



جامعة ألكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الإرادة في العقد المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص : عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذ:
مخلوف كمال

إعداد الطالبة :
ولد والي سيلية

لجنة المناقشة

الأستاذ: د./...قتال... حمزة..... رئيسا

الأستاذ: د/مخلوف كمال..... مشرفا ومقررا

الأستاذة: ...لوني.. نصيرة..... عضواامتحنا

تاريخ المناقشة

13مارس2016

شكر

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله تعالى: ﴿ فَادْكُرُونِيْ أَدْكُمْ وَأَشْكُرُوا لِيْ وَلَا تَكْفُرُونِ ﴾

ويقول عليه الصلاة والسلام : « من لم يشكر الناس لم يشكر الله » .

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف الفاضل مخلوف كمال، الذي كان معي خير دليل طيلة انجاز هذا البحث، ولم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة وكان نعم المرشد ولم يدخر أي جهد رغم انشغالاته، مما كان له الأثر الطيب في انجاز هذا العمل.

فجزاه الله عني كل خير .

كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين سيثرون هذه المذكرة بملاحظاتهم القيمة وعلمهم النافع، مما سيكون له الأثر الطيب في إخراج هذه المذكرة بالصورة المثلى.

وكل الشكر والعرفان إلى من منحني الدعم والثقة، وساهم بشكل كبير في انجاز هذا

العمل .

إهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على عبده ورسوله محمد أفضل الرسل وخاتم النبيين، الحمد لله الذي تم بفضلله انجاز هذا العمل المتواضع، اهدي ثمرة هذا المجهود:

إلى من تبتسم عيني قبل لقائها وينشرح صدري لرؤية ابتسامتها ويبكي قلبي لفراقها أُمي سامحيني فحبري وقلمي لا يوفي حقك وكلمات العالم لا توفي قدرن وحبك بقلبي لكن أنت تعلمين أكيد دون أي كلمة أو تعبير أني احبك وعن بعدك وهجرانك أنا لا أقوى فهذا مستحيل أسأل الله أن يحفظك لي ويديمك نعمة علي ويجعلك تاجا افخر به أمام الناس فأنت غاليتي يا أُمي .

إلى أبي الفاضل الشامخ المكارم والراسخ الفاضل،الحريص علي رؤوف بي رحيم سندي المتين وأنيسي المعين .

إلى دفئ البيت وسعادته أخواتي كمال وفريدة ولمياء حفظهم الله .

إلى كل الأهل والأقارب من قريب وبعيد.

إلى رفقاء الدرب الذين كانوا بمثابة إخوة،زملائي وصديقاتي العزيزات .

إلى جميع أساتذة وطلبة معهد الحقوق.

إلى من احتواهم قلبي ولم يذكرهم قلمي.

قائمة المختصرات

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.أ.ج: قانون الأسرة

ق.ت.ج: القانون التجاري

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ط: الطبعة

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

ع: العدد

ص: الصفحة

ص ص: الصفحة من ... إلى ...

يعتبر الإنسان اجتماعي بطبعه لا يمكنه أن يعيش بمعزل عن المجتمع، لأنه يلجأ إلى غيره لتلبية حاجاته ومصالحه اللامتناهية، وذلك بالدخول في علاقات قانونية متشعبة مع عدة أطراف، ولعل العقد يمثل أفضل وأنجع وسيلة لديه لتحقيق غاياته، كما أن العقد من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوكات الإنسان قديماً وحديثاً لأنه ينظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإقرار الحق وفرض الالتزام.

نظراً لدوره الهام المناط بالإرادة الحرة في التعاقد، فقد تركز لها السلطان الأكبر في الروابط العقدية إذ غلب مبدأ سلطان الإرادة أغلب الأنظمة القانونية نتيجة لازدهارها، وانتشار المذهب الفردي وتمجيده لإرادة وحرية الفرد ومصالحه في المجتمع، يكفي لتكوين وإنشاء علاقة عقدية مع تحديد آثارها أن يتطابق الإيجاب بالقبول وبذلك صارت الإرادة الحرة مصدراً للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية.

فالإرادة هي المحرك الذي تدور حوله أعمال الإنسان سواء الخاصة منها، أو في علاقته مع أفراد المجتمع الذي يعيش فيه، ولقد ارتبطت حرية الإرادة أو الحرية العقدية بالمبدأ المعروف سلطان الإرادة.

يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر بأربع مراحل، الأولى منها مرحلة التصور وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه، والثانية مرحلة التدبر فيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج، والثالثة مرحلة التصميم وفيها يبت الشخص في الأمر وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة وهي الإرادة نفسها، والرابعة مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي فيفصح عن إرادة معينة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين.

يرى المتمسكون بمبدأ سلطان الإرادة بأن الإرادة هي صاحبة السلطان في تكوين العقد والآثار المترتبة عليه، بل لها السلطة في جميع الروابط القانونية العقدية وغير العقدية.

لقد عرف القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة معتمداً في ذلك على الفلسفة القانونية ومعنى ذلك أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، كما واصل مبدأ سلطان الإرادة انتشاره في معظم المجالات، الذي هو من نتائج المذهب الفردي الذي يعتبر بأن الإرادة هي التي تولد الحق أي أنها مصدر للالتزام فإن الإرادة الحرة هي التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون.

إن تطور الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت على النظرية العامة للعقد تتمثل في ظهور المذهب الاجتماعي وفلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة.

فقد اعتبر المذهب الاجتماعي الفرد جزءاً لا يتجزأ من المجتمع الذي لا يقوم على أساس التضامن والمنفعة العامة، لذا كانت الروابط الاجتماعية تعلو إرادة الفرد، وأن الصالح العام هو الذي يسيطر على هذه الإرادة فالإرادة لا تصلح أن تكون أساساً للعقد بل أساسه العدالة أو المصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها المجال إلا بقدر ما يتفق مع المصلحة العامة. كما أن العقد حسب هذا المذهب ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق النظام الاجتماعي وتوجيه الإرادة من أجل ذلك، وهو ما أدى إلى تقييد الإرادة والحد من دورها وذلك من خلال تدخل المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الذي يسلطه عليه الطرف القوي، وكذا حماية الطرف الضعيف من تلك الشروط المجحفة في حقه بإسم سلطان الإرادة.

يظهر ذلك من خلال نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لأن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يستشف من تقريره لمبدأ الرضائية وحرية التعبير واعتداده بعيوب الرضا، والعمل بمنطق ومقتضيات نظرية الإرادة الباطنة.

غير أنه عند النظر في الموضوع يظهر العكس فالمادة 59 مدني تنص على مبدأ الرضائية، إلا أنه يرد على ذلك قيود موضوعية وشكلية يجب مراعاتها فالعبرة بتقابل التعبيرين لا بتقابل الإرادتين.

كما يظهر أنه لم تحدد طريقة خاصة يتم بها التعبير وذلك من منطلق أنه مجرد وسيلة مادية لا قيمة لها، ومن ثم فلا تؤثر بشكل من الأشكال على الإرادة .

وهذا هو السائد بنظرية الإرادة الباطنة إذ المعمول به هي الإرادة الكامنة في نفس صاحبها لا الوسيلة التي تم التعبير بواسطتها عن مكنوناتها وعلى ذلك فلا يشترط شكل خاص، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح التعبير عنها فيكون التعبير بالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف لا يدع مجال للشك في دلالة على مقصود صاحبه.

كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، بل قد يكون السكوت في بعض الأحيان تعبيراً عن الإرادة، وكلها لها نفس القيمة في نظر القانون. إلا أنه لم يعد التعبير مجرد وسيلة لا يؤثر على الإرادة بل صارت هذه الأخيرة تنقيد بمقتضياته، وعلى هذا الأساس لم تعد الإرادة هي التي يريدها صاحبها وإنما التي يفهمها المخاطب بها.

فالإرادة تنقيد بالتعبير الذي دل عليها إذ لا يمكن الادعاء بخلاف ذلك ما لم يتبين عكس ذلك من خلال الوقائع، وللقاضي عندها أعمال سلطته التقديرية في الكشف عنها. نجد أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب العامة، فبإمكان المتعاقدين تضمين العقد ما شاءا من بنود وشروط، وأنها حرة في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وإنهائه.

يخضع العقد في تكوينه لمبدأ سلطان الإرادة بحيث لا يكون لإرادة الأطراف دوراً بارزاً في إبرامه. وحتى يكون العقد صحيحاً يجب أن تكون إرادة الطرفين (المتعاقدين) غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية ملزمة بين الدائن والمدين التي يعبر عنها بالعقد شريعة المتعاقدين، كما يجب على القاضي أن يتجه إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في تكوين العقد، ولا يقتنع بالمظهر الخارجي المتمثل في التعبير عنها.

فالأهمية من دراسة هذا الموضوع تعود إلى معرفة ما هو الدافع الذي تلعبه الإرادة في التأثير على نية المتعاقدين، ومدى كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وقدرتها على تحديد آثار التصرف القانوني.

إذ تهدف دراستنا في هذا الشأن بالاعتماد على المنهجين التحليلي والوصفي إلى تبيان الدور الفعال للإرادة في تكوين العقد من خلال البحث عن مفهوم الإرادة ومعرفة القيود الواردة على الإرادة .

فمن خلال هذا تبين لنا أن نطرح الإشكالية كالآتي:

ما هو دور الإرادة في مجال إبرام العقود؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نضع خطة مقسمة إلى فصلين، الفصل الأول فيه مفهوم الإرادة التعاقدية وهو بدوره ينقسم إلى مبحثين، المبحث الأول نتطرق فيه إلى ذكر وجود الرضا والمبحث الثاني إلى تطابق الإرادتين.

أما في الفصل الثاني تحت عنوان القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني فهو بدوره مقسم إلى مبحثين، المبحث الأول نتطرق فيه إلى تطبيقات عن الحد من مبدأ الرضائية في بعض العقود، وأما المبحث الثاني فخصصناه لتدخل المشرع والقاضي عند التنفيذ والإنهاء.

الفصل الأول

مفهوم الإرادة التعاقدية

إن للإرادة سلطان أكبر في المجال التعاقدية، نظرا لما تتمتع به من حرية في الدخول في العلاقات التعاقدية، ونظرا لما لها من دور في إنشاء العقود وتحديد آثارها، وكذا إنهاء العلاقة التعاقدية بعد إبرامها⁽¹⁾.

إن الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن باتخاذ موقف وهذا ما يستدعي الإدراك. يجب عليه أن يظهرها إلى العالم الخارجي الذي يعبر عنها باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أو أي طريق آخر بشرط أن يكون أهلا قانونا، ومتمتعاً بأهلية الأداء وأهلية الوجوب ويكون مدركا لكل تصرف يقوم به⁽²⁾.

فحتى يتكون العقد يجب أن تقتنر إرادة المتعاقدين على إحداث آثار قانونية، يجب أن يتلقى الموجب قبولا على إيجابه، فوقت حدوث الاقتران يصبح العقد تاما ومرتبيا لجميع آثاره.

وبشترط في إرادة المتعاقد خلوها من أي عيب من عيوب الإرادة لما للإرادة من أهمية في تكوين العقد، سواء كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء التعاقد.

وقبل التطرق للدراسة، ارتأينا أولا معرفة كيف يوجد الرضا في مبحث أول، وفي المبحث الثاني تطابق الإرادتين.

(1) علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 68.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط 3 سنة 1998.

المبحث الأول: وجود الرضا

بهدف دراستنا للرضا يجب التفرقة بين القواعد الخاصة بوجوده، وتلك الخاصة بصحته فالتراضي يعني وجود إرادة يعتد بها القانون، تم التعبير عن هذه الإرادة، ثم تلاقي إرادتين تطابقهما.

لا تعتبر كلمة الرضا التي أطلقها المشرع على الركن الأول للعقد بدقة المعنى المقصود وقد أخطأ المشرع في ترجمة كلمة le consentement التي تفيد توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضي المتعاقدين كما يتجلى ذلك من مضمون المادة 59 ق.م.ج: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية »⁽¹⁾.

وأما لفظ «الرضاء» فإنه يعني رضاء شخص واحد دون الثاني، لذا يستحسن استعمال مصطلح التراضي عوض الرضا، والتراضي هو ظاهرة مركبة، تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنها وتبادلها من قبل الأطراف فيندمج بعضها ببعض لتكون الإرادة المشتركة. وتوافق الإرادتين هو ما يعبر عنه بالتراضي أو الرضا العقد فلا وجود للعقد إذا لم يتوافر الرضاء به.

ووجود الرضا لا يكفي لإنشاء العقد صحيحا، إذ لا بد أن يأتي الرضا سليما من العيوب وإلا اعتراه الفساد بالرغم من قيامه ويكون مهددا بالزوال. لذا سنتكلم عن وجود الرضا في العقد في المبحث الأول، وكيفية ارتباط أو تطابق الإرادتين في المبحث الثاني .

⁽¹⁾ أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم.

المطلب الأول: وجود الإرادة وأنواعها وشروطها

لكي ينعقد العقد يجب أن يوجد لدى الشخص إرادة ذاتية يعتد بها قانوناً، ولكن وجود إرادة ذاتية يعتد بها القانون وحدها لا تكفي وإنما يلزم أن يتم التعبير عنها.

الفرع الأول: أساس الإرادة الإدراك واتجاهها إلى إحداث آثار قانونية.

أولاً: الإدراك

الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة ويميز علماء النفس بين عدة صور للإرادة، معتمدين في ذلك على قدرة وتطور إدراك كل كائن، أما القانون فإنه لا يعتد إلا بالإرادة الجدية.

فيجب أن تكون هذه الإرادة الجدية قد صدرت من شخصية قانونية مؤهلة تؤدي إلى إحداث آثار قانونية⁽¹⁾.

1- وجود إرادة قانونية

يجب أن يكون صاحب الإرادة مؤهلاً أي أن تكون له الشخصية من جهة، وأن يتمتع بأهلية الأداء وهي أهلية التعاقد من جهة ثانية.

1-أ- اكتساب الشخصية القانونية

الأشخاص القانونية: نوعان الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري أو المعنوي.
والشخص الطبيعي هو الإنسان ومنذ سقوط نظام الرق الذي كان يحرم العبيد من الشخصية القانونية باستثناء بعض المحكوم عليهم ببعض العقوبات الجنائية كالموت المدني.

(1) نبيل سعد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 1994، ص 70.

أصبح كل إنسان ذكرا أو أنثى يتمتع بالشخصية القانونية من يوم ولادته إلى يوم وفاته⁽¹⁾. أما الشخص الاعتباري ليس له وجود حقيقي فوجوده مفترض فقط، وقد نصت المادة 49 من ق.م.ج⁽²⁾ على الأشخاص الاعتبارية منها: « الدولة والولاية والبلدية .

- المؤسسات والدواوين العامة ضمن الشروط التي يقرها القانون.

- المؤسسات الاشتراكية والتعاونيات والجمعيات وكل مجموعة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية».

فالقانون هو الذي يحدد شروط اكتساب الشخصية القانونية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فتكون لها حقوق وواجبات، وذمة مالية وموطن مثلها مثل الشخص الطبيعي.

1-ب- أهلية التعاقد

تقاس قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه، أي بدرجة إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة، فقد ذكر المشرع في المواد من 42-44 ق.م.ج القواعد العامة التي تحكم الأهلية، وتضمنت المادة 78 من ق.م.ج المبدأ الذي يقضي بأن: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون»، ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز، أو المجنون أو المعتوه⁽³⁾، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 69.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 72.

(3) المجنون: هو الشخص المصاب باضطراب عقلي يعدم إرادته وإدراكه، أما المعتوه فهو الذي يفهم بعض الأشياء دون غيرها بسبب مرض أو لكبر السن، وتكون تصرفات المجنون والمعتوه، باطلة بطلانا مطلقا، وذلك لانعدام ركن التراضي طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة، محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 64.

وأما الشخص ذو الغفلة أو السفية⁽¹⁾ أو الصبي المميز⁽²⁾ غير الراشد فأهليتهم ناقصة فقط لأن العقل غير معدوم لديه، بل هو ضعيف بسبب مرض، أو أنه لم ينم بقدر كاف يجعله مدركا تماما لما يقوم به من تصرفات ويكون لناقص الأهلية عكس عديم الأهلية الحق في مباشرة بعض التصرفات، إلا أن المشرع لم يضع معيارا لتعيينها⁽³⁾.

إلى جانب هذه العوارض للأهلية التي تصيب الإنسان تارة في عقله فتتعدم أهليته وتارة أخرى في تدبيره فتتقص أهلية، فهناك ظروف قانونية أو مادية أو جسمانية تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية رغم تمتعه بكامل قواه العقلية وسلامة تدبيره، فالمادة 6 من قانون العقوبات⁽⁴⁾ تقضي بالحجر القانوني على المحكوم عليه جنائيا .

وأما موانع الأهلية بسبب ظرف مادي هي حالتا المفقود والغائب، اللتان تتناولهما المشرع في المادتين 109 و 110 من قانون الأسرة، وأما موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني فهي الحالة التي استخدمها المشرع في المادة 80 ق.م.ج التي تتعلق بالعاهات الجسمانية حيث قضت أحكام هذه المادة: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار

(1) السفية: هو الشخص الذي يبذر ماله على غير ما يقتضي العقل، وأما ذو الغفلة: فهو الذي لا يعرف ما ينفعه وما يضره حيث يمكن غبنه بكل سهولة، محمد حسنين، المرجع السابق ص 67. ويعتبر رضا السفية وذو الغفلة معيبا يترتب عليه قابلية العقد للإبطال، غير أنه على عكس عيوب الرضا الأخرى التي يجب إثباتها-نقص الأهلية بعد قرينة قطعية على عيب الرضا حسب المادة 101 مدني. وتجدر الإشارة هنا إلى التناقص الموجود بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة الذي ألحق حالة السفية بحالة المجنون وعليه تكون التصرفات التي يقوم بها السفية باطلة بطلانا مطلقا طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة.

المادة 107 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 لسنة 2005 .

(2) حددت المادة 42 ق.م.ج سن التمييز بستة عشر سنة .

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 71.

(4) القانون رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1996 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/01، المؤرخ في ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 16 فيفري 2014، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 11 جوان 1996.

المساعدة»، فيصبح الشخص غير قادر على إصدار إرادة قانونية إذا اجتمعت لديه عاهتان رغم أنه راشد ويتمتع بكل قواه العقلية.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فإن أهليتها تحدد من خلال أهدافها الاجتماعية.

ثانياً: اتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية

يجب أن تتجه إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، أي أن يكون راغباً في الارتباط بحالة قانونية. فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفيذها جبراً إذا اقتضى الأمر⁽¹⁾.

والمقصود بها أن تصدر من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام، ويترتب على ذلك أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض، أو من انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء أو نحو ذلك. ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، كما هو الحال في المجاملات الاجتماعية، والتبرع بتقديم خدمات مجانية، والاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة.

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المتعلقة على محض المشيئة. ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني⁽²⁾.

⁽¹⁾ جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1 سنة 2000، ص 285.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق.

أ. إرادة الهازل

لا يعد بهذه الإرادة لأن صاحبها لا يقصد باللفظ الصادر منه المعنى الحقيقي أو المجازي للإرادة، كأن يعرض الهازل بيع بيته للغير إلا أنه في الحقيقة لا ينوي مباشرة هذه العملية القانونية ولا يرغب في نقل ملكية بيته، فإرادة الهازل لن تتصرف إلى إحداث أثر قانوني.

ب. الإرادة الصورية

إلى جانب الإرادة الظاهرة التي يتم الإعلان عنها للغير، فقد تكون للمعبر إرادة ثانية خفية هي الإرادة الحقيقية، والعبارة تكون بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ إليها المعبر لاعتبارات عديدة قد تكون شرعية، وقد تكون غير ذلك، فقد يعلن شخص أنه باع سيارته. ولكنه في الحقيقة قام بتأجيرها أو إعارتها، بغرض إخفاء ملكيتها عن دائنيه إلا أن الإرادة المتضمنة عرض بيع السيارة هي إرادة صورية لا يعتد بها قانوناً.

ج- الإرادة المتعلقة بمحض المشيئة

إن مثل هذه الإرادة لا ينتج أثرها وقت صدورها، وإنما ينتج أثرها عندما يرغب صاحبها بها مستقبلاً كأن يقول الشخص أبيع بيتي إذا أردت. إن هذا القول لا يرتب أثراً إلا بعد حصول رغبة البيع عند القائل في وقت لاحق علماً أن هذه الرغبة متوقفة على محض إرادته فقط، إن هذه الإرادة غير جدية ولا يمكن الاعتماد بها قانوناً لأن صاحبها لا يرغب وقت صدورها في الارتباط مع غيره .

د - الإرادة المقترنة بتحفظ ذهني

لا يعتد بمثل هذه الإرادة إذا علم من وجهت إليه بالتحفظات الذهنية التي ترافقها، وخاصة إذا كانت هذه الأخيرة تمنع ترتيب أي أثر كان في مواجهة الكل⁽¹⁾.

(1) محمد همام محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر 2004، ص 48 .

الفرع الثاني: أنواع الإرادة وموقف المشرع الجزائري

أولاً: أنواع الإرادة

الإرادة وإن كانت في الأصل ظاهرة نفسية، إلا أنها عند إعلانها إلى العالم الخارجي تصبح ظاهرة اجتماعية، وقد تختلف الإرادة كظاهرة نفسية عن الإرادة كظاهرة اجتماعية، أي قد تختلف الإرادة الكامنة عن الإرادة المعلنة بسبب غموض في التعبير مثلاً أو خطأ فيها. وفي هذه الحالة يصبح التساؤل بأي الإرادتين يؤخذ بالإرادة الكامنة أي الباطنة⁽¹⁾، أم بالإرادة المعلنة أي الظاهرة اختلفت المدرسة الفرنسية في هذا الموضوع عن المدرسة الألمانية.

أ- نظرية الإرادة الباطنة⁽²⁾

مضمون نظرية الإرادة الباطنة يقوم على أن العقد قوامه الإرادة، وهي مستمدة من المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، لأن الإرادة النفسية هي الأصل. ولذلك يجب الاعتداد بالإرادة الحقيقية لأنها وحدها هي التي تلزم الشخص للتعبير عن هذه الإرادة.

فالتعبير عن الإرادة ما هو إلا مجرد وسيلة مادية للكشف عن الإرادة، وبالتالي لا يؤثر بأي شكل كان على مضمونها، فالمعنى الذي تحمله الكلمة أو الإشارة أو اللفظ المستعمل تعبيراً عن الإرادة يمكن إثبات عكس ذلك إذا اقتضى الأمر، بمعنى أنه إذا ثبت أن الإعلان عن الإرادة لا يتفق وحقيقتها، وجب الأخذ بالإرادة لا بالإعلان عنها وإن أدى هذا إلى عدم انعقاد العقد.

تقوم هذه النظرية على مبدأ تكريس المجتمع لخدمة الفرد، إذ أن حماية مصالح الفرد أولى من حماية مصالح المجتمع واستقرار المعاملات، وتترتب على هذه النظرية عدة نتائج منها:

- الغلط عيب من عيوب الرضا وهو مبطل للعقد.
- وفاة أو نقص أهلية المعبر تسقط الإرادة ولو صدرت قبل وفاته أو حدوث نقص في أهليته.
- المقصود بتأويل العبارة الغامضة هو البحث عن نية المتعاقد.
- السبب في التصرفات القانونية هو الدافع للتعاقد.

(1) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998، ص 9 .

(2) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 77 .

ب- نظرية الإرادة الظاهرة:

ترى هذه النظرية التي تقدمت بها المدرسة الألمانية في منتصف القرن العشرين، أن القانون يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا بالمظاهر النفسية، ومن ثم فإن الإرادة الكامنة في النفس غير جديرة بالحماية القانونية، فالعبرة حينئذ تكون بالإرادة الظاهرة فقط⁽¹⁾.

والإرادة التي تنتج أثرا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، لا في مكنها -وهي تختلج في الضمير - ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها. فالعبرة بهذا الإفصاح هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه، دون الحاجة إلى تحسس ما تتطوي عليه النفس من نيات.

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقا خاصا للتعبير، فقد يكون تعبيراً صريحا أو ضمنيا وقد يكون مجرد سكوت المهم أن تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة. فالمظهر الخارجي للإرادة يتمثل في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة وهو العنصر الأصلي في الإرادة وهذا ما يجعل إثبات العكس أمرا مستحيلا.

ترمي هذه النظرية إلى حماية المجتمع على حساب المصالح الفردية، بحيث يتحمل الفرد النتائج المترتبة عن سوء استعمال أو اختيار الألفاظ أو الكلمات للتعبير عن إرادته⁽²⁾. ويترتب على هذه النظرية نتائج مغايرة للنظرية الأولى منها:

- الغلط لا يفسد الرضا.
- الوفاة لا تؤثر على صلاحية التعبير الحاصل قبل الوفاة بحيث ينجز أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه.
- العبارة الواضحة تلزم القاضي والأطراف، ولا يسمح بالبحث عن النية المشتركة.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 76 .

(2) علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 76.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لقد اختلف الفقهاء بشأن تحديد موقف المشرع من هذه المسألة، فمنهم من يعتقد أنه أخذ مبدئيا بالإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، ولم يرجع إحداها على الأخرى. وبعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم (أ) يتضح أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الباطنة ولا بالإرادة الظاهرة، وإنما اعتمد تصورا جديدا (ب) .

أ. آراء الفقهاء:

- أنصار الإرادة الباطنة: يستند أصحاب هذا الرأي على عدة أدلة نذكر منها:
- من مضمون المادة 59 ق.م.ج فالمشرع يشترط تطابق الإرادتين، ولو كانت العبرة بالتعبير عن الإرادتين لعبر عنها أن: «العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتهما»⁽¹⁾ .
- بمقتضى المادة 98 الفقرة 2 فإن: «السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورته»، وتفيد أحكام هذه المادة أن العبرة بالإرادة الباطنة وإلا كيف يثبت صورية السبب .
- تلزم الفقرة 2 من المادة 111⁽²⁾ من ق.م.ج القاضي عند تأويله للعبارات الغامضة في العقد بالبحث عن " النية المشتركة " فالعبرة إذن بالإرادة الباطنة.
- أنصار نظرية الإرادة الظاهرة: يستدل أصحاب هذا الرأي بالحجج التالية:
- أشار المشرع الجزائري في المواد 59 و 60 و 61 من ق.م.ج إلى أن التعبير عن الإرادة الذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة.

(1) وحيد الدين سيوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1979، ص 285، حيث يرى من خلال نص المادة 92 سوري والمادة 89 مصري، المطابقتين تماما للمادة 59 جزائري أن المشرع اعتمد الإرادة الظاهرة.

(2) المادة 111 ق.م.ج تنص على: « إذا كانت عبارة العقد غير واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

- ترتب أحكام المادة 62 ق.م.ج آثارا على التعبير عن الإرادة الصادر من شخص فقد أهليته أو توفي بعد ذلك، ولو كانت العبرة بالإرادة الباطنة لسقط التعبير عن الإرادة بمجرد وفاة صاحبه أو فقدانه لأهليته⁽¹⁾.
- يشترط في إبطال العقد بسبب التدليس أو الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، أن يكون المتعاقد المستفيد عالما بذلك علما حقيقيا أو حكما، وهذا يعني أن أساس العقد هو الإرادة الظاهرة.
- يلتزم القاضي طبقا للمادة 111 ق.م.ج بعبارة العقد الواضحة والتي تمنعه من البحث عن إرادة المتعاقدين، وهذا يعني أن العبرة بالإرادة الظاهرة.
- تسمح المادة 198 ق.م.ج لدائني المتعاقدين والخلف الخاص إذا كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري أي الإرادة الظاهرة.
- أما بخصوص المادة 98فقرة 2 ق.م.ج المتعلقة بالسبب، فالمبدأ فيها هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة والاستثناء هو الرجوع إلى الإرادة الباطنة.

ب - الإرادة التي يمكن التعرف عليها:

كما يظهر من الحجج السابقة الذكر والتي تقدم بها الفقهاء دعما لآرائهم، فإن أحكام القانون المدني تتأرجح بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة، وأن الحل في مثل هذه الحالة يكمن في تحديد ما يعتبر من القاعدة العامة وما هو مجرد حالة استثنائية، ويبدو أن الفقهاء اعتمدوا هذه الطريقة ولكن الأمر ليس بهذه البساطة لأن الأحكام التي تضمنها التقنيين المدني الجزائري ليست مجرد نقل آلي للحلول التقليدية، بل صيغت في ضوء الحقائق الجديدة.

إن الغلط كعيب من عيوب الرضا هو أحد الحجج التي دفع بها أنصار الإرادة الباطنة. لكن عدم التدقيق في أحكام هذا العيب تبطل هذه الحجة.

(1) وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 287.

فالمادة 81 ق.م.ج تعتد بالغلط الجوهرى، وقد عرفت المادة 2/82 الصفة الجوهرية للشيء على أنها: « يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية».

فالعبرة ليست بنظرة إرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، وإنما بنظرتهم المشتركة التي يتم الاتفاق عليها، وإذا لم يحصل اتفاق تكون العبرة بظروف العقد وحسن النية.

وفي كلتا الحالتين نستبعد النظرة الذاتية للإرادة الباطنة التي ينفرد بها أحد المتعاقدين⁽¹⁾.

- لقد دفع أنصار الإرادة الباطنة كذلك بأحكام المادة 2/111 ق.م.ج المتعلقة بتأويل العقد والتي تلزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة، إلا أن المشرع حدد طريقة البحث عن هذه النية بوضعه بعض المعالم منها: طبيعة التعامل والثقة والأمانة والعرف.

والغرض من هذه المعالم التي تلزم القاضي بإتباعها هو الحد من تعسف أحد المتعاقدين في تأويل إرادته، كما تسمح بذلك نظرية الإرادة الباطنة.

وتكون العبرة بالإرادة الباطنة بشرط أن تكون مطابقة لما تقتضيه طبيعة المعاملة والثقة والأمانة وحسن النية بين المتعاقدين، فالعبرة تكون بالإرادة الباطنة المجردة من كل غش وأناية⁽²⁾.

وإذا كان المقصود بالسبب هو الباعث تكون العبرة بالإرادة الباطنة، فإن القضاء أصبح يشترط بالنسبة لعقود المعاوضة علم المتعاقد الثاني بعدم مشروعية الباعث لإبطال العقد.

إضافة إلى كل هذا فإن المشرع يلزم القاضي في تقديراته المختلفة بالرجوع إلى معطيات موضوعية كالعرف والعدالة والثقة.

فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريد صاحبها، بل كما يفهمها الغير وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكل منهما.

فالإرادة التي يعتد بها هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش والتي تتفق مع العرف وظروف المعاملات والثقة التي يربوها كل متعاقد.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 79.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 606.

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة

كما سبق القول أن وجود الإرادة وحدها لا يكفي، حيث أن الإرادة في ذاتها أمر كامن في النفس وبالتالي لا يمكن الوقوف عليها إلا إذا اتخذت مظهرها اجتماعيا، والتعبير عن الإرادة هو المظهر الذي تظهر به إلى العالم الخارجي، حيث يكون لصاحب الإرادة إمكانية اختيار الصورة التي يريد بها في التعبير عن إرادته⁽¹⁾.

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة

إن إظهار الإرادة أمر لا بد منه، ويتم بطرق مختلفة، يترتب عليه آثار قانونية.

1- التعبير الصريح:

وهو الذي يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، وذلك باتخاذ وسيلة موضوعية في ذاتها للكشف عن الإرادة، وجاءت المادة 60 ق.م.ج التي عالجت هذا الموضوع مجسدة لمبدأ الرضائية، إذ يتمتع الفرد بالحرية التامة فيما يخص الكيفية التي يعبر بها عن إرادته، وقد يكون ذلك باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف⁽²⁾.

يقصد باللفظ الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة أو بواسطة الهاتف أو عن طريق إيفاد رسول، وبأية لغة كانت بشرط أن يفهمها المتعاقدان أو يستعينا بالوسائل التي تمكنهما منه. أما الكتابة فقد تكون عرفية أو رسمية، وقد تكون كتابة خطية أو بالآلة الراقنة، أو معلقات أو منشورات... الخ .

ونذكر من بين الإشارات المتداولة بين الناس هز الرأس أفقيا، ويدل على الموافقة في حين أن هزه عموديا يفيد الرفض، أما فيما يخص اتخاذ الموقف الذي لا يدع شكا في دلالاته فقد يتمثل في عرض البضائع للبيع، أو في توقيف سيارة أجرة في محطة المسافرين... الخ.

(1) نبيل سعد إبراهيم ، المرجع نفسه ص 81 .

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2005، ص186.

ولقد قام الفقه بوضع تصنيف لهذه الكيفيات المختلفة للتعبير عن الإرادة فميز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني، وتظهر أهمية هذا التصنيف عند تقييد حرية التعبير.

2- التعبير الضمني:

هو الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، وذلك أن التعبير عن الإرادة لم يأخذ وسيلة موضوعية في ذاتها للكشف عنها، ولكن يستنتج هذا التعبير من ظروف أو مواقف يوجد فيها الشخص، فيرجح أن إرادته قد انصرفت إلى معنى معين.

يكون التعبير ضمنيا إذا لم تتصرف نية الشخص عند كلامه أو إشارته أو كتابته إلى الكشف عن الإرادة، ومثاله بقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتقعا بالعين المؤجرة وقبول المؤجر بالأجرة دون اعتراض، فهذا يعد إيجابا ضمنيا من المستأجر بتجديد الإيجار وقبولا ضمنيا من المؤجر، والأصل أن للتعبير الضمني نفس القيمة القانونية للتعبير الصريح وبالتالي للأفراد الحرية في التعبير عن إرادتهم بالطريقة التي تروق لهم، إلا أن القانون قد يستلزم في بعض الأحيان أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للتعبير عن الإرادة

ومعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة ليس واقعة مادية يتجاهلها القانون بل يأخذها بعين الاعتبار، بحيث يستفيد الغير من حماية القانون على عكس القانون القديم الذي لا يرتب آثار قانونية على التعبير عن الإرادة لانعدام الأسس القانونية، فإن المادة 61 ق.م.ج تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يصل فيه لعلم من وجه إليه.

(1) يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذته المعبر ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة ولكنه لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط2 سنة 2004 ص، 84.

فهنا نتطرق إلى الوقت الذي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني، ونشير إلى حالتي وفاة المعبر، أو فقدانه الأهلية قبل أن ينتج التعبير أثره كليا⁽¹⁾.

أولاً: الوقت الذي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني

والتعبير عن الإرادة -سواء كان صريحا أو ضمنيا، سواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة-، لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه، ولكنه لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه. العبرة في التعبير بوجوده القانوني، لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير، وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره.

ويتحقق الوجود الفعلي بمجرد صدور اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ الموقف، بينما الوجود القانوني يكون عند اتصال اللفظ أو الكتابة بعلم من وجه إليه⁽²⁾.

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا مثلا فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب فمتى وصل إلى علمه أنتج أثره، فلا يجوز العدول وقت العلم به بل هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه.

وإذا كان التعبير قبولا فإنه لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به، وأثر القبول أكثر من أثر الإيجاب، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب وهذه هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين غائبين⁽³⁾.

كما ورد في المادة 61 من ق.م.ج التي تنص على: « ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »، غير أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

(1) محمد همام محمود زهران، المرجع السابق، ص 74.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 86.

(3) علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 86.

فإذا تم التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة فوقت وصولها إلى المرسل إليه هو وقت العلم بالتعبير، ولكن إذا كان المرسل إليه في سفر مثلاً فله أن يثبت أنه لم يعلم بالرسالة إلا بعد رجوعه.

ثانياً: أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة

القاعدة أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن الشخص بمجرد صدوره، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى ولو مات أو فقد أهليته، وهنا اعتبر القانون المصري أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه مادام قد تم له الوجود الفعلي، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقد أهليته⁽¹⁾.

وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة، التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده للأهلية، وإذا اعتبر القانون المصري الجديد ذلك فقد رتب عليه نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم المصري، فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقدان الأهلية بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه، وهذا ما تقضي به المادة 92 مصري الموافقة للمادة 62 ق.م.ج التي تنص على: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا، ما لم يثبت العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». يجب أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد أهليته هو الموجب، أو هو القابل فإذا كان من أصابه الموت أو فقد أهليته هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصل إلى علم من وجه إليه، فهذا لا يمنع من أن ينتج التعبير أثره إذا اتصل بعلم الموجب له باعتباره إيجاباً ومع ذلك فإن العقد لا ينعقد، لأن وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته سيمنع القبول من ترتيب أثره أي الإيجاب صحيح ولكنه عديم الأثر في انعقاد العقد⁽²⁾.

(1) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 80.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 125.

أما إذا كان من مات أو فقد الأهلية هو القابل (الموجب له) بعد أن صدر منه القبول المطابق، فإن هذا التعبير يبقى قائما وينتج أثره عند اتصاله بعلم الموجب. وبالتالي تتعد عقدة العقد، ما لم يتبين من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن الشخص القابل محل اعتبار أساسي في العقد.

المطلب الثالث: صحة الرضا

يشترط في المتعاقد أن يكون أهلا للتعاقد من يوم إبرامه التصرف، وأن تكون إرادته التي عبر بها غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، وهذه الأخيرة نص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 مدني وهي على التوالي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال⁽¹⁾.

الفرع الأول: الغلط

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيعتقد أمرا على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد. وغير الحقيقة إما تكون واقعة غير صحيحة توهم صحتها، وإما أن تكون واقعة صحيحة، توهم أنها غير صحيحة⁽²⁾.

الغلط يعيب الإرادة ويدفعها للتعاقد، في حين لو كان المتعاقد على علم بالأمر لما تعاقد أو تعاقد بطريقة مغايرة، فالغلط يؤثر عليها من حيث اتخاذ القرار، مما يؤدي إلى عدم مطابقة التعبير للنية الحقيقية.

وبالنظر إلى نصوص القانون المدني نجد المادة 81 تنص: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله»، يتبين من نص المادة أنه يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة أن يكون جوهريا، وبالتالي يؤدي إلى قابلية بطلان العقد.

وجاءت المادة 82 مدني فقرة 1 تعرف الغلط الجوهري على أنه: «يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

(1) عبد الرزاق دريال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع 2004، ص 21.

(2) محمد السعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 14.

من خلال هذه النصوص، فإن القانون يرجع مسألة جوهرية الغلط من عدمه إلى الشخص أي اعتماده في ذلك على معيار ذاتي أو معيار شخصي، وبذلك يسلك المشرع الجزائري نفس مسلك كل من القانونين الفرنسي والمصري، بأخذه المعيار الشخصي في تحديد الغلط الجوهرية وذلك حسب ما يقوم من أوصاف معتبرة للشيء في ذهن المتعاقد فتدفعه إلى إبرام التصرف. إلا أنه لو كان يدرك حقيقة هذه الأوصاف لما أقدم على هذا التصرف.

وحتى يكون الغلط سببا لإبطال العقد يجب أن يكون جسيما ومؤثرا، وتقدير الجسامة أمر نسبي يختلف من شخص إلى آخر، والمشرع الجزائري أخذ بالمعيار الشخصي في تقدير جسامة الغلط بنفسية المتعاقد ومن جهة أخرى، أن يكون الغلط مؤثرا بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد فالعبرة في صحة العقد بسلامة الرضا⁽¹⁾.

التقنين المدني الجزائري اعتمد على الغلط الفردي حسب المادة 82 فقرة 1، فمتى وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، فمن حقه طلب إبطال العقد وذلك للمبررات الآتية:

أولاً: إن نظرية عيوب الإرادة تقضي في عيب الغلط بأن يكون المتعاقد مشوب بهذا العيب دون ربطه بإرادة المتعاقد الآخر الذي قد تكون إرادته سليمة، وذلك لأن شروط هذا العيب يجب أن تكون خاصة بإرادة الغالط فقط.

ثانياً: إن مبدأ سلطان الإرادة يعطي للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال هذا العقد لأنه هو الدافع إلى التعاقد، دون النظر إلى المتعاقد الآخر واتصاله بهذا الغلط.

ثالثاً: حتى ولو اعتمدنا الغلط المشترك مثل ما ينص عليه التقنين المدني المادة 85 ق.م.ج وذلك حماية للمتعاقد حسن النية الذي لم تكن إرادته معيبة، فإذا استجاب هذا الأخير إلى تصحيح الوضع حسب المتعاقد الذي وقع في الغلط، وبالتالي يسقط حقه في طلب الإبطال فإن هذا التصحيح يجعل التعبير مطابقاً لما اتجهت إليه الإرادة، وبالتالي العبرة دائماً بالإرادة وليس بالتعبير عنها، وهذا يعكس دور التعبير كوسيلة لإظهار الإرادة⁽²⁾.

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 88.

(2) محمد السعيد جعفر، المرجع السابق، ص 34 و ما بعدها.

الفرع الثاني: التدليس

1- مفهوم التدليس

التدليس هو تضليل المتعاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى إبرام العقد، بحيث لو لم تكن لما قام بالتعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية بهدف إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره إلى التعاقد⁽¹⁾.

فالتدليس يوقع الإرادة في غلط فتوهم الواقع على غير حقيقته، فهو بالتالي يعيب الإرادة، ولا فرق في ذلك إذا صدر التضليل من المتعاقد الآخر أو من الغير.

تصدر الإرادة معيبة فلا تكون قادرة على أحداث آثار قانونية⁽²⁾، وفي نظرية الإرادة لا فرق بين الحالتين، لأنها أظهرت إرادته على غير وعي، فلا يلتزم بهذه الإرادة المعيبة.

نصت المادة 1/86 ق.م.ج على التدليس كعيب في الإرادة بما يلي: « يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ».

2- عناصر التدليس: للتدليس ثلاث عناصر هي:

العنصر الأول: استعمال طرق احتيالية لتضليل المتعاقد به

للحيل صور عديدة تختلف بحسب حالة المتعاقد المدلس عليه، فالمعيار ذاتي في هذا الأمر والقاضي يرجع في تقديرها إلى الظروف الخاصة والحالة النفسية للمدلس عليه.

العنصر الثاني: أن تكون الطرق الاحتياطية هي الدافع للتعاقد

حتى يكون هناك تدليس يجب أن يرتبط استعمال الطرق الاحتياطية بغرض أو بنية التضليل، بأن يدفع المدلس المدلس عليه إلى إبرام العقد، أما إذا انعدمت نية الخداع انتفى

⁽¹⁾ هناك من يرى أن التدليس يقترب من الغلط، مما أدى إلى القول بإمكانية الاستغناء على التدليس والاقتصار على نظرية الغلط، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 109 وكذلك السنهاوري، المرجع السابق، ص 342.

⁽²⁾ يقول الأستاذ فيلالي أن المادة 85 ق.م.ج تمنع من وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، وهذا الحكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر - التدليس - لأن المدلس يكون دائماً ذو نية سيئة تحرمه من حماية القانون، المرجع السابق، ص 120.

التدليس كعيب للإرادة مثل ما يحدث بين إعطاء أحسن الأوصاف وأفضلها عند التجار لسلعتهم وذلك بغرض الإشهار لا غير⁽¹⁾.

العنصر الثالث: أن تكون الطرق الاحتيالية مؤثرة

يعني أن الخداع الذي وقع فيه المدلس عليه يلزم أن يكون جسماً، وهذا يرجع إلى المعيار الذاتي أي إلى حالة المدلس عليه فهناك من يصعب خداعه وهناك من يسهل غشه.

وهذا التقدير يرجع فيه إلى قاضي الموضوع إذا ما كان التدليس هو الدافع إلى إبرام العقد⁽²⁾.

من خلال هذه العناصر يتضح أن التدليس يعيب الإرادة، فيصدر عنها تعبير لا يعكس حقيقتها، وبالتالي المدلس عليه لم تكن إرادته الحقيقية تتجه إلى إبرام هذا العقد لو لم تكن هذه الحيل ونية التضليل حتى يبرم هذا العقد، فالعبرة دائماً بالإرادة الحقيقية وليس بما عبر عنها فمن حق المدلس عليه طلب إبطال هذا التصرف و طلب التعويض⁽³⁾.

أما في الفقه الإسلامي يتحقق ويعتد به سواء بطرق الخداع أم بالكتمان أم بالكذب المجرد ويتحقق كذلك إذا كان صادراً عن الغير، ولا يختلف مع القانون إلا في أمور تخص الكذب المجرد والكتمان.

الفرع الثالث: الإكراه

1- مفهوم الإكراه:

الإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص مما يؤدي إلى اندفاعه إلى التعاقد وما يفسد الرضا ليس الوسائل المستعملة فيه، وإنما الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد. فالإكراه يعيب الإرادة من حيث الحرية بين أن تتحمل الضرر أو إبرام العقد وما صدر عن الإرادة تحت تأثير هذا الإكراه يعتبر قراراً غير صحيح لأنه لا يعكس قصدها.

(1) العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 111.

(2) العربي بلحاج المرجع نفسه، ص 112.

(3) عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 27-28.

وبالتالي فالتعبير الصادر من المتعاقد تحت ضغط الإكراه ليس له أي أثر قانوني، لأنه لا يعكس الإرادة الحقيقية أو الإرادة الكامنة⁽¹⁾.

وإذا كانت العبرة بالإرادة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فلا فرق بين الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر أو الغير، ومنطق الإرادة في الحالتين هو عيب فيها، وما صدر من تعبير عنها لا يطابق اتجاهها الحقيقي⁽²⁾.

تنص المادة 88 ق.م.ج في فقرتها الأولى والثانية: « يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال».

2- شروط الإكراه: حتى يعتد بالإكراه لابد من توفر شروط منها:

أولاً: بعث الرهبة الدافعة للتعاقد

إن ما يعيب الإرادة ليس الإكراه في حد ذاته، وإنما ما يولده في نفس المكره من الرهبة المتمثل في الخطر الجسم والمحدد، فمجرد التصدير الذي ليس فيه خطرا لا يعتد به إكراها. أخذ المشرع تقدير جسامته الخطر بالمعيار الذاتي، كما نص عليه في المادة 88 ق.م.ج وأن تكون هذه الرهبة البينة هي السبب الدافع للتعاقد فتجعل من التعبير الصادر من المكره غير مطابق لإرادة المكره الحقيقية وبالتالي يعد الإكراه عيب في الإرادة يستوجب طلب الإبطال⁽³⁾.

ثانياً: الرهبة غير المشروعة

يشترط المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 88 مدني أن تكون الرهبة تحت ضغط أحد المتعاقدين إبرام العقد دون وجه حق أي غير مشروعة.

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 265.

(2) محمد حسن منصور، محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية ببيروت، 2000، ص 245.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق ص 136.

أما إذا كان الهدف من الإكراه مشروعاً، فلا يمكن أن يؤدي إلى الإبطال مثل تهديد المدين من طرف الدائن بالتنفيذ الجبري على أمواله.

وبالتالي يتحقق الإكراه المؤدي إلى البطلان اعتباراً بصفة الغرض منه وليس بصفة الوسائل هل هي مشروعة أو غير ذلك. والمعيار في ذلك دافع المكروه و الهدف الذي يسعى إليه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الاستغلال

1- مفهوم الاستغلال:

هو استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة⁽²⁾.

ونصت على الاستغلال المادة 90 من ق.م.ج بقولها: « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

2- شروط الاستغلال:

ويتبين من نص المادة 90 من ق.م.ج أن الاستغلال قائم على عنصرين وهما:

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق ص 123.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق ص 110.

أولاً: العنصر المادي للاستغلال

يتحقق هذا العنصر حسب المادة 1/90 من ق.م.ج إذا ما كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلاً بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحاً كالبيع بثمن زهيد، ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء، فالمشرع لم يحدد الجسامة برقم معين وعلى ذلك فالقاضي هو الذي يحددها وفقاً لظروف المتعاقدين في كل حالة وبحسب الملابسات التي أحاطت بهما عند التعاقد⁽¹⁾.

ثانياً: العنصر النفسي للاستغلال

فالاستغلال يفترض ضعفاً في المتعاقد المغبون ينتهزه المتعاقد الآخر، وهذا الضعف متمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح (المتسلط على الإرادة). ويقصد بالطيش الإقدام على العمل دون اكتراث بنتائجه أياً كان سبب هذه الحالة، سواء كانت ناشئة عن طبيعة في الشخص كالخفة والتسرع، أو كانت ناشئة عن ظرف عارض يمر به ك لحظة من لحظات التحمس أو اليأس⁽²⁾.

أما الهوى فيقصد به تلك الرغبة التي تتسلط على الشخص فتدفعه إلى التصرف عاطفياً وبدون إرادة حكيمة والمثل التقليدي لذلك هو مثل الرجل الطاغي في السن يعمد إلى الزواج من امرأة في مقتبل العمر فتستغل ولعه بها في إقناعه بأن يكتب لها ولأولاده منها ما تشاء من العقود.

ويشترط أن يكون هذا الطيش أو الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد وهي مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبئ إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون⁽³⁾.

(1) محمد السعيد جعفر، المرجع السابق ص 110.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 80.

(3) عبد الرزاق دريال، المرجع السابق، ص 90.

ونظرا لأثر الاستغلال على العقد المتمثل في الإخلال بالتعادل المفروض بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، فقد جعل المشرع الجزائري للمتعاقد المستغل الحق في أن يطلب تصحيح العقد بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع به الغبن بدلا من طلب الإبطال، بل وفي حالة الإبطال، أجاز المشرع للقاضي الالتجاء إلى مثل هذا التصحيح ورفض البطلان.

وتسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، وهو ما تقتضي به المادة 90 / 2 من ق.م.ج وتعتبر هذه السنة ميعاد السقوط لا مدة تقادم، وبالتالي لا يقبل الوقف أو الانقطاع.

وأخيرا يجوز للطرف المستغل أن يتوقى طلب الإبطال، بأن يعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أي ما يجعل الالتزامات متعادلة تقريبا مزيلا عدم التعادل الفادح⁽¹⁾.

المبحث الثاني: تطابق الإرادتين

يعد التراضي ركن العقد الأساسي، فإذا فقد لم ينعقد العقد. غير أنه يلزم أن يكون هذا التراضي سليما وأن تكون إرادة كل من طرفي العقد قد خلت من أي عيب يشوبها من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال⁽²⁾.

فإذا شاب رضا كل من المتعاقدين بعيب من هذه العيوب كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته. فالتراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، وعلى هذا نصت المادة 59 ق.م.ج على أن: «العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»، ويتضح من خلال نص هذه المادة أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفا العقد الإرادتين مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

(1) عبد الرزاق دربال، المرجع نفسه، ص 95 .

(2) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 215.

فيصدر الإيجاب أولاً ثم يتبعه قبول متطابق له. فتوافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، ذلك أنه يلزمه القيام العقد وفقاً للمادة 59 ق.م.ج أن يصدر تعبير عن إرادة شخص هو الإيجاب، الذي يتضمن عرضاً منه⁽¹⁾.

لذلك يجب التطرق إلى الإيجاب في المطلب الأول والقبول في مطلب ثانٍ واقتران الإيجاب بالقبول في مطلب ثالث، ثم اقتران الإرادة بالعقد في مطلب رابع.

المطلب الأول: الإيجاب

وهنا يجب أن نعرف الإيجاب ونبين خصائصه، ثم ندرس متى يعتبر هذا الإيجاب ملزماً ومتى يسقط هذا الإيجاب.

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب وبيان خصائصه

1- مفهوم الإيجاب

الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول.

2- خصائص الإيجاب

الإيجاب عرض محدد ودقيق: بمعنى أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية حتى يتم إبرام العقد، فيجب أن يتضمن الإيجاب كل شروط العقد حتى يتسنى للموجب له أن يطلع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه.

فالدعوة إلى التعاقد هي مرحلة تتقدم عن الإيجاب غرضها انطلاق المفاوضات، فهي مجرد مرحلة استطلاع للآراء وإبداء الاقتراحات كالإعلان عن مناقصة، فمرحلة المفاوضات ليست ضرورية في كل عقود المساومة وقد تنتهي إلى لا شيء، كما قد تنتهي إلى إيجاب وهذا هو معيار التمييز بين الإيجاب والمفاوضات⁽²⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 70.

⁽²⁾ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 89.

تتفاوت شروط العقد من حيث أهميتها، فمنها الجوهرية ومنها التفصيلية أو الثانوية ويجب أن يحتوي الإيجاب على المسائل الرئيسية باعتبارها موضوعها فتختلف هذه المسائل الجوهرية باختلاف العقود.

ويجب التمييز بين الإيجاب والوعد بالتعاقد الذي أشار إليه المشرع في المادة 71 ق.م.ج حيث يرمي كل منهما إلى إنشاء العقد وهذا هو الشبه، غير أنهما يختلفان بخصوص طبيعتهما القانونية فالإيجاب تعبير عن الإرادة من طرف واحد، بينما الوعد بالتعاقد سواء أكان ملزماً لجانب واحد أو لجانبين هو في حد ذاته عقد يجسد اتفاق إرادتين والغرض منه إبرام عقد مستقبلي⁽¹⁾.

الإيجاب عرض بات: ويقصد بذلك أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالاته على إرادة التعاقد، فإن لم يكن التعبير باتاً فإن ذلك لا يكون إيجاباً، وإنما يعتبر من قبيل الدعوة إلى الدخول في مفاوضات، وتطرح هذه الخاصية مشكل التحفظات التي قد تلازم الإيجاب بطريقة ضمنية أو صريحة، وقد تتعلق هذه التحفظات بقرار إبرام العقد.

إن مثل هذه التحفظات قد تتال من قطعية الإيجاب بل تبدو وكأنها تتعارض مع مفهوم الإيجاب، في حين أنها في نفس الوقت شرط من شروطه.

هذا ولا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين بالذات بل يصح أن يكون موجه لشخص غير معين كالإيجاب الموجه إلى الجمهور عن طريق النشرات أو الإعلانات في الصحف، أو عرض البضائع في واجهات المحلات التجارية⁽²⁾.

الفرع الثاني: القوة الملزمة للإيجاب:

نعني بالقيمة القانونية للإيجاب قوته الإلزامية، أي هل أن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن من القبول أم لا؟

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، وديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 140.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 63.

- إلزامية الإيجاب

لقد ميز المشرع في معالجته لهذا الموضوع بين الإيجاب المقترن بأجل والإيجاب الصادر في مجلس العقد.

أ- الإيجاب المقترن بأجل: أقره المشرع في المادة 63 ق.م.ج أن الإيجاب الذي يتضمن أجلا للقبول يكون ملزما، ولا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقض الأجل المحدد، أو يعلن الموجب له عن رفضه.

ويترتب على هذا الالتزام انعقاد العقد إذا صدر القبول في الميعاد المحدد، وقد يكون أجل القبول ضمنيا الذي يستخلص من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.

كما أشارت إليها الفقرة 63/2 ق.م.ج وفي الحقيقة فإن الأجل الضمني هو أجل تفرضه ظروف الحال، كأن يصدر إيجاب في قسنطينة والموجب له في وهران، فمثل هذا الإيجاب يقتضي حتما بقاء الموجب على إيجابه إلى حين وصوله إلى الموجب له على الأقل.

وكذلك الأمر إذا كانت طبيعة المعاملة تتطلب أجلا، كأن يعرض شخص عقار للبيع، فهذا يتطلب حتما الاطلاع على العقار المعروض للبيع⁽¹⁾.

فالأجل الذي يحدده الموجب أو الذي يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة يكون خاضعا لرقابة القاضي، إذ يجب أن تكون مدته معقولة، لكي يحمي الموجب له من تعسف الموجب.

ب- الإيجاب الصادر في مجلس العقد: جاء في المادة 64 ق.م.ج التي تنص على: «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف أو بأي طريقة مماثل غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 40.

يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة مابين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد⁽¹⁾.

تلحق هذه الحالة المشار إليها في هذا النص بما يسمى بالتعاقد بين حاضرين، حيث يكون المتعاقدين في نفس المكان سواء أكان ذلك حقيقة أو حكماً، كما هو الحال بالنسبة للتعاقد بواسطة الهاتف، إضافة إلى هذه الخاصية يجب أن لا يتضمن الإيجاب أجلاً للقبول.

ويكون مثل هذا الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فوراً، وللموجب حينئذ الحق في العدول عنه ويجب في هذا الشأن أن نميز بين حالتين:

- إذا عدل الموجب عن إيجابه سقط الإيجاب لا يتم العقد إطلاقاً، وأما إذا صدر قبول من الموجب له لا يعتد به وإنما يعتبر إيجاباً جديداً.

- أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط ولكنه يصبح غير ملزم، وهذا ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، ففي هذه الحالة يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد الذي يؤدي إلى انعقاد العقد.

- لقد أخذ المشرع بنظرية مجلس العقد، لتحقيق غرضين:

أولها أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حتى ينعقد العقد، وثانيها هو تحديد المدة التي ينبغي أن تفصل بين الإيجاب والقبول حتى يستطيع الموجب له أن يتدبر الأمر دون الإضرار بالموجب له الذي يبقى على إيجابه لمدة طويلة دون الرد على إيجابه، خاصة وأن الموجب له غير ملزم بالرد، وبعبارة أخرى الغرض من نظرية مجلس العقد هو إيجاد حل وسط يوفق بين مصلحة الموجب الذي لا يمكن له أن يبقى على إيجابه مدة طويلة، ومصلحة الموجب له الذي يحتاج إلى مهلة للتفكير والتشاور قبل قبوله أو رفضه للإيجاب⁽²⁾.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 110.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 94.

الفرع الثالث: سقوط الإيجاب

كما سبق وأن ذكرت فإن الغرض من إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه هو تمكين الموجب له من إصدار قبوله. وهذا لا يعني أننا نضحي بمصلحة الموجب إذ سقط الإيجاب ويفقد قوته الإلزامية، ويتحلل الموجب حينئذ من التزامه⁽¹⁾، وذلك في الأحوال التالية:

أ - حالة الإيجاب المقترن بأجل:

إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل فإنه يسقط في حالتين:

1- إذا انقضت المدة المحددة لقبوله، ولم يعلن من وجه إليه الإيجاب قبوله.

2- إذا رفضه الشخص الذي وجه إليه.

ب - حالة الإيجاب غير الملزم:

وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد وهو يسقط في الحالات الآتية:

1- إذا رجع فيه الموجب قبل أن يقرن به القبول، حتى قبل انفضاض مجلس العقد.

2- إذا انفض مجلس العقد، دون أن يصدر القبول ليقترن بالإيجاب

3- إذا رفضه من وجه إليه

ج - القبول بعد سقوط الإيجاب هو إيجاب جديد:

إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب لا يعتد بهذا القبول المتأخر، ولا يعتبر قبولاً لإيجاب قائم، بل يعتبر بمثابة إيجاب جديد موجه إلى من أصدر الإيجاب الأول، فإذا قبله انعقد العقد وفقاً للمادة 66 ق.م.ج⁽²⁾.

(1) هذا بغض النظر عن وفاة الموجب أو فقدانه الأهلية التي يترتب عليها سقوط الإيجاب نظراً لطبيعة المعاملة أو اشتراط الموجب.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45.

المطلب الثاني: القبول

وهنا يجب أن نقف على تعريف القبول وبيان شروطه، ثم نعرض مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض.

الفرع الأول: تعريف القبول وشروطه

1- تعريف القبول: القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب الصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب، فالقبول هو الإرادة الثانية التي يتم بها العقد. وحيث أن القبول هو تعبير عن الإرادة، فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني.

كما أن هذه الإرادة يتم التعبير عنها صراحة أو ضمنا كما أن السكوت لا يعتبر قبولا إلا إذا كان موصوفا، أو اقترن بملازمات تكشف دلالاته في القبول⁽¹⁾.

2- شروط القبول: يجب توافر في القبول الشروط التالية

يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب: هنا يجب أن يكون القبول مبدئيا مطابقا للإيجاب وفي بعض الحالات الاستثنائية يكون الاتفاق الجزئي كافيا لانعقاد العقد.

لا يتمثل القبول في الرد الايجابي فحسب، بل لابد أن يكون مطابقا تماما للإيجاب فهو يعبر عن إرادة الموجب له في إبرام العقد وفق الشروط التي يتضمنها الإيجاب دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل ولو كان ذا أهمية ضئيلة جدا، بحيث يحصل اتفاق كلي بين المتعاقدين⁽²⁾.

أما إذا تضمن رد الموجب له إضافة أو حذف أو تغيير شرط ولو بسيط يعد رفضا للإيجاب الذي تلقاه، ويعتبر في نفس الوقت إيجابا جديدا يكون محلا للقبول.

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 266.

(2) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 90.

وقد يأتي الإيجاب إيجابا جديدا وهكذا إلى أن يكون الرد مطابقا تماما للإيجاب، فيكون بصدد قبول منشئ للعقد⁽¹⁾.

فالقاعدة العامة المشار إليها استثناء تضمنته المادة 65 ق.م.ج التي تنص: «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»⁽²⁾.

ويكون الاتفاق الجزئي منشئا للعقد، إذا توفرت فيه الشروط الآتية:

- اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية.
- إثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها، كاتفاق المتعاقدين على المسائل التفصيلية لاحقا.
- عدم اشتراطها أن عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية لاحقا يمنع قيام العقد.

يجب أن يتم القبول خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائما:

إذا كان الموجب له غير ملزم بالرد على الإيجاب لأنه لا يمكن إجباره من غير إرادته أو إرادة المشرع، فإن الموجب بدوره غير ملزم بالبقاء على إيجابه إلى مالا نهاية. فالإيجاب معرض للسقوط لذا يجب صدور القبول وقت قيام الإيجاب حتى يتم الاقتران به وينشأ العقد، والإيجاب المقترن بأجل يبقى قائما إلى نهاية الأجل المعين. أما الإيجاب الصادر في مجلس العقد فإنه يقتضي قبولا فوريا، أو أن يحصل قبل انقضاء المجلس، ما لم يعدل الموجب عن إيجابه .

(1) أنور سلطان، المرجع نفسه، ص 90، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 115.

(2) المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

وإذا حصل القبول بعد سقوط الإيجاب فإن اقترانهما يصبح أمراً مستحيلاً، وبالتالي لا يعتبر هذا الرد الإيجابي قبولاً، وإنما يكون مجرد إيجاب جديد يستدعي قبوله من قبل الموجب الأول لإنشاء العقد⁽¹⁾.

3- السكوت الملابس

القبول تعبير عن الإرادة يخضع لأحكام المادة 60 ق.م.ج وقد يتم بتعبير صريح أو ضمني ما لم يقض القانون أو يتفق الطرفان -على وجه الاستثناء- أن يكون التعبير صريحاً وقد يتم باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف.

إلى جانب هذه القواعد العامة، تنص المادة 68 ق.م.ج: «إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.. ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه». إن أحكام هذه المادة تطرح مشكلة السكوت ومدى اعتباره قبولاً، وقبل البحث في هذه المسألة يجب التمييز بين التعبير الضمني للقبول والسكوت.

- بالنسبة للتعبير الضمني الذي سبق تعريفه، فإن الإرادة لا شك فيها وإرادة المعبر موجودة فعلاً، إلا أن التعبير عنها يكون غير واضح، بحيث لا يكشف عنها صراحة والشك في هذه الحالة يكون في التعبير لا في وجود الإرادة، ويستند التعبير الضمني دائماً إلى مسلك إيجابي.

- أما السكوت الذي يستند إلى مسلك سلبي فهو أمر مجرد لا يفيد شيئاً، وإذا اعتبر قبولاً فالشك في هذه الحالة يتعلق بالوجود الفعلي للإرادة لا بالتعبير عنها، وبما أن السكوت يفيد

(1) القبول هو الإرادة الثانية للعقد، كما أن السكوت يجوز أن يكون تعبيراً عن القبول في 3 حالات نصت عليها المادة 68 وهي:- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول.

- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين.

- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه .

العدم فإنه يستحيل أن يستنتج منه قبول الموجب له، وهذا ما جعل المشرع لا يعتد بالسكوت المحض و المجرد من كل ظرف⁽¹⁾.

لقد أخذ المشرع بالسكوت الملابس، الذي تحيط به العوامل والظروف التي من شأنها أن تدل على وجود شيء ما وقد ورد في الفقرة 2 من المادة 68 التي تنص على: «...ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ».

يستخلص قبول الموجب له من الظروف والعوامل المحيطة بسكوته، والتي قد تتمثل في تعامل سابق بين المتعاقدين، أو يكون الإيجاب في مصلحة الموجب له، أو تكون طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقتضيان ذلك، أو هناك ظروف أخرى يتولى القاضي تقديرها. لهذا فالقبول هنا مجرد افتراض لا يستند إلى وجود إرادة قطعية، وإنما يستند إلى ظروف العقد التي تدل على أنه ليس للموجب أن ينتظر قبولاً صريحاً، ويعد سكوت الموجب له في مثل هذه الأحوال قبولاً لا يترتب عليه قيام العقد⁽²⁾.

يعد القبول الذي يتم عن طريق السكوت الملابس تعبيراً عن إرادة الموجب له غير أن السؤال يبقى مطروحاً بالنسبة لصيغة هذا التعبير، هل هو صريح أو ضمنى؟ ويرى بعض الفقهاء في هذا الشأن: « أن السكوت المبين لم يعد سكوتاً بل يصبح على إثر ظروف معينة تعبيراً ضمناً عن الإرادة»، بينما ذهب فقهاء آخرون إلى أبعد من ذلك حيث: « يعتبرون السكوت في هذه الحالة تعبيراً صريحاً عن الإرادة باعتباره لغة خرساء» خاصة وأنه ليس لهذا السكوت الملابس مدلول آخر⁽³⁾.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 100.

(2) خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 57.

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 99.

4- صور خاصة للقبول:

إلى جانب هذه الحالة الخاصة ما جاء أيضا في المادة 70 ق.م.ج : « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

أ - صورة القبول في عقد الإذعان:

إن التسليم بالشروط وهو صورة القبول في عقد الإذعان يتم بالتعبير الصريح أو الضمني ومن ثم فإننا لا نرى في ذلك صورة خاصة تخرج عن القواعد العامة للتعبير عن الإرادة، كما يعتقد بعض الفقهاء⁽¹⁾.

أما عقود الإذعان فهي أساسا تلك التي يحتكر فيها شخص سلعة أو خدمة ما ويقدمها للجمهور، وفق شروط معدة سلفا لا تقبل المناقشة (كعقود توريد الماء والكهرباء والغاز وعقود النقل المختلفة). وفي هذه العقود يتم القبول بمجرد التسليم بتلك الشروط على أن المشرع راع اختلال موازين القوى بين الطرفين، فقرر أحكام آمرة يحمي بها الطرف الضعيف، وتتمثل هذه الأحكام في أن الشك في تفسير إرادة المتعاقدين يكون دائما لمصلحة الضعيف دائما كان أو مدينا، ثم إن الشروط التعسفية يجوز دائما إلغاؤها أو تعديلها من طرف القاضي.

ب - صورة القبول في عقود المزاد:

أما عقود المزاد كبيع الأموال المحجوزة لكونها مهربة أو بيع أموال المدين جبرا عليه فالقبول يتمثل في رسوا المزاد على من تقدم بالعطاء، وبهذا يصبح الإيجاب هو التقدم بالعطاء. ففي البيوع الجبرية متى تقدم أحد المشاركين بعطاء معين (أي اقتراح ثمن معين) لقاء اقتناء البضاعة المعروضة للبيع يعد هذا العطاء منه إيجابا.

(1) القبول في عقود الجماعة وفي العقود النموذجية تنص على أنه: « في عقود الجماعة يتم القبول برضا الأغلبية وترتبط الأقلية بهذا العقد » والعقود النموذجية التي تنص على: « إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجا لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على هذا النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه »، عبد الرزاق احمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 235.

ويكون القبول قد تم عندما يرسو المزداد عليه بحيث لا يتقدم شخص آخر بمزداد أو عرض أعلى من عرضه، على أن المزداد الأول يسقط ويبطل متى صدر مزداد أعلى منه ولو كان هذا الأخير باطلا لسبب ما (كأن يصدر من شخص عديم الأهلية كمجنون أو شخص ممنوع من التعاقد).

الفرع الثاني: مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض

الأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وعليه فمن يرفض إيجاباً وجه إليه لا يكون مسؤولاً عن الرفض ولا يجوز البحث في بواعثه.

ولكن هناك أحوالاً تقتضي الظروف فيها فرض الرقابة على استعمال الشخص لحرية في رفض التعاقد ومن هذه الحالات:

أ- حالة ما إذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه:

ففي الحياة العملية نجد أن هناك طوائف من الناس تدعوا غيرها إلى الإيجاب كالتجار الذين يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، وأصحاب الأعمال الذين يعلنون عن حاجتهم للعمال لشغل الوظائف الشاغرة لديهم، ففي هذه الأحوال إذا استجاب أي شخص لهذه الدعوة فإن هذه الاستجابة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد.

ب- حالة رفض من وجه الدعوة إلى التعاقد: يجب أن يكون هذا الرفض مبنياً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض، فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: اقتران الإيجاب بالقبول

وقت حدوث أثر التعبير يعني أنه أصبح تاماً بإمكانه ترتيب جميع آثاره القانونية، فالتعبير التام هو التعبير الذي استكمل جميع الوقائع التي تكونه، أي استكمل جميع الشروط الجوهرية والضرورية لقيامه. يعتبر وقت انتهاء وجوده الحسي هو نفس الوقت بداية وجوده القانوني⁽²⁾.

(1) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 35.

(2) وحيد الدين سوار، المرجع السابق ص 99.

تقضي المادة 61 ق.م.ج بأنه: « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك».

فطبقاً لهذا النص لا يكون التعبير عن الإرادة أي أثر قانوني بالرغم من وجوده الفعلي بمجرد صدوره⁽¹⁾، ويكون مثلاً بصدور اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، أما وجوده القانوني يتحقق إذا وصل إلى علم من وجه إليه وذلك يكون عند اتصال اللفظ بعلم من وجه إليه، فالوجود القانوني هو الذي يترتب للتعبير آثارها القانونية وهو ما يقصد به إنتاج التعبير لأثر.

فإذا كان التعبير إيجاباً فلا ينتج أثره إلا بوصول القبول إلى علم من وجه إليه وبالتالي يعتبر الإيجاب من وقت العلم ولا يجوز العدول عنه، أما إذا كان قبلاً فكذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به.

إذا كان المتعاقدان في مجلس العقد أو تم التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف فإنه يتزامن الوجود الفعلي للتعبير مع وجوده القانوني، يعني أنه بمجرد صدور التعبير من الموجه يعلم به الموجه إليه⁽²⁾.

أما إذا كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس العقد، وذلك إذا تم التعبير بواسطة رسالة أو رسول لا تتوافر فيه صفة النائب، فإن الوجود الفعلي للتعبير لا يتزامن مع الوجود القانوني، أي بينهما فاصل زمني. والمشرع في هذه الحالة يجعل وقت الوجود القانوني للتعبير هو وقت وصول الرسالة أو الرسول إلى المرسل إليه. ففي حالة وجود فاصل زمني بين وجود التعبير و إنتاجه لأثره أهمية علمية كما في حال التعاقد بالمراسلة أو عن طريق الرسول⁽³⁾.

كما يسمى **بالتعاقد بين غائبين**، أما في حالة مجلس العقد فلا يوجد فاصل زمني بين الوجود الفعلي والوجود القانوني للتعبير، فلا فرق بين صدور التعبير وإنتاجه لأثره.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 196.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 101 - 102.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 111، نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 49.

ولمعالجة وقت حدوث أثر التعبير نتكلم أولاً عن وقت إنشاء العقد في فرع أول، ونتكلم عن موقف المشرع الجزائري في فرع ثاني.

الفرع الأول: وقت إنشاء العقد

نتطرق إلى نقطة مهمة لها علاقة كبيرة بوقت إتمام التعبير، وهي نقطة إنشاء العقد أي تكوين العقد، فالعقد يتم في الواقع عند تمام القبول وهذا لان الإيجاب والقبول غير متزامنين يصدر أولاً الإيجاب ثم يصدر بعده القبول. فيكون تمام العقد حسب التعبير المتأخر زماناً وعليه نتعرف على وقت انعقاد العقد وعلينا أن نعرف وقت تمام القبول، وعليه نتطرق إلى وقت تمام العقد بين حاضرين (أولاً)، ومتى يتم التعاقد بين غائبين (ثانياً).

أولاً: التعاقد بين حاضرين

يقصد به التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد يسمى مجلس العقد بحيث ينعقد العقد في مكان واحد وزمان واحد، وقد يكون مجلس العقد حكماً كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريق يشبه هذا الأخير، فالمعيار في هذه الحالة الزمن الفاصل بين صدور القبول وعلم الموجب به لإنشاء العقد⁽¹⁾

إذ مجلس العقد يتكون العقد بمجرد سماع الموجب بكلام القابل أو رؤية الموجب له يكتبه ويشير إليه، وهذا ما تنص عليه المادة 59 و 61 ق.م.ج فالأولى تؤكد علم كل طرف بتعبير الطرف الآخر وذلك لنص المادة أنه: «لا يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير»، أي تبادل تعبير بتعبير آخر وذلك أن يسمع الموجب له الإيجاب وسماع الموجب للقبول. أما المادة الثانية تؤكد أن التعبير لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وعليه فالعقد لا يتم إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب، وهذا هو تمام القبول أي إنتاج أثره القانوني⁽²⁾.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 101 - 102 .

(2) نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، 96.

ثانيا: التعاقد بين غائبين

في التعاقد بين غائبين لا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فالموجب يعلم بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، وبالتالي ما يميز التعاقد بين غائبين ومجلس العقد هو الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، وذلك عندما يصدر القبول تمر فترة من الزمن حتى وصوله إلى علم الموجب، فمتى يتكون العقد؟ هل هو وقت صدور القبول أم وقت العلم به؟ ما يهم في هذا التساؤل هو تحديد اللحظة التي يتم فيها تمام القبول وبالتالي تكوين العقد فإذا كان من وقت صدور القبول، فإن هذا التعبير غير موجه فالعقد تام من لحظة التصدير، أما إذا كان من وقت العلم به فإن هذا التعبير موجه. وعليه فإن تحديد زمن إنشاء العقد أمر مهم لما يترتب عليه من نتائج، وهو تحديد وقت إنشاء العقد نبحث أولا في رأي الفقه ثم القانون المدني، بالنسبة للفقه توجد أربع نظريات

أولا: تواجد الإيجاب والقبول

يتم إنشاء العقد بمجرد تواجد كل من الإيجاب والقبول، وبما أن الإيجاب يسبق القبول. فإن هذا الأخير بمجرد صدوره عن الموجب له يحصل تطابق الإرادتين، إلا أن الفقه انقسم إلى أن وقت إنشاء العقد هو وقت إعلان القبول والقسم الآخر يرى أن وقت إصدار هذا القبول عن صاحب التعبير يصبح مستقلا عنه⁽¹⁾.

أ-نظرية إعلان القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم لحظة إعلان الموجب له عن قبوله للإيجاب أو لحظة توقيع قبوله، أو لحظة إبلاغ الرسول بالقبول، إلا أن القبول لا ينتج أثره بمجرد الإعلان عنه، لأنه تعبير عن إرادة، والإرادة لا ينتج أثرها إلا من وقت العلم بها⁽²⁾.

ب-نظرية تصدير القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن لحظة تكوين العقد هي لحظة إصدار القبول إلى الموجب، مثل وضع الرسالة في صندوق البريد .

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 121.

(2) عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، 275.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا فرق بينها وبين نظرية إعلان القبول إلا في تصدير القبول وبالتالي لا قيمة قانونية في ذلك، وبإمكان صاحب القبول استيراد ما أرسله⁽¹⁾.

ثانيا: تبادل الإيجاب والقبول

يرى أنصار هذا الرأي أن العقد يتم عندما يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين⁽²⁾ إلا أن لها نظريتان:

أ- نظرية تسليم القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن لحظة تكوين العقد هي لحظة تسلم الموجب قبول الموجب له ويرى البعض الآخر من الفقهاء أنها لم تأت بالجديد عن نظرية إعلان القبول فتسليم القبول لا يعني العلم به، فهو مجرد ملكية مادية للرسالة، أما الملكية المعنوية باقية للموجب له (المرسل).

ب- نظرية العلم بالقبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن لحظة إنشاء العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول لأن أي إرادة في إنشائها أثر قانوني يلزم أن يعلم بها من هي موجهة إليه.

ويعني علم الموجب بالقبول، الاطلاع على مضمون الرسالة وفهم وإدراك ما فيها وتعتمد هذه النظرية تحقق الاستقرار في التعامل، لكن تأخر الآثار المترتبة على القبول مما يتيح فرصا للموجب له بالتراجع عن قبوله، ومن عيوبها صعوبة إثبات وقت العلم بالقبول⁽³⁾

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

أخذ القانون المدني بنظرية العلم بالقبول، طبقا للمادة 67 ق.م.ج التي تنص: « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد

(1) عبد الرزاق احمد السنهاوي، المرجع نفسه، 275.

(2) المادة 59 ق.م.ج تنص على: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ».

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 105-106.

اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول».

فلحظة إنشاء العقد هي لحظة العلم بالقبول، وجعلت المادة من وصول القبول دليل على العلم به وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وعليه فوقت إنشاء العقد بين غائبين هو وقت علم الموجب بالقبول وهذا لا يكون إلا باعتبار القبول تعبيراً موجه، أي يلزم أن يوجه إلى الموجب ويعلم به وتسهيلاً له لإثبات العلم بالقبول بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾.

المطلب الرابع: ارتباط الإرادة بالعقد

إن للإرادة دور في تكوين العقد سواء كان ذلك قبل فترة التعاقد، أو أثناء إبرام العقد. لذا ساقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الفروع الأول الإرادة في مرحلة المفاوضات، وفي الفرع الثاني حرية الأطراف في إدراج شروط العقد، ثم تدخل المتعاقدين في تعديل العقد وإنهاء قوته الإلزامية في فرع ثالث.

الفرع الأول: الإرادة في مرحلة المفاوضات

إن العقد ينشأ بتطابق الإرادتين المتمثلتين في إيجاب يصدر من المتعاقد الأول يعرض فيه على الطرف الثاني الدخول في علاقة عقدية، ويقبول من المتعاقد الآخر يتم العقد. ولكن أحياناً يسبق الإيجاب مرحلة تمهيدية يناقش فيها المتعاقدان أفكارهم قصد الوصول إلى إبرام العقد النهائي وتسمى بمرحلة المفاوضات.

أولاً: مفهوم المفاوضات

١-تعريف المفاوضات: يقصد بالمفاوضات بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين المتعاقدين ليصبح كل منهما مستعد لقبول شروط الطرف الآخر، حتى يفضوا في النهاية

(1) محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 117.

إلى اتفاق يتم صبه في العقد النهائي، فهي أعمال تحضيرية لا تنتهي باتفاق ملزم ولا يمكن اعتبار ما تم فيها كاف لإبرام العقد الذي يميزها عن العقد الابتدائي النهائي⁽¹⁾.

ب- أهمية المفاوضات: تلعب المفاوضات دورا وقائيا سواء أسفرت عن إبرام العقد أو عدم إبرامه فنجاحها يكون خير ضمان لقيام العقد، فلا تنثور منازعات بصدد تنفيذه، فهي تساهم في معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط وبنود الطرف الآخر، كمعرفة كل متعاقد على المبيع ومشتملاته وقيمتة وكيفية أداء الثمن.

كما تعمل المفاوضات على توضيح التزامات أطراف، العلاقة التعاقدية وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ كما أن صياغة العقد النهائي يتطلب التركيز على النقاط المهمة مستعينا بالتجربة وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات⁽²⁾.

ثانيا: حماية المشرع الجزائري للمتعاقد في مرحلة المفاوضات

إن الدخول في المفاوضات يترتب على أطراف العقد مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض والتعامل بصدق، ووجود هذا المبدأ في مرحلة ما قبل التعاقد يفرض على المتعاقدين الالتزام بالإعلام من أجل تحديد معالم الموضوع التعاقدي.

لذا تدخل المشرع الجزائري لحماية المتعاقد قبل إبرامه للعقد حيث نص في المادة 352 ق.م.ج. على أنه: «يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى العلم به إلا إذا اثبت غش البائع » .

⁽¹⁾ وهذه المفاوضات تتميز عن المفاوضات اللاحقة لإبرام العقد، لأن هذه الأخيرة يفرضها العقد و تكون اثر من أثارها و اللاحقة على إبرامه، لذلك تكون ذات طابع تعاقدية يحكمها ما تم بشأنها من اتفاق، مصطفى متولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 2005، ص ص 56-57 .

⁽²⁾ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 212.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد انشأ التزاما بالإعلام على عاتق البائع اتجاه المشتري حتى يمكنه من معرفة المبيع، مع أن نص المادة 352 من ق.م.ج هو نص خاص بعقد البيع فقط، إذ لا يوجد نص في القانون المدني يفيد بوجود التزام بالإعلام ملقى على عاتق كل متعاقد، ولكن يمكن للقاضي أن يفرض التزام بالإعلام⁽¹⁾.

وحماية لوضعية المتعاقد قبل التعاقد فإن اهتمام المشرع الجزائري لم يقتصر على حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية من عيوب الرضا، بل تعدى إلى ضرورة إعطائه صورة واضحة ومفصلة حول ما سيتعاقد بشأنه خاصة في مجال عقود الاستهلاك، حيث نظم حق المستهلك في الإعلام طبقا لقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك ومنع الغش⁽²⁾، بقواعد من النظام العام إذ لا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها⁽³⁾.

إن فرض المشرع لكل هذه الالتزامات قبل إبرام العقد هدفه حماية الأطراف عند إجراء المفاوضات لما لها من دور في توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية وتحديد حقوقهم بدقة. وكذا إزالة أية غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، قصد الوصول لصياغة النهائية للعقد، فقد رتب المشرع المسؤولية المدنية على الطرف السيء النية.

الفرع الثاني: حرية الأطراف في إدراج شروط العقد

إن مبدأ الرضائية Principe de consensualisme هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد به أن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها، ولكنها لم تصل إلى القوانين الحديثة إلا بعد تطور تدريجي.

(1) محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 53.

(2) القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك ومنع الغش، ج ر، عدد 15 لسنة 2009.

(3) لقد وضع المشرع الجزائري أحكاما خاصة بإعلام المستهلك حيث فرض على كل من المتدخلين في عملية العرض للاستهلاك التزاما عاما بالإعلام

أولاً: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري

يجمع فقهاء القانون الحديث على أن الرضائية أصبحت القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ، حيث نص في المادة 59 ق.م.ج على أنه: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»، فمن خلال هذا النص يتضح أن مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو الأصل أما الشكلية فهي الاستثناء لوجود عبارة (و دون الإخلال بالنصوص القانونية)⁽¹⁾.

مع مراعاة ما يقره القانون من إجراءات معينة لإبرام العقد، كما أن المادة 60 من ق.م.ج تعد تطبيقاً لمبدأ الرضائية إذ نصت على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي مجال للشك في دلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

إستناداً إلى هذه المادة فإن للمتعاقدين الحرية في التعبير عن إرادتهما، فلا يشترط القانون أن يكون التعبير بوسيلة معينة أو شكل معين، ويجب التمييز هنا بين وجود العقد وطريقة إثباته⁽²⁾. فالعقد يبقى رضائياً حتى ولو اشترط القانون الكتابة لإثباته مادام انعقاده العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، لأنه إذا تخلفت الكتابة المتطلبة للإثبات فإنه يجوز إثباته بطرق أخرى كالإقرار واليمين، كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة.

ثانياً: حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد

أن للأفراد الحرية في تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القانون، لذا سنتعرض إلى بعض الأمور التي يتفق فيها الطرفان في تحديد بنود العقد، ثم نتطرق إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55.

(2) لطيفة دحماني، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003.

أ- الأمور التي يتفق عليها الطرفان في تحديد بنود العقد

من أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين الاتفاق على فسخ العقد طبقا للمادة 120 ق.م.ج إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد .

كما أن هناك حالات أخرى يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 ق.م.ج الإتفاق على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أوفي حالة التأخير الذي يعرف بالشرط الجزائي مع أن الأصل تقديره يكون من اختصاص القاضي.

كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع كل الثمن من طرف المشتري حتى تنتقل إليه الملكية، ولو تم تسليم الشيء طبقا للمادة 363 من ق.م.ج .

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين بدلات الإيجار (ثمن الإيجار) حسب المادة 2/471 ق.م.ج من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-35⁽¹⁾ المؤرخ في 15 يناير 1996، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقا لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري⁽²⁾ .

ب- الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجدها تنص على: « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة »، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولا في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام

(1) المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996، المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج ر عدد 4 لسنة 1996.

(2) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل

يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، ويمكن اعتباره نوعاً من التأمين ضد القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد⁽¹⁾.

كما أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع، أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم طبقاً للمادة 2/182 ق.م.ج ، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة التزام المدين، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالتزام التعاقدية بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع⁽²⁾.

إضافة إلى اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية، فيمكن لهم أيضاً الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه، أو التخفيف منها طبقاً للمادة 2/178 إلا ما ينشأ عن غشه أو خطاه الجسيم.

الفرع الثالث: تدخل المتعاقدين في تعديل العقد وإنهاء قوته الإلزامية

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فمعنى ذلك أنه لا يمكن لأحد طرفيه أن ينفرد بنقضه أو تعديل أحكامه إلا إذا اتفقت معه إرادة الطرف الآخر، وقد يتم هذا الاتفاق بعد إبرام العقد، فيمكن أن يخول لأحد الطرفين أو كلاهما التحلل من العقد أو تعديله⁽³⁾، لذا سنتناول في هذا الفرع حالة تعديل العقد بإرادة الطرفين ثم حالة إنهاء قوته الملزمة .

أولاً: تعديل العقد بإرادة الطرفين بما أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لإرادة واحدة أن تنفرد بتعديله.

(1) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 305 .

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 409 .

(3) العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 45.

إن حرية التعديل هي حق مخول للأطراف حتى يقوموا بالتعديلات التي يرونها مناسبة لمضمون العقد، سواء كانت مسائل جوهرية أو ثانوية تخص العقد الأصلي، ويستمد الأطراف حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة طبقاً لأحكام المادة ق.م.ج 106⁽¹⁾.

يهدف التعديل إلى الحفاظ على العقد لأنه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه. كما يمكن الطرفان من مراجعة العقد بكل حرية، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93 / 03⁽²⁾ المتعلق بالنشاط العقاري.

ثانياً: إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين إذا اتفق طرفا العقد على إنهاء العلاقة العقدية كان لهما ذلك باعتبار أن العقد نشأ بإرادتهما، وهو ما يطلق عليه الإقالة وهو عقد جديد يتم بين الطرفين مضمونه التحلل من العقد الذي يربط بينهما.

مع أن هناك جانب من الفقه يرى بأن العقد لا ينقضي بل الالتزامات المترتبة عنها هي التي تنتضي بالوفاء عادة أما العقد فيبقى قائماً، لأن تنفيذه لا يؤدي إلى زواله ولا يؤثر في وجوده بل يؤكد هذا الوجود.

ويظل العقد سندا لما يترتب عليه من آثار كعقد البيع، و لا يكون إلا في العقود الفورية. أما عقود المدة فتنتضي بانقضاء المدة المحددة لأن المدة ركن من أركان هذا العقد، كما هو في عقد الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل⁽³⁾.

كما يمكن للطرفين إنهاء العقد بالاتفاق على فسخه طبقاً للمادة 120 ق.م.ج في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ويختلف اثر هذا الاتفاق بحسب ما يرد في العقد من اتفاقات بين الطرفين.

⁽¹⁾ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمات في الموجبات المدنية المركز العربي للمطبوعات، بيروت لبنان، ط 3، ص 107.

⁽²⁾ المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، عدد 14 لسنة 1993.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 368.

الفصل الثاني

القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني

الواقع أن الإرادة هي جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون. فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع التي تحدد في غالب الأحيان بقواعد آمرة .

لذا فقد وردت على مبدأ سلطان الإرادة الكثير من القيود التشريعية والقضائية، وهذا لمعالجة الأوضاع الناشئة عن التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية من جهة، وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى .

وقد سبقنا الإشارة في الفصل الأول إلى ماهية الإرادة في تكوين العقد، وسنعرض في هذا الفصل إلى القيود التي ترد عليها، لذا نقسم هذا الفصل إلى بحثين، نتناول في المبحث الأول تطبيقات عن الحد من مبدأ الرضائية في بعض العقود، وفي المبحث الثاني تدخل المشرع لتعديل العقد عند التنفيذ والانهاء .

المبحث الأول: تطبيقات عن الحد من مبدأ الرضائية في بعض العقود

إن القيود الواردة على سلطان الإرادة في تكوين العقد، إما قيود شكلية أو قيود موضوعية تطلبها المشرع للحد من دور الإرادة في ذلك.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه الشكالية كقيد على الإرادة، وفي المطلب الثاني فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة .

المطلب الأول: الشكالية كقيد على الإرادة

لم تكن التصرفات القانونية قديماً تستمد قوتها من الإرادة بل من الشكل أما القوانين الحديثة أعطت للإرادة دوراً في إنشاء العقود في حدود معينة إلى جانب ذلك، أوردت الشكالية كاستثناء على هذا الأصل⁽¹⁾ .

فإذا اشترط المشرع إتباع شكالية معينة لتصرف ما، وجب إتباعها وإذا تخلفت كان الجزاء باختلاف ما إذا كانت الشكالية مطلوبة للانعقاد أو لم تكن كذلك. لهذا سنتعرض في الفرع الأول إلى الشكالية المطلوبة للانعقاد كقيد على الإرادة في إنشاء العقد، ثم الشكالية غير المطلوبة للانعقاد كقيد على إرادة طرفي العقد في فرع ثان .

الفرع الأول: الشكالية المطلوبة للانعقاد

قد يشترط المشرع أحياناً شكالية معينة يراها لازمة لقيام العقد، ويرتب البطلان على عدم توفرها، وعلى المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحاً، وتسمى هذه الشكالية بالشكالية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن رابع إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ومن ثمة يلزم الطرفين بكتابة رسمية أو عرفية ، كما قد يشترط التسليم في العقد لانعقاده⁽²⁾ .

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 43

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 45.

أولاً: الشكلية الرسمية في العقود

من خلال المادة 324 مكرر 1 اشترط المشرع الجزائري التوثيق وأعتبره ركن لقيام العقود بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلاناً مطلقاً، لذا سنتطرق إلى أهم تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات كل من عقد بيع العقار، وعقد الرهن الرسمي وعقد الهبة، وكذا انعقاد عقد الشركة المدنية .

أ - الشكل الرسمي لبيع العقار

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها، وأهمها عقد البيع الواقع على عقار. فبعدما كان أطراف العقد أحرار في تحرير عقودهم في شكل رسمي أو عرفي قبل صدور الأمر 70-91 المتضمن مهمة التوثيق⁽¹⁾، اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في شكل رسمي وهذا ما أكدته المادة 12 من هذا الأمر والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج.

بمعنى أن هذا النوع من العقود لا تكف فيه الرضائية، بل يجب أن تحرر في شكل معين وإلا كانت منعدمة الوجود⁽²⁾.

وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق بوجود العقد أو بزواله، ويثبت هذا الحق للخلف العام والخاص، يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقاً لأحكام المادة 102 ق.م.ج. وهذا ما كرسه القضاء بقوله: « أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطاً ضرورياً لصحته وأن تحرير هذا العقد في شكله الآخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد». إن ما يقال عنه في بيع العقار من إحكام خاص بالبطلان، يقال عنها في الوعد بالبيع.

(1) الأمر 06-02 المؤرخ في 20 فيفراير 2006 ، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر، عدد 14، مؤرخ في 08/06/2006 .

(2) علي فيلاي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، عدد 3، لسنة 1997، ص 721 .

فيجب أن يتوافر فيه الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقاً لأحكام المادة 2/71 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «...إذا اشترط القانون لتمام استفاء العقد شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتقاعد»⁽¹⁾.

فالشكلية حسب هذه الفقرة تعتبر ركناً لازماً لإبرام عقد الوعد ببيع العقار، إضافة إلى أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً، بل لابد أن يتدخل الواعد بنفسه لإتمام رسمية بيع العقار، كما أنه لا يجوز للموعد له أن يحصل على حكم يقوم مقام عقد بيع العقار الموعد به، لأن تخلف الشكلية في هذه الحالة يجعل العقد باطلاً، ولو جاز الحصول على مثل هذا الحكم رغم عدم توفر الشكلية في هذه الحالة لأمكن للطرفين اللجوء إلى إبرام عقد بيع العقار دون إجراء الرسمية التي فرضها القانون، فيقصران بذلك على وعد بالتعاقد غير رسمي ثم يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مكان عقد البيع وفي هذا تحايل على القانون⁽²⁾.

ب - الشكلية في عقد الرهن الرسمي

لقد نظم المشرع عقد الرهن الرسمي واعتبره عقداً شكلياً فهو لا ينشأ إلا بورقة رسمية كما تنص على ذلك المادة 1/883 من ق.م.ج على أنه: «لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون»، كما تنص المادة 886 من ق.م.ج: «... و إن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً».

يتضح من خلال نص المادتين 883 و 886 من ق.م.ج أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في شكل رسمي، ونفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون⁽³⁾.

(1) عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 29.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 137.

(3) محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1986، ص 122.

وتتمثل الشكلية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي في ضرورة توثيق عقد الرهن الرسمي وهي ركن من أركان انعقاده وليس شكلية للإثبات .

إذ قصد المشرع في المادة 2/71 ق.م.ج أن الشكلية المطلوبة لانعقاد فقط بل هي متطلبة ومفروضة كذلك لتمام العقد، وبالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى عدم وجود العقد⁽¹⁾ .

وهنا يرى أغلبية الفقهاء أن الرسمية الواجبة في عقد الرهن الرسمي تشترط رضا الراهن باعتباره الشخص المعني بالحماية، أما رضا الدائن فيجوز أن يكون في أي صورة أو شكل أي بمحرر عرفي أو شفهي، أو حتى ضمنيا إلا أنه يرى جانبا أخر من الفقهاء أن الرسمية مشترطة للطرفين معا.

أما عن جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي فإن المادة 883 ق.م.ج نصت صراحة على أن العقد الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي، إلا أن المشرع لم يبين من خلال هذه المادة الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية⁽²⁾.

وعليه فإنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وعقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوقا عقارية استلزم المشرع تحريرها في شكل رسمي وإلا كانت تحت طائلة البطلان، فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي هو البطلان المطلق الذي يعدم العقد. وهو بطلان لا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التصحيح، حسب نص المادة 102 ق.م.ج ويكون العقد كأن لم يكن بأثر رجعي كما تنص على ذلك المادة 103 ق.م.ج.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن البطلان المطلق لا يترتب على تخلف الورقة الرسمية فقط بل يلحق كذلك تخلف شرط من شروطها القانونية المنصوص عليها في المواد 324 مكرر 4، 3، 2 من

(1) عبد الرحمان بوجلفة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 55.

(2) لطيفة دحمان، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003، ص 89.

ق.م.ج كأن لا تحمل توقيع الموثق الذي قام بتحرير عقد الرهن الرسمي أو يقوم بذكر بيانات ليست من اختصاصاته⁽¹⁾.

ولقد نظم المشرع الجزائري الإجراءات المتعلقة بالشكليات الأولية لإشهار حقوق الملكية الحقوق العينة الأخرى في السجل العقاري الذي سبق تفصيله، وذلك في المواد 8 إلى 18 من المرسوم رقم 76 - 63⁽²⁾ حيث نص في المادة 10 من هذا المرسوم على ما يلي: «ينبغي على كل مالك على طيلة شهرين من تاريخ الإيداع أن يودع لدى المحافظة العقارية جدولا محررا على نسختين من قبل موثق أو كاتب للعقود الإدارية أو كاتب ضبط.

يتضمن الامتيازات والرهن والحقوق العينة، والقيود الخاصة لحق الملكية المترتبة على كل عقار مع ذكر ذوي الحقوق والقيود أو الأعمال المؤسسة لهذه الأعباء العقارية».

يتضح من هذه المادة أن أصحاب الأملاك العقارية مطالبون بإيداع نسختين رسميتين لدى المحافظة العقارية قصد إشهار كل الحقوق العينة المتعلقة بعقاراتهم سواء كانت هذه الحقوق العينة أصلية أو تبعية كالرهن الرسمي .

إن الحكمة من إجراءات الشهر هو حماية الائتمان العقاري، وحماية حق الغير الذي يمكن أن يضار بهذا الرهن، إذ يعتبر مخالفة قواعده مساسا بالنظام العام لأن قواعده أمره، وبالتالي لا يجوز الخروج عنها وتتص المادة 1/904 ق.م.ج. على أنه: «لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكتب هذا الغير حقا عينيا على العقار وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة»⁽³⁾.

(1) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 125.

(2) الأمر رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 13 لسنة 1976 .

(3) لطيفة دحماني، المرجع السابق، ص ص 92-95

ج - الشكل في عقد الهبة

لقد عرف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها تملك بلا عوض واعتبرها من العقود الشكلية، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي، حيث لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين في شكل معين وذلك في المادة 206 ق.أ.ج التي تنص: « تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ».

ولم تختلف التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة وإنما اختلفت حول نوع الشكلية الواجبة فيه، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين: أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين فتتعقد الهبة بالتراضي ولكن لا بد من تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها، أما النوع الثاني من الشكلية، فينصب على التراضي ذاته، إذ لا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص، وهذا أخذ به المشرع الجزائري في رسمية الهبة الواقعة على العقارات، وذلك بتحرير عقد الهبة في شكل توثيقي *Acte notarie* تحت طائلة البطلان⁽¹⁾.

د - الشكل في عقد الشركة

لقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد الشركة، وذلك بفرض إتباع أركان شكلية لانعقاده، ورتب الجزاء على مخالفتها، فلقد نص في المادة 418 من ق.م.ج على أنه: «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد ».

فمن خلال هذه المادة يتضح تأكيد المشرع على ضرورة كتابة عقد الشركة واعتبارها ركنا من أركانها، مع أنه من خلال نص العربي لم يحدد نوع الكتابة الواجبة لانعقاده عقد الشركة المدنية، فيمكن أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية.

(1) لطيفة دحماني، المرجع السابق، ص 95 .

وذلك بضرورة كتابة عقد الشركة في مرحلة إبرامه ولكن بالإطلاع على النص الفرنسي لنفس هذه المادة نلاحظ أن شرط قيام عقد الشركة إفراغه في الشكل الرسمي⁽¹⁾.

زيادة على ذلك فإن الكتابة وإن كانت واجبة في عقد الشركة، فهي ضرورية بنفس الدرجة في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كالزيادة أو التخفيض في رأس المال أو إحالة الحصص، كما تنص على ذلك المادة 418 من ق.م.ج ، 572 من ق.ت.ج هي الأخرى تنص على إمكانية إثبات إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي⁽²⁾.

ثانيا: الشكلية العرفية

إضافة إلى الكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع في بعض العقود، والتي تعد ركنا في العقد، فإنه يرى أحيانا ضرورة توفر الكتابة في العقد الذي يقوم به الطرفان ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، ولكنه يقرر بطلان العقد الذي يتم بدونها، فتعد حينئذ قيدا على إرادة المتقاعدين في إنشائهما للعقد ولابد من مراعاة هذه الشكلية لأجل صحة العقد.

من العقود التي فرض فيها المشرع الجزائري شكلية الكتابة العرفية، نجد عقد مرتب مدى الحياة الذي يعرف بأنه: « إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد إلى شخص آخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد وقد يقرر مدى حياة الملتزم له المستفيد وقد يكون لمدين الدائن له أو لشخص آخر»، وهذا ما نصت عليه المادة 614 من ق.م.ج.

كما نصت المادة 615 من ق.م.ج. على أن: «العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع»⁽³⁾.
إن المادة 615 من ق.م.ج جعلت عقد مرتب مدى الحياة ينقذ بالكتابة دون تحديد نوع الكتابة من أجل أن يكون صحيحا ومنتج لأثاره القانونية.

(1) لطيفة دحماني، المرجع نفسه ، ص 104 .

(2) 572 من ق.ت.ج.

(3) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 100 .

ثالثا: اشتراط التسليم

إضافة إلى الشكلية التي اشترطها المشرع لانعقاد العقد، التي يفرع فيها التراضي في شكل عرفي أو سند رسمي يقوم بتحريره موظف مختص فقد اشترط شكلا آخر وهو التسليم⁽¹⁾. يعتبر فعل التسليم شكلية لا بد منها لقيام العقد، الذي يرجع أصله إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العقارية، والقرض الاستهلاكي والوديعة والرهن الحيازي.

إن هذا النوع من العقود أصبح نادرا بالنسبة للقانون الجزائري، إذ أن هناك حالة واحدة أشار إليها المشرع في قانون الأسرة طبقا للمادة 206 بخصوص عقد الهبة حيث تنص على أنه: « تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة».

ولقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة عقدا عينيا، إذا كان واردا على منقول إذ أن عبارة (وتتم بالحيازة)⁽²⁾ أي أن الحيازة تعد ركنا لقيام هذا العقد وإذ لم تتم اعتبر باطلا، وفقا للفقرة الثانية من المادة 206 من ق.أ.ج فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قيда يرد على إرادة المتعاقدين في إجراءها لهذا التصرف.

الفرع الثاني: الشكلية غير المتطلبة لانعقاد كقيد على الإرادة

سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد يشترط شكلية لانعقاد العقد، ويترتب على تخلفها البطلان. كما قد يفرض في بعض الحالات شكلية أخرى غير مباشرة ليست لازمة لانعقاد العقد، ولكنها تشكل قيда على إرادة الطرفين ومن هذه الشكلية اشترط الكتابة للإثبات وكذا اشترط الشهر في بعض العقود.

(1) علي فيلا لي، المرجع السابق، ص 242.

(2) يبدو أن الصواب في عبارة (وتتم بالحيازة) هو أي أن الحيازة تعد ركنا في هذا العقد وهذا ما يظهر واضحا في النص الفرنسي لنفس المادة L'acte de donation se forme par l'offre et l'acceptation et se complète par la prise des possessions».

أولاً: اشتراط الكتابة للإثبات

تعتبر الكتابة أهم شكلية في ظل القوانين الحديثة، يجب التمييز بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات. فإغفال الشكلية الأولى يمنع قيام العقد حيث يكون منعدم الوجود، ولا يترتب أي أثر ولا يجوز لأي كان أن يدعى به أو يتمسك به.

أما إغفال شكلية الإثبات تجعل المتعاقد في وضع يصعب عليه إثبات وجود العقد، غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات ويبقى العقد رضائياً في هذه الحالة.

ولو اشترطت الكتابة لإثباته كان انعقاده غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل مكتوب ويمكن إثباته بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين كما هو الحال في عقد الكفالة⁽¹⁾.

لقد عرف المشرع الجزائري الكتابة في المادة 323 مكرر من ق.م.ج على أنه: « ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علاقات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها ».

وتعتبر هذه المادة أول نص عرف الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات.

كون الكتابة التقليدية مرتبطة بالدعامة المادية أو الورقية إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة الإلكترونية افتراضية التي تترك أثراً مادياً مدوناً له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات⁽²⁾.

(1) المادة 645 ق.م.ج تنص على: « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أصلية وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التقاعد فليس له أن يحتج بها الوجه ».

(2) سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 16.

لذلك فقد يشترط المشرع شكلا خاصا للإثبات، دون أن يترك لهم حرية إثبات التصرف الذي قاموا به كاشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة⁽¹⁾.

كما اشترط المشرع في بعض العقود اتخاذ شكل مكتوب أو إتباع إجراءات شكلية إجبارية منها عقد المقاولة مثلا، والذي يعد عقدا رضائيا يكفي لانعقاده توافق إرادة طرفيه .

والحال نفسه بالنسبة لعقد الإيجار إذ ألزم المشرع طبقا للمرسوم التشريعي 93-03⁽²⁾ المتعلق بالنشاط العقاري - طرفيه بكتابته حسب نموذج موحد إذ تنص المادة 21 منه على أنه: « تجسد العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى»، مع أنها لم تبين ما إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوبا أمام الموثق أم يكفي العقد العرفي بشأنها.

كما أن جزاء تخلف هذه الشكلية لم يطبق عليه المشرع قواعد نظرية البطلان التي أكدها في العقود الرسمية العرفية، وإنما رتب على ذلك جزاء عقابيا نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم التشريعي المذكور على أنه: «...يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها».

وهناك جزاء آخر يمكن وصفه بأنه جزاء مدني نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها: «...ومن جهة أخرى و دون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد فإن أي وصل ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة»⁽³⁾.

(1) المادة 1/333 من ق.م.ج: « في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك» .

(2) لمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14 لسنة 1993.

(3) نيب عبد السلام - عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001، ص 58.

ثانيا: اشتراط الشهر في بعض العقود

العقارات بطبيعتها تتمتع بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع تصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء الحقوق العينة العقارية، أو نقلها أو تعديلها إلى إجراءات الذي يسمى بنظام الشهر العقاري، وهو عبارة عن نظام قانوني يراد به إعلان بيع العقار بطريقة قانونية، وإعلام الغير بمعظم التصرفات الواردة على العقارات لبعث نوع من الثقة في التعامل وتحقيق استقرار الملكية العقارية، ودعم الائتمان العقاري⁽¹⁾.

وللشهر العقاري دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية يكون إلزاميا بالنسبة لكافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلقة الواردة على الملكية العقارية ومثاله الإرتفاق والرهن الحيازي العقاري وعقد البيع، وعقد الشهرة وشهادة الحيازة. فعملية الشهر هي التي تستطيع نقل الملكية طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري وهو ما أكدته المواد 15 و16 من الأمر 74-75⁽²⁾ وهو أيضا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في هذا المجال.

أن المشرع يشترط هذا القيد في بعض التصرفات العقارية لتثبيت الحق العيني التبعي، وذلك للاحتجاج به على الغير وحتى بالنسبة للطرفين.

المطلب الثاني: فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة

إن حرية التعاقد مقيدة بفكرة النظام العام، حيث يتمتع عن الإرادة أن تتجه إلى إحداث اثر يتعارض مع اعتبارات النظام العام وحسن الآداب، وفكرة النظام العام في بعدها التقليدي - السياسي والأخلاقي - والتي تعبر عن المضمون الذي كان سائدا في ظل النظام الفردي،

(1) زاهية سي يوسف، نقل الملكية في البيوع العقارية، مجلة محاماة، المنظمة الجهوية للمحامين بتييزي وزو، العدد 01، ماي 2004، ص120.

(2) أمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 92 لسنة 1975.

جسدت حجم القيود التي ارتآها أنصار سلطان الإرادة لتحديد نطاق هذا المبدأ لذا كانت هذه القيود ضيقة .

الفرع الأول: النظام العام التقليدي ومدى تقييده للحرية التعاقدية

يعتبر النظام العام من أكثر الأفكار استعصاءا على التعريف، مما جعل بعض الفقهاء يصفها بأنها فكرة مراوغة لا تسمح بحصرها في تعريف دقيق، واعترفوا بعجزهم ولكن اتفق أغلبهم على أن النظام العام يعتبر من بين المفاهيم ذات المضمون المتغير وظيفته الأساسية تقييد الحرية التعاقدية باسم المصلحة العامة أما الآداب العامة فتتمثل المظهر الأخلاقي للنظام العام⁽¹⁾ .

عرفه الفقيه العربي عبد الحي حجازي بأنه: « مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد حيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم »⁽²⁾ .

والملاحظ أن فكرة النظام العام طغت على كل فروع القانون، وبالأخص فروع القانون الخاص، حيث يقصد بها مجموع النصوص التي لا يجوز للتصرفات القانونية أن تستبعدوها، أو تعدلها سواء كانت هذه التصرفات عقدية أو تصرفات بالإرادة المنفردة .

والملاحظ أيضا أن النظام العام التقليدي يتسم بطابع سلبي، إذ يقتصر دوره على حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل العقد أو الباعث عليه⁽³⁾ .

(1) يعتبر النظام العام والآداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمع، إلا أنه من الصعب تعريفه نظرا لمرونته ونسبته فهو يختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن زمان إلى زمان. وتعد فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة أخرى هي المصلحة العامة إلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، عبد الرحمان خليفاتي مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1978، ص 270 .

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982 ص 341.

(3) المادة 93 ق.م.ج تنص على: « إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ».

وهو يفرض قيود على سلطان الإرادة وضوابط لممارسة الحرية، من خلال احترام الشروط والعناصر اللازمة للانعقاد من رضا ومحل وسبب حماية للكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع .

الفرع الثاني: النظام العام الاقتصادي والاجتماعي

إن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي يجد مجال تطبيقه في تبادل السلع والخدمات بالتركيز على عنصر التبادل ذاته، ويختلف بذلك عن النظام العام السياسي والأخلاقي الذي لا يهتم إلا من حيث النتائج المترتبة عليه، ومدى مساسها بالأسس والمصالح العامة التي يقوم عليها كيان المجتمع وتنظيماته ومعتقداته، الذي جعل هذه القيود تتزايد على الحرية التعاقدية التي تمس الحرية في تحديد مضمون العقد .

إن القول بأن النظام العام الاقتصادي حد على سلطان الإرادة، يستوجب فرض إرادة المشرع على إرادة الأفراد، أي التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة الجموع. فتفقد الإرادة الفردية سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتيانه، ولا يكون أمامها سوى الانصياع أمام مقتضيات النظام العام.

الفرع الثالث: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي انتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام والآداب العامة.

وهناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تأمين تطابق العقد والمصلحة العامة والنظام العام، لأن المصلحة العامة أسمى من الحرية⁽¹⁾.

(1) وفيما يخص مصير العقد الذي يصبح مخالفا للنظام العام والذي يطرأ بعد قيام العقد، فيرى الأستاذ فيلالي أنه من المفروض أن يبقى العقد صحيحا باعتبار أن العقد يخضع للقانون المعمول به وقت انعقاده من جهة، وأن القانون لا يسري إلا مستقبلا طبقا للمادة 2 من ق.م.ج من جهة أخرى، فله أن يبين قوانين بأثر رجعي. وعندئذ يصبح العقد باطلا ما لم يتمكن المتعاقدان من تعديل بنوده حتى يصبح مطابقا للنظام العام، عبد الرحمان خليفاتي، المرجع السابق، ص ص 208-228.

لقد تطور النظام التعاقدي إلى أن اتصف بالحماية، حيث اعتبر أداة لحماية مصالح المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر في عقد من شأنه أن يفرض عند انعقاده شروطاً تنعدم فيها حرية التفاوض بين الأطراف، فالنظام العام يفرض عند تكوين العقد ويخضعه إلى شروط موضوعية وشكلية يقرها القانون، وأن عدم مراعاة هذه الشروط تؤدي حتماً إلى البطلان. والأرضية المثلّية لهذه الحماية العقدية تكون في عقد الإذعان الذي يفسر ويقرر بإرادة أحد المتعاقدين في حين يقف الطرف الآخر جامداً، ويقتصر دوره على قبول العقد دفعة واحدة، وذلك بالامتثال لما يقرره و يفرضه المتعاقد الأول، و أن كل تفاوض من أجل التنازل عن الشروط مستبعد .

المبحث الثاني: تدخل المشرع والقاضي لتعديل العقد عند التنفيذ والإنهاء

الأصل أن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التي جمعهم، ولا يمكن للقاضي أن يغير من شروط وبنود العقد، فهو يبحث عن المقاصد الحقيقية في حالة الغموض ولا يمكن له بأي حال أن يغير من إرادة الأطراف إلا بحكم أو بقرار قضائي. فالمشرع يتدخل بنفسه في بعض العقود بغرض التنظيم أو التعديل في البنود المجحفة خدمة للعدالة العقدية .

ونفس الأمر بالنسبة للقاضي، فبإمكانه التدخل بحثاً عن تحقيق التوازن في الروابط العقدية فقد خولت بعض التشريعات للقاضي التدخل صراحة في العقود بسبب تغير الظروف التي أبرمت في ظلها وعدم توقع حدوثها، إلى جانب حالات أخرى تستدعي المراجعة والتعديل والإنهاء، هو ما سأعرضه في مطلبين:

المطلب الأول: تدخل في تفسير القاضي العقد

إن تفسير العقد هو توضيح معنى النصوص الواردة فيه وبيان مدلولها، وذلك قصد الوقوف على الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين.

إن القاضي عند تفسيره للعقد يهدف إلى الوصول إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين الذي يتحدد بالعبارات التي تشكل التعبيرين المتطابقين.

قد تكون هذه العبارات واضحة حيث تطبق كما وردت في العقد، ولا تحتاج إلى تفسير. ولكن أحيانا قد يعتريها بعض الغموض، إما لكون اللفظ في حد ذاته غامضا أو لا يتفق مع ما قصده المتعاقدين فيحتاج إلى تفسير في هذه الحالة⁽¹⁾، لذا سنتطرق في الفرع الأول إلى تفسير العبارات الواضحة وفي الفرع الثاني حالة غموض العبارات.

الفرع الأول: تفسير القاضي للعبارات الواضحة

إذا كانت عبارات العقد واضحة تعين على الطرفين تنفيذ العقد دون تغيير أو تأويل، فما على القاضي سوى الأخذ بالمعنى الظاهر لهذه العبارات، طبقا للفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج على: «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين»، فعلى القاضي أن لا يخرج عن العبارة الواضحة الكاشفة عن هذه الإرادة لأن ذلك يعتبر تعديا على القوة الملزمة للعقد⁽²⁾.

ويقصد بوضوح العبارة: وضوح الألفاظ المستعملة في حد ذاتها أو وضوح بنود العقد إلا أن العبارة الواضحة تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين، يجعل العقد غامضا، فالوضوح المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج هو وضوح العقد كليا أي التطابق الكلي بين الإرادة الباطنة والتعبير عنها، أي أن الألفاظ المستعملة تعبر عما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽³⁾.

فمتى كانت عبارات العقد واضحة في الكشف عن إرادة الطرفين يستخلص القاضي هذه الإرادة من المعنى الظاهر، أما إذا كانت العبارات واضحة ظاهريا ولكنها متعارضة مع الإرادة الباطنة للطرفين فهنا يستلزم التفسير.

(1) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002، ص 18.

(2) علي فياللي، المرجع السابق، ص 308.

(3) عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 509.

فالمشرع الجزائري عندما منع القاضي من الانحراف عن عبارات العقد الواضحة كان على أساس افتراض أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة، لذا فالمادة 2/111 تنترجم إرادة المتعاقدين لذا لا يمكن تغييرها أو الانحراف عنها.

إن التعبير عن الإرادة طبقا للمادة 60 من ق.م.ج يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي مجال للشك في دلالاته على مقصود صاحبه إلا أن اختيار أطراف العقد للتعبير عن الإرادة بالكتابة يخضعهم لحكم المادة 1/111 ق.م.ج التي تعدد بعبارة العقد الواضحة دون غيرها للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين.

فوضوح العبارة حسب الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج يمنع تأويلها إلا أنه إذا كان هذا الوضوح لا يكشف عن الإرادة الباطنة للمتعاقدين فيمكن العدول عنه، وينبغي على القاضي أن يبين أسباب العدول، حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة أسباب هذا التأويل والانحراف.

إن مسألة وضوح العبارة نسبية وتختلف من قاضي لآخر، فالمعيار الصحيح لرقابة قاضي الموضوع عند انحرافه هو وضوح العبارة ذاتها أي الإرادة الباطنة المشتركة لطرفي العقد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تفسير القاضي في حالة غموض العبارات

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فإن القاضي يتعين عليه للكشف عن إرادة المتعاقدين، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج على أنه: «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».

يقصد بعدم وضوح العبارة: عدم التطابق بين الإرادة الظاهرة المعبر عنها في عبارة العقد مع الإرادة الباطنة حيث يحتمل العقد عدة تفسيرات مختلفة ويتعذر ترجيح وجه على آخر⁽²⁾.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 293-294.

(2) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 105.

ويرجع غموض العبارة إلى عدة أسباب، كاستخدام المتعاقدين لألفاظ لها معاني متميزة ومتعارضة يصعب معرفة المعنى المقصود منه أو استعمال عبارات قانونية في غير معناها القانوني، أو اشتغال العقد على حالة لا يعرف ما إذا كانت واردة على سبيل المثال أو الحصر. أو وجود أخطاء مادية، كما يرجع غموض العبارة إلى إغفال المتعاقدين لبعض المسائل التفصيلية في العقد.

وعليه فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة فإن الأمر يحتاج بالضرورة إلى تفسير أساسه النية المشتركة للمتعاقدين التي يقصد بها اتجاه الإرادة النفسية على تحقيقه، وتكون النية مشتركة إذا تقابلت وتطابقت مع نية أخرى واشتركتا في نفس المضمون⁽¹⁾.

عند تفسير العقد يفترض أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حكماً للإرادة الباطنة، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدين قد قصداً أمراً اتفقا عليه، ولكن عبثاً عنه بتعبير غير دقيق. تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، فنكون في منطقة تفسير العقد وليس في منطقة العقد. كما يرى جانب من الفقه وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن التفسير ينصب على الإرادة الظاهرة مادامت متفقة مع الإرادة الباطنة، أما عند الاختلاف فيتعين استخلاص النية المشتركة من الإرادة الباطنة للمتعاقدين⁽²⁾.

العبرة ليست بنظرة أحد المتعاقدين وإنما بنظرتهما المشتركة التي تم الاتفاق عليها فإذا لم يحصل اتفاق تكون العبرة بظروف العقد وحسن النية، لذا يلتزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة حسب المعالم التي حددها المشرع الجزائري في تأويل إرادته، بشرط أن تكون مطابقة لما تقتضيه طبيعة المعاملة والأمانة وحسن النية بين المتعاقدين⁽³⁾.

(1) عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 66 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 73 .

(3) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 80 .

بالنسبة للمشرع الجزائري الإرادة المشتركة التي يأخذ بها هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها وهي مسألة شخصية، و يمكن للقاضي الكشف عنها بالرجوع إلى العقد ذاته أو عن طريق الوسائل التالية:

أولاً: العبرة بالمقصد والمعاني وليست بالألفاظ، فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، بل يجب عليه ترجيح المعنى الأكثر انطباقاً مع الغرض المنشود.

ثانياً: إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات اثر والمعنى الآخر لا يجعل له أثر في العقد فيجب ترجيح المعنى الأول.

ثالثاً: لا بد من النظر إلى العقد بصفته وحدة واحدة فلا يمكن تفسير كل بند على حدة بعيداً عن البنود الأخرى.

رابعاً: تخصيص حالة الذكر لا يجعلها تتفرد بالحكم⁽¹⁾.

-تبقى هذه الوسائل الداخلية التي يستعين بها القاضي في تفسيره لعبارات العقد الغامضة فإذا لم تساعده في تفسير العقد يلجأ إلى الوسائل الخارجية، المتمثلة في طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات، وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين طبقاً للفقرة 2 من المادة 111 ق.م.ج.

ويتضح أن تفسير العقد يقتضي الوقوف على إرادة طرفيه، وليس على إرادة أحدهما فقط ويسعى القاضي لإظهار ما أراداه من خلال العبارة المستعملة.

فإذا كانت واضحة تقيد بها وأعطاها المعنى المتفق عليه، أما إذا كان غامضاً يحتمل أكثر من معنى تعين عليه تحديد مفهومه انطلاقاً من تقديره لما أراده المتعاقدان، وله السلطة التقديرية في ذلك طالما يحتمل أكثر من معنى ويعطيه المفهوم الذي يتناسب مع العقد وما قصده المتعاقدان.⁽²⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق، ص 498 .

(2) محمد حسنين، المرجع السابق، ص 278 .

المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد

يخول المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في بعض الحالات الاستثنائية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة ومن أمثلة النصوص القانونية التي تعطي للقاضي سلطة التعديل نص المادة 3/107 من التقنين المدني التي تعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة ونص المادة 110 من ق.م.ج التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو الإعفاء منها ونص المادة 119 ق.م.ج التي تخول للقاضي سلطة منح أجل للمدين ونص المادة 184 من ق.م.ج التي تخول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه وكذلك سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الاستغلال.

الفرع الأول: تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

تنص المادة 3/107 من التقنين المدني على أنه: «.. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين إن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ». يتضح من نص المادة، أن القانون قد خول للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العلاقة بين المتعاقدين على تحقيق العدالة من جهة، ويساعد على استمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى⁽¹⁾.

أولاً: شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة

أ - الشروط الواجب توافرها في العقد:

- أن يكون العقد متراخي التنفيذ: حتى يمكن أن تكون الظروف الطارئة سبباً لتعديل العقد يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ، ذلك أنها إذا كان تنفيذ العقد قد تم فوراً انعقاده.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 354-355.

فان الالتزامات التي نشأت عن العقد تكون قد انقضت بالوفاء وبالتالي لا تكون هناك التزامات قائمة يمكن تعديلها⁽¹⁾ .

-أن لا يكون العقد احتماليا: لا تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية التي تحتل بطبيعتها الكسب أو الخسارة الجسيمة، وتقوم على المخاطرة فليس للمتعاقد الذي يصاب بخسارة من جراء تنفيذ هذا العقد طلب تعديله استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة لان عليه إن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات .

ب-شروط الحادث الطارئ: حتى يمكن أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد، يجب أن تتوفر فيه الصفات الآتية :

*أن تكون هذه الحوادث عامة لا خاصة بالمدين: مثل الظروف العامة أو الحروب أو الوباء أما ظروف المدين الخاصة ولو كانت استثنائية مثل حريق شب في محصوله فلا تدخل في مفهوم الظروف الطارئة وكذلك إفلاس المدين أو موته⁽²⁾ .

*أن يشكل الظرف الطارئ حادثا استثنائيا: معنى ذلك أن يكون حادثا غير مألوف، واشتراط الاستثنائية في الحادث الطارئ هو تضيق من المشرع لتدخل القاضي لتعديل العقد ومن ثم إقرار للمبدأ الأصلي وهو مبدأ سلطان الإرادة، الذي يحفظ العقد من أي تدخل أجنبي على طرفي العقد.

لذلك فوضع شروط موضوعية لإعمال نظرية الظروف الطارئة يعد أمرا منطقيا، يتماشى وروح العدالة المستهدف تحقيقه إذ يجب أن يكون وصف الاستثنائية في الحادث الطارئ غير مرتبطا بأحد طرفي العقد وحده، حيث يكون نادر الوقوع بحسب المألوف من شؤون حياة الناس كالحروب والزلازل والحرائق .

(1) أسماء فرجالي، اثر العقد من حيث الموضوع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة 2013، ص 55 .

(2) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 99 .

* أن تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول عند إبرام العقد: يجب أن يكون الحادث غير متوقع خاصة بالنسبة للمتعاقد المدين، أي لا يكون في الوسع توقعه وقت التعاقد.

فنظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة لا يعتد بها إلا بالأحداث التي لم تكن في الحسبان ولم تتوقع وقت إبرام العقد وإلا تم الاحتياط بها (1).

ومعيار التوقع ليس معياراً شخصياً بل هو معيار موضوعي معيار الرجل المعتاد، فيجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الحادث لو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد، لهذا لا يجوز للمتعاقد أن يطلب بتعديل العقد بسبب حادث لم يتوقعه وقت إبرام العقد مادام كان بوسع الرجل العادي أن يتوقع حدوثه (2).

* أن يكون الحادث الطارئ غير ممكن دفعه أو تفاديه: فينبغي أن لا يكون في استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه، فلا تطبق النظرية عند وقوع حادث استثنائي كان من الممكن تفاديه أو درء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول.

ويقاس الأمر بمعيار موضوعي وفقاً للشخص المعتاد، و التقدير يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي، لأن توقع الحادث أو عدم توقعه مسألة واقع كما أنها مسألة نسبية، فما هو متوقع لشخص قد يكون غير متوقع لغيره لذا فالمعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تحديد درجة التوقع هو معيار موضوعي، أي بالنسبة للرجل العادي وليس بالنظر إلى وجهة نظر المتعاقدين الشخصية حيث يعتبر هذا المعيار أكثر انسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة (3).

* أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً: نصت عليه المادة 3/107 ق.م.ج والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ يقوم على معيار يتغير بتغير الظروف المهم أن يهدف تنفيذ التزام المدين بخسارة فادحة غير مألوفة في التعامل علماً أن هذا الإرهاق لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم بشأنها العقد ولا عبرة بثروة المدين.

(1) خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 235.

(2) أسماء فرجالي، المرجع السابق، ص 41.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 375.

وحتى تؤدي الظروف الطارئة إلى تعديل العقد لابد من أن يكون قد ترتب عليها تعرض المتعاقد لخسارة فادحة إذا ما اجبر على تنفيذ التزاماته المحددة في العقد، أما إذا كانت الخسارة التي تهدده ليست جسيمة، فلا داعي لتعديل العقد .

أما إذا ترتب عليها استحالة التنفيذ فذلك يؤدي إلى انقضاء الالتزام وهذا هو في الواقع الفرق بين الظرف الطارئ و بين القوة القاهرة، فكلاهما ظرف عام غير متوقع ولكن هذا الظرف إن أدى إلى استحالة التنفيذ عد قوة قاهرة، وإن اقتصر على جعل التنفيذ مرهقا يكون ظرفا طارئاً⁽¹⁾ .

ومعيار تقدير فداحة الخسارة المترتبة على تنفيذ الالتزام- اثر قيام الظرف الطارئ - معيار موضوعي بالنظر فيه إلى الصفة محل التعاقد ذاتها، فإذا كانت الخسارة الناشئة عن الصفة تعد فادحة بالنسبة إلى المتعاقد العادي كان هناك محل لتطبيق الظروف الطارئة، حتى ولو كانت هذه الخسارة لا تعد جسيمة بالنسبة للمتعاقد الذي يطلب التعديل بالنظر إلى ظروفه الخاصة كثرائه غير العادي.

وعلى العكس من ذلك إذا لم تكن هذه الخسارة تعد خسارة فادحة بالنسبة للمتعاقد العادي فلا تكون هناك مجال لإعمالها حتى ولو كانت فادحة بالنسبة للمتعاقد الذي يطلب التعديل بالنظر إلى ظروفه كفقره مثلاً⁽²⁾ .

ثانيا: كيفية مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة

بتوفر شروط نظرية الظروف الطارئة وعلى ضوء المادة 3/107 ق.م.ج جاز للقاضي مع مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتثير هذه المادة مسألتين الأولى مسألة التزام القاضي بمراجعة العقد إذا توافرت الحوادث الطارئة والثانية كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

(1) أسماء فرجالي، المرجع السابق، ص 42 .

(2) أسيا يسمينة مندي، النظام العام و العقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 91، 2009 .

أ - التزام القاضي بمراجعة العقد

على الرغم من أن المشرع استعمل عبارة «جاز للقاضي» فإن هذا لا يعني أن القاضي مخير بين تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو إهمالها، بل هو مجبر على تطبيقها لأنها من النظام العام إلا أن ذلك موقوف على تحريك الدعوى من قبل المدين الواقع عليه الإرهاق والمهدد بالخسارة الفادحة إذا استمر في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

ب - رد الالتزام إلى الحد المعقول

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الطريقة التي يتم بها رد التزام المدين المرهق إلى حد معقول يرفع به الإرهاق مع بقاء استمرارية العقد، وذلك في الحالات التالية:

*إنقاص التزام المدين

إن الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة أو الإجراء الطبيعي والمنطقي للحد من الخسارة الفادحة المتوقعة لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به .

فالغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، فالخسارة التي يتحملها المدين تكون حتما خسارة مألوفة بينما القاضي يقوم بتوزيع مقدار الخسارة بين المتعاقدين مراعيًا مصلحة كل واحد منهما⁽²⁾.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الطريقة في المادة 3/107 فإن عبارة « يرد الإرهاق إلى الحد المعقول» تتحمل هذا التفسير، وهو نفس التعبير الذي استعمله المشرع المصري بعدما كان قد استعمل لفظ «إنقاص» في المشروع التمهيدي.

كما أن المشرع استعمل في النص الفرنسي عبارة «réduire» التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل، فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير ولو كان الأمر غير ذلك

(1) أسيا يسمينة مندي، المرجع السابق، ص 92.

(2) بن عزوز درماش، المرجع السابق، ص 264-267.

لعبر عنه بكل وضوح مثل ما فعل في الفقرة الثالثة من المادة 561 من ق.م.ج على أنه: «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزام كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاول، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد»⁽¹⁾.

***وقف تنفيذ العقد:** وقد يختار القاضي لإعادة التوازن بين المتعاقدين، لا لإنقاص التزامات المدين و لا لزيادة التزام الدائن، و إنما يختار أن يوقف العقد مدة معينة حتى تنتهي هذه الظروف الاستثنائية وتعود الأمور إلى مجراها الطبيعي، وقد يختار القاضي بأن يمنح للمدين أجلاً لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضعها القاضي لتحقيق التوازن .

وما ينبغي ملاحظته انه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد لأن سلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أي الإبقاء على العقد⁽²⁾.

إن خيار الفسخ من أجل رد الإرهاق ليس حلاً جديداً، بل أخذت به جل القوانين المقارنة. فالمشرع الايطالي تبنى الفسخ كأسلوب لرد الالتزام المرهق وذلك من خلال نص المادة 1468 من القانون المدني على أنه: «إذا أصبح التزام احد المتعاقدين مرهقاً على اثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين لهذا الالتزام ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرا طلب بان يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

فالمدين له الحق في طلب فسخ العقد بسبب الإرهاق الناتج عن ظرف استثنائي، وقبول هذا الطلب خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في تقديره للإرهاق، ثم إمكانية عرض المتعاقد الآخر الذي له أن يتوقى الفسخ بعرض تعديل لشروط العقد .

(1) أسماء فرجالي، المرجع السابق، ص 43 .

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 326 .

أما النص الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 3/107 يماثل النص الذي اخذ به المشرع المصري، فانه لا يوحي حسب ظاهره إلى الفسخ كأحد حلول رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

الفرع الثاني: تعديل القاضي للشرط الجزائي

عرف الأستاذ أنور سلطان الشرط الجزائي بأنه: «اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه»⁽¹⁾ .

كما عرفه الأستاذ عبد المنعم البدرابي بأنه: « اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير»⁽²⁾ .

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، وتحصل مقدما قبل وقوع الضرر. فقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 183،184،185 من القانون المدني الجزائري، ويشترط لاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية واعذر المدين .

بعد فحص القاضي لكل شرط على حدة والتأكد من مدى توافر كل الشروط السابقة، وجب عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض إذا كان مفرطاً (مبالغاً فيه) طبقاً للمادة 2/184 من ق.م.ج، أو الزيادة فيه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً طبقاً لأحكام المادة 185 من ق.م.ج، وهذا ما سنبينه في النقاط التالية :

أولاً: تخفيض الشرط الجزائي

لكي يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغاً فيه، وقد نصت المادة 2/184 من ق.م.ج على

(1) أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة، لبنان، 1980، ص 71 .

(2) عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1986، ص 80 .

أنه: «...ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»، لم تحدد هذه المادة صراحة كيفية تقدير الإفراط ولا العناصر التي تمكن القاضي الاستناد عليها في تقديره إلا أنه جرى العمل باللجوء إلى المعيار الموضوعي، وهو مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن .

فالمشرع عندما خول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد طريقة تستند إليها فقد ترك بذلك الحرية الكاملة في ممارسة سلطته التقديرية، ولكن لا يجوز له أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه إلا إذا طلبه المدين، واثبت هذا الأخير أن مبلغ التعويض مفرطاً بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ.

كما يلجأ القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، الذي مفاده قيام المدين فعلاً بتنفيذ التزامه، ولكنه توقف جزء منه إن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد الحق ضرراً بالدائن، لأنه ليس من العدل أن يلتزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كلياً لأن هذا يلحق ضرراً به ويجعل التعويض المتفق عليه مفرطاً⁽¹⁾ .

ثانياً: زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً» .

من خلال هذه المادة منع المشرع القاضي من التدخل في الزيادة في الشرط الجزائي بصفة مبدئية، إلا أنه استثناء على ذلك فقد خول له رخصة الزيادة في حالة ما إذا لحق الدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه وكان هذا الضرر ناتجاً عن خطأ جسيم للمدين أو عن غشه حتى يتساوى مقدار التعويض مع الضرر الواقع، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن مدى حسن النية أو سوءها مع أن سوء النية يقع عبء إثباتها على الدائن لأنه ملزم بإثبات أن

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص 184 .

المدين قد تعتمد عدم تنفيذ التزامه، ويحكم للدائن بتعويض إضافي عن الضرر الذي لم يتوقعه الطرفان من الغش أو الخطأ الجسيم⁽¹⁾.

إذا كانت للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض الإجمالي، فإنه لا يجوز له أن يزيد في هذا المبلغ المحدد بالشرط أو يخفضه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من عدم تنفيذ الالتزام.

لأن المشرع الجزائري ربط بين الشرط الجزائي والضرر، وأجاز للمدين نفي وقوع الضرر ليتخلص من الشرط الجزائي كلية، كما أجاز تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهو من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساواة بين أطراف العقد، إلا أنه بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية التي تعتمد على نموذج نمطي يعده أحد أطراف العلاقة التعاقدية بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له سوى الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له سلطة في تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا يدخل في مناقشة أو مساومة حقيقية على شروطه والطرف المعد لهذا العقد.

(1) لأن الضرر شرط لاستحقاق التعويض في الشرط الجزائي، باعتبار أنه تعويض اتفاقي في المسؤولية العقدية و باعتباره ركنا لها، كما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يترتب عليه ضرر للدائن و لو كان معنوياً، أن الدائن لم يترتب هذا الالتزام في ذمة المدين عبثاً و دون أن تكون له مصلحة في تنفيذه، لذا فالشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا لم يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

يعرف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه: « العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مفرزة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها »⁽¹⁾.

غالبا ما يخضع هذا العقد الذي يستقل فيه احد المتعاقدين بوضع شروط العقد إلى تنظيم ورقابة سابقة من جانب المشرع لحماية الطرف الضعيف، ومن أهم مظاهر هذه الحماية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يشتمل عليها العقد.

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان طبقا لنص المادة 110 من ق.م.ج والتي تنص على انه: « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وان يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة... »، لقد أعطى هذا النص للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا تبين بأنه يشتمل على شرط تعسفي بإزالة هذا الشرط، بل وله أيضا أن يعفي الطرف المذعن منه في حدود ما تقتضيه العدالة. فهي أداة فعالة يستطيع القاضي من خلالها أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية الذي يفرضها عليه المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة.

الفرع الرابع: تعديل القاضي للاستغلال

الاستغلال لا يكفي فيه أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة، وإنما يلزم أن يستغل أحد المتعاقدين حالة ضعف المتعاقد المغبون⁽²⁾.

إن التزامات المتعاقدين وإن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال تجعل العلاقة العقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال احد المتعاقدين للطرف الآخر لما غلب عليه من طيش أو هوى.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 120.

(2) توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ص 164.

جاز للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل أن يبطل العقد أو ينقص التزاماته⁽¹⁾. فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال له أن يقضي بالبطلان دون الزيادة في الالتزامات، ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، لذا فالاختيار في هذه الحالة بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزام أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي حسب ما تقتضيه ظروف وملابسات القضية.

فقد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون مع بقاء العقد إذا كان كافياً لرفع الغبن، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا لأن الأمر يتعلق بمسالة وقائع لا مسالة قانون .

كما أنه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م.ج يجوز للطرف الآخر أن يتوقى دعوى الإبطال وذلك بالزيادة في مقدار التزامات الطرف المستغل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، وتعد هذه الزيادة في هذه الحالة أمراً إرادياً يتم برضا المتعاقد وبإرادته، ويلتزم القاضي بهذا الطلب إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافيّة لرفع الغبن، وله السلطة التقديرية في تقديرها معتمداً في ذلك على العدالة العقدية فقط⁽²⁾ .

وعليه فسواء قام القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، أو قام بزيادة الطرف المستغل فإن الهدف من ذلك هو رفع التفاوت الفاحش بين الالتزامات، وتحقيق المساواة بين الأطراف .

(1) المادة 1/90 ق.م.ج و المادة 91 ق.م.ج .

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 132 .

المطلب الثالث: تدخل المشرع لإنهاء العقد

يتدخل المشرع أحيانا لإنهاء العقد وذلك بإعطاء القاضي السلطة التقديرية في فسخه، كما قد ينص على حالات معينة لإنهائه، لذا نبين في هذا المطلب حالة الفسخ القضائي في فرع أول، ثم نتطرق لبعض حالات الإنهاء التشريعي للعقد في فرع ثاني .

الفرع الأول: الإنفساخ

إذا اختار الدائن المطالبة بالفسخ فإن هذا لا يقع بمجرد إخلال الطرف الآخر بإلزامه، بل لا بد له من حكم قضائي ويعتبر في هذه الحالة حكما منشأ.

فإذا حدث وان لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه، فإن القانون يجبر المتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، وهنا يظهر دور القاضي في طلب الفسخ من عدمه طبقا للمادة 119 ق.م.ج، فبعد إعطاء المدين مهلة معينة يجوز للدائن أن تطلب من القضاء تنفيذ العقد جبرا أو فسخه، فالقاضي له السلطة التقديرية في ذلك .

وتطبيقا لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أشار في المادة 561 ق.م.ج إلى إجازة فسخ عقد المقاولة أو زيادة الأجرة إذا ما طرأت ظروف أدت إلى انعدام التوازن بحيث يصبح تنفيذ التزام المقابل مرهقا له إذا قام به وفقا للاتفاق⁽¹⁾ .

الفرع الثاني: الإنهاء بقوة القانون

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد دون رضا الطرفين، و لا يملك فيها القاضي السلطة التقديرية في إبقاء العقد أو إنهائه، ومن حالات إنهاء العقد التي نص عليها المشرع: حالة إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين، كإنقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء طبقا للمادة 439 ق.م.ج، وإنهاء العارية بموت أحد طرفيها طبقا للمادة 548 ق.م.ج

(1) يلاحظ ان هذه المادة هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التي سبق الإشارة إليها، إلا أن الجزاء يختلف بحيث يمكن للقاضي فسخ العقد في هذه الحالة على عكس الظروف الطارئة .

وكذا إنتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل طبقا للمادة 568 ق.م.ج، فهي لا تعتبر خروجاً عن القوة الملزمة للعقد، لأنه يراعي في إبرامها للاعتبار الشخصي للمتعاقدين. كما أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا كانت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه تؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام، ويترتب على ذلك انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون، فالاستحالة المقصودة تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها.

ويلزم لانفساخ العقد توافر الشروط الآتية:

أولاً: أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة من تاريخ لاحق لقيام العقد، أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرامه فإن العقد لا ينعقد، إذ أنه يقع باطلا لاستحالة محله.

ثانياً: أن تكون الاستحالة كلياً تنفيذ الالتزام، فإذا كانت جزئية لا يقع الانفساخ وللدائن الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني .

ثالثاً: أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي عن المدين⁽¹⁾ .

فإذا توافرت شروط الانفساخ ترتب عليه زوال العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون، إذ يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وفقاً لنص المادة 122 ق.م.ج، مع أنه لا مجال للتعويض في هذه الحالة .

كما أجاز المشرع إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين إذا توافرت الشروط القانونية التي تحمي الطرف الآخر في العقد، إذ أن الأصل هو عدم جواز ذلك، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين طبقاً للمادة 106 ق.م.ج⁽²⁾ .

(1) بن عزوز درماش، المرجع السابق، ص 264-267

(2) عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 57 .

لقيام العقد يجب توافر إرادتين أو أكثر قصد إحداث آثار قانوني معين، فالإرادة هي جوهره وأساسه، إذ يمكنها إنشاء ما تشاء من العقود.

حتى يعتد بالإرادة قانونا يجب أن تصدر عن شخصية قانونية متمتعة بالأهلية الكاملة، دون أن يتخللها نقص فلا تصدر من شخص عديم الأهلية، ولا يعترها عيب من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه، والتدليس .

فالنسبة لإبرام العقد يجمع فقهاء القانون الحديث على أن القانون تطور نحو الرضائية، وأصبح هذا المبدأ القاعدة العامة التي تحكم تكوين العقد وقيامه، إذ أن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين ينشأ العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها .

فالأفراد لهم مطلق الحرية في تحديد الالتزامات المترتبة عنه، ففي عقد الإيجار مثلا للأطراف مطلق الحرية في تحديد بنوده كتحديد مدة الإيجار والأجرة التي يلتزم بها المستأجر، كما أن مضمون العقد يعكس ما اتفق عليه الأطراف لذا يستوجب على القاضي عند التفسير أن يتقيد بما اتجهت إليه إرادة الأطراف بهدف الوقوف على الالتزامات التي يولدها العقد حتى يتسنى تطبيقه .

إن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال التعاقدي ليس مطلقا، إذ ترد عليه قيود عديدة فرضها المشرع في كل المراحل التي يمر بها العقد.

فالنسبة للشكلية وإن كانت تقيد من دور الإرادة في إنشاء العقود، إلا أنها أصبحت من مستلزمات النظام العام لحماية الرضا، حيث تهدف إلى توافر الرضا لدى أحد الطرفين في العقود ذات الأهمية كعقد هبة عقار وبيعه، والرهن الرسمي ..الخ، حيث يكون هذا الرضا عن بصيرة وعلم بحقيقة وطبيعة التصرف، إضافة إلى اشتراط الكتابة التي تحقق الأمان لأطراف العقد عكس طرق الإثبات الأخرى .

ويعتبر الشهر شرط للاحتجاج بالتصرف على الغير التصرف لدى الكافة، تحقيقا للتوازن بين إرادة المتعاقدين وتأكيد حماية هذه الإرادة بفرض شكلية معينة .

إضافة إلى ذلك فقد اقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 ق.م.ج، مما يوحي انه أعطى للإرادة دور في تنفيذ العقود التي تبرمها، إلا انه أورد قيودا، و ذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه. كما أن للقاضي أن يبحث عن النية المشتركة للأطراف في حالة غموض العبارات. إلا أن التعديل الوارد على العقد من قبل الأطراف والمشرع والقاضي ليس مطلقا، بل مقيد بعدم التعسف في استعمال الحق وحسن النية، والكتابة في بعض العقود التي تكون ركنا للانعقاد.

كما يمكن للمشرع أن يتدخل في إنهاء وذلك بإعطاء السلطة التقديرية للقاضي في فسخه، كما أن هناك حالات يتدخل فيها المشرع لإنهاء العقود دون رضا الطرفين.

إن ما تم التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث هو:

- إن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات العقدية لما لها من دور في إنشاء العقد و الالتزامات المترتبة عنه، وكذا القيام بالتعديلات المناسبة لتحديد مضمونه.
- إن القيود الواردة على الإرادة سواء في إنشاء العقد أو تجديد أثره يجب أن لا يقودنا الاعتقاد بان حرية الإرادة لم يعد لها دور، وإنما ذلك للفت الانتباه بأنها لم تعد لها السيادة المطلقة، وتبقى هذه القيود مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد.
- إن التطور الحديث لفكرة النظام العام، قد اثر على دور الإرادة في المجال التعاقدى بزيادة القيود عليها، ولكنه في المقابل جسد مفهوما جديدا المتمثل في حماية الإرادة ذاتها، فلم يعد مقتصرا على حماية التعاقد في إبرام العقد بل امتد إلى دعم حريته في التعاقد، وضمان سلامة رضاه قبل العقد.

ويظهر ذلك جليا في مجال حماية المستهلك وذلك بتجريم التدليس والغش، وكذا كفالة إعلامه في هذه المرحلة بشروط التعاقد في إطار أحكام النظام العام الذي أصبح يهتم بحماية إرادة الفرد لما لها من دور أساسي في المجال التعاقدى .

قائمة المصادر والمراجع

1- الكتب القانونية:

- 1- أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1998.
- 2- توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للإلتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر.
- 3- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1 سنة 2000.
- 4- خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
- 5- ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 6- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 7- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002 .
- 8- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط 3 سنة 1998.
- 10- عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع 2004 .
- 11- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزام، ج2، أحكام الإلتزام، دار النهضة العربية، 1986، ص 80 .
- 12- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية الإسكندرية، مصر، 1997.

- 13- العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط3 سنة 2004.
- 14- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 6، 2005.
- 15- علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2001.
- 16- محمد السعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري ولفقه الإسلامي، ط 2002، دار هومة، الجزائر.
- 17- محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية ببيروت، 2000.
- 18- محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 19- محمد حسنين، النظرية العامة للإلتزام، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983 .
- 20- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط2 سنة 2004.
- 21- محمد همام محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام ، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، مصر 2004 .
- 22- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة للفقه الغربي، 1998.
- 23- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمات في الموجبات المدنية المركز العربي للمطبوعات، بيروت لبنان، ط 3.
- 24- مصطفى متولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، 2005.

25- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه :

1- بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.

2- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1- أسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
- 2- سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- 3- عبد الرحمان خليفاتي، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 1978 .
- 4- عبد الرحمان بوجلفة، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان 2007-2008 .

5- عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2007-2008 .

2007-2008 .

6- لطيفة دحماني، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003.

ج-المذكرات:

1- أسماء فرجالي، اثر العقد من حيث الموضوع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة 2013.

3-المقالات :

1- زاهية سي يوسف، نقل الملكية في البيوع العقارية، مجلة محاماة، المنظمة الجهوية للمحامين بتييزي وزو، العدد 01، ماي 2004.

علي فيلالي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، عدد3، لسنة 1997 .

3- النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

- 1-الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975، المعدل والمتمم.
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2005.

- 3- القانون رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1996 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14، المؤرخ في ربيع الثاني عام 1435 الموافق لـ 16 فيفري 2014 ، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 11 جوان 1996 .
- 4- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم .
- 5- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك ومنع الغش، جريدة رسمية، عدد 15 لسنة 2005.
- 6- الأمر 06-02 المؤرخ في 20 فيبرابر 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر، عدد 14، مؤرخ في 08/06/2006 .

ب- النصوص التنظيمية:

- 1- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 92 لسنة 1975.
- 2- الأمر رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، المعدل و المتمم. جريدة رسمية، عدد لسنة 1976 .
- 1- المرسوم التنفيذي رقم 94-69، المؤرخ في 19/مارس/1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، جريدة رسمية لسنة 1994، عدد 17.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 ، المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة و الجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، جريدة رسمية عدد 4 لسنة 1996.
- 3- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 1993.

إهداء.....	/
كلمة شكر.....	/
مقدمة.....	02

الفصل الأول

مفهوم الإرادة التعاقدية

المبحث الأول: وجود الرضا.....	07
المطلب الأول: وجود الإرادة وأنواعها وشروطها.....	08
الفرع الأول: أساس الإرادة واتجاهها إلى إحداث آثار قانونية.....	08
أولاً: الإدراك.....	08
ثانياً: اتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية.....	11
الفرع الثاني: أنواع الإرادة وموقف المشرع الجزائري.....	13
أولاً: أنواع الإرادة.....	13
ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....	15
المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة.....	18
الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة.....	18
أولاً: التعبير الصريح.....	18
ثانياً: التعبير الضمني.....	19
الفرع الثاني: الآثار القانونية للتعبير عن الإرادة.....	19
أولاً: الوقت الذي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني.....	20
ثانياً: أثر الموت أو فقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة.....	21
المطلب الثالث: صحة الرضا.....	22
الفرع الأول: الغلط.....	22
الفرع الثاني: التدليس.....	24
الفرع الثالث: الإكراه.....	25
الفرع الرابع: الاستغلال.....	27

29	المبحث الثاني: تطابق الإرادتين
30	المطلب الأول: الإيجاب
30	الفرع الأول: مفهوم الإيجاب وبيان خصائصه
31	الفرع الثاني: القوة الملزمة للإيجاب
34	الفرع الثالث: سقوط الإيجاب
35	المطلب الثاني: القبول
35	الفرع الأول: تعريف القبول شروطه
40	الفرع الثاني: مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض
40	المطلب الثالث: اقتران الإيجاب بالقبول
42	الفرع الأول: وقت إنشاء العقد
42	أولاً: التعاقد بين حاضرين
43	ثانياً: التعاقد بين غائبين
44	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
45	المطلب الرابع: ارتباط بالإرادة العقد
45	الفرع الأول: الإرادة في مرحلة المفاوضات
45	أولاً: مفهوم المفاوضات
46	ثانياً: حماية المشرع الجزائري للمتعاقد في مرحلة المفاوضات
47	الفرع الثاني: حرية الأطراف في إدراج شروط العقد
48	أولاً: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري
48	ثانياً: حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد
50	الفرع الثالث: تدخل المتعاقدين في تعديل العقد وإنهاء قوته الإلزامية
51	أولاً: تعديل العقد بإرادة الطرفين
51	ثانياً: إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين

الفصل الثاني

القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني الجزائري

- المبحث الأول: تطبيقات عن الحد من مبدأ الرضائية في بعض العقود.....53
- المطلب الأول: الشكلية كقيد للإرادة.....53
- الفرع الأول: الشكلية المتطلبة لانعقاد.....53
- أولاً: الشكلية الرسمية في العقود54
- ثانياً: الشكلية العرفية.....59
- ثالثاً: اشتراط التسليم60
- الفرع الثاني: الشكلية غير متطلبة لانعقاد كقيد على الإرادة60
- أولاً: اشتراط الكتابة للإثبات61
- ثانياً: اشتراط الشهر في بعض العقود.....63
- المطلب الثاني: فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة.....63
- الفرع الأول: النظام العام التقليدي ومدى تقيده للحرية التعاقدية.....64
- الفرع الثاني: النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.....65
- الفرع الثالث: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام65
- المبحث الثاني: تدخل المشرع والقاضي لتعديل العقد عند التنفيذ والانتهاء.
- المطلب الأول: تدخل في تفسير القاضي العقد66
- الفرع الأول: تفسير القاضي العبارات الواضحة.....67
- الفرع الثاني: تفسير القاضي في حالة غموض العبارات.....68
- المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد.....71
- الفرع الأول: تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة.....71
- أولاً: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة71
- ثانياً: كيفية مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة.....74
- الفرع الثاني: تعديل القاضي للشرط الجزائي.....77
- أولاً: تخفيض الشرط الجزائي.....77
- ثانياً: زيادة الشرط الجزائي.....78

79.....	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
80.....	الفرع الرابع: تعديل القاضي للعقد للاستغلال
82.....	المطلب الثالث: تدخل المشرع لإنهاء العقد
82.....	الفرع الأول: الانفساخ
83.....	الفرع الثاني: الإنهاء التشريعي للعقد
84.....	خاتمة
86.....	قائمة المراجع
91.....	الفهرس