

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة

دور الإرادة في إنشاء الإلتزامات

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذ :

• عثماني بلال

من إعداد الطلبة

- عمري ليدية
- أيت أوقاسي نصيرة

لجنة المناقشة :

الأستاذة:	طباع نجاة	، جامعة بجاية	رئيسة.....
الأستاذ :	عثماني بلال	، جامعة بجاية	مشرفا.....
الأستاذة :	فراح عائشة	، جامعة بجاية	ممتحنة.....

السنة الجامعية  
2015/2014



## الإهداء

أهدي ثمرة جهدي الى أبي عمري محمد الذي لم يبخل علي يوماً  
بشيء، والذي يتنازل عن حقه لإرضائي والعيش في الهناء.  
الى أمي حياة التي علمتني وعانت الصعاب لأصل الى ما أنا فيه.  
وبهما ازداد افتخاري.

الى أخواتي الذين ساندوني طيلة مدة البحث.  
والى كل عائلتي وأصدقائي وزملائي في الجامعة.  
وأهدي هذا البحث المتواضع الى رفيق دربي زوجي بوخلفة.

ليديّة

## الاهداء

الحمد والشكر لله أولا وأخيرا  
أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع الى  
الوالدين الكريمين  
الى اخوتي وأخواتي  
الى كل الاصدقاء الى كل طالب علم  
الى كل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد.

نصيرة

## الشكر

نتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذ المشرف عثمانى بلال

لقبوله اشرافنا على هذه المذكرة وعلى كل النصائح

والتوجيهات التي أمدنا بها طيلة مدة انجاز المذكرة.

كما نتقدم بالشكر الى لجنة المناقشة الأفاضل على

قبولهم مناقشة المذكرة.

ونتقدم بالشكر الى كل الأساتذة والى الأستاذ

موري صوفيان على مده يد العون.

# قائمة المختصرات

باللغة العربية

ج.ج : الجمهورية الجزائرية

ج.ر : الجريدة الرسمية

د.ب.ن : دون بلد النشر

د.س.ن : دون سنة النشر

ص : صفحة

ص ص : صفحة صفحة

ط : طبعة

غ.ت.ب : الغرفة التجارية والبحرية

غ.ع : الغرفة العقارية

غ.م : الغرفة المدنية

ف : فقرة

ق.أ : قانون الاسرة

ق.إ.م.إ : قانون الاجراءات المدنية والادارية

الق.م.الج : القانون المدني الجزائري

ق.ت : القانون التجاري

ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي

الم.الج : المشرع الجزائري

باللغة الفرنسية :

# مقدمة



الانسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش بمعزل عن المجتمع، ولهذا السبب وجدت العقود كوسيلة لإشباع الأفراد لحاجاتهم وتحقيق غاياتهم، وذلك بالدخول في علاقات تعاقدية مع غيرهم من أفراد المجتمع. منه فيمكن تعريف العقد على أنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس فالعقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا من منطلق أن العقد لا يتم إلا بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، وعليه فالتراضي أو الإرادة المشتركة هي أساس العقد<sup>2</sup>.

لما كان كذلك فلقد اعتبرها القانون مصدر انشاء العلاقة التعاقدية وترتيب آثارها، فحرية الإرادة ارتبطت بالمبدأ المعروف مبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني أن الإرادة الحرة الواعية هي أساس الحقوق والواجبات، فلها السلطان الذاتي في تكوين العقد وفي تعيين الآثار المترتبة عليه.

يعد الفقيه "كانت" أول من استعمل مصطلح "استقلال" حيث يعرف سلطان الإرادة على أنه: "صفة تلحق الإرادة، ومؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث آخر ملموس"<sup>3</sup>.

يعود أصل مبدأ سلطان الإرادة الى القرن 17، بسبب ازدهار المذهب الفردي، وما صاحبه من انتشار لنظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية كلها متشعبة بروح الفردية، والتي بلغت أوجها في القرن 18. ولما كان الفرد حسب هذا المذهب يعيش في المجتمع والغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته فكان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة الواعية، وهذا وفقا لأحكام القانون الطبيعي القائم على أساس الحرية الشخصية ووجوب احترامها<sup>4</sup>.

يترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة نتيجتين تتمثلان فيما يلي: كل الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة، فهي العنصر الجوهري في تكوين العقد، كما أن الإرادة الحرة الواعية هي العنصر الجوهري في تحديد ما يترتب على هذا العقد من آثار.

يترتب على ذلك، أن الالتزامات المنعقدة على الوجه الشرعي والصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، بمعنى أن الإرادة هي قانونها، وهذا ما عبر عنه المبدأ المعروف ب "العقد شريعة

<sup>1</sup>. أنظر المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

<sup>2</sup>. المادة 59 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. أشار إليه خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في انشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 1987، ص.4.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.86.

المتعاقدين<sup>1</sup>، وعليه فكان لمبدأ سلطان الإرادة وما نتج عنه من نتائج من حرية تعاقدية، والحرية في تحديد آثار العقد، والعقد شريعة المتعاقدين، الركيزة الأساسية التي تتبني عليها المعاملات، وإرادة الفرد هي مصدر جميع الحقوق والواجبات، وهذا ما كان سائدا في ظل المذهب الفردي.

غير أن هذا الوضع لم يدم طويلا، فبحلول القرن 20 وما صاحبه من تغير في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي عرفها المجتمع في جميع الميادين، الذي كان نتيجة لتطور الصناعات وتأسيس الشركات الضخمة، مما أدى الى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة وتراجعها، كما كان لظهور المذهب الاشتراكي دور في هذا الانتكاس حيث أصبح ينظر الى العقد على أنه نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن، ويتجلى ذلك في حماية مصالح المجموع وليس تحقيق ما للإرادة من سلطان<sup>2</sup>.

نتيجة للانتقادات اللاذعة التي وجهت للمذهب الفردي أدى الى تقييد الإرادة والحد من دورها، فلم يعد الانسان حر في التعاقد أو عدم التعاقد، كما كان سائدا في ظل المذهب الفردي، حيث أن هذه الحرية أصبحت مقيدة بتدخل المشرع إذ نجد مقتضيات النظام العام واقتضاء شكلية معينة من أبرز القيود التي تحيط بهذه الحرية، كما أن حرية الفرد في عدم التعاقد لم تعد هي الاخرى مطلقة بل قيدها المشرع، وذلك بظهور العقود الجبرية، والتي يجبر الشخص بموجبها على إبرام العقود كما هو الحال في التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات.

كما أصبحت الدولة تتدخل في العقد عن إنشاءات، وذلك لحماية الأطراف الضعيفة من الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي تحت لواء سلطان الإرادة.

تطورت سلطة القاضي بالتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي في العقود لاسيما الحالة المتعلقة بالغبن والاستغلال، أو في الحالة التي ينهار فيها العقد من جراء الظروف التي تطرأ عليه بعد تكوينه.

كما أضحت بعض العقود خاضعة للتنظيم القانوني ولاسيما منها ما يتعلق بعقد العمل والاستهلاك، وعليه فلم تعد الإرادة في العصر الحديث صاحبة السلطان الاكبر لا في مجال تكوين العقد ولا في مجال تحديد آثاره.

المتمعن في نصوص القانون المدني يجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يتجلى بوضوح في تقريره لمبدأ الرضائية، والأخذ بمنطق الإرادة الباطنة، وتكريسه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد، والاعتداد بعيوب الرضا... الخ. إلا أنه ومسايرة للتطورات

<sup>1</sup> لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1977، ص.44.

<sup>2</sup> خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

1994، ص.18.

الاجتماعية والاقتصادية التي مست المجتمع الجزائري، تدخل المشرع لفرض قيود موضوعية وشكلية وجب على المتعاقدين مراعاتها، كضرورة احترام مقتضيات النظام العام، ووجوب افرغ بعض العقود في شكل معين، كما منح للقاضي سلطة تفسير العقد والتدخل لتعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان، واعادة النظر في الالتزامات غير المتوازنة...الخ.

من هنا تبرز فكرة بحثنا حول "دور الارادة في انشاء الالتزامات" حيث تتجلى أهميته في معرفة المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الارادة بدءا بمرحلة ازدهاره وصولا الى القيود التي أصبحت تحيط به في العصر الحديث، كما تتجلى أهمية هذا الموضوع في معرفة الافكار المتفرعة عن هذا المبدأ، من العقد شريعة المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد، وما يخرج عن هذه المبادئ من سلطة القاضي في تعديل العقد وتفسيره، والتدخل في تنفيذه...الخ. وهذا من خلال التطرق الى مبدأ سلطان الارادة في ظل المذهب الفردي، الى غاية تراجع مفعوله كمصدر للالتزام، نتيجة لما اصبح يحيطه من قيود.

تبعاً لما ذكرناه سالفاً، فإشكالية بحثنا تتمحور حول مدى اعتداد المشرع الجزائري بالإرادة كمصدر للالتزامات التعاقدية؟

للإجابة على هذه الاشكالية اتبعنا المنهج التحليلي، وقد إرتأينا الى تقسيم موضوع بحثنا الى فصلين، الفصل الاول نتناول فيه النظام القانوني لفاعلية مبدأ سلطان الارادة، أما الفصل الثاني فلقد خصصناه لتراجع مفعول مبدأ سلطان الارادة كمصدر للالتزام.

# الفصل الاول

## فاعلية مبدأ سلطان الإرادة في العقود

إن أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة هي حرية الشخص في التعاقد وفي تحديد الآثار المترتبة على العقد. وسنحاول تحت هذا الفصل إبراز مظاهر تكريس حرية الإرادة خلال الفترة السابقة على التعاقد (المبحث الأول)، وفي فترة انشاء العقد (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

## مظاهر تكريس حرية الإرادة في الفترة السابقة على التعاقد

تعد هذه الفترة استكشافية تحدد فيها التزامات وحقوق طرفي العقد بالموازنة بينهما من خلال تكريس الحرية في اللجوء إلى التفاوض (المطلب الأول). في حين قد يرى المتعاقد ضرورة اللجوء إلى التعاقد فيتعاقد، كما قد يرى ضرورة عدم اللجوء إلى التعاقد فلا يتعاقد، كما له الحرية أيضا في اختيار المتعاقد الآخر (المطلب الثاني).

## المطلب الأول : حرية الأفراد في إجراء المفاوضات والعدول عنها

يسبق إبرام العقد النهائي مرحلة تمهيدية، ويعبر عن هذه المرحلة بمرحلة المفاوضات العقدية، أين يكون الفرد حرا في اللجوء الى هذه المرحلة دون ان يترتب عليها القانون أي أثر، واستثناء قد تقوم المسؤولية في حالة قطع المفاوضات دون سبب جدي او مشروع.

## الفرع الأول : حرية الأفراد في إجراء المفاوضات

الأصل أن الإيجاب إذا اقترن به قبول فيتم العقد، وذلك باستيفاء الإيجاب للعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لينعقد العقد بمجرد صدور القبول. غير أن مرحلة انعقاد العقد تسبقه مرحلة أولية تتمثل في المبادرة في الدعوى إلى التعاقد، وهي مرحلة تمهيدية تسبق الإيجاب هي مرحلة التفاوض التي تعد مجرد مرحلة استطلاع للآراء و إبداء اقتراحات غير دقيقة<sup>1</sup>.

هذه المفاوضات قد تطول و قد تقصر، ومثال ذلك كأن يعرض شخص سيارة أو منزل للبيع دون ذكر الثمن ومن هنا يظهر الفرق بين الإيجاب و الدعوى الى التفاوض، فالإيجاب لا يترتب عليه مسؤولية إلا في حالة اقتران العدول بخطأ، كما ان الإيجاب اذا كان ملزما وباتا فانه يدل على وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض كعرض السلع مع بيان أثمانها فيعتبر ايجابا لتحديد العناصر الجوهرية للعقد، أما مجرد النشر والاعلان كعرض السلع والخدمات عن طريق وسائل الدعاية فانه لا يعدو أن يكون إلا مجرد دعوى الى التفاوض<sup>2</sup>. أما إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ففي هذه الحالة يعد تفاوضا لا ايجابا بالرغم من توافر عناصر التعاقد<sup>3</sup>.

تمر مرحلة المفاوضات عبر ثلاثة مراحل أساسية، تتمثل المرحلة الأولى في مرحلة الدعوى إلى التعاقد، المرحلة الثانية وهي مرحلة التدبير، وأخيرا المرحلة الثالثة وهي مرحلة صياغة الإيجاب.

<sup>1</sup> - فيلالي علي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد )، ط2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 88.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الابطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ( دراسة مقارنة )، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص. 18.

<sup>3</sup> - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص.

فالمرحلة الأولى: هي الدعوى إلى التعاقد وهو التقدم بعرض يتضمن دعوى دون ذكر العناصر الأساسية والجوهرية للعقد المراد إبرامه، والتي يمكن أن يسنها الطرفين مع التقدم في المباحثات والمناقشات، لهذا يجب أن تتضمن هذه المرحلة ما يكفي من البيانات الواضحة والكافية لا يكتنفها أي لبس وغموض، حيث يسعى بكل الطرق لإقناع الطرف الآخر بمضمون العقد. وتجدر الإشارة إلى أن كل ما يدخل في اطار هذه المرحلة يعتبر مجرد تحضير للتعاقد ولا يعد إيجابا.

أما المرحلة الثانية: وهي مرحلة التدبير تعتبر من أهم وأدق المراحل، حيث تتقدم فيها مرحلة الاتفاق على عناصر العقد ومناقشة الشروط والبنود المتعلقة به، بتجسيدها واقعيًا، ورغم أهمية هذه المرحلة، فإنها لا تكون ملزمة للطرفين لأنها لا تعدو أن تكون إلا نوع من التفاهم قبل العقد تتضمن إيجاب يصلح لأن يقترن بالقبول، وتجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي يرغب في التعاقد إذا تجاوز المرحلتين السابقتين اعتبر ايجابه ايجابا باتا وملزما<sup>1</sup>.

أما المرحلة الأخيرة: فتتمثل في مرحلة صياغة الايجاب، حيث أنه في هذه المرحلة تحدد كل العناصر اللازمة لقيام العقد المراد إبرامه في حالة اقتترانه بالقبول<sup>2</sup>.

من خلال تحليلنا في نصوص القانون المدني، نجد بأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المرحلة السابقة على التعاقد بموجب نصوص خاصة، حيث لم يهتم بمرحلة الالتزام قبل التعاقد، ولم يقرر حماية للطرف الضعيف في هذه المرحلة تاركا الأمر للقضاء والذي أكد في قرارات له أن مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، ومنه القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 24/ 05/ 2000 في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء ، وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء ما جعل المطعون ضدها يتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية<sup>3</sup>. بل اكتفى المشرع بالنص على مراحل ابرام العقد، وضرورة تنفيذ كل طرف في العقد لالتزامه، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.38.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، ص.ص. 39 - 40 .

<sup>3</sup>. قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 223852 ، بتاريخ 24/ 05/ 2000 ، (م.ع) ضد (ج.أ.ج-م.ع.ق)، المجلة القضائية العدد1، 2001، ص.ص. 138 - 139 .

<sup>4</sup>. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 11-12 .

كما نص المشرع الجزائري على بعض صور المرحلة السابقة على التعاقد ومنها : الاتفاق الابتدائي والمنصوص عليه في نص المادة 65 من الق.م<sup>1</sup>، والتعاقد بالعربون المنصوص عليه في نص المادة 72 مكرر من ق.م<sup>2</sup>، وأخيرا الوعد بالتعاقد والمنصوص عليه في نص المادة 72 من ق.م<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: العدول عن قطع المفاوضات

الاصل أن العدول عن المفاوضات لا تلزم صاحبها، انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد وحرية العدول، فيجوز لأي من طرفي التفاوض أن يضع حدا للمفاوضات ويرفض الاستمرار فيها، وأن يقطعها دون قيام المسؤولية عن ذلك، ودون أن يترتب عليها أي أثر قانوني<sup>4</sup>.

غير أن اقتران العدول أو قطع المفاوضات بواقعة مستقلة من شأنه أن يترتب مسؤولية عن ذلك، بتعويض الضرر الذي نجم عن اقتران هذا العدول بخطأ وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. وفي المقابل من ذلك يرى الفقيه " اهرنج " من خلال نظرية التقصير أو الخطأ في التعاقد قيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض حيث يعتبر هذا الفقيه أن الخطأ الذي يقع هو بمناسبة ابرام العقد، سواء حال هذا الخطأ دون انعقاد العقد أم أدى الى بطلانه، هو خطأ عقدي يقع بمناسبة الشروع في اقامة علاقة عقدية وهي مرحلة التفاوض كالإخلال بالتفاوض بحسن نية الوارد في الاتفاق المبدئي، حيث يترتب الإخلال به المسؤولية العقدية<sup>5</sup>.

لقيام المسؤولية العقدية حسب الفقيه " اهرنج " أين يشترط ضرورة وجود خطأ عقدي لأن الدخول في المفاوضات يعني وجود التزام ضمني بالتوصل الى ابرام العقد، وهذا على أساس الالتزام بالتفويض عند التعاقد<sup>6</sup>، والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الذي أصابه ضرر من هذا العدول<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> حيث تنص المادة 65 من امر رقم 58-75 السالف الذكر . على ما يلي : " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيها بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليه، اعتبر العقد ملزما ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

<sup>2</sup> تنص المادة 72 مكرر من الامر رقم 58-75 السالف الذكر على ما يلي : " يمنح دفع العربون وقت ابرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا اذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك ".

<sup>3</sup> تنص المادة 72 من الامر 58-75 السالف الذكر على ما يلي : " اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد " .

<sup>4</sup> قرد سيهام، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2006، ص.12.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص.12.

<sup>6</sup> أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.151- 155. وقرد سيهام، المرجع السابق، ص. 26 - 27 .

<sup>7</sup> المرجع نفسه، ص. 18 . و السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 173 . وخليفاتي عبد الرحمن، المرجع

السابق، ص.26-27.

في هذا الصدد يقول "جلال علي العدوى" على أنه : " يحق لأي طرف أن يرفض التعاقد في أي وقت دون أن يساءل عن ذلك، ما لم يكن رفضه للتعاقد أو قطعه للمفاوضات تم عن دافع غير مشروع طبقاً لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وليس معنى ذلك أن عليه أن يبرر رفضه بالاستناد الى سبب مشروع، فالطرف الآخر هو الذي يكون عليه إثبات أن الرفض كان لدافع غير مشروع"<sup>1</sup>، حيث أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بنية الاضرار بل اعتبر أن عنصر سوء النية كاف لوحده لإقامة المسؤولية، كأن يلجأ أحد الأطراف الى التفاوض بغرض منع الطرف الآخر من التفاوض مع الغير، أو الحصول على الأسرار، لأن الشخص المفاوض بقصده الانسحاب من المفاوضات يعتبر خطأ يرتب المسؤولية، وكذلك إذا تمخض قصد الإيذاء أو كانت المصالح التي ترمي المفاوضات الى تحقيقها غير مشروعة"<sup>2</sup> .

يشترط لقيام المسؤولية في مرحلة التفاوض توفر ثلاثة شروط هي: الخطأ قبل التعاقد، الضرر، العلاقة السببية، حسب المادة 124 من الق.م التي تنص على ما يلي: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"<sup>3</sup> .

بالنسبة لشروط أو عنصر الخطأ قبل التعاقد فيشترط فيه الوضوح، كأن يتم قطع المفاوضات فجأة ودون أي سبب أو مبرر مشروع أو جدي، بعد وصولها الى مرحلة متقدمة مخالفاً لقواعد حسن النية، نجد في هذا الصدد حكم لمحكمة النقض الفرنسية في شأن المفاوضات التي كانت بين شركتين لشراء آلة أمريكية ضخمة باهضة الثمن، فقامت الشركة الراغبة في الشراء بإرسال الى و.م.أ من يعاين هذه الآلة على حسابها، وقامت أيضاً بإرسال وكيل الصانع في فرنسا بيانات إضافية لتختار النوع المناسب من الآلة الى شركة منافسة، وقد أدانت المحكمة المدعى عليه بقطع المفاوضات فجأة و بدون مبرر بعد أن وصلت الى مرحلة متقدمة<sup>4</sup>، ولقد أيدت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الاحوال الشخصية بشأن العدول وإن كان حق لصاحبه إلا انه إذا رتب ضرراً لأحد الطرفين فإنه يلزم

<sup>1</sup> . جلال علي العدوى، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، القاهرة، 1997، ص.ص. 85 - 86 .

<sup>2</sup> . قرد سيهام، المرجع السابق، ص.19

<sup>3</sup> . المادة 124 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر . والمادة 1382 من ق.م.ف التي تنص على أنه : " كل خطأ يرتكبه الشخص وينجم عنه ضرر يلزم صاحبه بالتعويض " .

<sup>4</sup> . قرد سيهام ، المرجع السابق ، ص.ص. 23 - 24 . وخليفاتي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 27 .



الطرف الآخر بالتعويض<sup>1</sup> ، ذلك لأن الخطبة لا تعدو أن تكون إلا وعد بالزواج لا ترقى إلى مستوى العقد<sup>2</sup> .

كما يؤدي الإخلال بالتزامات المرحلة السابقة على التعاقد الى قيام المسؤولية، كالإخلال بالتزام المصارحة والاستعلام والتبصير والاعلام خاصة في مجال حماية المستهلك، والاخلال بواجب الاستقامة والاعتدال وخرق اتفاق السرية، والادلاء بالبيانات لذا فيمكن القول بأن كل تقصير أو إساءة أو تعسف في استعمال حرية عدم التعاقد، أو قطع المباحثات دون سبب معقول وجدي يرتب خطأ تقصيرياً، وهذا ما يتجلى في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 3 أكتوبر 1972 في قضية تتلخص وقائعها في أنه جرت محادثات طويلة بين موثق وكاتب عنده لبيع مكتبه له واشترى الكاتب على أمل البيع سيارة وخرزانة، وفجأة قطع الموثق المفاوضات وامتنع عن البيع بحجة أن كاتبه له علاقة بخادمتها، فاعتبرت المحكمة أن قطع المفاوضات كان بدون مبرر، ويمثل انحرافاً عن السلوك المألوف يلحق ضرراً بالطرف الآخر<sup>3</sup> .

الشرط أو العنصر الثاني يتمثل في شرط أو عنصر الضرر، الذي قد يكون ضرراً مادياً كالتعويض عن النفقات التي تكبدها المضرور في سبيل اللجوء الى التفاوض وتقويت فرصة إبرام العقد، كما قد يكون الضرر معنوي في التعويض عن كل ما مس المتفاوض في كرامته أو سمعته، من جراء افشاء الأسرار التجارية مثلاً. ويشترط في الضرر أن يكون مشروع وجدي، وأن يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاتته حسب المادة 182 من الق.الم التي تنص على: " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب..."<sup>4</sup> .

بالنسبة لعنصر العلاقة السببية، حيث يشترط القضاء أن يكون الضرر الذي اصاب المدعي على صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض العادل من جراء قطع المفاوضات، او الإخلال بالتزامات السابق ذكرها<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 13/7/1993 ، ملف رقم 92714 ، (م.و) ضد (د.م.ه)،المجلة القضائية عدد1، 1995، ص. 128 .

<sup>2</sup> المادة 5 من أمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة، ج.ر.ج.ج رقم 24 الصادر بتاريخ 12/06/1984، المعدل والمتمم للأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005، التي تنص على ما يلي: "الخطبة وعد بالزواج . يحق لكل من الطرفين العدول عنها " .

<sup>3</sup> خليفاتي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 28 .

<sup>4</sup> المادة 182 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر .

<sup>5</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في الق.الم.الج (التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة)، ج.1، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2004، ص.ص. 179 - 185 .

بالتالي لقيام المسؤولية لا بد من توافر العناصر السابق ذكرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وتقوم المسؤولية عن طريق دعوى عادية طرفها المضرور والمتسبب في الضرر<sup>1</sup>. نجد أن المشرع الجزائري كباقي التشريعات قد أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 124 مكرر التي تنص على ما يلي : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: - اذا وقع بقصد الاضرار بالغير. - اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير. - اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"<sup>2</sup>. ويفهم من نص هذه المادة أنه اذا توفرت معايير التعسف اعتبر قطع المفاوضات فعلا تعسفيا ، والم. الج من خلال نص هذه المادة ايضا حدد التعسف بناء على معيارين احدهما شخصي وآخر موضوعي . حيث يتمثل المعيار الشخصي بتوافر نية الاضرار، وهو معيار يصعب اثباته، وغالبا ما يستخلص من انتفاء المصلحة في اللجوء الى المفاوضات .

أما المعيار الموضوعي فيتمثل في أن تكون المصلحة قليلة مقارنة بالضرر الذي لحق بالمضرور، اضافة الى توافر المصلحة غير المشروعة في اللجوء الى المفاوضات<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني : حرية إرادة المتعاقدين في التعاقد

تطبيقا لمبدأ حرية الشخص في التعاقد والذي يعتبر كأساس من الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الارادة، فللشخص وفقا لهذا المبدأ الحرية في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد، كما له الى جانب ذلك الحرية في اختيار المتعاقد الآخر .

#### الفرع الاول : حرية الأطراف في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد

لقد عرف المشرع الجزائري العقد على انه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما<sup>4</sup>.

من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري يميز بين العقد والاتفاق، وقام بحصر مجال العقد في انشاء الحق فقط " بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما " وفي ذلك تأييد لأنصار التفرقة بين العقد والاتفاق ومنهم "بواتيه" و "دوما"، حيث يرى هؤلاء الفقهاء أن الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على انشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، في حين أن العقد هو توافق الارادتين على انشاء الحق دون نقله أو تعديله أو زواله ، ومنه فالعقد أخص وأشمل من الاتفاق، وهذا الاخير أضيق مجالا منه فكل عقد يكون اتفاق، في حين الاتفاق لا يكون عقدا إلا اذا كان الغرض منه انشاء الالتزام أو نقله. فالعقد نوع والاتفاق جنس .

<sup>1</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 179-185.

<sup>2</sup>. المادة 124 مكرر من الامر رقم 75-58 ، السالف الذكر .

<sup>3</sup>. قرد سيهام ، المرجع السابق ، ص. 21 .

<sup>4</sup>. المادة 54 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر .

كما يرى هؤلاء الفقهاء بأن للفرقة بين العقد والاتفاق أهميتها من حيث الأهلية والتي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، وفي حقيقة الأمر أن الأهلية تختلف باختلاف العقود وتتوقف على طبيعة التصرف بغض النظر اذا كان هذا التصرف منشئاً أو ناقل أو معدل للالتزام<sup>1</sup>.

رغم ما نادى به أنصار الفرقة بين العقد والاتفاق، إلا في واقع الأمر لفظان مترادفان لمعنى واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على احداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر منشئاً للالتزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه، وبالتالي يمكن تعريف العقد كالتالي: " هو توافق ارادتين على احداث اثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه ". وهذا ما عليه أن يتداركه المشرع الج. من خلال تعريفه للعقد في نص المادة 54 من ق.م<sup>2</sup>.

العقد في الاصل يفترض ارادتين حرتين تتجهان الى احداث أثر قانوني، ومنه فالفرد الحرية في التعاقد و ارادته وحدها تكفي لإبرام العقود وهذا ما نادى به أنصار المذهب الفردي الذي كرس مبدأ سلطان الارادة فالنظام الاجتماعي حسب أنصار هذا المبدأ يركز على الفرد، ولما كان الفرد يعيش في المجتمع فوجب أن تكون الغاية من تنظيم هذا المجتمع هي احترام حريته و ارادته، وان تكون العلاقات التي تربط هذا الفرد بغيره من افراد المجتمع أساسها الارادة الحرة. ودور القانون يركز أساسا على تكريس حرية الفرد والسهر على عدم تعارض حريته مع حرية الآخرين<sup>3</sup>.

يستند أنصار المذهب الفردي الى القانون الطبيعي الذي يقدر الحرية الفردية وبمقتضى ذلك يستطيع الفرد أن ينشئ ما يشاء من التصرفات ولا يخضع الا للالتزامات التي ارتضاها، ويستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود وهذا ما نادى به "جون جاك روسو" في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي و الذي كرس حرية الفرد و استقلال ارادته<sup>4</sup>.

كما نادى الفيزوقراطيون من خلال المقولة المشهورة "دعه يعمل دعه يمر" بالحرية الاقتصادية، على أساس أن الإنسان لو تركوا أحراراً في نشاطهم الاقتصادي يخلق منافسة بينهم، لتحددت الاسعار عن طريق العرض و الطلب. ومعنى ذلك أن العقود لا تخضع في الاصل إلا لإرادة المتعاقدين، سواء في تكوينها او في ترتيب الآثار المترتبة عليها. لتحقيق بذلك المنفعة الاجتماعية ومن هذا المنطلق فحرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائياً الازدهار و التوازن الاقتصادي<sup>5</sup>

<sup>1</sup>. وهم من شراح القانون الفرنسي حيث تنص المادة 1101 من ق.م.ف على ما يلي : " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بعمله أو الامتناع عن عمله " .

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ( مصادر الالتزام ، العقد و الارادة المنفردة ) ، دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص.ص. 26 - 28 . والسهنوري عبد الرزاق ، نظرية العقد، المرجع السابق ، ص.ص. 159 - 150.

<sup>3</sup>. المرجع نفسه ، ص . 86 .

<sup>4</sup>. المرجع نفسه ، ص.96. ونبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج.1، مصر ، 2007 ، ص.ص.35-36.

<sup>5</sup>. السهنوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص.97.

في هذا الصدد يقول " بورتاليس " في خطاب له يسعى على الحرية في اللجوء الى المتعاقد " فيما يخص العقود يجب أولاً أن ننمي مبادئ القانون الطبيعي هذه المبادئ العملية في كل شيء، عموماً فإن الأشخاص لهم السلطة في أن يتفقوا بحرية حول ما يهمهم، حاجياتهم تقربهم، وعقودهم تحقق لهم هذه الحاجيات فالحرية التعاقدية لا تحد إلا بواسطة العدالة وكذا بالنظام العام و بالمصلحة العامة"<sup>1</sup>.  
يترتب على مبدأ الحرية التعاقدية شقين أحدهما يتعلق بإبرام العقد والثاني يتعلق بآثار العقد.  
بالنسبة لإبرام العقد فالأصل أن ارادة كل انسان حرة في التعاقد أو عدم التعاقد وفي حالة اختيار الاطراف المتعاقدة فهم احرار في تحديد شروط تعاقدهم و ذلك في حدود النظام العام كما لهم في سبيل ذلك الحرية في انشاء عقود أخرى، وأن تتجه ارادتهم الى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون.  
أما بالنسبة لآثار العقد فالإرادة الحرة هي أساس القوة الملزمة للعقد<sup>2</sup>. وتبعاً لذلك ليس للقاضي أن يدخل أي آثار على العقد بحجة أنها أكثر عدلاً، بل يقتصر مهمة القاضي على تفسير نية الطرفين والكشف عنها ، وضمان احترام وتنفيذ ما اتجهت إليه الارادة<sup>3</sup>، وحتى أن هناك من الفقهاء التقليديين من يرى ضرورة تفسير مبدأ عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب العامة تفسيراً ضيقاً. لكونه يشكل اعتداء على مبدأ أساسي وهو مبدأ الحرية التعاقدية<sup>4</sup>.

هذا وقد أخذ الم.الف بمبدأ التعاقدية من خلال نص المادة 1134 من ق.م.ف والتي تنص على أنه: " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقدتها" ويقابل المادة 1134 السالفة الذكر نص المادة 106 من ق.م.ج . ويفهم من نص المادة أن الالتزامات المنعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين بمعنى أن الارادة الحرة هي قانونها. فالعقد شريعة المتعاقدين<sup>5</sup>.

منه يمكن القول أن الشخص لا يلزم بحسب الاصل إلا بإرادته، وتستطيع هذه الارادة انشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الانسان، ومبدأ الرضائية هو مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات، كما ان حرية الفرد في التعاقد تشمل ايضاً حريته في عدم اللجوء الى التعاقد، فلا يمكن اجبار شخص على الدخول في رابطة عقدية لا يرغبها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. خليفاتي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص.17 .

<sup>2</sup>. تنص المادة 106 من الامر رقم 75 - 58 السلف الذكر على ما يلي : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

<sup>3</sup>. عبد الجواد مصطفى، مصادر الالتزام (المصادر الارادية للالتزام ، نظرية العقد و الارادة المنفردة) ، مصر، 2005 ، ص. 79 .  
ومحمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الاردن، 1999، ص.ص. 24 - 25.

<sup>4</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ، ص . 33 .

<sup>5</sup>. لبني مختار، المرجع السابق ، ص. 44 .

<sup>6</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص. 31 .

## الفرع الثاني : الحرية في اختيار المتعاقد الآخر

رأينا فيما سبق أن الحرية التعاقدية ، نتيجة منطقية لتكريس مبدأ سلطان الارادة ، تقضي بأن جميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها الى الارادة الحرة ، فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود دون قيد على حرية الانسان. وكنيجة منطقية لذلك فالفرد لا يلتزم بحسب الاصل إلا بإرادته فله الحرية في التعاقد. كما له الحرية في عدم التعاقد، ولا اجبار عليه على الدخول في علاقة عقدية<sup>1</sup>.

بالإضافة الى ذلك فللفرد الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، حيث يفضل التعاقد في بعض الأحيان مع شخص معين بالذات، فيمتنع التعاقد مع غيره، ذلك لأن مصلحته تتحقق أكثر مع هذا الشخص بالمقارنة مع غيره من الاشخاص، فالفرد حر في التعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يرتضيها، ومن هنا تبرز دور الارادة في تمييز ما يحقق صاحبها، حيث يفضل الفرد الصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها<sup>2</sup>.

إذن الاصل العام للشخص الحرية في اختيار المتعاقد الآخر. غير أنه في بعض الاحيان قد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين، وهو اجبار مشروع لا يؤثر في صحة الارادة، فنتقيد حرية الانسان في الاختيار، وتمنح له الحرية في ابرام العقد. ومن بين الحالات التي يجبر فيها الشخص على التعاقد، حالة التأمين الاجباري وخاصة على السيارات، والحالة المتعلقة بالتأمين من المسؤولية المدنية، والتأمين على العقار من الكوارث الطبيعية<sup>3</sup>. وكذلك بالنسبة لتنظيم المراكز القانونية والتي يتقيد فيها مبدأ الرضائية ومن أمثلتها عقد العمل الجماعي أو العقد النموذجي<sup>4</sup>.

كما يجبر الشخص على التعاقد بموجب نصوص قانونية مع من خولهم القانون ذلك، كما هو الحال في الايجار والوديعة و الشفعة.... الخ<sup>5</sup>. وهذا ما سنتعرض اليه بالتفصيل في الفصل الخاص بالقيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة.

<sup>1</sup>. لالة احمد حدي ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تلمسان ، 2013 ، ص. 17 .

<sup>2</sup>. خليفاتي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 29 .

<sup>3</sup>. المرجع نفسه ، ص . 30 .

<sup>4</sup>. حليس لخضر ، الارادة بين الحرية و التقيد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، الجزائر ، 2011 ص.ص.3-4.

<sup>5</sup>. خليفاتي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 63 .

## المبحث الثاني

### مظاهر تكريس حرية الارادة أثناء فترة انشاء العقد

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الاطراف التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، بإيجاب يوجهه الموجب صالح لان يقترن بالقبول من طرف من وجه اليه الايجاب. ولطرفي العقد الحرية في التعبير عن الايجاب والقبول، فللموجب الحرية في اصدار ايجابه والعدول عنه، ونفس الشيء بالنسبة للقبول والموجه اليه الايجاب ان يرفضه وليس ملزما بالموافقة عليه وهذه كقاعدة عامة.

كما لطرفي التعاقد الحرية في هذه المرحلة الاتفاق على وضع شروط وبنود العقد بما يخدم مصالحها في التعاقد. كما لهما الحرية في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية التي تنشأ نتيجة الاخلال بالالتزام العقدي، وذلك بتشديدها أو التخفيف منها.

### المطلب الاول : توافق الارادتين

يقضي قيام العقد توافق الارادتين باتجاههما الى احداث الاثر القانوني وهو ما يعبر عنه بوجود التراضي، والذي يشترط لقيامه أن يتم التعبير عن الارادة لتخرج من كامن النفس الى العالم الخارجي، وهذا ليعتد بها القانون، والتعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا. من جهة اخرى قد يلتزم الشخص الموجه اليه الايجاب السكوت في التعبير عن ارادته ومنه يثور التساؤل حول مدى الاعتداد بالسكوت في التعبير عن الارادة؟ وهل يمكن اعتباره كطريق من طرق التعبير عن الارادة؟ هذا التعبير الذي يكون له كيان مستقل، حيث يبقى موجود بالرغم من موت صاحبه أو فقدانه للأهلية، بشرط اقتترانه بالقبول، هذا الأخير الذي ينتج اقتترانه بالإيجاب قيام العقد ، وسنتعرض لذلك بالتفصيل من خلال التطرق لأحكام الايجاب والقبول.

### الفرع الاول : طرق التعبير عن الارادة

تعد الارادة عنصرا جوهريا في التراضي، وهي ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند الى أسباب واعتبارات معقولة<sup>1</sup>. يمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه<sup>2</sup>. ويجب للاعتداد بالإرادة أن تتجه الى احداث اثار قانونية ومنه فالقانون لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي تصدر من شخص مؤهل قانونا. لأنه لا يعتد بالإرادة في بعض الحالات وهي: ارادة الهازل لكون صاحبها

<sup>1</sup> فيلاي علي، المرجع السابق، ص. 69 .

<sup>2</sup> مؤيد عيسى محمد دغش ، المساعدة القضائية في التعبير عن الارادة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية بنابلس ، فلسطين ، 2008 ، ص . 5.

لا يقصد باللفظ الصادر منه المعنى الحقيقي أو المجازي للإرادة<sup>1</sup>، ومنه يعتبر العقد بالهزل عقد صوريا باطلا غير منعقد<sup>2</sup>.

بالإضافة الى الارادة الصورية، وهي عكس الارادة الظاهرة، يقصد بها الارادة الخفية. كما لا يعتد بالإرادة المتعلقة بمحض المشيئة، والتي ينتج أثرها مستقبلا، لعدم رغبة صاحبها في الارتباط مع غيره وقت صدورها. والارادة المتعلقة بتحفظ ذهني، والتي لا يترتب عليها أي أثر قانوني<sup>3</sup>. من شروط الاعتداد بالإرادة ايضا ضرورة تمتع الشخص الذي تصدر منه الارادة بالأهلية الأداء، وهي أهلية التعاقد، لأن الارادة أساسها الإدراك. بالإضافة الى الحالة المتعلقة بالمجاملات الاجتماعية، كدعوة صديق الى وليمة مثلا أو بتقديم خدمات مجانية، أو الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة، ففي مثل هذه الحالات لا ينشأ بموجبها عقد، ولا يترتب عنها الالتزام القانوني. لعدم اتجاه الارادة لإحداث الاثر القانوني<sup>4</sup>.

لما كانت الارادة ظاهرة أو نشاط نفسي في ذاتها لا يعلم بها إلا صاحبها فلا بد لكي يعتد بها القانون، أن تظهر الى العالم الخارجي، وذلك بالتعبير عنها، والتعبير عن الارادة قد يكون تعبير صريح، كما قد يكون تعبير ضمني<sup>5</sup>.

#### أولا : التعبير الصريح و التعبير الضمني

تطبيقا لمبدأ رضائية العقود، فللشخص الحرية في أن يعبر عن إرادته، والقانون لا يشترط وسيلة معينة للتعبير، إلا ما نظم بموجب نصوص خاصة كما هو الحال بالنسبة لعقد الرهن الرسمي. هذا وقد جسد الم.الج حرية التعبير عن الارادة من خلال نص المادة 60 من الق.م.الج التي تنص على ما يلي: "التعبير عن الارادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"<sup>6</sup>.

نستنتج من خلال نص المادة أن الم.الج قد نص على طرق التعبير الصريح عن الارادة وتتمثل

هذه الطرق فيما يلي :

<sup>1</sup> فيلاي علي ، المرجع السابق ، ص . 73 .

<sup>2</sup> تقي محمد ، الارادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية ، دار الامة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 1995 ، ص . 23 .

<sup>3</sup> فيلاي علي ، المرجع السابق ، ص . 74 .

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 23 .

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص.23.

<sup>6</sup> المادة 60 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر.

التعبير باللفظ كالكلام الواضح، والدال عن إرادة الشخص وعما يتجه اليه، واللفظ قد يكون مباشرة، أو عن طريق الهاتف مثلا. وقد يصدر التعبير عن الارادة بالكتابة سواء كانت هذه الكتابة رسمية أو عرفية، كما يمكن أن تكون الكتابة باليد أو بالآلة<sup>1</sup>.

كما قد يكون التعبير عن الارادة بالإشارة المتداولة عرفا، كهز الرأس عموديا دلالة على القبول، أو هزه أفقيا دلالة على الرفض، وهذه الطريقة تكثر بين الأشخاص العاجزين عن الكلام كالأخرس.

كذلك يتم التعبير عن الارادة باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ومن أمثلة ذلك وقوف سيارات الاجرة في مواقفها في انتظار راكب يستأجرها، وعرض التاجر بضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها أو وضع آلة ميكانيكية لبيع الحلوى أو المشروبات<sup>2</sup>. هذا بالنسبة للتعبير الصريح عن الارادة، كما يكون التعبير ضمنيا<sup>3</sup>، والذي يكون بإرادة لا تدل بذاتها على المعنى المقصود، لكن تستخلص من ظروف الحال، ومثال على ذلك كأن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الايجار، والذي يدل على رغبته في تجديد العقد، وخاصة اذا اقترن هذا البقاء بأعمال يفهم منها نيته في التجديد، وقيام الدائن بتسليم سند الدين للمدين، والذي يفيد من خلاله رغبة الدائن في انهاء الدين، وقيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة<sup>4</sup>.

الاصل أنه لا فرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث الأثر القانوني، غير أن المشرع لا يكتفي بالتعبير الضمني في أحوال معينة حيث يستلزم أن يكون التعبير عن الارادة صريحا، ومثال ذلك ما نص عليه الم.الج في نص المادة 331 من الق.الم التي تنص على أنه: "لا تكون الدفاتر و الاوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الاتيتين :

- اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً.
- اذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والاوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص34.

<sup>2</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 59. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 68. وفاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (العقد، الارادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب، القانون)، د.ب.ن، 2007، ص 53.

<sup>3</sup>. تنص الفقرة الثانية من المادة 60 من الامر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

<sup>4</sup>. أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، مصر، 2007، ص 41. وحسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي و المقارن)، دار وائل للنشر و التوزيع، د.ب.ن، 2003، ص 45.

<sup>5</sup>. المادة 331 من الامر رقم 75 - 58 السالف الذكر.



كما قد يتفق الطرفان على أن يكون التعبير عن الارادة صريحا، ففي هذه الحالة لا يكفي التعبير الضمني ولا يعتد به، بل ينبغي أن يكون التعبير صريحا<sup>1</sup>.

كما قد يشترط القانون في بعض الاحوال ا فراغ التراضي في الشكل اللازم لانعقاده ويكون ذلك في العقود الشكلية التي لا تكفي لانعقادها التراضي، الى جانب ذلك قد يشترط الموجب في ايجابه أن يكون التعبير عن القبول بالطريقة التي يحددها. كأن يشترط مثلا ان يكون القبول كتابة ، ففي هذه الحالة يجب ان يكون التعبير عن القبول كتابة<sup>2</sup>.

### ثانيا : الارادة الباطنة و الارادة الظاهرة

أشرنا فيما سبق أن التعبير عن الارادة يتم عبر مرحلتين المرحلة النفسية أو الارادة الباطنة، تليها خروج الارادة الى العالم الخارجي أو الارادة الظاهرة، ليترتب عليها آثار قانونية، غير أنه في بعض الاحيان قد تخطيء الارادة الظاهرة في التعبير بشكل صحيح عن الارادة الباطنة، مما يؤدي الى التأثير على صحة التراضي. وهذا ما يدفعنا الى التساؤل عن أي من الارادتين يمكن الاعتماد بها؟ الارادة الظاهرة التي تم التعبير عنها بشكل غير صحيح؟ أم الارادة الباطنة التي تعبر بشكل صادق عن نية صاحبها؟<sup>3</sup>

في هذا الصدد ظهرت نظريتين متعارضتين وهما : نظرية الارادة الظاهرة ونظرية الارادة الباطنة، بالنسبة لنظرية الارادة الباطنة أو كما تعرف بنظرية الاتفاق الشخصي، والعبارة عند أنصار هذه النظرية بما ينطوي عليه النفس، وما التعبير عن الارادة إلا مظهرا خارجي، على القاضي أن لا يقف عند المظهر الخارجي للإرادة، بل يجب عليه البحث عن الارادة الداخلية، والتي تمثل الارادة الحقيقية<sup>4</sup>. وإذا تعذر عليه الوصول الى معرفة الارادة النفسية فعلى القاضي أن يعرفها عن طريق الافتراض، فالإرادة الحقيقية أولا، وإلا فالإرادة المفترضة. وهذه النظرية أخذت بها القوانين اللاتينية، وبالتحديد القانون الفرنسي، الذي أكد ان الارادة هي أساس الالتزام الارادي، أما التعبير فما هو إلا مظهر لتلك الارادة والثوب الذي ترتديه وعلى هذا الاساس يجب الاعتماد بالجوهر لا بالمظهر الاستثنائي، فالتعبير ما هو إلا قرينة على الارادة تقبل اثبات العكس<sup>5</sup>.

يتجلى ذلك في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها الى، قام مشتري جزائري بالتعاقد مع بائع نبيذ فرنسي على قيام هذا الأخير بتصدير كمية من النبيذ مقابل مبلغ من المال

<sup>1</sup>. محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون (المدخل الى القانون ، الالتزامات) ، مصر ، 2002 ، ص. 358 . وأبو السعود رمضان، المرجع السابق ، ص. 42 .

<sup>2</sup>. جلال علي العدوي ، المرجع السابق، ص . 89 .

<sup>3</sup>. فياض محمود ، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الارادية في الانظمة القانونية الغربية المقارنة (مجلة الشريعة و القانون)، كلية الحقوق ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد الثامن والخمسون ، أبريل ، 2014 ، ص . 25 .

<sup>4</sup>. أبو السعود رمضان ، المرجع السابق ، ص . 44 .

<sup>5</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص . 192 .

اتفقا عليه الطرفين ، فعرض البائع على المشتري تسليم البضاعة المباعة في ميناء Cherchell الفرنسي، فرفض المشتري هذا العرض وطالب البائع بنقل البضاعة الى ميناء الجزائر مقابل مشاركته للبائع في جزء من تكاليف النقل، عرض البائع على المشتري قيام هذا الأخير بدفع مبلغ 30 فرنك فرنسي فرد المشتري ببرقية ذكر فيها بالخطأ موافقته على ان يدفع 300 فرنك فرنسي لكل "هكتولتر"، في وقت اتجهت فيه نية المشتري الى دفع 30 فرنك فقط ، فتم تصدير البضاعة المباعة وأرسل البائع الى المشتري فاتورة البيع على أساس مبلغ 300 فرنك فرنسي، فدفع المشتري المبلغ دون أن يدقق في احتساب تكاليف الصفقة، ولاحقا أدرك المشتري الخطأ الذي وقع، وطالب البائع باسترداد فرق المبلغ، فرفض البائع مستندا في ذلك الى ما ذكر في برقية المشتري الاول، وقضت محكمة النقض بوجود الاعتداد بالنية الباطنة للمشتري، وليس ما كتب في البرقية، وابطال العقد على أساس الغلط المانع للرضا<sup>1</sup>.

يستند أنصار هذه النظرية في أخذهم بالإرادة الباطنة الى الحجج والمبررات التالية:

- حجية تاريخية تتلخص في أن العقد والالتزام، كانا في القوانين القديمة لا ينشآن إلا بأشكال معينة، لتحل بعدها الرضائية محل الشكلية، فأصبح الاعتداد بالرضا نفسه لا بشكله.

- حجة منطقية، حيث أن أساس نشوء الالتزام في العقد هو ارتباط الارادتين، ومن ثمة فالشخص لا يلتزم إلا بإرادته الحقيقية.

- حجة اقتصادية مفادها أنه اذا نظرنا الى العقد من زاوية أنه ينظم مصالح المتعاقدين، فهذا التنظيم الذي يطمئن اليه كل منهما منذ انعقاد العقد، غير أن هذه الطمأنينة يمكن أن تزول في حالة ما اذا وجد المتعاقد نفسه ملزما بأمر لم يقصده<sup>2</sup>.

أما النظرية الثانية وهي نظرية الارادة الظاهرة أو ما تعرف بنظرية الاتفاق الموضوعي والتي يعود الفضل في ظهورها الى الفقهاء الألمان.

يرى أنصار هذه النظرية أن الارادة في مظهرها النفسي لا يعتد بها، ولا ينتج أي أثر في دائرة العلاقات القانونية<sup>3</sup>. فهي شيء كامن في النفس، والارادة التي تنتج أثرا هي الارادة في مظهرها الاجتماعي، ويتخذ هذا المظهر بالإفصاح عنها، وهذا الإفصاح هو الذي يعتد به القانون ويرتب أحكامه عليه<sup>4</sup>.

كما أن القوة الملزمة للعقد تستمد من التعبير عن الارادة، إذ أن العقد ظاهرة اجتماعية، والارادة الباطنة لا تعدو أن تكون إلا أمر كامن في النفس ليس لها أية قوة أو سلطان ذاتي، لذا فالعبرة بالتعبير. ولا يشترط أصحاب نظرية الارادة الظاهرة طريقا خاصا لمظهر التعبير، فقد يكون التعبير صريحا أو

<sup>1</sup>. فياض محمود ، المرجع السابق ، ص.ص . 38-39.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص ، 77. و لبنى مختار ، المرجع السابق ، ص. 12 .

<sup>3</sup>. المرجع نفسه ، ص. 13 .

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص . 193 .

ضمناً، وقد يكون مجرد سكوت، والمهم عند أصحاب هذه النظرية أن تخرج الارادة الى العالم المادي في شكل علامة ظاهرة، وأن لا يقتصر على مجرد عمل نفسي. فالتعبير إذن دليل على الارادة الباطنة، ولكنه دليل غير قابل لإثبات العكس<sup>1</sup>. ويستند أنصار هذه النظرية الى الحجج والمبررات التالية:

- ان الالتزام ينشأ بإجراء شكلي، والاعلان عن الارادة هو جزء من هذه الشكلية، والحد الأدنى لها، ولا يمكن استغناء عنها.

- كما أن الارادة الباطنة والكامنة في النفس يستحيل الوصول إليها، ولا يمكن التعرف عليها، وإنما الارادة التي يترتب عليها الأثر القانوني هي الارادة الظاهرة أو المعلنة، والغير لا يستطيع أن يعلم أو يتعرف إلا على الارادة الظاهرة<sup>2</sup>.

- ضمان استقرار المعاملات القانونية من خلال الزام الطرف المتعاقد بما صدر عنه. وعلى هذا الاساس أخذ النظام القانوني الجرمانى والأنجلوساكسونى بهذه النظرية، وهذا حسب حكم لمحكمة الاستئناف الهولندية في قضية تتلخص وقائعها، في قيام شركة في عام 2009، بالإعلان عبر شبكة الأنترنت عن بيع جهاز تلفاز بجودة عالية وبسعر 99 يورو للجهاز الواحد، وخلال عدة أيام وافق مستهلك على شراء الجهاز المعلن فقامت الشركة المعلنه بإرسال لكل مشتري رسالة تخبره فيها بالخطأ المادي لمحتوى الاعلان، بحيث تشير هذه الاسعار الى أسعار حوامل جهاز التلفاز على الحائط و ليس الجهاز ذاته، فطالبت جمعيات حماية المستهلكين بالتنفيذ العيني، فرفضت محكمة أول درجة هذا الطلب، وأيدت محكمة الاستئناف هذا القرار مستندة في قرارها الى مبدأ الارادة الظاهرة، وعلى أساس وجوب إدراك المستهلك العادي لخطأ العرض المقدم من الشركة المعلنه<sup>3</sup>.

حسب هذا النظام فيكفي أن يعلن أحد الطرفين عن ارادته لتطابق ارادة الطرف الآخر، ولو كانت الارادة المعلنه مخالفة للإرادة الحقيقية أو الباطنة، كما يرى هذا النظام أن التعبير ليس مجرد وسيلة لإظهار الارادة بل هو ذاتها ومضمونها و جوهرها.

إن الاخذ بالإرادة الظاهرة لا يعني أن أنصار هذه النظرية قد أغفلوا الارادة الباطنة، بل على العكس فوراء المظهر الخارجي للإرادة ارادة كامنة في النفس، يتطلب للاعتداد بها خروجها الى كيان مادي اجتماعي<sup>4</sup>. ويترتب على الاخذ بأحد النظريتين دون الأخرى نتائج تتمثل فيما يلي:

- الغلط لا يفسد الرضا، حيث أن الأخذ بنظرية الارادة الباطنة يؤدي الى ابطال العقد، في حين الأخذ بنظرية الارادة الظاهرة لا يؤدي الى ذلك.

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 75 .

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.194.

<sup>3</sup>. فياض محمود ، المرجع السابق ، ص . 34 .

<sup>4</sup>. المرجع نفسه، ص. 28 . ومحمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 76 .

- الحالة المتعلقة بالتحفظ الذهني، ويقصد بالتحفظ الذهني اظهار أحد المتعاقدين لأمر على غير حقيقته، فيعتد بهذا التحفظ في حالة الأخذ بالإرادة الباطنة، في حين لا يعتد بهذا التحفظ في حالة الأخذ بالإرادة الظاهرة<sup>1</sup>.

- في حالة التعبير عن الارادة بواسطة التعاقد بالمراسلة كالبرقية أو الرسالة مثلا فإن تحديد زمان ومكان ابرام العقد يختلف باختلاف النظريتين ، فطبقا لنظرية الارادة الباطنة فإن العقد ينعقد بمجرد تطابق الارادتين بصدور القبول، بينما طبقا لنظرية الارادة الظاهرة فإن العقد لا ينعقد إلا في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، كما أنه اذا وقع خطأ في عبارة الرسالة أو البرقية كأن تتضمن عبارة لا تدل على النية الحقيقية للمرسل، فطبقا لنظرية الارادة الظاهرة فينعقد العقد لأن العبارة بالألفاظ، بينما طبقا لنظرية الارادة الباطنة فلا ينعقد العقد<sup>2</sup>.

- كذلك الشأن بالنسبة للصورية التي تتأثر هي الأخرى بمنطق كل من النظريتين، والصورية كما هو معلوم هي أن يقوم أحد المتعاقدين بهدف اخفاء العقد الحقيقي الى ابرام عقد صوري، أو الامتناع عن ابرام عقد مطلقا، أو الاتفاق على شروط أخرى غير الشروط التي يتضمنها العقد الظاهر أو الحقيقي، ففي حالة الأخذ بمنطق نظرية الارادة الباطنة فيؤدي الى الاعتداد بالعقد الحقيقي المستتر في حين اذا أخذنا بمنطق نظرية الارادة الظاهرة فيعتد بالعقد الصوري<sup>3</sup>.

في موضوع تفسير العقد اذا أخذ القاضي بمبدأ الارادة الظاهرة فلا يكون ملزما بالبحث عن النية الحقيقية، بل يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة فيفسر العقد تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً، وفي هذه الحالة تصبح مسألة تفسير نص العقد مسألة قانون يخضع لرقابة محكمة النقض، أما اذا أخذ القاضي بالإرادة الباطنة فإن تفسيره للعقد في هذه الحالة تكون مسألة وقائع تخضع لتقديره هو، وليس لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض)<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لموقف الم.الج من النظريتين، فيستفاد من أحكام القانون المدني الجزائري أن الم.الج أخذ بالإرادة الباطنة أساساً، وأخذ بنظرية الارادة الظاهرة في أحوال أخرى ضمناً لاستقرار المعاملات، حيث يظهر من خلال نص المادة 59 من الق.م.الج أن الم.الج قد أخذ بالإرادة الباطنة، أين يشترط تطابق الارادتين، حيث تنص المادة على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية"<sup>5</sup>. والمادة 81 من الق.م.الج والتي

<sup>1</sup>. فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص . 76 .

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.78.

<sup>3</sup>. لبني مختار، المرجع السابق، ص.ص.15-17.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص ، 194.

<sup>5</sup>. المادة 59 من الامر رقم 75 - 58 السالف الذكر .

تنص على الغلط باعتباره عيب من عيوب الارادة، وهذا يعني اعتداء المشرع بالإرادة الباطنة، باعتبار الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص<sup>1</sup>.

كما يظهر تكريس الم.الج لنظرية الارادة الباطنة باعتداده بالإرادة الحرة السليمة من العيوب، حيث جعل الغلط والمنصوص عليه في نص المادة 88 من القانون المدني، والتدليس المنصوص عليه في نص المادة 87 من الق.الم، والاستغلال المنصوص عليه في نص المادة 90 من نفس القانون، وتعتبر عيوب تجيز طلب ابطال العقد، وهذا الاجراء لا يفسر إلا على أساس الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة<sup>2</sup>. كما اعتد بالدافع الى التعاقد، حيث قرر بطلان العقد اذا كان سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة حسب نصوص المواد 97 و98 من الق.الم<sup>3</sup>. و يظهر تجسيد الم.الج لمنطق نظرية الإرادة الباطنة من خلال نص المادة 111 من الق.الم، في الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غير واضحة، ففي هذه الحالة وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ<sup>4</sup>.

في حين نص الم.الج على بعض الأحكام يظهر من خلالها تغليب الإرادة الظاهرة، هذا لحرصه على ضمان استقرار المعاملات، ويظهر ذلك في المواد التالية:

- حيث تنص المادة 60 من الق.الم.الج على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"<sup>5</sup>.

كذلك نص المادة 61 من نفس القانون التي تنص على: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. تنص المادة 81 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب ابطاله".

<sup>2</sup>. المواد 87 - 88 - 90 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر .

<sup>3</sup>. تنص المادة 97 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلاً"

تنص المادة 98 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

<sup>4</sup>. تنص المادة 111 في فقرتها الثانية ، من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ....".

<sup>5</sup>. المادة 60 من الامر رقم 75 - 58 السالف الذكر .

<sup>6</sup>. المادة 61 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر .

ايضا نص المادة 62 من الق.الم التي تنص على ما يلي: " اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"<sup>1</sup>.

كما يشترط المشرع في ابطال العقد بسبب التدليس الصادر من غير المتعاقدين، لا يكون إلا في حالة إثبات المتعاقد الآخر أنه كان عالما سواء كان علمه حقيقيا أو حكيميا<sup>2</sup>. ونفس الحكم يتضمنه الاكراه الصادر من غير المتعاقدين، فلا يكون هذا الاكراه سببا لإبطال العقد، إلا اذا تبين أن المتعاقد والخلف الخاص كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه<sup>3</sup>.

كما تجيز المادة 198 من الق.الم لدائني المتعاقدين والخلف الخاص، اذا كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، أي بالإرادة الظاهرة<sup>4</sup>.

بالنسبة لنص المادة 98 من الق.الم، والمتعلقة بالسبب، فالمبدأ فيها هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة، والاستثناء هو الرجوع الى الارادة الباطنة، حيث تنص المادة على ما يلي: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروع، ما لم يقوم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على الصورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"<sup>5</sup>.

كما يظهر تجسيد الم.الج للإرادة الظاهرة في تفسير العقد اذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز للقاضي أن ينحرف عن عبارات العقد الواضحة، عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين. هذا ما يتجلى بوضوح في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 / 07 / 1985، في قضية بين (م.أ) ضد (ح.ع) ، حيث قضى بأنه: " متى كان من المقرر قانونا أن العبرة بتكليف العقد هي ما يتبين أنه الحقيقية من الوقائع المطروحة أمام قضاة الموضوع بما لهم من السلطة في تقدير التعرف على القصد المشترك الذي انصرفت اليه نية المتعاقدين وقت ابرام الاتفاق دون النقيذ بالوصف الذي يعرضه الخصوم، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد منعدم التسبيب القانوني"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. المادة 62 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. تنص المادة 87 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: " اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس" .

<sup>3</sup>. تنص المادة 89 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ، إلا اذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه" .

<sup>4</sup>. تنص المادة 198 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: " اذا ابرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

<sup>5</sup>. المادة 98 من الامر رقم 75 - 58 السالف الذكر.

<sup>6</sup>. قرار المجلس الأعلى ، غ.م، المؤرخ في 13 / 07 / 1985 ، ملف رقم ، 36596 ، (م.أ) ضد (ح.ع)، المجلة القضائية العدد 03، 1989، ص . 90 .

قرار آخر صادر من المحكمة العليا بتاريخ 16 / 06 / 1991، في قضية بين (ط.م) ضد (إ.غ)، حيث قضت على أنه: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي ان يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له ، و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ....."<sup>1</sup>.

منه نستنتج من موقف الم.الج من النظريتين أنه أخذ بنظرية الارادة الباطنة أساسا، وبالإرادة الظاهرة في أحوال معينة ضمانا لاستقرار المعاملات، وفي هذا الصدد يقول الدكتور "محمد سعدي الصبري " أن : " المشرع الج و إن كان امينا على نظرية الارادة الباطنة، إلا أنه خفف من الأخذ بنتائجها بصفة مطلقة، حيث أخذ في بعض الأحوال بالإرادة الظاهرة "<sup>2</sup>.

كما يقول أيضا "علي علي سليمان" في هذا الصدد: " أن المذهب الشخصي (الارادة الباطنة) هو الأصل، والمذهب المادي (الارادة الظاهرة) هو الاستثناء"<sup>3</sup>.

### ثالثا : دلالة السكوت في التعبير عن الإرادة

تطرقنا فيما سبق عند الحديث عن طرق التعبير عن الإرادة، الى أن التعبير قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ونتساءل حول دلالة السكوت في التعبير عن الإرادة ؟ وهل يمكن اعتباره كطريق من طرق التعبير عن الارادة إلى جانب التعبير الصريح والضمني؟

هنا ينبغي التفرقة أولا بين التعبير الضمني عن الارادة و السكوت، فالتعبير الضمني عن الارادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، وبالتالي فهو وضع إيجابي، اما السكوت فهو مجرد مظهر سلبي، فالسكوت هو العدم لا يمكن أن يستنتج من الساكت ارادته<sup>4</sup>، فهو موقف سلبي لا يدل كقاعدة عامة عامة على شيء، لكونه في اصله عديم لا يفيد شيئا، ومجردا عن أي ظرف ملابس يخلع عليه دلالة معينة<sup>5</sup>. إذ لا محل للكلام عن السكوت كأداة للتعبير عن الايجاب، لأن الايجاب يتعذر قيامه من مجرد السكوت، لأن الايجاب يتضمن دائما وأبدا عرضا موجها من شخص إلى شخص اخر، وهذا العرض لا

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 16 / 06 / 1991 ، ملف رقم 80816 ، (ط.م) ضد (إ.غ)، المجلة القضائية العدد 4 1993، ص . 151 .

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.ص . 78 - 79 .

<sup>3</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في الق.الج، ط.7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 ، ص.ص. 32 - 33 . ويقول لبني مختار : " أن الم.الج أخذ بنظرية الارادة الباطنة أساسا ، وأكملها بنظرية الارادة الظاهرة في بعض الاحوال، مراعاة منه لاستقرار المعاملات" ، المرجع السابق ، ص. 27 .

<sup>4</sup> الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في الحق المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2006 ، ص. 40 . ومحمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 70 .

<sup>5</sup> يعيش مجيد ، دور السكوت في التصرفات القانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، 2008 ، ص . 32 .



يمكن تصويره إلا إذا تم التغيير عنه صراحة أو ضمناً، في حين أن السكوت يعتبر وضع سلبي، مما يدفعنا لضرورة استبعاده كمصدر معبر عن الايجاب<sup>1</sup>.

منه نتساءل: عن دلالة السكوت في التعبير عن القبول؟ وهل يمكن أن نفسر مجرد سكوت من وجه إليه الايجاب على أنه قبول، أو بأنه رفض؟

بوجه عام يمكن القول بأن السكوت في حد ذاته يعتبر مجرداً عن أي ظرف ملابس له، ولا يكون تعبيراً عن الارادة، ولو كان قبولا، لأن التعبير عن الإرادة هو عمل إيجابي، والسكوت شيء سلبي منعدم، وهو ما عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية من خلال قاعدتهم المعروفة ب: "لا ينسب لساكت قول"<sup>2</sup>.

هذا ما أخذ به القضاء المصري في العديد من أحكامه، حيث قضت محكمة الاستئناف المصرية. بأن سكوت الحكومة عن الرد عن صاحب مصنع يطلب ترخيص لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولا، ولا ترخيص من جانبها حتى ولو تأخرت عن الرد في الميعاد القانوني، بل أكثر من ذلك حتى ولو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستقدم له ترخيص<sup>3</sup>.

كما قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأن سكوت المشتري لأكثر من 8 أيام دون أن يرد على عرض قدمه البائع، لا يعتبر رضا من المشتري<sup>4</sup>. وهو نفس الاتجاه الذي سلكه القضاء الفرنسي، حيث أخذ بنفس المبدأ في العديد من أحكامه، ومن بينها ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما في شراكة معينة، ويخبره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتبسها عليه، لا يعتبر قبولا<sup>5</sup>.

كما أكدت محكمة السين الابتدائية في حكم لها أن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية، لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة، مادام لم يصدر منه قبول

<sup>1</sup>. يعيش مجيد، المرجع السابق، ص. 33، ولبنى مختار، المرجع السابق، ص. 37.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 235-236. و بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 60.

<sup>3</sup>. حكم لمحكمة الاستئناف المصرية، الصادر في 26/ 12/ 1929. أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، هامش 3، ص. 236.

<sup>4</sup>. حكم لمحكمة الاسكندرية المختلطة الصادر بتاريخ 6/ 12/ 1926، جازيت 17، ص، 187، رقم 279، مقتبس من السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 236. هامش 3.

<sup>5</sup>. حكم لمحكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ 25/ 05/ 1870، دالوز، 70، 1، 257، و في 17/ 08/ 1909، دالوز 1910 - 1 - 207، مقتبس من السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 236. هامش 3.



بذلك، ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع الشخص عن رد المجلة<sup>1</sup>. إلا أنه وبصورة استثنائية قد يفيد السكوت على أنه قبول، اذا اقترن هذا السكوت بظرف من الظروف، والذي من شأنه ان يشكل دليل على القبول، وقبول المعروض عليه الايجاب<sup>2</sup>.

القضاء الفرنسي على غرار باقي التشريعات قد أخذ بهذا الاستثناء، حيث اعتبر أن الصمت الموجب اليه لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ إلا قبولاً. ويتجلى ذلك في قرار لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد المؤجرين بكتابة الى اثنين من المستأجرين لديه، ورغبة منه في تحصيل مستحقاته من الأجر، بتخفيضها إلا أن أياً منهما لم يقم بالرد على هذا العرض، ليقوم المؤجر بعد ذلك برفع دعوى يطالبها بكامل قيمة الأجرة المستحقة بخصوص تخفيض الأجر المستحقة، من حيث أن الايجاب كان لمصلحة الموجه إليه، وأن بمجرد السكوت من هذا الطرف بشكل قبولاً للإيجاب<sup>3</sup>.

المشروع الج. من جهته قد أخذ كذلك بهذا الاستثناء، حيث نص على طرق التعبير عن الارادة، وتطرق الى السكوت، غير أنه لم يحدد طبيعة هذا السكوت، فيما اذا كان من قبيل التعبير الصريح أو التعبير الضمني. حيث تنص المادة 68 من الق.الج.على ما يلي: "اذا 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، اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب.

يعتبر السكوت في الرد قبولاً، اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو اذا كان الايجاب لمصلحة من وجه إليه"<sup>4</sup>. وباستقراء نص المادة 68 من الق.الم.الج نستنتج أن الم.الج نص على ثلاث حالات يصلح السكوت فيها كدليل على القبول، وهي حالات واردة على سبيل المثال متمثلة فيما يلي:

- اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، اذا لم يرد بالرفض في الوقت المناسب ومثال ذلك: كأن يقوم تاجر

<sup>1</sup>. حكم لمحكمة السين الابتدائية ، الصادر بتاريخ 19 / 04 / 1893 ، جازيت دي باليه 93 - 2 - 162 ، دالوز 74 - 2 - 103 مقتبس من السنهوري عبد الرزاق ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 236 هامش 3 .

<sup>2</sup>. ناصيف الياس ، موسوعة العقود المدنية و التجارية، اركان العقد، ج.1، ط.2، لبنان، 1997 ، ص.ص . 78 - 79 .

<sup>3</sup>. يزيد انيس نصير ، السكوت و أثره في ابرام العقد ، دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 18 ، جويلية 2003 ، ص. 15 .

<sup>4</sup>. المادة 68 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر. ويقابلها نص المادة 98 من الق.الم. المصري التي تنص على ما يلي : "اذا 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 اذ لم يرفض الايجاب في وقت مناسب"

بإرسال بضاعة لم يطلبها، وسكت المشتري على الأسعار الجديدة التي أضافها التاجر، حيث لم يبادر الى رفضها فيعتبر السكوت في هذه الحالة قبولا<sup>1</sup>.

- حالة ما اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، فيعتبر السكوت في هذه الحالة قبولا، ومثال ذلك: ما تعود عليه تاجر التجزئة من تعامل مع تاجر الجملة في إرسال سلعة معينة، ففي هذه الحالة يعتبر سكوت من وجه اليه الايجاب قبولا للعقد<sup>2</sup>.
- حالة كون الايجاب لمصلحة من وجه اليه، ومثال ذلك: كأن يسكت الموهوب له عند قيام الواهب بتقديم الهبة، فسكوت الموهوب له في هذه الحالة يعتبر قبولا<sup>3</sup>، ومنه أيضا كأن يعد الشخص آخر بأن يبيع له ماله بمبلغ معين فسكوت هذا الشخص خلال مدة محددة يكيف على أنه قبول، لأن الوعد يتضمن منفعة للموعد له، وكذلك سكوت المالك الحقيقي في بيع ملك الغير اذا علم بالبيع كان سكوته اقرار بالبيع، وفي هذا الصدد يقول فقهاء الشريعة الاسلامية: "السكوت في معرض الحاجة بيان"<sup>4</sup>

بالإضافة الى هذه الحالات أورد القانون الانجليزي حالة أخرى يعتبر فيها قبولا، وهي حالات القيام أو عدم القيام بتصرف ما، ومثال القيام بتصرف ما كاستعمال الشخص لبضاعة المرسل اليه، فهذا دليل على قبوله الشراء، ومثال عدم القيام بتصرف ما، في حالة ما اذا قام المؤجر بإبلاغ المستأجر برفع أجرة العقار المستأجر، فإن بقاء المستأجر شاغلا للعين المؤجرة يعتبر قبولا منه برفع الاجرة<sup>5</sup>. هذا بالنسبة للسكوت الملابس، كما يصلح السكوت كتعبير عن القبول في الحالة التي يقرر فيها القانون ذلك، ومثال ذلك ما قضت به نص المادة 355 ف.1 من الق.الم التي تنص على ما يلي " في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع، يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة، ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا"<sup>6</sup>. ومنه نستنتج أن السكوت الذي يحمل دلالة القبول والذي يكون

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.73 . وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.161 . وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص.31 .

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.238 . ومحمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص.59 .

<sup>3</sup>. تنص المادة 206 من الأمر رقم 05 - 02، السالف الذكر على ما يلي: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

<sup>4</sup>. الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص.41 . والسنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.39،40. وآلان بينابينت، الق.الم الموجبات، (أو الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، د.ب.ن، د.س.ن، ص.58 .

<sup>5</sup>. يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص.8 - 10 .

<sup>6</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.72 . ولبنى مختار، المرجع السابق، ص.40 - 42. وفيلالي علي، المرجع السابق، ص.99 - 100 .

عندما تحيط به ظروف أو حالات سابقة أو معاصرة أو لاحقة له تشير الى نية القبول فيفسر سكوت الموجه إليه الايجاب على أنه قبولاً وفي مثل هذه الحالة تتطابق الارادتين بشكل غير مباشر<sup>1</sup>.

#### رابعاً : أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

الاصل أن ابرام العقد يتم بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين، وهذا طبقاً لمبدأ حرية التعبير عن الارادة الذي يكون له وجود فعلي من وقت صدوره، ولكن لنفترض أن شخص ما صدر منه القبول أو الايجاب ثم مات أو فقد أهليته كأن يصبح مجنوناً أو معتوها قبل أن ينتج التعبير عن الارادة أثره فهل يعتد بهذا القبول أو الايجاب في هذه الحالة؟

الجواب هو أن التعبير عن الارادة يبقى موجوداً ومنتجاً لآثاره اذا اتصل بعلم من وجه اليه الايجاب بالرغم من موت صاحبه أو فقدانه للأهلية، وهذا ما أخذ الم.الج من خلال نص المادة 62 من الق.م.الج والتي تنص على ما يلي: "اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير آثاره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"<sup>2</sup>. ونلاحظ أن الم.الج قد أخذ في هذا الصدد بالإرادة الظاهرة دون الارادة الباطنة، فمتى صدر التعبير عن صاحبه انفصل عنه وأخذ وجوداً قانونياً مرتباً في ذلك آثار قانونية بالرغم من موت صاحبه أو فقدانه للأهلية<sup>3</sup>.

من خلال نص المادة نميز بين ثلاث حالات وهي على التالي:

- أثر الموت أو فقد الأهلية للإيجاب، ففي هذه الحالة اذا صدر الايجاب من الموجب ثم توفي أو فقد أهليته فلا يسقط لأنه صالح لأن يقترن بالقبول، ولكن بشرط أن يصل العلم بالقبول الى الموجب، وفي حالة وفاته قبل أن يتصل بعلم القابل فلا يتم العقد<sup>4</sup>.
- أثر الموت أو فقد الأهلية بالنسبة للقبول، ففي حالة صدور التعبير عن القبول من القابل ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يصل بعلم الموجب فلا يسقط القبول. إلا في حالة ما اذا كانت شخصية القابل محل اعتبار في العقد كالفنان الذي يعرض عليه عملاً يدخل في فنه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص. 34 .

<sup>2</sup>. المادة 62 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 197 - 199 . وفيلاي علي، المرجع السابق، ص. 86 - 87. وفاضلي ادريس، المرجع السابق، ص. 68 - 69.

<sup>4</sup>. تنص المادة 61 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر على ما يلي: "ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقد الدليل على عكس ذلك".

<sup>5</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص. 81-84. وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 65-66.

- أثر موت من وجه اليه التعبير أو فقد الأهلية ففي حالة ما اذا توفي من وجه إليه الايجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علمه ففي هذه الحالة يسقط الايجاب، ولا يحل الورثة محل من وجه إليه الايجاب، أما اذا توفي أو فقد أهليته بعد اتصاله بالإيجاب أي بعد أن كان على علم به ولكن لم يصدر منه التعبير بالقبول، ففي هذه الحالة يسقط الايجاب بالموت أو فقد الأهلية لأن اصدار القبول مسألة شخصية لا تنتقل الى الورثة أو النائب في حالات الوفاة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : تطابق الارادتين

إن قوام العقد هو التراضي وحتى يقوم هذا الأخير لابد من تلاقي الارادتين وتطابقهما لنتجته في ذلك الى احداث أثر قانوني معين لأن التعبير عن إرادة وحده لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه، بل لابد من اقتران هذه الارادة بإرادة أخرى تسمى الارادة التعاقدية أو المشتركة، وهاتان الارادتان هما الايجاب والذي يتم بالتعبير عن إرادة تتضمن عرض ابرام العقد على الطرف الآخر، يقابله في ذلك التعبير عن إرادة أخرى تتضمن الموافقة على مضمون الايجاب، وتسمى هذه الارادة بالقبول والذي يأتي مطابقاً للإيجاب. وقبل الحديث عن تطابق الايجاب بالقبول ينبغي أولاً أن نعرف الايجاب ونبين خصائصه مروراً بالقبول بتعريفه والوقت الذي ينتج التعبير عن الارادة أثره وأخيراً نتطرق الى اقتران القبول بالإيجاب وذلك بالتمييز بين حالتين وهما تعاقد في مجلس العقد، والتعاقد بين غائبين.

### أولاً : الايجاب والقبول

يعرف الايجاب على أنه العرض البات والنهائي الذي يتقدم به شخص معين الى شخص آخر أو أشخاص آخرين، يعرض عليه رغبته في ابرام عقد معين فإذا اقترن بالقبول انعقد العقد<sup>2</sup>. ويمر الايجاب بثلاث مراحل أساسية تتمثل فيما يلي: العرض، مرحلة المفاوضة، والإيجاب البات. بالنسبة للعرض يشترط فيه حتى يكون إيجاباً أن يتضمن طبيعة العقد المراد ابرامه والعناصر الأساسية المكونة لهذا العقد، ومن هنا يظهر الفرق بين الايجاب والدعوى الى التعاقد، حيث أن الايجاب اذا تضمن العناصر المكونة للعقد الأساسية فإنه في هذه الحالة يكشف عن نية قاطعة للموجب في الارتباط بالعرض محل الايجاب، وبمفهوم المخالفة إذا لم يشمل العرض على العناصر المكونة له فلا يعد إيجاباً وإنما دعوة الى التعاقد، ومثال ذلك كأن يعلن شخص عن سيارة يريد بيعها دون ذكر ثمنها، ومنه نستنتج أن معيار التفرقة بين الايجاب والدعوى الى التعاقد هو في تبيان ما إذا كان العرض تم عن عزم صاحبه على ابرام العقد مباشرة أو مجرد التمهيد له، ففي الحالة الاولى نحن بصدد الايجاب وفي الحالة الثانية نحن بصدد الدعوى الى التعاقد. وينبغي الإشارة هنا الى أنه لا يعتبر إيجاباً حتى ولو كان باتاً ومحددًا في حالة ما إذا كانت شخصية المتعاقد معه محل اعتبار في العقد، كعقود العمل والشركة

<sup>1</sup>. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.36-37. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص.ص. 36-37.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.86. وفيلاي علي، المرجع السابق، ص.88.

والمقابلة والوكالة، فالعقد في هذه الحالة وبالرغم من تضمنه للشروط الجوهرية التي يتم التعاقد بمقتضاها إلا انه لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوى الى التعاقد<sup>1</sup>. كما يدخل في نطاق هذا الأخير أيضاً ذلك الايجاب الموجه الى الجمهور فهو إيجاب موجه الى أشخاص غير معينين بالذات<sup>2</sup>.

المرحلة الثانية هي مرحلة المفاوضة حيث أنه في بعض الحالات قد يصدر الايجاب البات مباشرة دون أن تسبقه في ذلك مفاوضات، كما هو الحال في العقود اليومية البسيطة، والتي هي عقود تقتضيها الحياة اليومية فيتم فيها العقد في لحظة واحدة ك شراء الخبز مثلاً أو صحيفة أو ركوب سيارات الأجرة... الخ<sup>3</sup>. في حين أن هناك بعض العقود التي يتطلب لإبرامها أن تسبقها مفاوضات قد تنتهي الى صدور إيجاب بات ونهائي. ورأينا فيما سبق الى أن للأشخاص الحرية في التفاوض، بقطعها أو الاستمرار فيها دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية، غير أن العدول إذا اقترن بخطأ قد يترتب عنه مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ قبل التعاقد موجبا للتعويض لمن أصابه ضرر<sup>4</sup>.

أخيراً مرحلة الإيجاب البات، وهي مرحلة تتضمن إرادة الموجب في إحداث الأثر القانوني، ونية الموجب المتضمنة إحداث ذلك الأثر مسألة يصعب معرفتها لكونها مرتبطة بقصد صاحبها، وبالتالي فهي مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل حالة<sup>5</sup>.

قد تكون هناك مرحلة وسطى بين المفاوضات والإيجاب البات، وهي مرحلة الإيجاب المعلق، أين لا تستقر المفاوضات عن إيجاب يشمل كل عناصر العقد المراد إبرامه، وإنما يكون إيجاب معلق على شروط صريحة أو ضمنية، مع احتفاظ من صدر منه الايجاب المعلق بحقه في العدول عنه، مادام لم يقترن القبول بالإيجاب، وطالما لم يترتب عن هذا العدول أي ضرر، ومثال ذلك كأن يعرض أحد المتعاقدين التعاقد بثمن معين، مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار أو مصاريف الإنتاج. كما قد يكون العدول عن الإيجاب المعلق ثابتاً لكلا من الطرفين، ويبدو أن الإيجاب في هذه الحالة قريب الى المفاوضات منه الى الإيجاب، لكون من شروط الإيجاب أن يتضمن العناصر الجوهرية التي تجعله باتاً وصالحاً لأن يقترن بالقبول<sup>6</sup>. وعموماً يمكن القول بالنسبة للإيجاب حتى يعتد به ضرورة استيفاءه لخاصيتين هامتين، وتتمثل هاتين الخاصيتين، في ضرورة أن يكون الإيجاب جازماً أو نهائياً، والخاصية الثانية، أن يكون الإيجاب كاملاً.

<sup>1</sup> أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.68. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.87.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص.59.

<sup>3</sup> أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.69. ولبنى مختار، المرجع السابق، ص.52.

<sup>4</sup> السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص. 237-238.

<sup>5</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.265. والسنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.242. ولبنى مختار، المرجع السابق، ص.53.

<sup>6</sup> السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.ص. 240-241. وأبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 70-71. وخليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.31.

بالنسبة للخاصية الأولى فلا بد في الإيجاب أن ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتزان القبول به، أما بالنسبة للخاصية الثانية، فحتى يكيف العرض على أساس أنه إيجاب فلا بد من توافره على العناصر الأساسية والجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا كنا بصدد عقد البيع فإنه يلزم في التعبير أن يتضمن تعيين المبيع والثمن، تعيينا كافيا، وإذا كان في صدد عقد إيجار فلا بد في العرض أن يتضمن العين المؤجرة، بدل الإيجار، ومدة الإيجار... الخ<sup>1</sup>. هذا ولم يكن للإيجاب في فقه النظرية التقليدية أية قوة ملزمة، وللموجب أن يرجع عن إيجابه، طالما لم يقترن به قبول، وبمجرد ما إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه، فالقاعدة العامة أن للموجب أن يعدل عن إيجابه، طالما لم يقترن به قبول الموجب له، وبالتالي بقي مجرد إيجاب<sup>2</sup>، غير أن الأخذ بهذا المبدأ يؤدي الى عدم استقرار المعاملات، وعلى الأخص التجارية منها، مما أدى الى الأخذ بالإيجاب المقترن بمدة، لمنع الموجب من الرجوع عن إيجابه قبل انقضاء المدة، وهذا ما يسمى بالإيجاب الملزم<sup>3</sup>.

يقصد بالإيجاب الملزم، ذلك الإيجاب المقترن بأجل يلزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه، بعد صدوره منه طوال هذا الأجل، سواء كان تحديده صراحة أو ضمنيا، وهذا على أساس وجود عقد بين الموجب والموجه له الإيجاب، يلزم من خلال هذا العقد بالبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة، والموجب له قد التزم بالعقد بموجب قبول ضمني. وفي حالة عدول الموجب عن إيجابه قبل انقضاء الأجل المحدد، فيعتبر ذلك عمل غير مشروع يلتزم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>. التقصيرية<sup>4</sup>. هذا وقد تطرق الم.الج الى الزامية الإيجاب في نص المادة 63 الق.الم والتي تنص على ما يلي: "إذا عين أجل للقبول، يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل.

قد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"<sup>5</sup>. نستنتج من نص المادة أن الأصل في الأجل تحديده صراحة، كأن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارته بثمن محدد، وبأجل محدد كأن يمنح له مهلة أسبوع ليصدر فيه رأيه بالقبول أو الرفض. واستثناء قد يستخلص هذا الأجل من طبيعة المعاملة، ومثال ذلك في حالة صدور الإيجاب لغائب، والذي لا يكون إلا ملزما، فحتى ولو لم يقترن بأجل صريح للقبول، فإنه بطبيعته لا بد وان يقترن بميعاد للقبول، أو كأن يعرض شخص عقار

<sup>1</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 69-71. وأبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 67-68.

<sup>2</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص. 71. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.ص. 88-89.

<sup>3</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 222.

<sup>5</sup>. المادة 63 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

هو نفس المبدأ الذي أخذ به التقنين المصري الجديد، من خلال نص المادة 93 التي تقابلها نص المادة 63 المذكورة أعلاه، غير أن الفقه انقسم الى 3 نظريات بخصوص تفسير القوة الملزمة للإيجاب وهي: نظرية الإرادة المنفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المسؤولية التقصيرية. أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 223.

للبيع، فهذا يتطلب حتما بقاء أجلا للاطلاع، وزيارة العقار المعروض للبيع، فمثل هذا الإيجاب يقتضي حتما بقاء الموجب على إيجابه الى حين وصول الإيجاب الى الموجب له على الأقل<sup>1</sup>. ويكون مصدر التزام الموجب في هذه الحالة هي ارادته المنفردة التي جعل لها القانون مثل تلك القوة الملزمة<sup>2</sup>. وبهذا فإن الم.الج قد استجاب للحاجات العملية استقرارا للمعاملات خاصة التجارية منها، فالتاجر الذي يتلقى ايجابا بالتعاقد يكون في حاجة ماسة في الاطمئنان الى ثبات هذا الإيجاب فترة معقولة حتى يستطيع من خلالها تدبير الأمر، وذلك بالموازنة بين الإيجاب الموجه إليه، والإيجاب المماثل له والذي وجه له من طرف الغير فلو نفترض عدم إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه لمدة محددة لحدثت الفوضى في المعاملات<sup>3</sup>. والإيجاب مهما كان سواء كان ملزما أو غير ملزم، وسواء كان مقترنا بمدة صريحة او ضمنية، فإنه قد يسقط ويفقد قوته الملزمة واعتباره كأنه لم يكن. فبالنسبة للإيجاب القائم والملزم يسقط في حالتين:

. هي حالة ما إذا رفض الموجب له الإيجاب فيسقط حتى ولو لم تنقضي المدة، أما الحالة الثانية وهي حالة ما إذا انقضت المدة المحددة للقبول ولم يعلن من وجه إليه الإيجاب لقبوله، كما يمكن أن يسقط الإيجاب إذا كان معلق على شرط وتخلف ذلك الشرط. أما بالنسبة للإيجاب القائم غير الملزم وهذا النوع من الإيجاب لا يكون إلا في حالة التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد حسب المادة 64 من الق.الم والتي يمكن أن نستنتج من خلالها أن الإيجاب غير الملزم يسقط في ثلاث حالات وهي كالتالي :

. في حالة ما إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقترن به القبول، وقبل انفضاض مجلس العقد.

. في حالة انفضاض مجلس العقد دون صدور القبول.

. في حالة رفض الإيجاب من طرف من وجه إليه<sup>4</sup>.

تجدر الإشارة الى أن الإيجاب إذا سقط لأي من الحالات السابق ذكرها فإن أي قبولا يأتي بعد ذلك لا يعتد به، لكونه قبول متأخر أتى بعد سقوط الإيجاب، ولكنه صالح لأن يكون إيجابا جديدا يوجه الى الشخص الذي صدر منه الإيجاب الأول الذي سقط، وفي حالة قبول هذا الشخص لهذا الإيجاب تم

<sup>1</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.92. ومحمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.266. ولبنى مختار، المرجع السابق، ص.ص.65 - 66.

<sup>2</sup>. أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 72-73.

<sup>3</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 71-72.

<sup>4</sup>. محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص.ص.52-53. والفار عبد القادر، المرجع السابق، ص.42. وجلال علي العدوى، المرجع السابق، ص.ص.110-111.



العقد<sup>1</sup>. وهذا ما تنص عليه المادة 66 من الق.الم: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقبول فهو التعبير التالي والبات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، وعلى هذا النحو فالقبول هو الإرادة الثانية في العقد لأنه غالباً ما يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب<sup>3</sup>. وبما أن القبول هو تعبير عن الإرادة فيشترط فيه حتى يعقد به العقد ضرورة أن تتوفر فيه الشروط المتعلقة بوجود الإرادة وذلك بالتعبير عنها واتجاهها الى احداث الأثر القانوني<sup>4</sup>. فبالنسبة للتعبير رأينا فيما سبق انه قد يكون صراحة أو ضمناً أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، كما تطرقنا الى السكوت كتعبير عن الإرادة ورأينا بأنه حسب الأصل يكيف السكوت على أنه عمل سلبي لا يترتب عليه أي أثر قانوني، لكن خروجاً عن هذا الأصل رأينا أن السكوت قد يكيف على أنه قبول إذا لابسته ظروف معينة كالتعامل السابق بين الموجب والموجه إليه الإيجاب وطبيعة المعاملة أو العرف التجاري وحالة كون الإيجاب لمصلحة الموجه له، حيث أن سكوت القابل في هذه الأحوال يعتبر قبولاً<sup>5</sup>.

قبل التطرق الى الشروط المتعلقة بالقبول ينبغي الإشارة الى أن الأصل في التعبير عن القبول حرية الطرف الموجه اليه الإيجاب في قبوله أو رفضه، وحتى في حالة اقتران الإيجاب بأجل فمتى كان هذا الأجل لم ينقضي بعد فإن للموجب له الحرية المطلقة في القبول أو الرفض دون أن تترتب مسؤولية عن ذلك، غير أن اقتران هذا الرفض بخطأ، وهذا ما أكدته المشروع التمهيدي للقانون المصري في نص المادة 136 منه على أنه: "يجوز لمن وجه اليه الإيجاب أن يرفضه مالم يكن قد دعى إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند الى أسباب مشروعة"<sup>6</sup>. فيكون الموجه له الإيجاب في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه في رفض الإيجاب<sup>7</sup>.

مثال ذلك التجار الذين يوجهون الأسعار الى الجمهور من خلال الإعلانات وأصحاب الفنادق والمطاعم والذين يفتحون أبوابهم للطارق. فتعتبر هذه الحالات دعوى الى التعاقد تتحول في حالة الاستجابة الى ايجاباً لا يجوز لمن وجه اليه ان يرفضه إلا إذا استند في ذلك الى أسباب مشروعة، وفي غير ذلك يكون متعسفاً في استعمال رخصة القبول، ومنه يسأل عما يصيب الغير من ضرر جراء هذا

<sup>1</sup> خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.43. والسنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 226-227.

<sup>2</sup> المادة 66 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.267. ومحمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص.93. فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص.63.

<sup>4</sup> فيلاي علي، المرجع السابق، ص.96.

<sup>5</sup> خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.ص. 43-44. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص.ص. 77-79.

<sup>6</sup> السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.231.

<sup>7</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.94. ويلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.74.



الرفض وعليه فإن حرية الموجب له في قبول أو رفض الإيجاب مقيدة بعدم التعسف في استعمال حق الرفض<sup>1</sup>.

هذا وقد علقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الحكم الوارد في نص المادة 136 بما يلي: "وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوى، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله، على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص وهذه الخصوصية تستدعي الانتباه، وقد تعمد المشروع اغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التعسفي فمثل هذا الرفض يترتب مسؤولية لا شك منها، ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب الى ما هو أبعد فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك"<sup>2</sup>.

عموماً يمكن أن نجمل شروط القبول في ثلاثة شروط أساسية وهي: صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب، أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، وأن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب. بالنسبة للشروط الأولى وهو ضرورة صدور القبول ممن وجه إليه حيث أنه لكي نكون بصدد قبول التعاقد فلا بد أن يكون صادراً ممن وجه إليه الإيجاب. ففي حالة ما إذا كان موجه إلى شخص معين بالذات فإن القبول يجب أن يصدر من هذا الشخص دون سواه<sup>3</sup>.

الشرط الثاني وهو أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب والمطابقة هنا تكون في كل المسائل التي يتضمنها الإيجاب. وهذا ما كان للمشروع التمهيدي للقانون الم. المصري ينص عليه من خلال نص المادة 137 والتي كانت تنص على ما يلي: "لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفين على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن العقد، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل لا يكفي للالتزام الطرفين حتى ولو أثبتنا هذا الاتفاق بورقة رسمية"<sup>4</sup>، ويستوي أن تكون هذه المسائل رسمية أو ثانوية، دون زيادة أو نقصان، أو تغيير أو تعديل، ولهذا جرت العادة أن تكون صيغة الإيجاب نفسها صيغة القبول، كالجواب بنعم، كما قد يلجأ المتعاقدان إلى وضع ملحق للعقد يحددان فيه معاني المصطلحات والعبارات وهذا تجنباً لكل ما من شأنه أن يشوب إرادتهما. ومن ثمة إذا اقترن القبول، إضافة أو حذفاً أو تغييراً، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً<sup>5</sup>.

مثال ذلك الإيجاب الصادر من شخص بأن يشتري من شخص آخر سيارة ب 5 آلاف دينار، فارتضى الشخص الآخر أن يبيعهها ب 6 آلاف دينار، فإن إرادة الشخص الأول وإن كانت رفض

<sup>1</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص. 87.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 232.

<sup>3</sup>. جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. ص. 86-87.

<sup>4</sup>. أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 233.

<sup>5</sup>. فيلال علي، المرجع السابق، ص. 97. وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 75.

للإيجاب، إلا أنها تعتبر إيجاباً جديداً صادراً من صاحب السيارة إلى الراغب في الشراء، ففي حالة قبول هذا الأخير شراء السيارة بمبلغ 6 آلاف دينار انعقد العقد<sup>1</sup>.

تنص المادة 65 من الق.م.الج على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفاظاً بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"<sup>2</sup>. ومن خلال نص المادة أعلاه نستنتج أن الإيجاب في مطابقته للقبول قد لا يشمل على كافة المسائل التفصيلية الخاصة بالعقد، حيث يتم الاتفاق بين الطرفين على المسائل الجوهرية فحسب، وهذا ما يسمى بالاتفاق الجزئي، مع ذلك ينعقد العقد. ويكون الاتفاق الجزئي منشأ للعقد بتوافر الشروط التالية:

. اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية.

. إثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها.

. إتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على المسائل التفصيلية لاحقاً.

. عدم اشتراطهما أن عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية لاحقاً يمنع قيام ترتيب أثر العقد<sup>3</sup>.

. غير أنه في حالة قيام خلاف حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فيعود للقاضي مهمة تفسير نية المتعاقدين طبقاً لطبيعة المعاملة، وعملاً بأحكام القانون والعرف والعدالة. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: "وفي هذه الحالة يتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنه، وعلى هذا النحو تتسع نطاق مهمة القاضي فلا يقتصر على تفسير ارادة المتعاقدين بل يستكمل ما نقص منها"<sup>4</sup>، وفي هذه الحالة توسيع في سلطة القاضي وبذلك فهو يساهم في تكميل العقد، وفي ذلك خروجاً عن مهمته العادية والمألوفة المتمثلة في تفسير العقد<sup>5</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الاتفاق الذي يرمي من خلاله المتعاقدين إلى إبرام عقد في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، هذا ما تنص عليه المادة 71 من الق.م.الج التي تنص على ما يلي: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.95. ومحمد شريف احمد، المرجع السابق، ص.54.

<sup>2</sup>. المادة 65 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. وتقابلها نص المادة 95 من التقنين المدني المصري.

<sup>3</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.98.

<sup>4</sup>. مجموعة الاعمال التحضيرية، ص.36. أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.233-234.

<sup>5</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 78-79.

المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها<sup>1</sup>.

هذا ما يتجلى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/26، حيث قضت في القضية المنشورة بين (ع.م) ضد (ب.م) بأنه: "من المقرر قانوناً أن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد، ومن تم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد اساءة في تطبيق القانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس الذي صرح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>. كما تنص الفقرة الثانية من نص المادة 71 على ما يلي: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد، استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق ايضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد"<sup>3</sup>. وهذا ما يستخلص ايضاً في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/04/17، حيث قضى في القضية المنشورة بين (م.ب) ضد (ف.م. زوجة ق.ع) بأنه: "إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة اصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت في قضية الحال انعدام وجود عقد رسمي لبيع الفيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ الالتزام لا تتوفر فيه الشكلية القانونية، وإن استجابة القضاة لمطلبها وادار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونوا قد أساؤوا تطبيق القانون"<sup>4</sup>.

أخيراً بالنسبة للشرط الثالث والمتمثل في ضرورة صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: وفي معنى هذا الشرط أنه إذا عين للإيجاب مدة سواء كانت صريحة أو ضمنية، فلا بد من الموجه له الإيجاب أن يصدر قبل فوات هذه المدة أي قبل سقوط الإيجاب، وفي حالة ما إذا سقط هذا الأخير كنا بصدد ايجاب جديد<sup>5</sup>.

قد سبق وأن أشرنا الى أنه في حالة صدور الإيجاب في مجلس العقد فوجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد، وفي حالة صدوره بعد انقضاء المدة المحددة للإيجاب أو بعد انقضاء المجلس اعتبر القبول في هذه الحالة ايجاباً جديداً صالحاً لان يقترن به قبول، حيث يستطيع الطرف

<sup>1</sup> المادة 71 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 565000، الصادر بتاريخ 1990/03/26، (ع.م) ضد (ب.م)، المجلة القضائية عدد 03، 1992، ص.112.

<sup>3</sup> المادة 71 ف.2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 154760، المؤرخ في 1996/04/17، (م.ب) ضد (ف.م. زوجة ف.ع)، المجلة القضائية، عدد 1996، ص.ص. 99-102.

<sup>5</sup> الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص.43. وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.77.

الآخر أن يقبله أو يرفضه، أما بالنسبة لعقود الإذعان فالقبول يحصل بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل مناقشة فيها<sup>1</sup>.

### ثانيا : اقتران القبول بالإيجاب

ان المرحلة الأخيرة لبناء وتكوين العقد هي اقتران الإيجاب بالقبول، ليتحدد بموجب ذلك الوقت الذي ينعقد فيه العقد، ومكان ابرام العقد ويتم اقتران الإيجاب بالقبول على صورتين أساسيتين وهما : في حالة التعاقد بين حاضرين وحالة التعاقد بين غائبين.

بالنسبة لحالة التعاقد بين حاضرين أو ما يطلق عليه بمجلس العقد وهذا الأخير قد يكون حقيقيا كأن يجتمع كل من الموجب والقابل في مكان أو في مقهى، كما قد يكون حكما كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف، ويكون المتعاقدين في مجلس واحد معناه أنه ليس هناك فترة زمنية بين الإيجاب والقبول<sup>2</sup>.

هذا وقد نظم الم.الج هذه الحالة في نص المادة 64 ف.1 من الق.الم التي تنص على ما يلي:" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"<sup>3</sup>. نستنتج من خلال نص المادة أن العقد يتم في حالة التعاقد بين حاضرين في الوقت الذي يقترن فيه التعبير عن القبول مع الإيجاب، فالأصل أن يصدر القبول فورا بعد الإيجاب ما دام هذا الأخير غير مقترن بأجل، كما للموجب أن يتحلل بإيجابه إذا لم يصدر القبول فورا. وكذلك ينعقد العقد بين حاضرين ولو لم يصدر القبول فورا، هذا بشرط عدم وجود ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه، ويتم أيضا العقد بين حاضرين في حالة صدور القبول قبل انفضاض مجلس العقد بشرط بقاء الموجب على إيجابه<sup>4</sup>.

الصورة الثانية: وهي حالة التعاقد بين غائبين أو ما يسمى بالتعاقد بالمراسلة، والذي يميز هذه الصورة مع الصورة الأولى هي في كون وجود فترة زمنية لوصول القبول الى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن زمان ومكان ابرام العقد في حالة التعاقد بين غائبين؟ انقسم الفقه والقضاء في هذا الشأن الى أربع نظريات وهي نظرية اعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية استلام القبول، ونظرية العلم بالقبول.

. بالنسبة لنظرية الاعلام بالقبول فيرى أنصار هذه النظرية أنها النظرية المطبقة على القواعد العامة، لأن العقد يتم بتوافق الارادتين بإصدار الموجب لإيجابه وبليته قبول الطرف الآخر، ويستند أنصار

<sup>1</sup>. أنظر المواد 64-66-70 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. لبني مختار، المرجع السابق، ص.74.

<sup>3</sup>. المادة 64 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.33. وبلحاج العربي، النظرية العامة للتزام، المرجع السابق، ص.78. ولبني مختار، المرجع السابق، ص.75.

هذه النظرية الى المعاملات التجارية والتي تقتضي السرعة في التعامل. ما يؤخذ على هذه النظرية خروجها عن القواعد العامة فليس من الضروري ان تتوافق الارادتين بإعلان القبول، بل لابد من علم الموجب به لكون الارادة لا ينتج أثرها إلا من وقت العلم بها<sup>1</sup>.

. أما نظرية تصدير القبول فيرى أنصارها أن العقد يتم في الوقت الذي يصدر فيه الموجه اليه الإيجاب رسالته المتضمنة قبوله، وبالتالي فأنصار هذه النظرية لا يكتفون بإعلان القبول بل لابد من تصديره بحيث لا يملك أن يسترده، ولكن ما يؤخذ على هذا المذهب أن الرسالة المصدرة قد لا تصل الى علم الموجب، وفي هذه الحالة له ان يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن به أجل، كما أن القبول المصدر يمكن استرداده كما هو مقرر في نظام البريد حيث يجوز لمن أرسل رسالته أن يستردها لكونها ملك له<sup>2</sup>.

. النظرية الثالثة وهي نظرية استلام القبول وطبقا لهذه النظرية فإن القبول لا يكون نهائيا إلا إذا تسلمه الموجب ولو لم يعلم به، وعليه فعلم الموجب بالقبول أو عدم علمه به لا يؤثر في ابرام العقد حيث يعتبر الوصول قرينة على العلم به. ونجد أن هذه النظرية مزيج بين النظريتين السابقتين، فتأخذ بنظرية اعلان القبول على أساس أن استلام القبول قرينة على العلم به، وتأخذ بنظرية تصدير القبول على أساس عدم قدرة القابل على استرداد قبوله. وما يؤخذ على هذه النظرية أن استلام القبول غير كاف لإحداث هذا الأخير أثره القانوني ما دام الموجب لم يتصل بهذا العلم<sup>3</sup>.

. أخيرا بالنسبة لمذهب نظرية العلم بالقبول فيرى أنصاره أن اعلان القبول غير كاف بل لابد من علم الموجب به، وحتى يعتد بالإرادة في انتاج أثرها القانوني ووصول القبول قرينة على علم الموجب به. ومن خلال عرضنا للمذاهب الاربعة يتبين ان المذهبين الرئيسيين هما مذهب اعلان القبول، ومذهب العلم بالقبول. أما المذهبين الآخرين فهما متفرعين عنهما<sup>4</sup>.

من خلال نص المادة 67 من الق.م نجد أن الم.الج قد أخذ بمذهب العلم بالقبول حيث تنص المادة على ما يلي: "يعتبر تعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما القبول"<sup>5</sup>.

نستخلص من نص المادة أن الم.الج اعتبر أن العقد يتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويفترض من ذلك عدم تواجد المتعاقدين في مجلس العقد<sup>6</sup>. وبالتالي فالم.الج اعتبر العلم

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 252-256.

<sup>3</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.ص. 34-35.

<sup>4</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.80.

<sup>5</sup>. المادة 67 من الأمر رقم 58-75 السالف الذكر.

<sup>6</sup>. طلبة انور، الوسيط في القانون المدني (الحق، اساءة الحق، القانون وتطبيقه، الأشخاص والاموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية)، ج.1، مصر، د.س.ن، ص.279.

العلم واقعة مادية، لهذا فيجوز إثباته بجميع طرق الاثبات القانونية، كأن يثبت الموجب عدم علمه بالقبول رغم وصوله إليه ومن هذه الطرق البينة والقرائن، مع الإشارة الى أنه في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين على تعيين زمان ومكان ابرام العقد فوجب الاخذ بهذا الاتفاق<sup>1</sup>.

يترتب على الأخذ بمذهب العلم أهمية في تحديد زمان ومكان ابرام العقد، وبالنسبة لتحديد زمان ابرام العقد يترتب على الأخذ بالمذهب النتائج التالية:

. للموجب العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول، وللقابل أيضا من جهة أخرى أن يعدل عن قبوله، ومن هنا تظهر أهمية تحديد وقت ابرام العقد، لهذا فوجب معرفة هذا الزمان حتى يمكن معرفة الوقت الذي ينتج فيه العقد آثاره كمواعيد التقادم، ومثال ذلك ما نص عليه الم.الج في نص المادة 90 ف.2 من الق.الم: "...ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة..."<sup>2</sup>.

. انتقال الملكية الى المشتري في عقد البيع من وقت تمام العقد ونفس الشيء بالنسبة لانتفاع وإيراد الشيء المبيع، وهذا حسب نص المادة 389 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك"<sup>3</sup>.

. كما يترتب على الأخذ بمذهب العلم في الحالة التي يصدر فيها قانون جديد، فلا يسري هذا القانون إلا على العقود التي تم ابرامها بعد صدوره ودخوله حيز النفاذ، ولا يسري على العقود التي تم ابرامها قبل صدور هذا القانون. ومن هنا تبدو أهمية معرفة زمان ابرام العقد. فيما يتعلق برفع الدعوى البوليصية والتي يمارسها الدائن فهذا الأخير لا يمكن له رفع دعوى إلا إذا كان حقه سابقا في التاريخ عن العقد<sup>4</sup>.

. أما بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي شهر افلاسه فيهمنا معرفة وقت تمامها، وفيما إذا كانت واقعة في الفترة المشتبه فيها أو ما يعرف بفترة الريبة حيث لا تسري هذه العقود أو التصرفات في حق الدائنين، وهذا حسب نص المادة 247 من ق.ت التي تنص على ما يلي: "لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 103-104. وفاضلي ادريس، المرجع السابق، ص.ص. 66-87.

<sup>2</sup>. المادة 90 ف.2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. المادة 389 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 258-259.

<sup>5</sup>. المادة 247 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1395، الموافق ل 26/09/1975 يتضمن يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02، الصادر في فبراير 2005، ج.ر.ج. عدد 11، الصادرة في 09/فبراير/2005.

. كما تظهر أهمية تحديد زمان ابرام العقد في حالة الموت أو فقد الأهلية، فإذا ما توفي أحد المتعاقدين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد سقط الإيجاب، في حين إذا تم العقد قبل الوفاة أو فقد الأهلية بقي العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لأهمية مكان ابرام العقد فيتجلى في النقاط التالية:

. تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع والذي قد يثور بشأن العقد، ومثال ذلك ما نص عليه الم.الج في نصوص المواد 39-40 من ق.إ.م.و<sup>2</sup>.

. كما تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق قانون الدولة التي ابرم فيها العقد، وهذا وفقاً لنص المادة 18 من الق.الم كما أخضع العقود في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه<sup>3</sup>.

فيما يخص التطبيقات الخاصة بتطابق الارادتين فهي متعددة لهذا سنكتفي فقط بالإشارة الى أهمها تجنباً للدخول في التفاصيل والمتمثلة في ثلاث صور وهي كالتالي:

. التعاقد بطريق المزايمة وهي العقود التي تتم من جانب الادارة أو القضاء أو المؤسسات العامة<sup>4</sup>، وقد يكون اختياري كمن يعرض شيء للبيع في مزاد عام بغية الحصول على أعلى ثمن، وقد يكون اجباري عن طريق القضاء أو الادارة كما هو الحال في بيع أموال المدين عن طريق التنفيذ الجبري وذلك لتنفيذ حكم بدين عليه<sup>5</sup>. ومنه نتساءل كيف يتم التعبير عن الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود؟

يتمثل الإيجاب في التعاقد عن طريق المزاد في التقدم بالعرض، لأن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو أن يكون إلا دعوى الى التعاقد، أما التعبير عن القبول فلا يتم إلا في حالة رسو المزاد ومنه فيمكن الرجوع عن الإيجاب قبل رسو المزاد وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المصرية بتاريخ 09 يوليو 1932 "إن العرض الذي يتقدم به شخص ببيع بالمزاد العلني أمام المجلس، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس، ويجوز عن ذلك الرجوع فيه قبل القبول"<sup>6</sup>. كما يلتزم المتزايد بالبقاء على إيجابه حتى يتقدم آخر بعطاء أكبر، وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب بتقديم عطاء آخر يزيد العطاء الأول ولو كان باطلاً حيث تنص المادة 69 من الق.الم على ما يلي: "لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلاً"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص. 102-103. وفاضلي ادريس، المرجع السابق، ص. 68.

<sup>2</sup>. المواد 39، 40 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 2008/02/25، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

<sup>3</sup>. انظر المادتين 18، 19 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر

<sup>4</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص. 81.

<sup>5</sup>. الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص. 46.

<sup>6</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 242.

<sup>7</sup>. المادة 69 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.



يكون العطاء باطلا في حالة ما إذا صدر هذا العطاء من شخص لديه مانع في التعاقد بشأن الصفقة المطروحة في المزاد، كأن يتقدم قاض بعطاء لمزاد عين متنازعة عليها، وهذا النزاع يدخل في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها<sup>1</sup>.

كما قد يكون عطاء قابل للإبطال في حالة ما إذا تقدم به ناقص الأهلية كالقاصر مثلا أو المحجور عليه، وعليه فالعطاء الأكبر يمكن أن يبطل أو يكون قابل للإبطال، غير أن العطاء الذي سبقه يبقى صحيح ومنتج لآثاره<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة الى أنه إذا انحصر المزاد في عطاء أكبر ولم يتقدم آخر بعطاء أكبر يزيده فيعتبر إيجاب ينتظر القبول، وهذا الأخير لا يتم إلا برسو المزاد على صاحب هذا العطاء الأكبر. وقد يحدث في بعض الحالات أن يرفض القائم بالمزاد أي عطاء بدون عذر مقبول إلا بشرط، وهذا الشرط يعتبر صحيحا إذا علم به المتقدم بالمزاد أو كان بإمكانه أن يعلم به. أما في حالة رفضه بالعطاء الأكبر بدون عذر مشروع قامت مسؤوليته التقصيرية ويلتزم بالتعويض لصاحب هذا العطاء الأكبر<sup>3</sup>.

اما في حالة اشتراط لرسو المزاد ضرورة التصديق عليه من جهة أو شخص معين، فإنه لا يمكن اعتبار المزاد قد أرسى إلا من وقت التصديق وهذا ما قضى به حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1968/10/29 والذي جاء فيه: "وفي حكم المزايدات الحكومية التي تحتاج الى التصديق طبقا للقواعد المالية لا يمكن ارساء المزاد إلا بعد التصديق عليه، إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه..."<sup>4</sup>.

. الصورة الثانية لتوافق الارادتين وهي التعاقد بالإذعان، وقد رأينا فيما سبق أن صدور القبول لا يكون إلا بعد مفاوضات قد تطول وقد تقصر، وان الاصل في التعاقد حرية كل شخص في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد. غير أن هناك عقود ينفرد فيها أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون في وسع الطرف الآخر إلا أن يقبل العقد برمته أو يرفضه برمته وهو ما يسمى بعقود الإذعان. وهذه العقود ظهرت نتيجة تطور الحياة الاقتصادية، ولكون اتصال هذا النوع من العقود بالسلع والخدمات فلا يستطيع الفرد الاستغناء عنها فهو مجبر على قبول ما يعرضه عليه الطرف القوي اقتصاديا دون مناقشة مسبقة لشروط العقد، وهذا بغية الحصول على هذه السلع والخدمات نتيجة لما يمارسه الموجب من إحتكار قانوني واقتصادي لهذه السلع. ومن أمثلة عقود الإذعان تعاقد مع مصالح المياه والغاز والكهرباء... الخ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. انظر المادة 402 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.ص. 107-108. ولبنى مختار، المرجع السابق، ص.ص. 79-80.

<sup>3</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.ص. 80-81.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.243.

<sup>5</sup>. المرجع نفسه، ص.ص. 245-246. وقمر محمد موسى، الموسوعة الجامعة في شرح قانون المدني، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، ج.2، مصر، د.س.ن. ص.ص. 831-832.



هذا وقد اختلف الفقهاء حول طبيعة عقود الإذعان بين من اعتبرها عقود، حيث أن القبول في هذه العقود يكون رضوخاً وتسليماً بالشروط التي وردت في الإيجاب، في حين يرى البعض الآخر أنه عقود حقيقية تتم بتوافق الإرادتين وتخضع في تنظيمها لقواعد المطبقة على سائر العقود الأخرى<sup>1</sup>، وهذا ما أخذ الم.الج من خلال نص المادة 70 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد تسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها"<sup>2</sup>.

. الصورة الأخيرة لتطابق الإرادتين وهي عقود الجماعة والعقود النموذجية، أما عقود الجماعة يتم القبول فيها برضى الأغلبية ومثال هذه العقود عقد العمل الجماعي الذي هو إتفاق يبرم بين رب العمل أو بين اتحاد من أرباب الأعمال وبين نقابة عمال يتضمن شروط يجب اتباعها في عقود العمل الفردية، وتسري هذه الشروط على جميع أفراد الهيئات المتعاقدة بما فيها الاقلية وحتى ولو لم يرضى كل فرد بالعقد الذي ارتبط فيه، ولذلك يقال ان عقود الجماعة هي أقرب الى القوانين منها الى العقود<sup>3</sup>.

أما العقود النموذجية فتكون في حالة وضع السلطة العامة أو أية هيئة نظامية نموذجاً لأحد العقود، فيكون هذا العقد نموذجاً وينزل منزلة القانون ووجب على كل من يتعاقد أن يتقيد بالشروط الواردة في العقد النموذجي، ومثال ذلك عقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية<sup>4</sup>.

#### المطلب الثاني : حرية الأطراف في تحديد آثار العقد

لقد ارتبط انتشار مبدأ سلطان الارادة والذي كان نتاج الفلسفة السياسية الفردية المنتشرة في القرن 18 مبدأً أساسياً وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذا المبدأ أن الالتزام العقدي إنما يركز على الإرادة الحرة للمتعاقدين، هذه الأخيرة التي يتحدد بمقتضاها مصدر وآثار هذا الالتزام العقدي مما يتطلب ضرورة تنفيذه بحسن نية<sup>5</sup>.

من جهة أخرى لأطراف العلاقة التعاقدية مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، وعلى هذا الأساس فلهم الحرية في الاتفاق على وضع شروط وبنود العقد، كما لهما الحرية في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي. ومتى نشأ العقد صحيحاً رتب آثاره بالنسبة لأطرافه، غير أنه واستثناء عن القاعدة العامة قد ينصرف العقد الى الغير كما هو الحال في الخلف العام والخاص والتعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير.

<sup>1</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص.85. وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.93.

<sup>2</sup>. المادة 70 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، الإسكندرية، 1972، ص.ص.116-117. والسنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.251.

<sup>4</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.95. وناصر الياس، المرجع السابق، ص.84.

<sup>5</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.33.

### الفرع الأول : القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع (العقد شريعة المتعاقدين)

تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة الذي هيمن على الالتزامات التعاقدية حيث اصبح له دور في انشاء الحقوق والالتزامات، ومن هنا فإن الاصل أن العقد شريعة المتعاقدين معنى أن العقد إذا نشأ صحيحاً بتوافر جميع أركانه التزم أطرافه بتنفيذه كما هو وقانوننا، فكل ما اتجهت اليه الارادة وتم الاتفاق عليه يكون ملزماً لطرفيه<sup>1</sup>.

منه لا يستطيع احد المتعاقدين أن ينفرد بإرادته نقض أو تعديل بنود العقد دون رضا المتعاقد الآخر، وما يمنع ذلك هو القوة الملزمة للعقد فوجب أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ووفقاً للأسباب التي يقرها القانون<sup>2</sup>.

الأصل إذن أن العقد يلزم أطرافه بكل ما ورد فيه ويلزم كل طرف بتنفيذ ما اشتمل عليه، فهو شريعتهم والقانون الذي يطبق على العلاقة التعاقدية<sup>3</sup>. كما لا يجوز للقاضي من جهته أن يقوم بنقض أو تعديل العقد من غير رضا المتعاقدين، ومنه فوجب عليه تطبيق أحكام العقد باحترام نصوصه إلا في حالة اصطدامه بقاعدة قانونية أمرة أو مقتضيات النظام العام، أو في الحالة التي يفرض فيها القانون للقاضي التدخل لتعديل العقد<sup>4</sup>.

في هذا الصدد تنص المادة 106 من الق.الم على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"<sup>5</sup>. من خلال نص المادة نستنتج أن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة للعقد التي يكتسبها العقد، وما تدخل القاضي إلا لتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد<sup>6</sup>.

هذا ما أخذ به القضاء الجزائري في الكثير من أحكامه ومن بينها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/06/17 في القضية المنشورة بين (ش.ج.ن) ضد (ق.ع) حيث اقرت بأنه: "من المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومن المقرر ايضاً أن اثبات الالتزام المتنازع فيه يقع على عاتق المنتزع به، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون وفقداناً للقاعدة القانونية الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن جهة الاستئناف التي الغت الحكم المستأنف والقضاء من جديد على الطاعنة أن تدفع

<sup>1</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.195.

<sup>2</sup>. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2008، ص.8.

<sup>3</sup>. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.ص. 193-194.

<sup>4</sup>. حسن علي النون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص.139.

<sup>5</sup>. المادة 106 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. ويقابلها نص المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي، والتي تنص على أن "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقدتها".

<sup>6</sup>. خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.106.

للمطعون ضده تعويضات عن الأضرار الجسمانية والضرر اللاحق بسيارته بالرغم من عدم تحققها من تواجد سند الالتزام دون أن تسعى الى تأويله طبقاً لأحكام المادة 106 من الق.الم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون ولم يعتمدوا على قاعدة قانونية شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

تضيف المادة 107 ف.1 علي ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"<sup>2</sup>. فحسن النية هو المبدأ الذي يسود تنفيذ العقود جميعاً، ومقتضى ذلك أنه في حالة تعدد وسائل تنفيذ الالتزام فوجب على المدين اختيار الوسيلة المتفقة مع مقتضيات حسن النية من أمانة ونزاهة، ومبدأ حسن النية يقتصر على كل من الدائن والمدين في آن واحد<sup>3</sup>.

هذا ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري والذي جاء فيه: "إن تعيين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه العرف في شرف التعامل، ولهذا يجمع المشروع بين معيارين وهما معيار ذاتي قوامه نية العاقد، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل"<sup>4</sup>. وعليه فمبدأ حسن النية هو المسيطر على العقود في القانون الحديث، ولم يعد الأمر كما كان في السابق كما هو الحال في القانون الروماني والذي يميز بين العقود الحرفية التنفيذ وعقود حسن النية<sup>5</sup>.

هناك عدة تطبيقات يتجسد فيها مبدأ حسن النية ومنها الالتزام بالتعاون المستمر بين الطرفين اثناء تنفيذ العقد، فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع بنقل المبيع الى المشتري وتطبيقاً لمبدأ حسن النية فيمتنع عن أي عمل من شأنه أن يحول دون انتقال هذا الحق<sup>6</sup>. ونفس الشيء بالنسبة لعقد الشركة حيث يلتزم الشركاء بواجب التعاون في تنفيذ العقد، وجواز حل الشركة في حالة اخلال أحد الشركاء بهذا الواجب، وبالنسبة لعقد التأمين يلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن بما يقع من حوادث اثناء سريان مدة العقد<sup>7</sup>. وتجدر الاشارة الى أن الالتزام بمبدأ حسن النية هو التزام تعاقدى يترتب على الاخلال به المسؤولية العقدية وهذا لما تقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 49174، الصادر بتاريخ 1987/06/17، (ش.ح.ن) ضد (ق.ع)، المجلة القضائية، عدد 03، 1990، ص.ص. 27-29.

<sup>2</sup> المادة 107 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص.195.

<sup>4</sup> أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 511-512.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.306.

<sup>6</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.249.

<sup>7</sup> أنظر المواد 432-619، من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>8</sup> السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.513.

منه يمكن القول أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو القانون الاتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين، ويتجلى ذلك في الاتفاق على وضع شروط وبنود العقد من جهة، والاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية من جهة أخرى.

### أولا : الاتفاق على وضع شروط وبنود العقد

لقد أجاز القانون للمتعاقدین أن يتفقا على وضع شروط وبنود العقد، حيث منحهم الحرية في الاشتراط والاتفاق وفقا لما يحقق مصالحهما في العقد وهذا دون الاخلال بما نص عليه القانون. وقد رأينا فيما سبق أن للمتعاقدین ان يتفقا على المسائل الجوهرية للعقد، ويحتفظا بالمسائل التفصيلية ليتفقا عليها فيما بعد وهو ما يسمى بالاتفاق الجزئي.

في عقد البيع يجوز للمتعاقدین الاتفاق على زيادة أو نقصان أو اسقاط ضمان نزع اليد وهذا وفقا لنص المادة 377 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه..."<sup>1</sup>

كما تنص ف.2 من المادة 363 من نفس القانون على ما يلي: "فإذا كان الثمن يدفع اقساطا، جاز للمتعاقدین أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط..."<sup>1</sup>.

كما قد يتفق المتعاقدین على ان يعتبر العقد مفسوخا في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدین لالتزامه، وذلك عملا بقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ بعد اعدار المدين وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي<sup>2</sup>. وهذا طبقا لنص المادة 120 التي تنص على ما يلي: "يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدین"<sup>3</sup>.

كما للمتعاقدین في حالة الاخلال بالالتزام العقدي أن يتفقا مسبقا على مبلغ التعويض، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، ويشترط أن يثبت الدائن أن المدين لم ينفذ التزامه، والضرر الاحق به حيث تنص المادة 183 من الق.الم على ما يلي: "يجوز للمتعاقدین أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 الى 181".

في عقد الوديعة يجوز للمتعاقدین ان يتفقا مسبقا على أن تكون الوديعة بأجر، لان الاصل الوديعة بدون أجر وهذا ما تنص عليه المادة 596 من الق.الم التي تنص على ما يلي: "الاصل في

<sup>1</sup> المواد 363-377-65 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.171. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص.106.

<sup>3</sup> المادة 120 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

الوديعة أن تكون بغير أجر. فإذا اتفق على اجر، وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"<sup>1</sup>.

كما للشركاء في عقد الشركة أن يتفقوا في حالة موت أحد الشركاء أو افلاسه أو اعساره، أن تستمر الشركة مع ورثته أو بين الشركاء الباقين، غير أن المشرع اشترط أن يكون لهذا الشريك المتوفى أو لورثته نصيب في اموال الشركة، وهذا ما تنص عليه المادة 439 من الق.الم: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه.

إلا أنه يجوز الاتفاق، في حالة ما إذا مات أحد الشركاء، أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرًا. ويجوز ايضا الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو افلس أو انسحب من الشركة أن تستمر الشركة بين الشركاء الباقين..."<sup>2</sup>.

في عقد الايجار يمكن لكل من المؤجر والمستأجر الاتفاق على كفالة يضمن بموجبها الوفاء ببديل الايجار، والتكاليف التي انفقت في عقد الايجار حيث تنص المادة 500 من الق.الم على ما يلي: "يمكن الأطراف الاتفاق على كفالة لضمان الوفاء ببديل الايجار والتكاليف".

بالنسبة لعقد المقاولة يجوز لكل من المقاول ورب العمل أن يتفقا مسبقا ان يلتزم المقاول بتقديم العمل، على أن يقدم رب العمل المادة المستعملة في القيام بعمله، وهذا حسب المادة 550 ف.1 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله"<sup>3</sup>.

### ثانيا : الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية

الى جانب حرية الاطراف في وضع شروط وبنود العقد، للمتعاقدين ايضا الحرية في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية والتي تنشأ نتيجة الاخلال بالالتزام العقدي وذلك بتشديدها أو التخفيف منها، ذلك أن الارادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية وبما أنها هي من أنشأت هذه المسؤولية فهي من تملك تعديلها، وتعديل قواعد المسؤولية قد يكون عن طريق التأمين من المسؤولية، وقد يكون عن طريق الاتفاق.

بالنسبة لتعديل قواعد المسؤولية عن طريق التأمين حيث يستطيع المدين أن يؤمن على مسؤوليته العقدية، وذلك بالاتفاق مع شركة التأمين على أن تتحمل هذه الأخيرة أخطاءه العقدية، ويستوي الخطأ أن يكون صادرا منه أو من اتباعه أو ممن يستخدمه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. المواد 183-596 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. المادة 439 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. المواد 500-550 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.549.

كما قد يكون تعديل قواعد المسؤولية بناء على اتفاق كما هو الحال بالاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى<sup>1</sup>، حيث تنص المادة 178 من الق.م على ما يلي: "يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي"<sup>2</sup>.

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع قد استثنى من الاتفاق حالة غش المدين أو صدور خطأ جسيم منه، واعفاءه من المسؤولية العقدية الناجمة عن العمل الاجرامي(غير المشروع)، حيث يعتبر كل اتفاق على الاعفاء من المسؤولية في هذه الحالة يعد باطل بطلان مطلق<sup>3</sup>.

في عقد البيع يجوز الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية بالنسبة لضمان العيوب الخفية، وهو ما نصت عليه المادة 384 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه"<sup>4</sup>.

لأطراف العقد اذن أن يتفقوا وبكل حرية على تعديل قواعد المسؤولية سواء بالتخفيف منها، أو بتشديدها، أو الاعفاء منها، وذلك دائما في حدود القانون والنظام والآداب العامة.

#### الفرع الثاني : آثار العقد من حيث الاشخاص(مبدأ نسبية العقد)

رأينا فيما سبق أنه اذا أنشأ العقد صحيحا بتوفر اركانه تمتع بقوة ملزمة، وتعين على المتعاقدين دون غيرهما أن ينفذا ما التزما به، لكن قد يرتب العقد آثاره الى غير المتعاقدين كالخلف العام والخاص، كما قد يرتب آثار بالنسبة للغير كما هو الحال بالنسبة للتعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، ومنه فيمكن القول بأن العقد نسبي من حيث قوته الملزمة.

#### اولا : آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

إن العقد متى ابرم من شخص معين أو بواسطة وكيله أو نائب قانوني عنه اعتبر متعاقدا مشاركا في ابرام العقد بما يرتبه من التزامات، وبالتالي فتتصرف إليه آثار العقد، كما تتصرف هذه الآثار الى الاشخاص الذين لهم صلة بالمتعاقدين وهما الخلف العام والخلف الخاص. فبالنسبة للخلف العام وهو

<sup>1</sup>. خليل حسن احمد قداده، المرجع السابق، ص.150.

<sup>2</sup>. المادة 178 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. خليل احمد حسن قداده، المرجع السابق، ص.151. والسهنوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.550-551.

<sup>4</sup>. المادة 384 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

من يخلف الشخص في ذمته المالية بما يشمل من حقوق والتزامات، كالورثة والموصى له<sup>1</sup>، حيث تنص المادة 108 من الق.الم على ما يلي: "ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"<sup>2</sup>. ويتبين من خلال نص المادة أن الخلف العام تنصرف إليه آثار العقد كقاعدة عامة، معنى ذلك أن الحقوق والتزامات التي ينشئها العقد تنتقل الى الوارث بعد موت المورث المتعاقد، وبما أن نص المادة 180 متفقة مع احكام الشريعة الاسلامية فإن انتقال آثار العقد الى الخلف العام ليس مطلقا بل تحكمه قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"<sup>3</sup>.

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ذكرت في نص المادة 108 والتي تعتبر كقيد وارد على مبدأ انصراف العقد الى الخلف العام، وهذه الحالات تتمثل فيما يلي : حالة الاتفاق بين المتعاقدين، طبيعة التعامل، نص القانون.

بالنسبة لحالة اتفاق المتعاقدين على عدم انصراف العقد الى الخلف العام وهذا تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإذا اختار أحد الاطراف أن يقتصر أثر أي التزام عليهما فقط فلهما ذلك، وبموجب ذلك لا ينتقل الى الخلف مع موت أحدهما. وتجدر الإشارة الى أن الاتفاق في هذه الحالة يكون صحيحا اذا لم يكن مخالفا للنظام العام، ومثال ذلك كأن يتفق البائع والمشتري على أجل لسداد ثمن المبيع، وأن يشترط عليه أن لا ينتقل هذا الاجل الى الخلف العام<sup>4</sup>.

الحالة الثانية وهي حالة ما اذا تبين من طبيعة المعاملة أن آثار العقد لا تنصرف الى الخلف العام، ويكون في حالة ما اذا رتب العقد حق انتفاع فتقضي طبيعة المعاملة أن ينتهي بانتهاء حياة المنتفع<sup>5</sup>، وحالة ما إذا التزم شخص بمرتب مدى الحياة، فطبيعة المعاملة تقضي بأن تنتهي بموت من علق عليه المرتب على حياته<sup>6</sup>. كما أن التعاقد مع شخص محل الاعتبار في العقد لا ينتقل أثره الى الخلف العام كما هو الحال في التعاقد مع فنان أو مهندس.

الحالة الاخيرة وهي حالة ما إذا نص القانون بأن لا ينصرف العقد الى الخلف العام ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في نص المادة 586 من الق.الم التي تنص على ما يلي: "تنتهي الوكالة بإتمام

<sup>1</sup> ويراد بالخلف هو من تربطه صلة معينة بالمتعاقد، ويكون خلف عاما أو خاصا أو دائنا. أشار إليه علاق عبد القادر، المرجع السابق،ص.11.

<sup>2</sup> المادة 108 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق،ص.116.

<sup>4</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق،ص.86.

<sup>5</sup> تنص المادة 252 ف.1 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر على ما يلي: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الاجل المعين، فإن لم يعين الاجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين".

<sup>6</sup> تنص المادة 617 ف.1 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر على ما يلي: "لا يكون للمستحق حق في المرتب، إلا عن الايام التي عاشها منذ أن قرر مدى حياته".



العمل الموكل فيه أو بانتهاء الاجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل". وتضيف نص المادة 439 ف.1 على ما يلي: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه". أما بالنسبة للخلف الخاص فنصت عليه المادة 109 من الق.الم بقولها: "إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"<sup>1</sup>.

قلنا فيما سبق أن الخلف الخاص هو من ينتقل اليه حق من الحقوق سواء العينية منها أو الشخصية، كالمشتري الذي يخلف البائع في الشيء المبيع وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة. ولقد نصت المادة 109 السالفة الذكر على الشروط الواجب توفرها لانصراف العقد الى الخلف الخاص وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

. أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إليه قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إليه، كأن يكون من مستلزماته مثلا.

. أن يكون العقد الذي انصرف أثره الى الخلف الخاص قد تم إبرامه قبل انتقال الشيء إليه.

. أن يعلم الخلف بهذه الحقوق وقت انتقال الشيء، ويشترط في هذه الحالة العلم اليقين لا مجرد استطاعة العلم<sup>2</sup>.

### ثانيا : آثار العقد بالنسبة للغير

انصراف آثار العقد الى الغير<sup>3</sup>، قد يكون في صورة تعهد عن الغير، وقد يكون في صورة الاشتراط لمصلحة الغير. بالنسبة للتعهد عن الغير نصت عليه المادة 114 من الق.الم " اذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهدده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد ان يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما اذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يمتد أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد"<sup>4</sup>. ومن خلال نص المادة نستنتج مجموعة من الشروط الواجب توفرها في التعهد عن الغير حتى يكون صحيحا وتتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup>. المواد 586-439-109 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.ص. 446-447. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص.88. و خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.ص. 124-125.

<sup>3</sup>. الغير هو الشخص الاجنبي بالنسبة للعقد، ولا تربطه صلة بأي من المتعاقدين. اشار إليه علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.11.

<sup>4</sup>. المادة 114 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.



. أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير، وعلى هذا الاساس لا يمكن اعتبار المتعهد فضولياً، لأن الفضولي يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته.

. أن تتجه ارادة المتعهد لالزام نفسه لا الزام الغير، وهذا على اساس أنه لا يمكن الزام الغير بدون ارادته.

. أن يكون موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول هذا التعهد، والالتزام في هذه الحالة هو التزام بنتيجة وهو الحصول على رضا الغير بالتعهد، وبالتالي فإن عجز المتعهد في الحصول على ذلك يكون مسؤولاً عن الاخلال بتنفيذ التزامه، ويجب الاشارة هنا الى أن الغير له الحرية الكاملة في قبول أو رفض التعهد<sup>1</sup>. أما الاشرط لمصلحة الغير فنصت عليه المادة 116 ف.1 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"<sup>2</sup>. من خلال نص المادة نستنتج مجموعة من الشروط الواجب توفرها لتحقيق الاشرط لمصلحة الغير وهي كالتالي:

. أن يتعاقد المشتري باسمه وهذا ما يميز الاشرط لمصلحة الغير عن النيابة بالتعاقد، من حيث أن الوكيل لا يتعاقد باسمه بل باسم الاصيل في حين ان المشتري يتعاقد باسمه، كما يميز الاشرط لمصلحة الغير عن الفضالة في كون أن الفضولي نائباً عن رب العمل في حين أن الاشرط لمصلحة الغير المنتفع يكتسب حقوقاً بصفته متعاقداً.

. أن يشترط المشتري على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع وهذا الشرط هو جوهر الاشرط لمصلحة الغير، من حيث أنه يكسب للمنتفع حقاً بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد<sup>3</sup>. أن يكون للمشتري مصلحة شخصية في الاشرط لمصلحة الغير وسواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، ويستوي أن تكون هذه المصلحة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة وإلا كان الاشرط باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ينشأ على الاشرط لمصلحة الاشرط ثلاث علاقات وهي:

. علاقة المشتري بالمتعهد والتي تحكمها أحكام العقد، وعلاقة بين المشتري والمنتفع والتي تحدد وفقاً لقصد المشتري في الحق الذي اشترطه على المتعهد بتنفيذه، فقد يكون القصد مثلاً التبرع وقد يكون معاوضة. العلاقة الاخيرة وتتمثل في علاقة المتعهد بالمنتفع، وهي العلاقة التي ينشأ بموجبها حق مباشر للمنتفع في مواجهة المتعهد بالرغم من أنه يعتبر من الغير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.ص. 89-90.

<sup>2</sup>. المادة 116 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.ص. 91-93.

<sup>4</sup>. خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.ص. 133-135.

هذا وقد أجازت نص المادة 117 من الق.الم للمشتري أن يرجع عن اشتراطه لصالح الغير، لكن بشرط أن يصدر هذا الرجوع قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشتري نفسه حيث تنص المادة على ما يلي: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقص المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد. لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتري احلال منتفع آخر محل المنتفع الاول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. المادة 117 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

## الفصل الثاني

### تراجع مفعول مبدأ سلطان الارادة كمصدر للالتزام

لقد كان لمبدأ سلطان الارادة وما انبثق منه من مبادئ وأفكار فلسفية واقتصادية، والتي نادى بها المذهب الفردي والذي انتشر في القرنين 18 و19 من حرية تعاقدية، وحرية الفرد في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد، وهيمنة الارادة الحرة على جميع مصادر الالتزامات والحقوق، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، قد تراجع وانتكس في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين بفعل تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وما انجر عن ذلك من ظهور المذهب الاشتراكي الذي نادى بوجود تقييد الحرية الاقتصادية، كما أدى ظهور المذهب الاجتماعي الى تغليب مصلحة المجتمع عن مصلحة الفرد، حيث أصبحت الدولة تتدخل لتنظيم العقد، وعليه فلم يعد مبدأ سلطان الارادة مبدأ مطلقاً كما كان في السابق.

## المبحث الاول

## القيود الواردة على حرية الارادة في انشاء اللتزام

يعد مبدأ الرضائية الركن الاساسي في انشاء العقد، معنى ذلك أن الإرادة الحرة هي السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي تحديد الآثار المترتبة عليه، وبموجب ذلك فإن للأفراد الحرية في أن يتعاقدوا، أو في أن لا يتعاقدوا، غير أن هذه المبادئ لم تعد مطلقة بعد القرن 20، وهذا نتيجة لسيادة المذاهب الاجتماعية، مما أدى إلى تقلص الحرية التعاقدية، هذه الأخيرة التي أصبحت مقيدة بمقتضبات النظام العام والآداب العامة، كما أدى التدخل التشريعي إلى تقييد الإرادة بوجود أفرغها في شكل معين، كما لم يعد الأفراد أحرار في التعاقد، وذلك بظهور العقود الجبرية، وعقود التأمين، حيث يلزم الأطراف بموجبها على الدخول في العلاقة التعاقدية.

## المطلب الاول : تقييد الارادة بفعل تدخل المشرع

لقد أدى تراجع مبدأ سلطان الإرادة إلى ظهور القانون كأساس للتعاملات التعاقدية، ونتيجة لذلك أصبحت إرادة المشرع محل إرادة الأطراف، وذلك رغبة منه في تكريس العدالة العقدية، ويظهر هذا التقييد في عدة تطبيقات منها تدخل المشرع بموجب القواعد الآمرة يمنع الأشخاص المساس بها، هذا لكونها وثيقة الصلة بالنظام العام، كما يتدخل لحماية الفئات الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا، كما هو الحال في عقود الإذعان والاستهلاك وعقد العمل.

## الفرع الاول : في مجال اللتزامات التعاقدية

بعد أن عرف مبدأ سلطان الإرادة ازدهارا خلال القرن 18 و 19، بدأ الخروج عن هذا المبدأ يتزايد في العصر الحديث، وذلك على أثر التطورات الصناعية، ليصبح بعد ذلك المشرع يتدخل في التصرفات القانونية بغرض الحد من دور الإرادة كما أدى هذا التطور إلى ظهور طائفة من العقود وهي ما يسمى بالعقود الجبرية أو المفروضة، فأصبحت بذلك الدولة تسيطر على النظام الاقتصادي مما أدى إلى اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة الفردية.

## أولا : مقتضيات التقييد

لقد ارتكز مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد في مرحلة ازدهاره، على مجموعة من المبادئ اتخذها المذهب الفردي كأساس لسياسته الفردية خلال القرنين 18 و 19، وتتلخص هذه المبادئ في الأساس الفلسفي، والأساس الاقتصادي، وهي عبارة عن أسس يقوم عليها المجتمع الليبرالي آنذاك<sup>1</sup>.

حيث يقوم الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة على نتيجتين وهما: أن الإنسان غاية في ذاته، ولا يجوز اعتباره وسيلة، وذلك على أساس الحرية الطبيعية للإنسان، وما وجود المجتمع إلا وسيلة

<sup>1</sup> فيلالي علي، المرجع السابق، ص.48. وليني مختار، المرجع السابق، ص.43.

لحماية الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها الفرد، كما أن هذا الأخير كائن ذو ارادة حرة، لا يركن لإرادة غيره، حيث يعد اخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق فالإرادة الحرة الفردية على هذا الأساس هي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقدية، فليس هناك ما يجبر الفرد على التعاقد، لأن الشخص أصلا لا يخضع إلا لشرعيته الذاتية<sup>1</sup>.

عليه فيمكن القول أن الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة كان يقوم على فكرتين أساسيتين وهما: فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، وفكرة العقد الاجتماعي، هذا الأخير والذي كان يعتبر سندا قويا لمبدأ سلطان الإرادة على أساس ما للإرادة الإنسانية من قوة كافية في إنشاء الإلتزامات سواء المرتبطة بالمجتمع، أو الإلتزامات الخاصة والتي تربط بين الدائن والمدين<sup>2</sup>. في حين يقوم الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة على فكرة الحرية الاقتصادية، هذه الأخيرة والتي تقوم بدورها على مبدأ آخر كان مكرسا أيضا، وهو مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" ومقتضى هذا المبدأ أن السماح للأشخاص في أن يتعاقدوا بمحض إرادتهم، يترتب على ذلك قيام علاقات أكثر عدلا فيما بينهم، كما تقوم فكرة المنفعة الاجتماعية على حرية المبادرات الفردية، والتي تكون كفيلة بتحقيق الازدهار والتوازن الاقتصادي<sup>3</sup>.

عليه فالإنسان لا يلتزم بحسب الاصل إلا بمحض إرادته، وبالكيفية التي يختارها، فالإرادة الحرة على هذا الاساس هي مصدر الحقوق والواجبات، وبموجبها ينشأ الإلتزام ويحدد مضمونه، وعلى أساس الارادة ايضا يكتسب العقد قوته الإلزامية، وهذا ما كان سائدا في ظل المذهب الفردي<sup>4</sup>.

غير أن هذه المبادئ والتي قام عليها مبدأ سلطان الإرادة ما لبثت أن تقلصت وانتكست بفعل تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية خلال القرن العشرين، ولقد كان لظهور المذهب الاجتماعي أثر كبير نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد<sup>5</sup>، بل حتى أن هناك من يرى أنه ليس هناك سلطان للإرادة فهي دائما تخضع لقيود حتى في ظل المذهب الفردي<sup>6</sup>.

كما تطورت وظيفة الدولة حيث أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي بتسييره وتوجيهه، كما نادى أنصار المذاهب الاشتراكية الى ضرورة تدخل المشرع لحماية الفئات الضعيفة تعاقديا، ومنع تسلط

<sup>1</sup>. فيلالي علي، المرجع السابق، ص.48. ولبني مختار، المرجع السابق، ص.43.

<sup>2</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.35. وحدي لالة احمد، المرجع السابق، ص.9.

<sup>3</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.36.

<sup>4</sup>. فيلالي علي، المرجع السابق، ص.49. حيث يرى أن "الإرادة لا تقتصر على انشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها، بل تعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون" إشارة الى:

BENSLIMANE née HADJ MOKHTAR Leila, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuelle Algérien, magister, Oran, 1983, p.18.

<sup>5</sup>. محمد شريف احمد، المرجع السابق، ص.24-25.

<sup>6</sup>. خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.4-5.

الطرف القوي على الطرف الضعيف<sup>1</sup>، فالعامل وصاحب العمل كلاهما يملك الإرادة الحرة في التعاقد إلا أنهما ليسا على قدم المساواة، فأحدهما طرف قوي يملك إعلاء شروطه على الطرف الضعيف، وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية، حيث يتسم المستهلك في هذا النوع من العقود بالضعف، لكونه عاجز عن مناقشة شروط العقد، كما هو الحال في حالة عجزه عن مناقشة الشروط التي يضعها مرفق المياه أو الكهرباء<sup>2</sup>. وعليه فقد كان للتقدم العلمي والاجتماعي، وما نتج عنه من تغير في الانتاج الى تزايد التفاوت بين المنتج والعامل، وما بين المنتج والمستهلك، بالإضافة الى ظهور ظاهرة الاقوياء والضعفاء بخصوص الايجار الفلاحي والسكني في القرى والارياف، وكنتيجة لذلك اصبح المجتمع هو مصدر حقوق الفرد وواجباته، وقد فرض على المتعاقد واجبات نحو المتعاقد الآخر، منها التعاون، النزاهة والثقة... الخ<sup>3</sup>.

منه فيمكن انتقاد الاساس الفلسفي الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الارادة كالتالي: أن القول بأن للإنسان حرية طبيعية، وأن له حقوق شخصية سابقة على وجود المجتمع، هي مجرد فكرة ميتافيزيقية، أما بالنسبة لنظرية العقد الاجتماعي فانتمت على أساس أن غاية الانسان لا يمكن بلوغها إلا بالمجتمع، العيش فيها وبدون هذا المجتمع لا يفرض للإنسان احترام مصالحه الأساسية سواء المادية منها أو المعنوية.

كما أن الحرية التي نادى بها انصار المذهب الفردي لا ينبغي أن تكون مطلقة فالإنسان ليس له الحق في أن يرغب ما يشاء وفي سبيل ما يشاء. بل ينبغي عليه أن يريد ما يشبع حاجاته المشروعة فقط، ومن هنا فللقاضي والمشرع سلطة التدخل للتحقق من مراعاة العقد مع المصلحة العامة، وعليه فيمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة ليس غاية في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لخدمة القيم العليا والعدالة، والمصلحة العامة<sup>4</sup>. أما الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة فقد انتقد على أساس أن حالات عدم المساواة أصبحت أكثر عمقا ووضوحا بعد التمرکز التجاري والصناعي، وما انجر عن ذلك من تفاوت في القوى الاقتصادية، كما لم يعد الفرد يملك الحرية في اجراء المفاوضات أو المناقشات، ومثال ذلك كالشخص الذي يتعاقد مع الشركات العملاقة المحتكرة للسلع والخدمات كما لم يعد للفرد بعد ظهور عقود الازعان الحرية في قبول أو رفض الشروط المقترحة عليه ولا حتى مناقشته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص.85.

<sup>2</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.20.

<sup>3</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.51.

<sup>4</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.ص.37-38.

<sup>5</sup>. المرجع نفسه، ص.ص.39-40.

هذا وقد كان للفقير "هرنج" رد على ما كتبه « fanilles » عندما قال: " بأن من قال عقد قال عدل" بقوله ايضا: " إن القول بأن اتفاق الارادتين يكون بالضرورة عدلا، معناه اعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات، مع منحهم الحق في أخذ كل ما تقع عليه أيديهم"<sup>1</sup>. هذا وقد ترتب على الانتقادات الموجهة للمذهب الفردي، الى استبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة، حيث أصبحت الإلتزامات التعاقدية المبنية على توافق ارادتين لا تستند الى محض الإرادة الباطنة، بل الى الإرادة الظاهرة، لكونها الوحيدة المولدة للثقة المشروعة، وبالتالي فاتحاد الارادتين حكما يكفي لانعقاد العقد، ما دام التعاقد وليد ثقة مشروعة بين المتعاقدين، فأصبح العقد بالتالي نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي<sup>2</sup>.

كما أن القول بأن العقد يكون خاضعا في تكوينه وفي ترتيب آثاره لسلطان الإرادة، قول يصطدم بحقيقة أن أغلب العقود التي يبرمها الاشخاص يرتب القانون عليها آثار مراعيها في ذلك مصلحة المجتمع وقواعد العدالة، هذه القواعد التي يطبقها القاضي أثناء تفسير العقد بعد النظر في ظروف التعاقد. كما يصطدم مبدأ سلطان الإرادة بما يسمى بالمراكز القانونية الثابتة، هذه المراكز وإن كانت وليدة الإرادة من حيث المصدر، إلا أنها لا ترجع الى حرية الإرادة من حيث الآثار، ومثال ذلك: عقد الزواج فبالرغم من أنه يبدأ بإرادة الزوجين، إلا أن القانون هو من ينظم أحكامه ويرتب آثاره دون اعتبار لإرادة الزوجين<sup>3</sup>. مع الإشارة الى أن هناك من الفقهاء من يتنكر على القانون، اعتبره جوهر العقد هو الإرادة الحرة لأطرافه، ويرون ضرورة استبداله بقانون يعتبر الانسان نتاجا اجتماعيا ولد مدينا للمجتمع الانساني<sup>4</sup>.

في هذا الصدد يرى الاستاذ "السنهوري" أن: "الواقع أن اساس العقد ليس في الإرادة، بل في العدالة والمصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح له المجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة، ولا تصلح حرية الفرد أساسا للقانون، فالمجتمع ليس مجموعا متنافرا من شخصيات محتفظة بذاتيها، بل هو وحدة متجانسة متضامنة، لكل فرد فيها وظيفة اجتماعية، وتتضافر جهودات الأفراد نحو غاية مشتركة، يقوم على حمايتها القانون"<sup>5</sup>.

### ثانيا: الاجبار والمنع من التعاقد كقيد وارد على حرية الإرادة

إذا كان الاصل في العقود أنها ظاهرة ارادية تعبر عن حرية الاختيار، من حيث أن الشخص حر في أن يتعاقد متى يشاء ومع من أراد، وله ايضا أن يمتنع عن التعاقد، إلا أنه وبفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية، والتي ادت الى ظهور طائفة من العقود الجبرية، أين يجد الشخص نفسه مجبرا

<sup>1</sup> محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص. 26.

<sup>2</sup> السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص. 159.

<sup>3</sup> السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 106.

<sup>4</sup> لالة احمد حدي، المرجع السابق، ص. 23.

<sup>5</sup> السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 107.

على التعاقد، وفي ذلك حد من حريته<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد يقول "مازو": "أن الحرية المطلقة في عدم التعاقد تعود الى عهد الفردية الذي بدأ يخبو، وأن امكانية التعاقد التي بقيت مستمرة ماهي إلا مسألة نظرية"<sup>2</sup>.

بالنسبة لحالة الاجبار على التعاقد يظهر في تقييد المشرع لمبدأ حرية التجارة والصناعة، فبالرغم من اعتراف الجزائر لمبدأ حرية التجارة والصناعة، وذلك ليس إلا للخروج من الازمات التي عرفتھا الجزائر، إلا أنها لم تترك هذا المجال بدون تنظيم، لهذا السبب جعل المشرع ضوابط قانونية تنظم الأنشطة الاقتصادية، وذلك بعيدا عن الاجراءات التقليدية السائدة من قبل<sup>3</sup>. ومن ذلك تدخل الدولة لتحديد الاسعار، وهذا من منطلق أن بعض القطاعات والأنشطة تتصف بالاستراتيجية، ويعد هذا استثناء عن الاصل والمتمثل في حرية الاعوان الاقتصاديين في تحديد اسعار السلع والخدمات، والذي جاء تجسيدا لمقتضيات حرية واقتصاد السوق المنتهج من طرف الدولة الجزائرية، وعليه فالدولة قد تدخل بفرض قيود على حرية العون الاقتصادي بتحديد اسعار السلع والخدمات<sup>4</sup>. وهذا ما تنص عليه المادة 5 من الأمر رقم 08-12 والمتعلق بالمنافسة: "يمكن تقنين اسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة". وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة: "كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الاسعار أو تحديدها، لاسيما في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطرابات السوق، أو كارثة وصعوبات مزمنة في التموين، داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية أو في حالات الاحتكار الطبيعية"<sup>5</sup>.

كما اعتبر المشرع أن عدم احترام الأحكام المتعلقة بالأسعار يشكل مخالفة قانونية يرتب عليها القانون جزاء، وهذا حسب نصوص المواد 22 و 23 و 36 من القانون رقم 04-02 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تنص المادة 22 على ما يلي: "كل بيع سلعة أو تأدية

<sup>1</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2007، ص.58.

<sup>2</sup>. خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.59.

<sup>3</sup>. زويير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تيزي وزو، 2011، ص.12.

<sup>4</sup>. رواب جمال، مبدأ تحديد الاسعار في التشريع الجزائري، أستاذ بمعهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي لخميس مليانة، 2009.

[www.montada echouroukonline.com/showthread.php?t=187356.22h43.26/05/2015](http://www.montada echouroukonline.com/showthread.php?t=187356.22h43.26/05/2015).

<sup>5</sup>. المادة 5 من القانون رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الاولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، يعدل ويتم القانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008، ج.ر. ج.ج، عدد 36، الصادرة في 02 يونيو 2008.



خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار، لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقاً للتشريع المعمول به".

أما نص المادة 36 من نفس القانون تنص على الجزاء المترتب عن مخالفة نص المادتين السالفتين الذكر، حيث تنص على ما يلي: "تعتبر ممارسات لأسعار غير شرعية، كل مخالفة لأحكام المادتين 22-23 من هذا القانون، يعاقب بغرامة من عشرين ألف دج 20.000 الى مائتين ألف دج 200.000<sup>1</sup>. من الحالات التي يفرض فيها التعاقد أيضاً حالة التأمين الإجباري على السيارات، حيث يرتب المشرع جزاءات على عدم التأمين من المسؤولية المدنية المتعلقة بالسيارات، وهذا حسب نص المادة 190 من قانون التأمين والتي تنص على ما يلي: "كل شخص خاضع لإلزامية التأمين المنصوص عليها في المادة الأولى من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير سنة 1974 والمتعلق بإلزامية التأمين على السيارات، يعاقب بالحبس من 8 أيام الى 3 أشهر، وبغرامة من 500 دج الى 4000 دج، أو باحدهما فقط، إن لم يمتثل لهذه الإلزامية...".

كما تضيف المادة 199 من نفس القانون على ما يلي: "يعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليها في المواد 192-193-194-195 و 196 من هذا القانون، بدفع غرامة من 5.000 دج الى 1000.000 دج..."<sup>2</sup>.

كما قد يجبر الشخص على التعاقد مع أشخاص معينين دون أن تكون لهم الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، كما هو الحال في التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة، وهذا حسب نص المادة 795 من الق.م. والتي تنص على ما يلي: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:- لمالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، - للشريك في الشيوغ، إذا بيع جزء من العقار المشاع الى أجنبي، - لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كلها أو بعضها"<sup>3</sup>.

هذا ما أيدته المحكمة العليا في قرار لها والصادر بتاريخ 1997/11/11 في القضية المنشورة بين (ب.ع) و (ب.خ) حيث قضت بأنه: "إن المادة 795 من الق.م تذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، وهم ثلاثة أصناف: ملك الرقبة، والشريك في

<sup>1</sup>. نصوص المواد 22-36 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. ج.ج، العدد 41، الصادرة في 2004/06/27.

<sup>2</sup>. المواد 190 الى 199 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير سنة 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13 الصادرة بتاريخ 1995/03/8. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر. ج.ج، عدد 15، الصادرة بتاريخ 2006/03/12.

<sup>3</sup>. المادة 795 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

الشيوع، وصاحب حق الانتفاع، ومن لم يبين ولم يثبت أن له صفة من الصفات الثلاثة المنصوص عليها في هذه المادة فإن تمسكه بحق الشفعة يعتبر خارجاً عن كل إطار قانوني<sup>1</sup>.

كما قد يمنع القانون الشخص من التعاقد، ويمكن ارجاع هذا المنع الى خطورة محل العقد، أو لأسباب يرى القانون أنها ذات أهمية، ومثال ذلك منع الأشخاص من القيام بالتصرفات المتعلقة ببيع واقتناء وحيازة العتاد العربي<sup>2</sup>.

في أحوال أخرى قد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين، دون أن تتجه ارادته الى ذلك، ويظهر ذلك في العقود المفروضة أو الجبرية، حيث يهدف هذا النوع من العقود الى تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات النظام العام، وتعد عقود الجماعة تطبيقاً مباشراً لهذه العقود، حيث كانت المادة 146 من المشروع التمهيدي للق.الم المصري تنص على أنه: "في عقود الجماعة، يتم القبول برضاء الأغلبية، وترتبط الاقلية بهذا القبول"<sup>3</sup>.

مثال عقود الجماعة، عقد العمل الجماعي، وهو العقد الذي تبرمه هيئة معينة لتنظيم علاقة أفرادها بفرد آخر أو بهيئة أخرى، وبتمام إبرامه تصبح شروطه نافذة في حق كل أفراد الهيئة المتعاقدة، كما تسري شروطه على الأقلية ولو كانت معارضة<sup>4</sup>. ومثال عقد العمل الجماعي العقد الذي ينظم شروط العمل بين أرباب العمل من جهة والعمال من جهة أخرى، حيث يتم الإيجاب والقبول في هذا العقد برضى الأغلبية في كل من العمال وأرباب العمل، حيث ترتبط الأقلية بالعقد المبرم، ولا تستطيع الخروج عن نصوصه عن طريق عقد مستقل، ولهذا يقال أن عقود الجماعة اقرب الى القوانين منها الى العقود<sup>5</sup>.

هذا وقد ظهر عقد العمل الجماعي لمنع استغلال حالة الضعف التي تلازم العمال في حالة ابرامهم لعقود فردية مع ارباب العمال، حيث تتصف هذه العقود على انها عقود إذعان لا تتوافر فيها المساواة الفعلية بين طرفيها، في حين يولد عقد العمل الجماعي التزامات على غير ارادة أحد المتعاقدين، هذا وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي بخصوص نص المادة 146 السالفة الذكر على أنه: "لا يطرأ على القبول في عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه، بل يجاوز أمره ذلك، فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق، والحق أن هذه العقود وهي من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادي الحديث لا تتطوي على حقيقة التعاقد، وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التي ترتبط بقبول

<sup>1</sup>. قرار المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 1794، الصادر بتاريخ 1997/11/11، بين (ب.ع) ضد (ب.خ)، المجلة القضائية عدد 4، 1999 ص.ص.93-96.

<sup>2</sup>. خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.ص.63-64.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.251.

<sup>4</sup>. عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص.116.

<sup>5</sup>. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص.84.

الغالبية دون أن ترضى ذلك، وقد بلغ من أمر الثغرة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة، من جزاء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح الارتباطات النظامية أغلب على الاسنة في هذا المقام من اصطلاح عقود الجماعة...<sup>1</sup>.

إضافة الى عقود الجماعة، هناك نوع آخر من العقود تتقيد فيه أيضا مبدأ الرضائية، وهو ما يسمى بالعقود النموذجية، والتي تقوم بوضعها السلطة العامة، أو اية هيئة نظامية أخرى، حيث ينزل هذا العقد منزلة القانون، وكل من يلجأ الى التعاقد محيلا في تعاقد على عقد نموذجي يتقيد بالشروط الواردة فيه، لأن الإحالة في هذه الحالة تفترض علم المتعاقد بالشروط التي يتضمنها العقد النموذجي وارتضى بها، ومثال هذه العقود: عقود الايجار النموذجية التي تقوم بوضعها وزارة الاوقاف، أو المجالس البلدية أو النقابات<sup>2</sup>.

بالعودة الى القانون التجاري، نجد بالنسبة للصلح الواقع من الافلاس، تتصرف آثاره الى جميع الدائنين العاديين بما فيهم من عارض الصلح، وهذا حسب نصوص المواد من 317 الى 335 من الق. التجاري<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني : في مجال حماية الفئات الخاصة

لقد أدى تحكّم الدولة في الميدان الاقتصادي، الى تدخلها في المعاملات التعاقدية، وذلك بحماية الأطراف الضعيفة تعاقديا ومنع الطرف القوي من التسلط على الطرف الضعيف، وفي ذلك حد من دور الإرادة<sup>4</sup>، هذا وقد عبر الفقه على هذه الظاهرة الجديدة بـ "عيمة العقد"، والذي يقصد به أن العقد الذي يقدس فيه الحرية الفردية في ظل المذهب الفردي، أصبح له طابع آخر عن طريق تدخل الدولة بمشاركتها في تكوين وتحديد مضمون العقد، بل وأكثر من ذلك فقد يلجأ المشرع في بعض الأحيان الى الإستغناء عن فكرة التعاقد تماما.

لعل هذا ما أدى الى خروج العقد من نزعته الفردية الى نزعة جماعية، فأصبح العقد الذي كان يحمي المصلحة الخاصة في ظل المذهب الفردي، وسيلة من وسائل الحياة الجماعية بتحقيق المنفعة العامة، وهو ما جعل الفقهاء يعبرون عن هذه الظاهرة الجديدة بـ "بجميعة العقد"<sup>5</sup>.

عليه وبعد انتكاس المبادئ التي وضعها المذهب الفردي، أتى المذهب الاجتماعي بتصور جديد للعلاقة التي تربط الفرد بالمجتمع، وذلك بوضع مبادئ وتصورات جديدة قوامها تحقيق العدالة بين أفراد

<sup>1</sup>. عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص.118.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.252.

<sup>3</sup>. أنظر المواد من 317 الى 335 من الامر رقم 75-59 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. حليس لخضر، المرجع السابق، ص.49.

<sup>5</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.ص. 52-53.

المجتمع، بتغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، وضرورة تقييد حقوق الأفراد وربطها دائماً بالمصلحة الاجتماعية والتي يسعى القانون الى تحقيقها<sup>1</sup>.

كما أدى ظهور هذه المبادئ الجديدة الى تغيير القواعد التي تحكم العقد، فظهرت طائفة العقود الجبرية مقيدة الحرية الفردية، عن طريق فرض مضمون وأحكام العقد على الأطراف المتعاقدة، كما توسعت سلطة القاضي في التدخل سواء لمراقبة شروط العقد أو في مراجعتها، كالتدخل مثلا لمحرارية الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان ليحد بذلك من مفعول مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الأثر النسبي للعقد، والتي هي مبادئ كانت مكرسة في ظل المذهب الفردي، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المبادئ الجديدة تسعى كلها الى الاعتداد بالأوضاع الحقيقية بدل الأوضاع المجردة، كما أصبح الهدف هو مراعاة مصلحة الجماعة بدل المصلحة الفردية<sup>2</sup>.

في هذا الصدد يرى « josserand » بأنه: " لا بد من تجديد المفاهيم نظرا للتحويلات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويجب استبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة العقدية حماية للطرف الضعيف". كما يرى بأن: " المفاهيم القانونية تنشأ وتتطور وتتجز في مناخ فردي ومناخ اجتماعي، والاتجاه الحالي أن المناخ الاجتماعي يطغى على المناخ الفردي، لأن الحرية العقدية أصبحت دون معنى الاقوياء والضعفاء، ولا تخدم إلا مصالح الاقوياء"<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني : تقييد الارادة في التطبيقات

ان المتمتعن في نصوص القانون المدني الح. يجد بأن الم.الج بدوره قد أورد قيود على حرية التعاقد، ويظهر ذلك في مقتضيات النظام العام من جهة، وضرورة إفراغ بعض العقود في شكلية معينة، كالكتابة الرسمية واحترام قواعد الشهر، والأصل في العقود أنها ظاهرة ارادية تعبر عن حرية الارادة في التعاقد، غير أن هذا المبدأ ليس مطلق حيث يتدخل القانون في بعض الأحيان ليجبر الشخص على ابرام عقد معين كعقود التأمين مثلا، كما قد يتدخل من جهة أخرى لحماية الأطراف الضعيفة تعاقديا كما هو الحال بالنسبة لعقود الإذعان والاستهلاك.

<sup>1</sup>. فيلالي علي، المرجع السابق، ص.ص.55-56.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، ص.ص.55-56.

<sup>3</sup>. مقال بعنوان

الفرع الاول : تقييد الارادة في الشريعة العامة

ويظهر هذا التقييد في التطبيقات التالية:

أولاً : مقتضيات النظام العام

سبق الإشارة الى أن الأخذ بمبدأ سلطان الارادة يترتب عليه نتيجتين هامتين وهما أن الارادة الحرة هي أساس تكوين العقد، وهي العنصر الجوهرى في تحديد الآثار المترتبة عليه<sup>1</sup>، غير أن هاتين النتيجتين لا يعمل بهما بصفة مطلقة، وهذا هو الأمر الذي جعل المشرع يفرض بعض القواعد الأمره يمنع بموجبها على الافراد الخروج عليها<sup>2</sup>، وعليه فإذا أراد الأفراد أن ينشئوا عقوداً فوجب أن يتم ذلك في إطار النظام العام والآداب العامة، وعليه فالالتزامات التعاقدية محدودة بقيود النظام العامة والآداب العامة<sup>3</sup>.

فكرة النظام العام هي فكرة غير ثابتة، بل تتغير بتغير الزمان والمكان، فهي فكرة مرنة ضيقة تختلف من مجتمع لآخر، ولهذا من الصعب تحديد المقصود بالنظام العام. فالنظام العام كان تقليدياً سياسى يهدف الى المحافظة على المبادئ السامية للمجتمع، بغرض حمايته من التصرفات المهددة بالأمن والآداب العامة، ويتسم هذا النظام بالسلبية، حيث يمنع التصرفات المخلة به<sup>4</sup>، غير أن فكرة النظام العام قد تطورت بفعل تطور المجتمع فأصبح النظام العام الحديث إيجابياً يفرض التزامات على الأطراف المتعاقدة، فأصبح يحل محل المتعاقدين في تحديد مضمون العقد<sup>5</sup>.

بالإضافة الى النظام العام الاقتصادي الحمائي، والذي ظهر كنتيجة للتطور الذي مس مجال المنافسة والاستهلاك، وازدياد الحاجة الى السلع والخدمات، فيهدف هذا النظام الى حماية الاطراف الضعيفة تعاقدياً والتي تكون جديرة بالرعاية، كتدخل المشرع في تحديد الأجرة في عقد الايجار، والتزامات المؤمن في عقود التأمين، وتحديد أوقات العمل بالنسبة لعقد العمل، كما منح المشرع للقاضي سلطة تفسير وتكييف العقد، والتدخل لتعديل الشروط التعسفية والتي يملها الطرف القوي على الطرف الضعيف كما هو الحال بالنسبة لعقود الاذعان، كما منح له سلطة تعديل الالتزام التعاقدى في حالة حدوث ظروف طارئة غير متوقعة<sup>6</sup>.

لما كانت فكرة النظام العام فكرة معيارها الصالح العام، فإن القواعد المتعلقة بهذا النظام لا تنحصر في تلك التي نص المشرع صراحة بعدم جواز الاتفاق عليها، ولهذا السبب يرى بعض الشراح ضرورة ادماج فكرة الآداب العامة ضمن مفهوم النظام العام، في حين يرى البعض الآخر أن فكرة الآداب

<sup>1</sup>. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.17. وحسن علي الذنون، محمد سعيد الرجوع، المرجع السابق، ص.40.

<sup>2</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.200.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.110. وخليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.107.

<sup>4</sup> مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2009، ص.07.

<sup>5</sup> نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.43.

<sup>6</sup>. لالة احمد حدي، المرجع السابق، ص.5. ومندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص.8.

العامة فكرة مستقلة تماما عن فكرة النظام العام، لكون هذا الأخير هو مجموعة من المبادئ تفرضها المصلحة العامة للمجتمع، في حين الآداب العامة ما هي إلا مبادئ وأعراف ترسخت في المجتمع<sup>1</sup>. هذا وقد حددت محكمة النقض المصرية القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام بأنها: "القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"<sup>2</sup>.

عليه فجميع القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وهذا ما أخذ به الم.الج من خلال نصوص القانون المدني، أين يظهر بوضوح تجسيد المشرع لمقتضيات النظام العام، حيث اشترط المشرع عدم مخالفة أركان العقد للنظام العام، فمحل العقد الواقع عليه اتفاق المتعاقدين يجب أن يكون موجودا ومشروعا، وهذا ما تنص عليه المادة 93 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلقا"<sup>3</sup>. ونفس الشيء بالنسبة للسبب، والذي ينبغي بدوره أن يكون مشروعا، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا، وهذا حسب نص المادة 97 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"<sup>4</sup>.

كما أخذ القضاء الجزائري بمقتضيات النظام العام، وهذا في عدة قرارات له، ومنه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/04/12 في القضية المنشورة بين (ب.س) ضد (أ.ع) حيث قضت بأنه: " من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد الايجار المنزل المتنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا، خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطج، المرجع السابق، ص.305.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، ص.206.

<sup>3</sup>. المادة 93 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. المادة 97 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. قرار المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 43098، الصادر بتاريخ 1987/04/12، (ب.س) ضد (أ.ع)، المجلة القضائية عدد 4، 1990، 85-87.

كما تنص المادة 204 من الق.م على ما يلي: "لا يكون الإلتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان الشرط فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

غير أنه لا يقوم الإلتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام".

كذلك القواعد المتعلقة بالقانون الخاص، حيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على إنشاء عقود مخالفة لما قرره المشرع، وخاصة ما يتعلق بروابط الأحوال الشخصية لكونها تتعلق بالنظام العام، وهذا لما للشخص وأسرتة من اتصال وثيق بكيان الجماعة، فلا يجوز مثلاً الصلح في القواعد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم، وهذا حسب نص المادة 461 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية"<sup>1</sup>. وكذلك بالنسبة للحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديلها<sup>2</sup>.

أما المعاملات المالية فأغلب قواعدها لا تتعلق بالنظام العام، إلا أن هناك جانباً منها يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث يمنح القانون الحرية للفرد في التصرف بملكه، لكن دائماً وفقاً لما يقضي به القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 690 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة"<sup>3</sup>.

تسهيلاً لتداول الأموال وكفالة حسن استغلالها، لا يجوز الاتفاق بين الشركاء على البقاء في الملكية الشائعة لمدة تزيد على 5 سنوات، وهذا حسب نص المادة 722 ف.2 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

كما حظر القانون التعامل في التركات المستقبلية لإنسان على قيد الحياة، حيث اعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام ولو كان برضا صاحبه، وهذا حسب المادة 92 ف.2 من الق.م والتي تنص على: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. المواد 204-461 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر .

<sup>2</sup>. انظر نصوص المواد من 36 إلى 39 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر .

<sup>3</sup>. المادة 690 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر .

<sup>4</sup>. المواد 92 ف.2 و 772 ف.2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر .



يستثنى من التعامل في تركة انسان على قيد الحياة الاحوال المنصوص عليها قانونا، كحالة إجازة الورثة<sup>1</sup>، والحكمة وراء هذا المنع أن الميراث لا يستحق إلا بموت المورث، وهذا حسب نص المادة 127 من ق.أ والتي تنص على ما يلي: "يستحق الارث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"<sup>2</sup>.

قيد آخر يرد على مبدأ الحرية التعاقدية وهو ضرورة مراعاة حسن الآداب والتي تعرف على أنها: "مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لقاموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا القاموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس". وللدين أثر كبير في تكييفه، حيث كلما اقترب الدين من الحضارة ارتفع المعيار الخلقي وزاد التشدد فيه، وعليه ففكرة الآداب العامة هي أيضا فكرة نسبية تتأثر بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية، والخلقية، مما يجعل القانون يتماشى مع هذه العوامل. وفكرة النظام العام تتسع وتضيق تبعا لهذه التطورات<sup>3</sup>. وحتى في داخل البلد الواحد قد يتغير مفهوم الآداب بمرور الزمن، فما يكون من الآداب في زمن معين قد يصبح غير ذلك في زمان آخر، ومثال ذلك ما يتعلق بالاتفاق الذي يتم بين مدير المسرح وجماعة من الناس أو ما يسمون بالهتافة، والذين يستأجرون للتصفيق والترويج لما يعرض على المسرح، هذا كان غير جائزا، ليصبح الآن مشروعاً لأن الهتافة بتشجيعهم الممثلين وأصحاب الفن المبتدئين، كل هذا يكون في خدمة الفن<sup>4</sup>.

لعل من اهم الاتفاقات المخالفة للآداب، العلاقات الجنسية غير المشروعة، حيث يعد كل اتفاق على إقامة علاقات جنسية غير مشروعة اتفاق باطل، وكذلك الحال بالنسبة الدعارة، فيعتبر كل اتفاق متعلق باستغلال بيوت الدعارة اتفاق باطل<sup>5</sup>.

كما ذهب المشرع الى عدم اجازة الاتفاقات المتعلقة بالقمار والرهان، واستثنى المشرع من ذلك الرهان الخاص بالمسابقة، والرهان الرياضي الجزائري، وهذا حسب نص المادة 612 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "يحظر القمار والرهان. غير أن الاحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. المواد من 184 الى 201 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر

<sup>2</sup>. المادة 127 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.327.

<sup>4</sup>. خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.111.

<sup>5</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.215. والسنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.336.

<sup>6</sup>. المادة 612 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.



ثانيا : اقتضاء شكلية معينة

لقد كان مبدأ الرضائية هو السائد في العقود، حيث تكفي الإرادة بذاتها لإنشاء التصرف القانوني، دون ضرورة أن يأتي في شكل معين<sup>1</sup>، هذا على غير ما كان سائدا في القانون الروماني والذي لم يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في كامل جوانبه، فلانعقاد العقد حسب الرومان لا بد من أن يوضع في شكل تحيط به أوضاع معينة كالقيام بحركات وتبادل الإشارات والألفاظ، فلا يكفي مجرد توافق الإرادتين لتكوين العقد أو توليد الإلتزام<sup>2</sup>، ويرى خليفاتي عبد الرحمن في هذا الصدد أنه: "أحيانا وللمقتضيات الضرورية يفرض المشرع شكلا معيناً يجب أن يتم التصرف وفقاً له، ولا تكفي الإرادة وحدها لقيامه وترتيب آثاره، ولا يعد هذا الشكل المطلوب تأكيدا لها يقدر ما هو قيد عليها وحد من دورها في ذلك"<sup>3</sup>.

غير أن التطورات الاقتصادية، وما انجز عن ذلك من سيادة المذاهب الفردية في مختلف النواحي الاقتصادية والفلسفية والسياسية، وتقديسه للحرية الفردية مما ترتب على ذلك الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، وتناقص دور الشكلية، في حين كان دور الإرادة يتزايد شيئا فشيئا، ليصبح القاعدة في القانون الحديث تفرض الى جانب الرضى أوضاعا معينة وجب توافرها لانعقاد العقد، ومن هذه الأوضاع الشكلية، والعلة من اشتراط الشكلية هي تنبيه المتعاقدين الى خطورة الآثار المترتبة على العقد، بالإضافة الى تحديد هذه الآثار بدقة، ونجد هذه خاصة في الحالات التي يستغرق فيها تنفيذ العقود زمنا طويلا<sup>4</sup>. وعليه فإذا اشترط المشرع أن يصب التراضي في شكل معين، فوجب اتباع تلك الشكلية ويترتب البطلان في حالة تخلفها. والشكلية قد تكون قانونية أو اتفاقية، فالشكلية القانونية هي الشكلية المطلوبة لإبرام بعض العقود (الكتابة الرسمية)<sup>5</sup>.

حيث تنص المادة 324 مكرر 1 من الق.م على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية أو عقود تسيير محلات تجارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب، تحت طائلة

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.30.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.90.

<sup>3</sup>. خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.67. إشارة الى محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1947، حيث يرى بأن: "الشكلية في العصر الحديث لا يزيد عن كونه أداة للتعبير عن الإرادة، دون أن يغتصب دورها في تكوين التصرف لا كليا ولا جزئيا". ويرى كذلك أن: "العنصر الجوهري للتصرف في العصر الحديث هو دوما الإرادة، حتى ولو خضعت لشكل جزاءه البطلان، فتخلف الشكل ليس معناه تخلف التصرف إلا في معنى أن صحة إعلان الإرادة قد عيبت، وعليه فإن الشكل لا يحوز على دور الإرادة بل هو تأكيد لها، وعلى جدية اتجاهها لإحداث أثر قانوني".

<sup>4</sup>. المرجع نفسه، ص.56-57.

<sup>5</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.53-54.

البطلان، اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الاموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".<sup>1</sup>

كما اشترط المشرع أن يكون عقد الرهن الرسمي مكتوبا في ورقة رسمية حسب نص المادة 883 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون". هذا وقد عرفت نص المادة 324 من الق.الم "العقد الرسمي بأنه عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وهذا طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"<sup>2</sup>.

هذا ما ذهب اليه القضاء الح. في الكثير من قراراته، ومنها القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1989/04/30 في القضية المنشورة بين (ب.ف) ضد (ع.ش) حيث قضت بأنه: "من المقرر قانونا، أن الوعد ببيع القاعدة التجارية يستوجب اثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بمخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه غير مؤسس ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قرروا رفض دعوى المدعية التي طلبت من المدعي عليها تنفيذ الوعد ببيع القاعدة التجارية مستنديين في ذلك الى كون المدعية لم تقدم ما يبرر اتفاق الطرفين، مع انعدام العقد الرسمي وفقا لما تشترطه المادة 79 من الق.الت يكونون بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>.

عليه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فوجب على أطراف التعاقد مراعاة ذلك، وهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد به شكليا، وهذا حسب نص المادة 71 من الق.الم.<sup>4</sup>

كما اشترط المشرع في عقد الهبة أن يكون رسميا، وإلا وقع باطلا، وهذا حسب نص المادة 206 من ق.أ والتي تنص على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"<sup>5</sup>.

أيضا اشترط المشرع في عقود أخرى ضرورة توافر الكتابة، ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، حيث يبطل التصرف بدونها، فتعد الكتابة في هذه الحالة قيد وارد على حرية ارادة المتعاقدين في انشاءهم للتصرفات القانونية. ومن ذلك ما نص عليه المشرع من ضرورة أن يكون عقد الشركة مكتوبا

<sup>1</sup> المادة 324 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> المواد 883 والمادة 324 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، ملف رقم 53630، الصادر بتاريخ 1989/04/30، (ب.ف) ضد (ع.ش)، المجلة القضائية عدد 4، 1991، ص.145.

<sup>4</sup> خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.70. وانظر قرار المحكمة العليا ملف رقم 154760، الصادر بتاريخ، 1996/04/17، المجلة القضائية عدد 1، 1996، ص.ص.99-102.

<sup>5</sup> المادة 206 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

ذلك تحت طائلة البطلان، حيث تنص المادة 418 ف.1 من الق.الم على ما يلي: "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".

نفس الشيء بالنسبة لعقد المرتب مدى الحياة، حيث يشترط فيه أن يكون مكتوبا وهذا حتى يكون صحيحا، حسب نص المادة 615 من الق.الم. والتي تنص على ما يلي: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع". وحسب نص المادة 467 مكرر من الق.الم. يثبت عقد الايجار كتابة تحت طائلة البطلان، حيث تنص على ما يلي: "ينعقد الايجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"<sup>1</sup>.

كما قد تكون الشكلية اتفاقية، حيث يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء الى أن قاعدة الرضائية ليست من النظام العام، وأن للمتعاقدین الاتفاق على اشتراط توافر شكل معين لانعقاد العقد، كأن يتفقا على أن يكون إبرام العقد بالكتابة الرسمية أو العرفية وإلا كان باطلا<sup>2</sup>. ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في نص المادة 561 ف.1 و2 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو اضافة إلا أن يكون ذلك راجعا الى خطأ من رب العمل أو يكون مأنونا به منه واتفق مع المقاول على أجره ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة"<sup>3</sup>.

كما اشترط المشرع الكتابة لإثبات بعض التصرفات القانونية، حيث تنص المادة 333 ف.1 من الق.الم على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"<sup>4</sup>. وهذا ما ايده القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 13/07/1988 في القضية المنشورة بين (القرض الشعبي الجزائري) و (ص.ب ومن معه) بأنه: "من المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز اثباتها إلا بالكتابة ولو كان جائزا إثبات الإلتزام الأصلي بالبيننة، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض، ولما كان الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق

<sup>1</sup> المواد 418 ف.1- و615- و467 مكرر من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطج، المرجع السابق، ص.70.

<sup>3</sup> المادة 561 ف.1 و2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. وانظر قرار المحكمة العليا، غ.ت.ب، ملف رقم 144112، الصادر بتاريخ 18/06/1997، المجلة القضائية عدد 1، 1997، ص.ص.21-23.

<sup>4</sup> المادة 333 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

الصحيح حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

يظهر الفرق بين الشكلية وقواعد الاثبات في أن الكتابة عبارة عن شكلية مطلوبة للإنعقاد، يترتب البطلان في حالة تخلفها، أما الاثبات فهو يرد على تصرف موجود قانونا، وعليه إذا تخلف وجود التصرف لتخلف ركن الشكلية والمتمثل في الكتابة، فيتعذر اثباته"<sup>2</sup>.

من جهة أخرى قد يتطلب القانون شكلية غير مطلوبة للإنعقاد ولكنها تعد بمثابة قيد على حرية إرادة المتعاقدين، وتتمثل في كل من التسجيل والقيود، أما التسجيل فيكون بالنسبة إلى التصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، في حين يرد القيد على التصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية حيث أوجب فيها القانون الإعلان والشهر. حيث تنص المادة 793 من الق.م على ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغي إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"<sup>3</sup>.

كما تنص المادة 165 من نفس القانون على ما يلي: "الالتزامات بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"<sup>4</sup>.

نستنتج من خلال نص المادة 793 ونص المادة 165 من الق.م بأنه هناك إحالة إلى القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، وبالعودة إلى هذا القانون نجد نص المادة 16 منه تنص على ما يلي: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. قرار المجلس الأعلى، غ.م، ملف رقم 56336، الصادر بتاريخ 13/07/1988، المجلة القضائية عدد 4، 1991، ص.58.

<sup>2</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطج، المرجع السابق، ص.62.

<sup>3</sup>. المادة 793 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. المادة 165 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. المادة 16 من الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري،

ج.ر.ج.ج، العدد 52، الصادرة في 18/11/1975

كما تنص المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " إن دعاوي القضاء الرامية الى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها"<sup>1</sup>.

عليه لانتقال الملكية في العقار لا بد من استيفاء إجراء شكلي والمتمثل في التسجيل، وهذا حتى تنتقل الملكية، فالقاعدة في المنقول هي انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد، أما في العقار فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل وفي ذلك قيد على إرادة الاطراف<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقيد فقد نص عليه الم.الج في نص المادة 904 ف.1 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الافلاس"<sup>3</sup>.

ما نص عليه ايضا المشرع في نص المادة 153 ف.1 من ق.ت والتي تنص على ما يلي: " يجب أن يقيد الرهن الحيازي، طبقا للشروط الواردة في المادتين 120 و 121 وفي مهلة ثلاثين يوما من تاريخ العقد المنشئ للرهن الحيازي، وإلا عد باطلا"<sup>4</sup>.

هذا وقد أضاف المشرع ضرورة توافر إجراءات حتى يتمكن الأشخاص من القيام بتصرفات وإنشاء عقودهم، ومن هذه الاجراءات ضرورة الحصول على رخصة من جهة معينة، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في نص المادة 17 من القانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الاجانب الى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها حيث تنص على ما يلي: "كل أجنبي يرغب في الإقامة بالجزائر قصد ممارسة نشاط مأجور، لا يمكنه الاستفادة من بطاقة المقيم، إلا إذا كان حائزا إحدى الوثائق التالية: رخصة العمل، ترخيص مؤقت للعمل، وتصريح بتشغيل عامل أجنبي بالنسبة الى الاجانب غير الخاضعين لرخصة العمل"<sup>5</sup>.

تضيف نص المادة 28 من نفس القانون على ما يلي: " على كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل أجنبيا بأية صفة كانت، أن يصرح به خلال مدة 48 ساعة لدى المصالح المختصة اقليميا للوزارة

<sup>1</sup> المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25/03/1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاريين ج.ر.ج.ج، عدد 30 الصادرة في 13/04/1976، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 مؤرخ في 19/05/1993، ج.ر.ج.ج، عدد 34، الصادرة في 23/05/1993.

<sup>2</sup> خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.75.

<sup>3</sup> المادة 904 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup> المادة 153 ف.1 من الأمر رقم 75-59 السالف الذكر.

<sup>5</sup> المادة 17 من القانون رقم 08-11 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الاجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر.ج.ج، عدد 36 الصادرة في 2 يوليو 2008

المكلفة بالتشغيل، وفي حالة عدم وجود هذه المصالح لدى بلدية محل التشغيل أو محافظ الشرطة أو فرقة الدرك الوطني المختصة إقليمياً. ويجب استيفاء نفس الاجراء عند انتهاء علاقة العمل<sup>1</sup>.

اضافة الى اشتراط المشرع التسليم بالنسبة للعقود العينية، حيث يترتب على عدم التسليم في هذا النوع من العقود، البطلان. ومثال ذلك ما تنص المادة 208 من ق.أ بأنه: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً، فإن التوثيق والإجراءات الادارية تغني عن الحيازة"<sup>2</sup>.

نلاحظ من خلال نص المادة أن عقد الهبة إذا ورد على منقول، فتعتبر من العقود العينية، واستثنى من ذلك أن يكون الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه، أو كان الشيء الموهوب مشاعاً، حيث جعل التوثيق والإجراءات الادارية كافية<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : تقييد الارادة في التشريعات الخاصة

سنتناول تحت هذا الفرع كل من عقد العمل، وقانون حماية المستهلك، باعتبارهما مجالين هامين تقيد فيها حرية الارادة في التعاقد.

#### أولاً : بالنسبة لعقد العمل

لقد كان لتكريس مبدأ سلطان الارادة في ظل المذهب الفردي، وما قام عليه من مبادئ وأسس قوامها الحرية والمساواة، بالغ الأثر في تكريس مبدأ حرية التعاقد في إقامة علاقات العمل، حيث تركت هذه العلاقة للأفراد ينظمونها كيفما يشاءون، فأصبح مبدأ حرية التعاقد على العمل هو مناط تنظيم العلاقة بين العمال وأرباب العمل<sup>4</sup>، ولكل فرد مطلق الحرية في القيام بالعمل الذي يراه مناسباً له سواء كان ذلك بشكل مستقل أو بصفة تبعية<sup>5</sup>.

غير أن إخضاع عقود العمل لحرية أطرافه، بإبرامهم لهذه العقود وبالصيغة التي تلائمهم، نجم عن ذلك إجحاف كبير في حق العمال، على أساس أن المستخدم يكون دائماً في مركز قوي بالمقارنة مع العامل والذي يكون في حالة ضعف مستمر، مما يؤدي الى اللامساواة الاقتصادية بين الطرفين، وأمام تزايد حدة التناقض بين العمال وأصحاب العمل، تدخلت الدولة تدريجياً لتنظيم علاقة العمل. وذلك بوضع

<sup>1</sup> المادة 28 من القانون رقم 08-11 السالف الذكر.

<sup>2</sup> المادة 206 من الأمر رقم 05-02 السالف الذكر.

<sup>3</sup> خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.ص. 78-79.

<sup>4</sup> كان قانون "آلرد" في 1791 يكرس مفهوم الحرية في التجارة والصناعة حيث كان ينص على: "كل انسان له الحق في العمل الحرفي سواء لحسابه الخاص أو لحساب الآخرين، وإن كل تدخل من قبل الدولة في هذه الأمور هو انتهاك صارخ لهذه الحريات". أشار إليه محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"، دراسة مقارنة في الق. الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، العدد 47، يوليو 2011، ص.37.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص.30.

أحكام كفيلة بتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي بين طرفي علاقة العمل، فأصبحت بالتالي قواعد قانون العمل قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>1</sup>.

كنتيجة لتدخل الدولة في تنظيم هذه العلاقة، أصبحت الإرادة التعاقدية في عقد العمل تتحصر دورها في الاتفاق المبرم بين الطرفين، أما ما تبقى فهو خارج عن هذه الإرادة وأصبح يخضع للإرادة التنظيمية للمشرع، وهو الأمر الذي يحد بشكل كبير من مفهوم سلطان الإرادة في تكوين العقد، هذا الأخير الذي أصبح من حيث انعقاده وتحديد مضمونه وآثاره، الترجمة الفعلية لإرادة المشرع لا لإرادة الاطراف<sup>2</sup>.

بالعودة الى قانون 90-11 المنظم لعلاقات العمل، نجد أن الم.الج قد أضفى الطابع التنظيمي على علاقة العمل، من خلال فرضه لقيود على هذه العلاقة حيث تنص المادة 135 ف.1 من هذا القانون على ما يلي: "تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به".  
تضيف المادة 136 من نفس على ما يلي: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"<sup>3</sup>. كما نظم المشرع في إطار الباب الثاني حقوق وواجبات العمال، الفصل الاول تحت عنوان: حقوق العمال، والفصل الثاني تحت عنوان: واجبات العمال<sup>4</sup>.

بما أن عقد العمل يعتبر بالنسبة للعامل من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فقد استلزم المشرع أن يكون سن التوظيف ب 16 سنة، وهذا حسب نص المادة 15 ف.1 من الق 90-11 والتي تنص على ما يلي: "لا يمكن بأي حال من الاحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة، إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، التي تخضع للتشريع والتنظيم المعمول بهما"<sup>5</sup>.  
ولهذا السبب قيد المشرع عقود العمل التي يبرمها العمال القاصرين بإلزامية موافقة أولياءهم الشرعيين<sup>6</sup>، كما أولى القاصر حماية بمنع رب العمل من استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة وهذا حسب الفقرة 2 من نص المادة 15 والتي تنص على ما يلي: "ولا يجوز توظيف القاصر إلا ببناء

<sup>1</sup> كمال مخلوف، أحكام تشريع العمل، أي ذاتية؟ المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 2، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص.150.

<sup>2</sup> محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص.41.

<sup>3</sup> المواد 135 ف.1 و 136 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 1990/04/21، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. ج.ج، عدد 17 الصادرة في 1990/04/25.

<sup>4</sup> أنظر المواد 5-6-7 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>5</sup> المادة 15 ف.1 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>6</sup> وهذا حسب نص المادة 44 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. والتي تنص على ما يلي: "يخضع فاقدوا الاهلية وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".



على رخصة من وصيه الشرعي، كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة، أو التي تتعدم فيها النظافة، أو تضر صحتها أو تمس بأخلاقياتها<sup>1</sup>.

كما قيد المشرع صاحب العمل بشروط وجب توافرها في تشغيل الأجانب، وهذا حسب نص المادة 21 من القانون 90-11 والتي تنص على ما يلي: "يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة، وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". بالإضافة الى تحديد ساعات العمل، في نص المادة 27 من القانون 90-11 والتي تنص على ما يلي: "يعتبر كل عمل ما بين الساعة التاسعة ليلا والساعة الخامسة صباحا عملا ليليا، تحدد قواعد وشروط العمل الليلي والحقوق المترتبة به عن طريق الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية"<sup>2</sup>. كما يظهر الطابع التنظيمي لعلاقة العمل في النظام الداخلي، والذي ينفرد رب العمل بوضعه، ويلزم العامل باحترامه وتطبيقه<sup>3</sup>. وتعد الاتفاقيات الجماعية للعمل مجالا آخر تحد فيه حرية العامل، ويتجسد فيها بوضوح الطابع التنظيمي، حيث تنص المادة 127 من الق 90-11 على ما يلي: "تلزم الاتفاقيات الجماعية كل من وقع عليها أو انظم اليهما فور استكمال الاجراءات المنصوص عليها في المادة 126".

أما نص المادة 134 من نفس القانون فهي تنص على الجزاء المترتب على مخالفة مضمون الاتفاقيات الجماعية للتشريع حيث تنص على ما يلي: "إذا لاحظ مفتش العمل أن اتفاقية أو اتفاقا جماعيا مخالف(ة) للتشريع والتنظيم المعمول بهما، يعرضها (يعرضه) تلقائيا على الجهة المختصة"<sup>4</sup>.

### ثانيا : في مجال حماية المستهلك

لقد أدى التطور الصناعي والتكنولوجي وازدياد المنافسة الى تنوع السلع والخدمات، وازدياد تعقيدها التقني، وهو الامر الذي منح للمهنيين تفوقا كبيرا في العلاقات التعاقدية بفعل احتكارهم للمنتجات والخدمات، مما خلق نوع من اللامساواة بين المنتجين والموزعين من جهة، وبين المستهلكين من جهة أخرى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. المادة 15 ف.2 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. المواد 21 و 27 من القانون رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. أنظر المواد من 75 الى 79 من الق. رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. المواد 127، 134 من الق. رقم 90-11 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص.72.



منه فيمكن تعريف المستهلك على أنه الشخص الذي يغدو من أجل حاجاته الشخصية غير المهنية أو الصناعية، ويفترض على أنه غير مطلع على سر التصنيع ولا على مهارة التجهيز في البيع والتقديم<sup>1</sup>.

لعل هذه اللامساواة بين المنتجين والمستهلكين هو ما دفع بالم.ج.الى احاطة المستهلك بالحماية اللازمة، وهذا من خلال القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. بالإضافة الى القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

بالعودة الى القانون رقم 03-09 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نجد أنه قد بدأ بتعريف المستهلك، وذلك في نص المادة 3 والتي تنص على ما يلي: "المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"<sup>2</sup>.

كما جاء في القانون رقم 02-04 تعريف المستهلك في نص المادة 3 ف.3 بنصها على ما يلي: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قدمت للبيع، أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"<sup>3</sup>.

نظراً لكون عقد الاستهلاك من قبيل عقود الإذعان والتي يفرض بموجبها الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف، فهنا استبعاد كلي لمبدأ سلطان الإرادة وما يقوم عليه مبادئ وأسس (العقد شريعة المتعاقدين، تنفيذ العقد بحسن نية... الخ)، في هذا النوع من العقود، وهذا راجع لصفة المستهلك والذي يتصف بالضعف، سواء لجهله لمكونات السلع وتركيباتها، أو لصعوبة مقارنته بالمحترف نظراً لمركزه الاقتصادي القوي، والذي عادة ما يلجأ الى فرض شروط العقد على المستهلك، هذا الأخير الذي يجد نفسه مجبراً على الدخول في هذه العلاقة بسبب حاجته الى السلع والخدمات، وفي ذلك حد من حريته<sup>4</sup>. ويمكن اعتباره شرطاً تعسفياً في عقد الاستهلاك كل شرط لم يكن محل مفاوضات بين المهني والمستهلك، الذي يتم اشتراطه للإضرار بهذا الأخير، ونتج عنه عدم تعادل واضح بين حقوق والتزامات الاطراف الناشئة عن العقد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. جاك غستان، المرجع السابق، ص.73. و

Stéphanie Porchy Simon, droit civil 2eme année, les obligations, 6eme édition, édition Pallez, paris, 2010, p.69.

<sup>2</sup>. المادة 3 من القانون رقم 03. 09 ، المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، العدد 15 الصادرة في 08 مارس 2009.

<sup>3</sup>. المادة 3 ف.3 من القانون رقم 02-04 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. زوبير ارزقي، المرجع السابق، ص.33.

<sup>5</sup>. نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.49.

عليه وأمام هذا الوضع تدخل الم.الج بمنح سلطة للقاضي لتعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الاستهلاك أو الاعفاء منها كلياً ويكون هذا بطلب من المستهلك. وبالعودة الى المادة 3 ف.5 من الق رقم 04-02 نجد أنها عرفت الشرط التعسفي على أنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد"<sup>1</sup>.

من خلال نص المادة نستنتج بأنه لوصف شرط أو بند على أنه تعسفي، ينبغي أن تتوفر فيه الشروط أو العناصر الآتية:

- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
- أن يكون العقد مكتوباً.
- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكاً أو عوناً اقتصادياً.
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في العقد الى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد<sup>2</sup>.

كما أقر المشرع حماية للمستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، حيث ألزم البائع بإعلام المستهلك بالأسعار وهذا حسب نص المادة 5 من الق.رقم 04-02 والتي تنص على ما يلي: "يجب أن يكون اعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو رسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة".

بالإضافة الى حماية المستهلك من كل رفض لبيع سلعة أو خدمة ما دون مبرر شرعي متى كانت معروضة للبيع، وهذا حسب نص المادة 15 من الق. رقم 04-02 والتي تنص على أنه: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة"<sup>3</sup>.

نستنتج من خلال نص المادة أن لجريمة الامتناع أو رفض البيع عنصرين وهما:

- العنصر الاول: يتمثل في الامتناع عن البيع، حيث يرفض عارض السلعة بيعها بالرغم من أنها معروضة للبيع.

العنصر الثاني: ويتمثل في انعدام المبرر الشرعي والقانوني لهذا الامتناع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. المادة 3 ف.5 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص.108.

<sup>3</sup>. المواد 5 و 15 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. زويبير أرزقي، المرجع السابق، ص.73.

كما تعد من قبيل الممارسة التجارية غير الشرعية، أي ممارسة لأسعار غير شرعية، كرفع أو خفض الأسعار المقننة، والذي يعد كاستثناء عن مبدأ حرية الأسعار، وهذا حسب نص المادة 22 من الق. رقم 04-02 والتي تنص على ما يلي: "كل بيع سلع أو تأدية خدمة لا تخضع لنظام حرية الأسعار، لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقاً للتشريع المعمول به". وحماية للمصالح الاقتصادية للمستهلك جرم المشع من خلال نص المادة 23 من الق. رقم 04-02 كل ممارسة لأسعار غير شرعية كلما كانت ترمي الى:

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار.

- القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي الى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار<sup>1</sup>.

تكون العقوبة المقررة في حالة مخالفة نص المادتين 22، 23 من الق. رقم 04-02، غرامة مالية من عشرين ألف دينار (20.000 دج) الى مائتي ألف دينار (200.000 دج)، وهذا حسب نص المادة 36 من الق. رقم 04-02، هذا بالإضافة الى عقوبات تكميلية تتمثل في حجز البضائع موضوع المخالفات، مع امكانية حجز العتاد والتجهيزات المستعملة في ارتكاب المخالفة، مراعاة للمصلحة العامة، وهذا حسب نص المادة 39 من الق. رقم 04-02<sup>2</sup>.

لعل القوى غير المتوازنة والتي تميز العلاقة بين المهني والمستهلك، حيث يجعل المهني من معارفه وقدراته المادية بمثابة قانون يطبق على المستهلك، هو ما أدى الى ظهور جمعيات حماية المستهلك المنظمة أحكامها في القانون رقم 09-03 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث تهدف هذه الجمعيات الى تحسس وإعلام المستهلك بأخطار الاستهلاك، والتي قد تهدد سلامته وصحته، بالإضافة الى تعريفه بحقوقه وكيفية الدفاع عنها. وذلك عن طريق تنظيم الحملات التحسيسية، والتي تعد من أهم الوسائل المتبعة من قبل هذه الجمعيات<sup>3</sup>.

حيث تنص المادة 21 ف.1 من الق رقم 09-03 على ما يلي: "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقاً للقانون، تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. المواد 22 و 23 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

<sup>2</sup>. المواد 36 و 39 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، "دور وفعالية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013، ص.ص. 81-82.

<sup>4</sup>. المادة 21 ف.1 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر.

كما يمكن لجمعيات حماية المستهلك، وبهدف الدفاع عن حقوق المستهلك أن تمتلئه أمام الجهات القضائية<sup>1</sup>، وهذا حسب نص المادة 23 من القانون رقم 03-09 والتي تنص على ما يلي: " عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأس كطرف مدني"<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ومراجعة مضمون العقد

لقد أدى الأخذ بمبدأ الحرية التعاقدية الى حدوث تعسفات كثيرة تقترف باسم هذه الحرية، حيث غالبا ما يلجأ أحد المتعاقدين الى إملاء شروطه على المتعاقد الآخر، مما يجعل من هذا الأخير في مركز أضعف وأدنى. وكنتيجة للانتقادات الموجهة للمذهب الفردي أصبح المشرع ومن خلاله القاضي يعني بالظروف التي تيرم فيها العقود، فأصبح يتدخل في العقد كلما وجد ميزان العدالة مختلا، ليعيد بذلك للعقود توازنها وعدالتها، وذلك عن طريق منح سلطة واسعة للقاضي لمراقبة العقد بدءا من مرحلة انعقاده الى غاية مرحلة تنفيذه، فسلطة القاضي في تحديد العقد تكون في حالة الغبن والاستغلال، ومحاربة الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الاذعان، أما بالنسبة لمراجعة مضمون العقد فيكون طبقا لنظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث حوادث استثنائية تفترض تدخل للقاضي لرد الإلتزام الى الحد المعقول، بالإضافة الى ممارسته لمهنته المعتادة والمتمثلة في تفسير العقد.

### المطلب الاول : السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقد

إن من أبرز مظاهر تدخل القاضي في العقد، وفي ممارسة سلطته، الحالة التي يكون فيها تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد، وذلك عندما يكون هذا الاختلال ناتج عن غبن أو استغلال، كما قد يتضمن عقد الاذعان شروطا تعسفية، ليجد الطرف الضعيف نفسه مجبرا بسبب حاجته الى السلع والخدمات الى الاستسلام بشروط العقد دون مناقشة مسبقة لها، وفي هذه الحالة يتدخل القاضي لتعديل هذه الشروط مراعاة منه لمصلحة المدعن.

### الفرع الاول : الحالة المتعلقة بالغبن والاستغلال

سنتناول بالتفصيل كل من الغبن (أولا) ثم الاستغلال (ثانيا) .

#### أولا : الغبن

يمكن تعريف الغبن على أنه عدم التعادل بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وبين ما يعطيه الآخر، بمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين. ونستنتج من خلال هذا التعريف أن الغبن لا

<sup>1</sup>. بن لحرش نوال، المرجع السابق، ص.98.

<sup>2</sup>. المادة 23 من القانون رقم 03-09 السالف الذكر .

يتصور إلا في عقود المعاوضة أو العقود الاحتمالية، أما بالنسبة لعقود التبرع فلا محل للكلام فيها عن الغبن، على أساس أنه في هذا النوع من العقود يعطي فيها أحد المتعاقدين، ولا يأخذ. ولذلك لا يثار عدم التعاقد<sup>1</sup>.

لا مجال للحديث عن الغبن إلا من وقت تمام العقد، فينظر الى مدى تعادل أو اختلال الإلتزامات في هذا الوقت، وفي حالة تغير الظروف نتج بموجبها غبن أثناء تنفيذ العقد، فلا نكون بصدد غبن، بل نحن بصدد ظرف طارئ. والغبن قد يكون يسير وهو كثير الوقوع في المعاملات، وغبن فاحش أو جسيم وهو الغبن الذي يعتد به<sup>2</sup>.

لتحديد الحالات التي يكون فيها الغبن قائماً، انقسم الفقهاء الى نظريتين أساسيتين وهما النظرية المادية والنظرية الشخصية.

بالنسبة للنظرية المادية فهي تقوم على أساس موضوعي، والعبارة عند التفاوت بين التزامات المتعاقدين بالقيمة المادية لما أعطاه أحد المتعاقدين وما أخذه، وتحديد قيمة الشيء في حد ذاته يكون تبعاً للقوانين الاقتصادية ومنها قانون العرض والطلب<sup>3</sup>، واختلال الإلتزامات يتحقق الغبن بالرغم من علم المتعاقد المغبون بقيمة الشيء المادية، ولهذا يرى أنصار هذه النظرية أن الغبن عيب مستقل بذاته، كما أنه عيب في العقد لا في الرضا. ويعاب على هذه النظرية عدم مرونتها، وصعوبة تطبيقها على العديد من المسائل الاجتماعية، والتي يتغلب عليها العنصر النفسي<sup>4</sup>.

النظرية الثانية وتتمثل في النظرية الشخصية أو الذاتية، والتي تقوم على فكرة الغبن الاستغلالي، الذي يتحقق باستغلال أحد المتعاقدين لضعف المتعاقد الآخر<sup>5</sup>، حيث يرى أنصار هذا التصور أن الغبن الذي يقع فيه المتعاقد يعني حتماً عيباً في رضاه والعبارة بالضعف النفسي، ليكون الغبن بذلك عيب من عيوب الرضا<sup>6</sup>.

ينبغي الإشارة الى أن القانون القديم لم يكن يرى في عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين كعيب مؤثر في العقد، حيث لم يكن هذا التفاوت مكرساً إلا في الشرائع الدينية، حيث كان يسميه رجال الكنيسة بـ "الظلم العادل" أو "الاجر العادل"، غير أن هذه الظروف بالإضافة الى سيادة مذهب سلطان الإرادة، لم يمنع التقنين المدني الفرنسي من الأخذ بالغبن، إلا أنه حصره في حالات استثنائية ضيقة وهي القسمة وبيع العقار، والعبارة بالتفاوت المادي الذي يحدده المشرع<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.447.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.186.

<sup>3</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.199.

<sup>4</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.450.

<sup>5</sup>. تقيّة محمد، المرجع السابق، ص.142.

<sup>6</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.200.

<sup>7</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.136. وفيلالى علي، المرجع السابق، ص.198.

أما بالنسبة للمشرع الج. فقد أخذ بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على الغبن المادي في حالات خاصة. والغبن في هذه الحالات لا يعد عيباً في الإرادة هذا لعدم توقفه على وجود حالة الضعف، وإنما يعد عيباً في العقد ذاته، حيث تنص المادة 91 من الق.م على ما يلي: "يراعى في تطبيق المادة 9 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود". ومن هذه العقود عقد بيع العقار والمنصوص عليه في نص المادة 358 من نفس القانون والتي تنص على ما يلي: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع". بالإضافة إلى الغبن الذي يزيد على قيمة خمس قيمة نصيب المتقاسم في عقد القسمة، حيث تنص المادة 732 من الق.م على ما يلي: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته"<sup>1</sup>.

كما حرم الق.م الفوائد الربوية بين الأفراد، وهذا من خلال نص المادة 454 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك"<sup>2</sup>.

هو ذات الاتجاه الذي سلكه الق.م المصري حيث أخذ بالنظرية العامة للاستغلال، مع الإبقاء على حالات الغبن المجرد. والذي يعتد به بمجرد عدم التعادل بين الالتزامات، وذلك بغض النظر إذا كان هذا الغبن ناتج عن عيب في الإرادة أم لا، حيث نص على حالة الغبن في بيع العقار غير كامل الأهلية في نص المادة 425 من التقنين ال. المصري، في حين نص على الغبن الذي يزيد على خمس قيمة نصيب المتقاسم في عقد القسمة في نص المادة 845 من التقنين ال. المصري<sup>3</sup>.

عليه فيمكن القول بأن سلطة القاضي مستمدة في تعديل العقد في حالة الغبن المادي، في حين يمارس هذه السلطة في حالة الاستغلال بهدف إعادة التوازن في العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المواد 91-358-732 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> نصوص المادة 454 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. في حين يبلغ المقدار في التقنين المدني الفرنسي ب 12/7 وهذا حسب نص المادة 1674 و 887 من هذا التقنين.

<sup>3</sup> جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص.ص. 179-180. ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص.129.

<sup>4</sup> بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الج. والفقهاء الاسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص.104.

ثانيا : الاستغلال

لقد أدى انتكاس مبدأ سلطان الإرادة بظهور المذاهب الاشتراكية الى حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال، ليصبح بذلك المعيار في نظرية الاستغلال يقوم على أساس شخصي، في حين أصبحت النظرية المادية للغبن المظهر المادي لنظرية الاستغلال<sup>1</sup>.

يعرف الاستغلال على أنه عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر بغرض الحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الاخير مما يؤدي الى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه<sup>2</sup>.

من هنا يظهر الفرق بين الغبن والاستغلال في الحالات التالية:

- في الغبن ينظر الى التعادل بين التزامات المتعاقدين طبقا لمعايير مادية وأرقام يحددها القانون، بتوفرها تكون التزامات المتعاقدين مختلفة

- أما في الاستغلال فإن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين لا ينظر إليه في ذاته بل على أساس أنه عيب يشوب رضا أحد المتعاقدين، ويترتب عليه نفس الآثار المترتبة على سائر عيوب الرضا. فالغبن لا يطبق إلا في عقود محددة على سبيل الحصر، أما الاستغلال فهي قاعدة عامة تطبق على جميع العقود بما أنه عيب من عيوب الإرادة. بهذا يمكن القول أن الغبن عيب في العقد، في حين الاستغلال هو عيب من عيوب الرضا<sup>3</sup>.

هذا وقد نص المشرع الج. على الاستغلال في نص المادة 90 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخر وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، جاز للقاضي، بناء على طلب المتعاقدين المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة"<sup>4</sup>.

نستنتج من خلال نص المادة أنه يشترط لقيام الاستغلال عنصرين هامين وهما: العنصر المادي أو الموضوعي والعنصر النفسي أو المعنوي.

- فبالنسبة للعنصر المادي أو الموضوعي، يتحقق عندما تكون التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة تفاوتاً صارخاً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد الآخر، حيث لا يشترط حسب الأصل ان يتعادل

<sup>1</sup>. خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.66.

<sup>2</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.127. ومحمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.248.

<sup>3</sup>. تقية محمد، المرجع السابق، ص.142.

<sup>4</sup>. المادة 90 ف.1 و2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. وتقابلها نص المادة 129 ف.1 من التقنين المدني المصري.

التزامات المتعاقدين بل لابد حتى يتحقق هذا العنصر أن يكون هذا التفاوت صارخا فاحشا وشادا عن العادة المألوفة<sup>1</sup>.

ففي عقد البيع مثلا لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والمشتري، فقد يحدث غبن دون أن يمس ذلك بصحة عقد البيع، غير أنه في حالة الاختلال الفادح بين قيمة المبيع والثلث فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا يتحقق، وفي الوعد بالبيع إذا كان الواعد قد ألزم مثلا ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل. وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا، وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلال فادحا، وبالتالي فالعنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق أيضا، والعبرة في تقدير الشيء بقيمته الشخصية لا المادية، ويجب أن تكون هذه القيمة وقت التعاقد وليس بعد ذلك<sup>2</sup>.

من هنا فمعيار التفاوت لا يتحقق برقم ثابت، حيث يختلف بحسب ظروف كل حالة، والقاضي يقدر هذا التفاوت بالنظر الى ظروف كل متعاقد، لكن يشترط أن يكون الفارق جسيما وفادحا، وبالتالي فتقدير القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>3</sup>.

العنصر المادي للاستغلال كثير الوقوع في عقود المعاوضة، كالتفاوت بين ما يعطيه أحد المتعاقدين تنفيذا لالتزامه، وما يأخذه من عوض في مقابل ذلك، وعليه فالتفاوت يكون بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون وقيمة العوض الذي يتحصل عليه، وكذلك في العقود التبادلية والتي ترتب التزامات متبادلة ومتقابلة، حيث يمكن أن يكون تفاوتنا بين التزامات الطرف المغبون والتزامات المستغل، كما قد يتحقق التفاوت أيضا بالنسبة لعقود التبرع نتيجة لاستغلال الزوجة لضعف زوجها أو هوام الجامح نحوها<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للعنصر الثاني للاستغلال والمتمثل في العنصر النفسي أو المعنوي فيقوم هذا العنصر على مظهرين، يتمثل المظهر الاول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون، في حين يتمثل المظهر الثاني في استفادة الطرف الآخر لهذا الضعف<sup>5</sup>. وهذا الضعف النفسي قد يكون أحد الأمرين التاليين طيش بين أو هوى جامح. فالطيش البين هو الخفة والاندفاع دون تبصر أو اكتراث بالعواقب كالشخص الذي ورث مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحد فيه هذا الطيش ويبيعه شيئا بأضعاف ثمنه، ويشترط في الطيش أن يكون واضحا ومعروفا لدى الجميع، أما الهوى الجامح فهو الرغبة

<sup>1</sup>. ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص. 138. وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 129.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 131. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 190.

<sup>3</sup>. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 131. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 190.

<sup>4</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص. 206.

<sup>5</sup>. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 130. وفيلالى علي، المرجع السابق، ص. 208.



الشديدة أو الولع الذي يقوم في نفس الشخص تدفعه لتحقيق رغباته دون تبصر غير مبال بالعواقب، ويشترط في هوى أن يكون جامحا لا قبل لمن يقع في نفسه بالتغلب عليه<sup>1</sup>.

يلتزم لكي يكتمل العنصر النفسي للاستغلال أن يكون المتعاقد الآخر قد انتهز حالة الطيش اللين أو الهوى الجامح التي وجد فيها المتعاقد الآخر لحمله على إبرام التصرف والذي أدى الى غبنه. ومتى توافرت عناصر الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد المغبون<sup>2</sup>.

فبالنسبة لدعوى الابطال فتفرع من طرف المتعاقد المغبون، والذي عليه اثبات ما يدعيه، والقاضي في هذه الحالة غير مقيد بإبطال العقد بموجب دعوى الابطال. لأن الخيار بين ابطال العقد أو انقاص الالتزامات أمر يتوقف فيه القاضي بحسب ملائسات كل قضية وظروفها، لأن المسألة هنا هي مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها. كما أعطى المشرع للطرف المستغل في عقود المعاوضة أن يتوقى الابطال، إذا عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع لرفع الغبن<sup>3</sup>. وهذا حسب نص المادة 90 ف.1 والتي تنص على ما يلي: " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"<sup>4</sup>.

كما قد يرى القاضي عدم تأثير الاستغلال على ارادة المتعاقد المغبون بشكل كبير، فيقتصر على انقاص التزامات هذا المتعاقد الى الحد المعقول دون ابطال العقد فلا يجوز للقاضي من جهة أخرى رفع التزامات المتعاقد المستغل ولو كانت من بين طلبات المدعي المغبون، ومنه نستنتج أن القاضي في ممارسته لنشاطه التقديري فيما يخص الاستغلال يقتصر على 3 صور: إما ابطال العقد أو تعديله أو انقاص الالتزامات<sup>5</sup>.

ينبغي الإشارة في الأخير الى أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال مدة سنة من تاريخ العقد. وهذا حسب المادة 90 ف.2 والتي تنص على ما يلي: " ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة"<sup>6</sup>.

### الفرع الثاني : الحالة المتعلقة بعقود الأذعان

الأصل في التعاقد حرية أطرافه في تحديد شروط العقد، وهذا طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، كما لأطراف وفقا لهذا المبدأ الحرية في المناقشة والمساومة، كما أن القبول عادة كالإيجاب لا يصدر إلا بعد

<sup>1</sup>. جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص.181. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص.68.

<sup>2</sup>. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.286.

<sup>3</sup>. بوكماش محمد، المرجع السابق، ص.121.

<sup>4</sup>. المادة 90 ف.3 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. بوكماش محمد، المرجع السابق، ص.12.

<sup>6</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.175.

مفاوضات قد تطول وقد تقصر، غير أنه ونتيجة للتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي مس المجتمعات، أدى الى ظهور نوع من العقود تستبعد فيها أية مناقشة أو مساومة في شروطها، أين ينفرد فيها أحد الطرفين بوضع شروط العقد، ولا يكون في وسع الطرف الآخر إلا قبول العقد جملة أو رفضه جملة، وهذا ليس إلا نتيجة للمساواة القائمة بين الطرفين، حيث نجد طرف قوي اقتصاديا ينفرد بوضع قانون العقد على طرف ضعيف لا تتحصر حريته إلا في قبول أو رفض العقد وتسمى هذه العقود بعقود الاذعان. ترجمة للعبارة الفرنسية "contrats d'adhésion" أو "عقود الانضمام"، حيث سميت بعقود الاذعان بما يعبر عنه بمعنى الاضطرار في القبول<sup>1</sup>.

هذا وقد عرف الدكتور "عبد المنعم فرج الصدة" عقد الاذعان بقوله "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"<sup>2</sup>.

من خلال التعريف نستنتج أنه حتى يعتبر العقد من عقود الاذعان لابد من أن تتوفر فيه الخصائص التالية: - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية ليس لشخص معين وإنما لجمهور المستهلكين أو المنتفعين بصفة عامة، بحيث لا يتصور الاستغناء عن هذه السلع أو الخدمات في حياتهم اليومية، ومثال ذلك: المياه والكهرباء والخدمات التلفونية، وخدمات النقل بالسكك الحديدية<sup>3</sup>.

- احتكار هذه السلع أو المرافق احتكار قانوني أو فعلياً تجعل المنافسة محدودة النطاق.

- توجيهه غرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق الى جمهور، بحيث يصدر الايجاب عاماً، قد يكون في غالب الاحيان بشروط موضوعة سلفاً لا يقبل نقاشاً فيها، وهي في مصلحة الموجب لأنها تخفف من مسؤوليته العقدية، وتشدّد المسؤولية على الطرف الآخر المذعن<sup>4</sup>.

عليه فعقود الاذعان هي العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، حيث لا يملك القابل مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها، ويخير فقط بين رفض هذه الشروط أو التسليم بها، ولما كانت هذه العقود متعلقة بالسلع والخدمات لا غنى عنها للفرد في حياته اليومية فلا شك من أنه حتماً سيذعن لهذه العقود<sup>5</sup>.

في هذا الصدد يقول السنهاوري: "ولما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر الى قبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الاذعان، هذا

<sup>1</sup> السنهاوري عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 279.

<sup>2</sup> أشار إليه محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 10.

<sup>3</sup> ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص. 83.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 109. وقمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 831.

<sup>5</sup> لبني مختار، المرجع السابق، ص. 78.

الضرب من الاكراه ليس هو المعروف في عيوب الارادة، بل هو اكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية<sup>1</sup>.

الحديث عن عقود الازعان يقودنا الى التساؤل حول طبيعة هذه العقود فهل هي كسائر العقود الاخرى، أم لها طبيعة خاصة، وهذا الصدد انقسم الفقهاء الى مذهبين رئيسيين، فبعضهم يرى أن عقود الازعان ليست عقود حقيقية. في حين يرى البعض الآخر أنها عقود لا تختلف عن سائر العقود الاخرى. فبالنسبة للفريق الأول ومنهم "سالي" و "ديجيه" و "هوريو"، فينكرون الصبغة التعاقدية لعقود الازعان، حيث يرى "سالي" أنها ليست عقود حقيقية، وليس لها من العقد سوى الاسم، لأن العقد يفترض فيه توافق ارادتين عن حرية واختيار، في حين القبول في عقد الازعان هو مجرد اذعان ورضوخ لشروط معينة، والتي يكون مصدرها الارادة المنفردة للموجب، وعلى هذا الأساس وجب أن يفسر عقد الازعان بالاقتران على ارادة من وضع شروط العقد. لأن الأمر يتعلق بعمل من أعمال الإرادة المنفردة كما يرى "ديجيه"<sup>2</sup>.

منه نستنتج أن عقود الازعان عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه الإرادة المنفردة للموجب، فيكون بمثابة قانون أو لائحة، مما يبعد وصف العقد عنه<sup>3</sup>، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود الازعان يقوم باجتماع 3 عناصر تخرج عن النطاق العقدي، وتتمثل في عنصر العمومية أو المشاركة المرتبط بالإيجاب، والذي يكون عاما موجه للجمهور بوجه عام، وليس الى شخص معين بالذات، العنصر الثاني وهو عنصر الاكراه الذي يمارسه المشتري على الطرف المذعن نظرا لتفوقه الاقتصادي والاجتماعي، مما يؤدي الى اختلال العلاقة بينهما<sup>4</sup>، والاكراه هنا يختلف عن الإكراه المعروف في عيوب الرضا لكونه اكراه وثيق الصلة بالعوامل الاقتصادية منها بعوامل نفسية، العنصر الاخير ويتمثل في عنصر الازعان، والذي يمثل اذعان أو رضوخ الطرف الموجه له الايجاب للشروط أو البنود التي عرضها المشتري<sup>5</sup>.

هذا وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن عقود الازعان في الحقيقة لا تتضمن أية سلطة لائحية، بل هناك فارق كبير بين عقود الازعان والعمل الائحي والذي يتميز بالعمومية والصفة الآمرة والذي ينفرد الشخص العام بوضعها، دون الاعتراف برضى الافراد، في حين لا نجد ذلك في عقد الازعان الذي ينفرد فيه الموجب كفرد في وضع شروط العقد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.245.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، ص.247.

<sup>3</sup>. مثال ذلك كالتعاقد مع مصلحة البريد أو شركات الغاز والكهرباء، والايجاب في عقد التأمين، والذي يكون بمقتضى عقد نموذجي

معد ومطبوع مسبقا، أشار إليه بوكماش محمد، المرجع السابق، ص.154.

<sup>4</sup>. بودالي محمد، المرجع السابق، ص.14.

<sup>5</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.178.

<sup>6</sup>. عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص.133.

في حين يرى الفريق الثاني وهم من غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو بمثابة عقد، بغض النظر إن كان طرفاه متساويان في القوة الاقتصادية أم لا، حيث يكفي أن يتساوا الطرفان من الناحية القانونية، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن العلاج الأنجح لحماية الطرف الضعيف في عقد الاذعان يكون بإحدى الوسيلتين التاليتين: الوسيلة الاقتصادية وتتمثل في ضرورة اجتماع المستهلكين على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، ووسيلة تشريعية تتمثل في تدخل المشرع لا القاضي بهدف تنظيم عقود الاذعان حماية للطرف الضعيف<sup>1</sup>.

هذا وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه، وذلك من خلال نص المادة 70 من الق.م.و التي تنص على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"<sup>2</sup>. ونظرا لأن عقود الاذعان غالبا ما تتضمن شروطا تعسفية تضر بمصلحة الطرف المدعن، منح المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني حماية للطرف المدعن، وتكون هذه الحماية بوسيلتين: تتمثل الوسيلة الاولى في سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية، والوسيلة الثانية خاصة بتفسير عقد الاذعان<sup>3</sup>.

بالنسبة للشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الاذعان تنص المادة 110 من الق.م.و على ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>4</sup>.

من خلال نص المادة نستنتج مجموعة من الشروط الواجب توافرها في العقد، لمنح سلطة للقاضي بتعديل الشروط التعسفية، أو اعفاء الطرف المدعن منها، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- ان يكون هناك عقد اذعان.

- أن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المدعن، حيث يعد الشرط تعسفيا إذا قصد الإضرار بالطرف المدعن، وكانت المصالح التي يرمي الطرف القوي الى تحقيقها مصالح غير مشروعة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.179.

<sup>2</sup>. المادة 70 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup>. حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.179.

<sup>4</sup>. المادة 110 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. بوكماش محمد، المرجع السابق، ص.ص.158-162. في حين أورد الم. الفرنسي معيارين للشرط التعسفي وهما: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المفرطة، أشار إليه محمد بودالي، المرجع السابق، ص.76.

عليه ويتوافر الشرطين السابقين للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن من الخضوع لهذا الشرط والقاضي لا يجوز له أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه، وإنما يكون ذلك بناءً على طلب الطرف المذعن، وهذا عملاً بمبدأ حياد القاضي المدني<sup>1</sup>.

القاضي هو الذي يملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، فإذا كشف شرطاً تعسفياً فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه مراعاة لقواعد العدالة، وهنا القاضي لا يخضع في تقديره لرقابة المجلس الأعلى<sup>2</sup>.

كما قضت المادة 110 أن كل اتفاق يقضي بغير ذلك يكون باطلاً بطلان مطلق كأن يشترط الطرف القوي على الطرف المذعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة في العقد، وقبول الطرف المذعن ذلك<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتفسير عقد الإذعان أورده نص المادة 112 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"<sup>4</sup>.

في هذا الصدد يقول "سليمان مرقس" أن "ومن ناحية أخرى خص المشرع عقود الإذعان بميزة أخرى خرج بها على القاعدة العامة في تفسير العقود، وهي تقتضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين"<sup>5</sup>. المدين"<sup>5</sup>.

حالة تفسير عقد الإذعان كغيره من العقود لا يخلو من 3 حالات وهي:

حالة وضوح عبارات العقد، وحالة غموض عبارات العقد، وحالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

ففي الحالة التي تكون فيها عبارات عقد الإذعان واضحة في الدلالة وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فعلى القاضي في هذه الحالة تطبيق العقد وفقاً للمعنى الظاهر له<sup>6</sup>. وهذا وفقاً لنص المادة 111 ف.1 من الق.م والتي تنص على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"<sup>7</sup>.

أما إذا كانت عبارات عقد الإذعان غامضة، فيتعين على القاضي اللجوء إلى تفسير العقد وفقاً لطبيعة التعامل والعادات الجارية، والأمانة والثقة... الخ حيث تنص المادة 1156 من التقنين الفرنسي

<sup>1</sup>. لالة أحمد حدي، المرجع السابق، ص.115. ومحمد بودالي، المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.250.

<sup>3</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.39.

<sup>4</sup>. المادة 112 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر. وتقابلها نص المادة 151 من التقنين الم. المصري.

<sup>5</sup>. أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في الق.م.الج والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.146.

<sup>6</sup>. المرجع نفسه، ص.147.

<sup>7</sup>. المادة 111 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

على ما يلي: "يجب في العقود البحث عن النية المشتركة للتعاقد دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"<sup>1</sup>. وهذا حسب المادة 111 ف.2 والتي تنص على ما يلي: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للحالة الاخيرة وهي حالة قيام الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين يتعين تفسير الشك لمصلحة المدين، على أساس أن الأصل هو براءة الذمة، وبصفة استثنائية في عقود الاذعان في حالة غياب الارادة المشتركة بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، فيفسر العقد دون الاضرار بمصلحة الطرف المذعن دائئا كان أو مدينا وهذا على أساس أنه إذا كان في عقود الاذعان لبس أو غموض فمن العدل أن يتحمل واضع الشروط مسؤولية ذلك اللبس، ففي عقد التأمين بالمبلغ الذي تدفعه عند تحقق الحادث المؤمن منه<sup>3</sup>.

يمكن القول في الاخير أن ممارسة القاضي لسلطته في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان، هو بمثابة خروج عن الاصل والتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>4</sup>. والذي يقتضي احترام القاضي لقانون العقد وأن لا يجوز له أن يتدخل لتعديل العقد<sup>5</sup>.

#### الفرع الثالث : سلطة القاضي في تفسير العقد

إن الاصل في العقود أنها تتشأ بين أطرافه بتوافق الارادتين المتجهتان الى إحداث الأثر القانوني، هذا تسليما وتطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والذي بمقتضاه يمنع على القاضي التدخل لتعديل العقد، غير أن الأخذ بهذا المبدأ قد ترتب عليه نتائج سلبية، مما دفع بالمشرع الى منح سلطة للقاضي لتفسير العقد<sup>6</sup>، والذي يكون في أحوال معينة يتضمن عبارات واضحة يطبقها القاضي كما وردت في العقد، لكن في بعض الاحيان قد يكتنفها الغموض مما يتطلب تفسيره بهدف الوصول الى النية المشتركة ومن ثمة معرفة المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه. هذا وقد اختلفت التعاريف المقدمة للتفسير فهناك من يعرفه على أساس الهدف من عملية التفسير، وهناك من يعرفه على أساس البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين، حيث يعرف الاستاذ "محمد صبري السعدي" تفسير العقد على أنه: "هو أن يقف

<sup>1</sup> أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص.148.

<sup>2</sup> المادة 111 ف.2 من الأمر رقم 75-58، السالف الذكر.

<sup>3</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.40.

<sup>4</sup> انظر المادة 106 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup> لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص.ص.150-151.

<sup>6</sup> ويختلف التكييف عن التفسير في أن التكييف يهدف الى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان ابرامه والقواعد القانونية التي تطبق عليه والآثار المترتبة على هذا التصرف، أما التفسير فهو وسيلة لمعرفة حقيقة ما أراده المتعاقدين من خلال الألفاظ المستعملة. أشارت إليه عاشوري فاطمة، تفسير العقد على ضوء الق.م.الج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2004، ص.11.

القاضي على قصد الارادة المشتركة للمتعاقدين<sup>1</sup>. بينما يعرفه الدكتور "فيلاي علي" كالتالي: "تأويل العقد هو أن يصل القاضي الى ما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالارادة الظاهرة أو الباطنة"<sup>2</sup>. غير أن هذه التعريفات يشوبها نوع من القصور لذا يمكن الاخذ بالتعريف الذي قدوه الدكتور "عبد الكريم فودة" والذي جاء فيه: "تفسير العقد هي تلك العملية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الوصول الى الارادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا الى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"<sup>3</sup>.

هذا وقد نظم الم.الج موضوع تفسير العقد في نص المادتين 111 و 112 من الق.الم . ومن خلال نص المادتين نلاحظ 3 حالات لتفسير العقد، الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة والحالة التي يكون فيها عبارات العقد غامضة وحالة قيام الشك في التعريف على الارادة المشتركة للمتعاقدين. وسنتناول بالتفصيل هذه الحالات.

#### أولاً : حالة وضوح العبارة

تنص المادة 111 ف.1 من الق.الم على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين"<sup>4</sup>. ويتضح من خلال نص المادة أنه يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات الى معنى آخر، لأن الاصل أن العبارة الواضحة وهي الارادة الظاهرة تعبر عن حقيقة ارادة المتعاقدين، وهذا رعاية لمبدأ سلطان الارادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات<sup>5</sup>.

هو ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري: "إذا كانت العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن ارادة العاقدين المشتركة، ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة عن طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة تقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغاً في مراعاتها"<sup>6</sup>.

وضوح العبارة المستعملة قد يكون وضوحاً في حد ذاته، أو وضوحاً في بنود العقد، إلا أن الوضوح المقصود من خلال نص المادة 111 من الق.الم هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، مما يقتضي على القاضي عدم الانحراف عن العبارات الواضحة عن طريق تأويل العقد<sup>7</sup>، وهي هذا الصدد يقول "أنور سلطان": "الاصل هو الاخذ بالإرادة الباطنة أي بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، مع

<sup>1</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.276.

<sup>2</sup>. فيلاي علي، المرجع السابق، ص.306.

<sup>3</sup>. أشارت إليه عاشوري فاطمة، المرجع السابق، ص.11.

<sup>4</sup>. المادة 111 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.280. ومحمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص.131.

<sup>6</sup>. أشار إليه أنور سلطان، الموجز في مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص.230.

<sup>7</sup>. فيلاي علي، المرجع السابق، ص.383-384.



افتراض مطابقة الإرادة الظاهرة لهذه الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك... والمقصود بوضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء فيه من عبارات<sup>1</sup>

ينبغي الإشارة الى أن للقاضي وبالرغم من وضوح العبارات قد يلجأ في بعض الاحيان الى تفسيرها مهما بلغت درجة وضوحها، لأن هناك فرق بين وضوح الإرادة ووضوح العبارة، فقد تكون العبارة واضحة في حد ذاتها، إلا أن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح، فلا تدل العبارات المستخدمة مع وضوحها عن قصد المتعاقدين بل تدل على معنى آخر، ففي هذه الحالة يتصدى قاضي الموضوع للتفسير<sup>2</sup>. بالانحراف عن المعنى الظاهر الى المعنى الذي يقصده المتعاقدين<sup>3</sup>.

غير أن القاضي لا يجوز له القيام بذلك إلا بتوافر شرطين وهما:

- أن يفترض القاضي أن المعنى الواضح في عبارات العقد الواضحة هو نفس المعنى الذي قصده اليه المتعاقدين، فلا يجوز له الانحراف عن هذا المعنى الى غيره من المعاني، إلا إذا تبين عكس ذلك من ظروف الدعوى.

- أن يذكر القاضي هذا العدول عن المعنى الواضح في عبارات العقد الى غيره في أسباب الحكم، وإلا كان باطلا<sup>4</sup>.

في ذلك يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا، لأنه في حالة التزام محكمة الموضوع بالمعنى الواضح للفظ الظاهر، فلا حاجة الى بيان الاسباب في الحكم، في حين تمارس المحكمة العليا رقابتها في حالة الانحراف عن المعنى الظاهر، كما أن تقدير العبارات ما إن كانت واضحة أو غامضة، وما إن كانت تحتاج الى تفسير أم لا، مسألة قانونية تلزم القاضي بالتسبيب تحت رقابة المحكمة العليا<sup>5</sup>.

هذا وقد رأينا أن العبرة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع القاضي من البحث عن الإرادة الباطنة وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد<sup>6</sup>. ومنه نتساءل هل في ذلك أخذ بالإرادة الظاهرة دون الباطنة في تفسير العقد؟

الاجابة على ذلك هي أن القاضي لا يأخذ في العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا إذا كانت هذه الإرادة هي ذاتها الإرادة الباطنة، أما إذا بين العكس من ذلك، أي أن الإرادة الظاهرة ليست ذاتها

<sup>1</sup>. أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 231.

<sup>2</sup>. قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1954/02/6 ان: "الأمر قد يحتاج الى التفسير رغم وضوح العبارة، كما لو وجدت في العقد عبارتان كل منهما واضحة، ولكن بينهما من التناقض ما يقضي التفسير". جازيت دي باليه، 1945. 1. 116 أشار إليه محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 281.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص. 490. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 280.

<sup>4</sup>. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. 138. وجلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 254.

<sup>5</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص. 493.

<sup>6</sup>. فيلال علي، المرجع السابق، ص. 385.



الإرادة الباطنة فوجب على القاضي أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الظاهرة<sup>1</sup>. وبهذا يرى بعض الفقهاء أنه يمكن في حالة وضوح العبارة الظاهرة، البحث عن الإرادة الباطنة دون الانحراف عنها، وما المنع الذي أقره المشرع إلا منع اجرائي يمكن تفاديه بتسبيب الحكم<sup>2</sup>.

### ثانيا : عدم وضوح العبارة

تنص المادة 111 ف.2 على ما يلي: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"<sup>3</sup>.

نفهم من خلال نص المادة أنه إذا كانت عبارات العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، فيتعين على القاضي تفسيره بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. وهو ما أيده القضاء بالقرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، والصادر بتاريخ 1997/07/25 في القضية المنشورة بين (ب،أ) ضد (غ،ب) حيث قضت بأنه: "من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها، يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد، ومتى كان كذلك استوجب الرفض"<sup>4</sup>.

هذا ولم تتطرق أغلب التشريعات الى تعريف العبارة الغامضة تاركة الأمر للقضاء والذي حاول حصر بعض الحالات والتي تكون فيها العبارات غامضة ومنها:

- العبارة المبهمة وهي العبارة التي لا تفيد شيئا، ويصعب التعرف على ارادة المتعاقدين، مما يتطلب الحاجة الى تفسيرها، فالعبارة المبهمة لا يعرف منها أي معنى يستقيم والعقد<sup>5</sup>.

- العبارة التي تحمل أكثر من دلالة وهي عبارة غير دقيقة، تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرف إليه ارادة المتعاقدين.

- التناقض وهو أن تحمل العبارة أكثر من معنى للدلالة، ويكون التناقض إذا اصطدمت وتعارضت العبارات في الشرط الواحد، كما يكون التناقض أيضا في حالة تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.

<sup>1</sup>. السنهاوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.ص.493-494.

<sup>2</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.386.

<sup>3</sup>. المادة 111 ف.2 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>4</sup>. قرار المحكمة العليا، غ.ع، ملف رقم 149300، الصادر بتاريخ 1997/07/25، (ب.أ) ضد (غ.ب)، المجلة القضائية عدد 1997،2، ص.51.

<sup>5</sup>. عاشوري فاطمة، المرجع السابق، ص.43.

- العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، وهذا التعارض بين العبارات الواضحة من شأنه أن يرتب غموضاً بخصوص إرادة المتعاقدين.

- النقص وهو اغفال المتعاقدين لبعض التفاصيل المهمة، والتي لو لاهها لما استقام المعنى<sup>1</sup>. وهو ما أخذ به القضاء الج. في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1983/04/13 والذي جاء فيه: "حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع، فالعبرة بما اتفق عليه الطرفين، وبما ان العقد لم يشر الى الرسم الأمر اصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير علاقة البيع"<sup>2</sup>.

بالعودة الى نص المادة 111 ف.2 فقد قررت وجوب تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون البحث عن المعنى الحرفي للألفاظ، ومنه نتساءل: ما المقصود بالإرادة المشتركة في هذه الحالة هل هي الإرادة الظاهرة أم الباطنة؟

يرى بعض الفقهاء أن النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير هي الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة. ما يؤخذ على هذا الرأي أنه في غالب الاحيان ما تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت الى الاتفاق على أمر معين، إلا أنهما عبرا عنه تعبيراً غير دقيق وبالتالي فلا يعتد بالإرادة الظاهرة في هذه الحالة<sup>3</sup>.

في حين تتمثل الإرادة المشتركة عند الآخرين في الايجاب الموجه من الموجب الى الطرف الآخر على نحو يفهمه أو يستطيع أن يفهمه، والعبرة تكون بهذا الفهم الحاصل فعلاً أو حكماً لكونه الفهم الذي انصرفت اليه نية المتعاقدين. ويعاب على هذا الرأي أنه من الناحية العملية نجد غير ما ذهب اليه هذا الرأي، لكون المتعاقدين يتفاوضان ويتساومان ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ليصلا في آخر المطاف الى تعبير واحد يرتضيانه معاً، كما أن العقد هو اتفاق إرادتين على احداث أثر قانوني معين. ومنه فلا يمكن الاعتراف بإرادة الموجب لوحده<sup>4</sup>.

كما يرى "سالي" أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين بعد أن يقارب بينهما، دون أن يضحى بأحدهما لمصلحة الآخر. ويلاحظ أن الإرادة عند الفقيه "سالي" ليست تلك الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وإنما تلك التي يستخلصها القاضي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.387. وعاشوري فاطمة، المرجع السابق، ص.ص.43-44.

<sup>2</sup>. قرار المحكمة العليا، غم، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ، 1983/04/13، المجلة القضائية عدد 1، 1990، ص.19.

<sup>3</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.495.

<sup>4</sup>. فيلالى علي، المرجع السابق، ص.388.

<sup>5</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.496.

هناك من الفقهاء من يرى أيضا أن المقصود بالإرادة المشتركة هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها، والمحددة بما يمكن أن يفهمه كل متعاقد من التعبير الموجه إليه من المتعاقد الآخر، لذا فمن المتعذر هنا الاعتداد بالإرادة الظاهرة لأنها قد تغاير الإرادة الباطنة<sup>1</sup>.

القاضي عند كشفه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يستأنس بمجموعة من العوامل قد تكون عوامل داخلية في العقد، وقد تكون خارجة عن العقد. فبالنسبة للعوامل الداخلية أو الذاتية فتتمثل فيما يلي:

- العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني فحسب نص المادة 111 من الق.م يبحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فوجب عليه ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على العقد.

- ترجيح المعنى الذي يكون له أثر في العقد، وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي بعبارة "إعمال الكلام خير من إهماله"<sup>2</sup>.

- عبارات العقد كاملة تفسر بعضها البعض فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل العقد. ومثال ذلك أن ترد إحدى العبارات كقاعدة عامة، وتقرر الأخرى استثناء لها وفي هذه الحالة وجب الأخذ بهذا الاستثناء أيضا.

- تخصيص حالة الذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، ففي حالة بيع أحد الأشخاص أرضا زراعية وذكر في العقد أن بيع الأرض يشمل المواشي، فذكر المواشي هنا لا يعني أن الأرض تباع بما يتبعها من مواشي فقط، وإنما تباع بكل ما يلحقها من توابع أخرى على أساس أن الفرع يتبع الأصل<sup>3</sup>.

هذه العوامل هي نفسها التي أخذ بها القاضي الفرنسي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد، فهي عوامل ليست ملزمة للقاضي. حيث بإمكانه أن يأخذ ببعضها دون الأخذ بغيرها<sup>4</sup>.

أما العوامل الخارجية فقد أشارت إليها نص المادة 111 ف.2 بنصها: " مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". وعليه فالقاضي يعول في تفسيره بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف.

فالأمانة تقضي أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته، فإذا تبين له ان هناك خطأ في التعبير فإن الأمانة تقضي منه أن يستغل هذا الخطأ في تحقيق فائدة لا حق له فيها.

<sup>1</sup>. أنور سلطان، المرجع السابق، ص.233.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.283.

<sup>3</sup>. خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص.ص.139-140.

<sup>4</sup>. محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص.284. وانظر المواد 1163-1157-1161 من التقنين المدني الفرنسي.

أما الثقة فتقتضي أن من يتلقى تعبيراً عن الإرادة أن يفهمه على معناه الظاهر، طالما لم يكن في إمكانه إدراك حقيقة معناه<sup>1</sup>. كما نص القانون على الإستهداء بالعرف الجاري في المعاملات، والذي يقصد به كل عادة شائعة بين المتعاقدين، فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى فوجب حينئذ تفسيرها على المعنى الذي يتفق مع العرف، وينبغي الإشارة إلى أن القاضي لا يطبق العرف إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية، أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم حالة معينة<sup>2</sup>.

أما طبيعة التعامل فيقصد به البحث عن نوع العقد. وعلى هذا الأساس فطبيعة التعامل قد تؤدي إلى الكشف عن الإرادة المشتركة ليس للمتعاقدين بحد ذاتها، ولكن لكل متعاقدين ينعقدان على نحو معين وفي ظروف معينة، فهناك احتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل، ومثال عن ذلك قد يتضمن عقد شركة التضامن شرطا يقضي بقابلية انتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث، وهذا الشرط قد يفسر على معنيين، الأول أنه حالة استثنائية تسمح بانتقال الحصص، والثاني يفهم منه أنه في حالة وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة، وبالجموع إلى طبيعة التعامل يؤدي إلى الأخذ بالمعنى الثاني لانسجامه أكثر مع طبيعة عقد شركة التضامن<sup>3</sup>.

### ثالثا : حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة

في حالة ما إذا لم يتوصل القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين استخلاصا واضحا، وتعذر عليه بعد استخدام المعايير السابقة القطع برأي وقام لديه شك بشأن تفسير عبارات العقد الغامضة بحيث تحمل معنيين، ففي هذه الحالة وجب الأخذ بالمعنى الذي يكون فيه صالح للمدين، وقد نصت على هذه القاعدة نص المادة 112 ف.1 من الق.الم "يؤول الشك في مصلحة المدين"<sup>4</sup>.

هذه القاعدة تبررها عدة اعتبارات منها أن الأصل هو براءة ذمة المدين من أي التزام، فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد وجب تفسير الشك لمصلحة الطرف الذي يقع عليه الالتزام<sup>5</sup>، أما إذا كان العقد ملزما لجانبين فتفسر العبارات لأحد المتعاقدين في بعض الأحيان وللمتعاقدين الآخر في أحيان أخرى، فمثلا تفسير العبارات المتعلقة بالتزام المشتري بدفع الثمن لصالحه، بينما تفسر العبارات المتعلقة بالتزام البائع بالتسليم لصالحه<sup>6</sup>، وإذا كان هناك شك في وجوب اعدار المدين فسر هذا الشك لمصلحته فوجب اعداره، وإذا كان المدين ملتزما بإنشاء طريق معينة دون أن يحدد الاتفاق على كيفية انشاء هذه الطريق فله اتباع أيسر الوسائل وأقلها نفقة<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>. أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص. 208. ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص. 188.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 284. ومحمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص. 133.

<sup>3</sup>. أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 235. وفيلالي علي، المرجع السابق، ص. 390.

<sup>4</sup>. المادة 112 ف.1 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup>. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 103.

<sup>6</sup>. جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 256.

<sup>7</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 502.

هذا وقد استثنى المشرع الح. من هذه القاعدة الحالة المتعلقة بعقود الاذعان، فتنص المادة 112 ف.2 على ما يلي: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"<sup>1</sup>.

معنى ذلك ان تفسير العقد ذو العبارات الغامضة يجب ان يكون دائما لمصلحة الطرف المذعن دائئا كان أو مدينا، وذلك لأن الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف اقتصاديا لا يكون له دخل في وضع عبارات العقد، إذ تكون غالبا من إملاء الطرف الآخر (القوي) فمن الطبيعي أن يتحمل هذا الطرف القوي ما فيها من غموض، ومنه فلا يفسر الشك لمصلحته<sup>2</sup>.

أما بخصوص رقابة المحكمة العليا على تفسير العقد فهناك ما يدخل في مسائل قانون والتي تخضع لرقابة المحكمة العليا، ومسائل وقائع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا حيث تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، على أنه هناك من يرى في المقارنة بين تطبيق القانون وتطبيق العقد، أن تأويل هذا الأخير باعتباره قانون المتعاقدين كتأويل القانون تعد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، غير أن هذه الآراء ضعيفة لأنه في حقيقة الأمر التشابه الموجود بين العقد والقانون يقتصر على القوة الإلزامية لا غير<sup>3</sup>.

عليه تعد مسائل القانون خاضعة لرقابة المحكمة العليا، ومنها القاعدة التي تقضي بأنه في حالة ما إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما تراقب المحكمة العليا كفاية الاسباب التي استند إليها قاضي الموضوع في حالة الأخذ بتفسير معين، وذلك من منطلق أن القاضي في حالة قيامه بالتفسير رغم وضوح العبارة أن يسبب الظروف والاسباب التي دفعته الى ترك المعنى الواضح في حكمه، ويخضع الحكم للبطلان في حالة قصوره<sup>4</sup>.

كذلك إذا اغتم القاضي فرصة تأويل العبارات الغامضة لتغيير العبارات الواضحة الدلالة، أو يعفي الأطراف من تنفيذها. فالتحريف هنا يحصل بالخروج عن إرادة المتعاقدين لا عن حرفية النص. ويعتبر كذلك من قبيل التحريف قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين مع استثناء عقود الاذعان، ففي حالة ما إذا كان تفسير القاضي ضارا بمصلحة المدين أو الطرف المذعن فيتعين نقض حكمه، كما يتعين أن تكون الوقائع التي يستند إليها القاضي في استخلاصه للإرادة المشتركة أن تكون وقائع موجودة وغير متناقضة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المادة 112 ف.2 من الامر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص.151. ومحمد شريف احمد، المرجع السابق، ص.134.

<sup>3</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص.394. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.290.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص.ص.290-291.

<sup>5</sup> فيلالى علي، المرجع السابق، ص.396.

كما تعد مسألة تكييف العقد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، إذ على القاضي أن يتمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف، وتكييف العقد بمثابة تطبيق للقانون ويعد التكييف السيء للعقد بمثابة التطبيق السيء للقانون<sup>1</sup>.

أما المسائل الواقعية فهي مسائل لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، وتتحصر فيما يجريه القاضي من بحث للإستدلال على النية المشتركة، وتقديره للمعايير التي يستعين بها لهدف الكشف عن هذه النية من ثقة وعرف...الخ. وفي حالة ما إذا أخطأ القاضي في فهم أي معيار من المعايير السابقة فإن خطأه واقع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، على أساس أن الإساءة في فهم شروط العقد تعد بمثابة مخالفة للعقد لا للقانون. كما أن القاضي في بحثه عن عوامل استخلاص الإرادة له السلطة التقديرية ففي حالة قصور العوامل الداخلية له أن يلجأ الى العوامل الخارجية. غير أن السلطة التقديرية مشروطة بالتسبب تجنباً لنقض الحكم نتيجة القصور في التسبب<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني : سلطة القاضي في مراجعة مضمون العقد

إذا كان الاصل في العقد أنه شريعة المتعاقدين حيث أنه بمجرد انشائه صحيحاً التزم أطرافه بتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد. غير أنه كثيراً ما يحدث أن تتغير الظروف التي أبرم من خلالها العقد على اثر حادث طارئ لم يكن من الممكن توقعه، ويحدث ذلك خاصة في العقود المستمرة أو المتراخية التنفيذ. ولهذا منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية برد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول. ومن جهة أخرى وخروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومراعاة لاعتبارات العدالة منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لتنفيذ العقد وإنهائه.

#### الفرع الأول : مراجعة مضمون العقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئة

يتطلب دراسة نظرية الظروف الطارئة الى التطرق أولاً الى تحديد مضمونها، وثانياً الشروط الواجب توفرها في النظرية، وأخيراً الى الأحكام المتعلقة بها.

#### أولاً : مضمون نظرية الظروف الطارئة

يرجع ظهور نظرية الظروف الطارئة الى الفقه الكنسي، حيث قرروا عدم جواز الغبن سواء كان ذلك في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه<sup>3</sup>، ومضمون النظرية حسب فقهاء القانون الكنسي أن العقد يفترض أن يتضمن شرط ضمني مقتضاه أن الظروف الاقتصادية التي انعقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا

<sup>1</sup> انور سلطان، المرجع السابق، ص.238. وفيلالي علي، المرجع السابق، ص.395.

<sup>2</sup> عاشوري فاطمة، المرجع السابق، ص.ص.86-87.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.252.

يتغير تغيراً جوهرياً، وفي حالة ما إذا تغيرت فوجب تعديل العقد<sup>1</sup>، غير أن هذه النظرية ما لبثت أن اندثرت بفعل تقلص نفوذ الكنيسة نتيجة لاستقرار مبدأ سلطان الإرادة بقوة سلطان المذهب الفردي<sup>2</sup>.

كما لم يأخذ القانون الفرنسي القديم بهذه النظرية، وتبعه في ذلك القانون المصري القديم. غير أن ذلك لم يمنع مجلس الدولة الفرنسي من الأخذ بهذه النظرية وذلك في حكم له بتاريخ 30/يونيو/1916، في القضية المعروفة لشركة الغاز بمدينة بوردو، حيث كانت الشركة ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر، ثم ارتفع السعر نتيجة لحادث استثنائي وهو الحرب، فقام مجلس الدولة الفرنسي بتعديل العقد بما يتفق مع هذا الارتفاع في السعر<sup>3</sup>.

كباقي التشريعات الحديثة فقد كرس الم.الحج نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 107 ف.3 من الق.الم والتي تنص على ما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>4</sup>. ويبدو أن وضع هذه المادة غير سليم، ذلك لأن هذه النظرية تعد استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لذلك كان من المستحسن النص عليها في ف.2 من المادة 106<sup>5</sup>.

يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة على أنها الحالة الاستثنائية التي يطرأ فيها بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث لم يكن متوقع، من شأنه ان يؤدي الى اختلال توازن بين التزامات الطرفين اختلال فادحاً، إذ يصبح الإلتزام الملقى على عاتق المدين مرهقاً له ارهاقاً شديداً، ويترتب على تنفيذه له خسارة فادحة<sup>6</sup>.

### ثانياً : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط، منها ما يتعلق بالعقد، ومنها ما يتعلق بالطرف الطارئ. فبالنسبة للشروط المتعلقة بالعقد فهي كالتالي:

- الشرط الاول أن يوجد عقد متراخي التنفيذ: يشترط في تطبيق النظرية أن يكون الإلتزام الملقى على عاتق المدين ناشئاً عن العقد، إذ أن كل التزام لا ينشأ عن عقد لا تسري عليه أحكام هذه النظرية<sup>7</sup>، بالرغم

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.707. وحمدى محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.235.

<sup>2</sup> محمد شريف احمد، المرجع السابق، ص.147.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.313. وبلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.254.

<sup>4</sup> الماد 107 ف.3 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>5</sup> أشار إليه محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.315. وخليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.82.

<sup>6</sup> ياسر باسم ذنون، ورؤى خليل ابراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الاحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 57، السنة 28جانفي، 2014، ص.118.

<sup>7</sup> المرجع نفسه، ص.189.



بالرغم من أن هذا الشرط لم تقضي به نص المادة 107 من الق.الم إلا أن وجوده أمر تقتضيه منطق النظرية وهذا يعني أن مجال تطبيقها يكون في نطاق العقود التي يتراخى تنفيذها، وهذا التراخي قد يكون بسبب طبيعة العقد ذاته كأن يكون من العقود الزمنية أو المستمرة، كما قد يكون هذا التراخي راجعا الى اتفاق المتعاقدين كما لو منح البائع للمشتري أجلا للوفاء بالثمن<sup>1</sup>.

كما لا يمنع من تطبيق النظرية على العقود الفورية، فيكون ذلك في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد بعد، ثم حدث الظرف طارئ قبل هذا التنفيذ، غير أنه يجب أن لا يحدث التراخي في تنفيذ العقد الفوري بسبب المدين، فإذا كان راجعا الى خطئه أو تقصيره فلا يستفيد من احكام القانون الخاصة بنظرية الظروف الطارئة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فبالرغم مما تنطوي عليه من احتمال الكسب أو الخسارة إلا أنه لا يمنع من جواز تعديلها بسبب الظروف الطارئة بشرط أن تكون الخسارة الفادحة التي لحقت المدين خسارة غير متوقعة<sup>3</sup>.

- الشرط الثاني أن تطرأ نظرية الظروف الطارئة في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه: فإذا كانت هذه الظروف موجودة قبل انعقاد العقد فلا يؤثر عليه. ويرجع السبب في ذلك لاحتمال تغير الظروف أثناء سريان تلك العقود<sup>4</sup>.

أما الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ فهي كما يلي:

- الشرط الاول أن تكون هذه الظروف أو الحوادث استثنائية وعامة وغير متوقعة: فالحادث الاستثنائي هو الظرف النادر بحسب السير العادي للأمر، كالزلازل أو فرض تسعيرة جبرية أو إلغائها. ويجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين كمرضه أو إفلاسه. كما ينبغي أن يكون الحادث الطارئ عاما غير قاصر على المدين، وإنما يكفي أن يصيب الأفراد الذين ينتمون الى طائفة أو اقليم أو مدينة معينة<sup>5</sup>. معينة<sup>5</sup>. كما يشترط في الظرف الطارئ أن يكون غير متوقع، فإذا كان متوقعا أو من الممكن توقعه فلا سبيل لتطبيق النظرية، ولا يكفي ذلك بل يجب أن لا يكون في الاستطاعة دفعه أو تحاشيه<sup>6</sup>.

- الشرط الثاني أن يجعل الحادث تنفيذ الإلتزام مرهقا وليس مستحيلا: ويقتضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الإلتزامات ممكنا ولكن مرهقا للمدين، ومن هنا يظهر الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة حيث أن هذه الأخيرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا استحالة تؤدي الى انقضاء الإلتزام، أما الحادث الطارئ

<sup>1</sup>. خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.111. وحمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.239.

<sup>2</sup>. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص.199. و ابو السعود رمضان، المرجع السابق، ص.255.

<sup>3</sup>. جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص.261.

<sup>4</sup>. ياسر باسم ذنون ورؤى خليل ابراهيم، المرجع السابق، ص.190.

<sup>5</sup>. انور سلطان، المرجع السابق، ص.246.

<sup>6</sup>. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.722.



فيجعل الإلتزام مرهقا يترتب عليه خسارة فادحة، والعبرة في تقدير هذه الأخيرة هو بموقف الشخص العادي. فالمعيار موضوعي وليس ذاتي<sup>1</sup>، ومن هنا يكمن الفرق بين الظرف الطارئ ومعه نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال، في أن هذه الأخيرة ذات معيار شخصي في حين الحوادث الطارئة والإذعان فلهما معيار مادي<sup>2</sup>.

هذا وقد أضافت محكمة النقض المصرية شرط آخر وهو ضرورة أن يتمسك المدين بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث ترى أنه لا تتناقض هذا الشرط والشرط الأخير من نص المادة 147 ف.2 والتي تقابلها نص المادة 107 ف.3 من الق.م.الج والتي تنص على ما يلي: "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>3</sup>.

### ثالثا : أحكام نظرية الظروف الطارئة

إذا توفرت الشروط المتقدمة البيان وجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فيجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، ويكون ذلك إما بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، وإما بإنقاص التزام المدين، وإما وقف العقد لحين زوال الحادث الطارئ.

فقد يرى القاضي زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق حتى يحقق التوازن الاقتصادي، وعليه في ذلك الاعتداد بالزيادة المألوفة<sup>4</sup>. كما قد يرى القاضي انقاص التزام المدين ومثال ذلك أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع حلوى، ولحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا فينقص القاضي من هذه الكمية برد التزام الشركة الى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي<sup>5</sup>. كما يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد ريثما ينتهي الحادث الطارئ، وخاصة في الحالة التي يرى فيها القاضي أن الحادث الطارئ سرعان ما يزول وبأن الدائن لن يتضرر من وقف تنفيذ العقد<sup>6</sup>.

ينبغي الإشارة في الأخير الى أن سلطة القاضي تنحصر في زيادة أو انقاص الإلتزام أو وقفه دون فسخ العقد، والعبرة بذلك أنه في تعديل الإلتزام توزيع عادل للخسارة بين الدائن والمدين، في حين الفسخ يؤدي الى أن الدائن هو من يتحمل الخسارة لوحده. كما يعد حكم نص المادة 107 من النظام العام، حيث يبطل كل اتفاق باستيعاده<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.100. وبلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.ص.257-258.

<sup>2</sup> أشار إليه السنهوري عبد الرزاق، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.707.

<sup>3</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.242.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص.248.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.320.

<sup>6</sup> خليل احمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.113.

<sup>7</sup> حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.249. وبلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.260.

الفرع الثاني : الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد

إذا كان الاصل أن للمتعاقدين الحق في أن يقوموا بتنفيذ العقد وفقا لما اتفقا عليه، إلا أنه عادة ما يشوب اتفاقهما نوع من النقص أو الغموض، وفي هذه الحالة أجاز القانون للقاضي سلطة التدخل في العقد لتكملة إرادة المتعاقدين، كما قد يتدخل القاضي في حالات معينة لإنهاء العقد. ولهذا سوف نتعرض أولاً لمظاهر تدخل القاضي في تنفيذ العقد، ثم الى الحالات التي يتدخل فيها لإنهاء العقد.

أولاً : تدخل القاضي في تنفيذ العقد

لقد منح الم.الج من خلال نصوص القانون المدني للقاضي السلطة التقديرية للتدخل في تنفيذ العقد، وفي ذلك قيد وارد على ارادة المتعاقدين، ففي الوعد بالتعاقد إذا نكل أحد المتعاقدين بعد أن اتفق مع الطرف الآخر على ابرام العقد في المستقبل أن يلجأ الى القضاء ليحل بذلك حكم القاضي محل العقد. وهذا حسب نص المادة 72 من الق.الم وفي حالة ما إذا لم يقم المدين الملتزم بقيام بعمل، جاز للدائن بعد الحصول على ترخيص من القاضي أن ينفذ الإلتزام على نفقة المدين وذلك بشرط أن يكون التنفيذ العيني ممكناً حسب نص المادة 170 من الق.الم<sup>1</sup>.

في بعض الاحيان تكون الإلتزامات التي تتضمنها بعض المعاملات مؤجلة أي مرتبطة بأجل. ونتيجة لظروف خاصة قد يحدث أن يتخلف المدين عن أداء ما عليه في هذا الأجل، فللقاضي أن يمنحه مدة يستطيع خلالها أن يقوم بتنفيذ التزامه وهو ما يسمى بنظرة الميسرة، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذه المهلة. غير أن نص المادة 281 من الق.الم اشترطت أن لا تزيد المدة عن سنة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للحالة المتعلقة بالشرط الجزائي، والذي يتفق المتعاقدان بمقتضاه مقدما على تقرير تعويض الذي يستحقه الدائن في حالة اخلال المدين مستقبلا في أداء التزامه، فقد منح المشرع للقاضي سلطة تعديل هذا الشرط عن طريق الزيادة في التعويض المتفق عليه، إذا اثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وأن الضرر اللاحق به أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتفق عليه. كما له سلطة تخفيضيه في حالة ما إذا كان التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغاً فيه، أو أن الإلتزام الاصيلي قد نفذ في جزء منه. وتقدير ما إذا كان الشرط الجزائي مفرطاً أم لا أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي<sup>3</sup>.

في عقد الوكالة للقاضي أن يتدخل إذا كانت بأجر لتخفيضه في حالة المبالغة فيه، كما له أن يزيد منه. كما للقاضي بناء على طلب من الدائن أن يحكم بمبلغ على المدين عن كل تأخر قام به في

<sup>1</sup> أنظر المواد 72 و 170 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر

<sup>2</sup> انظر المواد 281 و 210 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المواد 183 و 184 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

الوفاء بالتزامه، وهو ما يسمى بالغرامة التهديدية وللقاضي أن يزيد من مقدار المبلغ كلما رأى ضرورة للزيادة دون رقابة من المحكمة العليا<sup>1</sup>.

### ثانيا : تدخل القاضي لإنهاء العقد

على الرغم من أن العقد ينشأ بتوافق الارادتين، واتجاههما الى ترتيب آثاره إلا أنه في بعض الاحيان قد يرى المشرع ضرورة انهاء العقد. ففي حالة مخالفة أركانه للنظام العام كأن يكون محل العقد أو سببه غير مشروعاً تدخل القاضي لإبطاله. كما يجوز أيضا إنهاء العلاقة التعاقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين، ففي عقد المقاولة إذا طرأت ظروف أدت الى عدم التوازن بين التزامات كل من المقاول ورب العمل جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو فسخ العقد<sup>2</sup>.

في عقد الشركة للقاضي سلطة حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء. كما له أن يثير من تلقاء نفسه اختلال أحد أركان العقد، وأن يحكم بالبطان إذا طلب منه، وحتى من دون أن يطلب ذلك الخصوم وذلك في حالة عدم توافر الشكل أو الرضا أو محل أو سبب العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> انظر المواد 581 و 174 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>2</sup> أنظر المواد 96 و 97 و 561 ف.3 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

<sup>3</sup> أنظر المواد 441 -102 من الأمر رقم 75-58 السالف الذكر.

خاتمة

من خلال تطرقنا في هذه الدراسة الى مبدأ سلطان الارادة والدور الذي يلعبه في انشاء العلاقة التعاقدية، حيث كان هذا المبدأ مكرسا بشكل مطلق خلال القرنين 18 و 19 أين اتخذ المذهب الفردي مصدرا للحقوق والواجبات مستندا في ذلك الى القانون الطبيعي الذي يقدر الحرية الفردية. وحسب أنصار هذا المذهب فالإرادة الحرة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد الآثار المترتبة عليه. ونستخلص من ذلك ما يلي:

للفرد الحرية في التعاقد واردة وحدها تكفي لإبرام العقود، فالشخص أصلا لا يخضع إلا لشرعيته الذاتية. الإرادة الحرة هي أساس القوة الملزمة للعقد والاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقيها. السماح للأشخاص في أن يتعاقدوا بمحض ارادتهم خاصة في نشاطهم الاقتصادي، يرتب بذلك علاقات أكثر عدلا فيما بينهم، وهذا طبقا وعملا بمبدأ " دعه يعمل دعه يمر" لتتحقق بذلك المنفعة الاجتماعية.

على هذا الاساس فللشخص الحرية التامة والمطلقة في اللجوء الى المفاوضات والتي له الحرية في قطعها دون أن يرتب القانون على ذلك أية مسؤولية، وانطلاقا من فكرة أن جميع الحقوق والالتزامات ترجع في مصدرها الى الإرادة. فللفرد الحرية التامة في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد فلا اجبار عليه بحسب الاصل على الدخول في علاقة تعاقدية لا يرغبها، كما له من جهة أخرى الحرية في اختيار المتعاقد الآخر حيث يفضل التعاقد مع شخص معين بالذات ومن هنا يبرز دور الإرادة في تمييز ما يحقق مصالح صاحبها.

كما كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث يعتبر نص المادة 106 من الق.الم تطبيقا مباشرا لهذا المبدأ، أين اعتبرت العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله ولا نقضه إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز للقاضي بداعي احترام العدالة التدخل لتعديل العقد.

تكريسا لمبدأ الرضائية لم يشترط الم.الج شكل خاص في التعبير عن الإرادة، فلطرفي العقد الحرية في التعبير عن الايجاب والقبول فللموجب من جهة الحرية في اصدار إيجابه وأن يعدل عنه، كما للقابل أن يقبل أو يرفض الايجاب. كما لم يحدد الم.الج طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة فيجوز التعبير عنها باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، وحتى التعبير الضمني الذي يستخلص من ظروف الحال يصلح للتعبير عن الإرادة، بل قد يعتبر السكوت في بعض الاحيان على أنه تعبير عن

الإرادة، وكذا موت الشخص وفقد أهليته لا يؤثر في التعبير عن الإرادة حيث تبقى موجودة ومنتجة لآثارها. وعليه فكل هذه الطرق متساوية القيمة في التعبير عن الإرادة.

كما نلتبس أيضا في الإرادة الباطنة أساسا حيث لم يكرس الإرادة الظاهرة إلا في أحوال معينة وذلك ضمانا لاستقرار المعاملات لا غير.

غير أن المذهب الفردي ما فتى أن انتكس وتراجع بفعل التطورات الاجتماعية والاقتصادية، السياسية التي مست المجتمعات، لتصطم بذلك الحرية الفردية التعاقدية بمجموعة من القيم والأفكار الجديدة، فبعدها كرس مبدأ سلطان الإرادة على اطلاقه خلال القرنين 18 و 19 بدأ الخروج عن هذا المبدأ يتزايد بحلول القرن 20 ، حيث اصبح يخضع لضوابط وتقييدات قانونية وقضائية تصبو كلها في دائرة حماية مصلحة الجماعة، لينتقل بذلك العقد من نزعة فردية الى نزعة جماعية.

في حقيقة الأمر أن القيود والاستثناءات التي اصبح يخضع لها مبدأ سلطان الإرادة يمكن ارجاعها الى ظهور المذاهب الاجتماعية، والتي كان لها الاثر البالغ نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، كما أدى ظهور المذاهب الاشتراكية الى ضرورة تدخل المشرع بغرض حماية الفئات الضعيفة تعاقديا.

حتى القضاء وبعدها كرس مبدأ سلطان الإرادة أصبح بذاته يتدخل في العلاقات التعاقدية وذلك لعدة ضرورات منها:

محاربة الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الاذعان، والتي تكون في غالب الاحيان من املاء الطرف القوي اقتصاديا، نظرا للامساواة القائمة بين المنتجين والمستهلكين. والتدخل بغرض اعادة التوازن في حالة الغبن والاستغلال كلما وجد القاضي ميزان العدالة مختلا.

كما اصبح المشرع يتدخل في تنظيم بعض العقود كعقد العمل، حيث نظم المشرع بموجب نصوص خاصة علاقة العمل القائمة بين العامل ورب العمل تجنباً لأي اجحاف أو تعسف من طرف هذا الاخير.

كما لم تعد الإرادة محدودة بل وصل الى حد الغائها، وذلك بظهور أنماط جديدة للتعاقد كإلزامية التأمين مثلا تحت طائلة العقوبات الجزائية، كما ظهرت العقود الموجهة أو النموذجية والتي اصبحت تنزل

منزلة القانون. كما تدخل المشرع لفرض بعض الشكليات ينبغي على الأطراف التعاقد وفقا لها، وليس ذلك إلا حد من دور الإرادة، فأصبح المشرع يشترط أن يصب التراضي في شكل معين تحت طائلة البطلان.

لقد توسع مفهوم النظام العام من نظام عام تقليدي سياسي الى نظام عام اقتصادي حمائي يهدف الى حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، فوجب على الاطراف حينئذ مراعاته في مجال التزاماتهم التعاقدية. هذا وقد تطورت سلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد، فبتفسير هذا الاخير انتقلنا من ارادة باطنة الى ارادة يمكن استخلاصها بناء على عوامل ذاتية وموضوعية، ولعل سلطة القاضي تظهر أكثر في التدخل في تنفيذ العقد لما يعتريه من ظروف طارئة غير متوقعة، والتدخل في تنفيذ العقد وانتهائه بالرغم من أنه ينشأ بتوافق الارادتين.

عليه فلم تعد الحرية الفردية مكرسة ولم يعد الانسان حر في التعاقد، بل أصبحت هذه الحرية مقيدة بما يحقق مصالح الفرد مع مصالح الجماعة. ويمكن القول في الأخير أنه لم تعد الإرادة غاية في حد ذاتها ولكنها وسيلة لتحقيق مصالح الجماعة. كما لم يعد للإرادة سلطان إلا إذا انصرفت وفق الضوابط التي وضعها القانون. لكن بالرغم مما أصبح يحيط مبدأ سلطان الإرادة من قيود، إلا أنه يبقى القاعدة الأساسية في انشاء الالتزامات والركيزة التي تتبني عليها المعاملات فيما بين الافراد، فالمبدأ لا زال موجود لكن في حدود القانون.

مما سلف يتضح أن على المشرع الجزائري أن يتخذ الاجراءات التالية:  
فنرى أنه قد أعطى للقاضي سلطات جد محدودة، لذا نقترح أن يمنح المشرع للقاضي سلطات أكثر، تحقيقا لمقتضيات العدالة. كما رأينا عند الحديث عن سلطة القاضي في تفسير العقد أن هناك مسائل وقائع لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، لذا نرى أنه من المستحسن التضييق من هذه المسائل بإخضاعها لرقابة المحكمة العليا، تجنبنا لتعسف القضاة في أحكامهم.

كما نقترح تعديل نص المادة 54 من الق.الم، والتي تعرف العقد على أنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، فنرى أنه من المستحسن أن يكون تعريف العقد شامل كالتالي: "العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله أو تعديله، أو إنهائه.

تعد أيضا نظرية الظروف الطارئة كاستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذا نقترح تعديل نص المادة 106 من الق.الم بالنص على هذه النظرية في الفقرة الثانية من نص المادة 106 بدلا من الفقرة الثالثة من نص المادة 107 من الق.الم .

# قائمة المراجع



1. باللغة العربية

1. الكتب

- 1- أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، د.ط، مصر، 2007.
- 2- آلان بينابينت، القانون المدني(الموجبات أو الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، د.ب.ن، د.س.ن .
- 3- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 4- \_\_\_\_\_ ، نظرية العقد، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 5- الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في الحق المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2006.
- 6- أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.
- 7- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
- 8- \_\_\_\_\_ ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري(التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة)، ج.1، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 9- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
- 10- تقيّة محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة للطباعة والنشر، الجزائر، 1995.
- 11- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
- 12- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، القاهرة، 1997.
- 13- حسن علي الذنون، محمد السعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن)، ج.1، دار وائل للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2003.
- 14- حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2007.
- 15- خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 16- طلبة أنور، الوسيط في القانون المدني( الحق، اساءة الحق، القانون وتطبيقه، الاشخاص والاموال، أركان العقد، انحلال العقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية)، ج.1، مصر، د.س.ن .

- 17- عبد الجواد مصطفى، مصادر الالتزام، المصادر الارادية للالتزام، نظرية العقد والارادة المنفردة، مصر، 2005.
- 18- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، الاسكندرية، 1972.
- 19- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون الجزائري، ط.7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- 20- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (العقد، الارادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب، القانون)، د.ب.ن، 2007.
- 21- فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 22- قمر محمد موسى، الموسوعة الجامعة في شرح القانون المدني، الالتزامات بوجه عام، مصادر الإلتزام، العقد، ج.2، مصر، د.س.ن .
- 23- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 24- محمد حسن قاسم، مبادئ القانون (المدخل الى القانون، الالتزامات)، مصر، 2002.
- 25- محمد شريف أحمد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، الاردن، 1999.
- 26- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الإلتزام، العقد والارادة المنفردة)، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 27- مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 28- ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أركان العقد، ج.1، ط.2، لبنان، 1997.
- 29- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، ج.1، مصر، 2007.

## 2. الرسائل والمذكرات

### أ- رسائل الدكتوراه

- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

### ب-المذكرات

- 1- لبني مختار، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1977.
- 2- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الارادة في انشاء العقد وتنفيذه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 1987.

- 3- عاشوري فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2004.
- 4- - قرد سيهام، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2006.
- 5- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2008.
- 6- مؤيد عيسى محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- 7- يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2008.
- 8- مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2009.
- 9- حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، 2011.
- 10- زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تيزي وزو، 2011.
- 11- بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، دور وفعالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2013.
- 12- لالة أحمد حدي، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تلمسان، 2013.

### 3. المقالات العلمية

- 1- فياض محمود، "الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية العربية المقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 58، أبريل 2014. ص.ص 60-21.
- 2- كمال مخلوف، "أحكام تشريع العمل، أي ذاتية؟" المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 2، 2011. ص.ص 148-177.
- 3- محمد عرفان الخطيب، "الحرية التعاقدية في تشريع العمل،" أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والسوري"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 47، يوليو 2011. ص.ص 21-112.
- 4- ياسر باسم دنون، ورؤى خليل ابراهيم، "نظرية الظروف الطارئة وآثارها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 57، السنة 28 جانفي 2014. ص.ص 181-223.

5- يزيد أنيس نصير، "السكوت وآثاره في ابرام العقد، دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 18 جويلية 2003. ص.ص 285-326.

#### 4. النصوص القانونية

##### أ- النصوص التشريعية

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر. ج.ج، عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.
- 2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، بالقانون 05-02 المؤرخ في فبراير 2005، ج.ر. ج.ج، عدد 11، الصادرة في 9 فبراير 2005.
- 3- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، ج.ر. ج.ج، العدد 52 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.
- 4- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر. ج.ج، عدد 24 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل والمتمم، للأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ج.ج، عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.
- 5- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 ينلير سنة 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر. ج.ج، عدد 13 الصادرة في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر. ج.ج، عدد 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.
- 6- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، يعدل ويتم للقانون رقم 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008، ج.ر. ج.ج، عدد 36 الصادرة في 02 يوليو 2008.
- 7- الأمر رقم 04-02 المؤرخ في 25 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. ج.ج، العدد 41 الصادرة في 27 جوان 2004.
- 8- الأمر رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.
- 9- الأمر رقم 08-11 المؤرخ في 26 جمادى الثانية عام 1429 الموافق ل 25 يونيو 2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتقلهم فيها، ج.ر. ج.ج، عدد 36 الصادرة في 02 يوليو 2008.
- 10- - قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. ج.ج، العدد 15، الصادرة في 08 مارس 2009

ب- النصوص التنظيمية

- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر. ج.ج، عدد 30، الصادرة في 13 افريل 1976، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 مؤرخ في 19 ماي 1993، ج.ر. ج.ج، عدد 34 الصادرة في 23 ماي 1993.

5. الأحكام والقرارات القضائية

- 1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 2238252، الصادر بتاريخ 24 ماي 2000، قضية بين (م.ع) ضد (ج.أ.ج- م.ع.ق)، المجلة القضائية عدد 1، 2001.
- 2- قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 92714، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1993، قضية بين (م.و) ضد (د.م.ه)، المجلة القضائية عدد 1، 1995.
- 3- قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 36596، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1985، قضية بين (م.أ) ضد (ح.ع) و (غ.م)، المجلة القضائية عدد 3، 1989.
- 4- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 154760، الصادر بتاريخ 26 مارس 1990، قضية بين (ع.م) ضد (ب.م)، المجلة القضائية عدد 3، 1992.
- 5- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 154760، الصادر بتاريخ 17 افريل 1996، قضية بين (م.ب) ضد (ف.م وزوجة ق.ع)، المجلة القضائية عدد 1، 1996.
- 6- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 49174، الصادر بتاريخ 17 جوان 1987، قضية بين (ش.ج.ن) ضد (ق.ع)، المجلة القضائية عدد 3، 1990.
- 7- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1794، الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1997، قضية بين (ب.ع) ضد (ب.خ)، المجلة القضائية عدد 4، 1999.
- 8- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 43098، الصادر بتاريخ 12 افريل 1987، قضية بين (ب.س) ضد (أ.ع)، المجلة القضائية عدد 4، 1990.
- 9- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 53630، الصادر بتاريخ 30 افريل 1989، قضية بين (ب.ف) ضد (ع.ش)، المجلة القضائية عدد 4، 1991.
- 10- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 56336، الصادر بتاريخ 18 جوان 1997، المجلة القضائية عدد 1، 1997.
- 11- قرار المجلس الاعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 56336، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1988، قضية بين (القرض الشعبي الجزائري) ضد (ص.ب ومن معه)، المجلة القضائية عدد 4، 1991.
- 12- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 149300، الصادر بتاريخ 25 جويلية 1997، قضية بين (ب.أ) ضد (غ.ب)، المجلة القضائية عدد 2، 1997.

13- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ 13 افريل 1983، قضية بين (م.س) ضد (ل.ع)، المجلة القضائية عدد1، 1990.

**6. موقع الانترنت**

رواب جمال، مبدأ تحديد الاسعار في التشريع الجزائري، استاذ بمعهد العلوم القانونية والادارية، مركز الجامعي لخميس مليانة، 2009.

w.w.w.montadaechouroukonline.com/showthread.php?t= 187356. Consulter le 26/05/2015 a 22h43.

**II . باللغة الفرنسية**

**Ouvrages**

-STEPHANIE Porchy Simon, droit civil 2eme année, les obligations, 6eme édition, édition pallez, Paris, 2010.

# الفهرس

صفحة	الفهرس
02	قائمة المختصرات.....
04	مقدمة.....
08	الفصل الأول : فاعلية مبدأ سلطان الارادة في العقود.....
08	المبحث الأول : مظاهر تكريس حرية الارادة في الفترة السابقة على التعاقد.....
08	المطلب الأول : حرية الأفراد في إجراء المفاوضات والعدول عنها.....
08	الفرع الأول : حرية الأفراد في إجراء المفاوضات.....
10	الفرع الثاني : العدول عن قطع المفاوضات.....
13	المطلب الثاني : تكريس حرية ارادة المتعاقدين في التعاقد.....
13	الفرع الأول : حرية الأطراف في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد.....
16	الفرع الثاني : الحرية في اختيار المتعاقد الآخر.....
17	المبحث الثاني : مظاهر تكريس حرية الإرادة أثناء فترة انشاء العقد.....
17	المطلب الأول : توافق الإرادتين.....
17	الفرع الأول : طرق التعبير عن الارادة.....
18	أولاً : التعبير الصريح والتعبير الضمني.....
20	ثانياً : الارادة الباطنة والارادة الظاهرة.....
26	ثالثاً : دلالة السكوت في التعبير عن الارادة.....
30	رابعاً : أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الارادة.....
31	الفرع الثاني : تطابق الارادتين.....
31	أولاً : الإيجاب والقبول.....
39	ثانياً : اقتران القبول بالإيجاب.....
44	المطلب الثاني : حرية الأطراف في تحديد آثار العقد.....
45	الفرع الأول : القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع (العقد شريعة المتعاقدين).....
47	أولاً : الاتفاق على وضع شروط وبنود العقد.....
48	ثانياً : الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية.....
49	الفرع الثاني : آثار العقد من حيث الأشخاص (مبدأ نسبية العقد).....
49	أولاً : آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين.....
51	ثانياً: آثار العقد بالنسبة للغير.....
50	الفصل الثاني : تراجع مفعول مبدأ سلطان الارادة كمصدر للإلتزام.....



55	.....المبحث الأول : القيود الواردة على حرية الارادة في انشاء الالتزام
55	.....المطلب الأول : تقييد الارادة بفعل تدخل المشرع
55	.....الفرع الأول : في مجال الالتزامات التعاقدية
55	.....أولا : مقتضيات التقييد
58	.....ثانيا : الاجبار والمنع من التعاقد كقيد وارد على حرية الارادة
62	.....الفرع الثاني : في مجال حماية الفئات الخاصة
63	.....المطلب الثاني : تقييد الارادة في التطبيقات
64	.....الفرع الاول : تقييد الارادة في الشريعة العامة
64	.....أولا : مقتضيات النظام العام
68	.....ثانيا : اقتضاء شكلية معينة
73	.....الفرع الثاني : تقييد الارادة في التشريعات الخاصة
73	.....أولا : بالنسبة لعقد العمل
75	.....ثانيا : في مجال حماية المستهلك
79	.....المبحث الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ومراجعة مضمون العقد
79	.....المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقد
79	.....الفرع الأول : الحالة المتعلقة بالغبن والاستغلال
79	.....أولا : الغبن
82	.....ثانيا : الاستغلال
84	.....الفرع الثاني : الحالة المتعلقة بعقود الاذعان
89	.....الفرع الثالث : سلطة القاضي في تفسير العقد
90	.....أولا : حالة وضوح العبارة
92	.....ثانيا : عدم وضوح العبارة
95	.....ثالثا : حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين
97	.....المطلب الثاني : سلطة القاضي في مراجعة مضمون العقد
97	.....الفرع الأول : مراجعة مضمون العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة
97	.....أولا : مضمون نظرية الظروف الطارئة
98	.....ثانيا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
100	.....ثالثا : أحكام نظرية الظروف الطارئة
101	.....الفرع الثاني : الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد
101	.....أولا : تدخل القاضي في تنفيذ العقد

102	.....ثانيا: تدخل القاضي في انهاء العقد.....
104	.....خاتمة.....
108	.....قائمة المراجع .....
115	.....الفهرس.....

# المُلخَص

تناولنا في دراسة هذا البحث الى مبدأ سلطان الارادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد. وقد تطرقنا في الفصل الأول الى مظاهر تكريس هذا المبدأ خلال الفترة السابقة على التعاقد من حرية الفرد في اللجوء الى المفاوضات، والتي له فيها الحرية المطلقة في قطعها أو الاستمرار فيها من دون أن يرتب القانون عليها أي أثر، كما لأطراف التعاقد خلال فترة انشاء العقد الحرية المطلقة في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد، كما لهم الحرية في اختيار الشريك المتعاقد معه، ويترتب على ذلك أن العقد بمثابة القانون فيما بين المتعاقدين، ولا يمكن لأي طرف تعديل العقد بإرادته المنفردة، ويمنع القاضي من التدخل لتعديل العقد.

غير أن مبدأ سلطان الإرادة ما لبث أن انتكس وتراجع بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والذي مس مختلف المجالات، كما كان لظهور الاجتماعي والاشتراكي الى توجيه انتقادات للمذهب الفردي، مما أظهر هشاشة مبدأ سلطان الارادة، ولقد تطرقنا في الفصل الثاني الى مظاهر هذا التقييد والذي أصبح يحيط بهذا المبدأ، سواءا كان ذلك بتدخل القانون بموجب نصوص صريحة كاعتبارات النظام العام، وضرورة اقتضاء شكلية معينة، كما تراجع مبدأ سلطان الارادة لما منحه المشرع للقاضي من سلطة تقديرية سواءا كان ذلك أثناء فترة انعقاد العقد أو في فترة تنفيذه، كنتفسير العقد وإعادة التوازن في العقود خاصة في ظل الغبن الاستغلال وتعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان لحماية للأطراف الضعيفة، إضافة الى تعديل العقد بسبب الظروف الطارئ.

## Résumé

---

Notre recherche est basée sur le principe de l'autonomie de la volonté, ou ce qu'on appelle la théorie classique du contrat à la lumière de la doctrine individuelle, elle a produit une série de résultats et des principes basés sur la glorification de la liberté individuelle.

Dans le premier chapitre, nous avons traité les aspects de concrétisation de la liberté individuelle. Les parties peuvent contracter, comme elles sont libres de ne pas faire, elles déterminent librement le contenu du contrat, aussi elles ont le droit de choisir le contractant. Les deux parties n'ont pas le droit à toute modification du contrat de manière unilatérale. Même l'intervention du juge pour modifier le contrat est interdite.

Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté est dû au développement social, économique et politique, ce développement qui a touché différents domaines, et avec l'émergence de la doctrine socialiste, la doctrine individuelle a été critiquée ce qui a montré la fragilité de ce principe.

Dans le deuxième chapitre, nous nous sommes penchées sur les aspects de restriction de ce principe, soit par contribution des lois en vertu des dispositions explicites de l'ordre public. Ainsi qu'une nécessité d'exigence de certaine formalité. Comme le principe de l'autonomie de la volonté diminue lorsque le législateur accorde au juge le pouvoir discrétionnaire, que ce soit lors de la conclusion ou pendant la période d'exécution comme explication du contrat, rétablir l'équilibre des contrats à la lumière de lésion et l'exploitation, l'amendement des conditions abusives des contrats d'adhésion afin de protéger les parties vulnérables, de plus à l'amendement du contrat en raison des circonstances inhabituelles.