11 يوليو 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 42 بتاريخ 15-07-2018.

3- مضمون الالتزام بالإعلام

تطرق المشرع في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 17 الواردة في الفصل الخامس: الزامية إعلام المستهلك. من الباب الثاني: حماية المستهلك، إلى مضمون الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المتدخل، وذلك لتزويد المستهلك بكل المعلومات المرتبطة بالمنتوج محل الاستهلاك[1]. كما نصت كذلك على مضمون الالتزام بالإعلام المادة 8 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2].

4- الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك

في إطار تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عن طريق التنظيم حسب الفقرة الثانية من نفس المادة بخصوص شروط وكيفيات إعلام المستهلك، صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[3] حيث نصّت المادة 12 منه على هذه الشكليات.

5- جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

يتمثل الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام في قابلية العقد للإبطال إذ هو حق إرادي مقرّر لمصلحة المستهلك مع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بمقتضى أحكام المسؤولية المدنية[4].

---

1 تنص المادة 17 في فقرتها الأولى من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

2 تنص المادة 8 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة أو شروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

3 المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الموافق لـ 5 محرم 1435 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية لسنة 2013، العدد 58.

4 علي فيلالي، المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 84، ويضيف المؤلف إمكانية متابعة المتدخل جزائيًا على أساس المادتين 429 و430 من قانون العقوبات والمادة 68 وما يليها من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

فالالتزام بالإعلام الذي رتبه المشرع على عاتق المتدخل أو العون الاقتصادي من خلال القانون 09-03 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذا القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية يدل على اهتمامه وحرصه الشديد على حماية الطرف الضعيف لتحقيق الرضا المتبصر له في علاقة الاستهلاك، نظرًا للتفاوت الاقتصادي والمعرفي بين أطرافها في تشريعات المستهلك، إذ يسعى المشرع من خلال فرض هذا الالتزام إلى محاولة تحقيق أو تجسيد التوازن العقدي في الجانب المعرفي، حتى يكون رضا المستهلك متبصرا وعلى دراية بكل الجوانب المتعلقة بعقد الاستهلاك[1]، بخصوص كل المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي يريد اقتناءها من المتدخل أو من العون الاقتصادي.

ويعتبر فرض المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام على عاتق المتدخل أو العون الاقتصادي ولفائدة المستهلك كآلية جديدة لحماية الرضا على غرار آليات جديدة أخرى في التشريعات الخاصة دليل على الاعتداد بالمساواة الفعلية، وأن هذه الآليات الجديدة هي بمثابة تكييف للمبادئ التي تحكم العقد من حيث مضمونها بسبب التطوّر الذي عرفه المجتمع دون تغيير أو مساس بنظرية العقد في تصوّرها العام[2].

كما أن الالتزامات الجديدة المفروضة على المتعاقد القوي في التشريعات الخاصة دليل على قصور الحماية القانونية التي يوفّرها المشرع في النظرية العامة للعقد[3]. التي صيغت في وقت سابق عن المستجدات الاقتصادية والاجتماعية وحتى المعرفية التي عرفها المجتمع، وتمخّضت عنه عقودً تتميّز بالتفاوت الاقتصادي والاجتماعي والمعرفي بين أطرافه، ممّا استلزم الأمر وضع تشريعات خاصة كقانون

1 بخصوص مصطلح "الرضا المتبصّر" الذي درج الفقه على استعماله في مجال قانون الاستهلاك، يرى الأستاذ علي فيلالي بضرورة تفادي الخلط بين الالتزام بالإعلام والرضا المستنير، وبخاصة رضا المريض في مجال العقد الطبي إذ يلتزم الطبيب وهو الطرف المتعاقد مع المريض بتبصير إرادة هذا الأخير قبل إبرام العقد، حتى يتسنى للمريض رفض أو قبول العلاج وهو على بصيرة من أمره، المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 82

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 61 ويضيف المؤلف أن العبرة دائمًا سواء في نظرية العقد أو التشريعات الخاصة بالمساواة، غاية ما في الأمر أن التفاوت الذي كان بين الأشخاص عند صياغة النظرية العامة للعقد هو تفاوت في الحقوق والواجبات، ونظرا لتطور المجتمع ظهر تفاوت جديد يتعلق بالجانب الاقتصادي والاجتماعي والمعرفي، مما استدعى الأمر تكييف مضمون المساواة من خلال فرض التزامات مختلفة على المتعاقد القوي.

3 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 246.

الاستهلاك وقانون العمل يفرض فيها المشرع التزامات متنوعة على عاتق الطرف القوي سعيًا منه لتدارك هذا التفاوت الاقتصادي والمعرفي بين أطراف العلاقة التعاقدية.

رابعًا: الشكلية في العقود

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية في العقود من خلال نص المادتين 59 و60 من القانون المدني، إلاّ أنه أورد استثناءات على هذا المبدأ منها على الخصوص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني[1]، ولقد كانت هذه المادة، محل جدل فقهي واختلاف القضاء حول طبيعة الكتابة المشترطة في نص هذه المادة كونها شكلية للانعقاد وبالتالي فهي ركن من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق، أم هي شكلية للإثبات دون المساس بصحة العقد، وذلك بالنظر إلى أنها واردة في الباب السادس من القانون المدني المعنون: "إثبات الالتزام"، وقد صدر قرار مبدئي عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا فصلاً وحسمًا لهذا الجدل بأن الشكلية المقصودة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وتقرر بأنها شكلية للانعقاد – أي هي ركن من أركان العقد– يترتب عن تخلفها البطلان المطلق للعقد[2].

ويميّز الفقه بين نوعين من الأهداف التي تحققها الشكلية: الشكلية المقررة لحماية الأطراف المتعاقدة وإعلام الغير بالعقد المبرم قصد حمايته، وتعتبر الشكلية في هذه الحالة ركنًا في العقد.

---

1 علي فيلالي المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 170، ويضيف المؤلف أن أسباب التخلي عن الشكلية في العقود –باعتبارها من أبرز مظاهر القوانين الحديثة- متعددة ومختلفة حضارية، اقتصادية، اجتماعية، علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص301، تنص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها في شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية او عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد، كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدّلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

2 علي فيلالي، نفس المرجع، ص 59، وكذلك لنفس المؤلف وفي نفس النقطة تعرض إليها في مرجعه السابق: (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 304، أنظر أيضا مقالا لنفس المؤلف بعنوان: الشكلية في العقود يتضمن تعليقًا على هذا القرار المبدئي، منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، سنة 1998، العدد 3، ص 455 وأهم ما ورد فيه: "...فلا شك في أن التعبير المستعمل قد أخل بالمعنى الذي قصده المشرع، فلفظ "إثبات" لأن إرادة المشرع لم تنصرف إلى البيّنة وإنما يقصد به تحرير العقد، ويتأكد هذا القول بالرجوع إلى النص الفرنسي لهاتين المادتين، والذي هو أكثر دقة في التعبير حيث استعمل المشرع لفظ "constater".

والنوع الثاني من أهداف الشكلية وهي شكلية التوجيه وهي مقرّرة لتحقيق أغراض مختلفة كاشتراط الرّخص الإدارية والقيام ببعض الإجراءات الإدارية أو الأداءات المالية السابقة أو اللاحقة عن العقد[1].

ونشير إلى أن النوع الأول من الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد يطلق عليها إسم الشكلية المباشرة كونها لها علاقة مباشرة بتكوين العقد، إذ يترتب على تخلفها البطلان المطلق له، وذلك قياسًا على الشكلية غير المباشرة والتي تتمثل في الإجراءات القانونية المفروضة سواء قبل أو بعد إبرام العقد، لتحقيق أغراض مختلفة واصطلح عليها أنها غير مباشرة كونها لا ترتبط مباشرة بالتصرف القانوني إذ لا تؤثر على حجيته –كمبدأ عام– لكن تحد من فعاليته ونفاذه[2].

كما نص المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك على الشكلية في العقد الذي يربط المتدخل – باعتباره الطرف القوي– بالمستهلك –وهو الطرف الضعيف– وهذه الشكلية هي مقررة لحماية هذا الأخير نظرًا للفارق المعرفي بين طرفي عقد الاستهلاك، وهذه الشكلية تتضمن التزامًا بالإعلام يقع على عاتق المتدخل من أجل تعزيز سلامة رضا المستهلك وتبصيره، وهو ما يعرف بالشكلية الإعلامية التي ترمي إلى تمكين المستهلك من معرفة حقوقه والتزاماته بوضوح تام مما يقتضي حتمية ورود العقد مكتوبًا[3].

إلى جانب الالتزام بالإعلام فإن المشرع رتب في قانون الاستهلاك التزامًا آخر على عاتق العون الاقتصادي لمصلحة المستهلك يتمثل في الالتزام بالفوترة، وذلك بوجوب تحرير العون الاقتصادي لصالح المستهلك وصل صندوق أو سند يبرر المعاملة، وكذلك وجوب تسليم الفاتورة أو الوثيقة التي تحل محلها إذا طلبها المستهلك[4].

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 318.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 303، 319.
3 علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 172، 173، ويورد المؤلف بهذا الصدد على سبيل المثال المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 بخصوص القرض الاستهلاكي المؤرخ في 2015/05/12 والمتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.
4 محمد عماد الدين عياض، المرجع، ص 257.
- راجع المادة 10 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد التي تطبق على الممارسات التجارية.
- راجع المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

إن اشتراط المشرع لهذا الالتزام على عاتق العون الاقتصادي لمصلحة المستهلك يدخل ضمن الشكلية الإعلامية باعتباره من صور تدخل المشرع في مجال تشريع الاستهلاك وهي شكلية إيجابية مقررة لمصلحة المستهلك وذلك بهدف إضفاء الشفافية على العلاقة التعاقدية التي تربط العون الاقتصادي بالمستهلك.

والملاحظ أن هذه الشكلية الإعلامية في صورتها الإيجابية المفروضة في علاقات الاستهلاك قد تبدو أنها ركن من أركان العقد بوصفها شكلية مباشرة يترتب عنها البطلان المطلق لعقد الاستهلاك، إلاّ أن معظم هذه الشكليات هي من الشكليات غير المباشرة والتي لا تتعلق بأركان العقد الاستهلاكي، إنما وظيفتها ذات طبيعة حمائية ووقائية دون أن يترتب عن تخلفها البطلان المطلق للعقد[1].

الفرع الثاني: التقييد من مبدأ الحرية التعاقدية

لقد كان للنزعة الموضوعية أثر بالغ الأهمية على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث حرية الإرادة في التعاقد وذلك بتقييدها (أولا)، كما ظهر ذلك أيضا واضحا وجليا من خلال حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين في فرض مضمون العقد (ثانيًا).

أولا: تقييد حرية الإرادة في التعاقد

إذا كانت الحرية التعاقدية في ظل فلسفة المذهب الفردي ووفقًا لمبدأ سلطان الإرادة تعني أساسًا حرية الشخص في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، فإن الفلسفة الموضوعية للعقد في ظل المذاهب الاجتماعية

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 257 ويشير المؤلف أن بطلان عقد الاستهلاك لا يخدم مصلحة المستهلك الذي يتطلع من خلال إبرامه لعقد الاستهلاك تلبية متطلباته وحاجياته مما يقتضي الإبقاء على العقد وتكييفه مع مقتضيات ومستلزمات الأحكام القانونية لحماية المستهلك من جهة، ومن جهة أخرى فقد عزّز المشرع الحماية المدنية للمستهلك بحماية جزائية في حالة إخلال المتدخل أو العون الاقتصادي بمضمون العقد الذي فرضه المشرع طبقا لما هو مقرر في الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والباب الرابع من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المتضمن المخالفات والعقوبات المقررة في هذا الشأن.

تعني أن الشخص أصبح في بعض الحالات مجبرًا على التعاقد (1)، كما أنه يحظر على الشخص رفض التعاقد (2).

1- الإجبار على التعاقد

يتدخل المشرع أحيانا بإجبار الأشخاص ذوي مراكز قانونية معينة على التعاقد لغاية اجتماعية على درجة كبيرة من الأهمية، وتعتبر إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث المرور من أبرز وأهم صور الإجبار القانوني على التعاقد، طبقا للمادة الأولى من الأمر 15/74، التي تنص على أنه: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسّير"[1]. وقد عرّف المشرع عقد التأمين في المادة 619 من القانون المدني على أنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو إيراد مرتبًا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقيق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

فغاية المشرع من إجبار مالك المركبة على اكتتاب عقد التأمين بصفته مؤمن له في مواجهة المؤمن –وهي شركة التأمين– تهدف أساسًا وبصفة جوهرية إلى تحقيق غاية اجتماعية تكمن في ضمان حق المتضرر جسمانيًا من حادث المرور في الحصول على التعويض، إذ تكون شركات التأمين ضامنة للوفاء بمبالغ التعويض للمضرور أو لذوي الحقوق المحكوم بها من طرف الجهات القضائية، وبذلك فإن الإجبار القانوني على التأمين من المسؤولية المدنية من حوادث المرور له ما يبرره من الناحية

1 الأمر 15/74المؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق لـ 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض على الأضرار المعدل والمتمم بالقانون 31/88 المؤرخ في 1988/07/19، الجريدة الرسمية بتاريخ 20 جويلية 1988، العدد2، وفي نفس المادة يراد بمصطلح مركبة: "كل مركبة برية ذات محرك وكذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها وحمولاتها، ويفهم بمقطورات ونصف مقطورات ما يلي:
- المركبات البرية المنشأة بقصد ربطها بمركبة برية ذات محرك تكون تلك المركبات مخصصة لنقل الأشخاص والأشياء.
- كل جهاز بري مرتبط بمركبة برية ذات محرك.
- كل آلية أخرى يمكن أن تكون مشابهة للمقطورات أو نصف المقطورات بموجب مرسوم".

الاجتماعية، بل يتضح أنه أمر حتمي وضروري في سبيل ضمان استحقاق المتضرر جسمانيًا من حادث مرور لمبلغ التعويض جبرً للأضرار اللاحقة به، فلو لم يتدخل المشرع في هذه الحالة، فإن حقوق الضحايا سيتم إهدارها إما بسبب عسر المدين المتسبب في حادث المرور، أو بسبب تقاعسه وتماطله عن أداء التعويضات المالية المحكوم بها لصالح الطرف المتضرر من حادث المرور، وحتى في حالة عدم كفاية أمواله الخاصة لتغطية حجم الأضرار اللاحقة بالغير، غير أن هذه التعويضات التي تدفعها شركات التأمين إلى الغير المتضرر من حوادث السيارات لا تكون مستحقة الدفع إلا إذا كان الشخص المؤمن له بمقتضى عقد التأمين قد ارتكب حادث مرور نتج عنه إلحاق الضرر بالغير، وهذا يتضمن إحتمالا بوقوع الحادث فهو ليس بحادث مؤكد الوقوع.

ولذلك تعتبر عقود التأمين من عقود الغرر لتوافرها على حظ ربح أو خسارة، فالمؤمن لا يعرف وقت إبرامه لعقد التأمين ما هو الأداء المالي تحديدا الذي سيتحصل عليه مقابل تحقق الخطر أو وقوع الضرر، ولا يمكن تقدير هذا المبلغ بصورة مسبقة[1].

وقد عرفت المادة 57 الفقرة 2 من القانون المدني العقد الاحتمالي على أنه: "إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقّق فإن العقد يعتبر عقد غرر".

على أنّه في عقود التأمين يرتب المشرع على شركات التأمين التزاما بالإعلام يتمثل في تزويد المؤمن له بجميع بنود العقد المراد إبرامه، خاصة تلك التي على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة، وأن تكون هذه البنود ظاهرة وواضحة وجلية وبصورة يمكن قراءتها، وبالمقابل يلتزم المؤمن له قانونًا أيضًا

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد) ص 72 ويضيف المؤلف بهذا الصدد بوجوب عدم الخلط بين العقد الإجمالي والعقد المعلق على شرط أي يعلق وجود العقد أو زواله على أمر قد يتحقق وقد لا يتحقق في المستقبل.

بالتصريح الصحيح عند اكتتاب عقد التأمين بكل الظروف المتعلقة بالخطر من حيث درجة جسامته مما يسمح تقديره بدقة[1].

2- حظر رفض التعاقد في قانون الاستهلاك

إذا كان مبدأ الحرية التعاقدية في ظل المذهب الفردي هو حرية الإرادة في إبرام العقد من عدمه، وذلك ما يبرر أن العقد حتمًا هو عادل ونافع في نطاق النظرية التقليدية للعقد وأن هذا الأخير محوره وأساسه الارادة الحرة المختارة، فإن التشريعات الخاصة بالاستهلاك قد منعت رفض المتعاقد بالنسبة للعون الاقتصادي بمقتضى المادة 15 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، فالمشرّع قيّد حرية العون الاقتصادي في التعاقد أو رفض التعاقد في مظهرين:

المظهر الأول: يتعلق بتقييد حرية العون الاقتصادي في التعاقد إذ يمنع عليه رفض التعاقد دون مبرّر شرعي.

و**المظهر الثاني** أنه يفرض عليه المتعاقد معه في نفس الوقت، وهذا يمثّل تعزيزًا للطابع الموضوعي لعلاقات الاستهلاك والابتعاد أكثر عن الطابع الشخصي[3].

إن تقرير المشرع لقاعدة حظر رفض التعاقد في الاستهلاك تخالف تمامًا مضمون مبدأ الحرية التعاقدية سواء في مظهرها الأساسي وهي حرية الشخص في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، إذ يجد العون الاقتصادي نفسه ملزما على إبرام عقد مع المستهلك الذي أبدى رغبته في اقتناء السلعة المعروضة للبيع، أو الخدمة التي يقدمها الشخص الآخر الذي يتعاقد معه.

---

1 أنظر المواد 5، 8، 13 وما يليها من الأمر 07/95 المتضمن قانون التأمين الجريدة الرسمية المؤرخة في 1995/03/08، العدد 13، والذي تم تعديله بالقانون 04/06 المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2006/03/12، العدد 15.

2 تنص المادة 15 من القانون 04-05 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "...يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرّر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

3 محمد عماد الدين عيّاض، المرجع السابق، ص 256.

ونظرًا لتوسع قانون حماية المستهلك من حيث موضوعه، فقد أدى بجانب من الفقه الألماني بالدعوة إلى إصدار قانون جديد للاستهلاك ذو نزعة اجتماعية يحل محل القانون المدني نظرًا للطابع التحرري لهذا الأخير، كما ثار التساؤل من جانب الفقه الفرنسي عن مصير دور النظرية العامة للالتزامات في المجال التطبيقي إذ أصبحت هذه النظرية مهدّدة بالزوال من طرف قانون حماية المستهلك والقانون التجاري[1].

بينما يرى البعض الآخر أن قانون حماية المستهلك هو الثوب الجديد للنظرية العامة للالتزامات، ومن ثمّ اقتراح تضمين القانون المدني ضمن محتويات قانون حماية المستهلك، في حين ذهب جانب آخر من الفقه، إلى أن هناك علاقة تكامل وتفاعل بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك[2].

إن علّة اشتراط المشرع حظر رفض التعاقد بالنسبة للعون الاقتصادي إنّما يهدف من وراءه حماية المستهلك من مختلف صور التمييز[3]، وبذلك تتحقق المساواة بين المستهلكين من الناحية القانونية والواقعية بما يضمن تكفل الدولة لضبط السوق وحماية القانون للمستهلكين وهذا طبقًا للمادة 43 من الدستور المعدل في سنة 2016 بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

وفي حالة مخالفة العون الاقتصادي لهذا الالتزام القانوني، وذلك بأن رفض التعاقد مع الشخص الذي يريد اقتناء السلعة أو الخدمة المعروضة من العون الاقتصادي، فإن هذا الأخير سيتعرض إلى

1 محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016، ص 231.

2 محمد بودالي، المرجع نفسه ، ص 232، ويقترح ذات المؤلف بجمع نصوص قانون حماية المستهلك على اختلاف مصادرها سواء تشريعية كانت أو تنظيمية وإصدارها في تقنين واحد من جهة، ومن جهة أخرى العمل على تكييف النظرية العامة للالتزامات مع القوانين الخاصة، وبالتالي ضرورة الإسراع في تعديل القانون المدني تفاديًا لاندثاره بسبب عدم مواكبته للمستجدات والتطورات التي عرفتها التشريعات الخاصة.

3 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 256.

الجزاءات المقرّرة في المادة 35 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1].

ومن شأن العقوبات المالية التي قررها المشرع بمقتضى أحكام المادة 35 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطابقة على الممارسات التجارية الوقاية من مختلف صور التمييز بين المستهلكين، وتحقيق الردع الخاص بالنسبة للعون الاقتصادي مرتكب المخالفة من جهة، وتحقيق الردع العام بالنسبة للأعوان الاقتصادين الآخرين وتحصيل عائدات مالية للخزينة العمومية من جهة أخرى.

ثانيا: تقييد حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد

يعتبر حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين بفرض مضمون العقد من أبرز مظاهر التقييد من مبدأ الحرية التعاقدية، بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد وهذا هو النظام العام الاقتصادي الحمائي من حيث مضمونه (1)، ويتميز جزاء مخالفة هذا النظام العام الحمائي عن ذلك الجزاء المترتب عن مخالفة النظام العام السياسي التقليدي(2).

1- النظام العام الاجتماعي قيد على حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد

كان تدخل المشرع لتنظيم العلاقة العقدية في ظل العصر الذهبي لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من نتائج فلسفة المذهب الفردي على سبيل مساعدة المتعاقدين في تنظيم علاقتهما العقدية وهذا ما يفسّر الطبيعة المكمّلة لهذه القواعد المنظمة للعقد، وذلك بسبب الاعتداد بالمساواة القانونية المجرّدة بين المتعاقدين[2].

إلا أن التطور الذي شهده المجتمع خاصة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة العقدية من الناحية الفعلية، وذلك بسبب اختلال التوازن العقدي من الجانب المعرفي،

1 تنص المادة 35 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير شرعية مخالفة لأحكام المواد 15 و16 و17 و18 و19 و20 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار (100.000دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3.000.000دج).

2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 53، ص 295.

ويظهر ذلك في قانون الاستهلاك من حيث طرفي عقد الاستهلاك، إذ نجد طرفًا قويًا وهو المتدخل في قانون حماية المستهلك وقمع الغش من جهة والعون الاقتصادي في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وطرفا آخر ضعيف هو المستهلك، وسعيًا لتدارك هذا الاختلال العقدي من حيث التفوق المعرفي والمركز الاقتصادي القوي للطرف المتعاقد في مواجهة المستهلك، تدخّل المشرع في عقد الاستهلاك بفرض مضمونه بصورة قيّدت من مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين، وعلى وجه التّحديد إرادة الطرف القوي في عقد الاستهلاك الذي يسيطر في علاقة الاستهلاك[1].

وإن كان القانون المدني لم يهمل تمامًا بعض الحالات الخاصة –بالرغم من اعتداده بالمساواة القانونية المجردة– عندما يكون المتعاقد في وضعية اقتصادية واجتماعية تستدعي وتستوجب حمايته تشريعيًا، كحالة الاستغلال، ونظرية الظروف الطارئة[2].

إلا أن قصور الحماية التي يقررها القانون المدني، جعلت من الضروري تقرير حماية خاصة في ظل هذه التشريعات الخاصة، وذلك بسبب خاصية عدم التوازن الاقتصادي والمعرفي الواضح بجلاء بين أطراف علاقة الاستهلاك، وإن الإبقاء على انعكاسات سلطان الإرادة في هذه الحالة هو فسح للمجال أمام إرادة الطرف القوي لكي تبسط سلطانها، بل وتستعرض مظاهر تفوقها على إرادة الطرف الضعيف وهو المستهلك[3].

كما تتجسد حماية المشرع للطرف الضعيف من خلال تدخّله في تنظيم علاقة الاستهلاك بفرض مضمون العقد برمّته بصيغة آمرة في عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم[4]، إذ يتدخل المشرع في

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 254.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 295.
3 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 253، ويستشهد المؤلف بمقولة الفقيه الألماني اهرنج على أنه: "إن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلا هو بمثابة إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات مع منحهم الحق في أخذ كل ما يقع تحت أيديهم" وهذا رد على مقولة Alfred fouillée على أنه " من قال عقدًا، قال عدلاً".
4 المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وحدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم وعقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية سنة 2013، العدد 66.

هذا النوع من العقود بطريقة إيجابية لتحديد نموذج عقد البيع على التصاميم وبالتالي تحل إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد وفرضه بقواعد آمرة لحماية الطرف الضعيف في هذا العقد[1].

وقد يتدخل المشرع بصورة جزئية في تحديد بعض عناصر العقد أي حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين بصيغة آمرة، وذلك حماية للطرف الضعيف في العقد، بينما يترك للمتعاقدين حرية تحديد باقي الشروط الأخرى عن طريق إرادتيهما المشتركة، كما هو الحال في عقد القرض الاستهلاكي عن طريق التنظيم طبقًا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114[2].

كما تدخل المشرع أيضًا في مجال علاقات العمل بمقتضى القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل بتنظيم علاقة العمل بصورة دقيقة ومفصلة حماية للطرف الضعيف وهو العامل، وذلك بتحديد حقوقه التي لا يمكن المساس بها من حيث الإنقاص منها مهما كانت الأسباب ومنها: المدة الزمنية المفروضة على العامل للعمل فيها، البرنامج الزمني للعمل الليلي، والراحة الأسبوعية، والعطلة السنوية، والأجر الوطني الأدنى المضمون[3].

2- جزاء مخالفة النظام العام الاجتماعي

نظرًا لقصور الحماية القانونية التي يقرّرها النظام العام السياسي التقليدي في مجال نظرية العقد والمتمثلة في البطلان المطلق للعقد عمومًا مع إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد، ولحماية الطرف الضعيف في التشريعات الخاصة سيما المتعلقة بقانون الاستهلاك، فإن النظام العام الاقتصادي الحمائي أو النظام العام الاجتماعي يقرر جزاءات مختلفة عن تلك التي يقرّرها النظام العام السياسي التقليدي تخدم مصلحة الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك في علاقة الاستهلاك.

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (العقود الخاصة، البيع)، ص 174.

2 مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية، سنة 2015، العدد 24.

3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 296.

فحماية الطرف الضعيف تقتضي الإبقاء على العقد وإبطال الشرط التعسفي[1]، كما أنه وفي إطار الحماية المقررة للمستهلك، فإن المشرع في تنظيمه لعلاقة الاستهلاك بمقتضى القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية قد عزّز الحماية القانونية بفرض عقوبات جزائية على مخالفة العون الاقتصادي لأحكام النظام العام الاجتماعي في مظهره السلبي عندما يفرض المشرع على العون الاقتصادي منع إدراج بعض البنود والشروط في العقد كونها غير شرعية، أو إدراج شروط تعسفية في عقد الاستهلاك من طرف العون الاقتصادي، وهذا يرتبط بالمظهر الإيجابي لتدخل المشرع في محاربة الشروط التعسفية بصفة وقائية –عكس النظام العام السياسي التقليدي– بالإضافة إلى بطلان الشرط التعسفي كما سبقت الإشارة إلى ذلك، والحماية الجزائية التي يقررها المشرع في هذه الحالة تتمثل في أحكام المادة 38 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تفرض غرامات مالية على العون الاقتصادي[2] الذي خالف أحكام المادة 29 من نفس القانون، ويصفها المشرع أنها ممارسات غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية.

كما يتدخل المشرع في مجال علاقات العمل عند مخالفة الهيئة المستخدمة للقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، وذلك باستبدال الشرط المخالف للنظام العام الحمائي بحكم القانون طبقا لأحكام المادة 136 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل[3].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 300.

2 تنص المادة 38 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار 50.000دج إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000دج".

3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 300. تنص المادة 136 من القانون 90-11 على أنه: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون". وهذا ما يوحي على وجه الجزم أن قواعد قانون العمل هي من النظام العام، تهدف لحماية الطرف الضعيف وهو العامل وأن مخالفتها من طرف الهيئة المستخدمة لا يؤدي إلى بطلان عقد العمل لما في ذلك من الضرر الشديد على العامل لحاجياته المالية والاقتصادية، كما هو مقرّر في الجزاء المترتب عن مخالفة النظام العام السياسي إنما يتقرر بمقتضى أحكام المادة 136 السالفة الذكر بطلان الشرط المخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية، وتحل محله إرادة المشرع بقوة القانون وهذا مراعاة للضعف الاقتصادي والاجتماعي للعامل.

المطلب الثاني: أثر النزعة الموضوعية على تنفيذ العقد

بعدما تم التعرض إلى أثر النزعة الموضوعية على مرحلة إبرام العقد، سيتم التطرق في هذا المطلب إلى أثر النزعة الموضوعية على مرحلة تنفيذ العقد وهي على درجة كبيرة من الأهمية، وتتعلق مظاهرها أساسًا في تعديل العقد لمقتضيات العدالة (الفرع الأول)، على أنه يتم إنهاء العقد بإرادة أحد طرفي العقد لاعتبارات موضوعية (الفرع الثاني)، كما أن النزعة الموضوعية تبرز أيضًا في تنفيذ العقد بحسن نية كقيمة موضوعية مراعاة للجانب الأخلاقي في العلاقة العقدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد

تتغيّر ظروف التعاقد والملابسات المحيطة بالعقد أثناء مرحلة تنفيذه خاصة تلك المتعلقة بالظروف الاقتصادية التي تؤثر حتمًا على التوازن المالي للعقد (أولا)، كما أن حسن نيّة المدين في أدائه لجزء معتبر من الدين تقتضي منحه أجلاً قضائيًا للوفاء بالجزء المتبقى من الدين (ثانيًا).

أولا: تحقيق نظرية الظروف الاستثنائية للعدالة العقدية

يقتضي فهم نظرية الظروف الاستثنائية واستيعاب مضمونها والمبررات التي جعلت المشرع يأخذ بها التطرق إلى لمحة تاريخية لهذه النظرية (1)، ثم الشروط التي تستوجبها النظرية لتطبيقها (2)، فأثر نظرية الحوادث الاستثنائية (3).

1- لمحة تاريخية عن نظرية الظروف الاستثنائية

يرى جانب من الفقه أن القانون الروماني لم يعرف هذه النظرية بسبب إعتناقه لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من روافد المذهب الفردي[1]، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن القانون الروماني عرف نظرية الظروف الاستثنائية في عقد الإيجار على الأقل، إذ يجيز بإعفاء المستأجر من التزامه بدفع الأجرة بصورة كلية أو جزئية إذا طرأت حوادث تؤدي إلى هلاك كل أو بعض المحصول أو كانت عائقا عن

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق (مصادر الالتزام) ص 219-220، أنظر أيضًا بلحاج العربي المرجع السابق، ص 428.

الانتفاع بالعين على درجة كبيرة، وبذلك يصبح التزام المدين مرهقًا ويكون من العدل رد هذا الالتزام إلى الحد المعقول[1].

بينما يجمع الفقه على أن النظرية كانت معروفة في القانون الكنسي بشكل أوفى[2]، وكان رجال الكنيسة في القرون الوسطى يقررون لها حكما قانونيًا[3]، فصيرورة التزام المدين مرهقًا بسبب هذه الظروف الطارئة فيه مجافاة لقواعد العدالة، ومن ثم عدم جواز الغبن في العقود، ويستوي الأمر إن تحقق في مرحلة إبرام العقد أو عند تنفيذه، وتوصلوا إلى ترتيب شرط ضمني غير صريح مؤداه وجوب تعديل التزام المتعاقد الذي أصبح مرهقًا بسبب تغيّر الظروف عند تنفيذ العقد[4].

غير أنه عندما أفل نجم الكنيسة في أوروبا وذيع صيت المذهب الفردي في صدى مبدأ سلطان الإرادة أدى إلى تقلص النظرية وضعفها[5]، بل يصفها البعض بمرحلة الاندثار[6] وذلك بسبب اختلاف التصور الفكري للعلاقة العقدية بين القانون الكنسي ومبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بوجوب احترام وتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد. ومن ثمّ لا يمكن تبرير هذه النظرية على أساس العقد نفسه[7].

---

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 157، ويرى المؤلف بأنه من المعتقد فقهيًا أن نظرية الظروف الطارئة كانت معروفة في القانون الروماني، ويستشهد ببحثه المعنون: "الأصل الروماني لنظرية الظروف الطارئة" وأساس هذه النظرية هو العدل.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع نفسه، ص 157.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 969.

4 أنور سلطان، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 227، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 288 ويضيف المؤلف أن: "أساس تحريم الغبن عند إبرام العقد، أو طرأ عند تنفيذ العقد، في كلتا الحالتين نوع من الربا المحرّم" أنظر أيضًا: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 220.

5 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.

6 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 288، ويضيف المؤلف أن المشرع الفرنسي اضطر آنذاك للأخذ بهذه النظرية ليس كمبدأ عام، ولكن في حدود تطبيقات خاصة وفي العديد من الحالات.

7 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 158 ويضيف رمضان أبو السعود في هذا الصدد: "أن القانون المدني الفرنسي يقضي في المادة 1134 منه بأن الاتفاق يحل محل القانون بالنسبة إلى عاقديه، فهذا دليل على أن المشرع الفرنسي لا ينتصر لهذه النظرية، بل إن غالبية الفقهاء رأت أن المكان الطبيعي لهذه النظرية هو التشريع، فيقع على المشرع عبء التدخل لإرجاع التوازن المختل إلى العقود بتشريع خاص، وفي بعض الظروف لحدوث حرب أو فيضان مثلاً، مرجع سابق، ص 220، أنظر أيضا: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 269، ويضيف السنهوري في ذات السياق أن مسألة تعديل العقد تخضع لإرادة المتعاقدين، ولا يمكن أن تكون معهودة للقاضي الذي يتقرر له سلطة فسخ العقد أو توقيف تنفيذه دون سلطة تعديله، وهذه مبررات القضاء الفرنسي في رفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص 972، وهذا وفاء لمبادئ قانون نابليون الذي كرس فلسفة المذهب الفردي وما ترتب عنه من المبادئ التي تحكم العقد وفقا لما يقرره مبدأ سلطان الإرادة.

ويبرر جانب من الفقه أن اندثار نظرية الظروف الطارئة في فقه القانون الفرنسي القديم والحديث سببه مساسها –أي نظرية الظروف الطارئة– بمبدأ كفاية الإرادة لنشوء الالتزام ودليلهم في ذلك أنّ تطبيق النظرية يكون مدعاة للمدين إلى ارتكاب الغش، بادعائه ما هو مخالف للواقع، وفيه أيضًا مساس بمبدأ استقرار المعاملات والثقة المشروعة الواجب مراعاتها في المعاملات العقدية والإخلال بها[1].

ونشير إلى أن نظرية الظروف الطارئة عرفت نطاقا تطبيقيًا واسعًا في مجال القانون الإداري الفرنسي بعد أن عرفها القانون الدولي من ذي قبل في نطاق العقود الدولية كسابقة أولى، طبقًا لما يعرف بقاعدة "تغيّر الظروف"[2].

حيث يرجع جانب من الفقه سبب نجاح النظرية في ظل القانون الإداري في أن القضاء الإداري غير مقيّد بالتشريع كما هو الحال بالنسبة للقضاء المدني الذي لا يمكنه استبعاد تطبيقه إلاّ ببذل جهد كبير واستعمال الحيلة، وأن القضايا الإدارية لها طابع العمومية إذ يسعى القاضي الإداري في حكمه للتوفيق بين المصلحة الخاصة ومصلحة المجتمع على خلاف القضاء المدني الذي يكون مبتغاه المصلحة الفردية دون أن تمس بمصلحة الجماعة[3].

2– شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة على أنه: "غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة

1 أنور سلطان، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 227.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 395، ويضيف المؤلف أن تغيّر الظروف أثناء مرحلة التنفيذ يمس بتراضي المتعاقدين بخصوص الالتزامات التي رتبها المتعاقدين أثناء مرحلة إبرام المعاهدة، وبالتالي يقتضي ذلك وجوبا تغيير تلك الالتزامات.
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 792.

لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

يرى جانب من الفقه أنه كان من المستحسن على المشرع الجزائري إثر تعديله للقانون المدني سنة 2005 أن ينص على الفقرة الثالثة من المادة 107 منه في المادة 106 باعتبارها فقرة ثانية منها على أساس أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء حقيقي يرد على مبدأ القوة الملزمة للعقد[2].

ذكرت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني شروط تطبيق نظرية الحوادث الاستثنائية وأول هذه الشروط وهو متضمن في التسمية ذاتها بأن يكون حادث استثنائي (أ)، وأن يكون حادث عام(ب)، لم يكن في الوسع توقعه (ج)، تنفيذ الالتزام من طرف المدين أصبح مرهقا (د).

أ- حادث استثنائي

يقصد بالطابع الاستثنائي للحادث أنه نادر الوقوع غير مألوف كالحرب أو الفيضان أو الزلزال أو انتشار مرض أو وقوع إضراب أو استيلاء إداري[3]، أو صدور قانون يتضمن تحديد تسعيرة معينة أو إلغاؤها[4].

يتضح أن طبيعة الحادث الاستثنائي وهي حتما تتضمن كل الأحداث باختلاف طبيعتها سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، أو سياسية، أو طبيعية وهو مالم يقم المشرع الجزائري بتحديده[5]، فيكون على قاضي الموضوع تقدير صفة الاستثنائية في الحادث بمقتضى سلطته التقديرية.

وفي تقديرنا حسنا ما فعل المشرع في هذا الصدد، ذلك أنه يستحيل تحديد جميع حالات الظرف الاستثنائي وحصرها، بسبب تعدد حالاتها، وهو ما يفسّر محاولات الفقه في إعطاء أمثلة كثيرة عن الظرف

---

1 عرفت نظرية الظروف الطارئة وجودا لها في القوانين الحديثة كالقانون البولوني، والقانون الإيطالي، كما سار على نهجها أيضا القوانين العربية، كالقانون الجزائري، والمصري، والأردني، أنظر: العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 430، أنظر أيضًا: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 160.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 427 وهذا هو الوضع في القانون المدني المصري الذي نص على نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثانية من المادة 147 التي تنص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

3 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 290.

4 أنور سلطان، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 229.

5 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 396 كما أن المشرع المصري لم يضرب أمثلة على هذه الحوادث، بل فسح المجال في تحديدها للفقه والقضاء، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 161.

الاستثنائي على سبيل الذكر لا الحصر[1] غير أن تحديد صفة الاستثنائية للحادث من طرف قاضي الموضوع مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، مع وجوب تسبيب قاضي الموضوع لحكمه أو قراره تحت طائلة النقض والإبطال بسبب انعدام التسبيب أو قصوره، فعدم قيام القاضي بذلك، سيلحق ضررًا بالمدين بما يمس بمبدأ العدالة العقدية نتيجة عدم وصف الحادث أنه استثنائي[2].

يرى جانب من الفقه أن ميزة أو خاصية الاستثنائية وصف يلحق إلى نتائج الحادث، وليس لهذا الأخير بذاته، فالحادث قد يكون أمرًا عاديًا ومألوفًا، غير أن آثاره لا تكون كذلك[3].

ب- حادث عام

تعرّف صفة العمومية في الحادث الاستثنائي بأن لا يكون خاصًا بالمدين فقط، كما يعتبر الحادث عامًا إذا كان كذلك بالنسبة لفئة أو طائفة معيّنة من الأشخاص أو بالنسبة لمكان معيّن[4].

يقتضي الاعتداد بصفة العمومية حتما عدم الاعتبار بالظرف الخاص المتعلق بالمدين فقط. ومثاله ما يلحق المدين من ظروف كحالة وفاته أو إعساره أو إفلاسه، أو الانقطاع عن عمله أو نشوب حريق أتى على محصوله[5].

ويرى جانب من الفقه أن هذا الشرط يعتبر بمثابة ضمان لعدم ممارسة الغش من جانب المدين

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 433.

2 قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 351258 المؤرخ في 2007/03/21، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007 العدد 02، ص 135.

3 أشار إلى هذا الجانب من الفقه الذي يميّز بين الحادث وآثاره من حيث خاصيّة استثنائية: علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 397 ويضيف بإعطاء مثال عن ذلك بصدور قانون تحرير الأسعار باعتباره حادثًا مألوفًا غير أن نتائجه غير مألوفة، والتي قد تؤدي إلى ارتفاع الأسعار بصورة باهضة، ويرى ذات المؤلف: "أن العبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحادث لما تكون كذلك بالحادث نفسه، إذا كان استثنائيا"

4 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 227، وانظر أيضًا: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 290، ويورد المؤلف أمثلة لذلك: الفيضان العالي غير المنتظر الذي يؤدي إلى إغراق مساحة واسعة من الأراضي تشمل أرض المدين، أو غارة للجراد غير منتظرة تأتي على محصول مكان معيّن يقع فيه أرض المدين.

5 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 161، ويضيف المؤلف أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يقتصر فقط على اشتراط صفة استثنائية الحادث دون عموميته، لكن لجنة المراجعات أضافت شرط العمومية، والمراد من اشتراط ذلك –حسب ذات اللجنة مضيفًا ذات المؤلف- ألا تكون متعلقة بالمدين بل يقتضي أن تكون شاملة لطائفة من الناس.

بادعائه ما يخالف الواقع[1]، على أن هناك رأي آخر مخالف له، يرى بأن وظيفة هذا الشرط هو التضييق من نطاق تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية[2] .

بينما ذهب رأي آخر إلى أنه لا مبرر لاشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي، خصوصًا وأن ذلك ينعكس على التزام المدين بحيث يصبح مرهقًا فقط على اعتبار أن الغاية من نظرية الظروف الاستثنائية هو سعي المشرع لضمان تحقيق العدالة العقدية[3].

فالرأي القائل باشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي هو تضييق من نطاق تطبيق نظرية الحوادث الاستثنائية يتسم بنوع من الانحياز إلى جانب المدين على حساب مصلحة الدائن الذي لا يد له في هذا الظرف الاستثنائي، فالمدين قد يعمد إلى ممارسة الغش بإيهام القاضي بوجود ظرف خاص به أو حتى اختلاقه من طرفه –تجعل تنفيذ الالتزام العقدي على الصورة المتفق عليها– مرهقًا له ومن شأن تنفيذه أن يلحق به خسارة فادحة بما يضر بمصلحة الدائن.

وإذا كان الظرف خاصا ومتصلا بالمدين ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فله أن يتمسك بالقوة القاهرة –وهذا هو الفرق بين القوة القاهرة والظرف الاستثنائي شرطا ونتيجة– فينقضي التزام المدين، وبالتالي تبرأ ذمته من الالتزام[4].

ج– عدم إمكانية توقع الحادث الاستثنائي

يقصد بعدم إمكانية توقع الحادث الاستثنائي أي لا يسع المتعاقدين وبخاصة المتعاقد المدين توقع الحادث الاستثنائي وقت إبرام العقد[5]. إن تقدير توقع أو عدم توقع الحادث الاستثنائي يدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك إلى رقابة قضاء النقض شرط تسبيب حكمه أو قراره تسبيبًا كافيًا

1 أنور سلطان، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 229، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 433.
2 بن شنيتي حميد، المرجع السابق، ص 118.
3 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 339، ويذكر المؤلف أن القانون اليوناني والإيطالي على عكس القوانين العربية يكتفي بالحادث الخاص بالمدين لأجل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.
4 عبد الرزاق أحد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد الجزء الثاني)، ص 971.
5 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 398، ويرى المؤلف –بحق- أن هذا الشرط هو مكمل في الحقيقة لشرط الاستثنائية .

لتقرير إمكانية أو عدم إمكانية توقع الظرف الاستثنائي، ويكون تقدير ذلك وفق معيار موضوعي وهو معيار الشخص المعتاد أو العادي[1].

على أن الحادث غير الاستثنائي وغير المتوقع لا يعني أن يكون مستبعدا تمامًا، إذ لا شيء يستبعد حدوثه في الحياة اليومية للأشخاص[2]، وبمفهوم المخالفة إذا كان الحادث الاستثنائي مما يمكن توقعه أو كان في استطاعة الرجل العادي توقعه، فلا مجال لتطبيق النظرية[3].

وفي الأخير هناك من يرى أنه إذا كان الحادث الاستثنائي ممّا يمكن دفعه من قبل المدين رغم عدم إمكانية توقعه، فلا مجال لتطبيق النظرية لأن المدين ملزم بتلافي الحوادث التي تؤثر على الوفاء بالتزامه إذا كان في وسعه ذلك[4].

د- صيرورة تنفيذ الالتزام من طرف المدين مرهق

يقصد بصيرورة التزام المدين مرهقًا أي يوصف بالعنت الشديد، إذ أن تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، ولكن دون أن يصل إلى حد استحالة التنفيذ[5].

ويجب أن تقدر فداحة خسارة المدين إذا ما نفّذ التزامه، بمعيار موضوعي يؤخذ فيه بعين الاعتبار الصفقة ذاتها وذلك بحسب معيار المدين العادي، أي العبرة بالخسارة بظروفها وملابساتها التي تصيب المدين في صفقة معينة بذاتها بصرف النظر عن الحالة المالية للمدين فيما لو كان ثريًا أو غنيًا حيث

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 290-291 رمضان أبو السعود، المرجع السابق (مصادر الالتزام) ، ص 228، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 970.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 162.

3 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 227-228.

4 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه ، ص 229 ويذكر المؤلف مثالا لذلك في حالة انقطاع المواصلات انقطاعا عارضا يمكن تجاوزه بإيجاد حل له برجوع المواصلات بصورة سريعة إلى الوضع الذي كانت عليه أو باستعمال طرق بديلة عن تلك الطرق المنقطعة، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 229.

5 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 435.

يكون قادرًا على تحمل هذه الخسارة الفادحة[1].

تجدر الإشارة أن القاضي لا يعتدّ بالخسارة المألوفة التي تلحق المدين المتعاقد من جراء تنفيذه لالتزامه، فلا بد من خسارة تجاوز بكثير المألوف في حسبان المتعاقد وقت إبرام العقد[2].

وصيرورة التزام المدين مرهقًا بأن يهدده بخسارة فادحة فيما لو نفذ التزامه، يقتضي فارقا زمنيا بين إبرام العقد وتنفيذه ليطرأ فيه الحادث الاستثنائي، فيختل التوازن المالي والاقتصادي للعقد سواء كان من العقود الزمنية المستمرة، أو من العقود الفورية ولكن تنفيذه يكون بصورة دورية أو مؤجلة[3].

ولا يشترط أن تكون التزامات الطرفين المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الاستثنائي ثم أصبح مرهقًا للمدين، بغض النظر عن الالتزام المقابل من حيث التنفيذ سواء نفذ أو كان تنفيذه متراخيًا أيضًا[4].

ونشير أنه إذا كان التراخي في تنفيذ الالتزام سببه يرجع إلى خطأ المدين، فليس لهذا الأخير التمسك بنظرية الحادث الاستثنائي[5]، إذ لا يستفيد شخص من خطئه.

كما أنه يستبعد تطبيق هذه النظرية على العقود الاحتمالية التي يكون المتعاقد فيها –بحسب طبيعة هذه العقود– عرضة للمخاطر إذ تتضمن عنصر احتمال الكسب الكبير أو الخسارة الفادحة، كما يستبعد

---

1 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 291 ويضرب المؤلف مثالا لعدم الاعتداد بثراء المدين في إعمال نظرية الظروف الاستثنائية في أن الحكومة لها أن تتمسك بالنظرية في مواجهة الفرد فيما لو كانت الصفقة التي أبرمتها مع هذا الأخير تهددها بخسارة فادحة، وليس للفرد أن يحتج بأن الحكومة لا يكون تنفيذها للالتزام مرهقًا لها قياسًا واعتبارًا لضخامة ميزانيتها وقدراتها المالية، أنظر أيضًا: أنور سلطان، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 229، رمضان أبو السعود، المرجع السابق (مصادر الالتزام)، ص 229 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 162، ويضيف المؤلف بخصوص موضوعية فداحة الخسارة التي تهدد المدين الذي لا يعتد بحالته المالية في تقدير ذلك، قد يستدل من تخزين المدين لكميات هائلة من السلعة الملزم بتوريدها للمتعاقد معه أن الحادث كان متوقعًا من قبله.

2 أنور سلطان، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 229.

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 431، أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 225، أنور سلطان المرجع السابق، ص228 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 970، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص 162.

4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 289.

5 نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.

أيضا عقود القرض من تطبيق هذه النظرية[1].

3- أثر نظرية الحوادث الاستثنائية

بمجرد توافر الشروط السابقة، يتقرر للقاضي بمقتضى أحكام الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني السالفة الذكر سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وتتمثل الوسيلة الطبيعية العادية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يجعل القاضي الخسارة الفادحة يتقاسمها كل من الدائن والمدين بنسبة عادلة[2]، ويرى جانب من الفقه –بحق– أن ردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من طرف القاضي بالزيادة في التزامات الدائن، وبالتالي الزيادة في مقدار العوض أو المقابل الذي يتحصل عليه المدين، محل شك في صحته بالنظر إلى العبارة الواردة في النص الفرنسي في المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني السالفة الذكر "reduire" التي تفيد الإنقاص من الالتزام المرهق للمدين لا الزيادة في التزام الدائن على اعتبار أن النص الفرنسي هو النص الأصلي، بينما النص العربي هو النص الرسمي[3].

كما لا يجوز لقاضي الموضوع الحكم بفسخ العقد عند توافر شروط الظرف الاستثنائي بناءًا على طلب المدين، إذ يعد ذلك تحميلا للخسارة كلها للدائن لأن الهدف من هذه النظرية هو توزيع تبعة الحادث على طرفي العقد مع إمكانية الدائن طلب فسخ العقد دون تعويض إذا رفض تعديله[4].

وسبب ذلك أن القاضي لا يملك إلا تعديل العقد في حالة تحقق شروط الظرف الاستثنائي ولا يملك

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 432، أنظر أيضًا: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 970، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 228.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 971، ويضيف المؤلف: "...فينقصه القاضي إلى الحد الذي يجعله محتملا، ولا يعني ذلك أن الإنقاص ينزل بالالتزام إلى الحد الذي كان يقدّره المدين وقت التعاقد، لأن ذلك يجعل الدائن يتحمل كل الخسارة التي سببتها الظروف الطارئة، بل ينقص القاضي الإلتزام إلى حدّ معقول".

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 404 ويتساءل المؤلف عن الأساس القانوني للزيادة في التزام الدائن دون إرادته خاصة وأن الالتزام رئيسي وليس متعلقا بمستلزمات العقد.

4 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العلامة للالتزام)، ص 295.

سلطة فسخه[1]. غير أنه يجب التمييز بين الفسخ بهدف الإعفاء الكلي أو الإعفاء الجزئي إذ يجوز ذلك في الحالة الأخيرة عندما يكون المدين قد نفّذ جزءًا من التزامه ويعفى مما تبقى منه منعًا للخسارة الفادحة، في حال تنفيذ الجزء المتبقي من الالتزام إذ أن التنفيذ الكلي للالتزام سيحمله خسارة فادحة أكبر، عكس حالة الإعفاء الكلي من تنفيذ الالتزام، إذ لا يجوز ذلك لأن نظرية الظروف الطارئة تسمح للقاضي فقط رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بهدف تسهيل تنفيذ العقد لمقتضيات تحقيق العدالة العقدية[2].

ونشير إلى أن هذه النظرية طبقا للمادة 107 فقرة 3 السالفة الذكر هي من النظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها لمقتضيات العدالة العقدية بسبب تغيّر الظروف الاقتصادية في الفترة الممتدة بين إبرام العقد وتنفيذه.

ثانيًا: تعديل أجل تنفيذ الالتزام التعاقدي ومقدار التعويض الاتفاقي حماية للمدين حسن النية

خول المشرع للقاضي سلطة تعديل أجل تنفيذ الالتزام التعاقدي وهو ما يصطلح عليه بنظرة المسيرة(1)، كما خوله أيضًا سلطة تعديل مقدار التعويض الاتفاقي المحدد في العقد وهو ما يصطلح عليه بتعديل الشرط الجزائي(2).

1- سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ الالتزام التعاقدي (نظرة الميسرة)

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقتضي حتمًا الزام كلا المتعاقدين بتنفيذه في الآجال المتفق عليها، إلاّ أن المشرع يتدخل أحيانا في تعديل هذه الآجال اعتبارًا لحسن نية المدين مما يقتضي معه –ومن باب العدل– منحه أجلاً من طرف القاضي لتنفيذ التزامه. ولكن دون الانتقاص من الالتزامات المترتبة عن

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 165، ويضيف المؤلف أن القانون البولوني والإيطالي جعلا حق فسخ العقد هو الأصل في حالة توافر شروط الظرف الاستثنائي، ويشكل الفسخ في نفس الوقت أداة لتهديد الطرف الآخر لتعديل العقد بعد قبوله الإبقاء عليه بما يحقق التوازن فيه.

2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 405،406.

العقد أو الزيادة فيها[1].

وتعرف هذه النظرة "بنظرة المسيرة" طبقا للمادة 119 الفقرة الثانية من القانون المدني[2]، ويرجع سبب منح هذا الأجل للمدين لتنفيذ التزامه التعاقدي إلى الظروف غير المألوفة وغير العادية الخاصة بالمدين حسن النية التي تستوجب إسعافه بهذا الأجل وذلك للتخفيف من حدة وصرامة الالتزام التعاقدي من حيث أجل الوفاء به دون المساس بمضمونه زيادة أو إنقاصًا[3].

يشترط في منح هذا الأجل للمدين لتنفيذ التزامه بأن لا يلحق بالدائن ضرر جسيم، فإذا كان من العدل إعطاء أجل للمدين –حسن النية– لتنفيذ التزامه التعاقدي بما يمس العقد في قوته الملزمة من حيث الموضوع لمقتضيات العدالة العقدية، إلا أنه بالمقابل ولنفس المقتضى أيضًا يجب أن ألا يتضرر الدائن من جهته من هذا الأجل الممنوح للمدين، وإلاّ نكون قد استعملنا مبدأ حسن النيّة وفكرة العدالة العقدية للتعدي على فكرة العدالة العقدية بحد ذاتها، وهذا ما لا يقبله المنطق السليم وقواعد العدالة.

ويعتبر حسن نية المدين وعدم الإضرار بالدائن جراء منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه الشرطين اللذين تستوجبها نظرة الميسرة حتى يسعف القاضي المدين بها[4]، على أن هذا الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين لأجل تنفيذ التزامه يجب ألا يكون محظورا من قبل القانون، كما هو الوضع في أحكام القانون التجاري إذ أن توقف التاجر عن تسديد التزاماته المالية يكون سببا في شهر إفلاسه[5]، وذلك لأن الحياة التجارية تقوم على سرعة المعاملات من جهة، والائتمان من جهة أخرى بمنح التاجر المدين حسن النية أجلا للوفاء بديونه.

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 425.
2 تنص المادة 119 من القانون المدني على أنه: "للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...".
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 425.
4 لخضر حليس، المرجع السابق، ص 200، على أن يراعي القاضي في منح الأجل للمدين لتنفيذ التزامه أن يكون هذا الأجل معقولاً بحيث لا يتضرر الدائن بصفة جسيمة من هذا الأجل الممنوح للمدين بغرض تنفيذ التزامه.
5 لخضر حليس، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

2- سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض الاتفاقي (تعديل الشرط الجزائي)

الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني أي يلتزم المدين بتنفيذ عين ما التزام به، وهذا ما يقتضيه منطق المعاملات التعاقدية التي تهدف إلى تبادل المصالح والمنافع الاقتصادية بين المتعاقدين، ويظهر ذلك بوضوح في الالتزامات التي يكون محلها إعطاء أو منح شيء معين بالذات، وإذا تعذر ذلك، يكون تنفيذ الالتزام بمقابل أو بطريق التعويض.

يكون تقدير التعويض من اختصاص قاضي الموضوع الذي يبيّن في حكمه أو قراره المعطيات أو المسوغات التي بني عليها مقدار التعويض، وهو ما يعرف بتسبيب الأحكام والقرارات القضائية ومن خلالها تمارس المحكمة العليا -باعتبارها محكمة قانون- رقابتها من حيث المعطيات التي اعتمدها قاضي الموضوع لتقدير التعويض.

وتقدير التعويض مسألة فنيّة يستعين فيها القاضي بأهل الخبرة لتحديد حجم الضرر وجسامته، والذي يعتد به في تقدير قيمة التعويض التي يحكم بها القاضي[1].

غير أنه يحدث أحيانا بأن يتفق طرفي العقد على مقدار التعويض مسبقًا في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وهذا ما يعرف "بالشرط الجزائي" بمقتضى أحكام المادة 183، والفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني[2].

يجوز للقاضي تخفيض مقدار التعويض المحدد في العقد، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه، وذلك عندما يفوق مقدار التعويض المحدد في العقد حجم الضرر الذي لحق بالدائن.

---

1 إن القاضي المدني يعتد في تقديره لقيمة التعويض النّقدي بحجم الضرر وجسامته، بينما يعتد القاضي الجنائي بدرجة خطورة الفعل لتكييفه من الناحية الجزائية كونه جناية أو جنحة او مخالفة.

2 تنص المادة 183 من القانون المدني على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".
تنص الفقرة الثانية من المادة 184 على أنه: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

غير أنه لا يجوز للمدين –سيء النية– أن يتمسك بمقدار التعويض المحدد بالعقد إذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا طبقا للمادة 185 من القانون المدني[1].

وتدخل القاضي في تعديل مقدار التعويض المحدد في العقد تبرره العدالة التعاقدية التي تعد غاية القانون بحد ذاته في إطار إضفاء الصبغة الموضوعية في العقد لتحقيق اعتبارات موضوعية تتصل أساسا بالعدالة العقدية، وحماية مبدأ حسن النية المفترضة في المعاملات التعاقدية خاصة.

الفرع الثاني: إنهاء العلاقة العقدية

تنقضي العلاقة العقدية أصلا بتحقيق الغاية الاقتصادية منها، غير أن المشرع يتدخل أحيانا لتقرير نقض العقد بإرادة أحد المتعاقدين (أولا)، كما أقر للمستهلك حق التراجع عن العقد بمقتضى قانون الاستهلاك (ثانيا).

أولا: نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين

طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يملك أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة والقاضي أيضًا نقض العقد خارج اتفاق الطرفين، لأن العقد يقتضي ابتداء توافق إرادتي الطرفين، وهذا هو المبدأ الأساسي والرئيسي في العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما أن قواعد العدالة تستلزم أيضًا ذلك[2]، ومن ثم فإن نقضه أو تعديله لا يكون إلا باتفاق الطرفين

إلا أن المشرع أحيانا وعلى سبيل الاستثناء يسمح بنقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين وذلك لاعتبارات شخصية معينة، وإن كان الأمر يبدو لأول وهلة أنه مساس بمبدأ استقرار المعاملات، وبالقوة الملزمة للعقد[3].

---

1 تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه: "إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيمًا"

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 425.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 376 ويضيف المؤلف أن المشرع سمح استثنائيًا بنقض العقد، أنظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص 285.

غير أن هذا الإلغاء ليس له أثر رجعي عكس الفسخ والبطلان اللذان ينسحب أثرهما على الماضي، إذ أن العقد لا ينقضي بل يعتبر معدومًا وغير موجود أصلاً[1]، والقانون بمنحه الحق لأحد المتعاقدين في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، – وأثر هذا الإنهاء لا يكون إلا بالنسبة للمستقبل دون المساس بالآثار الفعلية التي ترتبت قبل إنهاء هذا العقد – ، فإنه في نفس الوقت يعطي وجوبًا للطرف الآخر المهلة في حالة اشتراطها قانونًا، وذلك دون الإساءة أو التعسف في استعمال هذا الحق[2]، حيث أجاز المشرع الجزائري استثناء نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين كما هو الأمر في إنهاء عقد الوكالة بإرادة الوكيل حسب نص المادة 587 من القانون المدني[3].

يرى جانب من الفقه في تبرير هذا الحق أن عقد الوكالة يقوم أساسًا على الاعتبار الشخصي إذ يكون الوكيل محل ثقة من طرف الموكل، و إذا انعدمت هذه الثقة أثناء سريان عقد الوكالة، فهذا يبرر حق الموكل في إنهاء الوكالة[4].

هذا وبالرغم من أنه في حالة وجود اتفاق مخالف أي اتفاق يقضي بعدم إمكانية الموكل من إنهاء الوكالة أو تعديلها، وهذا الحكم مرتبط بحالة الوكالة دون أجر يتلقاه الوكيل من الموكل، غير أنه إذا كانت الوكالة بأجر –حسب حكم نفس المادة– فإن الموكل يكون ملزمًا بتعويض الوكيل عن الضرر الذي أصابه بسبب عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، وهذا التعويض يكون ليس على أساس

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الثاني)، ص 722، 724.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 276 ويرى علي فيلالي أن هذه المهلة التي تعطى للمتعاقد الآخر في حال تمسك المتعاقد بحق نقض العقد بإرادته المنفردة، هدفها تمكينه اتخاذ الاحتياطات المناسبة حسب تقديره، ومن ثم تفادي الفجائية أو التعسف في استعمال حق نقض العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقد، غير أن ذات المؤلف وبخصوص نفس النقطة يضيف أنه وبالرغم من احترام المتعاقد المتمسك بنقض العقد بإرادته المنفردة إجراء الإعذار أو الإنذار للمتعاقد معه لا يمنع من إثبات حالة التعسف في استعمال المتعاقد حق نقض العقد بإرادته المنفردة، مما ينتج عنه ترتيب مسؤوليته المدنية، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 380،381.

3 تنص المادة 587 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيّدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الموكل يكون ملزمًا بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول".

4 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 380.

عقد الوكالة بداهة، إذ أن العقد تم إنهاؤه من قبل الموكل بأثر مستقبلي، إنما أساس التعويض يكون بناء على الفعل المستحق للتعويض وفقًا لما تنص عليه المادة 124 من القانون المدني[1].

كما يقرر المشرع حق المتعاقد في إنهاء العقد أو نقضه بالإرادة المنفردة، وذلك منعا للالتزام مدى الحياة في الالتزامات غير المحددة المدة، أو حماية للطرف الضعيف اقتصاديًا في العقود المسماة في القانون المدني، والتي تختلف كلية عن تلك المتعلقة بالتشريعات الخاصة سيما قانون الاستهلاك وما تعلق بحق التراجع المرتبط برضا المستهلك[2].

ثانيا: حق المستهلك في التراجع عن العقد

إذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد أو ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين من أهم المبادئ التي تحكم العقد في مرحلة تنفيذه باعتباره القانون الخاص للمتعاقدين والذي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فإن التشريعات الخاصة سيما قانون المستهلك الذي قرر للمستهلك حقًا في التراجع عن العقد "Droit de retractation " وذلك بموجب أحكام المادة 19 من القانون رقم 09-03[3]، وبمقتضى أحكام الفقرة الأخيرة من هذه المادة التي أحالت إلى التنظيم مسألة تحديد شروط وكيفيات ممارسات العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية بذلك.

وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 15-114[4] المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، والذي كرس للمستهلك حق العدول في مجال القرض الاستهلاكي إذ نصت الفقرة

1 أنظر المادة 124 من القانون المدني السالفة الذكر.
2 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 381.
3 تنص المادة 19 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في فقرتيها الثانية والثالثة على أنه: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية".
4 المرسوم التنفيذي رقم 15-114 الصادر بتاريخ 23 رجب 1436 الموافق لـ 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية سنة 2015، العدد 24.

الثانية من المادة 11 منه على ذلك[1]، كما تعرضت المادة 14 من نفس المرسوم إلى عقد البيع الذي يتم على مستوى المنزل[2].

يتميز حق المستهلك في التراجع عن عقد البيع أنه ثابت بقوة القانون لا يقتضي حصول الاتفاق بشأنه بين طرفي العلاقة العقدية الاستهلاكية، كما أنه حق إرادي للمستهلك وهو غير مطالب بتبرير عدوله، ولا يكلفه أية أعباء سوى مصاريف رد المبيع في حالة وجودها[3].

فعملية البيع بالمنزل وإن كانت تقي المستهلك المصاريف والوقت للتنقل إلى محل المهني، إلا أنها تشكل خطرًا على رضا المستهلك إذ لا يتاح له في منزله فرصة الاستفادة من منافسة المنتجين الآخرين، كما أن التفرد به وبخاصة إذا كان المستهلك من المسنين والسيدات الماكثات في المنزل مع انعدامهم لعنصر الخبرة في مجال التجارة يجعل الأمر أكثر خطورة، وهذا ما يبرر الحماية التشريعية المتمثلة في إمكانية التراجع عن العقد[4].

يتضح أن الغرض من تقرير المشرع حق المستهلك في التراجع عن البيع هو إعطاءه مدّة زمنية إضافية قصد التفكير بعد إبرامه لعقد الاستهلاك حتى يتسنى له إما التمسك بالعقد، وبالتالي يبلغ البائع بحصوله على القرض، ومن ثم يرتب العقد كل آثاره.

وإما التراجع عن العقد فيمتنع عن تبليغ البائع عن حصوله بالقرض، فيسقط عقد البيع[5]، كما أن حق العدول للمستهلك بالتراجع عن البيع يعد امتداد لحماية رضا المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لانعقاد عقد الاستهلاك، فقد لا يقدر المشتري بصورة صائبة وجيدة خاصية السلعة أو الخدمة التي اقتناها وقت

---

1 تنص الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على أنه: "غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

2 تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 45-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على أنه: "عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (07) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة... لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة".

3 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 260.

4 محمد عماد الدين عياض، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.

5 علي فيلالي، المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 119-120.

إبرامه للعقد، ولكن بعد ذلك يتبين له أن هذا العقد لا يستجيب لاحتياجاته ورغباته، ولذلك منح له حق العدول عن عقد الاستهلاك[1].

إذن فالمشرع الجزائري في مجال الاستهلاك، ونظرًا للتفوق المعرفي الذي تتميز به علاقة الاستهلاك من جانب المحترف في مواجهة المستهلك، وسعيًا منه لمعالجة هذا التفاوت استعمل وسيلتين، الأولى تتمثل في إعلام المستهلك، والثانية في مهلة التفكير قصد الإدلاء برضاه وهو ما يعرف بحق التراجع للمستهلك عن العقد[2].

الفرع الثالث: تنفيذ العقد بحسن نية

يعتبر مبدأ حسن النية مظهرا من مظاهر الجانب الأخلاقي الذي يجب أن يكون في كل علاقة عقدية رغم أن أساس العقد هو ظاهرة إرادية[3]، وهو على درجة كبيرة من الأهمية، إذ أن حسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية[4]، ويتحقق ذلك خاصة، في عقود الشركة التي تقوم على فكرة النية في الاشتراك وهو ركن معنوي أساسي في تكوين الشركة ويتجسد مظهره في اقتسام الأرباح والخسائر بصفة خاصة وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام فإن القانون يجيز حلّ الشركة[5].

---

1 عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 763، نقلا عن: محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 261.

2 علي فيلالي، المرجع السابق (العقود الخاصة، البيع)، ص 173، ويضيف المؤلف "... فيبدو من الصعب تبرير حق المستهلك في التراجع لكون التمسك به يكون بعد انعقاد العقد"، وكان نفس المؤلف يرى من قبل أن:" ... ونرى في هذه الآليات الجديدة مجرد التكييف لمضمون المبادئ التي تحكم مضمون العقد وذلك بالنظر إلى تطور المجتمع دون المساس بالتصور العام لنظرية العقد..... كما تطلب هذا التطور وسائل أخرى منها الرضا المتبصر وحق التراجع..."، أنظر مرجعه السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد) ، ص 61، هامش رقم: 1. وفي اعتقادنا أنه تراجع جزئي عن رأيه السابق بخصوص حق المستهلك في التراجع عن عقد الاستهلاك على أنه تكييف لمضمون المبادئ التي تحكم العقد، هذا على غرار وضعيات أخرى يصعب جدا القول أنها تكييف لمضمون المبادئ التي تحكم العقد، بل تتناقض مع مبدأ الأثر النسبي للعقد كما هو الشأن في إقرار حق المستهلك في الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك. ويستشهد المؤلف بمقولة للفقيه في مؤلفه المعنون بـ:
, PUAM, N.RZEPECKI. DROIT DE LA CONSOMATION ET THEORIE GENERALE DU CONTRAT, N^0 572.
دون التعقيب عليها مما يدل على تأييده لهذا الرأي للمؤلف المشار إليه. راجع رأي مخالف في نفس النقطة: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2015، 2016، ص 150.

3 نساخ بولقان فطيمة، المرجع السابق، ص 300.

4 علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 392.

5 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (مصادر الحق في الفقه الإسلامي)، ص 18.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع العقود سواء في مرحلة إبرامها أو تحديد مضمونها أو طريقة تنفيذها تخضع لمبدأ حسن النية، ولذلك يعتبر –بحق– من المبادئ الأساسية في القانون الحديث[1]، وتأتي مرحلة تنفيذ العقد –التي يشترط فيها التزام المتعاقد بمبدأ حسن النية– بعد انعقاد العقد وتفسيره، وتحديد نطاق الالتزامات الناشئة عنه، وذلك على خلاف ما كان معروفًا في القانون الروماني الذي كان يعرف تقسيمًا للعقود إلى: عقود حرفية التنفيذ، وعقود طابعها حسن النية[2].

كما أن القانون لم يكتف بإلزام المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهما بحسن النية، بل منح للمدين – حسن النية– أجلا قضائيا لتنفيذ التزامه أي "نظرة الميسرة " طبقا للمادة 119 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري[3]، بينما ألزم المدين سيء النية إذا ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا بالتعويض عن الضرر غير المتوقع، فمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد له صور محددة (أولا)، كما ان الرغبات المشروعة للمستهلك تعد المظهر الشامل لمبدأ حسن النية في قانون الإستهلاك (ثانيا).

أولا: صور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

يظهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في صورتين أساسيتين هما الالتزام بالنزاهة (1)، والالتزام بالتعاون(2).

1– الالتزام بالنزاهة

يقصد بالنزاهة: "أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرًا أو مستحيلاً"[4]، ويظهر بوضوح أن هذا الالتزام سلبي إذ يقتضي على المتعاقد أن يمتنع عن كل تصرف ينطوي على غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسير أو مستحيل بالنسبة له، أو بالنسبة للمتعاقد معه، مما يتبيّن معه أنه سيء النية.

---

1 أنور سلطان، المرجع السابق، (الموجز في مصادر الالتزام)، ص 243.
2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 155.
3 تقابل المادة 119 فقرة2 من القانون المدني الجزائري المادة 346 فقرة 3 من القانون المدني المصري، أحمد سعيد الزرقد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 22.
4 علي فيلالي، المرجع السابق(الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 392.

يقتضي تنفيذ الالتزام بحسن النية توخي الأمانة وشرف التعامل والإخلاص، فيمتنع المدين في تنفيذ التزامه عن أي غش أو تدليس فيجب مثلا على سائق سيارة الأجرة أن يستعمل الطريق الأقرب للراكب وليس الطريق الطويل بهدف تحميله أجرة مرتفعة[1].

ونذكر بأن المدين يلتزم وجوبًا بتنفيذ التزامه العقدي طبقًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد وعليه يحق للدائن بمقتضى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مطالبة المدين بتنفيذ التزامه عينًا أو التنفيذ بمقابل، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا وللدائن التمسك بذلك، كما أنه إذا كان محل التزام المدين القيام بعمل فإن تنفيذه لا يكون مجديًا إلا بتدخله الشخصي، فيحق للدائن عندئذ أن يرفض قيام شخص آخر غير المدين بالتنفيذ[2].

كما أنه يقع أيضا على الدائن الالتزام بالأمانة والإخلاص بأن يمتنع عن كل غش أو حيلة تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقًا أو مستحيلاً عليه أو تحميله أعباء مالية كبيرة لا تتفق مع الفائدة المتوخاة والمقصود تحقيقها من وراء إبرام العقد[3].

يتحدد تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزامهما بمعيار موضوعي وهو سلوك الرجل العادي الذي أخذ به المشرع الجزائري في العديد من مواده منها 544، 592.[4]

2- الالتزام بالتعاون

يقتضي تنفيذ الالتزام بحسن نية واجب التعاون بين المتعاقدين وذلك بهدف تحقيق المصلحة المشتركة، ولذلك يجب على كل متعاقد أن يبذل كل ما بإمكانه قصد تمكين الطرف الآخر من تنفيذ

1 محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 373.
2 ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 252.
3 ياسين محمد الجبوري، المرجع نفسه ، نفس الصفحة.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 393، ويضيف المؤلف بخصوص معيار الرجل العادي أن هذا الأخير مستمد بصفة أصلية من معيار روماني ويقصد به سلوك الشخص الذي يتسم باليقظة والحرص أي الدائن العادي الذي يتخذ الاحتياطات لنفسه للوفاء بما التزم به، نفس المرجع، ص 31.

التزامه، بما يقتضي من واجب الإعلام بالظروف والوقائع ذات الأهمية في تنفيذ العقد[1]، فمبدأ حسن النية يفرض بصفة ضمنية تعاون كل متعاقد مع المتعاقد معه تحقيقًا للمصلحة المشتركة وبالتالي يلتزم كل متعاقد بتقديم الرعاية والمساعدة للمتعاقد الآخر[2].

ولما كان من الضروري أن يتلاءم العقد مع التطورات التي عرفها المجتمع من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والعلمية والتكنولوجية، فإنه لابد أن يتم تنفيذ العقد بجميع مستلزماته تحقيقا للغاية الاقتصادية المرجوة منه.

لقد أصبح مبدأ حسن النية من المبادئ التي يعول عليها لتخطي ومعالجة الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد عن طريق تحديد سلوك المتعاقد في وجوب التزامه بالإخلاص والنزاهة والتعاون لتحقيق أمن واستقرار المعاملة العقدية[3].

ثانيا: الرغبات المشروعة للمستهلك المظهر الشامل لمبدأ حسن النية في قانون الاستهلاك

إن التفوق المعرفي والاقتصادي الذي تتميز به علاقة المستهلك والذي يجسد حقيقة هيمنة المتعاقد المحترف في هذه العلاقة من خلال معرفته التامة بالمنتوج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك، جعلت المشرع يتدخل لكي يوفر حماية خاصة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في علاقة الاستهلاك، ويتجسد ذلك بوضوح من خلال فرض مبدأ حسن النية في قانون الاستهلاك اعتدادا بالمساواة الفعلية الواقعية خلاف أحكام النظرية العامة للعقد التي لا تعتد إلا بالمساواة القانونية المجردة من خلال عيوب الرضا، وبخاصة ما تعلق بعيب التدليس مثلا، وكذلك أحكام بعض العقود المسماة مثل عقد البيع والإيجار والمقاولة.

---

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 374، ويرى المؤلف أن تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين يؤدي حتمًا إلى تحقيق المصلحة الفردية لكل متعاقد في نفس الوقت، ومثال ذلك عقد العمل إذ يلتزم بموجبه العامل بالإخلاص لصاحب العمل عن طريق المحافظة على السر المهني وترشيد النفقات وتحقيق الأرباح، وبالمقابل يحرص صاحب العمل على سلامة عماله وتوفير ظروف العمل الملائمة.

2 نساخ بلقان فطيمة، المرجع السابق، ص 307.

3 نساخ بلقان فطيمة، المرجع نفسه ، ص 309.

ونظرا لما يطبع علاقة الاستهلاك من تفاوت معرفي واقتصادي، فإن الحماية القانونية المقررة بمقتضى أحكام نظرية العقد والعقود الخاصة لا تستجيب بكل فعالية لحماية الطرف الضعيف في علاقة الاستهلاك، ممّا أدى بالمشرع لوضع قواعد حماية خاصة تختلف في آلياتها عن تلك المقررة في القانون المدني والتي تستجيب حتما للرغبات المشروعة للمستهلك، ومن ورائها حماية مبدأ استقرار المعاملات.

ومن أبرز مظاهر هذه الحماية فرض جملة من الالتزامات على المتدخل أو العون الاقتصادي في علاقته مع المستهلك –وهذا في إطار تعزيز مبدأ حسن النية– مراعاة الرغبات المشروعة للمستهلك، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 11 من القانون 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1]، ويتم تقدير الرغبات المشروعة للمستهلك وفق معيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي الذي ينسجم مع ترجيح المعيار الموضوعي في تقدير حسن النية عمومًا[2].

على أنّ الاعتبار للرغبات المشروعة للمستهلك يدخل ضمن إلزامية مطابقة المنتوجات اعتباره التزاما قانونيًا على عاتق المتدخل وذلك حماية للمستهلك، وتحقيقا للغاية الاقتصادية التي يتوخاها من عقد الاستهلاك .

1 تنص المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفته ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.
كما يجب أن يحترم المنتوج المتطلبات المتعلقة بمصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه.
تحدد الخصائص التقنية للمنتوجات التي تتطلب تأطيرًا خاصًا عن طريق التنظيم".

2 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 273.

الفصل الثاني: وسائل التفسير الموضوعي للعقد في القانون المدني الجزائري

يستعين قاضي الموضوع بوسائل وأدوات قانونية لتفسير العقد موضوع الدعوى القضائية تفسيرًا موضوعيًا، وذلك بهدف الوصول إلى إزالة العقبة التي تعترض تنفيذ العقد تنفيذًا عينيًا، وهذه الوسائل تولى المشرع تحديدها، وهي ترتبط أساسًا بطبيعة العقد بالنظر إلى مراكز المتعاقدين من حيث عنصر المساواة القانونية المجرّدة، أو من حيث عنصر المساواة الفعلية بين المتعاقدين، إذ تنقسم العقود إلى عقود مساومة تبعًا للوضع الأول، وعقود إذعان تبعًا للوضع الثاني، ونظرا للتباين الواضح بين هذين الصنفين أو التقسيمين من العقود من حيث أن كلا المتعاقدين يتمتعان بالمساواة التي يقرها القانون لهما من حيث مبدأ الحرية التعاقدية في مظهرها الأساسي والثانوي، ومن ثم تتحقق عدالة ونفعية العقد بالنسبة للمتعاقدين، عكس عقود الإذعان حيث يتضح من خلال تسميتها ابتداء وبداهة بوجود عدم مساواة بين أطرافها ولبيان ذلك –على اعتبار أنه مضمون هذا الفصل– فسيتم التطرق إلى وسائل التفسير الموضوعي في عقد المساومة (المبحث الأول)، على أن يتم التعرض بعد ذلك إلى وسائل التفسير الموضوعي في عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وسائل التفسير الموضوعي لعقد المساومة في القانون المدي الجزائري

يقتضي التعرض إلى وسائل التفسير الموضوعي لعقد المساومة لزامًا في البداية التطرق إلى مضمون عقد المساومة (مطلب أول)، ثم بيان وسائل التفسير الموضوعي المتعلقة به (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون عقود المساومة

يتصل مضمون عقد المساومة بصورة واضحة في المساواة بين أطراف هذا العقد، والتي تتجسد بدورها في مظاهر تعكس حرية المتعاقد في هذا النوع من العقود (الفرع الأول)، على أن هذه المظاهر لها أثرها الواضح وذات أهمية بالغة في تقرير نوعا خاصا من الحماية القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر المساواة في عقد المساومة

تتضح مظاهر المساواة بين أطراف عقد المساومة في تطابق إرادتي المتعاقدين المشكل للاتفاق بالمعنى الحقيقي (أولا)، كما أن هذا الاتفاق له نطاقه في هذا النوع من العقود (ثانيًا)، بما يعكس حقيقة تجسيد المساواة العقدية فيه (ثالثا).

أولا: الاتفاق نتاج تطابق إرادتين متساويتين قانونا

يعتبر توافق أو تطابق الإرادتين الذي ينتج عنه اتفاق طرفي العقد من أهم وأبرز مظاهر المساواة في عقود المساومة، وهاتين الإرادتين المتطابقتين تظهر في الإيجاب (1)، القبول (2).

1- الإيجاب

لا يعتد القانون بالإرادة إلا من خلال الإفصاح والإعلان عنها حتى تكون ظاهرة اجتماعية ترتب آثارها القانونية في مواجهة الغير، وحتى بالنسبة للشخص الذي أعلن عن هذه الإرادة، والإرادة الأولى في التعاقد –مبدئيًا– هي ما يصطلح عليها بالإيجاب.

وقد عرّف الإيجاب على أنه: "العرض الصادر من شخص يسمى الموجب، يعبّر فيه بوجه جازم عن إرادته الجدية في إبرام عقد معين، وهو لا يكون إلاً صريحًا، بحيث أنه إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد قانونًا"[1].

كما عرف أيضا أنه : "العرض الصادر من شخص يعبّر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[2].

يشترط في الإيجاب أن يتضمن البنود الأساسية للعقد المراد إبرامه بصفة دقيقة ومحدّدة، وعلى نحو جازم وبات[3].

غير أنه لا يعني بصفة حتمية أن الذي يأخذ المبادرة للتعاقد يكون في مركز الموجب، وأنّ ما صدر عنه دائما هو الإيجاب، فقد تكون هذه المبادرة لا تعدو أن تكون دعوة إلى التعاقد ويكون الهدف منها هو الشروع في المفاوضات[4].

على أن العرض الذي يتضمن الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه تكون كافية على هذا العرض لوصفه بالإيجاب وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة، ومن ثم إذا اقترن بقبول مطابق له انعقد العقد وتحمّل كل طرف الالتزامات التي يرتبها هذا العقد[5].

ويميّز جانب من الفقه بين المسائل الجوهرية والمسائل الرئيسية الذاتية أو الشخصيّة وتتحدّد الأولى أنها عنصر أساسي في تعريف العقد المراد إبرامه، بينما الثانية تتمثل في المسائل التفصيلية التي تتحدد بناءًا على المعاملة في حد ذاتها، إلاّ أنها رئيسية بالنسبة للموجب بل مؤثرة في التعاقد بالنسبة له[6].

---

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 111، ويضيف المؤلف أن الإيجاب يتضمن شروط محدّدة، تتضمن كافة العناصر الأساسية للعقد الذي تتجه الإرادة إلى إبرامه.
2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام)، مصادر الالتزام، ص 11.
3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 37.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 118.
5 لذلك يشترط قانونا أن يكون للموجب أهلية التصرف ، العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 125-126.
6 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 119.

وبمجرد تطابق الإيجاب بمفهومه القانوني بقبول طرف آخر ينعقد العقد طبقا للأصل الثابت وهو مبدأ الرضائية وفقا لما ورد في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تؤكد على هذا المبدأ الهام في نظرية العقد، وفي نفس الوقت هو انتصار لمبدأ سلطان الإرادة من جهة، غير أن المشرع يتدخل أحيانا فيقيد الارادة من حيث قدرتها على إبرام تصرّف قانوني معيّن ويخضع الإرادة لشكل معيّن وذلك تحقيقًا لغايات اجتماعية معيّنة، غير أن الجدير بالملاحظة أن عناصر الإيجاب المتمثلة في تحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه في عقود المساومة قطعًا تقبل المناقشة بالإضافة والحذف والتغيير وهذا من أهم مظاهر الإيجاب في عقود المساومة، ويعد من أهم وأبرز مظاهر الحرية التعاقدية في مناقشة بنود العقد

2- القبول

يعتبر القبول العنصر الثاني في العملية التعاقدية إذ يتضمن الموافقة على الإيجاب الصادر من الموجب في وقت سابق والذي يأتي مطابقًا للإيجاب[1]، ويجب أن يطابق القبول الإيجاب تمام المطابقة وبالتالي يحصل ما يصطلح عليه بتوافق الإرادتين، فيتم العقد، ومظاهر هذا التوافق التام بين الإرادتين مجاله الالتزامات التي تترتب على العقد، ومشتملات أركان الالتزام كموضوع الالتزام وسببه[2].

ويكون الشخص الموجه إليه الإيجاب حرّ في قبول الإيجاب أو رفضه، بل وحتى عدم الرّد عليه في عقود المساومة، وذلك تجسيدًا لمبدأ الحرية التعاقدية[3].

يقضي مبدأ الحرية التعاقدية بصفة عامة أنه لا يجبر شخص على التعاقد أساسًا، كما أن طرفي العقد لهما كامل الحرية في تحديد مضمون ونطاق العقد –إلا ما كان منه مخالفًا للنظام العام والآداب العامة– وعلى ذلك فإن الشخص إذا رفض الإيجاب الموجه إليه فإنه يسقط في هذه الحالة[4].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 128.
2 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 276.
3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 135.
4 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 276.

كما يمكن أن يتضمن الرد عل الإيجاب إضافة شرط معيّن، أو تبديل بعض الشروط التي تضمنها الإيجاب، ومن ثمّ فإن هذا الرّد يعتبر إيجابًا جديدًا وفقا لما تقضي به أحكام المادة 66 من القانون المدني الجزائري[1]، على أن القبول شأنه شان الإيجاب لابد أن يكون باتًا وجازمًا في التعبير عن إرادة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب، وبالتالي فلابد من وجود أهلية التصرف ويجسدها التعبير عن الإرادة واتجاهها لإحداث أثر قانوني معيّن[2]، وينعقد العقد ولو بقبول صادر من شخص غير معين كما في حالة الايجاب الموجه للجمهور بشرط أن يكون مطابقا للإيجاب في جميع بنوده طبقًا لمبدأ الرضائية في العقود وفقا للمادة 59 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: نطاق الاتفاق في عقود المساومة

قد يتّفق الطرفان المتعاقدان على جميع المسائل المرتبطة ببنود العقد سواء ما تعلق منها بالمسائل الجوهرية والتفصيلية في العقد (1)، كما يحدث أن يتفق الطرفان فقط على المسائل الجوهرية دون المسائل التفصيلية(2).

1- الاتفاق الكلي على المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود

لا يتم القبول بمجرد الرّد الإيجابي من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب، بل لابد من مطابقة القبول للإيجاب، بأن يعبر الموجب له قبوله إبرام العقد وفقا للشروط التي تضمنها الإيجاب دون تغيير بالزيادة أو النّقصان أو إدخال بعض التغييرات على مضمون الإيجاب من حيث شروطه وبنوده[3]، وهذه هي حالة الاتفاق الكلي حول بنود العقد وشروطه، غير أن هذا لا يمنع من الناحية العملية وأثناء مرحلة تنفيذ العقد

1 حيث تنص المادة 66 من القانون المدني على أنه:" لا يعتبر القبول الذي يغير في الإيجاب إلا إيجابا جديدا"، وفي اعتقادنا أنه ينبغي على المشرع الجزائري استبدال مصطلح "القبول" بعبارة "الرد على الايجاب " حتى يستقيم المعنى، ولا يلتبس الأمر بوجود قبول فينعقد العقد ويرتب آثاره.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 135.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 128. ويضيف المؤلف بصدد هذه النقطة أنه عمليا وبمناسبة إبرام العقود الهامة ترد صيغة القبول بتكرار صيغة الإيجاب نفسها، كما قد يلجأ الطرفان إلى تحديد مضمون المصطلحات والألفاظ الواردة فيه في شكل ملحق وذلك تفاديًا لكل سوء فهم أو تفسير غير صحيح لإرادتيهما. ويبدو أن هذا يساهم بشكل فعال في تفادي اللجوء إلى القاضي، إذ يقوم المتعاقدان بنفسيهما بعملية تفسير العقد وهو ما يصطلح عليه بالتفسير الاتفاقي للعقد وبالتالي ضمان تنفيذ العقد في آجال معقولة بما يحقق الغاية الاقتصادية منه.

أن تثار بعض إشكالات التنفيذ بسبب إغفال المتعاقدين حال إبرامهما للعقد من التطرق إلى مسألة تفصيلية وذلك سهوًا، مما يستلزم معالجة هذ الإشكال، وفي حال عدم الاتفاق عليها، يرفع الأمر إلى قاضي الموضوع وذلك من أجل حلّ الإشكال الذي يعترض تنفيذ العقد بواسطة تطبيق الأحكام المكملة للعقد.

وقد يحدث أن الشخص الذي وجه إليه الإيجاب قد يقبل بعضه دون البعض الآخر، فإذا تبين من ظروف التعاقد وملابساته أن نيّة الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو من طبيعة المعاملة أن الإيجاب لا يقبل التجزئة، فإن القبول الجزئي غير معتبر، فلا ينعقد العقد حتى بالنسبة للمسائل التي تم فيها التطابق بين الإيجاب والقبول[1].

وتتحدد طبيعة المسائل المتعلقة بالعقد من حيث أنها جوهرية او تفصيلية بتطبيق معيارين، معيار موضوعي يتمثل في طبيعة ونوع العقد المراد إبرامه، والعناصر المكونة لمحل العقد، ومعيار شخصي يرتبط بفكرة التحفظ أو الشرط، وذلك وفقا لإرادة المتعاقد المنفردة أو بالإرادة المشتركة للمتعاقدين[2]، وفي باعتقادنا أنه لا مجال للكلام عن إرادة المتعاقد المنفردة بل العبرة بالإرادة المشتركة للمتعاقدين.

2- الاتفاق الجزئي على المسائل الجوهرية دون التفصيلية

تضمنت المادة 65 من القانون المدني الجزائري أحكام الاتفاق الجزئي[3]، شروطه والأثر المترتب عن هذه الحالة، وماهي الحلول القانونية لفض الخلاف حول المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها المتعاقدين أثناء مرحلة التنفيذ.

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 277 وحسب رأينا لا يمكن الأخذ بالقبول الجزئي فيما يتعلق العناصر والشروط التي يتضمنها الإيجاب، إذ يعد ذلك رفضًا للإيجاب وسقوط له، بل يعتبر إيجابًا جديدًا من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب، ومن ثم ينتظر صدور قبول من الشخص الذي صدر منه الإيجاب ابتداءً.

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 129.

3 تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرمًا وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"

فبالنسبة للشروط المتعلقة بالاتفاق الجزئي هي:

- اتفاق المتعاقدين حول جميع المسائل الجوهرية، وهذا سيكون له أثر قانوني هام من حيث تحقق التراضي في العقد، ففي عقد البيع مثلا تكون المسائل الجوهرية فيه هي تحديد ثمن البيع وتحديد المبيع، وفي عقد العارية محل الإعارة ومدتها، وفي عقد المقاولة تتحدد مسائله الجوهرية بتحديد الأشغال وثمن إنجازها[1].
- الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقًا، وهذا يعني عدم اتفاق المتعاقدان حول هذه المسائل التفصيلية في مرحلة إبرام العقد، على أن يتم الاتفاق عليها لاحقًا.
- عدم اشتراط الطرفين أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها –وهو شرط سلبي– أما إذا اتفق على أنه لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، فهذه المسائل التفصيلية تصبح على درجة بالغة من الأهمية بالنسبة للطرفين، بل ويكون هذا الاتفاق مانعًا لقيام العقد المراد إبرامه.

في حال تحقق شروط الاتفاق الجزئي، فإن العقد ينعقد صحيحًا ويرتب كافة آثاره القانونية من حقوق والتزامات في ذمة المتعاقدين بخصوص المسائل الجوهرية المتفق عليها، تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد على اعتبار أن العقد هو القانون الخاص بالمتعاقدين، وإذا ما اختلف الطرفان حول المسائل التفصيلية فإن القاضي يفصل فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، إذ أن الطرفان بسكوتهما عن تنظيم المسائل التفصيلية آن إبرام العقد واتفاقهما على تنظيمها فيما بعد، يكونا بذلك قد اتجهت إرادتيهما ضمنيا إلى تطبيق نصوص القانون المكملة التي تهدف أساسًا إلى تكملة مضمون اتفاقهما المكون للعقد فيما يخص المسائل التفصيلية التي لم تكن نتاج إرادة المتعاقدين[2].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 119.

2 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 129، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء، الأول)، ص 278 ويضيف أنور سلطان بشأن هذه النقطة أن المتعاقدان يفترض أنهما قد قبلا أن تحل إرادة القاضي محل إرادتيهما للفصل في المسائل التفصيلية، والقاضي بصدد القيام بذلك يكون قد خرج من مهمته الأصلية وهي تفسير العقد إلى التدخل في تكوينه، غير أن الحقيقة خلاف ذلك إذ يجب التمييز بين هذه المهمة الأخيرة ومهمة تكملة العقد طبقا لما ينص عليه القانون، مرجع سابق، ص58.

يرى جانب من الفقه أنه قد لا يقع القبول على العناصر الجوهرية للعقد، بل ينحصر الاتفاق على جزء من المسائل التفصيلية أو البعض منها دون البعض الآخر، وبالتالي فإن العقد لا ينعقد بداهة والتساؤل مطروح بخصوص المسائل التفصيلية هل تعد بمثابة عقد ملزم للطرفين، فقد يتبين ذلك من نية المتعاقدين، فيلتزمان بما تم الاتفاق عليه من هذه المسائل التفصيلية، وذلك بالرغم من عدم تمام العقد الأصلي، أما إذا اتضح من نية الطرفين خلاف ذلك، فإن هذا الاتفاق المتعلق ببعض المسائل التفصيلية لا يلزم الطرفين[1].

و يرى جانب آخر من الفقه أنه بخصوص الاتفاق الجزئي يجب التمييز فيه بين ثلاثة فروض، الفرض الأول أن يكتفي الطرفان بالاتفاق على المسائل الجوهرية دون التعرض للمسائل التفصيلية، فينعقد العقد على اعتبار اتجاه نية الطرفين إلى الأخذ بالقواعد المكملة التي أوردها القانون بخصوص المسائل التفصيلية، على أن الفرض الثاني يتحقق بالاتفاق على بعض المسائل الجوهرية دون البعض الآخر، ففي هذا الفرض لا ينعقد العقد، والأمر سيان حال الاتفاق على المسائل الجوهرية دون المسائل التفصيلية بعد مناقشتها، فيتبيّن أنه قد تم تعليق العقد من الطرفين إلى حين الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية، على أن الفرض الثالث يتفق فيه الطرفان على جميع المسائل الجوهرية مع إرجاءهما لمناقشة المسائل التفصيلية حين تنفيذ العقد، فإن العقد ينعقد في هذا الفرض[2].

والملاحظ أن صورة الاتفاق الجزئي تخدم بدرجة كبيرة عقود الصفقات الهامة اقتصاديا التي يتطلب إبرامها وتنفيذها مدة طويلة من الزمن، كما يجعل إبرام هذا النوع من العقود الهامة اقتصاديًا من الصعوبة بمكان[3].

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، نفس الصفحة، غير أن هذا الرأي يفتقد إلى المنطق ولما هو مستقر ومتعارف عليه في الواقع، ذلك أن الطرفان بداهة سيعقدون الأهمية الأولى والقصوى للمسائل الجوهرية وهي تعد السبب الرئيسي في إبرام العقد، ولا يتم الالتفات إلى المسائل التفضيلية إلا بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية ومن ثم فإن الفرض الذي يذكره هذا الجانب من الفقه لا يمكن أن يرد في الواقع حسب وجهة نظرنا.

2 أنور سلطان، المرجع السابق، (مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني)، ص 58.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 129.

إن معالجة المشرع لمسألة الاتفاق الجزئي جاء استجابة للمتطلبات العملية تحقيقا لرواج السلع والخدمات وتسهيلا لإبرام العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية، بما يتماشى مع مضمون الحرية التعاقدية سواء في مظهرها الأساسي أو الثانوي من جهة، ومن جهة أخرى ضمان تحقيق مبدأ استقرار المعاملات من خلال فصل القاضي في المسائل التفصيلية المتنازع عليها طبقا لطبيعة المعاملة والقانون والعرف والعدالة.

ثالثا: عقد المساومة والمساواة العقدية

لقد كان عقد المساومة يجسد حقيقة المساواة العقدية في ظل تألق مبدأ سلطان الإرادة وفق معطيات معيّنة (1)، غير أنه بتغيّر هذه الظروف، ونظرا لما شهده المجتمع من تطور اقتصادي واجتماعي فقد تأثرت المساواة القانونية المجردة بذلك(2).

1- تجسيد عقد المساومة للمساواة القانونية المجردة

يجسّد عقد المساومة المساواة بين أطراف العقد بصورة مجرّدة من حيث الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد، مما يقتضي لزامًا التعرض إلى مضمون المساواة القانونية المجرّدة(أ)، ثم إلى مبررات المساواة القانونية المجردة في عقد المساومة (ب).

أ- مضمون المساواة القانونية المجرّدة

لقد كان للأفكار الفلسفية الإيديولوجية التي تجسّد الخلفية الفكرية لمبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي في القوانين اللاتينية – والتي يعد القانون الفرنسي رائدها- دورًا بارزًا في بلورة المساواة القانونية بين أطراف العقد، بحيث يتمتع كلاهما بحقوق والتزامات متساوية سواء عند إبرام العقد أو بعد إبرامه أي في مرحلة تنفيذه. و يُعتبر العقد أداة غير متغيّرة بل ثابتة موروثة عن القانون الروماني العتيق،

ومفهومه من الناحية القانونية يعبّر بوضوح عن التوجه الفكري الفلسفي والأخلاقي والاقتصادي الذي يعرفه المجتمع[1].

وتتجسد هذه المساواة القانونية بين الأشخاص في مجال العقد في تلك المبادئ التي تحكم تكوينه وآثاره من منظور مبدأ سلطان الإرادة الذي كان له تصور خاص في تنظيم العلاقة العقدية في ظل المعطيات الاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع آنذاك[2].

ولعل ما يميّز هذه المساواة هو تجسيدها لواقع العلاقات التعاقدية السائدة آنذاك بتقرير نفس الحقوق والواجبات للمتعاقدين من حيث قدرة الإرادة وكفايتها لنشأة الالتزام التعاقدي وتحديد مضمونه، غير أن ذلك يستوجب مراعاة أحكام النظام العام وحسن الآداب[3]، ويظهر من هذا الجانب حدود هذه الحرية التعاقدية بتقييدها بضرورة عدم المساس بحقوق المجتمع المتعلقة بأمنه واستقراره وصحته وماله وأخلاقه.

ب- مبررات المساواة القانونية المجردة في عقد المساومة

إذا كان العقد -في ظل التصور الفردي وفقا لمبدأ سلطان الإرادة- هو الأداة المثلى لتحقيق تبادل المنافع من جهة لكفالة وضمان تهيئة بيئة مناسبة لازدهار العقد وتطوّره، من جهة أخرى فإن مقولة فوييه (Fouillé) المشهورة: "من قال عقدًا فقد قال عدلاً"[4] تعتبر من أهم مبررات إقرار المساواة القانونية المجردة في العلاقة العقدية في ظل التصور الفردي تبعًا لمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن العقد قد أبرم بمحض إرادة واختيار المتعاقدين والذي لا يحقق في الواقع إلا العدالة. ومن ثم فإن المتعاقد المدين لا يمكنه أن يتملص من الالتزام الذي رتبه على ذمته بمحض اختياره وحريته، فمن غير المعقول أن يبرم

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 5، بل إن العقد في ظل هذا التصور يعتبر الأداة النموذجية والمثلى للفلسفة التي تقوم على تقديس الفرد والحرية الاقتصادية في ظل سياسة تشجع وتحفّز على الحرية الفردية والمسؤولية وهما عاملان كفيلان بتهيئة بيئة مناسبة لازدهار العقد وتطوره.

2 بخصوص هذه المبادئ المتعلقة بتكوين العقد وآثاره، راجع الفصل المتعلق بأساس سلطان الإرادة، والتي تجسد انعكاسات التصورات الفكرية الفلسفية والاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المذهب الفردي في ظل التصور الليبرالي الحر القائم على حرية الفرد المقدّسة والحرية الاقتصادية في ظل اقتصاد السوق وحرية التجارة والصناعة.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 52.

4 Ripert (Georges) : La règle morale dans les obligations civiles, 4eme édition, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Paris, N°2, 1949 .

نقلا عن أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 25 .

شخص تصرفات مضرة بمصلحته، وبالتالي فهذه الالتزامات تقتضي بالضرورة بل بداهة أنها التزامات عادلة[1]، ويبرر بدوره هذا حسب جانب من الفقه، الطبيعة المكملة للأحكام القانونية التي تسري على العقود إذ يكون غرض المشرع من سنها ليس التقليص من حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد بل لمساعدتهما على تنظيم مضمون العلاقة العقدية[2].

وإذا كانت بعض القواعد القانونية آمرة في مجال الأحكام التعاقدية، فإن ذلك لا يعني البتة التناقض مع نظرية مبدأ سلطان الإرادة في ظل التصور الفردي إذ تهدف أساسا هذه الأحكام القانونية إلى حماية الإرادة وضمان خلو الرضا من العيوب التي قد تلحق به، وذلك بصورة مجردة لا ترتبط بمتعاقد معيّن[3].

2- تجاوز النظرة التقليدية للمساواة العقدية المجردة

تأثرت نظرية العقد بالمستجدات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في المجتمع، مما جعل المساواة القانونية المجردة بين المتعاقدين تتأثر بذلك (أ)، كما ظهر مفهوم جديد تمثل في المساواة الفعلية بين المتعاقدين كصيغة جديدة للمساواة العقدية في ظل تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية (ب).

أ-تأثر المساواة القانونية المجرّدة بالتطور الاقتصادي والاجتماعي

لقد كانت الفلسفة القانونية الاقتصادية والاجتماعية السائدة وقت انتشار مبدأ سلطان الإرادة بالغ الأثر في تبني وبلورة مفهوم العقد من خلال المبادئ والأصول التي تحكمه في ظل المذهب الفردي، والذي بلغ قمة وذروة تطوره وازدهاره في القرن التاسع عشر مع انتشار الحرية الاقتصادية[4]، إلا أن الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي كانت عاملا مساعدا لذيوع وانتشار مبدأ سلطان الإرادة، وبفعل تغيّرها نظرًا لما شهده القرن العشرون من نهضة صناعية واقتصادية واستغلال الطبقة المالكة لرأس المال

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 24-25، ويترتب على ذلك أن الأشخاص الذين قرروا التعاقد هم وحدهم الذين يلتزمون بمضمون العقد، وبالتالي فلا أثر للعقد في مواجهة الغير، وهذا ما يصطلح عليه بمبدأ الأثر النسبي للعقد إذ أن الالتزام التعاقدي بل الالتزام عمومًا مناطه الإرادة الحرة المختارة، وهذا وفقًا لما يقتضيه العقل والأخلاق في المجتمع.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 52،53.
3 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 22.
4 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص 48.

لطبقة العمال البؤساء والمستهلكين، أدى ذلك إلى ظهور اختلال توازن ظاهر وحقيقي بين طبقات المجتمع من الناحية الاقتصادية[1]، بل وأن هذه العوامل أدت إلى التضييق من نطاق المبادئ التقليدية لنظرية العقد مما جعل أنصار المذهب الفردي ينددون بالأزمة التي عرفها العقد في مضمونه والمبادئ التي تحكمه[2].

فلحقت هذه الأزمة العقد في تصوره ومبادئه، فدل ذلك على تأثر نظرية العقد التي تعكس بصدق الأفكار الفلسفية والاقتصادية السائدة وقت صياغة النظرية العامة للعقد وعدم مرونة المبادئ الكلاسيكية التي تحكم العقد في التأقلم مع هذه التغيرات، والتي انعكست حتما على علاقات الأشخاص في المجتمع، وهذا ما جعل نظرية العقد تعرف أزمة حقيقية بسبب تراجع الحرية العقدية، وانتهاك حرمة القوة الملزمة للعقد[3].

ب- المساواة العقدية الفعلية

نظرًا للاختلال الواضح بين مركز المتعاقدين في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها المجتمع الليبرالي في ظل المذهب الفردي، مع بداية القرن العشرين بسبب الثورة الصناعية والحرية الاقتصادية في تسيير رؤوس الأموال، ورواج الصناعة والتجارة واشتداد موجة الإنتاج والتسويق والاستهلاك، بات من الضروري التفكير في إعادة التوازن لمركز المتعاقدين في العلاقة العقدية. وذلك بإيجاد صيغة جديدة للمساواة العقدية تمثلت في تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين من خلال الموازنة بين فكرتي النظام العام والحرية العقدية، فكان لزاما على المشرع التدخل أثناء إبرام العقد لفرض بعض الشروط التي تحمي فئة العمال المستهلكين، أو في مرحلة تنفيذه، وذلك بفرض رقابة صارمة على الشروط التي يضعها المتعاقد القوي اقتصاديًا ومعرفيًا في العقد بصفة وقائية.

---

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 48،49.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 57،58.
3 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 155. ونظرا لاختلال التوازن الاقتصادي بين أرباب العمل وفئة العمال، فقد اصطلح على عقد العمل بعبارة "علاقة العمل" بسبب تدخل المشرع لتنظيم علاقة العمل بصورة جزئية، أو بصورة كلية حماية للطرف الضّعيف وهو العامل، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 55.

وتجسد ذلك بصورة واضحة في التشريعات الخاصة منها التشريع المنظم لعلاقة العمل، أو المنظم لعلاقات الاستهلاك مع وجوب احترام النظام العام الذي له دور أساسي في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، عكس النظام العام السياسي أو التقليدي الذي كان له دور ردعي إذ يتدخل في مرحلة تنفيذ العقد، وقد كان في مرحلة سابقة وفي ظل نظرية العقد هو سبب تدخل المشرع في عقود الإذعان خاصة فيما يتعلّق بالشروط التعسّفية في هذا النوع من العقود، بل وأن هذه المعطيات جعلت من الضروري وجوب إعطاء تصوّر حقيقي للأمور بدل التصوّر المجرّد لها، ومن ثم وجوب تحقيق المساواة الحقيقية الواقعية بدل المساواة القانونية المجرّدة[1].

كما يظهر بوضوح – بخصوص مرحلة تنفيذ العقد– وبهدف تحقيق المساواة الفعلية المنشودة، أن المشرّع قد أقر مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقد، والذي تجاوز قانون العقد بأكمله وهذا ما يفسر –بحق– الانتقال بفكرة المصلحة العقدية إلى التزام ثابت بالتعاون بين المتعاقدين على أساس التفوّق المعرفي لأحد أطراف العقد في مواجهة المتعاقد معه الذي يجهل تمامًا أصول المهنة أو ذوي الكفاءة الناقصة[2].

الفرع الثاني: أثر المساواة المجرّدة على طبيعة الحماية المقرّرة في عقد المساومة

لقد كان لتصوّر المساواة العقدية بأن كانت مجردة وقانونية أثر وانعكاس واضح على قواعد الحماية القانونية في العلاقة العقدية، إذ انحصرت أساسًا في حماية الرضا (أولا)، ولم يعتن المشرع بمعالجة اختلال توازن العقد من الناحية المالية إلا على سبيل الاستثناء (ثانيًا).

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 60.

2 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 166. على أن هذا الاختلال الاقتصادي في العلاقة العقدية مردّه ذلك التفوق المعرفي في علاقة الاستهلاك، مما جعل المشرع يتدخّل ويفرض التزامًا بالإعلام على المتدخل أو العون الاقتصادي لمصلحة المستهلك، قصد تدارك هذا الاختلال بسبب التفوق المعرفي بصفة وقائية وإبطال الشرط التعسفي في حالة وروده بقوة القانون، مع بقاء العقد منتجًا لكافة آثاره القانونية، وهو ما يميّزه عن الحماية التقليدية في نظرية العقد التي تقضي، ببطلان العقد واعتباره عديم الأثر.

أولا: انحصار الحماية القانونية على الرضا

تدخل المشرع في عقد المساومة بمقتضى المساواة المجردة في حماية رضا المتعاقد بتبنيه لمعيار تقدير عيب الرّضا(1)، مع تقرير الحق في طلب إبطال العقد في حالة تحقق عيب من عيوب الرضا(2).

1- معيار تقدير عيب الرضا وسلطة القاضي في تقديره

أقر التشريع معيارًا شخصيًا في تقدير عيب الرضا (أ) كما منح قاضي الموضوع سلطة تقدير عيوب الرضا (ب).

أ- العبرة بشخصية المتعاقد المعيب رضاه

من بين أهم نتائج الأخذ بمضمون نظرية العقد وفق التصور الشخصي القائم على مبدأ سلطان الإرادة حرص المشرع على حماية رضا المتعاقد دون العناصر الأخرى، فإذا كان الرضا معيبا استوجب الأمر تقرير حق طلب إبطال العقد للمتعاقد الذي عيب رضاه[1].

وفي اعتقادنا أن هذه الحماية تعكس بوضوح الاعتداد بالمساواة القانونية المجردة دون الاعتبار بالمساواة الفعلية الواقعية مما يترتب عنه أحيانا اختلال التوازن العقدي.

تتعدد صور عيوب الرضا التي أقرّها المشرع الجزائري في القانون المدني، والتي نظمها من المادة 81 إلى المادة 91 منه.

وباستقراء المواد المتعلقة بتقدير عيب الغلط مثلا، يتجلى منها بوضوح اعتداد المشرع بالمعيار الشخصي[2]، وهذا ما نصّت عليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري[3]، على غرار عيوب الرضا

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 28.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 176، ويضيف المؤلف أنه قد يلجأ أيضا إلى جانب المعيار الشخصي، إلى معيار موضوعي يستند في الأساس إلى سلوك الرجل العادي بناءًا على الظروف والملابسات التي أبرم فيها العقد وهو ما يصطلح عليه بالتقدير المجرّد بعيدا عن كل الاعتبارات الشخصية المتصلة بالمتعاقد الذي يدعي أن رضاه معيب.

3 تنص المادة 82 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد، عن إبرام العقد لو لم يقع هذا الغلط"

الأخرى[1] على أن هناك جانب من الفقه ينوه إلى ضرورة الانتباه إلى أحكام المادة 82 بهذا الصّدد إذ حيث يتّضح من الفقرة الأولى أن العبرة بنفسية المتعاقد الذي وقع في الغلط وحده، بينما الفقرة الثانية تعتد بإرادة المتعاقدين. والحقيقة أن الفقرة الأولى انصرفت إلى مقدار آثار الاعتقادات الخاطئة الواجب بلوغها حتى تعيب رضا المتعاقد، في حين أن الفقرة الثانية انصرفت إلى تحديد المقصود بالصفة الجوهرية"[2].

و يستوي الأمر أيضا مع المعيار الذي أخذ به المشرع في تحديد عيب التدليس إذ يعتد فيه بشخصية المتعاقد الذي وقع ضحية التدليس[3]، و الأمر سيان بالنسبة للإكراه إذ تكون شخصية المتعاقد تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق[4]، وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع أيضًا بخصوص عيب الاستغلال الذي يستغل فيه أحد المتعاقدين المتعاقد الآخر بسبب طيشه البيّن أو هواه الجامح بغرض الحصول على فائدة كبيرة مقارنة بتلك التي يجنيها المتعاقد المغبون من هذا العقد[5].

ب- سلطة قاضي الموضوع في تقدير جسامة عيوب الرضا

يكون تقدير جسامة العيب الذي يلحق برضا المتعاقد من اختصاص قاضي الموضوع، وذلك بإعمال المعيار الشخصي من أجل تقدير مدى جسامة العيب وعلى من يدعي ذلك أن يثبت شروط

1 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 179، على أنه –حسب ذات المؤلف- إذا تعذّر على القاضي تحصيل الصفة الجوهرية حسب الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه يتم التعويل على شروط العقد لاستنباط الصفة الجوهرية من خلال ظروف وملابسات التعاقد. أنظر أيضًا: رمضان أبو السعود، (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 114، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 378 وما يليها. سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق، ص 51
3 تنص المادة 86 المدني الجزائري على أنه: " إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".
4 تنص المادة 88 الفقرة الثالثة من القانون المدني على أنه: " يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه"
5 تنص المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، تبين أن المتعاقد لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشًا بيّنًا أو هوى جامحًا..."

العيب بحسب نوعه سواء أكان غلطًا أم تدليسًا أم إكراهًا أو استغلالاً. ولقاضي الموضوع أن يفصل فيه بمقتضى سلطته التقديرية[1].

ويتقرر في ذلك لقاضي الموضوع كامل السلطة في تقدير الوقائع المتعلقة بالجانب الشخصي للمتعاقد الذي يدعي أن رضاه معيب، غير أنه يكون ملزمًا بتسبيب حكمه أو قراره تسبيبًا كافيًا حتى يتسنى للمحكمة العليا –باعتبارها محكمة قانون– أن تمارس رقابتها وذلك تحت طائلة انعدام التسبيب أو القصور في التسبيب، ومن ثم ضمان تفعيل الحماية القانونية للمتعاقد الذي عيب رضاه في حال توافر الشروط القانونية لعيب الرضا المتمسك به من جهة، ومن جهة أخرى ضمان حماية المتعاقد معه إذا كان حسن النيّة –وهو من أهم مبادئ تنفيذ العقد– فيما لو كان عالمًا بهذا العيب أو يفترض العلم به بخصوص الغلط، أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال الصادر من الغير[2].

2– حق المتعاقد المعيب رضاه في طلب إبطال العقد

أقر المشرع الجزائري حماية المتعاقد الذي عيب رضاه إذا توافرت شروط العيب، ولكن في إطار معيّن وبالموازنة مع حماية مبدأ استقرار المعاملات ضمانا لحماية مبدأ حسن النيّة (أ)، وأقرّ للمتعاقد الذي عيب رضاه حق التنازل عن هذه الحماية التي سنت لمصلحته الشخصية (ب).

أ– الموازنة بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية

تجدر الإشارة بداية أن الحماية القانونية للمتعاقد الذي يدعي أن رضاه معيب لا يكون مستحقا لها إلا إذا كان الأمر له من الجدية ما يستدعي حمايته إذ أن التفاوتات البسيطة بين أشخاص المجتمع والتي قد يترتب عليها تجاوزات أو تعسفات غير معتبرة، لا يعتد بها قانونا بل تدخل ضمن مجرى الأمور

1 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 236، والاعتداد بشخصية المتعاقد الذي عيب رضاه يكون أساسا بالنظر إلى ثقافة المدلس عليه مثلا ذكاءه، وخبرته، وسنه، وجنسه.

2 إن اشتراط سوء نيّة المتعاقد اتجاه المتعاقد الذي عيب رضاه يجد أساسه في قواعد المنطق والعدل من جهة، وحماية مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية وتجسيد وضمان الثقة المشروعة في المعاملات وفقا لمبدأ حسن النية.

العادية[1]، وهذا ما يؤكد التقدير الشخصي مقدرا بصفة موضوعية طبقا لما تقتضيه العدالة والمجرى العادي للأمور.

يدخل مبدأ حسن النية ضمن أخلقة العلاقة العقدية التي أصبحت من بين أهم مبادئ العقد وبخاصة تشريعات العقود الخاصة، سيما ما تعلّق منها بعقود العمل وعقود الاستهلاك نظرًا للتفاوت الاقتصادي والاجتماعي والمعرفي بين أطراف علاقة العمل، أو أطراف علاقة الاستهلاك، والتي يتجه فيها التشريع إلى الإبقاء على العقد لتحقيق الفائدة أو الغاية المرجوة منه لصالح العامل أو المستهلك الذي لا يحقق له إبطال العقد مصلحته، بل أن مصلحته تقتضي الإبقاء على العقد حتى يتسنى له تحقيق الغايات الاقتصادية المتوخاة من إبرام عقد العمل للحصول على الأجر تلبية لحاجاته المتنوعة المستمرة والمتزايدة من جهة، واقتناء السلع والخدمات المختلفة بالنسبة للمستهلك من جهة أخرى، بما يضمن تحقيق مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية وضمان الثقة المشروعة فيها.

ب- تنازل المتعاقد المعيب رضاه عن الحماية المقررة له

لما كان حق المتعاقد الذي عيب رضاه طلب إبطال العقد حقًا شخصيًا وإراديًا وجوازيًا يتصل بهذا الشخص[2]، مع مراعاة مبدأ حسن نية المتعاقد معه تحقيقًا لمبدأ استقرار المعاملات العقدية، بما يضمن الثقة المشروعة في المعاملات، فإنه يتقرّر بالنتيجة أنه يجوز له بأن يتنازل عن حقه في إبطال العقد[3]، إذ أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام والآداب فهي مسألة جوازية بصريح نص القانون، مقرّرة لحماية هذا

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 176، ويبدو أن المشرع حسنًا فعل باشتراط جسامة أو جوهرية العيب، وتأثيره على المتعاقد مما يظهر بوضوح أساس استحقاق هذه الحماية للمتعاقد الذي عيب رضاه ، وهي حماية جوازية لابد أن يتمسك بها باعتباره صاحب المصلحة.

2 كما تنص المادة 81 من القانون المدني: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله". كما تنص المادة 86 في فقرتها الأولى من القانون المدني على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، كما تنص المادة 88 في فقرتها الأولى من نفس القانون على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص وتحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق". كما تنص المادة 90 في آخر فقرتها الأولى من نفس القانون على أنه: "... جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".

3 تنص المادة 100 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

المتعاقد الذي عيب رضاه، والإجازة تكسب العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الرضا حصانة ضد الإبطال، وهو تصرف بإرادة منفردة للمتعاقد صاحب المصلحة، ومادام أنه تصرف بإرادة منفردة فلابد أن يتوافر لديه الأهلية الكاملة ببلوغه سن التاسعة عشر سنة كاملة يوم صدور الإجازة من جانبه.

ثانيا: معالجة اختلال التوازن المالي للعقد استثناءًا

لما كان التسليم بعدالة العقد على أساس الإرادة الحرة المختارة، فإن القانون تبعًا لذلك لا يعتد بالتوازن المالي للعقد كأصل عام(1)، إلا أنه يرد على سبيل الاستثناء إعادة التوازن المالي للعقد(2).

1- الأصل عدم الاعتبار للتوازن المالي للعقد

إن الأصل الذي مؤداه عدم الاعتبار المالي للعقد له مبرراته ودعائمه (أ) والتي انعكست على الجانب القانوني (ب).

أ- مبررات الأصل

ارتبط أصل عدم الاعتبار للتوازن المالي للعقد بالمبرر الذي يستند أساسًا إلى المقولة المشهورة للفقيه فوييه (Fouillé) مؤداها: " من قال عقدا فقد قال عدلاً"، وبذلك اعتبر العقد الوسيلة القانونية التي بمقتضاها يتبادل الأشخاص المنافع الاقتصادية والمالية بصفة عادلة ومنصفة، ويرى جانب من الفقه أن الحرية الكاملة والمختارة في تحديد مضمون العقد وشروطه –ما عدا ما يخالف النظام العام- هي التي جعلت المشرع ينشغل حصرًا بسلامة الرضا دون أن يعتد بالالتزامات من حيث تعادلها، وذلك على أساس الالتزام بالإرادة الحرة الخالية من كل عيب، وبذلك يكون أن يلتزم بما شاء وبالمقابل الذي يرتضيه ولو تضمن ذلك غبنًا في نظر الغير[1].

وإذا كان العقد يتصف بالعدل كونه وليد الإرادة الحرة والمختارة والتي تحدد مضمون العقد وكيفية تنفيذه بالطريقة التي ترتضيها، فإن أي التزام خارج الإرادة الحرة والمختارة، هو ضرب من الإجبار غير

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 53.

العادل، لأنه يعتبر قيد على الحرية ومظهر من مظاهر الحد منها، ولذلك وجب العمل على الحد قدر المستطاع من أجل التقليص من مجال الالتزامات التي يفرضها القانون، قصد جعل العقد دائمًا يحظى بمكانة رائدة ضمن المصادر الارادية للالتزام[1].

ب- نتائج الأصل

لا تلتزم الإرادة الحرة والمختارة تعاقديًا إلاّ إذا تأكد صاحبها من تحقيق العقد لمصالحه الاقتصادية والمالية، ومن ثم فإنه لا يمكن لها أن تتحلل من التزاماتها بسبب خطئها أو تقاعسها في تقدير المصالح الاقتصادية التي تجنيها من العقد، ومن ثم تتقيد بتنفيذ التزاماتها التعاقدية طبقا للقوة الملزمة للعقد، إذ يعد العقد الشريعة أو القانون الخاص للمتعاقدين، ومصدره الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهو ملزم أيضًا لقاضي الموضوع إذ لا يمكنه تعديل العقد إلاّ في الحالات التي يقررها القانون، أو باتفاق الطرفين المتعاقدين، اللذين لهما الحق في إنهاء العقد أو في تعديله[2]، بل وللأطراف إنشاء عقود واتفاقات لم ينظمها القانون أي غير مسماة شرط عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، والذي يجب بدوره أن يكون محصورًا في أضيق نطاق ومجال[3].

وتوحي نتائج الأصل بوضوح أن عدالة العقد المبنيّة على أساس الإرادة الحرة والمختارة تجعله ذو قوة ملزمة تقيّد إرادة المتعاقدين وتلزمهما بتنفيذ مضمونه، كما أنه لا يمكن التنصل من العقد بأية حجة كانت، فأساس الالتزام العقدي ومناطه هو الإرادة الحرة المختارة التي تلتزم لأنها ارتضت بكل حرية واختيار إنشاء التزامات على عاتقها لتحقيق غايات اقتصادية معيّنة، وذلك تحقيقًا في نفس الوقت لمبدأ استقرار المعاملات والثقة المشروعة فيها.

---

1 أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 25، ويضيف المؤلف أن وظيفة القانون بهذا الصدد هي ضمان المساواة بين الحريات التي تقابل بعضها بعضا، فالعقد الذي ينشأ بكل حرية هو صورة للعدل بحد ذاته بغض النظر عن مضمونه.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 20.

3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 11. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 36.

2- إعادة التوازن المالي للعقد استثناءً

إذا كان الأصل يقرر أن القانون لا يحفل بالتوازن المالي للعقد أساسا وبصفة مبدئية كون أن طرفا العقد يتمتعان بنفس الحقوق والالتزامات وفقا للمساواة المجرّدة، إلا أن المشرع يتدخل أحيانا لإعادة التوازن المالي للعقد إذا ما اتصل ذلك بعيب الاستغلال إذا لحق رضا أحد المتعاقدين (أ)، كما عالج بعض حالات التفاوت المادي بين التزامات المتعاقدين بصفة بحتة (ب).

أ- إعادة التوازن المالي للعقد في حالة عيب الاستغلال

يتصل الغبن الاستغلالي حسب نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري[1]، بالجانب النفسي أو الشخصي للمتعاقد المغبون، ويكون الغبن هو الأثر المادي الذي ينعكس على الجانب المالي المنفعي في العقد[2]. ومن ثمة فإن الاستغلال له عنصر مادي وعنصر معنوي، فالعنصر الأول يظهر من خلال التفاوت الكثير في النسبة لالتزامات أحد المتعاقدين مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقد، وبالتالي فإنه لا يعتد بالاختلال الظاهر المألوف عادة في التعاقد.

على أن هذا الاختلال الفادح أو التفاوت الكثير في النسبة، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وتكون العبرة في تقديره التفاوت الكثير في النسبة بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، والمعيار هنا مادي أو موضوعي، مع الاعتداد في نفس الوقت بالظروف النفسية للمتعاقد المغبون[3].

أما العنصر المعنوي في الاستغلال يتضمن جانبان، فالجانب الأول أن يكون المتعاقد المغبون ذو ضعف نفسي يتمثل في الطيش البيّن أو الهوى الجامح، أما الجانب الثاني وهو استغلال المتعاقد الآخر الذي تعاقد مع الطرف المغبون لهذا الضعف النّفسي.

---

1 أنظر المادة 90 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقًا، وقد جاء فيها على وجه التخصيص والتحديد: "إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرًا في النسبة.... قد استغل فيه طيشًا بيّنًا أو هوى جامحًا...".

2 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 255.

3 العربي بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 257، ويرى المؤلف أن المعيار الذي يقدر به الاختلال الفادح أو الفاحش معيار مختلط يختلط فيه المعيار المادي على أساس قيمة التزامات أحد المتعاقدين المتفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر، وكذا الاعتبار بالظروف النّفسية الذاتية المتصلة بالمتعاقد المغبون.

إن المشرع الجزائري عند تعرضه إلى الاستغلال باعتباره عيب من عيوب الرضا قد أدمج فيه مصطلحي الغبن، واستغلال الضعف النفسي، مما أثار مشكلة تكييف الاستغلال باعتباره عيب في العقد أم في الرضا، وعليه يرى جانب من الفقه أن حالة الاستغلال أقرب إلى عيوب الرضا اعتبارًا لصفة أولوية للضعف النفسي وليس بالتفاوت الكثير للالتزامات[1].

أما بخصوص استغلال الضعف النّفسي للمتعاقد المغبون، فإنه يقتضي علم المتعاقد معه بهذا الضّعف وانصراف إرادته إلى استغلاله، من أجل تحقيق منفعة مادية، وعليه فإنه يقوم بعمل غير مشروع فتترتب عنه المسؤولية المدنية وحتى المسؤولية الجزائية في بعض الأحيان[2].

على أن هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء من حيث ضرورة الاكتفاء بوجود الاستغلال وأنه كان مؤثرًا، أي أنه هو الدافع للتعاقد ويقع عبء إثبات ذلك على المتعاقد المغبون، وهناك من يشترط خطأ المتعاقد معه، ويتمثل في علمه بهذا الضعف النفسي واتجاه إرادة هذا الأخير إلى استغلاله، في حين أن هناك جانبًا آخر من الفقه يرى أن التفاوت الفاحش يعتبر قرينة على وجود استغلال وإذا ما تضرر الطرف المغبون من ذلك، سيطالب المتعاقد المستفيد بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء هذا الاستغلال غير المشروع[3].

ب- معالجة بعض حالات الغبن البحتة

أخذ المشرع الجزائري في القانون المدني بالغبن في حالات خاصة منها حالة بيع العقار[4]، وذلك من أجل إعادة التوازن المالي للعقد إذ ينشأ العقد أصلا في حالة اختلال التوازن المالي، وهذا ما يميّزه عن

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 217، ويضيف المؤلف: "يعتبر التفاوت بين الالتزامات معيارًا للغبن بينهما هو نتيجة في عملية الاستغلال".

2 علي فيلالي، المرجع نفسه ، ص 224.

3 علي فيلالي، المرجع نفسه ، ص 225، ويرى ذات المؤلف بخصوص هذه النقطة، أن العبرة بسلامة رضا المتعاقد دون الاعتداد باستغلال المتعاقد معه المستفيد من الضعف النفسي للمتعاقد المغبون، إذ أن الاستغلال ليس أساسه مسؤولية المتعاقد، وإذا كان الأمر خلاف ذلك فالمادة 124 من القانون المدني كفيل بمعالجة الوضع دون الحاجة إلى نص المادة 90 من القانون المدني.

4 تنص المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

الظرف الاستثنائي حيث ينعقد العقد متوازنًا من حيث الجانب المالي، وبفعل الظرف الاستثنائي يختل توازنه المالي مما يستوجب الأمر إعادة التوازن المالي للعقد بمقتضى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع تأسيسًا على الفقرة الثالثة من 107 من القانون المدني. ويظهر من خلال المادة 358 السالفة الذكر أن معالجة حالة الغبن في بيع العقار قررت لمصلحة البائع دون المشتري، ويرى جانب من الفقه بهذا الصدد أنه يجب على المشرع الجزائري –نظرًا للأزمة العقارية الحادة المتعدّدة الجوانب– تعميم حالة الغبن وعدم اعتبارها حالة استثنائية تتقرر لحماية البائع بصفة حصرية[1]، كما أخذ المشرع الجزائري بالغبن في مجال عقد القسمة بالتراضي طبقا للمادة 732 من القانون المدني[2].

كما أورد المشرع الجزائري الغبن كحالة مادية في القسمة بين الشركاء، إذ يمنح لكل من أصابه في حالة القسمة الحاصلة بالتراضي غبن يزيد على الخمس الحق بأن يرفع دعوى قضائية لرفع الغبن[3].

وتقدير الغبن مسألة فنيّة يستعين فيها قاضي الموضوع بالخبرة لأجل معرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد عن الخمس، ويعد ذلك بمثابة تسبيب للحكم أو القرار القضائي فيما يخص شرط مقدار الغبن إن كان محققا في وقائع الدعوى المعروضة عليه أم لا. ويجب أن ترفع دعوى الغبن خلال السنة التالية للقسمة، وللطرف المدعى عليه الذي رفعت ضده دعوى الغبن في القسمة أن يتخذ إجراءات وقف سير دعوى الغبن وتفادي إجراء القسمة من جديد، إذا قام بتكملة الفارق المالي نقدًا للمدعي أو عينًا مما نقص من حصة هذا الأخير[4].

وفيما يتعلق بعقد المقايضة، فإنه تسري عليه أيضًا أحكام الغبن تبعًا لسريان أحكام عقد البيع عليه

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 230.

2 تنص المادة 732 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

3 العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 265.

4 قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 1987/12/16، ملف رقم 43462، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1992، ص 14.

بالإحالة إذ يعتبر كل من أطراف عقد المقايضة بائعًا للشيء الذي تقايض به ومشتريًا للشيء الذي تقايض لأجله، وذلك طبقًا لنص المادة 415 من القانون المدني[1].

وتجدر الإشارة بصدد حالة الغبن أن العبرة فيها بالتفاوت المادي الفاحش بين الأداءات التي التزم بها المتعاقدين، وهو عيب يتصل بالعقد لا بشخصية المتعاقد أو نفسيته، كما هو الحال في الغبن الاستغلالي باعتباره نتيجة مادية له ويجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها[2].

المطلب الثاني: الاستعانة بمبادئ الإثبات في تفسير عقد المساومة

يتم الاستعانة بمبادئ الإثبات في تفسير عقد المساومة، وذلك نظرًا للمساواة العقدية التي تظهر بوضوح وبخاصة أثناء إبرام مثل هذه العقود، ومن أبرز وأهم مبادئ الإثبات وأصوله براءة الذمة المالية والذي له دور في تفسير عقد المساومة (الفرع الأول)، كما أن الأصل الذي يقضي بعدم تنازل الشخص عن حقوقه له أيضا دور في تفسير عقد الصلح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور أصل براءة الذمة المالية في تفسير عقد المساومة

يقتضي الإلمام بدور أصل براءة الذمة المالية في تفسير عقد المساومة، وجوبا التطرق إلى مفهوم الأصل (أولا)، ثم كيفية تغليب الأصل في حالة الشك، وذلك بأن يفسّر لمصلحة المتعاقد المدين (ثانيًا).

أولا: مفهوم أصل براءة الذمة المالية

يعتبر أصل براءة الذمة المالية للشخص من أهم أصول الإثبات على أساس أن هذا الأخير هو أهم حلقة لأجل استحقاق الحماية القانونية، وعليه سيتم التطرق إلى مضمون الأصل (1)، ثم بيان موقع الأصل في إجراءات الإثبات (2)، فمظاهر الأخذ بهذا الأصل في القانون المدني الجزائري (3).

---

1 تنص المادة 415 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعًا للشيء ومشتريًا للشيء الذي قايض عليه".

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 231.

1- مضمون أصل براءة الذمة المالية

لم يعرف المشرع الجزائري أصل براءة الذمة المالية مما يقتضي استعراض التعاريف الفقهية (أ)، ثم إلى تبريرات هذا المبدأ (ب).

أ- تعريف أصل براءة الذمة المالية

عرف أصل براءة الذمة المالية لدى جانب من الفقه على أنه: " إن الواقع الأصلي أن كل شخص يعتبر بريء الذمة من الالتزامات، فإذا ادعى شخص أن لديه دينًا في ذمة آخر، فإنّه يدّعي خلاف الأصل، وعليه إثبات ما يدعيه بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الدين، فإذا نجح الدائن في ذلك انتفى الوضع الثابت أصلا، وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضًا، وهو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية"[1].

عرف أيضًا الأصل الذي يقضي ببراءة ذمة الشخص المالية على أنه: "يعتبر الأصل فيما يتعلق بالحقوق الشخصية براءة الذمة وعدم المديونية، وهذا هو الظاهر أصلا، فإذا ادعى شخص دينًا على آخر وجب عليه أن يقيم الدليل على مديونية المدعى عليه، لأنه يدّعي خلاف الظاهر أصلاً، فإن عجز عن ذلك رفضت دعواه دون أن يكلّف المدعى عليه تقديم أي دليل"[2].

إن الأصل في الحقوق الشخصية والالتزامات هو براءة الذمة المالية للشخص، ذلك أن ادعاء شخص وجود دين في ذمة شخص آخر فإنه يدعي لما هو خلاف الأصل، وتبعًا لذلك يجب عليه إثبات ما يدّعيه وذلك بتقديم الدليل على مصدر هذا الدين، أما الشخص الآخر الذي يدّعى عليه فلا يقع عليه

1 محمد حسين منصور، قانون الإثبات –مبادئ الإثبات وطرقه- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 38-39، ويضيف المؤلف أنه: "إذا ما أراد المدين أن يثبت عكس ذلك فعليه إقامة الدليل على براءة ذمته بأن يثبت انقضاء الدّين بالوفاء أو بالمقاصة أو بالتقادم، ويصبح المدين هو المدعي ببراءة ذمته أي يدّعي خلاف الوضع الثابت عرضًا".

2 ريما مالك تقي الدين، الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص 24،23، ويضيف صاحب التعريف أن: "من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بإثباته أمّا من يدعي خلاف الأصل فيقع عليه عبء إثبات ما يدّعيه، ذلك أن من يتمسك بالثابت أصلاً وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة، إلا أنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى فيترك على الأصل دون أن يتكلّف عناء أي إثبات".

أي إثبات لأنه يتمسك بالثابت أصلاً[1]. ويعرفه جانب آخر من الفقه على أنه: "الثابت أصلا هو إذن براءة الذمة، لذلك فعلى من يدّعي أنه دائنًا لغيره إثبات الدين الذي يدّعي وجوده في ذمة هذا الغير، في حين لا يكلّف الأخير الذي يدعي براءة ذمته، أي عدم المديونية إثبات ذلك، لأنه يتمسك بالوضع الطبيعي بحسب الأصل، طالما كان إنكاره لادعاء خصمه إنكارا مجرّدًا لا يتضمن ادّعاءا جديدًا يتعيّن عليه إثباته، فالدائن هنا يدّعي خلاف الأصل فيقع عليه عبء الإثبات بأن حقه نشأ في ذمة خصمه، وذلك بإثبات مصدر هذا الحق سواء كان تصرّفا قانونيًا أو واقعة مادية"[2].

كما عرّف أيضًا أصل براءة الذمة المالية للشخص على أنه: "الأصل هو براءة ذمة الشخص من أي التزام، وكذلك من يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدّعي خلاف هذا الأصل"[3].

ب- تبريرات أصل براءة الذمة المالية

لا تكتمل عملية حماية الحق إلاّ إذا توصّل صاحبه إلى إثبات الواقعة التي أنشأت هذا الحق أمام قاضي الموضوع، ويتجسّد ذلك في صورة حكم أو قرار يصدره القضاء. ولذلك تظهر أهمية الإثبات التي ترتبط ارتباطًا شديدًا بالقاعدة التي مؤداها لا يقتص الإنسان حقه لنفسه بنفسه، ولما كان الأمر يقتضي لجوء الأشخاص إلى القضاء لحماية حقوقهم، وجب عليهم تقديم الدليل على وجود هذا الحق الذي هو محل منازعة جدية في مواجهة المدعى عليه[4]، وهو ما يعرف بموضوع الدعوى القضائية أو محل الطلب القضائي.

1 عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2011، ص 65.
2 محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 42.
3 رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (النظرية العامة في الإثبات)، الدار الجامعية، مطابع الأمل، بيروت، 1993، ص 324.
4 ريما مالك تقي الدين الحلبي، المرجع السابق، ص 13.

ونشير إلى أن حماية الحق من طرف القانون يتوقف على توافر الدليل على وجوده، وبدونه يكون الحق أو المصلحة كلاهما والعدم سواء، فالدليل هو قوام حياة الحق، بل فدية الحق أو المصلحة المشروعة[1].

وأخيرا فإن أصل براءة الذمة المالية للشخص يجد تبريراته في أهمية الإثبات بحد ذاته، واقتضاء الوضع الطبيعي للأمور ذلك، فضلا على أن قواعد العدالة والإنصاف تستوجب معاملة الشخص من الناحية المالية بالأصل الطبيعي للأمور وهو براءة ذمته المالية، ومن ثم تقرر في أصول الإثبات هذا الأصل المهم الذي يتماشى مع كل ذلك[2].

2- موقع الأصل بين إجراءات التقاضي وإجراءات الإثبات

ينبغي عدم الخلط في تطبيق الأصل في مجال إجراءات التقاضي وذلك برفع الطلب القضائي أمام القاضي فالمدعي في الخصومة القضائية ليس هو المدعي في الإثبات (أ)، كما أن عبء الإثبات ينتقل بين المدعي والمدعى عليه في الإثبات (ب).

أ- المدعي في الخصومة القضائية ليس هو المدعي في الإثبات

إذا كانت القاعدة العامة أن رافع الدعوى القضائية هو صاحب الحق الموضوعي الذي يراد حمايته من خلال تقديم الطلب القضائي، فلابد أن يكون رافع الدعوى القضائية حائزًا على الصفة والمصلحة[3]، ويقصد بالمدعي هنا الخصم الذي يباشر بداية إجراءات رفع الدعوى أمام القضاء فهو ما يسمى بالمدّعي في الدعوى، غير أن المدعي في الإثبات يقصد به خلاف ذلك، فهو المدعي بالواقعة محل الإثبات سواء

1 ريما مالك تقي الدين الحلبي، نفس المرجع، نفس الصفحة، ويستشهد المؤلف بمقولة اهرنج:
« la preuve est la rançon du droit, la preuve vivifie le droit et le rend utile ».

2 Voir en plus : Bertrand Gelot, FINALITES ET METHODS OBJECTIVES D'INETERPRETATION DES ACTES JURIDIQUES (ASPECTS THEORIQUES ET PRATIQUES), Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Paris 2003, p 246 et s.

3 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 39.

كان هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه (المدعى عليه)، لذلك فقد يكون المدعي في الإثبات هو المدعي أو المدعى عليه في الدعوى القضائية.

ويكون الشخص مدعيًا في الإثبات إذا كان ما يدّعيه يخالف الأمر الثابت أصلاً أو عرضًا أو ظاهرًا أو فرضًا[1]، ومثال ما يخالف الأمر الثابت أصلا باعتباره يجسد –أساسًا– أصل براءة الذمة المالية للشخص، أن يدعي شخص دين في ذمة شخص آخر فيقع عليه عبء إثبات مصدره لأنه يدعي خلاف الثابت أصلا، ويكون هنا المدعي في الدعوى القضائية هو نفسه المدعي في الإثبات، وإذا ما توصل إلى إثبات الحق المدّعى به في ذمة المدين وهو المدعى عليه في الدعوى القضائية، تصبح المديونية هي الوضع الثابت عرضًا، لأن الخصم أي الدائن أقام الدليل على ما ادّعاه من حق في ذمة المدين المدعى عليه، وهنا ينتقل عبء الإثبات من جديد إلى المدعى عليه في الدعوى القضائية، ويصبح مدعيًا في الإثبات بأن يقع على عاتقه إثبات عكس الثابت عرضا، بإقامة الدليل على براءة ذمته بإثبات انقضاء الدين بالوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الدين، أو بالمقاصة أو بالتقادم فيتحول المدين المدعى عليه في الدعوى القضائية، مدّعي في الإثبات خلاف الثابت عرضًا بأن يثبت براءة ذمته المالية[2].

ب–تحديد عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه بحسب طبيعة الدعوى القضائية

يجب التمييز بين مركز أطراف الدعوى القضائية ومراكزهم في الإثبات، فمن حيث المبدأ يكون المدعي في الدعوى هو من يقع عليه عبء الإثبات ابتداءً في مجال الحقوق الشخصية على خلاف

1 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 39، لذلك ينبغي التمييز بين المدعي في الدعوى القضائية وهو المدعي في الإثبات –أي إثبات الحق المدعى به أو المصلحة المشروعة- وهو يجتمع فيه صفة المدعي في الدعوى وفي إثبات الحق المدعى به، على أن المدعى عليه في الدعوى القضائية يصبح مدّعيًا في الإثبات عن طريق وسائل إجرائية تسمى بالدفوع سواء كانت شكلية أو موضوعية وتسمى بالطلبات العارضة، وقد يتعدى الأمر ذلك إلى طلبات مقابلة وسميت كذلك كونها تقابل الطلبات الأصلية للمدعي في الدعوى القضائية.

2 محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 40 ، ويضيف المؤلف أن هناك حالات كثيرة يعتبر القانون فيها وضعًا معينًا هو الأصل ويقع على من يدّعي خلافه عبء إثباته خلاف من يتمسك به فلا عبء عليه في الإثبات، إذ الأصل كمال أهلية الشخص البالغ سن الرّشد، وأهلية التعاقد، وسلامة الرضا من العيوب وحجة العقد ونفاذه، ومبدأ افتراض حسن النية في الإنسان إلى غاية ثبوت سوء النية. أنظر أيضًا: رمضان أبو السعود المرجع السابق (أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، ص 319.

الحقوق العينية أين يقع عبء الإثبات على المدعى عليه في الدعوى القضائية. فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل غير مكلف – وهو المدعي في الدعوى القضائية– أن يثبت أن جاره فتح المطل، دون وجه حق في الارتفاق، بل الجار –وهو المدعى عليه في الدعوى– هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن له حق ارتفاق أو يقيم الدليل على أن القانون يخوله حق فتح المطل[1].

ففي هذا الفرض يكون المدعى عليه في الدعوى هو المدّعي بحق الارتفاق ويقع عليه عبء إثبات تقرير القانون حق الارتفاق له. لأن طبيعة الوضع تستلزم وتقتضي خلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت صاحب المصلحة عكس ذلك، وهو المدعى عليه في الدعوى والمدعي في الإثبات ولذلك يتم التفريق بين تحديد المدعي من الناحية الشكلية الاجرائية والناحية الموضوعية[2].

3- مظاهر الأخذ بالأصل في القانون المدني الجزائري

تبنى المشرع الجزائري في القانون المدني أصل براءة الذمة المالية، ويظهر ذلك واضحًا من خلال الزام المدعي في الإثبات بإثبات الالتزام (أ)، على أنه إذا توصل الدائن إلى إقامة الدليل على ذلك وقع على المدين إثبات التخلص منه (ب).

أ- التزام المدعي في الإثبات بإثبات الدين

تجسيدًا لأصل براءة الذمة المالية في مجال الحقوق الشخصية نصّ المشرع الجزائري في القانون المدني على الصورة العملية لأصل براءة الذمة المالية بمقتضى المادة 323 منه فيقع على كل شخص يدعي التزاما في ذمة شخص آخر عبء إثباته[3].

---

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، ص 320

2 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه ، ص 321، ويضيف المؤلف أن الفقه أرجع هذه الفكرة إلى دواعي حفظ النظام العام والعمل على استقرار المعاملات.

3 نصت المادة 323 من القانون المدني الجزائري: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنه القرار الصادر عن الغرفة المدنية رقم 53577 المؤرخ في 1988/06/22، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1991، ص 20 أهم ما ورد به: "... من المقرر قانونًا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذاك يعدّ مخالفًا للقانون، لما كان من الثابت –في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن بإرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه، يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

فاعتماد المبادئ العامة في الإثبات بما فيها أصل براءة الذمة المالية يتم بالرجوع إلى المنطق والعقل وما تكشف عنه التجربة، وقد يتدخل المشرع لاعتماد موقف معيّن ويعتبره أصلاً عامًا[1].

لقد استخلص علماء الفقه الإسلامي بعض القواعد المنطقية والعقلية التي تعد بمثابة أصل أو ظاهر أو غالب، ومن القواعد التي تعد أصلا براءة الذمة المالية في نطاق الالتزامات، ومن يتمسك بهذا الأصل لا يقع عليه عبء إقامة الدليل على براءة ذمته لأنه هو الأصل في الأمور بما يتماشى مع المنطق والعقل، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدّعي خلاف ذلك[2].

إن إثبات الالتزام من طرف الدائن يقتضي مراعاة طرق الإثبات التي نص عليها المشرع، فإذا كان الدين مدنيا ويتجاوز قيمة 100.000 دينار جزائري في التصرفات القانونية وجب إثباته بالكتابة طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري[3]، وهذا على خلاف ما إذا كان الدين تجاريًا فإنه لا يخضع لشروط الكتابة من حيث إثباته ومن ثم إذا ورد نص عام ونص خاص، وجب الأخذ بالنص الخاص واستبعاد النص العام لأن الخاص يقيّد العام.

غير أن المشرع ذكر في نص المادة 334 من القانون المدني الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري[4]، على أنه في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

---

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، ص 324.

2 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه ، نفس الصفحة، وتطابق المادة 323 من القانون المدني الجزائري حرفيًا نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، كما تنص المادة 362 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "من يدّعي أنه دائن تلزمه إقامة البيّنة على وجود حقه، وبعد إقامة البيّنة يجب على من يدّعي سقوط الموجب أن يثبت صحة قوله".

3 تنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

4 تنص المادة 334 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري:- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي - إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة - إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000دج، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة".

يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة[1].

ب- التزام المدين بإثبات التخلص من الدّين

إذا توصل الدائن إلى إقامة الدّليل على وجود الدين في ذمة مدينه يكون قد أثبت خلاف ما هو ثابت أصلاً، فتصبح المديونية هي الوضع الثابت عرضًا، ومن ثم ينتقل عبء الإثبات إلى المدين بأن يقيم الدليل على انقضاء الدين أو التخلص منه بالوفاء أو المقاصة أو التّقادم[2]، وإن كان للمدين أن يسلّم بالدّين، فينقل عبء الإثبات إليه فيما يتعلّق بسبب انقضاء الدين فإن نهض به حكم لمصلحته برفض دعوى خصمه وإلاّ حكم عليه[3].

يرى جانب من الفقه أن أصل براءة الذمة المالية للشخص المجسّدة بوجوب إثبات الدائن للالتزام في ذمة المدين، وعلى المدين إثبات التخلص منه هو: "مفهوم القاعدة الإسلامية التي تقضي أنه: "البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر" ويقصد بالبيّنة هنا -كما ذكر ابن القيم- ليست شهادة الشهود فحسب، وإنما دليل الإثبات بصفة عامة. فمن يدعي يلزمه إقامة الدّليل على دعواه[4]. هذا ويترتب في الفقه الإسلامي أن المدعي إذا ترك دعواه يترك يعني تنقطع الخصومة بتركه، والمدعى عليه إذا ترك الدعوى لم يُترك، وأن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه إذا تركها يُجبر عليها"[5].

ثانيا: تفسير الشك لمصلحة المدين تغليب لأصل براءة الذمة المالية في تفسير عقد المساومة

يقتضي الإحاطة والإلمام بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين المتعاقد في تفسير العقد -وهو

---

1 تنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

2 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 39.

3 ريما مالك تقي الدين الحلبي، المرجع السابق، ص 23،24.

4 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، ص 318.

5 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 319،320 يبدو واضحًا تفوق الفقه الإسلامي في تنظيم أدلة الإثبات إذ عرفت نظامًا متميّزًا، وما آية المداينة في سورة البقرة الآية 282 وهي أطول آية في القرآن الكريم وكذا الآية الموالية إلاّ دليل واضح على اهتمام الشريعة الإسلامية الغرّاء بالإثبات إذ أنه مناط حماية أموال الأشخاص بما يضمن إقامة العدل الحقيقي.

تغليب لأصل براءة الذمة المالية– بيان مفهوم الشّك(1)، ثم التطرّق إلى تفسير الشك لمصلحة المدين في تفسير العقد من حيث وجود الالتزام ومداه(2).

1– مفهوم الشّك

يقتضي الإلمام بمفهوم الشك التعرض إلى مضمونه (أ)، ثم تحديد المدين في قاعدة الشّك يؤول لمصلحته (ب).

أ– مضمون الشّك

يكون قاضي الموضوع عند تفسيره للعقد من أجل الوصول إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين أمام ثلاثة فروض، الفرض الأول حالة وضوح إرادة المتعاقدين على مقصدهما فيتقيّد بالعبارة الواضحة الدالة على مقصودهما وذلك تحت طائلة تحريف العقد، أمّا إذا كان مقصود المتعاقدين غير واضح رغم وضوح عبارات العقد، وجب البحث عن النيّة المغايرة لمدلول العبارات الواضحة مع تبرير حكمه تبريرا كافيا بالاستناد إلى الأسباب التي جعلته يلجأ إلى البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين، رغم وضوح عبارات العقد مع وجوب تسبيب حكمه أو قراره تسبيبا كافيا تحت طائلة نقض وإبطال الحكم أو القرار القضائي.

على أن عبارة العقد الغامضة تقتضي تفسيرها من أجل استنباط النية المشتركة للمتعاقدين، غير أن القاضي قد لا يتوصل إلى تحديد مضمون النيّة المشتركة للمتعاقدين رغم محاولته تفسير عبارة العقد الغامضة باستعمال الوسائل القانونية المتاحة ، وهذه هي حالة الشّك في التعرف على مدلول نية المتعاقدين المشتركة[1].

بينما يرى جانب من الفقه أن حالة الشك هي انعدام النيّة المشتركة للمتعاقدين بسبب انعدام الاتفاق بينهما بصفة أصلية بالنسبة لجزئية تفصيلية معيّنة ويضيف نفس الرأي الفقهي:" أن الواقع العملي كثيرا ما

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 148، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 267. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 210،211. أنور سلطان، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 206. العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 412،413.

يظهر النقص أو الغموض الذي يكتنف صياغة العقد وكذا ثغرات اتفاقهما، الأمر الذي يتطلب توضيح معنى بعض العقود، وهذا هو التأويل التفسيري أو سد الثغرات وهذا هو التأويل الإنشائي. وتندرج حالة الشك في الفرضية الثانية علما أن عبارة الشك لها مفهوم واسع يشمل كل الحالات التي يتعذر على القاضي تحديد النية المشتركة"[1].

وفي اعتقادنا أن حالة الشك لا تشمل حالة انعدام النية المشتركة للمتعاقدين التي تستدعي اللجوء إلى التأويل الإنشائي، بل تتعلق بالتأويل التفسيري لوجود عبارة غير واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين وبصفة قطعية لاحتمالها على معنيين مختلفين يتمسك كل متعاقد بأحدها، فمن غير المعقول أن يكون الشك في شيء غير موجود أصلا. وبمعنى آخر التفسير يقتضي وجود عبارة غامضة تثير الشك وتستدعي الاجتهاد القضائي لاستنباط النية المشتركة للمتعاقدين.

ويرى جانب آخر من الفقه أن حالة الشك التي يتحقق فيها استحالة التّفسير هي: "قرينة على أنه ليست هناك نيّة مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئًا لم يرده الآخر، فلم ينعقد العقد"[2].

كما يرى هذا الجانب من الفقه أن قاعدة تأويل أو تفسير الشّك لمصلحة المتعاقدين وجهان: الوجه الأول أنه لا يمكن تطبيق هذه القاعدة أو الحكم القانوني إلاّ إذا عجز القاضي عن استنباط النيّة المشتركة للمتعاقدين، أما إذا توصل إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وهو الوجه الثاني فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة بل عليه أن يتقيد بها، ولو كان تفسير العقد ضد مصلحة المدين أو الملتزم[3].

ويتضح من الوجه الأول الطابع الاحتياطي لتطبيق قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين، ذلك أن

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 416.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص 615، نقلا عن: علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 416، ويشاطر سمير عبد السيد تناغو السنهوري إذ يرى بأنه: "ولكن يجب أن يراعى من ناحية أخرى أن الشك يعني أن هناك مجال لتفسير العقد على معنى أو على آخر. أما إذا تبيّن للقاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني، فإنه لا يكون هناك عقد ولا تطابق إرادتين ولا يكون هناك بالتالي مجال لأي تفسير"، مرجع سابق، ص 148، ويعقب علي فيلالي على رأي السنهوري –بحق- أن إرادتي طرفي العقد لم تلتقيا إلا في مسألة تفصيلية، وليس في مسألة جوهرية، والدليل على ذلك أنه لا يمكن الحديث عن تأويل العقد إلا إذا انعقد العقد صحيحًا، المرجع السابق، ص 148.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،(نظرية العقد)، الجزء الثاني، ص947.

العقد متى كان واضحا في الدلالة على النية المشتركة للمتعاقدين، كان واجبا مراعاة ما تضمنه من بنود سواء من قبل المتعاقدين أو من طرف القاضي وإلا اعتبر ذلك اعتداء صارخا على القوة الملزمة للعقد، ومساس بمبدأ استقرار المعاملات والثقة المشروعة في العقود، بل يصبح العقد أداة بيد القاضي يتم تنفيذه وفق هواه.

أما الوجه الثاني والمتعلق بالحالة التي يعجز فيها القاضي عن استنباط النيّة المشتركة للمتعاقدين، فإنه غير ملزم باتباع قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين، إذ أن المشرع أوردها على سبيل الاستئناس دون أن يقيد بها القاضي على وجه الالزام[1]، مما لا يترتب عليه نقض وإبطال حكمه أو قراره لعدم تطبيقه هذ الأصل القانوني، بمعنى آخر أنه يمنح كامل السلطة التقديرية للقاضي في تطبيقه أصل تأويل الشك لمصلحة المدين من عدمه.

وعلة ذلك أن غموض العقد أو إبهامه قد يكون بسبب من المدين نفسه إما بسوء نيته أو عن خطأ منه، فيفسّر العقد لمصلحة الدائن لا المدين على أساس أن الأسباب والمبررات التي بيّنت عليها القاعدة منتفية في هذا الفرض، بل هناك أسباب مغايرة كسوء نية المدين تستدعي عدم تطبيقها، بل معاملة المدين بنقيض إرادته[2].

وننوه إلى أن العادة جرت أن يملي المدين لا الدائن مضمون الالتزام، فإذا كان هذا المضمون مبهمًا أو غامضًا، فالخطأ ينسب للمدين، مما يتعين تحميله تبعة ذلك، ومن ثم وجب أن يفسّر الشك منطقا وعدالة لصالح الدائن، إذ كان بوسع المدين تفادي حالة الشك بأن يصيغ الالتزام في شكل واضح لا يقتضي البتة اللجوء إلى تفسيره[3].

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،(نظرية العقد)، الجزء الثاني، ص947.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه ، ص 948.
3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 947، أنور سلطان، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 206، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص 267، سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 149.

ب- تحديد المدين في قاعدة الشك يؤول لمصلحة المدين

يتساءل الفقه عمومًا عن مدلول مصطلح المدين في قاعدة "الشك يؤول لمصلحة المدين"، بالنظر إلى مصطلح المدين في حدّ ذاته حيث ينظر إليه اعتبارا لطبيعة العقد، فإذا كان المتعاقد هو الذي يقع عليه عبء الالتزام التعاقدي، فهو المدين في العقد الملزم للجانبين، مادام أن كل متعاقد يعتبر دائنًا ومدينًا في نفس الوقت، وبالتالي فإن المقصود بالمدين حسب ما أشارت إليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري هو الطرف الذي يقع عليه عبء الالتزام محل التفسير والذي يعتريه أو يكتنفه الشّك، وبالتالي فإنه يتصور انصراف مدلول المدين لأي من طرفي العقد حسب الالتزام الذي يقع على عاتقه[1].

أما من حيث النظر إلى مدلول المدين في حدّ ذاته، فهناك جانب من الفقه يرى أن لفظ المدين في القاعدة التي يفسّر فيها الشك لمصلحته ليس المقصود به المدين الذي يقع عليه عبء الالتزام، وإنما يقصد بهذا المصطلح المتعاقد الذي يقع عليه عبء الشرط محل التفسير[2].

يرى جانب من الفقه أن التأويل الموضوعي للعقد في حالة الشك من طرف القاضي هو اجتهاده في تصور نية المتعاقدين بغض النظر عن الجوانب الشخصية لهما، وبالتالي فهو بصدد إضافة التزامات جديدة في العقد هي ليست من صنع إرادة الطرفين واتفاقهما، إنّما هي التزامات تقتضيها العدالة العقدية ويصطلح عليه بالتفسير الإنشائي كما هو الشأن في الالتزام بالسلامة الذي يقع على عاتق النّاقل وهو التزام بتحقيق نتيجة مؤداه نقل المسافر من مكان إلى آخر سليم معافا[3].

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 418، ويضيف المؤلف أن الأمر بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد، بأن الملتزم حتمًا هو الذي يستفيد من التأويل بصفة دائمة.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 210. ويضيف المؤلف أنه إذا كان الشرط الغامض أو المبهم محل التأويل يفرض على ذمة أحد المتعاقدين التزامًا أو يشدد مسؤوليته عند إخلاله بتنفيذ الالتزام بما يجاوز ما تفرضه الأحكام العامة، فإن مدلول الشرط الغامض هذا يفسّر لمصلحة هذا المتعاقد، فهذا هو الطرف المدين بالالتزام الذي يقع عليه عبء تنفيذ الشرط الغامض، بينما يفسر الشرط الغامض الذي يعفي المتعاقد من التزام تفرضه القواعد العامة أو التخفيف من مسؤوليته، فإن الشك يفسّر في مضمون هذا الشرط لمصلحة الدائن بصفته المتعاقد الذي يتضرّر من هذا الشّرط.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 30، 417، أنظر أيضا:

Salima ouarab, le role de la jurisprudence dans l'evolution du droit : l'obligation de securite, les annales d' université d' alger,le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24-25 octobre 2016, N0 5, 2016, p 230 et s.

ويتمثل التفسير الإنشائي أساسًا في اجتهاد القاضي بمناسبة تأويل العقد في حالة الشك بترتيب التزامات جديدة لم يتم الاتفاق عليها من قبل المتعاقدين على أساس ما تقتضيه قواعد العدالة، وإن كان يبدو ذلك مساس بالقوة الملزمة للعقد ولاتفاق الطرفين على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، ويبدو أن التأويل الإنشائي يتقاطع هنا مع تكملة العقد وهذا بخصوص المسائل التفصيلية، إذ تتداخل هنا عملية التفسير الإنشائي وعملية تكملة العقد من أجل تحديد نطاقه طبقًا للمادة 107 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري[1]، ومن ثمة لا مانع من استعانة قاضي التفسير بالعوامل المذكورة في هذه المادة على غرار العدالة وهي طبيعة التعامل، القانون بقواعده المكملة والعرف[2]، مع العلم أن تكملة العقد تكون في المسائل التفصيلية ومستلزمات العقد دون المسائل الجوهرية، وإلا فلا مجال للحديث عن إنعقاد العقد.

2- تفسير الشك من حيث وجود الالتزام ومداه

تعني قاعدة تفسير الشّك لمصلحة المدين تفسير الشرط الغامض الذي يستحيل ترجيحه على أحد الوجهين للمعنى الذي يحتمله اللّفظ الغامض المتعلق بمسألة تفصيلية، وذلك إمّا من حيث وجود الالتزام(أ)، أو من حيث مداه(ب).

أ- تفسير الشك من حيث وجود الالتزام

من أمثلة تفسير الشك لمصلحة المدين من حيث وجود الالتزام أنه إذا لم تبيّن ما إذا كان حكم الشرط الجزائي يكون مستحقًا عند التأخر في تنفيذ الالتزام أو عند عدم التنفيذ، فإنه يؤخذ على أنه يجب فقط في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه[3].

فتفسير الشك لمصلحة المدين من حيث وجود الالتزام يبرره أصل براءة الذمة المالية، فالالتزام هو

1 تنص الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".
2 راجع المادة 65 من القانون المدني المشار إليها سابقا.
3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 149، علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 418.

حالة استثنائية، ولا يمكن بأي حال من الأحوال التوسع في الاستثناء، بل لابد من التقيد بالأصل، وهو براءة الذمة المالية، وينسحب ذلك على القاضي الذي يسعى إلى إعمال الأصل وما يترتب عنه من قواعد تطبيقية.

على أن هناك من يرى أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين لا تستند إلى إرادة المتعاقدين، وبالتالي وجب التحفظ في تطبيقها، ولا يتأتى ذلك إلاّ بتوافر مبرّر للتفسير وهو استحالة التعرف على النيّة المشتركة، واستنفاذ وسائل التفسير الشخصي في قاعدة احتياطية، مع ضرورة ثبوت الشك في التعرف على النية المشتركة، وحسن نية المدين التي تبرر تطبيق القاعدة لصالحه[1].

ب- تفسير الشك من حيث مدى الالتزام

لا يلجأ القاضي إلى تطبيق قاعدة الشك الذي يؤول لمصلحة المدين إلاّ في حالة استحالة الكشف عن النيّة المشتركة للمتعاقدين، إذ يفيد الوضع عدم اتفاق الطرفين على مسألة تفصيلية بصفة واضحة دون إمكانية ترجيح معنى على آخر، ولما كانت قاعدة الشك يؤول لمصلحة المدين هي تجسيد تطبيقي لأصل براءة الذمة المالية للشخص، فإن تفسير الشّك من حيث مدى الالتزام يفسّر لصالح المدين أيضًا.

ذلك أن الالتزام استثناء لا يمكن التوسّع فيه، ولذلك فإن الالتزام من حيث مداه يأخذ نفس حكم وجود الالتزام. فالنيّة المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم في أضيق مدى تبعا لما تتضمنه عبارات العقد وما تتحمله، ومن ثمة لا يمكن أن يكون توافق أو تطابق بين إرادتي الدائن والمدين إلاّ في حدود هذا النّطاق الضيّق[2].

والعبرة في القانون بالأصول والقواعد العامة التي تتفق مع طبيعة الأمور، ولذلك فإن الخروج عن هذه القواعد العامة لا يتقرر إلاّ على وجه الاستثناء وبنص خاص، حتى يمكن للقاضي الخروج عن

---

1 فطيمة عاشور ، المرجع السابق، ص 65.

2عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، 947. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 210 على أن الاتفاق على ترتيب التزامات تعاقدية هو الاستثناء ولا يمكن التوسع في هذا الاستثناء في حالة الشك الذي يجب أن يفسّر لمصلحة المدين.

القاعدة العامة بنص صريح، ولذلك أوجد المشرع قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين تطبيقًا لأصل براءة الذمة المالية، في مجال الحقوق الشخصية أو الالتزامات، بحيث يجب أن يتم تفسير الالتزام من حيث وجوده ومداه بتغليب أصل براءة الذمة المالية طبقًا لما يقتضيه المجرى العادي للأمور والعقل والمنطق.

الفرع الثاني: دور أصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه في تأويل عقد الصلح

للإلمام بأصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه في تأويل عقد الصلح لابد من التطرّق إلى مفهوم عقد الصلح (أولا)، ثم بيان التفسير الضيق له (ثانيا).

أولا: مفهوم عقد الصلح

نظم المشرع عقد الصلح بأحكام خاصة في القانون المدني (1)، ولتفادي الاشتباه بينه وبين أنظمة قانونية أخرى مقاربة له وجب التمييز بينهما(2).

1- التنظيم القانوني لعقد الصلح

نظم المشرع الجزائري عقد الصلح في الفصل الخامس من الباب الخامس العقود المتعلقة بالملكية من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود من القانون المدني، فتطرق في القسم الأول إلى أركان الصلح في المواد 459، 460، 461، بينما نظم آثار الصلح في القسم الثاني بمقتضى أحكام المواد 462، 463، 464، ثم تعرّض إلى بطلان الصلح في القسم الثالث .

والصلح باعتباره عقدًا من العقود، فلابد أن يتضمن شروطًا موضوعية وشكلية بحسب الحق الذي يرد عليه (أ)، كما أنه له آثار معيّنة (ب).

أ- أركان عقد الصلح

على اعتبار أن الصلح عقد أي تصرف إرادي من جانبين فإنه يخضع في تكوينه إلى أركان عامة(أ-1)، وأركان خاصة (أ.ب).

أ-1- الشروط العامة لعقد الصلح

إن الصلح باعتباره عقد كسائر العقود لابد أن يتوفر فيه الأركان العامة المتمثلة في التراضي إلى جانب ركن المحل، مع وجوب احترام أحكام المادة 461 من القانون المدني[1]، التي لا تجيز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام وفي حالة مخالفة هذه المسائل المتعلقة بالمحل فإن القاضي باعتباره حامي النظام العام يثير ذلك من تلقاء نفسه، وذلك على أي درجة من درجات التقاضي سواء على مستوى المحكمة باعتبارها أول درجة التقاضي، أو على مستوى المجلس القضائي باعتباره الدرجة الثانية من درجات التقاضي، أو على مستوى المحكمة العليا التي تراقب تطبيق القانون. ولا يجوز الاتفاق بين أطراف عقد الصلح على مخالفة أحكام المادة 461 من القانون المدني إذ يكون العقد باطلاً وعديم الأثر.

غير أنه يجوز بمقتضى نفس أحكام المادة أن ينصب الصلح أو يكون محلّه المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية[2] وإلى جانب الشروط الموضوعية، فإذا كان الصلح ينصب على حقوق عينية عقارية وجب إفراغ الصلح في شكل رسمي تحت طائلة البطلان[3].

وإلى جانب ركني التراضي والمحل، لابد من توافر السبب في عقد الصلح فلابد أن يكون مشروعًا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلاّ كان العقد باطلاً بطلانًا مطلقًا.

أ- 2- الأركان الخاصة بعقد الصلح

نظرًا لكون عقد الصلح من العقود المؤثرة على الذمة المالية للشخص، إذ يترتب عنه إسقاط الحقوق والادعاءات التي يتنازل عنها أحد الطّرفين بصفة نهائية، وهو ما يفسر خطورتها من الناحية المالية على الشخص فقد تؤدي إلى افتقار الذمة المالية ، تدخل المشرع بمقتضى أحكام المادة 460 من القانون

1 تنص المادة 461 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ...".

2 تنص المادة 461 من القانون المدني الجزائري على أنه: "...ولكون يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية".

3 أنظر نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني السالفة الذكر.

المدني واشترط في الشخص الذي يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي شملها عقد الصلح[1].

ب- آثار عقد الصلح

يترتب عن عقد الصلح أثر قانوني هام يتمثل في إنهاء النزاعات التي يتناولها طبقًا للمادة 462 من القانون المدني الجزائري[2]، وهذا من شأنه أن يوصف عقد الصلح أنه من الطرق البديلة الاتفاقية التي يتم بمقتضاها تجنّب عرض النزاع على مرفق القضاء، متى كان للطرفان إرادة جادة في إنهاء النزاع، ومن ثم تظهر أهمية عقد الصلح سواء بالنسبة لأطراف العقد ذاتها لتفادي مصاريف التقاضي وربح الوقت والجهد وتفادي مسببات الضّغينة والحقد واستمراره بين ذوي الشّأن، أو بالنسبة لمرفق القضاء بتفادي إغراقه في عدد كبير من القضايا التي تعرقل حسن سير العدالة والفصل في القضايا في آجال معقولة[3].

وعلى اعتبار أن المشرع لم يحدد الآجال المعقولة من حيث مدتها، يرى جانب من الفقه القضائي على أنه: "المدة غير المعقولة يمكن أن تشكل سببًا للطعن في تقصير الدولة في أدائها لمرفق العدالة، وقد اعتمدت المحكمة الأوروبية مجموع الآجال التي تستغرقها المنازعة في جميع مراحلها، بما في ذلك المراحل ما قبل القضائية لمرحلة الصلح في القضايا العمالية والطعون الداخلية إذا كانت هذه الآجال معقولة أم لا"[4].

1 تنص المادة 460 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح".

2 تنص المادة 462 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها، ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية".

3 تنص المادة 3 في فقرتها الأخيرة من الأحكام التمهيدية الخاصة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة".

4 عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 24،25، على أن المجلس الأعلى للقضاء يفصل في مسائل الآجال المعقولة من خلال المتابعة التأديبية للقضاة.

و للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها[1].

2- تمييز عقد الصلح عن بعض الأنظمة المقاربة له

لعقد الصلح خصائص يتميّز بها عن بعض الأنظمة المقاربة له، فهو يتميّز عن الصلح في قانون الأسرة (أ)، وعن الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ب).

أ- تمييز عقد الصلح عن إجراء الصلح في قانون الأسرة

يتعلق عقد الصلح في القانون المدني الجزائري بوضع حد للنزاع المتعلق بالحقوق المالية بصفة نهائية بين طرفيه، بينما الصلح في قانون الأسرة هو إجراء يقوم به قاضي شؤون الأسرة بصفة وجوبية وملزمة قبل الفصل في دعوى فك الرّابطة الزوجية، من خلال عدة محاولات للصلح طبقًا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة[2].

ولقد أكدت المحكمة العليا –باعتبارها محكمة القانون– في العديد من قراراتها على مراقبتها لتطبيق قضاة الموضوع لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة[3].

وإذا كانت النيابة عن طرفي العقد جائز في الخصومة القضائية، فإن النيابة عن الزوجين في جلسة الصلح غير جائزة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها[4].

---

1 تنص المادة 463 من القانون المدني الجزائري على أنه: "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها".

2 تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبيّن مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقّعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبًا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

3 أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 372130ن مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد02، ص 463، وقد أكدت المحكمة العليا في هذا القرار المبدئي أن محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2008/01/16، ملف رقم 417622، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد01، ص 263.

4 أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474956، مجلة المحكمة العليا 2009، العدد 2 ص 271. وفيه أكدت المحكمة العليا على أن المبدأ هو حضور الزوجين شخصيًا في جلسة الصلح تحت طائلة رفض الدعوى.

من خلال ما سبق ذكره يتبين أن الصلح في القانون المدني تصرف قانوني من جانبين أي عقد يهدف إلى التنازل عن الحقوق المتنازع فيها بصفة نهائية على سبيل التبادل، بينما الصلح في قانون الأسرة هو اجراء قانوني الزامي بالنسبة للقاضي تحت رقابة المحكمة العليا قبل الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية من خلال جلسات يقدر عددها القاضي حسب ما تقتضيه حسن الفصل فيها.

ب- عقد الصلح والوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إذا كان عقد الصلح هو "اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم وديًا"[1]، أو "عقد ينهي به الطرفان نزاعًا قائمًا أو محتملاً وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفين عن ادعاءاته"[2]. فإن إجراء الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره من الوسائل البديلة لحل النزاعات المطروحة على القضاء يعرف على أنه: "طريق للتواصل يعتمد على مسؤولية واستقلالية المشاركين مع وجود طرف ثالث حيادي ومستقل ليست له أي سلطة في اتخاذ القرار أو منح الاستشارة، ماعدا أن يساهم في ربط العلاقة الاجتماعية أو الوقاية أو حل النزاع"[3].

نظم المشرع الجزائري إجراء الوساطة باعتباره من الطرق البديلة لحل النزاعات في الفصل الثاني من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن ثم فالمشرع يسعى إلى وضع طرق بديلة لحل النزاعات أو الخصومات المعروضة على القضاء عن طريق الوساطة تحت إشراف القاضي بتعيين طرف ثالث حيادي ومستقل يعرض حلاً للنزاع المطروح عليه، وفي حالة عدم توصل الوسيط إلى الحل، فإن قاضي الموضوع يتولى شخصيًا الفصل في هذه المنازعة.

---

1 تعريف الأستاذ إبراهيم غاز، نقلا عن: بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، ماجستير، الجزائر، 2015، ص 13.

2 تعريف الأستاذة ابتسام القرام، نقلا عن: بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 13. ويرى بن هبري عبد الحكيم أن نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري التي عرفت الصلح مقارنة بالنص الفرنسي أنه أدق من الأول على أساس أن الصلح ينعقد بتنازل كل طرف عن حقوقه جزئيًا.

3 M.Guillaume-Hifnung, La méditation, puf, 2007, p 71.

نقلا عن: يقاش فراش، الوساطة كطريق بديل، لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 1، ص 70، ويرى صاحب المقال أن الكثير من المغالطات تبرز عند تعريف الوساطة أو محاولة وضع تعريف لها، ولذلك يرى أن التعريف السابق من أدق التعريفات.

فعامل الثقة التي يحظى بها الوسيط من طرف الخصوم هي التي تساهم بشكل كبير في التوصل إلى اتفاق الوساطة الذي يفرغ في محضر يوقع عليه من قبل الخصوم والوسيط الذي يقع على عاتقه محاولة التقريب بين وجهات نظر أطراف الخصومة للمحافظة على العلاقات المستقبلية، بالوصول إلى حل يراعي فيه مصالح الطرفين دون إطالة لأمد التقاضي ودون قيود إجرائية وبأقل المصاريف[1]. مما يظهر أهمية الوساطة في حل الخصومات، ودورها الهام في المجتمع بما يحافظ على العلاقات الإنسانية بين المتقاضين أو المتخاصمين وتفادي إغراق القضاء بالملفات بما يحول أداء مرفق القضاء لمهمته بصفة فعالة بهدف فض المنازعات بين الأشخاص المتخاصمين.

وتجدر الإشارة بصدد الوساطة أنه قد صدر مرسوم تنفيذي رقم 09/ 100 المؤرخ في 10 مارس 2009 الذي يحدّد كيفيات تعيين الوسيط القضائي وهذا تسهيلاً وتنظيمًا لإجراء الوساطة من خلال المهام التي يضطلع بها القاضي بهذا الصدد[2].

ثانيًا التفسير الضيّق لعقد الصلح تطبيقا لأصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه

لفهم التفسير الضيّق لعقد الصلح باعتباره تطبيقًا لأصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه يقتضي الأمر التعرض إلى مفهوم التفسير الضيّق(1)، ثم إلى بيان الأساس القانوني له(2).

1-مفهوم التفسير الضيّق لعقد الصلح

حاول الفقهاء تعريف التفسير الضيّق لعقد الصلح (أ)، وبيان حالاته (ب).

أ- تعريف التفسير الضيّق لعقد الصلح

يرى جانب من الفقه أن التفسير الضيّق هو "التفسير الذي يهدف إلى إجراء تصحيح لتعبيرات المتعاقدين، بتخصيصها أو الحذف منها لتأتي متطابقة مع الأفكار الحقيقية التي أراد الطرفان التعبير

1 يقاش فراش، المرجع السابق، ص 79.

2 مرسوم تنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10 مارس 2009 يحدد كيفيات تعيين الوسط القضائي، الجريدة الرسمية، سنة 2009، عدد 16، وذلك في إطار تنظيم إجراء الوساطة من خلال تقديم أشخاص أكفاء يتولون مهمة الوساطة لحل النزاعات أو الخصومات المعروضة على القضاء.

عنها. ذلك أنّه قد يحدث أن يسرف المتعاقدان في التعبير عن أفكار معيّنة، فيأتي المتبادر فهمه منها أعم بكثير مما أُريد بالفعل التعبير عنه، عندئذ يقوم القاضي على ضوء الظروف الكاشفة عن الأفكار الحقيقية بتهذيب هذه التعبيرات ليعود بها إلى النطاق الحقيقي الذي كان يتعين أن تكون فيه بداية حال إبرام العقد"[1].

يظهر من خلال هذا التعريف الفقهي محاولة القاضي من خلال عبارات العقد الفضفاضة الواسعة التوصل إلى الأفكار الحقيقية التي قصدها طرفا العقد، ويقتضي ذلك حتما أن يغيّر القاضي من عبارات العقد للتوصل إلى مراد المتعاقدين الحقيقي. ولا يعني ذلك المساس بالقوة الملزمة للعقد أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إنما هذا التغيير الذي يحدثه قاضي تفسير العقد يصبّ في مصلحة المبدأ أساسا، وذلك محاولة منه لتجسيد النيّة المشتركة لهما.

ب- حالات التفسير الضيّق لعقد الصلح

يظهر التفسير الضيّق في حالتين أساسيتين، حالة التفسير بتخصيص العام أو تقييد المطلق (ب1)، وحالة التفسير بطريق الحذف (ب2).

ب-1- التفسير الضيّق بتخصيص العام أو بتقييد المطلق

قد يستعمل المتعاقدان ألفاظ وعبارات لا تعبر بدقة عن المعنى الذي اتجهت إليه ارادتيهما، بحيث يكون التعبير عنها بألفاظ ذات مفهوم واسع وعام فيتعذر إدراك معناها الدقيق ومثاله في المنقولات التي إذا ما وردت على صيغة الإطلاق فإنها تحتمل المعنيين المادي القابل للنقل أو المعنوي، فإذا كان ثابت من ظروف وملابسات الدعوى وقرائنها أن المتعاقدين اتجهت إرادتيهما من المفهوم العام إلى المفهوم الخاص لمصطلح منقولات بأن قصدا به النّقود، فإن القاضي يتعيّن عليه في هذه الحالة أخذ مصطلح

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، (تفسير العقد)، ص 109. وحسب المؤلف فإن التفسير الضيّق هو على نقيض التفسير الواسع، إذ يقوم فيه القاضي بجعل عبارات العقد مطاطة مرنة تمتد لتشمل أفكارًا لم يعبّر عنها القول بالفعل، وإن كانت من مفهوم المتعاقدين.

منقول بمفهومه الخاص والضيّق وليس بمفهومه الواسع العام، للتوصل إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين من خلال استعمالهما لهذا اللّفظ، ويظهر أن التفسير الضيّق للمصطلح أو اللّفظ الوارد في العقد يتم استنباطه من طرف القاضي بناءًا على اعتبارات موضوعية وشخصية تتصل أساسًا بظروف التعاقد والدعوى القضائية المطروحة على قاضي الموضوع، بما يفيد انصراف إرادة المتعاقدين إلى أخذ اللّفظ بمعناه الضيّق الخاص[1].

ب-2 التفسير الضيّق بطريق الحذف

يتم الحذف في حال التفسير الضيّق لمضمون العقد وعباراته في شكل صورتين، الأولى تكون بالحذف دون استبدال بأن تكون العبارة أو اللفظ من قبيل التزيّد واللغو إذ أن حذفها لا ينقص شيئًا من معنى العبارة، أو أن ورودها لا يعني شيئًا، بل وجوده في العقد يثير الشك والارتياب[2].

أما الصورة الثانية فتكون بحذف اللفظ أو العبارة مع الاستبدال، ويتحقق ذلك عند استخدام المتعاقدين للفظ أو عبارة في العقد لا تنسجم مع جملة في العقد فيثير غموضًا حول القصد الحقيقي للطّرفين، فيقوم القاضي بحذف اللفظ أو العبارة الزائدة –على أساس أنها زلة لسان–، ويعوضها بلفظ أو عبارة أخرى حتى يكون للنص معنى سليم، على أن الحذف قد يكون سببه استحالة التوفيق بين شرطين إذ يتعين حذف إحداهما لأجل تغليب أحد معنى الشرطين، ويستوي في ذلك أن يكون أحدهما واضحًا، والآخر غامضًا، أو أن كلاهما واضحًا.[3].

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 111.

2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 112. ويورد المؤلف أنواع أخرى من الحذف، فقد يتعلق بشرط من الشروط المحدّدة، إلا أن تطبيقها يتعارض مع العدالة فيحذفه القاضي بالاستناد على عدم اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بهذا الشرط، كما قد يتعلق الأمر بشرط باطل في العقد ورد في العقد بصورة روتينية ومن باب التقليد –الشرط المألوف- فيحذفه القاضي، وقد يكون الشرط باطل ولم يكن في نفس الوقت دافعًا للتعاقد ولم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تعليق انعقاد العقد على صحته.

3 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص 113.

2- الأساس القانوني للتفسير الضيق لعقد الصلح

أورد المشرع المدني الجزائري أساسا صريحًا للتفسير الضيّق لعقد الصلح[1] ويجد ذلك تبريره في الأصل الذي مفاده أن الشخص لا يتنازل عن حقوقه إلا على سبيل الاستثناء، ومن ثم لا يمكن التوسع فيه، ويكتفي في ذلك بما عبّر عنه المتعاقدان صراحة بالتنازل عن حق معيّن على سبيل التبادل.

قرر المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 464 من القانون المدني قاعدة التفسير الضيّق لعقد الصلح بصيغة آمرة إذ استعمل عبارة "يجب" بما يفيد أن هذا النوع من التفسير يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، وللقاضي إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه باعتباره حامي النظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية وعلى أي مستوى من مستويات درجات التقاضي.

ولأجل تحديد نطاق وموضوع الحقوق المتنازع عنها في عقد الصلح لا بد أن يكون القاضي حريصا وحذرا في استخلاصها من عبارات العقد ومن الظروف والملابسات المتصلة بإبرامه للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين والنتائج التي أرادا تحقيقها، ومن ثم وجب تعيين حدود النّزاع من قبل القاضي الذي أراد الطرفان وضع حد له بمقتضى عقد الصلح، ويفسّر القاضي التنازل في عقد الصلح لمصلحة المتنازل عند الشك[2].

1 تنص المادة 464 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرًا ضيّقًا أيًا كانت تلك العبارات، فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح".

2 شيماء سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2003، ص 115، 177، وتضيف المؤلفة أن قاضي الموضوع في تفسيره لعقد الصلح لا يخضع لرقابة النقض على شرط أن يكون تفسيره مقبولاً

وعليه فإن منح السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تفسير عقد الصلح لا يعني إطلاق حريته في ذلك، حيث يخضع لرقابة المحكمة العليا، فيتعين عليه بيان الأسباب والمبررات التي تجعل تفسيره مؤسسا بحيث لا يكون حكمه أو قراره مشوبا بانعدام أو قصوره في التسبيب[1].

1 أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1989/12/13، ملف رقم 56186، المجلة القضائية، 1994، العدد الأول، ص 11. وجاء في حيثيات القرار أنه: "من المقرر قانونًا أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح يجب أن تفسّر تفسيرًا ضيّقًا أيًا كانت تلك العبارات ولا يشمل إلا على الحقوق التي كانت بصفة جليّة محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا للقانون، ولما كان من الثابت –في قضية الحال- أن قضاة المجلس الذي قرروا أن التنازل وقع من طرف الطاعن، دون أن يؤكدوا ما إذا كان في حق الغلة أو فيما جاء به أثناء إبرام الاشتراك يكونوا قد ووسعوا في تفسير عبارات التنازل وخالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

المبحث الثاني: وسائل التفسير الموضوعي لعقد الإذعان في القانون المدني الجزائري

يقتضي الإلمام بوسائل التفسير الموضوعي لعقد الإذعان في القانون المدني الجزائري التطرق إلى مفهوم عقد الإذعان (المطلب الأول)، ثم إلى الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

للإحاطة بمفهوم عقد الإذعان لابد من تحديد مضمونه (الفرع الأول)، ثم بيان الطبيعة القانونية له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون عقد الإذعان

يتميز التراضي في عقد الإذعان بصفة جوهرية عن التراضي في عقد المساومة، ويبرر ذلك من خلال الإيجاب والقبول فيه (أولا)، كما أن لعقد الإذعان خصائص أخرى تميزه عن باقي العقود (ثانيا).

أولا: الإيجاب والقبول في عقد الإذعان

يتميّز الإيجاب في عقد الإذعان بصفة خاصة –خلافا لعقود المساومة– أنه إيجاب عام(1)، كما لا يمكن للموجب له مناقشة هذه الشروط –أي انعدام مرحلة التفاوض–(2).

1– الإيجاب عام في عقد الإذعان

إذا كانت القاعدة في عقود المساومة أن الشخص إذا وجه إيجابه إلى شخص معيّن، حيث يتضمن الشروط الجوهرية للعقد، فإن الإيجاب في عقد الإذعان يكون عاما أي غير موجه إلى شخص معيّن، بل إلى عموم الأشخاص، وبتعبير آخر: "يكون الإيجاب في عقد الإذعان عن طريق عرض السلعة أو الخدمة على جمهور المستهلكين، وهو عرض بات ودائم يعلم به الكافة وبشروطه الموضوعة مقدَّمًا"[1]، ويضيف بعض الفقه: "... ويصدر الإيجاب عادة إلى الناس كافة، وبشكل مستمر، ويكون واحدًا بالنسبة

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 83.

للجميع، ويغلب أن يكون مطبوعًا"[1] وتكون الشروط الواردة في الإيجاب محل اعتبار سواء وردت في شكلها الصريح أو الضمني[2].

على أن التشريعات لم تعط تعريفًا للإيجاب في عقد الإذعان، بل وأنها لم تعط تعريفًا لعقد الإذعان، إذ اهتم الفقه بتعريفه، وعلى رأسه الفقيه الفرنسي سالي (Saleilles) في كتابه: التعبير عن الإرادة "Declaration de Volonté" ويرجع له الفضل في استعمال هذا المصطلح لأول مرة، وذلك لعدم وجود اصطلاح أفضل منه حسب رأيه[3]. وقد عرّف عقد الإذعان على أنه: "محض تغليب إرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدّد، بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقًا من جانب واحد ولا ينقصها سواء إن كان هناك من يقبل قانون العقد أو لا "[4].

كما عرّفه جانب آخر من الفقه على أنه: "عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني – عمومًا– الذي ليس له الحق في مناقشتها، بل له أن يرفض العقد أو يقبله دون شرط أو قيد. ويتميّز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها"[5].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه أن عقود الإذعان مسألة اقتصادية، فهي من نتاج التطور الاقتصادي الذي يشهده العالم الحديث، وما ترتب عنه من كثرة انتشار الشركات الاحتكارية وذيوع صيتها، وهذا ما جعل الطرف المتعامل معها وهو المستهلك طرفًا ضعيفًا، لا يملك سوى الإذعان

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 280. ويورد المؤلف مثالا لذلك بخصوص شركة المياه تعرض شروطها على جميع الناس، وهي واحدة لا تتغيّر بالنسبة لقدر محدود من الماء، ولطائفة معيّنة من السكان، ص 281.

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 281، ومثال الشرط الضمني حسب المؤلف ألا يكون المتعاقد مع شركة نقل المسافرين في حالة سكر واضحة مما يخشى منها على الجمهور، أو يكون أحد المسافرين مصابا بمرض معد، كما أن الشرط الضمني يمكن استنباطه من ظروف وملابسات العقد ومن مقتضيات حسن سير العمل.

3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 468.

4 عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 69

5 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 82، وينوه المؤلف إلى ضرورة عدم الخلط بين الإذعان وبعض النظم المقاربة له كالعملية المنظمة أو العملية المفروضة، فالعقد المنظّم ينظمه المشرع بأحكام دقيقة وآمرة، ويكون فيها دور الإرادة منعدمًا –كما هو الأمر في عقد الإذعان-، غير أن العقد المنظم من وضع المشرع وليس من طرف المتعاقد، وقد يكون الشخص مفروضًا عليه التعاقد.

والانصياع لما تفرضه من الشروط التي يتضمنها الإيجاب العام الصادر منها[1]. ويرى البعض أن عقد الإذعان يمكن تعريفه أنه: "ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطًا محدّدة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معيّنة"[2]. ويعرّفه جانب آخر من الفقه على أنه: "الانضمام إلى عقد نموذجي حدد بصورة انفرادية من أحد الأطراف، وينظم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله"[3].

إن احتكار المؤسسات الاقتصادية للسلع والخدمات المعروضة من قبلها بصفة قانونية أو فعلية يجعلها تظهر كطرف قوي اقتصاديًا في مواجهة المستهلك، وهو الطرف الضعيف الذي يضطر إلى التعاقد على اعتبار أن هذه السلعة أو الخدمة المعروضة للاقتناء هي من الضروريات بالنسبة له، إذ لا يمكنه الاستغناء عنها. ولما كان هذا الأخير لا خيار له في التعاقد من عدمه، فإنه يذعن لشروط الطرف القوي اقتصاديًا[4].

وإذا كان الاحتكار القانوني أو الفعلي خاصة له ما يبرّره بسبب ما شهده المجتمع في الجانب الاقتصادي من رواج للسلع والخدمات باقتصارها على طائفة من المنتجين فقط، إلا أنه في الوقت الحاضر ينبغي توسيع الحماية القانونية إلى أنواع أخرى من العقود، وإن كانت عقود الإذعان هي المقصودة في المقام الأوّل، لكن الحماية القانونية للمستهلك لا يمكن أن تنحصر فقط في هذا النوع من عقود، فاهتمام المشرع يتعلّق أساسا بالمستهلك في نشاطه المهني حتى ولو تُرجم ذلك في عقد مساومة[5]،

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 280. أنظر أيضا: بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 10.

2 محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 31

3 Jacques Ghestin, traité de droit civil. Les obligations, les contrats, édition, 1986, p 74

نقلا عن: محفوظ لعشب بن حامد، السابق نفسه، ص 151

وقد أورد المؤلف التعريف باللغة الفرنسية على النحو التالي:

"Le contrat d'adhesion peut aussi être défini comme l'adhesion a un contrat type, qui est rédigie uni lateralement par l'une des parties auquel l'autre adhere sans possibilité réelle de la modifier"

4 محفوظ لعشب ، المرجع نفسه ، ص 25

5 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، ص 45

فإلى جانب الاحتكار القانوني أو الفعلي الذي يجعل المتعاقد في مرتبة القوي بما يسمح له فرض شروط العقد بصفة منفردة وغير قابلة للمناقشة أو التعديل من الطرف الضعيف، فإن هناك اعتبارات أخرى كالتفوق الاقتصادي والاجتماعي والمعرفي أدت إلى عدم مساواة حقيقية فعلية، مما يستدعي تدخل المشرع بتشريع حمائي خاص[1].

2- القبول في عقد الإذعان

إذا كان المشرع الجزائري لم يعرف عقد الإذعان في القانون المدني، إلا أنه تعرّض إلى كيفية حصول القبول فيه[2]. فاستعمل عبارة "التسليم لشروط مقرّرة" لإظهار القوة والسيطرة الفعلية التي يتمتع بها الموجب ويظهر ذلك في تحديده –بصفة منفردة– بنود العقد مما يجعلها بداهة تكون لصالحه على حساب الطرف الآخر[3].

ويتم القبول في عقد الإذعان بمجرد تسليم الطرف الموجب له للشروط الموضوعة مسبقًا بالإرادة المنفردة للموجب له بسبب تفوقه الاقتصادي والمعرفي دون أية حرية في مناقشتها[4].

فإذا كان القبول في عقد الإذعان هو مجرد رضوخ وانصياع لما يفرضه الموجب من شروط، إلا أنه لا يفهم منه أنه لا يعد رضاء، غاية ما في الأمر أن القبول لم يصدر بعد مناقشة أو مفاوضة من الموجب له مع الموجب كما يحصل في العقود الأخرى عادة، فموقفه يتم إما بقبول الإيجاب برمته أو رفضه كاملاً. وبدافع الحاجة إلى تلك السلعة أو الخدمة المعروضة يجد نفسه مفروضًا عليه التعاقد فرضا

1 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 84، يرى بلحاج العربي أن المشرع حسنا فعل عندما لم يعرف عقد الإذعان دون بيان السبب، المرجع السابق، ص 191

2 تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 83

4 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 83

الموجب له موجود ولكن بنوع من الإكراه الاقتصادي[1]، وحاجة الطرف الضعيف لهذه السلعة أو الخدمة الضرورية المعروضة للاقتناء، لا تبرر بأي حال من الأحوال القول بأن رضا المستهلك معيب بالإكراه، غاية ما في الأمر أنه مدفوع لإبرام العقد لأجل اقتناء السلعة أو الخدمة المعروضة لأغراض شخصية غير مهنيّة.

وفي هذا الصدد بالإضافة إلى تعرّض المشرع الجزائري في القانون المدني إلى كيفية حصول القبول في عقود الإذعان، فإن القانون رقم 04-02 المتعلق والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية باعتبار أن العقود التي تبرم في نطاقه هي عقود إذعان، عرف الاتفاق في المادة الثالثة منه بأنه يهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، وهذا الاتفاق قد حرّر بصورة مسبقة من طرف العون الاقتصادي مع خضوع ورضوخ المستهلك لهذه الشروط المتضمنة للاتفاق الحاصل بينهما، دون قدرة المستهلك على مناقشة هذه الشروط أو التعديل فيها[2].

وحسب رأينا فإن هذا التعريف أقرب إلى الإيجاب من الاتفاق في مثل هذه العقود، لأن الاتفاق يقتضي تطابق إيجاب صادر من العون الاقتصادي مع قبول صادر من المستهلك، لذا ينبغي على المشرع استبدال مصطلح اتفاق بإيجاب مع الملاحظة أن هذا التعريف يتفق في جوهره مع كيفية حصول القبول في عقد الإذعان طبقا للمادة 70 من القانون المدني.

ثانيًا: خصائص عقد الإذعان

يتميّز عقد الإذعان بمجموعة من الخصائص مقارنة بعقد المساومة أولها اختلال المراكز القانونية للمتعاقدين(1)، وانعدام مرحلة المفاوضات(2).

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 279. ويستطرد المؤلف أن الفرنسيين يطلقون على العقود التي تتضمن القبول على الشكل المذكور بعقود الانضمام، إذ أن من يقبل بشروط العقد إنما ينظم إليها دون مفاوضة أو مناقشة لبنود العقد، ويؤثر المؤلف تسمية هذه العقود باللغة العربية بعقود الإذعان نظرًا لما لهذا اللفظ من قوة في التعبير عن الاضطرار في قبول الإيجاب

2 راجع المادة 3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

1- اختلال المراكز القانونية للمتعاقدين

يعترف المشرع باختلال التوازن العقدي بين أطراف عقد الإذعان ،بمناسبة تعرضه لكيفية حصول القبول في عقد الإذعان، بصورة تعكس الاختلال في التوازن العقدي حيث يستقل المتعاقد القوي بوضع شروط العقد بصفة انفرادية دون إمكانية مناقشتها من طرف المتعاقد الآخر، فإما يقبلها أو يرفضها جملة وتفصيلاً، أو على الأقل دون مناقشة الشروط أو البنود الرئيسية[1].

إلا أن المشرع يتدخل في مرحلة تنفيذ العقد بخصوص اختلال التوازن العقدي الذي وقع عند انفراد المتعاقد القوي بوضع وصياغة شروطه وبنوده دون إمكانية مناقشتها من طرف المتعاقد الضعيف، فمنح للقاضي سلطة التعديل أو إلغاء الشرط التعسفي بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يكفي لوصف العقد بأنه عقد إذعان أن يكون الموجب قد حدّد شروطًا لا يرجع عنها، مادام أنه لا يحتكر السلعة أو الخدمة التي يتعامل فيها، فهناك العديد من التجار لسلعة أو خدمة من صنف واحد يحددون أثمانًا لها إلاّ أن عقودهم لا تعتبر عقود إذعان، وذلك بسبب وجود تجار كثر ينافسون في هذا النوع أو الصنف من التجارة[2].

وما دام أن الطرف القوي يفرض شروطه بصفة انفرادية دون إمكانية مناقشتها من طرف المتعاقد الضعيف، فمن الطبيعي أن يضمن الطرف الأول العقد شروطا تخدم مصلحته دون مراعاة مصلحة الطرف الضعيف[3].

والحاصل أن اختلال مراكز المتعاقدين في عقود الإذعان هو الذي كان سببا في تدخل المشرع في

---

1 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 190.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 280.
3 محمد بودالي، المرجع السابق، ص 11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص280. يضيف المؤلف أنه يغلب على الشروط الموضوعة والمفروضة بإرادة المتعاقد القوي انفراديًا أن تكون مطبوعة، ولا تناقش أكثرها لمصلحته فهي في بعض الحالات تخفف من مسؤوليته التعاقدية، وتشدد من مسؤولية المتعاقد الآخر، وهي في مجموعها ليست في قدرة الرجل العادي لاستيعابها.

مرحلة تنفيذ العقد لمواجهة الشروط التعسفية محاولة منه لاستدراك عدم التوازن في هذا النوع من العقود بما يحقق العدالة فيها.

2- انعدام مرحلة المفاوضات

يفرض المتعاقد القوي اقتصاديًا بنود العقد بصفة انفرادية ومسبقة دون إمكانية التفاوض أو المناقشة من قبل الطرف الضعيف[1] بصريح المادة 70 من القانون المدني ، وبالتالي فإن النتيجة المترتبة عن ذلك أن محاولة التعديل لهذه البنود يعد رفضًا للإيجاب، عكس عقد المساومة أين يعد قبول الإيجاب مع التعديل إيجابا جديدًا[2].

كما أن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 3 الفقرة 4 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نص صراحة على التحرير المسبق للاتفاق من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

ويرى جانب آخر من الفقه أن هذا التعريف أوسع نطاقًا من التعريف المستخلص من القانون المدني إذ لا يشترط احتكار المتعاقد القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات[3].

تعتبر المفاوضات العقدية ذات أهمية كبرى في العقود الاقتصادية الكبيرة أو ما يصطلح عليها بالعقود الثقيلة التي تتطلب مفاوضات طويلة تدوم مدّة زمنيّة معتبرة، ولعل غياب المفاوضات في عقود الإذعان يشكل مجالاً خصبًا لإمكانية ورود الشروط التعسفية فيها، مما جعل المشرع يتدخل لفرض بعض شروط العقد حماية للطرف الضعيف.

بل وقد تحل إرادة المشرع في تحديد مضمون العقد لغايات اقتصادية واجتماعية، وما علاقة العمل إلا أصدق مثال لحماية حقوق العامل وهو الطرف الضعيف اقتصاديًا واجتماعيًا في عقد العمل. على أن

---

1 في نفس المعني: عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، 2014-2015، ص 153، 154.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 87

3 علي فيلالي، المرجع السابق ، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 85.

التفاوت في عقود الإذعان من حيث مراكز الطرفين إنما هو تفاوت ذو طابع اقتصادي لا قانوني، ولا أثر له في ابرام العقد حيث أن الحماية مقرّرة للطرف الضعيف لإعادة التوازن المالي للعقد.

الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لعملية الإذعان

انقسم الفقه بخصوص الطبيعة القانونية لعملية الإذعان إلى رأيين، رأي يرى بأن الإذعان هو مركز قانوني منظم (أولا)، بينما هناك من يرى بأن الإذعان عقد حقيقي (ثانيًا).

أولا: عملية الإذعان مركز قانوني منظّم

يتمثل القبول في عقد الإذعان في مجرد التسليم ببنود العقد التي يفرضها الطرف المحتكر بإرادته المنفردة دون إمكانية مناقشتها من الطرف الآخر، وهذا ما جعل اتجاه من الفقه يذهب إلى إنكار الطبيعة التعاقدية لعملية الإذعان لانعدام الحرية التعاقدية بشأنها[1]، ويتزعم هذا الرأي الفقيه سالي وأيده فقهاء القانون العام مثل دوجيه وهوريو، فالعقد في معناه الحقيقي توافق إرادتين تتمتعان بصدد ذلك بالحرية والاختيار، بينما القبول في عقد الإذعان مجرّد تسليم بشروطه صادر عن إرادة غير حرّة، ولا يمكن للطرف الضعيف أن يصمد أمام الطرف المحتكر، إذ أن إرادة هذا الأخير هي بمثابة قانون، وتبعًا لذلك فتفسير عملية الإذعان يجب أن يكون طبقا لمقتضيات العدالة وحسن النية.

ويرى ديموج أن عقد الإذعان مركز قانوني منظم[2]. وفي هذا الصدد أيضا يرى الأستاذ موران: أن عقد الإذعان بمثابة " تعبير بالإرادة المنفردة من كل جانب" فهو ليس بعقد حقيقي، فالأمر بالنسبة له يتعلّق بمركز تنظيمي أو موضوعي حسب اصطلاحات أساتذة القانون العام[3].

أما بالنسبة للأستاذ "جونو" فإن الأمر مرتبط أو متعلق "بخلط وتهجين بين العقد والنظام" إذ أن في

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، (مصادر الالتزام)، ص 83.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 283.
3 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 468.

كل عقد إذعان يوجد شق تعاقدي بالمعنى الكامل والأتم للكلمة، وشق آخر تنظيمي أساسه الإرادة المنفردة للطرف المحتكر الذي يفرض قانونه على المتعاقد المذعن[1].

لقد كانت ميزة عقود الإذعان بتحديد شروط العقد بإرادة منفردة للطرف المحتكر، سببًا ودليلاً قويًا لبعض الفقه الذين اعتبروا عملية الإذعان مركزًا قانونيًا منظما، وليس بعقد حقيقي ويتحججون أن حالة الطرف المذعن نفس وضعية مستعمل المرفق العمومي[2].

ويعتبر قبول الطرف المذعن ركيزة أو أساس الرأي الفقهي القائل بأن عملية الإذعان هي مركز قانوني منظم، إذ يستقل بوضع شروط العقد وبنوده بإرادته المنفردة والمسبقة والتي تجعل من إيجابه عامًا لا يرتبط بشخص معيّن، بل أن شروطه تسري على كل من قبل بهذه البنود، –جملة وتفصيلاً– ومن ثم فإن الموجب يضع قانون العقد أو الشريعة التفصيلية التي ستصبح ملزمة للطرفين، وبخاصة الطرف المقابل.

والواقع أن العنصر المميّز في هذه العقود هو غياب أي مفاوضة أو مناقشة بين الطرفين سابقة على مرحلة انعقاد العقد. وهذا ما جعل بعض الفقهاء يقعون في حالة تردد وحيرة. فالأستاذ جوسران يعلن تارة أن أفكار أساتذة القانون العام يقتضي رفضها دون أي تردد، وبالمقابل يرى: "عقد الإذعان عقد نموذجي شروطه محدّدة ومتكررة، تنعدم فيها إرادة الطرف المذعن، وعلى غرار ذلك الأستاذ ريبير يصرح تارة: "عقد الإذعان ليس له غير ملابس العقد"، ويصرح تارة أخرى: "عقد الإذعان يبدو أكثر احترامًا من أي عقد آخر"، بينما في تصريح آخر له أقل حماسًا: "الفكرة القانونية لعقد الإذعان عديمة المعنى والفائدة"[3].

---

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 468.

2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 83، ويشير المؤلف إلى رأي الفقيه نعمان جمعة الذي يرى أن العملية الثانية في عملية الإذعان والتي ينفرد بها المتعاقد القوي في وضع شروط العقد بصفة محدّدة، هي عملية رئيسية وجوهرية، ومن ثم فإن هذا النوع من المعاملات لا يمكن أن يكون ضمن المعاملات التعاقدية.

3 أشار إلى هذه الآراء: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 469.

وهذه الآراء التي تقف موقف الحيرة والشك قد يحسب عليها عدم حسمها في موضوع تبيان الطبيعة القانونية لعملية الإذعان فهي تتضمن تلميحا بصفة غير مباشرة لخصوصية عقد الإذعان. والحاصل أن الإذعان عقد لوجود إرادتين ولكن بفارق بينهما من حيث الطرف الذي يملي شروطه على الآخر بمنطق تحقيق المصلحة العامة من خلال الايجاب العام. بما فيه الرأي الذي ينكر الصفة التعاقدية على عملية الإذعان إذ ليس له إلاّ حظ التسمية لأنه يمثل في الأساس تغليب لإرادة المحتكر لوحده، بل وأن القيمة القانونية لعلاقة الإذعان تجد قوتها في الإرادة المنفردة تحت شرط إذعان[1].

وبالرغم من تفوق إرادة الإيجاب وهي إرادة المحتكر المنفردة في فرض شروط العقد، إلا أنه لابد أن تقترن بإرادة القابل الذي يقبل بكافة هذه الشروط جملة وتفصيلاً ومن ثم القول بأن إرادة الموجب وإن كانت ترد في شكل قانون لا يقبل المناقشة، غير أن هذه الشروط المفروضة لا يلتزم بها الطرف المذعن إلا إذا قبلها وهذا ما يبين الطابع التعاقدي لعملية الإذعان.

ثانيًا: الطبيعة التعاقدية للإذعان

يمثل الفريق الثاني الذين يقولون بالطابع التعاقدي لعملية الإذعان أغلب فقهاء القانون المدني الذين يردون على حجج الرأي الأول من حيث الجانب الاضطراري على التعاقد بأنه متوفر في جميع العقود، بل هو أقل حدّة في عقد الإذعان، إذ يتحقق العدل بخصوص عمومية الإيجاب ومساواة كل من وجه إليهم هذا الإيجاب، فإن عموميته يجعل فرص الغلط والتدليس نادرة التحقق، بل وكذا المحتكر تسري عليه الظروف الاقتصادية والتي تفرض عليه مضمون شروط العقد[2].

أما بخصوص القبول في عقد الإذعان فإن كان يبدو مجرد تسليم بشروط العقد وبنوده المفروضة بالإرادة المنفردة للمحتكر، فإن ذلك لا يحمل على انتفاء صدور الرضا، غاية ما في الأمر أنه ليس له إلا

1 فطيمة عاشور ، المرجع السابق، ص 70.
2 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد، الجزء الأول)، ص 284-285.

أن يأخذ أو يدع وأن قبوله لم يصدر بعد مناقشة أو مفاوضة لا غير[1].

إذن يعتبر عقد الإذعان عقد حقيقي، لكنه يتضمن عدم مساواة أو تفاوت اقتصادي غير قانوني في مراكز الطرفين، كما أن كل ما يتصل بحرية الموجب له أو القابل في عقود الإذعان لا يمكن أن يكون أكثر من ضغط اقتصادي لا غير ليس له انعكاس على تحقق التراضي ومن ثم وجود العقد[2].

ويرى أصحاب النظرة التعاقدية لعقد الإذعان عدم جدوى النظرية المعاكسة بل وخطورتها، فهي تهدف إلى إضفاء فعالية قانونية حقيقية للإرادة المنفردة، وبالتالي فإن تفسير عقد الإذعان لا يعدو أن يكون إلا تفسيرا لإرادة المتعاقدين، وكذا تطبيق لأحكام تفسير العقود، وليس تفسير لإرادة المحتكر الذي وضع قانون العقد[3].

ومن جهة أخرى يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن اعتبار المفاوضات السابقة قبل التعاقد، ولا المساواة الاقتصادية بين طرفي العقد شروطًا لإبرامه، لأنه حتى في عقود المساومة والتي تتسم بمرحلة المفاوضات ما قبل إبرام العقد لا تنعقد إلاّ عندما تتوقف فترة المفاوضات، وتتجسد إرادة الطرفين في حالة إذعان[4].

فالمفاوضات تعبر –بحق– عن الحرية التعاقدية في مناقشة مضمون العقد بما يفيد المساواة الفعلية والواقعية بين المتعاقدين، انطلاقًا من فكرة قدرة الإرادة على أن تلزم نفسها بنفسها من إقرار القانون بقدرة الإرادة على ذلك، غير أنه لا يجب المغالاة في القول أن المفاوضات هي معيار التصرف التعاقدي، لأن انعدام المفاوضات العقدية له ما يبرّره من الناحية الاجتماعية لوظيفة العقد.

---

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 279. ويُضيف المؤلف بأن: رضا المتعاقد موجود وإن كان مقترنًا بإكراه مرتبط بعوامل اقتصادية لا نفسية. وإن تدخل المشرع في عقود الإذعان من حيث قواعد الحماية تتعلق أساسًا باستغلال ضعف المتعاقد وليس في ضعف المتعاقد بحد ذاته.

2 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، (النظرية العامة للالتزام)، ص 71.

3 فطيمة عاشور ، المرجع السابق، ص 73 .

4 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 469.

وإذا كان الطرف الموجب ينفرد بوضع شروط عقد الإذعان بإرادته المنفردة، غير أن هذه الشروط لا تكون ملزمة للطرف الآخر الضعيف إلاّ إذا عبّر عن إرادته بالقبول، وهذا ما يظهر دون أي وجه شك الطبيعة التعاقدية لعملية الإذعان.

ونشير إلى أن الاتجاه القائل بأن عملية الإذعان هو تصرف تعاقدي هو الذي كتب له الانتصار، على أساس أن كل تصرف لا ينعقد إلاّ بإرادتين لا يمكن أن يشكل في حقيقته إلا عقدًا بصرف النّظر عن الناحية الاقتصادية للمتعاقدين، وأن الضغط الاقتصادي الذي يقع على الطرف الضعيف في العقد لا يبلغ حدّ الإكراه الذي يجعل الرضا منعدمًا، أو يفسده على الأقل على أنه لا ينبغي المبالغة في هذا الرأي، وهذا ما أدى إلى وضع قواعد خاصة بعقد الإذعان تراعي خصوصيات انعقاده وتنفيذه وتأويله [1].

وقد خص المشرع عقد الإذعان بقواعد متميزة من حيث حصول القبول فيه، ومواجهة الشروط التعسفية فيه وتفسيره خاصة، يبيّن بوضوح مظاهر خصوصيته والذي يقتضي حماية خاصة للطرف الضعيف بهدف إعادة التوازن العقدي بسبب الهيمنة الاقتصادية والاجتماعية وحتى المعرفية للموجب اتجاه الطرف الآخر الذي ليس له إلاّ أن يقبل العقد أو يرفضه جملة وتفصيلاً وإن كان القابل في بعض الحالات يكون مجبرًا على التعاقد تحت طائلة المسؤولية المدنية والجزائية، كما هو الشأن في عقد التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث المرور.

أما موقف المشرع الجزائري بشأن طبيعة عملية الإذعان. فيرى جانب من الفقه أن الجدل الفقهي بخصوص هذا الشأن قد تجاوزه الزمن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي اعتبره عقدًا[2]، طبقًا للمادة 70 من القانون المدني[3]، اعتبر المشرع الجزائري عقود الإذعان عقودا حقيقية بدليل وجود ركن التراضي فيها الذي

1 محمد بودالي، المرجع السابق، ص 15. أنظر أيضًا: خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، ملتقى دولي، الجزائر 24 أكتوبر 2016، العدد5، 2016، ص 310.
2 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 310.
3 حيث تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

يحصل بتطابق إرادتين حرتين[1]، وإن كانت الحرية التعاقدية لا تظهر واضحة جلية كما هو الشأن في عقود المساومة، ذلك أن الموجب له لا يكون العقد ملزمًا له إلاّ إذا قبل الإيجاب بكل مضمونه دون رفض أي بند من بنود العقد دون مناقشتها.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري اعتبر عملية الإذعان عقدا حقيقيا، إلاّ أنه يعترف في ذات الوقت بالاختلال أو عدم التوازن العقدي بين طرفي عقد الإذعان عندما ينفرد الطرف القوي اقتصاديًا بوضع بنود وشروط العقد بإرادته المنفردة دون إمكانية مناقشتها قصد تعديلها من قبل الطرف الضعيف المذعن على أن المشرع يتدخل في عقد الإذعان عند تنفيذه بمواجهة الشروط التعسفية بهدف إعادة التوازن فيها، وبالتالي القضاء على التعسفات التي يمارسها الطرف القوي عند وضعه لبنود وشروط العقد بإرادته المنفردة وفي مرحلة سابقة عن إبرام العقد في صورة إيجاب عام.

وكما سبق ذكره لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان في القانون المدني، إنما تعرض إلى كيفية حصول القبول فيه بمقتضى أحكام المادة 71 من القانون المدني، و يرى البعض –بحق– أن ذلك جاء بصورة عرضية[2]. وأنه من خلال خصائص عقد الإذعان الواردة في نفس المادة، يبدو واضحًا أن المشرع قد أخذ بالتصوّر الفقهي الحديث لعقد الإذعان في أن جوهر هذه العقود يقوم على بنود أو شروط يقررها الموجب بإرادته المنفردة وبصورة مسبقة ولا تقبل مناقشة بغرض تعديلها من قبل الطرف الموجب له[3].

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، عرّف عقد الإذعان بمناسبة تعرّضه إلى الأحكام العامة في ذات القانون عند

---

1 العربي بلحاج المرجع السابق، ص 82.

2 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 305 وأن الطابع العرضي يكمن أساسًا في عدم تخصيص جزء معين من تقسيمات القانوني المدني لتنظيم عقد الإذعان ضمن نظرية العقد، بل تطرق له من خلال مواد متفرقة، وهي: 71، 110، 112، الفقرة 2. وتتعلق تباعًا: كيفية حصول القبول في عقد الإذعان، سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، تفسير الشك في عقد الإذعان.

3 شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2009، عدد 2، ص 160.

4 أنظر المادة 3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالفة الذكر.

تعريفه للعقد، مما يستنتج معه أن هذا القانون اعتبر جميع العقود التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين[1]، هي عقود إذعان إذ تتميز بالتحرير المسبق من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.

ويتساءل جانب من الفقه الجزائري – بحق– بخصوص عقد الإذعان بمفهوم التشريع الخاص طبقًا للمادة 3 الفقرة 4 من القانون 04-02 من أن العقد الذي يتم بين الأعوان الاقتصاديين يعتبر عقد إذعان مثل العقد الذي يربط العون الاقتصادي والمستهلك، طالما أن هناك غياب مناقشة بنود العقود التي يعدها العون الاقتصادي الآخر بإرادته المنفردة[2].

المطلب الثاني: الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان

أقر المشرع الجزائري حماية خاصة للطرف الضعيف في عقود الإذعان سواء تعلّق الأمر في مواجهة الشروط التعسفية فيها وهو من مقتضيات تلك الحماية (الفرع الأول)، أو ما تعلّق أيضًا بعملية تفسير عقد الإذعان والتي لها وظيفة حمائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مواجهة الشروط التعسفية من مقتضيات الحماية القانونية في عقد الإذعان

من بين أهم وأبرز مظاهر مقتضيات الحماية القانونية في عقد الإذعان مواجهة الشروط التعسفية التي قد يفرضها المتعاقد القوي على المتعاقد المذعن نظرًا لعدم المساواة بين أطراف الإذعان، غير أن تحديد الطابع التعسفي للشرط يبقى هو أساس الحماية(أولاً)، على أنه يجب بعد ذلك استعراض آليات الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية (ثانيًا).

1 أنظر المادة الأولى من القانون 02/04 السالفة الذكر.
2 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 85.

أولا: تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقد الإذعان

يتحدد الطابع التعسفي للشروط في عقد الإذعان طبقا للأحكام التشريعية(1)، كما أن للأحكام التنظيمية أيضا دورًا في ذلك(2)، على أن للقاضي دورًا حاسمًا ومهمًا في ذلك (3).

1- تدخل الإرادة التشريعية

يعتبر تحديد الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان من صميم عمل المشرع الذي لم يتطرّق إلى تعريف الشرط التعسفي في عقد الإذعان الذي أشارت إليه أحكام المادة 110 من القانون المدني، أو على الأقل تضمينها معيارًا تشريعيًا يتم تطبيقه من طرف قاضي دعوى الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وبالتالي يستنتج بصفة ضمنية أن المشرع خوّل القاضي سلطة في تقدير الطابع التعسفي من خلال بيان الأسباب والمبررات في حيثيات حكمه أو قراره القضائي التي تجعله يصف الشرط أنه تعسفي، وإذا كانت السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الموضوع لا يخضع عند ممارستها إلى رقابة المحكمة العليا، إلا أنه يجب على القاضي بيان مبررات اعتبار الشرط تعسّفيًا تحت طائلة انعدام أو قصور في التسبيب.

وقد أدى ظهور وانتشار عقود الإذعان في المعاملات بين الأشخاص بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي خاصة في المجال الصناعي إلى مضاعفة احتمال ورود حالات فرض الطرف القوي على الطرف المذعن شروط تعسفية تخدم مصالحه بالدرجة الأولى دون الاكتراث بمصالح الطرف المذعن.

وأمام هذا الاختلال العقدي في عقود الإذعان، تدخل المشرع الجزائري وبصفة خاصة بمقتضى القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لتحديد تعريف للشرط أو البند التعسفي بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة 3 منه[1].

1 حيث تنص المادة الثالثة في فقرتها الخامسة من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد..."

هذا التعريف هو نقل عن التشريع الفرنسي الذي جاء فيه أن الشرط الذي يرد بصورة منفردة أو مشتركة مع شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي من حيث حقوق والتزامات المتعاقدين[1].

يرى البعض أن نص المادة 3 في فقرتها الخامسة واضح، لكنه من حيث الصياغة معيب حيث أن الشرط العقدي هو بند[2]، على أن المشرع لا يصف الشرط في ظل القانون 02/04 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه ذو طابع تعسّفي، إلاّ إذا بلغ حدًا من الجسامة والفداحة بحيث يكون مفرطًا أو مرهقا من حيث الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[3].

وبمفهوم المخالفة إذا كان الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد لا يصل إلى هذا الحد بفعل الشرط التعاقدي، عدّ هذا الأخير غير تعسفي بالنظر إلى مجموع بنود العقد[4]. فتحديد الطابع التعسفي للشرط لا يكون بالنظر إليه بصفة منعزلة أو منفردة، وإنما في إطار نظرة كلية للعقد والشروط المتباينة التي يتضمنها[5].

والملفت للانتباه أن بعض الفقه يعيب على المشرع الجزائري تنظيمه لمسألة تقدير الطابع التعسفي بصورة محتشمة، في شكل عبارات عامة جدًا، بل ويعيب عليه بخصوص جدوى إيراد تعريف للشرط التعسفي دون أن يبيّن كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط، مما قد يثير فهمًا متعددا لهذا المعيار الذي ورد في صيغة عامة وتبعًا لذلك ستصدر أحكامًا مختلفة لا تخدم يقينًا مصلحة المتعاقدين وبخاصة الطرف الضعيف في العقد مع القول أن المشرع لا يكتفي في هذا الصّدد بقواعد تفسير العقد لما للشروط

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 145. ويضيف المؤلف أن المشرع حسنًا فعل عندما لم يتضمن تعريفه للشرط التعسفي إشارة إلى حسن النية كون أن ذلك لا يفيد في إضافة الجديد في هذا النوع من الحماية القانونية.

2 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 327.

3 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 328.

4 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 179.

5 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 328. على أنه في تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يعتمد على رقم معين لحساب عدم التوازن بين التزامات وحقوق المتعاقدين مثلما هو الأمر في الغبن، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 147.

التعسفية من خصوصيات مميّزة يستوجب الأمر تنظيمها بقواعد خاصة ترفع كل غموض أو إبهام يحوم بهذا الموضوع[1].

وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري قد نظم مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة غير مضبوطة بدقة محكمة مع الاغفال عن بيان كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط وهي محل نظر، إذ أن كل عقد من عقود الاستهلاك يستقل بظروفه وملابساته الخاصة به أثناء إبرامه، والتي يتعيّن على قاضي الموضوع الإحاطة بها جيّدًا لفهم الغاية الاقتصادية التي يرجوها أطراف العقد لتقدير الشرط إن كان تعسّفيًا أم لا بالنظر إلى ذات الشرط –في ظل هذه المعطيات والملابسات– منفردًا أو مشتركًا مع بند أو شرط آخر، أو مع شروط أخرى في العقد، ومن ثم فإن عمومية الصيغة المتعلقة بمعيار الشرط التعسفي تعد مظهرًا إيجابيًا لا سلبيًا، إذ تمثل مرونة حقيقية في تحديد الطابع التعسفي للشرط.

وهذه المرونة تمنح للقاضي فسحة مجال يقتضيها تقدير الشرط ومن ثم تحقيق الغاية من حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية. وبهدف ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على جملة من الشروط التعسفية التي أوردها على سبيل الذكر لا الحصر[2].

فهذه المادة تضمنت قائمة من الشروط التعسفية السوداء بقوة القانون، إذ لا يحتاج المدعي – وهو المستهلك– في الخصومة القضائية إثبات طابعها التعسفي، وقد وردت على سبيل المثال لا

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 148.

2 تنص المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "تعتبر بنودًا وشروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:
- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدّمة دون موافقة المستهلك.
- التفرّد بحق تفسير شرط أو عدّة شروط من العقد أو التفرّد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمّته.
- التفرد بتغيير أجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

الحصر، إذ أنه يمكن تصور شروط تعسفية غير واردة ضمن الحالات التي وردت في المادة 29 من القانون المذكور بتطبيق القاضي لمعيار الشرط التعسفي المذكور في الفقرة الخامسة من المادة الثالثة السالفة الذكر[1].

ويرى بعض الفقه أن هناك تعارضًا في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بخصوص الجمع بين إيراد تعريف أو وضع معيار للطابع التعسفي للعقد بصفة واسعة إذ يتم تقديرها حالة بحالة بالنظر إلى العقد بصفة كليّة من جهة، وقائمة الشروط السوداء الذي ذكرتها المادة 29 السالفة الذكر بصفة غير حصرية وبصورة جامدة.

و لمعالجة هذا الوضع يقترح في ذات الوقت إيراد تعريف أو معيار للشرط التعسفي بوضع قائمة شروط تعسفية رمادية حتى تتماشى وتتوافق مع هذا الوضع بالنظر إلى مجموع شروط العقد، بل مع وجوب أن يكون اللون الرمادي لقائمة الشروط التعسفية أشد رمادًا من تلك الملحقة في قانون الاستهلاك الفرنسي بغرض إعفاء المدعي –وهو المستهلك– من إثبات الطابع التعسفي للشرط، وذلك على أساس قرينة بسيطة إذ يجوز للطرف الآخر المدعى عليه –وهو العون الاقتصادي– أن يثبت عكس ذلك، أي أن هذا الشرط الوارد في القائمة الرمادية القاتمة لا يحقق له أية ميزة مفرطة اعتبارًا إلى مجموع الشروط الواردة في العقد، ويعيب ذات الرأي في هذا الشأن على المشرع الجزائري عدم الملاءمة في الأخذ بالمعيار الجامد في تحديد الشرط التعسفي وبالقائمة السوداء في ذات الوقت لتحديد جملة من الشروط التعسفية التي وردت بصفة غير حصرية[2].

فخطة المشرع الجزائري الحمائية للمستهلك تجاه العون الاقتصادي بخصوص الشروط التعسفية بوضعه لقائمة بيانية غير حصرية سوداء للشروط التعسفية بمقتضى أحكام المادة 29 من القانون

1 شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 171. خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 328
2 شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 172.

02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من جهة، بالإضافة إلى وضعه لتعريف أو معيار لتحديد الطابع التعسفي للشرط بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من نفس القانون من جهة أخرى لا يمكن اعتبارها من قبيل عيب عدم الملاءمة، وإنما أراد المشرع بذلك توفير حماية أكبر للطرف المذعن –وهو المستهلك– اتجاه الطرف القوي –وهو العون الاقتصادي– تتمثل في تقرير مركز قانوني ممتاز للمستهلك تعفيه من إثبات الطابع التعسفي للشرط الثابت بقوة القانون، وهو افتراض قائم على قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس من قبل المدعى عليه –وهو العون الاقتصادي– إذ لا يمكنه في هذه الحالة إثبات أن هذا الشرط –وهو تعسفي بقوة القانون– لا يحقق له أيّة ميزة مفرطة أو أنه من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد. فضلاً عن تقرير حماية أخرى بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية كما سيأتي بيانه فيما بعد.

والحاصل أن المشرع الجزائري بهذا الصّدد أراد أن يقرر نوعين من الحماية للمستهلك في مجال الشروط أو البنود التعسفية، النوع الأول يوصف بأنه ممتاز بمقتضى أحكام المادة 29 من القانون السالف الذكر، والنوع الثاني حماية قانونية أقل من تلك المقررة في النوع الأول وتستند على أحكام المادة 3 في فقرتها الخامسة يقع فيها على المستهلك عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، فيما يتقرر بعد ذلك للطرف الآخر –وهو العون الاقتصادي– إمكانية دحض هذه القرينة البسيطة –أي الطابع التعسفي للعقد– بأن الشرط لا يحقق له ميزة مفرطة من العقد بما لا يؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

2- تحديد التنظيم الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان

أحال المشرع الجزائري في مجال الاستهلاك بمقتضى أحكام المادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على التنظيم لتحديد العناصر الأساسية للعقود وكذا منع

العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية[1]، وتجسيدًا لذلك صدر المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2] ففيما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، فقد تطرقت إلى ذلك المادة 2 من هذا المرسوم التنفيذي[3] أما بخصوص البنود أو الشروط التعسفية، فقد تضمنتها المادة 5 من نفس المرسوم[4].

ترى الأستاذة خديجة فاضل أن قائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وقائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تستبعد سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط، وهذا

---

1 حيث تنص المادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسّفية".

2 المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية رقم56.

3 تنص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه: "بخصوص العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين على أنها تلك: العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وطبيعتها –الأسعار والتعريفات- كيفيات الدفع –أو التسليم- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/ أو الخدمات.

- شروط تعديل البنود التعسفية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد"

4 تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أنه: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3أعلاه.

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي على مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضًا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

يشكل تعارضًا مع المادة 03 الفقرة 5 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية بشأن الشرط للتأكد من طابعه التعسفي الذي يؤدي إلى اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد[1].

غير أن التساؤل المطروح بصدد هذا الرأي أي دور للقاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط الذي يعتبر تعسفيا بقوة القانون بمقتضى التشريع طبقا للمادة 29 من القانون 04-02، أو بمقتضى التنظيم طبقًا لأحكام المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306؟!.

فالقاضي في الخصومة القضائية التي يدعي فيها المستهلك بالطابع التعسفي للشرط الوارد في عقد الاستهلاك والمفروض عليه من قبل العون الاقتصادي الوارد ضمن إحدى حالات الشرط التعسفي -الواردة على سبيل المثال لا الحصر- سواء في المادة 29 من القانون 04-02 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في مادته الخامسة لا يعدو أن يكون كاشفًا عن حالة نص عليها القانون سواء بالتشريع أو التنظيم، بل لا يكلّف المستهلك المدعي في هذا الفرض إثبات الطابع التعسفي للشرط طبقًا للمادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهو بذلك في مركز قانوني ممتاز من حيث قواعد الإثبات.

وبالمقابل لا يمكن للمدعى عليه -العون الاقتصادي- أن يثبت عكس ذلك بنفي الطابع التعسفي للشرط، إذ أن المشرع يقيم ذلك على أساس قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس. وحاصل القول أن مجال الحماية في ظل اعتبار الشرط تعسفيًا بقوة القانون يختلف تمامًا، بل لا يمتّ بصلة مع سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط في ظل أحكام المادة 3 في فقرتها الخامسة التي تعتد بمعيار قانوني يتصل أساسًا بفداحة وجسامة الإخلال -كونه ظاهرًا- في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

1 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 329.

3- دور القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان

يتضح من خلال أحكام المادة 110[1] من القانون المدني الجزائري منح القاضي سلطة تقديرية لتقدير الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان على اعتبار أنه لم يعرف الشرط التعسفي أو لم يحدد معيارًا للشرط التعسفي، ومن ثم يقتضي الأمر على القاضي بحث وفحص الشرط الذي يتمسك المدعي بطابعه التعسفي من خلال ظروف وملابسات العقد وبالنظر إلى مجموع الشروط والبنود الواردة فيه ويبقى القاضي هو العنصر الفاعل والمعوّل عليه في مواجهة الشرط التعسفي سواء بتعديله أو إلغائه.

ولابد من تمسك المتعاقد صاحب المصلحة بذلك بدليل أن المشرع استعمل عبارة: جاز للقاضي، فالمسألة جوازية تتعلق بالمصلحة للمستهلك، فلا يمكن للقاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه، ولو أن مسألة الشروط التعسفية من النظام العام لا يمكن الاتفاق على عدم جواز اللجوء إلى القضاء من قبل الطرف المذعن للمطالبة بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي بصريح العبارة الأخيرة الواردة في المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

فمسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان تعتبر من صميم عمل قاضي الموضوع[2]، حيث يقع عليه في إطار ذلك أن يلتزم بواجب الحياد من حيث سلطته في التعديل بالانتقاص من التزامات الطرف المذعن، أو إلغاء الشرط التعسفي، ومن مظاهر حياده قاضي الموضوع اتجاه أطراف الخصومة القضائية ألا يحكم بما لم يطلبه الخصوم، فلا يثير مسألة الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان إلاّ إذا تمسك به صاحب المصلحة، كما لا يمكنه أن يتصدى للشرط التعسفي في حال تكوين عقيدته بذلك بالإلغاء إذا كان طلب المدعي هو التعديل لا الإلغاء، وتعليل ذلك أنه خرق لمبدأ حياد القاضي في المظهر الذي مؤداه أن القاضي لا يحكم بأكثر ممّا طلبه الخصوم، وإلاّ تحوّل إلى دفاع للخصم الذي

1 تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تمّ العقد بطريق العقد، وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 179.

حكم له بأكثر مما طلب، وذلك تحت طائلة نقض أو إبطال الحكم أو القرار القضائي لعيب الخطأ في تطبيق القانون.

غير أن حماية الطرف المذعن وهو المستهلك في علاقة الاستهلاك اتجاه الشروط التعسفية التي يفرضها العون الاقتصادي في ظل أحكام القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي جاءت بصفة أعمق وأكثر توسّعًا وصرامة من خلال تعريف أو وضع معيار للطابع التعسفي للعقد، وذكر حالات الطابع التعسفي للشرط فعلى سبيل الذكر لا الحصر –بقوة القانون– في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا القائمة البيانية وغير الحصرية الواردة في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1].

ثانيًا: الحماية القانونية المقررة اتجاه الشروط التعسفية

أقر المشرع الجزائري اتجاه الشروط التعسفية نوعين من الحماية حماية جزائية (1)، وحماية مدنية(2).

1- الحماية الجزائية اتجاه الشروط التعسفية

استحدث المشرع الجزائري في علاقة الاستهلاك حماية جزائية اتجاه الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك من خلال أحكام المادة 38 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، وذلك عند مخالفة أحكام المادة 29 من نفس القانون، ويرى البعض أن هذا الجزاء الجنائي

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 258.

2 تنص المادة 38 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج).

المتمثل في الغرامة يعكس صرامة المشرع في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[1].

وسبب افتقار القانون المدني الجزائري للحماية الجزائية في مواجهة الشروط التعسفية يعود إلى الفلسفة أو الإيديولوجية الفكرية التي تقوم عليها الحماية المدنية في العقود، وتبيّن في ذات الوقت قصور هذه الحماية اتجاه الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي تبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك، ولذلك تصدى لها المشرع بحماية جزائية في قانون الاستهلاك وبخاصة القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بسبب خصوصية عقد الاستهلاك والتي يطبعها عدم التوازن العقدي بسبب عدم المساواة بين أطراف العقد.

إلا أنه ورغم هذا الاختلاف والتباين في قواعد الحماية المقررة في القانون العام للالتزامات وقانون الاستهلاك إلاّ أن هناك معتقد مشترك يتقاطع فيه اهتمام القانون المدني وقانون الاستهلاك –حسب جانب من الفقه– وذلك باستخدام نفس الآليات، ولا تعدوا أن تكون هذه الحماية الخاصة في قانون الاستهلاك إلاّ تكييفًا لقواعد القانون المدني مع الحقائق الجديدة في ظل تطور المجتمع[2].

ومن ثم فإن الحماية الجزائية التي يوفرّها القانون 02/04 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من شأنها تحقيق فكرة الرّدع الخاص والعام، فبالنسبة لجانب الردع الخاص يتمثل في ردع إرادة العون الاقتصادي الإجرامية وزجرها بالعقوبات السالبة للحرية التي أقرتها المادة 38 منه عندما يخالف العون الاقتصادي أحكام المادة 29 من نفس القانون بما يستجيب لتفاديه معاودة ارتكاب المخالفة من

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 259، ويضيف المؤلف أن نطاق الحماية من الشروط التعسفية في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تخص عقود الإذعان الاستهلاكية على اعتبار أنها مطبوعة أصلا بعدم التوازن، إذ تتميز بانفراد المهني بتحرير بنود عقد الاستهلاك بصفة مسبقة مع إذعان المستهلك لمضمونها، أما باقي عقود الاستهلاك التي لا تتضمن التحرير الانفرادي لبنود العقد من العون الاقتصادي مع خضوع المستهلك لهذه البنود فهي تخرج عن هذا المفهوم ولا تكون محلا للحماية اتجاه الشروط التعسفية الواردة بها.

2 محمد عماد الدين عياض، المرجع نفسه، نفس الصفحة، غير أن الفقه في ذات الوقت انقسم إلى رأيين بخصوص علاقة القانون المدني بقانون الاستهلاك إذ أن هناك من يرى بعلاقة التكامل، بينما يرى جانب آخر من الفقه بوجود علاقة تضاد بينهما مع ترتيب نتائج مختلفة في ظل التصورين، أنظر: محمد بودالي، المرجع السابق، ص 227 وما يليها.

جديد، كما أن فكرة الردع العام تتحقق بالنسبة لباقي الاعوان الاقتصاديين بتجنبهم ارتكاب هذه المخالفة قصد تجنب تعرضهم للمساءلة الجزائية.

2- الجزاء المدني اتجاه الشروط التعسفية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الجزاء المدني عند مخالفة أحكام المادة 29 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تضمنت القائمة السوداء البيانية غير الحصرية للشروط التعسفية التي يمكن أن يدرجها العون الاقتصادي في عقد الاستهلاك مع المستهلك. على خلاف قانون الاستهلاك الفرنسي الذي رتب جزاءًا قانونيًا يتمثل في البطلان المطلق للشرط التعسفي مع بقاء العقد ساريًا طبقًا للفقرة السادسة من المادة (L.132-1)، ومادام أن النص الفرنسي هو النص الأصلي للقانون الجزائري الذ جاء فيه بخصوص حكم الشرط التعسفي: "...est réputé nul..." فإنه يستدل منه على أن حكم الشرط التعسفي في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية هو البطلان المطلق.

وهناك من يستدل على نفس النتيجة باستنباطها بصفة ضمنية من خلال تجريم الشرط التعسفية الواردة في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويقتضي حتما القول أن الشرط التعسفي مخالفا للنظام العام ومن ثم يكون حكم الشرط التعسفي البطلان المطلق[1].

وهناك من يعتبره –أي عدم النص على جزاء مدني في قانون الاستهلاك الجزائري- نقصًا فادحًا ينبغي تكملته بنص أو حكم قانوني يقرر البطلان المطلق، خاصة وأن المبدأ في تقرير البطلان هو وجوب وجود نص قانوني يقضي بذلك، أي: لا بطلان إلاّ بنص قانوني[2].

1 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 258

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 185. وبخصوص حق المستهلك في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه جراء الشرط التعسفي الوارد في عقد الاستهلاك يجب إثبات العلاقة السببية بينهما من جهة، وتحقق شروط الضرر القابل للتعويض من جهة أخرى، أنظر المادة 74 مكرر 5 من القانون 04-02 السالف الذكر.

كما أقرت المادة 65 الفقرة 2 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] لجمعيات حماية المستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الضّرر الجماعي المترتب عن الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين أمام القضاء الجزائي دون اختصاص القضاء المدني[2]. بل يتقرر أيضًا للجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة الحق في رفع دعوى أمام الجهات القضائية ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون[3].

هناك من يتأسف بشدة لإغفال واضعي القانون 04-02 عن ذكر جزاء البطلان الذي يقرره القاضي إذا ما توصل إلى تحقق الطابع التعسفي للشرط، واكتفاءه بالنص على الجزاء الجنائي[4].

وفي اعتقادنا مادام أن الضّرر ناشئ عن الجريمة، فقد عقد المشرع الجزائري الاختصاص للقضاء الجزائي النظر في طلب التعويض عن الضرر الناشئ عن مخالفة العون الاقتصادي لأحكام المادة 29 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تأسيسًا على المادة 38 من نفس القانون الذي يعتبر الركن الشرعي لمخالفة وضع العون الاقتصادي المجرم للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، على أن القضاء الجزائي يكون أكثر فعالية من حيث الإلمام بوقائع وملابسات الدعوى العمومية وسرعة اتخاذ إجراءات المحاكمة والسرعة في الفصل في طلب التعويض المدني مباشرة بعد الفصل في موضوع الدعوى العمومية.

---

1 حيث تنص الفقرة 2 من المادة 65 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

2 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 330. وتستدل المؤلفة باختصاص القضاء الجزائي واستئثاره بنظر دعوى التعويض دون القضاء المدني ورود عبارة: "التأسيس كطرف مدني"

3 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 65 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

4 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 181.

وهناك من يرى أن المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي من الأشخاص المحددين بمقتضى المادة 65 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات غير كاف لمواجهة الشروط التعسفية، إذ كان يتعين على المشرع الجزائري تفعيل الحماية ضد الشروط التعسفية وإعطاءها بعدا حمائيًا أكبر بأن ينص صراحة على تقرير الحق لجمعيات حماية المستهلك في المطالبة قضائيًا بإلغاء الشروط التعسفية[1].

غير أنه حسب وجهة نظرنا فإن العموم الذي جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 65 من القانون 04-02 والتي جاء فيها:"... وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون". كفيل بأن يشمل جمعيات حماية المستهلك لممارسة هذا الحق.

الفرع الثاني: الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان

نظرًا لاختلال التوازن في عقد الإذعان تبعًا لخصوصيته التي تميّزه عن عقود المساومة، إذ يتجسد فيها بوضوح عدم المساواة بين طرفي العقد، فقد عمد المشرع سواء في النظرية العامة للعقد في القانون المدني أو في التشريعات الخاصة سيما تشريعات الاستهلاك –إلى جانب مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان– إلى تقرير وظيفة حمائية للطرف الضعيف عند تفسير عقد الإذعان وهذا ما يستدعي التطرق إلى مبررات الوظيفة الحمائية للتفسير (أولا)، ويهدف من وراء ذلك لتحقيق غايات موضوعية معيّنة (ثانيا).

أولا: مبررات الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان

تجد الوظيفة الحمائية للتفسير في عقود الإذعان مبرّراتها[2] في خصوصياته، والمتمثلة في انفراد

1 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 330.

[2] Voir en plus : Bertrand Gelot, op cit, p265 et s.

الطرف القوي في وضع بنود العقود بصفة انفرادية(1)، وعدم إمكانية مناقشتها قصد تعديلها من الطرف المذعن(2).

1- انفراد الطرف القوي في وضع بنود عقد الإذعان

أقرّ المشرع الجزائري باختلال التوازن العقدي في عقد الإذعان في مرحلة إبرامه، وذلك بمناسبة تعرّضه إلى كيفية حصول القبول فيه إذ يتم بمجرد التسليم بشروط يضعها الطرف الموجب وهو الطرف القوي في العقد[1].

غير أن تصور المشرع الجزائري لعقد الإذعان ليس بالمفهوم التقليدي الذي يرتبط باحتكار السلع أو المرافق احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو على الأقل عدم تعرّضه بالنسبة لها إلاّ لمنافسة محدودة من حيث المجال، إنما أخذ المشرع بالمفهوم الذي تبناه الفقه الحديث بغية توسيع دائرة أو نطاق عقود الإذعان من أجل توفير حماية أكبر للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف[2].

ويرى البعض أن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة الثالثة في فقرتها الرابعة من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قد اقتصر في محل عقد الاستهلاك على بيع السلع أو الخدمات بالرغم من أن عقود الإذعان يمكن أن تتعدد بتعدد عقود الاستهلاك من جهة، ومن جهة أخرى اقتصر المشرع في نفس المادة على عقود الإذعان المكتوبة إذ استعمل عبارة: "حرّر مسبقًا" بالرغم من إمكانية ورود عقود إذعان شفوية. غير أن علّة اشتراط المشرع الشكلية في عقود الإذعان المتعلقة بالاستهلاك بخصوص بيع سلعة أو خدمة ترتبط بسهولة إثبات التصرّف القانوني وهو البيع ومن

1 أنظر المادة 70 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقًا. أنظر أيضا الفقرة 5 من المادة 3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكورة آنفًا.

2 شوقي بناسي، المرجع السابق، (مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، ص 159،160.

ثم تكون الدعامة المادية لعقد بيع السلع والخدمات تخدم إثبات الطابع التعسفي للشرط بطريقة غير مباشرة[1].

وتكمن خصوصية عقد الإذعان سواء في أحكام المادة 70 من القانون المدني أو في أحكام القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في انفراد أحد المتعاقدين –وهو الطرف القوي– بإعداد مضمون العقد، أي يكون ناتج عن العمل الحصري لأحد المتعاقدين ولمصلحته تؤدي في الغالب إلى مضمون عقدي تعسفي أي إدراج شروط ذات طابع تعسفي من المتعاقد القوي التي ينجم عنها ظلم فاحش بالمتعاقد المذعن[2] وهذا ما يجعل الإيجاب في عقود الإذعان يصدر بصورة قطعية متضمنًا جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية وعامًا في نفس الوقت[3].

2- عدم إمكانية مناقشة بنود العقد المفروضة قصد تعديلها من الطرف الضعيف

لقد أقر المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 70 من القانون المدني وكذا الفقرة 5 من المادة 3 من القانون 02/04، عدم إمكانية مناقشة الطرف المذعن لشروط عقد الإذعان المعدة مسبقًا بالإرادة المنفردة للطرف القوي في سياق ما تقتضيه طبيعة عقود الإذعان نظرًا للتطور الاقتصادي والاجتماعي خاصة مع التطور الصناعي الهائل الذي جعل الحرية الاقتصادية تتعدى على الحرية التعاقدية بشكل واضح وفاضح.

وبذلك فإن مبدأ المساواة العقدية قد تم الاعتداء عليه صراحة من قبل القانون نفسه فغياب نتيجة اعتراف المشرع بغياب المناقشة وهي من بين أهم خصائص ومميّزات عقد الإذعان خلافًا لعقود المساومة

1 شوقي بناسي، المرجع السابق ، ص 161.
2 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 312-313. ويُؤكّد المؤلف على أن العقد الجماعي لا يدخل ضمن طائفة عقود الإذعان –الذي تنعدم فيه المفاوضات- لأن مضمون العقد الجماعي ينتج عن المفاوضات التي يقوم بها ممثليه، بل أن هناك من يرى أن انفراد الطرف القوي بوضع بنود العقد بصفة مسبقة يترتب عنه اختلال في التوازن العقدي، وبالتالي عدم التكافؤ بين الالتزامات والحقوق بين المتعاقدين وهذا ما يعرف بالشروط التعسفية، أنظر خديجة فاضل، عيممة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2015،2014، ص 219.
3 خديجة فاضل، المرجع نفسه ، ص 314.

التي يكون فيها للأطراف حرية المناقشة والتفاوض في المسائل الجوهرية والتفصيلية على حدّ سواء، فالمتعاقدان لا يتوافقان على العملية التعاقدية إلا بعد مفاوضات حقيقية قد تؤدي إلى تعديل شروط العقد.

وقد ينجم عن عدم المساواة بين المتعاقدين في عقود الإذعان حصول الطرف القوي على مزايا لا تقابلها مزايا متحصل عليها من المتعاقد الآخر وهي ميزة ناجمة عن التحرير الانفرادي للعقد[1].

فخصائص عقد الإذعان ومميّزاته التي تعكس عدم المساواة الفعلية بين أطرافه، تمس مباشرة بالتوازن عند إبرام العقد، مما يقتضي على المشرع مواجهة هذا الاختلال العقدي في مرحلة لاحقة وهي مرحلة تنفيذه بما يضر بمصلحة الطرف المذعن حتمًا.

ثانيًا: غايات التفسير الحمائي في عقد الإذعان

يهدف التفسير الحمائي في عقد الإذعان إلى إعادة التوازن فيه(1)، وإلى حماية مبدأ حسن النيّة(2).

1- إعادة التوازن في عقد الإذعان

لما اعترف المشرع الجزائري بعدم المساواة في عقد الإذعان سواء في المادة 71 من القانون المدني وفي المادة 3 في فقرتها 4 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نتيجة انفراد الطرف القوي بوضع بنود العقد بإرادته المنفردة بصورة مسبقة، مما يجعله يضمّن العقد شروطا تعسفية لصالحه، فقد أدى به إلى التدخل بإقرار الحماية للطرف الضعيف في مرحلة تنفيذ العقد، بتفسير الشك الوارد في عبارة العقد الغامضة ضد مصلحة من فرض هذه الشروط، وليس بما يضر مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا لأن إحلال الطرف القوي لعنصر الوضوح في صياغته للشروط

1 خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 316.

التي يفرضها يجعله يتحمل تبعة تقصيره في ذلك[1].

وبخصوص السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تفسير عقود الإذعان، يرى جانب من الفقه الفرنسي بضرورة منح قاضي تفسير عقد الإذعان سلطة واسعة من أجل مراقبة الشروط التعسفية التي قد ترد فيه، قصد توفير حماية أكبر للطرف الضعيف من تلك المقررة في تفسير عقود المساومة، قصد تحقيق العدالة العقدية إلى الحد الذي يمكن معه إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي أو تعديله، ولا ينبغي التخوّف من تسلط القضاة وتحكمهم في ذلك، ما دام أن قضاء النقض يبسط رقابته في هذه النّقطة بالذات بما يضمن تحقيق الغاية التي توخّاها المشرع في تفسير عقود الإذعان[2].

فتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان لتبعة الشك التي تثيرها عبارات هذا العقد يجد تبريره في أنه هو من حرّر العقد بإرادته المنفردة وبصفة مسبقة، ومن ثم وجب تحمله لذلك بأن يفسر الشرط بما لا يضر بمصلحة الطرف المذعن، وهذا ما دأبت عليه المحكمة العليا في تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن بهدف تحقيق العدالة العقدية[3].

2- مراعاة مبدأ حسن النيّة في تفسير عقود الإذعان

إذا كان مبدأ حسن النيّة من متطلبات تفسير العقود عمومًا، فأن له دور هام على وجه أخص في عقود الإذعان، ففي عقد التأمين ينفرد المؤمن بوضع بنود تتضمن التزامات على الطرف المؤمن له،

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 427،428. يضيف المؤلف أن القضاء الفرنسي تأثر بهذا المنع، معتمدًا في ذلك على ثلاثة أمور: أولها طبيعة وظروف وملابسات كل دعوى، وثانيهما هدف المشرع من وضع هذه المادة وهو تحقيق العدالة العقدية بتوفير الحماية القانونية اللازمة للطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في عقد الإذعان، وثالثهما طبيعة تكوين هذه العقود وافتقاد الرضا بصورة حقيقية فيه. ويعقب المؤلف على حكم صادر عن محكمة الجزائر بجلسة 4 فيفري 1923 الذي قضى بخلاف هذه القاعدة، حيث فسّرت المحكمة الشرط لمصلحة شركة التأمين في دعوى طلب فيها المدعي المؤمن له شركة التأمين بالتعويض عن العاهة المستديمة التي نتجت عن إصابته، غير أن المحكمة لم تستجب لطلبه بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن الشك إذا قام بخصوص شرط فيجب تفسيره لمصلحة المدين وهو شركة التأمين الملزمة بدفع التعويض، حيث رأت المحكمة أن شرط عقد التأمين الذي يلزم الشركة بدفع التعويض في حالة كسر أحد الأعضاء، أو فقد إبصار إحدى العينين أو الخلل العقلي لا ينسحب على حالة الأمراض المترتبة عن الإصابة.

2 عبد الحكم فودة، المرجع نفسه ، ص 430، ويشيد المؤلف بدور الفقيه الفرنسي عميد القانون المدني ريمون سالي في مؤلفه الشهير: "التعبير عن الإرادة" بخصوص هذا الرأي.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات النظرية العامة للعقد)، ص 419.

تحت طائلة حرمانه من التعويض في حال مخالفتها له، رغم حسن نيّته، وذلك اعتبارًا لمعيار الرجل العادي الذي يتواجد في نفس الظروف بأن يتقيّد بتنفيذ بنود عقد التأمين بكل دقّة، كما أنّه يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن النيّة التمسك بالشروط حرفيًا والتي لم يصبح تنفيذها من الحكمة في شيء[1].

كما أن أحكام قانون الاستهلاك كرّست بصفة جليّة مبدأ حسن النيّة وفي المقابل شهد مبدأ سلطان الإرادة تراجعًا ملحوظًا بسبب ذلك، ومبدأ حسن النية في العقود يقضي بوجوب التزام أطرافها بمجموعة من القيم والضوابط الأخلاقية في التعاقد، اصطلح عليها فقهيًا بعديد المصطلحات والمفاهيم كالنزاهة والتعاون، الاستقامة، الصدق والأمانة وغيرها من القيم الأخلاقية[2].

لقد اختصر مبدأ حسن النيّة في العقود مجمل ما شهدته نظرية العقد من تطور ضمن أحكام قانون الاستهلاك، ويتبيّن معه أن هذا التطور هو في الحقيقة تمكين للفلسفة الاجتماعية ذات الأهداف الأخلاقية في مجال علاقات الاستهلاك بما يقابل تراجعًا للفلسفة الفردية التي كانت تسيطر أو تهيمن على المبادئ الكلاسيكية في نظرية العقد وأن التجاذب الواقع بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية هو امتداد للتجاذب الحاصل بين المذهبين الفردي والاجتماعي بخصوص نظرتهما الفلسفية لنظرية العقد[3].

ويرى الأستاذ علي فيلالي –بحق– بخصوص أخلقة العلاقة العقدية أنه: "...إن الفقه الإسلامي يتوفر على الحلول اللازمة والملائمة التي طالما بحث ولا زال يبحث عنها الفقه الغربي بسبب الأزمة التي يعرفها مفهوم العقد، نتيجة للتطورات المختلفة، وقد سبقت الإشارة إليها. وللتذكير فإن الصعوبات التي طرأت على مفهوم العقد يمكن حصرها في أربعة مسائل رئيسية، وهي على التوالي: حرية التعاقد، وأخلقة المعاملات وتحقيق العدالة العقدية من خلال حماية الطرف الضعيف أثناء تكوين العقد من جهة، وأثناء مرحلة تنفيذه..."[4].

---

1 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 423.
2 محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 265.
3 محمد عماد الدين عياض، المرجع نفسه ، ص 273.
4 علي فيلالي، المرجع السابق، (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 63.

ملخص الباب الثاني

جاء التصوّر الموضوعي للعقد نتيجة لانتكاس مبدأ سلطان الإرادة سواء في جانبه الإيديولوجي الفلسفي، أو في أساسه الاقتصادي، حيث أصبحت الحرية العقدية شعارًا نظريا بسبب الحرية الاقتصادية فظهر بما يسمى بأزمة العقد، فخصوم مبدأ سلطان الإرادة يشكّكون في قدرتها لوحدها على إنشاء الالتزام التعاقدي وتحديد مضمونه، كما أصبحت المساواة العقدية لا تعدو أن تكون مجرد فكرة نظرية بحتة، وهو ما أدى بالفقه والقانون الوضعي أن ينزعا إلى الجانب الموضوعي، فأصبح للعقد وظيفة اجتماعية تهدف إلى استقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة فيها. وقد كان للفقه الإسلامي في ذلك فضل السبق بسبب نظرته المعتدلة للجدلية القائمة بين الفرد والمجتمع.

كما كان للنظرة الموضوعية أثرها البالغ على تفسير العقد ففي عقود المساومة يفسر الشك لمصلحة المدين تغليبا للأصل العام لقواعد الإثبات وهو براءة الذمة المالية سواء من حيث وجود الالتزام ومن حيث مداه.

أما في عقود الإذعان ونظرا للاختلال العقدي الذي يظهر جليا في انفراد الطرف القوي في صياغة وفرض مضمون العقد بصفة مسبقة دون امكانية مناقشتها من الطرف المذعن، فإن الشك يفسر لمصلحة هذا الأخير سواء أكان دائنا أو مدينا، وذلك بتحمل الطرف القوي تبعة هذا الشك الذي تسبب فيه، ومن ثم تظهر الوظيفة الحمائية للتفسير في هذا النوع من العقود تحقيقا للعدالة العقدية.

خـــاتمـــة

خاتمة:

تعتبر الإرادة الحرة المختارة أساس العقد ومناط الالتزام، الذي ينشأ متى شاءت وكيفما شاءت في منطق مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساس فلسفي إيديولوجي مؤداه الحرية التعاقدية القائمة على أساس الحرية الطبيعية للإنسان والعقد الاجتماعي من جهة، ومبدأ الحرية الاقتصادية والمنفعة الاجتماعية من جهة أخرى، فالعقد لا يمكن أن يكون إلاّ مفيدًا وعادلاً.

فتفسير العقد يكون وفق إرادة المتعاقدين، بالكشف عن النيّة المشتركة لهما، ويعتد في ذلك بما أعلن عنه طرفا العقد من إرادة ظاهرة تشكل في الأساس قرينة قانونية بسيطة عمّا قصداه من وراء العملية التعاقدية، حيث أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة في الدلالة على مقصود المتعاقدين، وجب الأخذ بها سواء من طرف المتعاقدين ذاتهما أو القاضي تحت طائلة تحريف العقد وتشويهه تحقيقًا واحترامًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره من أهم مظاهر أو انعكاسات الحرية التعاقدية أثناء مرحلة تنفيذه، تحت رقابة قضاء النّقض، أما إذا كانت عبارات العقد واضحة، ولكنها غير دالة على مقصود المتعاقدين، أو غامضة وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في ظل ضوابط موضوعية تتمثل أساس في طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

غير أن التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي شهده المجتمع وبخاصة عند انتشار الصناعة بشكل مذهل، أدى من الناحية الاقتصادية إلى اختلال توازن القوى بين أطراف العقد وتجسد ذلك بوضوح في عقود الإذعان خاصة في علاقات العمل، التأمين والاستهلاك. وهذ ما استدعى تدخل المشرع بإرساء قواعد خاصة متميزة عن تلك المقررة في عقود المساومة سواء ما تعلق بمنح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

هذا التنظيم يهدف في الأساس إلى تحقيق النظام العام الحمائي، وهو ما يعرف بالنظام العام الاجتماعي بمفهومه الحديث بعدما كان ذو مفهوم تقليدي سياسي بحت. حيث أصبح العقد ذا نزعة

موضوعية بسبب انتكاس مبدأ سلطان الإرادة الذي جعل الفقه والتشريع والقضاء يتجهون نحو إضفاء طابع الموضوعية على العلاقة العقدية بهدف حماية مبدأ استقرار المعاملات، والثقة المشروعة فيها.

على أن الفقه الإسلامي كان سباقًا في الاعتداد بالنّزعة الموضوعية للعقد حماية للمجتمع، ولم يهمل في نفس الوقت الحرية الفردية فأحاطها بمجموعة من الضمانات التي تهدف إلى حمايتها، ولعل أبرز أوجه الموضوعية في العلاقات العقدية في ظل الفقه الإسلامي فكرة الجعلية التي تقوم أساسا على الموازنة بين مصالح الفرد والجماعة إذ بمقتضاها تكون آثار بعض العقود من جعل الشارع –عزّ وجل– تحقيقًا لمقاصد الشريعة وهو ما يقارب إلى حد كبير فكرة النظام العام في القانون الوضعي.

لقد كانت للنزعة الموضوعية آثارها البالغة على نظرية العقد والتشريعات الخاصة، سيما في مجال العقود تحقيقا للعدالة العقدية في إطار إضفاء مجموعة من القيم الأخلاقية رائدها مبدأ حسن النيّة وما يفرضه من نزاهة وشفافية في المعاملات.

أما بخصوص تفسير العقد ففي عقود المساومة يتم الاستعانة –في سبيل تفسير حالة الشك –بأصول ومبادئ الإثبات– وذلك بتفسير الشك لمصلحة المدين تطبيقًا لأصل براءة الذمة المالية سواء من حيث وجود الالتزام ومداه، بينما يفسّر الشك في عقود الإذعان –سواء في النظرية العامة للعقد أو في التشريعات الخاصة– لمصلحة الطرف المذعن الضعيف تحقيقًا للعدالة العقدية بهدف إعادة التوازن فيها، وتحميل الطرف القوي تبعة الشك الذي تسبّب فيه لانفراده بوضع وصياغة بنود العقد بصفة مسبقة دون إمكانية مناقشتها من قبل الطرف الضعيف.

ونخلص مما سبق بجملة من النتائج نعرضها فيما يلي:

1– أن تفسير العقد في ظل النظام الشخصي وفقا لتصور مبدأ سلطان الإرادة يعني حتمًا الاعتداد بالنيّة المشتركة للمتعاقدين، من خلال الإرادة المعلنة أو ما يصطلح عليه بالإرادة الظاهرة، غير أن هذه الإرادة قائمة على قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس، فللمتعاقد أن يثبت أن إرادته الظاهرة لم تعكس حقيقة

وبكل صدق إرادته الباطنة، بأن وقع في غلط. ومن ثم يعتد بالإرادة الباطنة الثابتة من خلال ظروف وملابسات التعاقد، ولكن ليس بصورة تعسفية تتعارض مع مبدأ حسن النية وهذا ما يظهر التكامل الموجود بين التصور الشخصي والموضوعي بما يستلزم المواءمة بينهما وهو موقف التشريعات الوضعية في الموازنة بين مصلحة المتعاقدين والمجتمع في نفس الوقت، بل أن القانون المدني الفرنسي –حامل لواء المذهب الشخصي– إثر تعديله في فيفري 2016 أخذ بمعيار الرجل العادي في تفسير العقد بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة 1188، مما يظهر إضفاء الطابع الموضوعي بصفة أكبر في تفسير العقد.

2– أن العبارة الواضحة في العقد الدالة على مقصود المتعاقدين ملزمة لهما وللقاضي. غير أنها قد تقتضي أحيانا تفسيرًا –على غرار العبارة الغامضة– إذا كانت لا تعبّر –رغم وضوحها– عن مقصود المتعاقدين، أي وجود نيّة مغايرة عن تلك المعبّر عنها، على أن يلتزم القاضي ببيان الأسباب التي جعلته يعدل عن المعنى الظاهر إلى معنى مغاير تحت طائلة تحريف وتشويه العقد، وهي مسألة قانونية يخضع فيها إلى رقابة المحكمة العليا، وحسنا فعل المشرع الجزائري لاستيعاب هذه الحالات من التفسير عندما استعمل مصطلح " ... أما إذا كان هناك محل للتأويل..." في الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني.

3– أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد فالقاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين باستعمال أدوات تفسير موضوعية –غير ملزمة للقاضي– تتمثل في طبيعة المعاملة أي تكييف العقد قانونًا، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وهذا ما يمثل عوامل تفسير موضوعية في ظل التفسير الشخصي للعقد.

4– أن حالة الشك في تحديد معنى عبارة العقد تجعل القاضي في كل الأحوال لا يتوصل إلى الكشف عن النيّة المشتركة للمتعاقدين، والتي تفيد عدم إمكانية ترجيح معنى على معنى آخر لعبارة العقد لا تعني حتما انعدام النية المشتركة للمتعاقدين، لأنه في مثل هذه الحالة يستوجب الأمر الانتقال من تفسير العقد إلى تكملته بخصوص المسائل التفصيلية التي تم ارجاء الاتفاق عليها لاحقا من قبل المتعاقدان وهذه التكملة

تكون وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة طبقا لأحكام المادة 65 من القانون المدني وهي ذات العوامل التي يستعان بها لتكملة العقد بخصوص مستلزماته طبقا للفقرة الثانية من المادة 107 من نفس القانون.

ولمعالجة هذا الوضع تدخل المشرع بتفسير الشك في عقود المساومة لمصلحة المدين تغليبا لأصل براءة الذمة المالية.

كما عمد أيضًا إلى تطبيق أصل آخر من أصول الإثبات في تفسير عقد الصلح تفسيرا ضيقا يتمثل في عدم تنازل الشخص عن حقوقه، ومن ثم وجب تفسير عقد الصلح على أضيق نطاق. بينما يفسر الشك في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائنًا كان أو مدينًا بسبب إنفراد الطرف القوي بوضع بنود العقد وشروطه بصفة مسبقة دون امكانية مناقشتها قصد تعديلها نت الطرف المذعن باعتراف صريح من المشرع في المادة 70 من القانون المدني أو المادة 3 من القانون رقم 04-02، ومن ثم تظهر الوظيفة الحمائية في التفسير لعقود الإذعان، ومن ثم لا يمكن تصور تفسير انشائي في حالة الشك في مدلول عبارة العقد.

5- أن عملية تفسير العقد تقتضي بصفة أولية رقابة القاضي لمدى توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب وشكلية في حالة اشتراطها، وفي حال تخلف أحد هذه الأركان فالقاضي يثير ذلك من تلقاء نفسه باعتباره حامي النظام العام، ومن هنا تظهر أهمية تفسير العقد في الرقابة على مشروعيته.

6-جعل مسألة تقرير الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان في الشريعة العامة تدخل ضمن صميم حماية النظام العام الاجتماعي، فيتقرر تدخل القاضي تلقائيًا بإثارة الطابع التعسفي للشرط بصفته حامي النظام العام الاجتماعي في إطار مواجهة الشروط التعسفية بصورة أكثر فعالية بما يضمن تحقيق العدالة العقدية.

7-أن الحماية القانونية المقرّرة للطرف المذعن في تفسير عقود الإذعان في تشريعات الاستهلاك المتمثلة في تأويل العبارة الغامضة بما لا يضر مصلحة الطرف المذعن تقضي لزامًا تصدي قاضي تفسير العقد

للشروط التعسفية التي قد يضعها الطرف القوي في عقد الاستهلاك وذلك من تلقاء نفسه، على اعتبار أن قواعد حماية المستهلك تعتبر من صميم النظام العام بمفهومه الحديث الذي يهدف إلى أخلقة العلاقة العقدية، ومن ثم يكون للتفسير في هذا الصّدد وظيفة مزدوجة وهي تفسير العقد بصفة حمائية للطرف المذعن، وكذا تقرير سلطة رقابية لقاضي التفسير يبسطها على شروط عقد الإذعان من حيث الطابع التعسفي، على أن المشرع قد نص في حالة تحقق ذلك على المسؤولية الجزائية وإغفاله عن الجزاء المدني، عكس ما هو مقرّر في القانون المدني الذي نص صراحة على سلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان بتعديل هذا الشرط أو إلغاءه صراحة، لكن المسألة جوازية –خلاف ما هو عليه الأمر في التشريعات الخاصة بالاستهلاك– إذ أنه يتوجب على صاحب المصلحة التمسك بإثارة الطابع التعسفي للشرط بدليل أن المشرع استعمل عبارة "... جاز للقاضي..." في المادة 110 من القانون المدني.

وتبعا لكل ما استخلصناه من نتائج، يمكن تقديم جملة من الاقتراحات نوجزها في مايلي:

1- يجدر بالمشرع الجزائري استبدال مصطلح "تأويل" بمصطلح " تفسير" انسجاما مع المعنى الحقيقي والغاية المرجوة من هذه العملية، ذلك أن التأويل يعني تغليب او ترجيح معنى على آخر لعبارة العقد، بينما التفسير يستوجب البحث عن معنى العبارة الغامضة أصلا، أو معنى العبارة الواضحة لعدم دلالتها على مقصود المتعاقدين أي وجود نية مغايرة عن تلك المعبر عنها صراحة في العقد.

2- ينبغي على المشرع أن يتدخل في مجال مصادر تفسير العقد، بالنص صراحة على قواعد تفسير العقد المقررة في الفقه الإسلامي أسوة بالمشرع الأردني الذي أتقن صنعًا عندما أدرجها صراحة ضمن قواعد تفسير العقد في القانون المدني نظرًا لأهميتها البالغة في هذا الشأن، ولكن ليس على سبيل الإلزام، وإنما للاستعانة بها للتوصل إلى النيّة المشتركة للمتعاقدين في إطار الاستفادة من النظرة المعتدلة للشريعة الإسلامية من حيث مبادئها التي توازن بين الفرد والمجتمع تحقيقا لمقاصدها أو استبدال عبارة "...مبادئ

الشريعة الاسلامية..." الواردة في الفقرة الثانية من المادة الأولى في القانون المدني بعبارة " ... الفقه الاسلامي ..."، مما يستدعي بالضرورة تدريس الفقه الإسلامي في المدرسة العليا للقضاء خاصة ما تعلق بجانب المعاملات المالية قصد تكوين القضاة في هذا الجانب بما يسمح لهم الاستعانة بالفقه الإسلامي في جزئياته وتفصيلاته وبالأخص فيما يتعلق بتفسير العقد.

3- في إطار تجسيد الوظيفة الحمائية للتفسير في عقود الإذعان، التي يقتضي تصدي قاضي من تلقاء نفسه إلى الشروط التعسفية حماية للنظام العام الاجتماعي، ينبغي النص صراحة على الجزاء المدني في حال تحقق الطابع التعسفي للشرط في عقود الاستهلاك وذلك بصورة صريحة وواضحة، رفعا لكل لبس أو ادعاء بالإغفال.

-تم بعون الله وتوفيقه-

قائمة المراجع

I- باللغة العربية

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

أولا: الكتب الشرعية

1. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في الأصول، الجزء الأول والثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001،2002.
2. أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تِأويل آي القرآن، المجلد التاسع، الجزء الخامس عشر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2013.
3. الإمام أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مؤسسة الرسالة، ناشرون، الطبعة الأولى ، دمشق، سوريا، 2015.
4. الإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير ابن كثير، الجزء الثاني، دار نور الكتاب، الجزائر، 2007.
5. الإمام الحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1439، المملكة العربية السعودية.
6. محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المجلد السادس، الجزء الثالث عشر، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، دون ذكر سنة نشر.
7. صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم تلقِّي الجَلَبِ، رقم 14- 1517.
8. صحيح مسلم، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم 18- (1520).
9. صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، 2198-87.

10. محمد بن صالح العثيمين، التعليق على صحيح مسلم، المجلد الأول، المقدمة، الإيمان، مكتبة الرشد، ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 2008.

11. عبد الرحمن بن ناصر البرّاك، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المجلد الخامس، دار طيبة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الرابعة، 2011.

12. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، الجزء الأول والثاني، دون دار نشر، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

13. موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، الأقسام الخامس، السادس، السابع، دار الرسالة العالمية، سوريا، الطبعة الثالثة، 2015.

14. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الخامس.

15. سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد الأول، الاجزاء 1-4، دار الشروق، بيروت، الطبعة 32، 2003.

ثانيا: الكتب القانونية

1. .أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر، 2004.

2. أحمد سعيد الزرقد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

3. إدريس فاضلي ، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 162-163.

4. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون الأردني . دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

5. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثامنة، 2015.

6. أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007.

7. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

8. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

9. الجيلالي عجة ، نظرية القانون بين التقليد والحداثة ، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة نشر.

10. العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

11. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، الطبعة الأولى، ص 46.

12. جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

13. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

14. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

15. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (النظرية العامة في الإثبات)، الدار الجامعية، مطابع الأمل، بيروت، 1993.

16. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.

17. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.

18. ريما مالك تقي الدين، الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2007.

19. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.

20. شيماء سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2003.

21. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1964.

22. عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2015.

23. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2011.

24. عبد الحكم فودة، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1993.

25. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

26. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988.

27. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.

28. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.

29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية،1998.

30. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2009.

31. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1974.

32. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

33. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013.

34. علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2018.

35. علي فيلالي، مقدمة في القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

36. عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار الاتصالات، بن عكنون، الجزائر، (encyclopédia)، دون سنة نشر.

37. عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية في ظل آراء الفقهاء وأحكام القضاء، (encyclopédia, Edition communication)، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.

38. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

39. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء 1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972.

40. محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

41. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، (الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981.

42. محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

43. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

44. محمد حسين منصور، قانون الإثبات –مبادئ الإثبات وطرقه– منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

45. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.

46. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام– الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991–1992.

47. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام ، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، الطبعة الثانية، 1993.

48. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد، الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1970.

49. مختار لبني ، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

50. مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، دون سنة طبع.

51. مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

52. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005.

53. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الجامعة الجديدة، مصر.

54. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2008.

55. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

56. همام محمد محمود، محمود حسين منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون ، الالتزامات ، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر.

57. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول –أحكام العقد–، الجزء الأول: أركان العقد، الطبعة الثالثة، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

58. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول، أحكام العقد، الجزء الثاني: مفاعيل العقد، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، دون بلد نشر، 2007.

59. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول انعقاد العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.

ثالثا: الرسائل والبحوث الجامعية

- أطروحات الدكتوراه

1. حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997.

2. خديجة فاضل، عيمة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014.

3. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2015، 2016.

4. عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، دكتوراه، القاهرة، مصر، دون ذكر تاريخ.

5. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، 2014-2015.

6. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دكتوراه، جامعة تلمسان، 2016.

7. زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1992.

- مذكرات الماجستير

1. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، ماجستير، الجزائر، 2015.

2. جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، ماجستير، جامعة الجزائر، 2012،2013.

3. زواوي محمودي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر 1987.

4. عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004.

5. عبد الرحمن خليفاتي، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

6. هجيرة بلبشير، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2013.

- **مذكرات دبلوم القانون الخاص**

1. حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل دبلوم القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1974.

رابعا: الملتقيات

1. خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر 24 أكتوبر 2016، العدد5، 2016.
2. شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات نموذجا، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي الجزائر، 24، 25 أكتوبر 2016، العدد 05، السنة 2016.
3. محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.
4. محمد عماد الدين عياض، تحوّلات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.

خامسا: المقالات

1. أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي، مجلة الدراسات القانونية، جامعة تلمسان، 2007، العدد 4، ص 51،52.
2. شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني . الالتزامات نموذجا، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، الجزء الثاني، جوان 2017.

3. شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2009، عدد 2.

4. علي فيلالي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، سنة 1998، العدد 3.

5. مصطفى قويدري، الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

6. نساخ بلقان فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2015، العدد 4.

7. يقاش فراش، الوساطة كطريق بديل، لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، سنة 2012، العدد 1.

سادسا: النصوص التشريعية والتنظيمية

- الدستور الجزائري، القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437، الموافق لـ 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج ر عدد 14.

- **القوانين**

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادرة في 12جوان1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد15 .

2. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.

3. قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41 بتاريخ 27جوان2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 بتاريخ 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت2010 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 17-11 بتاريخ 27 ديسمبر 2017، ويتضمن قانون المالية لسنة 2018، جريدة رسمية رقم 76 بتاريخ 28 ديسمبر2017، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 بتاريخ 11 يوليو 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 42 بتاريخ 15-07-2018.

4. قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08مارس2009 المعدل بالمادة 75 من الامر رقم 15-01 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، معدل ومتمم بالقانون 18-09 مؤرخ في 10 يونيو، 2018، الجريدة الرسمية رقم 35 الصادرة بتاريخ 13جوان2018.

5. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة الرسمية رقم 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

- **الأوامر**

1. الأمر 91/70 المؤرخ في 15ديسمبر 1970، المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد107.
2. الأمر 15/74المؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق لـ 30جانفي1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض على الأضرار المعدل والمتمم بالقانون 31/88 المؤرخ في 1988/07/19، الجريدة الرسمية بتاريخ 20 جويلية 1988، العدد2،
3. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13ماي2007 الجريدة الرسمية العدد 31.

4. الأمر 74/75 المؤرخ في 12نوفمبر1975 المتضمن أحكام مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92.

5. الأمر 07/95 المتضمن قانون التأمين الجريدة الرسمية المؤرخة في 08مارس1995، العدد 13، المعدل بالقانون 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية المؤرخة في 12 مارس 2006، العدد 15.

- **المراسيم التنفيذية**

1. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد56.

2. المرسوم التنفيذي رقم 100/09 المؤرخ في 10 مارس 2009 يحدد كيفيات تعيين الوسط القضائي، الجريدة الرسمية، سنة 2009، عدد 16.

3. المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الموافق لـ 5 محرم 1435 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية لسنة 2013، العدد 58.

4. مرسوم تنفيذي رقم 13 -431 مؤرّخ في 15 صفر عام 1435 الموافق 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية سنة 2013، العدد 66.

5. المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية، سنة 2015، العدد 24.

سابعا: القرارات القضائية

- **المجلة القضائية**

1. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1
2. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد3
3. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4
4. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 1
5. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4
6. المجلة القضائية، لسنة 1991 العدد 2
7. المجلة القضائية، لسنة 1991 العدد 4
8. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1
9. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 2
10. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3
11. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 1
12. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد3
13. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد4
14. المجلة القضائية، لسنة 1994، العدد 1
15. المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 2
16. المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 1
17. المجلة القضائية لسنة 1996، العدد2
18. المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1

19. المجلة القضائية لسنة 1997، العدد2

20. المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 2

21. المجلة القضائية لسنة 1999 العدد 1

22. المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 2

23. المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 1

24. المجلة القضائية لسنة 2000، العدد 2

25. المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 1

26. المجلة القضائية لسنة 2001، العدد2

27. المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 1

28. المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 2

29. المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 1

30. المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 2

31. المجلة القضائية لسنة 2004، عدد خاص، الجزء الثاني

- **مجلة المحكمة العليا**

1. مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد 2

2. مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد 2

3. مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 2

4. مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2

5. مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد1

6. مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد2

7. مجلة المحكمة العليا لسنة 2007 العدد 2

8. مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 1

9. مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2

10. مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد2

11. مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 العدد1

- **نشرة القضاة**

1. نشرة القضاة لسنة 1986، العدد1

2. نشرة القضاة لسنة 2010، العدد65

3. نشرة القضاة لسنة 2012، العدد 67

- **مجلة القضاة**

1. مجلة القضاة، لسنة 2002، العدد1

- **أعداد خاصة**

1. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، عدد خاص، 2000.

2. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية بالمحكمة العليا، عدد خاص، 2004، الجزء الثاني والثالث.

ثامنا: القواميس والمعاجم

1. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

2. إميل بديع يعقوب، ميشال عاصي، المعجم المفصل في اللغة والأدب، المجلد الأول، دار العلم للملايين ، بيروت، ط1، 1987.

3. دانيال ريغ، السبيل الوسيط، عربي فرنسي، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة خاصة، الجزائر، 1987.

4. مجاني الطلاب، دار المجاني، بيروت، الطبعة الخامسة، 2001.

5. مرشد الطلاب المصور، منشورات المرشد الجزائرية، 2008.

6. المنجد العربي الفرنسي للطلاب، الطبعة الثانية، منشورات دار المشرق، بيروت، لبنان، 1983.

7. محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

II- باللغة الفرنسية

❖ ouvrages

1.Alain Benabent, Droit des obligations, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Lex-tenso edtions, France , 2016.

2.Bertrand Gelot, Finalites et Méthodes Objectives D'interprétation des Actes Juridiques (Aspects Théoriques et Pratiques) , Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Paris 2003.

3.H.Capitant, F.Terré, Y.Lequette, Les Grands Arréts De La Jurisprudence Civile, Tome2 Obligations, Contrats Speciaux, Surétés, 11e edition, DALLOZ, Paris, 2000.

4.Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, Droit Civil, Les Obligations, 1- L' acte Juridique, 10e edition, Dalloz, Paris, Armand Colin, 1975. 2002.

5.Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, Les effets Du contrat, 3e edition, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Traité De droit Civil, Paris, France, 2001

6.Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, Les effets Du contrat, 3e edition, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Traité De droit Civil, Paris, France, 2001.

7. Jacques Ghestin, traité de droit civil. Les obligations, les contrats, édition, 1986.

8.M.Guillaume-Hifnung, La méditation, puf, 2007.

9.Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-MUNCK, Les obligations, 2e edition, droit civil, editions Juridiques, associées, defre nois, paris, 2005.

10. Ripert (Georges) : La règle morale dans les obligations civiles, 4eme édition, Libraire Générale de droit et de jurisprudence, Paris, N°2, 1949 .
11. ROUSSEAU (Jean Jacques)m Du contrat social, 1994, LivI, Chap IV.
12. stephanie porchy-simon, droit civil, 2eme année, les obligations, dalloz, paris, 2000.
13. Y vaine Buffelan – Lanore Virginie LARIBAU- TERNEYRE. Droit Civil, Les obligation, 12e edition, editions DALLOZ, Paris, 1970.2010.

❖ **colloques**

1- Philippe delbecque, la reforme des contrats: quelles innovations ? les annales d'université d''alger, le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24 -25 octobre 2016, n0 5, 2016.
2- Remy cabrillac, la recodification civile en France, les annales d' université d' alger,le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24-25 octobre 2016, N0 5, 2016.
3- Salima ouarab, le role de la jurisprudence dans l'evolution du droit : l'obligation de securite, les annales d' université d' alger,le code civile, quarante ans apres, colloque international, alger 24-25 octobre 2016, N0 5, 2016.

الملـــحق:

مشروع عرض الأسباب
للقانون المدني الجزائري

الفـــهرس

المحتويات	الصفحة
شكر وتقدير	–
إهداء	–
مقدمة	02
الباب الأول: النية المشتركة للمتعاقدين وفق المذهب الشخصي في القانون المدني الجزائري	**06**
الفصل الأول: نظام التفسير الشخصي للعقد	**08**
المبحث الأول: التفسير الإرادي للعقد	09
المطلب الأول: سلطان الإرادة أساس التفسير الإرادي للعقد	09
الفرع الأول: سلطان الإرادة من الناحية التاريخية	09
أولا: سلطان الإرادة في النظم القانونية القديمة	10
1- سلطان الإرادة في القانون الروماني	10
2- سلطان الإرادة في القانون الكنسي	13
ثانيا: سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية	15
1- دور الرضائية في إبرام العقود في الفقه الإسلامي	16
2- دور الرضائية في تحديد آثار العقد ونقضه وتعديله في الفقه الإسلامي	17
الفرع الثاني: أسس مبدأ سلطان الإرادة	18
أولا: الأساس الإيديولوجي	19
1- الحرية الطبيعية للإنسان	19
2- نظرية العقد الاجتماعي	20
ثانيا: الأساس الاقتصادي	23
1- الحرية التعاقدية التخريج القانوني للحرية الاقتصادية	23
2- الحرية التعاقدية حتما ودائمًا تحقق المنفعة الاجتماعية	24
المطلب الثاني: انعكاسات مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقد عموما ونظرية التفسير خصوصًا	27
الفرع الأول: انعكاسات سلطان الإرادة على نظرية العقد	27
أولا: مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لمرحلة إبرام العقد	28
1- كفاية الإرادة وحدها لنشأة الالتزام التعاقدي	28
2- الإرادة وحدها تنفرد بتحديد مضمون الالتزام التعاقدي	31

ثانيا: سلطان الإرادة بالنسبة لآثار العقد	33
1- العقد قانون ملزم لطرفيه	34
2- انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين دون سواهما	37
الفرع الثاني: انعكاسات سلطان الإرادة على نظرية التفسير بوجه خاص	39
أولا: الإرادة الباطنة وتفسير العقد	39
1- مضمون الإرادة الباطنة	39
2- مدى دلالة الإرادة المعبر عنها على الإرادة الباطنة	40
ثانيا: نتائج الأخذ بالإرادة الباطنة ودورها في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين	41
1- نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة	41
2- التزام القاضي بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين	42
المبحث الثاني: مقتضيات التفسير	45
المطلب الأول: فحص العقد من طرف قاضي التفسير	45
الفرع الأول: قاضي التفسير ورقابة أركان العقد	45
أولا: رقابة قاضي تفسير العقد لركن التراضي	45
1- الإرادة جوهر وأساس الرضا	45
2- تطابق الإرادتين	47
3- الجزاء المترتب عن تخلف ركن الرضا	48
ثانيا: رقابة قاضي التفسير لركن المحل	50
ثالثا: رقابة قاضي التفسير لركن السبب	53
1-مضمون سبب العقد في المذهب الشخصي	54
2- السبب في القانون المدني الجزائري	56
رابعا: رقابة قاضي التفسير لشكل العقد	59
1- الشكلية المقررة لحماية النظام العام	59
2- الشكلية مقررة لحماية المتعاقدين	60
الفرع الثاني: قاضي تفسير العقد وفحص شروط صحة العقد	63
أولا: قاضي تفسير العقد وفحص أهلية المتعاقدين	63
ثانيا: قاضي تفسير العقد وفحص رضا المتعاقدين	69
1- ادعاء أحد خصوم دعوى تفسير العقد بأن رضاه معيب	69
2- قابلية العقد المشوب بأحد عيوب الرضا للإبطال مع إمكانية إجازة العقد	70

المطلب الثاني: قاضي التفسير وتكييف العقد	72
الفرع الأول: مفهوم تكييف العقد	73
أولا: تعريف التكييف القانوني للعقد وسلطة القاضي في تكييف العقد	73
1- تعريف التكييف القانوني للعقد	73
2- سلطة القاضي في تكييف العقد	76
ثانيا: العلاقة الموجودة بين تفسير العقد وتكييفه وتأثير التكييف على الفصل في الدعوى القضائية	79
1- الاختلاف الفقهي في الأسبقية بين التكييف وتفسير العقد	79
2- تأثير التكييف القانوني للعقد على الفصل في الدعوى القضائية	81
الفرع الثاني: معايير وحالات تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا على مسألة تكييف العقد	82
أولا: معايير تكييف العقد	82
1- معيار الالتزامات الرئيسية	83
2- معيار النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين	84
3- معيار الغرض الاقتصادي من العقد	85
ثانيا: حالات تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا على ذلك	85
1- حالات تكييف العقد	85
2- رقابة المحكمة العليا على عملية تكييف العقد	88
الفصل الثاني: التفسير الإرادي للعقد في القانون المدني الجزائري	**90**
المبحث الأول: مضمون وحالات التفسير الإرادي للعقد في القانون المدني الجزائري	91
المطلب الأول: مضمون التفسير الإرادي للعقد	91
الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد	92
أولا: تعريف تفسير العقد	92
1 . التعريف اللغوي	92
2 . التعريف الاصطلاحي	92
ثانيا: أنواع التفسير	95
1 . التفسير الاتفاقي	95
2 . التفسير القضائي	96
الفرع الثاني: تمييز نظام تفسير العقد عن بعض الأنظمة المشابهة له	97
أولا: تفسير العقد وتفسير القانون	97

1 . أوجه الاتفاق	97
2 . أوجه الاختلاف	98
ثانيا: تفسير العقد وتكييفه	99
1 . أوجه الاتفاق	99
2 . أوجه الاختلاف	101
ثالثا: تفسير العقد وتعديله	102
1 . أوجه التشابه	102
2 . أوجه الاختلاف	104
المطلب الثاني: حالات التفسير الإرادي للعقد	105
الفرع الأول: وضوح عبارة العقد	106
أولا: مضمون عبارة العقد الواضحة	106
1 . تعريف عبارة العقد الواضحة	106
2 . سلطة القاضي في تقدير العبارة الواضحة	109
ثانيا: الاختلاف الفقهي في تفسير عبارة العقد الواضحة	111
1. الرأي الفقهي القائل بعدم جواز تفسير العبارة الواضحة	112
2 . الرأي القائل بجواز تفسير العبارة الواضحة	114
ثالثا: حكم تفسير عبارة العقد الواضحة	117
1 . الانحراف عن العبارة الواضحة تشويه وتحريف للعقد	117
2 . رقابة المحكمة العليا على تأويل عبارة العقد الواضحة	119
الفرع الثاني: عدم وضوح عبارة العقد	121
أولا: مضمون عدم وضوح عبارة العقد	121
1 . صور عدم وضوح عبارة العقد	121
2 . أسباب وحكم حالة عدم وضوح عبارة العقد	126
ثانيا: العوامل الموضوعية للتفسير الإرادي للعقد في حالة عدم وضوح عباراته	127
1 . طبيعة التعامل	128
2 . الأمانة والثقة	130
3 . العرف الجاري في المعاملات	132
المبحث الثاني: عوامل تفسير إرادية غير منصوص عليها في القانون المدني الجزائري	139
المطلب الأول: العوامل الإرادية لتفسير العقد في الفقه الإسلامي	139

الفرع الأول: موقف الفقه الاسلامي من التفسير الارادي للعقد ومدى امكانية الاستعانة به	139
أولا: موقف الفقه الإسلامي من التفسير الارادي للعقد	140
1 . الاتجاه الفقهي القائل بوجوب الاعتداد باللفظ في مجال تفسير العقود	140
2. الاتجاه الفقهي القائل بوجوب الاعتداد بالنية في مجال تفسير العقود	141
ثانيا: مدى إمكانية استعانة قاضي تفسير العقد بالفقه الاسلامي	143
الفرع الثاني: قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي	149
أولا: القواعد الفقهية	149
1 . الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد	149
2 . العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني	149
3 . الأصل في الكلام الحقيقة ولا يجوز حمله على المجاز إلا إذا تعذر حمله على الحقيقة	151
4 . لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح	152
5 . إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل	152
6 . اليقين لا يزول بالشك	153
7 . ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله	153
8 . المطلق يظل على إطلاقه ما لم يوجد ما يقيده بدليل	154
ثانيا: القواعد اللغوية	155
1 . تقسيم الألفاظ بحسب وضعها للمعنى	155
2 . تقسيم الألفاظ بحسب ظهور دلالتها على المعنى	157
3 . تقسيم الألفاظ بحسب دلالة اللفظ على المعنى	159
المطلب الثاني: عوامل تفسير إرادية محيطة بالعقد	160
الفرع الأول: عوامل تفسير إرادية متعلقة بمقدمات العقد	160
أولا: مرحلة المفاوضات	160
1 . صور مختلفة للمرحلة السابقة عن التعاقد (مرحلة المفاوضات)	161
2 . دور وثائق مرحلة المفاوضات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين	165
ثانيا: ظروف وملابسات التعاقد	169
1 . الظروف الشخصية	169
2 . الظروف الموضوعية المحيطة بإبرام العقد	171
الفرع الثاني: عوامل تفسير إرادية مرتبطة بكيفية تنفيذ العقد	173
أولا: كيفية تنفيذ العقد في حالة وضوح عباراته	176

ثانيا: كيفية تنفيذ العقد في حالة غموض عبارة العقد	178
ملخص الباب الأول:	180
الباب الثاني: النيّة المشتركة للمتعاقدين وفق المذهب الموضوعي في القانون المدني الجزائري	**184**
الفصل الأول: النزعة الموضوعية في العقد	**185**
المبحث الأول: أساس النزعة الموضوعية في العقد	186
المطلب الأول: إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة	186
الفرع الأول: إنتكاس الأساس الإيديولوجي لمبدأ سلطان الإرادة	186
أولا: إنكار الحرية الطبيعية المجرّدة للإنسان	187
ثانيًا: عدم كفاية الإرادة لوحدها لإنشاء العقد	189
ثالثا: عدم كفاية الإرادة وحدها لإنشاء الالتزامات غير التعاقدية	190
رابعًا: نقد نظرية العقد الاجتماعي	192
الفرع الثاني: انتكاس الأساس الاقتصادي لمبدأ سُلطان الإرادة	194
أولا: التعارض بين الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية	194
ثانيا: تعارض تحقيق المصلحة الاجتماعية مع المصلحة الفردية	198
المطلب الثاني: النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي في العقود	201
الفرع الأول: حماية الطرف الضعيف في العقد	201
أولا: حماية الطرف الضعيف أثناء إبرام العقد	201
1- منع استغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر	204
2- منع الغرر في العقود	206
ثانيًا: حماية الطرف الضعيف أثناء تنفيذ العقد	206
1- وضع الجوائح في الزروع والثمار	206
2- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	208
3- درء المفسدة أولى من جلب المنفعة	208
4- الضرورات تبيح المحظورات	209
الفرع الثاني: أخلقة المعاملات العقدية	209
أولا: الالتزام بحسن النية في المعاملات المالية بين الأشخاص	209
ثانيًا: تجنّب مختلف مظاهر الغش	212
المبحث الثاني: أثر النزعة الموضوعية على العقد	216

المطلب الأول: أثر النزعة الموضوعية على إبرام العقد	216
الفرع الأول: التقييد من مبدأ الرضائية	216
أولا: العبرة بالإرادة الظاهرة في التعاقد	217
1- مضمون نظرية الإرادة الظاهرة	217
2- مبررات نظرية الإرادة الظاهرة	218
3- نتائج الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة	218
4- موقف المشرع الجزائري من نظرية الإرادة الظاهرة	220
ثانيا: عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النيّة	221
ثالثا: الالتزام بالإعلام	224
1- أسباب صدور تشريعات الاستهلاك	224
2- أطراف العلاقة في قانون الاستهلاك	224
3- مضمون الالتزام بالإعلام	226
4- الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك	226
5- جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام	226
رابعًا: الشكلية في العقود	228
الفرع الثاني: التقييد من مبدأ الحرية التعاقدية	230
أولا: تقييد حرية الإرادة في التعاقد	230
1- الإجبار على التعاقد	231
2- حظر رفض التعاقد في قانون الاستهلاك	233
ثانيا: تقييد حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد	235
1- النظام العام الاجتماعي قيد على حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد	235
2- جزاء مخالفة النظام العام الاجتماعي	237
المطلب الثاني: أثر النزعة الموضوعية على تنفيذ العقد	239
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد	239
أولا: تحقيق نظرية الظروف الاستثنائية للعدالة العقدية	239
1- لمحة تاريخية عن نظرية الظروف الاستثنائية	239
2- شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية	241
3- أثر نظرية الحوادث الاستثنائية	247
ثانيًا: تعديل أجل تنفيذ الالتزام التعاقدي ومقدار التعويض الاتفاقي حماية للمدين حسن النية	248

1- سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ الالتزام التعاقدي (نظرة الميسرة)	248
2- سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض الاتفاقي (تعديل الشرط الجزائي)	250
الفرع الثاني: إنهاء العلاقة العقدية	251
أولا: نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين	251
ثانيا: حق المستهلك في التراجع عن العقد	253
الفرع الثالث: تنفيذ العقد بحسن نية	255
أولا: صور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد	256
1- الالتزام بالنزاهة	256
2- الالتزام بالتعاون	257
ثانيا: الرغبات المشروعة للمستهلك المظهر الشامل لمبدأ حسن النية في قانون الاستهلاك	258
الفصل الثاني: وسائل التفسير الموضوعي للعقد في القانون المدني الجزائري	**260**
المبحث الأول: وسائل التفسير الموضوعي لعقد المساومة في القانون المدي الجزائري	261
المطلب الأول: مضمون عقود المساومة	261
الفرع الأول: مظاهر المساواة في عقد المساومة	261
أولا: الاتفاق نتاج تطابق إرادتين متساويتين قانونا	261
1- الإيجاب	261
2- القبول	263
ثانيا: نطاق الاتفاق في عقود المساومة	264
1- الاتفاق الكلي على المسائل الجوهرية والتفصيلية في العقود	264
2- الاتفاق الجزئي على المسائل الجوهرية دون التفصيلية	265
ثالثا: عقد المساومة والمساواة العقدية	268
1- تجسيد عقد المساومة للمساواة القانونية المجردة	268
2- تجاوز النظرة التقليدية للمساواة العقدية المجردة	270
الفرع الثاني: أثر المساواة المجرّدة على طبيعة الحماية المقرّرة في عقد المساومة	272
أولا: انحصار الحماية القانونية على الرضا	273
1- معيار تقدير عيب الرضا وسلطة القاضي في تقديره	273
2- حق المتعاقد المعيب رضاه في طلب إبطال العقد	275
ثانيا: معالجة اختلال التوازن المالي للعقد استثناءًا	277
1- الأصل: عدم الاعتبار للتوازن المالي للعقد	277

2- إعادة التوازن المالي للعقد استثناءً	279
المطلب الثاني: الاستعانة بمبادئ الإثبات في تفسير عقد المساومة	282
الفرع الأول: دور أصل براءة الذمة المالية في تفسير عقد المساومة	282
أولا: مفهوم أصل براءة الذمة المالية	282
1- مضمون أصل براءة الذمة المالية	283
2- موقع الأصل بين إجراءات التقاضي وإجراءات الإثبات	285
3- مظاهر الأخذ بالأصل في القانون المدني الجزائري	287
ثانيا: تفسير الشك لمصلحة المدين تغليب لأصل براءة الذمة المالية في تفسير عقد المساومة	289
1- مفهوم الشّك	290
2- تفسير الشك من حيث وجود الالتزام ومداه	294
الفرع الثاني: دور أصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه في تأويل عقد الصلح	296
أولا: مفهوم عقد الصلح	296
1- التنظيم القانوني لعقد الصلح	296
2- تمييز عقد الصلح عن بعض الأنظمة المقاربة له	299
ثانيًا: التفسير الضيّق لعقد الصلح تطبيق لأصل عدم تنازل الشخص عن حقوقه	301
1-مفهوم التفسير الضيّق لعقد الصلح	301
2- الأساس القانوني للتفسير الضيق لعقد الصلح	304
المبحث الثاني: وسائل التفسير الموضوعي لعقد الإذعان في القانون المدني الجزائري	306
المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان	306
الفرع الأول: مضمون عقد الإذعان	306
أولا: الإيجاب والقبول في عقد الإذعان	306
1- الإيجاب عام في عقد الإذعان	306
2- القبول في عقد الإذعان	309
ثانيًا: خصائص عقد الإذعان	310
1- اختلال المراكز القانونية للمتعاقدين	311
2- انعدام مرحلة المفاوضات	312
الفرع الثاني: الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لعملية الإذعان	313
أولا: عملية الإذعان مركز قانوني منظّم	313
ثانيًا: الطبيعة التعاقدية للإذعان	315

المطلب الثاني: الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان	319
الفرع الأول: مواجهة الشروط التعسفية من مقتضيات الحماية القانونية في عقد الإذعان	319
أولا: تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقد الإذعان	320
1- تدخل الإرادة التشريعية	320
2- تحديد التنظيم الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان	324
3- دور القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط في عقد الإذعان	327
ثانيًا: الحماية القانونية المقررة اتجاه الشروط التعسفية	328
1- الحماية الجزائية اتجاه الشروط التعسفية	328
2- الجزاء المدني اتجاه الشروط التعسفية	330
الفرع الثاني: الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان	332
أولا: مبررات الوظيفة الحمائية للتفسير في عقد الإذعان	332
1- انفراد الطرف القوي في وضع بنود عقد الإذعان	333
2- عدم إمكانية مناقشة بنود العقد المفروضة قصد تعديلها من الطرف الضعيف	334
ثانيًا: غايات التفسير الحمائي في عقد الإذعان	335
1- إعادة التوازن في عقد الإذعان	335
2- مراعاة مبدأ حسن النيّة في تفسير عقود الإذعان	336
ملخص الباب الثاني	338
خاتمة	340
الملحق	347
قائمة المراجع	358
الفهرس	376

ملخص:

يتحدد تفسير العقد وفقا للمذهب الشخصي بالنية المشتركة للمتعاقدين تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يستند على عوامل فلسفية و اقتصادية، غير أن المبدأ عرف انتكاسا لغلوه، مما جعل العقد يعرف ازمة حقيقية.

هذه الازمة نتج عنها مذهب موضوعي يرى ان للعقد وظيفة اجتماعية، و انعكس ذلك في مجال تفسير العقد، إذ يفسر الشك في عقود المساومة لمصلحة المدين تغليبا لأصل براءة الذمة المالية، بينما يفسر الشك في عقود الاذعان لمصلحة الطرف المذعن تحقيقا للعدالة العقدية، بينما نظرة الفقه الإسلامي في هذا الموضوع متميزة ومتفوقة عن الفقه والقانون الوضعي.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ سلطان الإرادة، تفسير العقد، النية المشتركة، شك، إذعان، العدالة العقدية.

Summary:

The interpretation of the contract is determined according to the personal doctrine of the common intention of the contractors, embodying the principle of the will of the autonomy will, which is based on philosophical and economic factors. This was reflected in the scope of the contract process by explaining the suspicion of bargaining contracts in the interest of the debtor in order to override the original financial clearance.

However, uncertainty in compliance contracts is explained in favor of the submissive party in order to achieve contractual justice, but the Islamic doctrine is the best in this subject.

Keywords:

the will autonomy, The interpretation of the contract, the common intention, doubt, adhesion, contractual justice.

Résumé:

L’interprétation du contrat est déterminée Conformement a la doctrine Subjectife de l’intention commune des contractants, d' incarné le principe de l'autonomie de la volonté, basé sur des facteurs philosophiques et économiques.

Le principe toute fois a Subit un revers en raison de ses excés, ce qui a fait subir au contrat une crise réelle qui a donnée lieu a la naissance d' une doctrine objective selon la quelle le contrat a une fonction sociale.

Cela a etait reflété dans la porté du proccessus contractuel en interpretent le doute dans les contrats. de négociation dans l'intérêt du débiteur afin de passer outre à l'apurement financier initial, ce pandant le doute s' interpretent dans les contracts d'adhesion en faveur de la partie soumise afin de parvenir la justice contractuelle, mais la doctrine islamique a une vision spicifique et just dans ce sujet.

Mots clés:

le principe de l'autonomie de la volonté, interprétation du contrat, l’intention commune, doute, adhesion, la justice contractuelle.