جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الارادة في انشاء التصرفات القانونية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص عقود

من اعداد الطالبة:

العقون منال

اشراف الدكتور:

بطيمي حسين

لجنة المناقشة

الدكتور	**بن الزوبير عمر**	**رئيسا**
الدكتور	**بطيمي حسين**	**مشرفا**
الدكتور	**بوزيدي أحمد التجاني**	**مناقشا**

السنة الجامعية 2019/2018

شكر وتقدير

أحمد الله حمدا كثيرا على توفيقه لي واعانته وتسير لي كل الصعوبات وأثني الله عز وجل على ثمرة هذا النجاح الذي وصلت اليه

كما أقوم بالشكر الكبير الى أستاذي الفاضل الذي ساندني في مشواري الدراسي الأستاذ الدكتور بطيمي حسين الذي أشرف علي في هذا العمل ولم يبخل علي من نصائح وارشادات كما مدني بجميع المعلومات ولا سيما المراجع فهو السبب الأول في نجاحي

بعد المولى عز وجل فشكرا شكرا يا أستاذي الفاضل

كما لا أنسى أن أشكر لجنة المناقشة الأفاضل على قبولهم مناقشة المذكرة

وفي الأخير اتقدم الى الزوج الكريم الذي رافقني طيلة مشوراي الدراسي

ولم يبخل علي وعلى مد يد العون لي.

اهداء

أهدي ثمرة نجاحي هذا الى أعز وأغلى انسان على قلبي أبي العزيز وأمي الغالية أطال الله في عمرهما فهما السبب الأول في نجاحي وبالدعاء لي

كما أهدي نجاحي الى أخواتي وإخواتي حفظهم الله

كما أهدي هذا النجاح الى قرة عيني أولادي باركلي الله فيهم وجعلني فخرا لهم وقدوة حسنة لهم.

والى زوجي الذي ساندني طيلة مشواري الدراسي

ولم يبخل علي بشيء وكان اليد المعينة لي حفظه الله

كما لا أنسى أن أشكر زميلاتي في العمل وكل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا الى والدي زوجي حفظهم ورعاهم الله

وشكرا الى كل شخص ساعدني من قريب أو بعيد

منال

خلق الله الانسان في الوجود ليعيش ويسعى ويكتسب وأن يفعل ما يحول في خاطره، وكرم بجملة من الأخلاق وميزة بارادة تجعله يعتبر عن رغباته ليحقق بها الرض عن نفسه وأعمال ويبدي بها عن أفراحه ويبوء بها عما حققه بنجاحه على الصعيد الحياتي أو العملي.

وبذلك تربط بين الأفراد في المجتمع قوانين جعلت من مبدأ تلك الارادة وخاصة أثناء ابرام العقود دور في انشاء تصرفات قانونية تحمي ذلك.

– ففي ضل تنامي حاجات الفرد واتساع علاقات القانونية المختلفة التوزان مع تغير الظروف وبمرور الزمن وبتطوير أصبحت هناك قوانين تحكم وتنظم هذه العلاقات بين الأفراد وذلك قصد .....وهذا عن طريق بسط عقود لذلك.

فتعود فكرة العقد الى أقدم الحضارات التي تبنت المعاملات الانسانية في تلك العصور واحتضنها في قوانينها القديمة التي ما فتئت ترسم للبشرية نمط حياة يسوده التوافق والانسجام والعدل في علاقاتهم الاجتماعية والاقتصادية وحتى الدينية فكان لدور العقد في استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع غاية واحدة وهي تحقيق المصالح الفردية والجماعية عبر العصور رغم أن مرجعها في البداية الى بساطة الحياة قديما مما جعلها تصنع أهم المعاملات التي تحتاجها الحياة الانسانية من خلال تزايد المعاملات وتنوعها وهذا ما يجعل أيضا للناس من فرص الابتكار العدد من العقود واهم ما كان شائعا البيع والايجار والفروض والديون وهذا ما دفع بضاع القوانين ببسط مجموعة من القواعد لتنظيم ذلك العلاقات الانسانية من خلال فرض طرق كفيلة بتصوير تلك العلاق واطلاق سلطان ارادتهم للسيطرة ذلك المعاملات.

– لقد تميزت الدراسات القانونية بنظرية العقد من خلال سلطان الارادة كما سبق لنا ذكره تطورا تاريخيا برز فيه هذا المبدأ الذي جاء متأثر بالنزعة الفردية والتي كانت دافعا في فتح الباب أمام الطرق القوي بأن سيطرة على الطرق الضعيف في العقد وهذا نظرا لما تشبعت به أفكار سياسية وفلسفية مفادها أن الفرد هو محور الارادة التعاقدية، لكن أصبحت تلك المقالات في بسط سلطان الارادة بلا رقيب ولا وازع لتلك النزعة الفردية والتي واجهتها أفكار سياسية واقتصادية مشبعة بإيديولوجية اشتراكية واجتماعية تمخضت عنها العديد من الاصلاحات لجذرية في قانون العقد

والالتزامات التعاقدية والتي تجسدت في تحصين الارادة من مخاوف سوء النسبة واضطهاد الطرق القوي للطرف الضعيف في العقد كما سبق لنا ذكره.

– أما بالنسبة لفقهنا الاسلامي كان ثمة تقدم كبير واهتام بالغ بخصوص اضائية العقود التي كانت هي الأصل في التعاقد فشريعتنا الاسلامية السمحاء أكدت لنا عن شرعية العقود وأكدت على رضائيتها باعتبار أن العقد مصدرا للالتزام بحيث اعتبرت أن حرية الأفراد في انشاء ما يريدونه من عقود أمر مستقر من حيث المبدأ وجاء استدلال فقهاء الشريعة الاسلامية واستنباطهم من قوله صلى الله عليه وسلم ((المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما وحرم حلالا)) كما أن الآيات القرآنية الكريمة كانت سياقة لهذا وجاءت مصرة على وجوب الوفاء بالعقود بقوله تعالى ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)).

– ومن هذا يتضح لنا أن شريعتنا الاسلامية كانت سياقة للقوانين والتطورات وما جاءت به الحضارات بخصوص العقد ومبدأ سلطان الارادة فكانت دائما تركز على ضرورة انشاء الحق والالتزام بالعقد.

فقد اعتد فقهاء الشريعة الاسلامية بمبدأ سلطان الارادة بإعتباره الوسيلة المعبرة عن مضمون العقد ومقاصده واعتبره يومي بوجود الطمأنينة في بسط سلطان الارادة بكل حرية وبطيب خاطر واطمئنان لأن فقهنا الاسلامي قضى بوجود الايجاب والقبول كافيان في تكوين العقد ومن خلال ما سبق لنا عرضه تبرز لنا فكرة قيمة حول بحتنا هذا عن دور الارادة في انشاء التصرفات القانونية حيث تتيح لنا الفرصة الكافية في دراسة هذا الموضوع ومحاولة كبيرة في ابراز المراحل التي تمر بها الارادة أو مبدأ سلطان الارادة بدأ من بروزه الى مرحلة ازدهاره ووصوله الى القيود التي وردت وأصبحت تخيط به في عصرنا الحديث.

فقد وقع اختياري لهذا الموضوع لعدة اسباب منها انه موضوع قيم بحد ذاته ومتشعبب بتغلل الافكار حول العديد من الموضوع كما انه يكتسي اهمية بالغة جدا في حياتنا الا وهو مجال العقود كما انه هذا الموضوع له فروع عديدة بحيث تكتسب معلومات قيمة ونحن بصدد دراسته .

ككل بحث يقوم به الطالب لابد ان يواجه اثناء دراسته له بعض الصعوبات فمنها عدم توفر المراجع الكافية التي تساعده على الالمام بجميع جوانب الموضوع لانه وكما سبق ذكره الموضوع متفرع بحيث يجب على الطالب من خلاله التطرق الى العديد من الافكار لكي يصل الى الفكرة المراد التعبير عنها، ولذا لا بد من وجود صعوبات في دراسة هذا الموضوع.

وللاجابة على التساؤل اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليلنا لهذا الموضوع.

كما تتجلى أهمية هذا الموضوع الى معرفة الأفكار المتفرعة عن هذا المبدأ من العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد وما لآثار المترتبة عن هذا من خلال التطرق الى مبدأ سلطان العقود وخاصة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري وما عرضه علينا المشرع الجزائري في خصوص هذا المبدأ وما كان قد نقده في ذلك، وما مفعول مبدأ سلطان الارادة كمصدر للالتزام كيف ينشأ وكيف ينتهي وتبعا لما ذكرناه سابقا فإشكالية بحتنا تتمحور حول آثار مبدأ سلطان الارادة وخاصة في القانون المدني الجزائري؟ وماهي القيود التي وردت عن ذلك؟

وهل هذه القيود واردة عن الشكل فقط أم هناك قيد آخر اعتد بها المشرع الجزائري؟

وللإجابة عن هذه الشكلية اتبعنا المنهج التحليلي الذي من خلاله قسمنا الموضوع المدروس الى فصلين.

بحيث قمنا في الفصل الأول بالحديث فيه عن النظام القانوني لمبدأ سلطان الارادة بإعطاء فكرة واضحة وشاملة فيه قمنا فيه بإدراج كل الجوانب المتعلقة به من تعريف وخصائص دعائم وركائز وجل ما يقوم عليه هذا المبدأ.

أما الفصل الثاني تحدثنا فيه الآثار والقيود الواردة على هذا المبدأ.

تمهيد :

الارادة الحرة وحدها هي التي تملك انشاء العقد وتحديد آثاره فليس لأي شخص ان يتدخل ليفرض على الاخر ما يخالف ارادته ،اي ان حرية المتصرف في اصل التصرف القانوني ويسمى هذا بمبدا حرية التعاقد هنا ،لذا فنجد ان المشرع الفرنسي وصح في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ان " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عاقديها ،بشكل عام ان الارادة لها السلطان الاكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية ،فنفهم من هذا ان المتصرف له الحرية التامة في طريقة وكيفية التعبير عن رادة التصرف القانوني ويسمى هذا بمبدا الرضائية في التصرفات القانونية اي كفاية الرضا لانشاء التصرف القانوني ايا كانت طريقة التعبير عنه وصاحب هذا الرضا هنا يكون غير مقيد بقيود شكلية او اية مراسيم مخصوصة لانشاء التصرف ان لم تتحقق .[1]

[1] امجد محمد منصور ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الاردني والمصري ومجلة الاحكام العدلية والدولية والفقه الاسلامي مع تطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2009، ص 56.

المبحث الأول : تعريف وخصائص مبدا سلطان الارادة

جاءت كلمة سلطان Autonome مشتقة من كلمة Autonome وهي بدورها كلمة يونانية Autonoms والتي يقصد بها الحق في التعبير بالقوانين الذاتية ومقتضى ذلك ان الارادة الحرة هي التي تضع التصرف القانوني بموجب سلطان قانونها وهي كذلك تهيمن على جميع مصادر الالتزام ولذلك استقر مبدا سلطان الارادة واصبح كما [1] يقول د. عبد الرزاق السنهوري دعامة تبنى عليها جميع النظريات القانونية حيث ارجع قاعدة سلطان الارادة الى اصلين :

أ) كل التزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها الى الارادة الحرة

ب) ان هذه الارادة لا تقتصر على ان مصدر الالتزامات بل هي ايصا المرجع الاعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

– وعلى هذا الترتيب فإن مبدا سلطان الارادة يهدف للنتائج التالية :

1. ان الافراد احرار في التعاقد ولا يقيدهم الا الاضرار بالغير
2. ان العد يولد قوة ملزمة فلا يجوز الرجوع عنه او تعديله الا باتفاق الطرفين
3. ان العقد نسبي لا يمتد الى غير المتعاقدين
4. لا يمكن للقاضي المساس بالعقد بالتعديل او الاضافة فعليه ان يعمل على تنفيذه فقط دون ان ينظر في عدم التوازن في العقد الذي نتج عن عيوب التدليس او الغلط او الاستغلال حيث يبقى دور القاضي مراقبا ومنفذا للعقد فقط .

كما ان الفقه في الجزائر استقر على هذا الراي والذي مفاده ان سلطان الارادة للإنسان ان لا يلتزم الا بمحض ارادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها طالما ان الارادة الحرة

[1] د. بطيمي حسين ، مقال حول التصرف والادارة ، مبدا سلطان الادارة ، مجلة الدراسات لجامعة الاغواط ، عدد 38، جانفي 2016، ص 204.

هي مصدر الحقوق والالتزامات في انها تنشيء التزام وتحديد مضمونه وتكسبه كما يقول د. فيلالي قوته الالزامية [1].

فمبدا سلطان الارادة رتب آثار قانونية هامة لها علاقة بالنزعة الفردية والحري المطلقة في التعاقد .

المطلب الأول : تعريف وخصائص مبدا سلطان الارادة

قبل التطرق الى تعريف مبدا سلطان الارادة لابد ان نعطي لمحة عن نشأة وتطور المبدأ خلال فترة تاريخية هامة سادت فيها القوانين وازدهرت وتطورت وهذا ما سنقوم بدراسته في الفرع الأول اما الفرع الثاني فسنتناول فيه الركائز التي يقوم عليها مبدا سلطان الارادة .

الفرع الأول : نشأة وتطور مذهب سلطان الارادة

ان ظاهرة التباعد في تقرير مبدا الرضائية بين ا لفقه الاسلامي والقانون الروماني من دفعت الباحث في القانون الى تقديم الشريعة الاسلامية عن القانون الروماني وتقليصها لما لهذه الاخيرة من اهتمام بالارادة التعاقدية وبسط كل البدائل للتعبير عن الحرية في ابرام العقود فالاسوء ان القانون الروماني ركن في بداية عهده على مصادر الارادة واستبدالها بالشكل المطلوب في ظل القوانين الرومانية لذلك فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا صحته مستمدة من شكله لا من موضوعه ،لكن بعد تعقد الحياة الاقتصادية والاجتماعية اصبحت بعض الشعوب التابعة للامبراطورية الرومانية تطالب بتطبيق قانون قانون خاص بهم (قانون الشعوب) نظرا لكثرة المعاملات التجارية وضرورة السرعة في تنفيذها مما دفع ببعض الحكام تأثرا ببعض رجالات القانون هناك (Jwis doctor) باقحام العقود العينية والرضائية الى جانب العقود الشكلية واصبح مبدا سلطان الارادة في مثل هذه العقود يظهر ويتوغل ثم انتشر في عدة تصرفات تدخل في نطاق ما يسمى بالتصرفات الرضائية (Actes consensuels)

[1] علي فيلالي ،الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر .، الجزائر ، 2008، ص 87.

فبالاضافة للتأثيرات الدينية الواردة من لدن الدين المسيحي وقوانين الكنيسة فان ،ثمة مجموعة من العوامل التي مهدت الطريق لميلاد مبدا سلطان الارادة اهمها :

العوامل الاقتصادية والسياسية فانتشار التجارة وبسط النفوذ الدولة وتدخلها في العلاقات القانونية وذلك من اجل حماية التصرفات القانونية القائمة على مجرد الاتفاق لذلك كان الزاما لاستقرار التعامل خلع ما يسمى بالاوضاع القديمة لنظام الشكلية المعروف لدى الرومان مع العلم ان ثمة تدخل القانون الطبيعي الذي فتح الباب للمتعاقدين في انتشار الحرية التعاقدية libertés contractuelle والتي هي في اصلها من كبرى الحريات الطبيعية libertés naturelles لذلك فالحرية التعاقدية كما يرى بعض الفقه في فرنسا مفادها انها تقوم على فكرة ثلاثية اما لابرام العقد او عدمه ،اختيار بكل حرية الطرف المتعاقد [1] الآخر في تحديد بكل حرية محتوى العقد كما ان هذه الحرية هي ضرورة ملحة تقتصيها الحياة القانونية لترتيب الآثار القانونية ،اذ لا مجال لتدخل المشرع او القاضي في هذا العقد [2].

ثم استقر مبدأ مبدا سلطان الارادة واصبح ثابت وبرز الى الوجود القانوين في ق. 19 م نظرا لصعف تأثير الدين المسيحي مما ادى الى انتشار نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية كلها مشبعة بروح النزعة الفردية والتي كانت في اواخر ق. 18 م مشبعة بافكار القانون الطبيعي واصبح الفيزيوقرطيون (Physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانونا طبيعيا تلك النظريات الاقتصادية صاحبتها عدة آراء ونظريات فلسفية التي نادى بها جون جاك روسو في مؤلفه العقد الاجتماعي والذي كانت حرية الفرد واستقلال ارادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر ،لذلك كان لهذه الافكار والنظريات الفلسفية تأثير كبير في الثورة الفرنسية حيث قام رواد هذه الثورة بتسليم هذه الافكار للمشرعين في اوائل ق. 19 م

[1] د. بطيمي حسين ، مرجع سابق، ص 204.

[2] بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول ،العقد و الارادة المنفردة ص62

نتج عنه قانون نابليون يرتكز على تقديس حرية الفرد والامعان في احترام ارادته [1] ،مما سطر بصفة رسمية لميلاد نظرية سلطان الارادة la Theorie de la volonte .

1) التطورات التي شهدها القانون الفرنسي في اعتناقه مبدا سلطان الارادة :

اعتبر الفقه القانوني ان الرضائية جاءت على نقيض الشكلية المعروفة في العهود الرومانية القديمة حيث تطور الفقه القانوين وتطورت معظم المفاهيم القانونية المتعلقة بالرضائية كقاعدة عامة في نظرية العقد وتصدرت الرضائية كل ا لتصرفات القانونية من حيث النشأة للعقد وترتيب آثاره القانونية في القانون الفرنسي ،ولأن هذا الأخير جاء متأثرا مباشرة بالقانون الروماني فإن الفقه القانوني الفرنسي اعترف بوجود لمسات القانون الروماني عند مرحلة تقنين القانون المدني الفرنسي ذلك ان التقاليد الرومانية اثرت في الكثير من القواعد القانونية المدنية الموضوعية منها والاجرائية وذلك باعتراف االقانون الفرنسي القديم الذي كان لا يقبل الا العقود الشكلية فإن تدخل الكنيسة وتأثير افكار الكنسية على واضعي القانونالفرنسي الذي افضى بحتمية الاعتراف بالرضائية وتجسيد مبدا سلطان الارادة فكانت كل العوامل ذات الصلة بالدين من خلال القانون الكنسي Droit canonique والحق الطبيعي والسياسي والتطور الاقتصادي والتجاري [2]، الذي حدد الاقتصاد السياسي قد صنعت في اوروبا خصوصا سلطان الارادة واصحت النزعة الفردية هي القوة الدافعة لارساء دعائم الحرية التعاقدية في فرنسا الى مبدا سلطان الارادة رتب آثار قانونية هامة لها علاقة بالنزعة الفردية والحرية المطلقة في التعاقد وذلك من خلال النتائج التالية :

- الحرية التعاقدية libertés contractuelle
- القوة الالزامية للعقد la force obligatoire du contrat
- واثر العقد فيما بين المتعاقدين فقط l'effet relative du contra

[1] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر ، بيروت ، 1988، ص 144.

[2] د. بطيمي حسين ،المرجع السابق ، ص 205.

لذلك جاء التحضير لمشروع القانون الفرنسي الجديد بعد ذلك منطلقا من النزعة الفردية والحرية التقاعدية المطلقة استنادا للقانون الطبيعي والذي نادى الفقيهان دوما Domat وبوتيه Pothier حيث لعبا دورا هاما في التمهيد لقاعدة سلطان الارادة والحرية المفرطة في التعامل والتعاقد مما نتج عنه بعد ذلك افراغ هذه الحرية في التقنين المدني الفرنسي ومع ذلك يمكن القول بأن العقد يتضمن مجموعتين كبيرتين من الشروط احداهما تتعلق بدور الارادة من خلال نتاجها وهي الحرية والمبادرة الفردية liberté l'intiative individuelle فهي في المجتمع عنصر حيوي لا يمكن الاستغناء عنها ،ثانيهما والتي تشكل في حد ذاتها هيكل العقد والذي يمنح للادارة اطار محدود يتمثل في تفادي ان تمس هذه الحرية والمبادرة الفردية بمصالح يحميها المجتمع ،وهو ما حدث فعلا بعد ذلك في الحد من سلطان الارادة من خلال المراجعة والتعديلات المتتالية للتقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 بادراج مجموعة من التعديلات الجوهرية والتي قيدت من القاعدة القائلة "من يقول تعاقديا يقول العدل" والتي كانت سابقا تسمح للطرف القوي في العقد ان يفرض قانونه على الطرف ال ضعيف ،حيث تجسدت فعلا هذه التعديلات في مجموعة من القيود على مبدا سلطان الارادة للحد من اطلاقه .

الفرع الثاني : ركائز مبدا سلطان الارادة

حيث يقوم هذا المبدأ اعلى 3 دعائم اساسية تمثلت فيما يلي :

الأولى : الحرية التعاقدية اساس التعبير عن الارادة : وهو مقتضى مبدا سلطان الارادة طالما ان العقد لا تقوم له قائمة في ظل ما اتفق عليه بتسميته بالمذهب الفردي الا بوجود ارادة حرة تقابلها حرية لا متناهية في التعاقد في مجالات شتى طالما ان سلطان الارادة كما يقوم د. عبد الرزاق السنهوري غير مقصور على توليد الالتزامات وحدها بل يولد حقوق اخرى فالملكية مبنية عن حرية الارادة [1] .

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 145

وفي الاحوال الشخصية فإن عقد الزواج مبني كذلك على حرية الارادة والميراث مبني على وصية مفروضة ،وطرق التنفيذ الاجباري ذاتها ترتكز على الارادة الحرة ،كذلك لا مبر للعقوبة الجنائية الا في الارادة لذلك فالقانون ماهو الا وليد الارادة ارتضاه الناس بأنفسهم او ممثليهم للخضوع لسلطانه وهي كلها جاءت مدعمة بتلك الافكار الفلسفية والاجتماعية السائدة آنذاك .

لذلك فكان المبدأ الفلسفي القائل بان العقد مبدأ الحياة القانونية وأن الادارة الفردية في مبدأ العقد وهو ما جاء في تكريسه فعلا حول مسالة تقديس الفرد وتسخير المجتمع لخدمته بموجب مبدا سلطان الادارة كذلك فان الارادة لا تقتصر على نشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها واحكامها بل تعتبر الادارة مصدرا للقانون لذلك فان مبدأ سلطان الارادة اذن يقوم على الحرية التي تؤدي الى ابرام العقد لاتاحة الفرصة في تحديد مشتملات هذا العقد وهذاما سنراه لاحقا.

ثانيا: مظهر سلطان الادارة في تحديد القوة الملزمة للعقد:

ومفادها ان اطراف العقد بمجرد ابرامه يصبحان ملزمان باحترام التزاماتهما دون اللجوء الى وسيلة اخرى، طالما أن هناك توافق الادارتين هو في ذاته منشئ الالتزامات .

اما بالنسبة للإنسان فان الاصل لديه الحرية واستقلال الإرادة وان هذا العقد تم بتوافق ارادتين مستقلتين لا يجوز تعديله الا بتوافق الإرادتين فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله كما لا يجوز للقاضي نفسه بدعوى قواعد العدالة ان يعدل فيه او أن يضيف اليه ما ليس منه[1]

وبالنسبة للفقه في الجزائر جاء مؤيدا لما سبق ذكره من خلال التأكيد على أن الإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوة الزامية والتي جاءت لتفسير القاعدة " لعقد شريعة المتعاقدين " ولذلك فان هذه القوة الالزامية تسري على المتعاقدين حيث يجب التزامات كما لا يجوز نقض العقد وانهائه دون رضا المتعاقد الاخر.

[1] عبد الرزاق سنهوري، مرجع سابق، ص 50

كما أن القاضي كذلك أن يخضع لهذه القاعدة بحيث يبقى ملزما باحترام اتفاق المتعاقدين حتى ولو كان غير عادل في وجهة نظره فلا يمكن له اضافة أو انقاص او تعديل ما ورد في محتوى العقد وعند الضرورة يلجأ القاضي الى البحث في نية المتعاقدين بغض النظر عن كل الاعتبارات الاخرى.

اما بالنسبة الى تسمية العقود المسماة فموقف المشرع من تسميتها كان لتنظيم أحكامها لا يقصد به التقليص من حرية المتعاقدين انما بمساعدتهما على تنظيم علاقتهما التعاقدية والدليل على ذلك هذه الاحكام جاءت مكملة لأن النظام العام لا يطمع في الحقيقة الا لتعزيز الحرية الفردية للمالك والمتعاقد[1].

ثالثا: الاثر المترتب عن مبدأ سلطان الارادة

لا يمكن لارادة الأطراف ان تعكر حريات الاخرين وهو ما ندى مبدأ سلطان الارادة في منعه الحرية ال مطلقة في ابرام التصرفات القانونية طالما ان كل انسان هو في حد ذاته قاضيا ممتازا لمصالحه فانه لا يكون كذلك بالنسبة للاخرين.

وبناءا على ذلك فان انشاء التزامات يرجع للارادة فان الاثار كذلك التي ترتبها الالتزامات هي خاضعة للإرادة وترتيبها على ذلك فان كل من ارتضاء الملتزم دينا في ذمته صحيحا ومنتجا لأثاره لان الزامه هذا انما بني على ارداته فلا يصح ان تقيد من أثر العقد بدعوى ان هناك غبنا لحق المتعاقدين مادام انه قد رضي بهذا الغبن ونفس الامر بالنسبة لعقد العمل فان العامل لايمكن له الاحتجاج لان الشروط التي ارتضاها وقبلها انما هي شروط جائزة.

وبالنسبة لنطاق مبدأ سلطان الارادة في العقود الدولية.

لقد اتبع مبدأ سلطان الارادة دوره ذلك الى القوانين الاجنبية بالإضافة الى القانون الوطني لذلك فان مبدأ سلطان الارادة اتسع كذلك دوره في الحياة الدولية من خلال تفعيل الاحكام المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على مبدأ سلطان الارادة وتكاد تكون الدراسة القانونية

[1] بطيمي حسين، مرجع سابق، ص 209.

تتعلق خاصة بوظيفة هذا المبدأ فقد تنوعت الدراسات القانونية في هذا المجال بخصوص تلك العقود من خلال ايجاد تكييف قانوني حقيقي لمبدأ مبدأ سلطان الارادة [1]

وبالنسبة لمكانة مبدأ سلطان الارادة في ظل التطورات القانونية الحديثة ان ثمة مبادرات قانونية بالاعتداد بالأوضاع الحقيقية كبديل للأوضاع المجرحة فالعبرة اصبحت بالمساواة الحقيقية اجتماعيا وثقافيا واقتصاديا بدل المساواة السياسية وبالنزعة الموضوعية والجماعية بدلا من النزعة الذاتية او الشخصية [2]

وكخلاصة لعرض مبدأ سلطان الارادة استنتجنا ان ثمة عوامل عديدة مهدت وكانت سببا لبروزه المساهمة في انتشاره لا سيما في القرن التاسع عشر ومن السمح لنزعة الفردية بالتغلب على النزعة التعاقدية لفرض الحرية المطلقة في تحديد الدور الهام التي يلعبه مبدا سلطات الارادة في توسيع نطاق المعاملات في الحياة الاجتماعية. وهذا ما سمح بتقنين مجموعة من القواعد القانونية لحماية الطرف الضعيف وتحقيق نوع من السلم الاقتصادي والاجتماعي وفى تكوين جملة من التدابير القانونية والتنظيمية لمحاصرة تلك الحرية المطلقة ومنح فرصة لمراجعة بنود العقد ومراقبته من لدن القضاء وتحقيق المصلحة العامة والسعي لتجسيد دولة القانون.

رابعا: دور مبدأ سلطان الادارة في العقود الالكترونية

لقد أكدت القوانين الوطنية على دور مبدا سلطان الادارة في ابرام العقود طبقا للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري مما جاء مرتبا لعدة نتائج اهمها الحرية التعاقدية ومبدا القوة الملزمة ونسبية اثر هذا العقد.

فمبدأ سلطان الادارة كان قد جسد مبدا الحرية في طريقة اجراء المفاوضات العقدية المعبرة عن الارادة المشترة للمتعاقدين كما يكون مبدأ التفاوض الحر لدى محكمة النقض المصرية وايضا جاء في احكام التحكيم التجاري الدولي.

[1] بطيمي حسين، مرجع سابق، ص 211.

[2] علي فيلالي ، مرجع سابق، ص 56.

لذلك كام مبدأ السلطان دورا هاما في حل المنازعات المتعلقة بالعقود الالكترونية [1]

فقد شهد القانون الدولي الخاص تطورا لامثيل له في مجال اخضاع العقد الدولي للارادة والتي فتح الباب لاختيار القانون الدولي وفقا لسلطان الارادة الى جانب الجهة القضائية المختصة بغية التوصل على تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين والمحاكم الوطنية[2]

ووفقا لافتقار التجارة الإلكترونية لاطار تشريعي دولي خاص بها يسهر على تاطيرها في مختلف المعضلات القانونية فان الفقه الأوربي أجمع على ضرورة اخضاع الاختصاص القضائي والقانوني الناجمة على التجارة الالكترونية لمبدأ السلطان، وذلك مما دفع الى الاعتراف بهذا المبدأ في الانظمة القانونية من حيث اختيار قانون واجب التطبيق في القوانين الوطنية حيث أصبح لقانون سلطان الارادة قاعدة اسناد أصلية في مجال العقود الدولية وهو ما جسدته المادة 18 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على أنه " يجري على الالتزامات التعاقدية في القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة"

وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة"

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الامر لنفوذ مبدأ سلطان الارادة في اختيار قانون واجب التطبيق شريطة ان يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين او العقد وهو ما جاء في المادة 19 من التقنين المصري والمادة 25 من القانون العراقي كما اكده القانون النمساوي لسنة 1979 والاحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في القانون الالماني لعام

[1] بطيمي حسين، مرجع سابق، ص 14.

[2] خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص تجارة دولية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، ص 14.

1986 والقانون السويسري لسنة 1987 كما اعترف به القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية.

بالاضافة الى اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية اعترفت بتطبيق مبدأ سلطان الارادة اهمها اتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها 3-1 وهو ما جعل العديد من الفقهاء يرون أن الاتفاقية في حد ذاتها قانون دولي خاص كذلك ايضا اتفاقية فيينا المؤرخة في 1980/04/11 والجدير بالذكر ان منظمة الامم المتحدة لعبت دورا أساسيا في تحفيز مبدأ سلطان الارادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق بحيث أخذت في مد كامل الحرية للمتعاقدين في ابرام العقود وتحديد اثارها وهذا ما دفع الدولة في حد ذاتها بالتدخل في المسائل شتى لوضع استراتيجية موجهة للاقتصاد وفرض عدة اجراءات بغرض الحماية التصرفات القانونية والمتعاقدين كما ظهر تدخل الدولة في منح القاضي سلطة المراقبة ومراجعة شروطه.[1]

المطلب الثاني: مدى ما وصل اليه مبدا سلطان الإرادة ونقده

الفرع الأول: مدى ما وصل اليه المبدأ

استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية وأصبح يشتمل على أصلين الأول يتمثل في كل الالتزامات بل كل النظم القانونية مصدرها الارادة الحرة والثاني لا تقتصر ارادته على أن تكون مصدر الالتزام الاول بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب من اثار على تلك الالتزامات[2]

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهذه الارادة تتحلى في قوة العقد فالمتعاقدان لا يلتزم الا بإرادتهما ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه كما ل يكسب أحد حقا من عقد لم يشترك فيه أما نظرية الاشتراط له لمصلحة الغير فتبدو وظيفة ومحدودة في قانون نابليون ولم يحصل التوسع فيها الا في العهد الاخير. اذن فالعقد يرتكز الارادة بل هو يتخمض إرادة خالصة إذا قلنا أن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه وهذا ما يتضح لنا عند

[1] بطيمي حسين، مرجع سابق، ص 17.

[2] د عبد الرزاق السنهوري ،شرح القانون المدني، ص 144.

الحديث عن الارادة المنفردة وشبه العقد مبني على ارادة مفروضة والجريمة أيضا وشبه الجريمة مردها الى الارادة الحرة والقانون نفسه.

فسلطان الإرادة ليس مقصور على توليد الالتزامات وحدها يولد أيضا الحقوق الاخرى كلها فالملكية مبنية على الارادة وحقوق الاسرة مبني على الزواج لا على الإرادة والميراث مبني على وصية مفروضة وطرق التنفيذ الإجباري في ذاتها ترتكز على الارادة الحرة فهي طرق قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة وقت الاستدانة بل العقود الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الارادة.

فالقانون ماهو الا وليد الارادة ارتضاه الناس بأنفسهم او بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه والمجتمع البشري بذاته.

كما ان منشأ الالتزامات يرجع إلى الارادة الحرة، كذلك على الالتزام فهو خاضع الارادة ايضا وهذا فالاصل انه في الانسان الحرية واستقلال الإرادة ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون كأن يكون المتعاقد قاصرا في السن أو في العقل أو يكون ضحية لغلط أو اكراه أو غش أما في غير هذه الحدود الانسان مستقل في ارادته [1]

وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشيء فلا احق بعنايتها من مبدأ سلطان الارادة والتسليم كاملا في تفسير وترتيب نتائجه القانونية.

الفرع الثاني : نقد مبدا سلطان الإرادة

– انتصار مبدا سلطان الإرادة كان من عوامل اقتصادية وهذه العوامل والتطورات هي التي كانت من شأنها ان تنتقض من سلطان الارادة فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وأنتكص متاثرا من ذلك العوامل السالفة الذكر.

فقد تولى هذ المبدا تنفيذ النتائج التي وصل اليها أنصاره، فيقولون ان جعل الارادة مصدرا لكل الحقوق فيه اغراق في نواح و من جهة اخرى وهم، فالتزامات التعاقدية ذاتها مبنية على

[1] المرجع نفسه، ص 145.

توافق ارادتى لا تستند الى الإرادة الداخلية والمتعاقد قد لا يتقيد يتعاقده لانه إذا أراد ذلك فحسب، بل هناك اعتبارات اجتماعية وجب توافرها في المعاملات به بالثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين وهي التي تستند اليها قوة الالزام في العقودر فما العقد الا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق الضمان الاجتماعي وتوجيه الارادة في هذا السبيل وليس الغرض منه تحقيق ما لارادة السلطان، فهناك نظرية ألمانية لا يحفل بالارادة الباطنة ولا تجعل لها سلطان بل تنظر الى الارادة الظاهرة لانها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية اما اسناد مصادر الالتزام الى الارادة فالحجة فيه أو هي وقد تبين مايسمى شبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استناده الى الارادة.

وقد كانت نظرية سلطان الارادة عائقا يحول دون الاخذ بمسؤولية المجنون والطفل والاخذ بالمسؤولية المادية، وهذه مذاهب تطورت الى الشرائع الحديثة وفي الاخذ بها الى مدى معين ارضاء للعدالة ومطاوعة لأسباب استقرار وسير في طريق التقدم[1].

واذا نظرنا الى جانب الحقوق الاخرى التي يزعمون ان مصدرها الارادة رأينا ان رأنيا أن وهم القائلين بهذا الرأي هناك ايضا ستجسم فالملكية ليست ارادة المالك بل هي ارادة يرد عليها قيود متعددة ترجع الى التضامن الاجتماعي.

أولا: تعريف الإرادة :

لا تعبر كلمة الرضا التي أطلقها المشرع على الركن الأول العقد بدقة من المعنى المقصود أخطا المشرع في ترجمة مفردة " le consentement" التي تفيد توافق او تطابق الارادتين، أي تراضي المتعاقدين كما يتجلى ذلك من مضمون المادة 59 ق. م " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفين التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية" واما لفظ الرضا فانه يعني رضا شخص واحد دون الثاني، فلذا يستحسن استعمال مصطلح التراضي عوض الرضا والتراضي هو ظاهرة مركبة تقتضي وجود ارادتين متطابقتين

[1] بطيمي حسين، مرجع سابق، ص 211.

على الاقل ثم التعبير عنهما وتبادلهما من قبل الاطراف فيندمج بعضها ببعض لتكون الارادة المشتركة.

فتعد الارادة عنصرا جوهريا في التراضي الذي يتم عن طريق التبادل الطرفين التغيير عن ارادتيهما المتطبقتين الان الارادة المشتركة تقتضي وتستوجب اندماج الارادتين بحيث تخضع ارادة واحدة مستقلة عنرغبة واردة كل متعاقد واضافة الي هذا اذا كانت عملية الاندماج تقتضي حتما اتصال وارتباط الارادتين والا انعدام التراضي لا قيمة قانوينة للعقد.

وما يهمنا هو الارادة فهي ظاهرة نفسية تتثمل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف او قرار يسند الى اسباب واعتبارات معقولة مما يستدعي وجود الادراك وحسن التدبير عند صاحب الارادة فعلماء النفس ميزوا بين عدة امور للارادة معتمدين في ذلك على القدرة وتطور كل كائن اما القانون فانه لا يعتد الا بالإرادة الجدية التي عرفت تطورات عديدة فرضتها تحولات المجتمع وقد أجمعت كلها على ضرورة اظهار هذه الارادة.

فالإرادة الجدية تكون متى صدرت من شخصية قانونية مؤهلة ترغب في احداث اثار قانونية[1] بحيث يجب أن يكون صاحب هذه الارادة مؤهلا قانونا اي ان تكون له الشخصية القانونية من جهة ويجب أن يتمتع باهلية الاداء منها وأهلية التعاقد من جهة أخرى ففيما يخص اكتساب الشخصية القانونية نجده بمجرد الرجوع الى نص المادة 49 ق م المعدلة بموجب القانون 05-10 واهلية التعاقد تحدث عنها المشرع في المواد 42- 44 من ق م وذكر القواعد العامة المتعلقة بالاهلية.

كما يجب ان تتصرف ارادة الشخص الى احداث اثار قانونية اي ان يكون راغبا في الارتباط بحالة قانونية فالارادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها الى تحمل واجبات نحو شخص او اكتساب حقوق على الغير او التنازل على حقوق مكتسبة فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا اذا اقتضى الامر .

[1] علي فيلالي ، مرجع سابق، ص 83.

وعلى عكس ذلك تكون الارادة غير جدية اذ يكون صاحبها لا يرغب في تحمل الواجبات كما هو الامر بالنسبة لارادة الهازل والادارة الصورية والادارة المتعلقة بمحض المشيئة والادارة المقترنة بتفظ الذهني فسنحاول شرحها كما يتضح لنا:

اولا: ارادة المهازل : فلا يعتد بهذه الارادة لان صاحبها لا يقصد بالفض الصادر منه المعنى الحقيقة او المجاز للارادة ،وكأن يعرض الهازل بيع بينه للغير ،الا انه في الحقيقة لا ينوي مباشرة هذه العملية القانونية ،ولا يرغب في نقل ملكية بنيه ، فارادة الهازل لن تنصرف الى اثار قانونية

ثانيا: الى جانب الارادة الظاهرة التي يتم الاعلان عنها للغير ،فقد تكون للمعبر ارادة ثانية وتكون هذه الارادة حقيقية فهي الارادة الحقيقية فالعبرة تكون بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ اليها المعبر لاعتبارات عديدة قد تكون شرعية وقد تكون غير شرعية .

فمثلا فقد يعلن شخص انه باع سيارته ولكنه في الحقيقة قام بتأخيرها او اعارتها ويريد بذلك اخفاء ملكيته للسيارة عن دائنيه، فان الارادة المنتظمة عرض بيع السيارة ارادة صورية ولا يعند بها قانونا [1]

اردت ان هذا القول لا يرتب اثر الا بعد حصول رغبة البيع عند القائل في وقت لاحق، علما ان هذه الرغبة متوقفة على محض ارادته فقط ان هذه الارادة غير جدية ولا يمكن الاعتداد بها قانونا لان صاحبها لايرغب وقت صدورها في الارتباط غيره

رابعا: الارادة المقترنة بتحفظ الذهني:

لا يعتد بمثل هذه الارادة اذا علم من وجهت إليه بتحفظات الذهنية التي ترافقها و خاصة اذا كانت هذه التحفظات تمنع ترتيب اي اثر كان في مواجهة الكل[2]

كما لاتوجد صور مختلفة للارادة وسنتم التطرق اليها لاحقا

- الصور المختلفة للإرادة

[1] المرجع نفسه، ص 87 .

[2] علي فيلالي ،المرجع السابق ص 87-88

من الحتمي وجوب التعبير عن الارادة كي تتحول من ظاهرة نفسية الى ظاهرة اجتماعية يعيد بها القانون وهذه الحقيقة تقودنا الى البحث في تحديد قيمة التعبير في تكوين العقد اي انه قد تختلف الارادة الكامنة عن بالارادة المعلقة بسبب غموض في التعبير مثلا او خطافيه، وفي هذه الحالة يصح التساؤل التالي هل مبنى العقد هو هذا التعبير في ذاته ام مبناه هو الارادة الكامنة فلا تكون للتعبير قيمة بذاته، وانما تقتصر قيمة على مجرد الكشف عن الارادة الباطنية [1]

لذا فقد اسلفنا القول بان الارادة في حالتها الاولى مسالة نفسية تستوجب الكشف عنها بالكلام او بالكتابة او بالإشارة او بأية وسيلة اخرى حتى يتمكن الغير من الاطلاع عليها ،لكن قد لا تعبر الكلمة او الاشارة بصدق عن الارادة النفسية فيتغير المعنى الحقيقي، وقد تحمل الكلمة اكثر من معنى فأي الارادتين يعتقد بها؟ هل تكون للعبرة بالإرادة النفسية الم بتلك التي تضمنتها الكلمة او الاشارة او الكتابة ؟ في الحقيقة هناك علاقة متينة بين الارادتين بحيث يحول انعدام وجود اي منهما دون قيام العقد اذلا ينعقد بمجرد النية ولو اتفق الطرفان على وجود نيتهما ، وكذلك اذا وجدت الارادة الظاهرة وحدها ،لا تفيد شيئا لان هذه الارادة هي دليل المعبر عصاتي النفس[2]

فاذا لم توجد ارادة باطنة لا تكون في الظاهرة دلالة على شيء ولا يكون لها اثر اي اثر في وجود العقد في الشأن هناك نظرتين نستعرضهما قبل تحديد المشرع من هذه المسالة .

اولا: الارادة الظاهرة

قد يتطابق التعبير مع الارادة وهنا لا تثور صعوبة في الامر ولكن يحدث احيانا ان يختلف التعبير عن الارادة الداخلية للشخص اي يحدث اختلاف ما بين الارادة الظاهرة والارادة الكامنة في النفس فتثور التساؤل هل نعتد بالإرادة التاي تظهر ام بالإرادة الباطنية [3]

[1] د. بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 62.

[2] د علي فيلالي ،المرجع السابق ص 88

[3] د. أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 55.

كان يعرض التاجر بضاعة وعلى سبيل الخطأ يكتب عليها سعرا اقل مما يريده.

فتوجد في القوانين المعاصرة نظريتان احداهما تعتد بالارادة الخفية الباطنية وأخرى تقف عند الارادة الظاهرة فقط.

لذا سنتحدث عن هنا عن نظرية الارادة الظاهرة " volont extern " ترى هذه النظرية ان الاوفق هو الاعتداد بالارادة في مظهرها المادي كما عبر عنها الاطراف فان ذلك يدعو الى استقرار التعامل ويشيع جوا من الثقة بين الناس فالتغير الذي يظهر وفقا لما تقول به هذه النظرية هو الارادة ذاتها وهو قرينة لا تقبل اثبات العكس ومعظم انصار هذه النظرية من الفقهاء الالمان وتاثر بها المشرع الألماني وهم لا يشتطرون شكلية معينة فيها التعبير عن الارادة فاي وسيلة تصلح لديهم لكن ينبغي ان يصدر هذا التعبير عن ارادة مميزة حرة وبالتالي فاذا صدر التعبير من شخص مجنون او صغير فلا يترتب عليه اي اثر .

ثانيا،: الارادة الباطنة:

يرى اصحاب هذه النظرية المستمدة من مذهب الفردية ومبدأ سلطان الارادة ان الارادة النفسية اي الكامنة في النفس هي الاصل بل هي الروح وما وسائل اظهارها والكشف عنها الا بمجرد ثوب ترتديه للتعر ف عليها فالتعبير عن الارادة ما هو الا مجرد وسيلة مادية لا بد منها للكشف عن الارادة[1] .

وبالتالي لا يؤثر باي شكل كان على مضمونها فالمعنى الذي تحمله الكلمة او الاشارة او اللفظ المستعمل تعبيرا عن الارادة يتعبر قيرنة بسيطة على ان المعنى الحقيقي الذي انصرفت اليه نية المعبر وعليه يمكن اثبات العكس ذلك اذا اقتضى الامر ذلك، وبعبارة اخرى اذا كانت الارادة النفسية تختلف عن تلك التي تتضمنها الكلمة او الاشارة المستعملة نتيجة

[1] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 89.

الاستعمال المفرط وغير الدقيق للالفاظ او الكلمات او الاشارة فلصاحبها ان يثبت ذلك لان العبرة هي الارادة الكامنة في النفس اي الارادة الباطنة[1]

وكمقارنة بين هاتين النظرتين السالفتين ذكر ظاهرة من مقارنة بينهما انهما تختلفان اختلافا واضحا من حيث الاساس النظري والفلسفي غير ان هذا الاختلاف ليس كبيرا سواء من الناحية العلمية او القانونية ومع ذلك لا يمكن في العمل الاخذ باحدى النظرتين الاعتداد بما تقتضي به بصفة مطلقة او اهمال الاخرى بل يتعين اذا اخذنا باحدى النظريتين الاعتداد بما تقتضي به الاخرى ولو لحدود معينة، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في التقنين المدني الذي اخذ بالارادة الباطنة مع التخفيف من نتائجها طبقا للمادة 199 ق م مثلا.

كما انه في الكثير من الحالات اعتد بالارادة الظاهرة كما سنرى هذا في ابرام العقد وفيس تحديد شرائط صحته وعلى نطاق محدود في تفسيره، م (60-61-62-98-198-334 ق م) فنجد المادة 111 /1 ق م تنص على انه اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تاويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين" وهذا ليس الا اخذا بالارادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات وتحقيقا للطمانينة في النفوس والضمانة القانونية ومن هنا تبرز فلسفة القانون المدني الجزائري في محاولة ضمان استقرار المعاملات بدلا من حماية الارادة الحرة وقد اخذ فقهاء الاسلام ها هنا طريقا وسطا قوامه الارادة الباطنة والظاهرة سواء في تكوين العقد او في تفسيره وهذا قبل ظهور النظريتين اللاتينية والجرمانية.[2]

[1] المرجع نفسه، ص 89.

[2] د.بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 63-64.

المبحث الثاني : طرق التعبير عن الارادة وموقف التشريعات :

لا ريب أن الارادة هي جوهر العقد وبالتالي يلوم توافرها لاعقاده ،وحكمة ذلك ينبغي أن يكون الشخص واعيا تماما للتصرف الذي سيرميه فاذا لم توجد هذه الارادة أيا مان سبب ذلك سواء كان ذلك بصورة كلية أو جزيئية فان العقد لا يعقد .

فالارادة تنعدم بالنسبة للصغير عديم الادراك والتمييز أو الشخص الذي يكون مصابا بالجنون أو من فقد وعيه بسبب مرض أو شيخوخة وهكذا .

–واذا وجدت الارادة ينبغي أن يقصد الطرفان من ورائها احداث أثر قانوني ذلك أن هناك امور انسانية يقوم بها الشخص اتجاه الاخرين لكنه لم يقصد من ورائها احداث أثر قانوني على سبيل الالزام ،كدعوة صديق لركوب السيارة فهذا لا يمثل عقدا فنما هو أمر انساني أو أخلاقي .

هذا التعبير عن الارادة اما أن يصدر عن الأصل نفسه ،واما أنه ينيب أخر عنه في ابرام التصرف .[1]

فهناك طرق عديدة للتعبير عن الارادة وهذا ما سنتطرق له في المبحث الثاني وسيتم عرضه بطريقة يتم من خلاله شرح كل طريقة على حدى وعلى ضوء الفقهين التقليدي والحديث وفي ضوء الأحكام القانونية .

[1]– أحمد محمد منصور ، المرجع السابق ،ص 51.

المطلب الاول : التعبير الصريح والتعبير الضمني في ضوء الفقه التقليدي والحديث :

الفرع الاول : التعبير الصريح والتعبير الضمني في الفقه :

أولا : الفقه التقليدي :

يتمثل التعبير الصريح للفقه التقليدي في التعبير باللفظ أو الكتابة أو الاشارة بينما يعتبر اتخاذ موقف تعبيرا اضمانيا ،وقد يستخلص هذا التعريف من الصيغة التي استعملها المشرع في المادة 60 ق.م حيث أشار في بداية الأمر الى اللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفا، ثم أضاف حالة اتخاذ موقف يقوله " .....كما يكون باتخاذ موقف يقوله ...." كما يكون باتخاذ موقف ....." وتفيد هذه الصيغة التمييز بين الحالتين ،وقد يقصد بالحالة الأولى الى التعبير الصريح وبالحالة الثانية التعبير الضمني .[1]

وكمثال عن التعبير الصريح وكما سبق الذكر باتخاذ موقف يدل على حقيقة الموقف مثلا :كوقوف سيارات الأجرة في مواقفها وكعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان اثمانها[2] .

ثانيا الفقه الحديث :

-يرى الفقه الحديث أن التعبير عن الارادة يتكون من عنصرين :

عنصر مادي يتمثل في اللفظ أو الكلمة أو الاشارة المتداولة بين الناس أو الموقف المتخذ .

وعنصر المعنوي يتمثل في نية المعبر ،أي الغرض من استعمال هذه الألفاظ أو الكلمات أو المواقف .

ويكون التعبير صريحا كلما انصرفت نية المعبر الى الكشف عن ارادته ،حيث يكون الغرض من الكلمة أو الكتابة أو الاشارة أو الموقف المتخذ هو الاعلان والكشف عن الارادة بينما يكون التعبير ضمنيا اذا لم تنصرف نية الشخص عند كلامه أو شارته أو كتابته أو اتخاذ

[1]- علي فلالي ،المرجع السابق ،ص 98 .

[2]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص 59.

موقف الى الكشف والاعلان عن الارادة ،الا ان الارادة تظهر من الكلمة او الاشارة أو الموقف المتخذ لغرض اخر .

-وقد نستخلص هذه الفكرة كذلك من المادة 60 ق.م حيث أشار المشرع في الفقرة الأولى الى التعبير الصريح، واجاز في الفقرة الثانية التعبير الضمنى دون تعريفه ،وبما ان التعبير سواء كان صريحا أو ضمنيا يكون دائما باللفظ أو الكتابة او الاشارة أو اتخاذ موقف، يمكننا القول أن المشرع قد أخذ برأي الفقيه الحديث، وحق تتمكن من ترجيح احد الرايين نستعين بالأمثلة الواردة في بعض الأحكام القانونية .

الفرع الثاني : التعبير الصريح والتعبير الضمني في ضوء الأحكام القانونية :

لقد أعطى المشرع بعض الصور للتعبير الضمني، منها ما جاء في المادة 318 ق.م التي تنص : "...ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن ملاله مرهونا رهانا جيازيا تأمينا للوفاء بالدين " فبالنسبة لهذه الحالة يعتبر الموقف الذي اتخذه المدين والمتمثل في ترك ماله تحت يد الدائن هو تغيير ضمني وقد أخذ المشرع بنفس الحل في المادة 509 ق.م " اذا انتهى عقد الايجار وبقى المتأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر اعتبر الاجار قد تتأجر بالشروط الاولى ..... ،ويعتبر هذا التجديد الضمني مجرد امتداد للاجار الأصلي ....."

ويتمثل التجديد الضمني في موقف المستأجر الذي استمر في الانتفاع بالعين المؤجرة ولقد استقر الرأي المشرع على نفس الحل في المادة 965 ق.م التي تقضي [1].

".... يجوز أن يحصل التنازل ضمنيا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون ....."

كما تنص المادة 192 من قانون الأسرة أنه :" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا ،فلرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها والضمني يكون كل التصرف يستخلص منه الرجوع فيها ....."

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق ،ص 99.

– وخلاصة الفول يبدو وأن المشرع في ضوء هذه الاحكام ،قد أخذ بالتعريف التقليدي الذي يرى أن التعبير الصريح هو الذي يتم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الاشارة ،بينما ينحصر التعبير الضمني في اتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته [1].

المطلب الثاني : تطابق الارادتين .

نستحدث في هذا المطلب عن تطابق الارادتين ألا وهما الايجاب والقبول وقبل التطرق لها يجب أن نحدد المقصود بتطابق الارادتين .

المقصود بتوافق أو تطابق الارادتين : أو التراضي وهو اقران الايجاب بقبول متطابق له ذلك أنه يلزم لقيام العقد وفقا للمادة 59 ق.م أن يصدر تعبير عن ارادته شخص هو الايجاب (l'offre) الذي يتضمن عرضا منه، وأن يصد تعبير يقابله، عن ارادة شخص أخر هو القبول (l'acceptation) الذي يأبى مطابقا للإيجاب ،وأن يقترن هذا التعبير أ, هاتان الارادتان [2].

أولا : الايجاب :

له عدة تعريفات وقد قام العديد من المشرعين توضيح مفهومه فنأخذ أول تعريف من علي فيلالي الذي عرف الايجاب على أنه عبارة عن عرض يتقدم به الشخص ليعبر به ،على وجه الجزم عن ارادته في ابرام عقد معين ،فيعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول وحينئذ يكون التعبير عن الارادة ايجابا متى توفر الشرطان التالية ،وهما أن يكون هذا التعبير دقيقا ومحدودا وأن يكون باتا من جهة أخرى .

– كما أن بلحاج العربي عرض الايجاب (l'offre ou colliquation) هو الاعرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين ،بحيث اذما اقترن به قبول مطابق له ، انعقد العقد م (54– 59 ق.م) وعليه ينعقد العقد في كثير من

[1]– علي فيلالى، المرجع السابق ،ص 100.

[2]–بلحاج العربي، المرجع السابق ،ص 67.

الحالات بناءا على دعوة موجهة من أحد الطرفين (proposition) أو دعوة موجهة الى الجمهور أي كافة الناس (offre au public) [1]

- كالإعلان عن الضائع عن طريق الصحف أو العرض في وجهات المحلات التجارية ،وكإعلان الشركات التجارية والمؤسسات والادارات المختلفة عن حاجتها الى موضفين أو عمال وكإعلان في الصحف عن بيع عقارات ،وقد تؤدي هذه الدعوة الى الدخول في مفاوضات (pouparlers) ،وقد تنتهي هذه المفاوضات الى مجرد مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أية مسؤولية عقدية كما أنه يمكن كذلك أن تنتهي هذه المفاوضات الى ايجاب يطابقه قبول فينعقد العقد .
- وكثيرا ما يصعب التمييز بين الدعوة الى التعاقد وبين الايجاب ذلك لأنه لهذا التمييز أهمية بالغة فقبول الايجاب يؤدي الى انعقاد العقد أما قبول الدعوة الى التفاوض فلا قيمة له ،فان الفقه والقضاء لم ينجحوا في وضع أي معييار حاسم لهذا التميز فهو أمر يتصل بالواقع ويختلف باختلاف الظروف والملابسات و ينتقل بتقدير قاضي الموضوع فإرسال قائمة بالأسعار كما يعتبر دعوة الى التعاقد في ظروف معينة ،يعتبر ايجابا في ظروف أخرى ،ولهذا التمييز أهمية من وجوه :

1- فلا تعتبر الدعوة الى التفاوض ايجابا .

2- وقد تعتبر الدعوة الى التفاوض عملا ماديا يترتب عليه أثر قانوني .

3- وما دام أن الدعوة الى التفاوض عمل مادي فان الشخص الذي يكلف بالتفاوض لا يكون نائبا بل مجرد وسيط لأن النيابة تكون في التصرفات القانونية ،فمثلا : السمسار الذي يقوم بالتقرب بين عروض الطرفين كي يمهد للتعاقد لا يعبر نائبا.

ثانيا : شروط الايجاب :

- لقد سبق لنا عند تعريف الايجاب ذكرنا أن هناك طرفان يجب توافرها وهما كالأتي :

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.

أ) الايجاب : عوض محدد ودقيق :

-الغرض من الايجاب اذا اقترنت له القبول هو انشاء العقد مما سيلتزم استفاء الايجاب للعناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه ، فيجب أن يتضمن الايجاب كل شروط العقد ،بحيث ينتمي للموجب له أن يطلع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه .

وينعقد العقد بمجرد صدور القبول دون اضافة أي شيء اخر ،والايجاب هو العنصر الأول في الاتفاق اذ يتقدم دائما على القبول ولكن هذا لا يعني أن المبادر للتعاقد هو الموجب ،وأن المبادرة تكون دائما ايجابا فقد تتمثل في دعوة الى التعاقد هو الموجب ،وأن المبادرة تكون دائما ايجابا فقد تتمثل في دعوة الى التعاقد وهي مرحلة تتقدم الايجاب وتتميز عنه وغرضها انطلاق المفاوضات وهي مجرد استطلاع للآراء وابداء اقتراحات [1] غير دقيقة مثلا : إعلان عن مناقصة أو طرح صفقة في المزاد العلني أو عرض بيع شيء ما دون تحديد الثمن ماهي إلا دعوة لتقديم عروض كاملة وشاملة بتقديم الإيجابات .

- كما تتفاوت شروط العقد من حيث أهميتها فضنها الجوهرية ومنها التفصيلية أو الثانوية ويجب أن يحتوي الايجاب قطعا على المسائل الرئيسية في المعاملة باعتبارها موضوعها أو محلقا وتختلف هذه المسائل الجوهرية باختلاف العقود، فالمسائل الجوهرية الموضوعية في عقد البيع مثلا: هي تحديد الثمن والمبيع، وفي عقد العارية هي محل ومدة الإعارة، وفي عقد المقاولة هي تحديد الأشغال وثمن انجازها... إلخ .

وما يجدر بنا الإشارة إليه وتوضيحه في الأخير يجب التمييز بين الإيجاب والوعد بالتعاقد الذي أشار اليه المشرع في نص المادة 71 ق.م حيث يرمي كل منها إلى إنشاء العقد وهذا هو وجه الشبه، غير أنهما يختلفان بخصوص طبيعتهما القانونية: فالإيجاب تعبير عن

[1]-علي فيلالي، المرجع السابق ،ص 103-104.

الارادة من طرف واحد بينما الوعد بالتعاقد سواء أكان ملزما لجناب واحد أو لجانبين –هو في حدى ذاته عقد يجسد اتفاق ارادتين والغرض منه هو ابرام عقد مستقبلي .[1]

ب) الايجاب عرض بات :

الإيجاب هو كذلك عرض جازم أي أن ينطوي على ارادة الموجب في ابرام العقد بمجرد اقران القبول به وعلى اساس توافر هذه النية وانتفاءها، يفرق بين الايجاب وبين الدعوة الى التعاقد، مع مراعاة أن القولب ذلك من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا او هو يستخلصها من الملابسات المختلفة ومن عبارات الايجاب في في حد ذاته ، وهو يظهر في عرض السلع في واجهات المحلات التجارية فان كان عرضها مقرونا ببيان أثمانها اعتبر ذلك ايجابا موجيا الى الجمهور واعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الجمهور قبولا لا ينعقد به العقد، أما إذا كان العرض خاليا من الأثمان أعتبر مجرد دعوة الى التفاوض وكان طلب الشراء حتي بعد الاستعلام عن الثمن إيجابا فحسب يحتاج الى قبول التاجر حتى ينعقد العقد، وبحيث لا تتعار خصيصة الجزم في الايجاب مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية وهو ما يسمى الايجاب المعلق (offre avec réserves)[2] ونستخلص مما سبق أن عرض التعاقد يجب أن يتصف بخاصية الجزم لكي يعتبر ايجابا قانونيا ويقصد من هذا أن يكون صادرا عن نية باتة في التعاقد ،فاذا كان من وجه العرض لم يعقد عزمه نهائيا على التعاقد فاننا لا نكون بصدد ايجاب اتجاه لا قيمة له مالم يوجه الى الغير مطلقا .

–ثالثا : القوة الملزمة للإيجاب.

–ويقصد بالقوة الملزمة للإيجاب هو أثر الايجاب أو مدى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه بعد صدوره منه ،بحيث لا يترتب على مجرد الصدور من الموجب أي الالتزام طالما لم يتصل الايجاب بعلم من وجه اليه طبقا لمادة 61 من القانون المدني .

[1]–علي فيلالى، المرجع السابق، ص 104 –105.

[2]–بلحاج العربي،المرجع السابق ،ص 69–70

بحيث لا يجوز رجوع الموجب عن ايجابه في خلال هذه المهمة صراحة أو ضمنا واذا قد عين الأجل فيجب انقضاء تلك المهلة أو المدة التي تم الاتفاق عليها ،فمثلا المعاملات العقارية تقتضي ظروف الحال الى ترك مدة معقولة وفي حالة تقديم عطاء لقاء ذلك في المناقصة فتدل طبيعة المعاملة على اقران الايجاب [1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 63 ق.م ن نص على الحاجات العلمية ذلك أنه لةو أبيع للموجب في كل الأحوال أن يرجع عن ايجابه طلما لم يقترن به القبول ،فلن يستطيع شخص أن يعتمد على ايجاب يوجه اليه هو لا يعلم اذا كان المجوب سيبقى على ايجابه أم يرجع عنه قبل أن يستطيع هو تدبير أمره ،وهذا بعد كإهدار الاستقرار في المعاملات .

وهنا تبدو الحاجة الى هذه القوة الملزمة للايجاب بوجه خاص في المعاملات التجارية الذي يتلقى ايجابا بالتعاقد مع اخر يكون في حاجة ماسة الى الاطمئنان الى ثبات هذا الايجاب فترة معقولة يستطيع من خلالها أن يتدبير الأمر أي ما يمكن أن يعقده من صفقات على أساس العقد المعروض عليه فيما لو قبله [2]

ومتى كان الايجاب ملزما فان الموجب لا يمتلك الرجوع فيه ،ومن ثم فان رجوعه على فرض حدوثه يعتبر كأنه لم يكن ، وتعقيد العقد بالرغم منه متى صدر القبول خلال المدة المحدودة لصدوره .

رابعا :سقوط الايجاب .

يسقط الايجاب ويفقد قوته الالزامية ويتحلل الموجب حينئذ من الزامه ،وفق الصورتين التاليتين :

أ) الايجاب المقترن بأجل :وهذا الأخير له سببان يساهمان في سقوطه فيتمثل الأول في انقضاء الأجل المحدد للقبول دون رد الموجب له، وهنا أي أن الموجب له غير ملزم قانونا

[1]–د– عبد المتعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات ،الجزء الأول، ب س ، 197.

[2]– على على سليمان ،مصادر الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2003، ص 55.

بالرد على الايجاب الذي وجه اليه فيدعه يسقط والثاني يكمن في رفض الموجب له للإيجاب الذي وجه اليه حتى لو لم ينقض الأجل المعين للقبول .

ب) الايجاب الصادر في مجلس العقد : يسقط الايجاب فيه أيضا بسبب انقضاء مجلس العقد دون صدور القبول من الموجب له أو في حالة عدول الموجب عن ايجابه قبل أن ينقص مجلس العقد [1].

-خامسا :القيمة القانونية للإيجاب :

ونعي بالقيمة القانونية للإيجاب قوته الالزامية أي عدم وجود أساس قانوني لالتزام الموجب خاصة وأن الارادة المنفردة لا يعقد بها كمصدر للإلزام فكان الموجب غير ملزما ولا يسأل مالم يثبت خطأ من جانبه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وهذا كان بالنسبة للقانون القديم ،غير أن القضاء لم يبق سجين مبادئ سلطان الارادة فقرر بعد تردد في بداية الأمر أن الايجاب اذا تضمن أجلا للقبول يكون ملزما لصاحبه ،وينبغي عليه أن يبقى على ايجابه حتى القاء الأجل المحدد أو رفض الموجب له .

فالقانون المدني عالج هذه المسألة متناولا اياها في المادة 63 و 64 من القانون المدني ووضع لها جانبان يتعلق الأول بالزامية الايجاب ويتعلق الجانب الثاني بسقوطه [2]

ثانيا القبول : Acceptation

وهو التعبير عن الارادة الصادرة ممن وجه اليه الايجاب والمتضمن موافقته على الايجاب الصادر اليه بكل عناصره ،وقد يصدر هذا القبول كما في الايجاب بطريقة صريحة أو ضمنية ولكي يترتب على القبول أثره في انعقاد العقد ،ينبغي أن يصدر والايجاب ما يزال قائما أو في مجلس العقد وأيضا أن يصدر بدون مخالفة للعناصر التي وردت بالايجاب وقد

[1]-د: بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص73.

[2]- على فيلالى، المرجع السابق، ص 107-108.

نصت المادة 96 من القانون الأردني على أن المتعاقدان بالخيلا بعد الايجاب الى اخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك [1]

-والقبول عند فيلالى فيرى أنه هو الرد الايجابي من طرف الموجب له ،ولكي يعتد به لابد من توفير بعض الشروط وأحيانان قد يكتفي السكوت الملابس .[2]

-وللأصل أن حرية القبول أو الرفض أمر معقول لمن وجه اليه الايجاب ن بدون أية مسؤولية تترتب على قبوله أو رفضه الا أنه استثناء من الممكن أن تترتب على عاتق من وجه اليه الايجاب مسؤولية حيث يحدث خطأ من جانبه فقد يعلن صاحب عمل عن حاجته للموظفين في وضائف شاغرة ،فيتقدم العامل لهذه الوظيفة ايجاب موجه لصاحب العمل ينبغي الا يرفضه الا بسبب مشروع والا اعتبر مخطأ .

-ونظرية مجلس العقد مستمدة من الفقه الاسلامي واعتنقتها التشريعات العربية [3] ولقد بلغت حدا كبير من الاتقان وقامت على معيار وسط فلا يطلب من المتعاقد الاخر القبول فورا بعد صدور الايجاب خشية أن يلحقه ضرر من جراء عدم التفكير في الامر ومن الجانب الاخر ينبغي عليه ألا يبالغ في التأخر في الرد اذ أن ذلك سيلحق الضرر بالموجب من بقاء ايجابه فترة طويلة دون داع لذلك .

سنتحدث الأن ونحاول توضيح القبول أكثر من خلال تغيير معنى الحرية في القبول وهذا معناه أن الموجب له يستطيع أن يقبل الايجاب أو يرفضه ،كما يكون له أن يدعه يسقط ،اذ أن الاصل هو حرية التعاقد ،من يرفض ايجاب وجه اليه لا يكون مسؤولا عن هذا الرفض ولا يجوز البحث عن بواعثه ،فالأصل أن تطبيق نظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحق لا تنطبق عليه حرية رفض التعاقد ،غير أن هذه الحرية من يوجه اليه الايجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال ، وانما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال

[1]- د: أمجد محمد منصور ، المرجع السابق، ص 73.

[2]-علي فيلالى ،المرجع السابق ،ص 112 .

[3]-د: السنهوري، المرجع السابق، ص 6.

رخصة الرفض ،وذلك اذا كان هو الذي دعى الموجب الى التعاقد بعد أن حدد شروطه ،اذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول الا لسبب مشروع ، فاذا لم تكن هناك بواعث مشروعة كان رفض الدعوة الى الاجابة الموجهة الى الجمهور عن طريق النشرات والاعلانات .[1]

-شروط القبول :

لا يقوم القبول ولا يكون هناك قبولا كما أنه يشرط في القبول الذي ينعقد به العقد شرطان لابد من توافرهما القبول تعبير عن الارادة فانه حتما يخضع للأحكام العامة التي تحكم الارادة وكيفية اضهارها مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك لأن القبول هو العنصر الثاني في العقد لكونه يعبر عن قبول الايجاب كما سبق لنا ذكره سلفا الذي صدر في وقت سابق فيجب فيه هذان الشرطا .

أ) مطابقة القبول للايجاب

ب) صدور القبول فبل سقوط الايجاب

فيما يخص مطابقة القبول للايجاب : معناه هنا أنه يجب صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي يتضمنها الايجاب ،ويستوى أن تكون هذه المسائل رئيسية أو ثانوية ،فالقبول يجب أن يكون جوابا "بنعم" عن الايجاب .

ومن ثم اذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا م 66 ق.م وتنص المادة 65 [2] على أنه "اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واختفضنا بمسائل تفصيلية عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها ،اعتبر العقد مبرما واذا قام خلاف على المسائل التي لم تفق عليها ،فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرق والعدالة .

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 89.

[2]- د: بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص 75.

فالوضع في المادة 65 ق.م يتلخص في أن المتعاقدين يتفقان على المسائل الجوهرية في العقد على البيع والثمن ويرجئان الكلام عن مكان التسلم وميعاده ونقصانه .

فان اتفقا فيما بعد على المسائل المرجاة انتهى الأمر ،وان اختلفا فيها تولى القاضي أمرها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون و العرف والعدالة .

ويبرر هذا الحكم ان المسائل المؤجلة في الاتفاق ليست جوهرية في العقد ،ورغم هذا فان المادة 65 من ق.م تنطوي على توسيع في سلطة القاضي لأن القاضي بمقتضاها يكمل ما نقص من ارادة المتعاقدين ،وبذلك يساهم في عمل العقد وهذا يخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على تغيير العقد [1].

– ومن ناحية أخرى فانه حسب القواعد العامة نجد أن احتفاظ الطرفين بمسائل تفضيلية يتفقان عليها فيما بعد قد يفسر بأنهما لم يقصدا تركها للقواعد القانونية المكملة ،ولهذا يمكن القول بأن العقد لا ينعقد في هذه الحالة الا اذا اتفقا عليها بالفعل ،كما تجدر الاشارة هنا الى أن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية (Points essntiels) للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها (م 171/ق.م) واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد (م 17 /2 ق.م) [2]

وبالنسبة لعلي فيلا تقسم مطابقة القبول للإيجاب الى قسمين غير أن القبول يجب أن يكون ميدانيا مطابقا للإيجاب وفي بعض الحالات الاستثنائية يكون الاتفاق الجزئي كافيا للانعقاد ،وسنوضحه كالاتي وبطريقة مختصرة :

[1]–د : بلحاج العربي، المرجع السابق ،ص76–77.

[2]– نقض مدني فرنسي 1985/12/01، 5 1987 ،1 رقم 65 .

أ) فبالنسبة للمبدأ :التطابق الكلي :

لا يتمثل في الرد الايجابي فحسب ، بل لابد أن يكون مطابقا تماما للايجاب فهو يعبر عن ارادة الموجب له في ابرام العقد وفق الشروط التب تضمنها الايجاب وبهذه الشروط فقط دون زيادة أو نقصان أو تعديل ،ولو كان ذا أهمية ضئيلة جدا ، بحيث يحصل اتفاق كلي بين المتعاقدين ولهذا جرت العادة في العقود الهامة على أن يرد الموجب له في قبوله بتكرار صيغة الايجاب نفسها المتضمنة لكل المسائل والشروط وكام قد يلجأ المتعاقدان الى وضع ملحق للعقد المتضمنة لكل المسائل و الشروط وكما قد يلجأ المتعاقدان الى وضع ملحق للعقد يتم فيه تحديد معنى المصطلحات والعبارات الواردة فيه وكذلك تحديد وحدات الوزن والقياس وغيرها ، تجنبا لك فهم أو تأويل خاطئ قد يشوب ارادتيهما .

واتضح أن القانون لا يشرط لانعقاد العقد حل هذه التفاصيل ،وانما يشترط الرد بالموافقة فقط سواء كان بكلمة واحدة مثل نعم أو بعبارات مغايرة عن ذلك التي تضمنها الايجاب شريطة أن تعبر عن الموافقة الكلية عما ورد في الايجاب له اضافة أو حذف أو تغيير شرط ولو كان بسيطا فيعد رفضا للايجاب الذي تلقاه ويعتبر في نفس الوقت ايجابا جديدا يكون محلا للقبول وقد يلي الايجاب ايجابا جديدا وهكذا الى أن يكون الرد مطابقا تماما للايجاب ،فتكون بصدد قبوله للعقد .

ب) الاستثناء الاتفاق الجزئي :

يوجد استثناء تضمنه المادة 65 ق.م التي تنص على " اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهيرية في العقد واحتفضها بمسائل تفضيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطان أن لا أثر للعقد عن عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبر ما واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة فهذا الحكم استحدثه المشرع وله أهمية بالغة بالنسبة للصفقات الكبيرة التي تستلزم مدة طويلة لإنجازها وبدون هما الاستثناء يصعب ابرام هذه العقود في وقتها المحدد .

ويكون الاتفاق الجزئي للعقد اذا توفرت فيه جملة من الشروط سنذكرها بصفة [1] موجزة فتتمثل في :

1) اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهيرية .

2) اثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها .

3) اتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على هذه المسائل التفصيلية لاحقا .

4) عدم اشتراطهما أن عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية لاحقا قيام العقد

-وقت صدور القبول :

-يجب صدور القبول وقت قيام الايجاب حتى يتم الاقتران بينهما وينشأ العقد فالايجاب المقترن بأجل يبقى دائما قائما الى نهاية الأجل أم الايجاب الصادر في مجلس العقد فانه يقتضي قبولا فوراي أن يحصل قبل انقضاض المجلس مالم يعدل الموجب عن ايجابه .

السكوت الملابس :

ان القبولا تعبير عن الارادة يخضع لأحكام المادة 60 ق.م وقد يتم بتعبير صريح أو ضمني مالم يقيض القانون أو يتفق الطرفان على وجه الاستثناء أن يكون التعبير صريحا.

فتنص المادة 68 ق.م :" اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قيد تم اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب ... ويعتبر السكوت في الرد قبولا اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو اذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه " .

فأحكام هذه المادة تخص القبول دون سواه نفقد أخذ المشرع بالسكوت الملابس وهو ذلك الذي تحيط به العوامل والظروف التي من شانها أن تدل على وجود شيء ما، وقد ورد أيضا في الفقرة 2 من المادة 68 السالفة الذكر من ق.م "..... ويعتبر لا السكوت في الرد قبولا اذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ،واذا كان الايجاب لمصلحة من وجب اليه

[1]- علي فيلالى، المرجع السابق، ص 113- 114 .

" يستخلص قول الموجب له من الاظروف و العوامل المحيطة به بسكوته والتي قد تتمثل في تعامل سابق بين المتعاقدين أو يكون الايجاب في مصلحة الموجب له أو تكون طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقتضيان ذلك ،أو هناك ظروف أخرى يتولى القاضي تقديرها لهذا ويعد سكوت الموجب له في مثل هذه الاحوال قبولا يترتب عليه العقد كما يعد القبول الذي يتم عن طريق السكوت الملابس تعبيرا عن ارادة الموجب له .

الفرع الثالث : زمان ومكان تطابق الارادتين :

ان عملية التعاقد حسب ما تمت دراسته قد تتم في مجلس العقد يضم كلا من الموجب والموجب له ، وهذا تعاقد بين حاضرين ،حيث ينعقد العقد في مكان واحد وفي زمان واحد ،وقد تتم عملية التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ، اذ يتواجدان في أماكن مختلفة وهذا ما يسمى بالتعاقد بين يثر مشكلة تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين .

- فهل يعقد العقد في مكان الموجب أو في مكان الموجب له ؟
- ذلك في ما اذا كان هناك فاصل زمني بين صدور القبول ،والعلم له من قبل الموجب فهل يتم ترابط الارادتين وقت صدور القبول أو وقت العلم ؟
- وللاجابة على هذا السائل سنتناول أهمية تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين ثم نستعرض النظريات التي وردت في هذا المجال وتنتهي بتحديد موقف المشرع في هذه المسألة :
- **أهمية تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين :**
- **أولا : أهمية تحديد المكان :**
- يعقد المشرع بمكان ابرام العقد لتعيين المحكمة المختصة اقليميا للفصل في المنازعات وقد نصت المادة 8 الفقرة 6 من قانون الاجراءات المدنية :" ... وفي النزاعات التي تقوم بين أصحاب العمل وصحاب الأجر .... واذا كان العمل غير حاصل في مؤسسة ثابتة فيعود الاختصاص لمحكمة المكان الذي أبرم فيه العقد كما اعتمد المشرع أيضا في

المادة 9 الفقرة 4 من ق. ا.م على مكان ابرام العقد لتحديد اختصاص المحكمة ".....وفي المنازعات المتعلقة التوريدات والأشغال وأجور العمال والضياع يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام الاتفاق ..." كما أخضعت المادة 19 ق. م شكل التصرفات القانونية لقانون المكان الذي تمت فيه .

ثانيا : أهمية تحديد الزمان : يرتب المشرع على وقت انعقاد العقد عدة تباع منها :

- حق الموجب في العدول عن ايجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول كأن سريان المواعيد من وقت تمام العقد نصت عليه المادة 90 فقرة 2 من ق.م
- سقوط الايجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية فاذا تم العقد فانه ينعقد صحيحا [1].
- استحقاق المشتري الانتفاع بالشيء المبيع وايراده وكذا تحمل تكاليف من يوم حصول تطابق الارادتين اي انعقاد العقد طبقا للمادة 389 ق. م.
- اما بخصوص النظريات التي اقترحت في مجال تحديد زمان ومكان تطابق الارادتين فيمكن تصنيفها الى قسمين القسم الاول منها بتواجد الايجاب والقبول بينما يقوم القسم الثاني على تبادلها :
- تواجد الايجاب والقبول :
- يحصل تطابق الارادتين ومن ثم قيام العقد في الوقت الذي يكون فيه كل من الايجاب والقبول موجودين ،فانقسم اصحاب هذا الراي الى نظرتين تكمن الأولى في نظرية الاعلان عن القبول التي يرى انصارها ان العقد يتم في الوقت وفي المكان اللذين يعلن فيهما الموجب عن قبوله للايجاب بحيث يتم توقيع العقد وقت ومكان توقيع الموجب له للمكتوب المتضمن قبوله او وقت ومكان ابلاغ الرسول بالقبول ،ومن محاسن هذه النظرية انها تتفق مع ما تتطلبه التجارة من سرعة في التاعامل اما عيوبها فتتمثل في

[1]– على فيلالي : المرجع السابق ،ص 119– 120

صعوبة الاثبات لكون الموجب لا يعلم بتمام العقد ،وبالتالي قد يتراجع الموجب له عن قبوله دون ان يعلم الموجب بذلك ،وهذا فيه تناقض ايضا مع احكام القانون التي ترتب اثرا على الارادة الا عند اتصالها بعلم من وجهت اليه [1]،والنظرية الثانية وهي نظرية تصدير القبول التي مفادها ان العقد ينشأ في الوقت الذي يتم فيه تصدير القبول الى الموجب اي ان ينعقد العقد في الوقت الذي يبعث الموجب له الرسالة التي يتضمنها قبوله للموجب .

ومن محاسن هذه النظرية انه لا يمكن للموجب له ان يتراجع عن قبوله ،وهذا غير صحيح لأن الموجب يستطيع التراجع عن قبوله فيكفيه مثلا : ان يرسل برقية عاجلة (تيلكس – فاكس) ليبلغ رفصه للموجب .

- ثانيا : تبادل الايجاب والقبول

– يرى انصار هذا الراي ان تطابق الارادتين لا يتحقق ما لم يتبادل المتعاقدان ارادتهما اي ان يتم العقد في الوقت الذي يطلع فيه كل متعاقدة على ارادة المتعاقد الثاني وهذا الراي تضمن نظريتين تكمن الاولى في نظرية تسليم القبول اي ان العقد يتم في الوقت والمكان اللذين يصل فيهما القبول الى الموجب او عند تسلم الموجب قبول الموجب له ويصبح العقد صحيحا ونهائيا [2].

والغرض من هذه النظرية هو التوزيع العادل لمخاطر الطريق بين الموجب والموجب له ويعاب عليها في جهل المتعاقدين وقت انعقاد العقد كما انها لا تخول حماية كافية للموجب له في حالة ضياع او عدم تسليم القبول اما النظرية الثانية وهي نظرية العلم بالقبول والتي يتم العقد فيها حسب الوقت الذي يعلم فيه لاموجب بالقبول وهذا يقتضي ان يطلع هذا الاخير على الرسالة المتضمنة للقبول كما يعتمد اصحاب النظرية هاته على توافق الارادتين الذي يقتضي حتما ان يكون كل متعاقد على علم بارادة المتعاقد الاخر فمزايا هذه النظرية

[1] المادة 61 من ق. م. الجزائري توضح ذلك .

[2] علي فيلالي ،المرجع السابق ، ص ص 121، 122

يحقق الاستقرار في المعاملات غير انه يؤجل الاثار المترتبة على القبول مما يوفر فرص اضافية للموجب له بالتراجع عن قبوله ،وتعاب هذه النظرية بأنها يصعب اثبات وقت العلم بالقبول فيتحمل الموجب له تعسفات الموجب .

موقف المشرع في هذه المسألة :

- نستنتج من نص المادة 67 ق. م. التي سبق لنا عرضها وذكرها وشرحها من المطلب السابق ان المشرع الجزائري اخذ بنظرية العلم بالقبول الا انه بفرض ان العلم بالقبول يحصل وقت وصوله ،ويثير علي فيلالي في هذا السياق ان هذا الافتراض هو قرينة بسيطة يمكن للموجب فيها ان يثبت انه لم يعلم بالقبول الا في وقت لاحق [1].

فكرة شاملة على اهم التعديلات التي قام بها المشرع الفرنسي:

لقد قام المشرع الفرنسي سلسلة من المستحدثات في القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ في 1/10/2016 ابرزها مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي من حيث التصرف القانوني والواقعة القانونية تعريف العقد في هذا القانون حرية التعاقد ومبدأ حسن النية والمفاوضات العقدية، مضمون العقد، النيابة في التصرفات العقدية، التعبير الالكتروني عن الارادة بالايجاب والقبول وأحكام الحوالة وانقضاء الالتزام ونظرية الاثبات.

حيث نرى من خلال هذا أنه قام بتغييرات جذرية شاملة وواسعة النطاق حيث وضع المشرع الفرنسي مصدرين أساسين للالتزامات في المادة 1100 وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية.

وعرفت المادة 1101 العقد على أنه التوافق الارادي حيث جاء النص على ان العقد هو اتفاق شخصين أو أكثر على انشاء او الغاء او تعديل أو نقل التزام.

كما صاغ المشرع في المادة 1102 نظرية تتعلق بالحريات العقدية وتتضمن خمس حريات هي (حرية الشخص في التقاعد، حرية الشخص في عدم التقاعد وحرية الشخص في اختيار

[1] علي فيلالي ،مرجع سابق ، ص 123

صيغة العقد وحرية الشخص في اختيار مضمون العقد وحرية الشخص في في اختيار العاقد الاخر) [1]

كما صاغ في المادة 1104 نظرية عامة لمبدا حسن النية من حيث وجوب كون التفاوض بحسن النية في مرحلة الابرام والتنفيذ.

ويري في المواد 1106-1107-1108 العقود التبادلية التامة والناقصة وفي المادة 1109 وضع المشرع مبدأ عام في القانون المدني الاصل في العقود الرضائية وعرف في المادة 1110 ولأول مرة عقد الاذعان :وهو عقد الذي يفرض فيه المتعاقدين الشروط التعاقدية مسبقا دون ان يكون للعاقد الاخر حرية مناقشتها وكل شرط أو بند يرد في عقد الاذعان يعد كأن لم يكن .

- وقد اشار في المادة 1112 الى نظرية المفاوضات العقدية ونظم الالتزام بالاعلام وحدوده وعبء الاثبات القيام به وجزاء الاخلال به .
- كما اشار ايضا في المواد 1123، 1124 الى الوعد بالتفضيل والوعد الملزم بجانب واحد .
- وقد صاغ في المواد 1126 ،1125 نظرية التعبير الالكتروني عن الارادة .
- وخصص المواد 1130 الى المادة 1144 احكام جديدة عن عيوب الارادة لا سيما عيب الاكراه . والمواد 1153 الى المادة 1161 نظرية جديدة للنيابة بالتعاقد .
- ووضع المشرع في المادة 1162 الى 1171 ولأول مرة خصصها لنظرية مضمون العقد .

وصاغ في المواد من 1172 الى 1187 نظرية عامة لبطلان التصرف القانوني ،وقد صاغ في المادة 1188 ، 1192 نظرية جديدة لتغيير العقد، واشار في المادة 1193 الى عدم جواز الغاء العقد بالتراضي، واوضح في المواد 1193 الى 1202 اثار العقد من حيث الاشخاص.

[1] جليل حسن بشات المساعدي، ندوة علمية توعوية تحت عنوان مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ظل التعديل الناقد في 2016/10/1.

واوضح من خلال المواد 1211 الى 1215 نظرية جديد العقد ونظم عن نظرية التنازل عن العقد في المادة 1216 ونظرية الاخلال بالعقد في المادة 1217 وميز بين القوة القاهرة والعائق المؤقت في المادة 1218

وقد اشار في المواد 1342 االى 1346 الى انقضاء الالتزام بينما صاغ نظرية جديدة للاثبات في المواد 1352 الى 1386 .

ملخص هذا التعديل:

وفي الختام نجد ان هذا التعديل والتغير الجذري الذي قام به المشرع الفرنسي جاء بمثابة ثورة قانونية في العالم اذ بموجبه تغيرت أغلب الأفكار التقليدية التي اعتدنا على دراستها.

وجدير بالذكر أن هذا التعديل القانوني المهم سوف تحذو جل دول العالم حذوه في هذا الاتجاه الجديد سيفرض نفسه في كل القوانين لاسيما تلك التي متأثرة بالمدرسة اللاتينية.

تمهيد

لقد أوجب القانون أن تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني أي الإرادة الجدية وهو تعبير عن الرغبة في الارتباط بحالة قانونية تؤهل الى كسب حقوق وتحمل واجبات والتزامات لحد ما أنها تحدث أثار.

فلا عبرة للإرادة في اطار المجاملات أو الأخلاق لعدم نشوء عقد يرتب عليه التزام قانوني ومثال ذلك دعوة شخص الى حفلة أو اتفاق شخصين على السفر سويا ويمكن ايجاز بعض الحالات للإرادة غير الجدية كإرادة الهازل كأن يعرض الهازل سيارته للبيع، وكإرادة معلقة بمحض المشيئة ترتب بالزمن الذي يرغب فيه صاحب المشيئة فأثر معلق ولا ينتج أثره عند صدورها وسنتطرق في هذا الفصل وبحديثنا عن الأثار ونقوم بتوضيحها أكثر بحديث عن دور الإرادة في مراحل التصرفات وهذا ستعرض له من خلال المبحث أما المبحث الثاني فخصصناه بالحديث عن القيود الواردة على مبدأ سلطات الإدارة .

المبحث الأول: دور الإرادة في مراحل التصرفات:

إذا كانت الإرادة موجودة وجادة وقاصدة الى إحداث أثر قانوني فإنها تكون صالحة لأن تنتج أثرها إذا ما عبر عنها تغيرا صريحا أو ضمنيا[1] وكذلك إن للإرادة السلطات الأكبر في المجال التعاقدي نظرا لما تتمتع به من حرية للدخول في العلاقات التعاقدية بعد إبرامها ونفهم من هذا أيضا أن دور في تكوين العقد من خلال الدور الذي تلعبه في إنشاء التصرفات القانونية سواء كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء إبرام العقد .

وسنقم هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول سنقوم فيه بالحديث عن دور الإرادة في إنشاء التصرفات ونقسمه بالتالي الى فروع الفرع الأول سنتحدث فيه عن أهم مرحلة وهي مرحلة المفاوضات وكيفية حماية المشرع الجزائري للإدارة فيها والفرع الثاني سنتحدث فيه عن دور الإرادة في ابرام العقد وكيفية اتجاه الإرادة لإحداث أثرها القانوني

إن العقد ينشأ بتسابق الإرادتين متمثلين وكما سبق ذكره لنا في إيجاب يصدر من المتعاقد الأول ويعرض فيه على الطرف الثاني الدخول في العلاقة التعاقدية وبقبول يرض به الأخير بالعرض الموجه له فيم بذلك العقد .

ولكن أحيانا تسبق الإيجاب مرحلة تمهيدية يتناقش المتعاقدات فيها أفكارهم قصد الوصول الى إبرام العقد النهائي، وهذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات.

حيث تتم عادة إبداع أحد الطرفين لرغبة في التعاقد حول موضوع معين وبدعوة الطرف الأخر لمناقشة تفاصيل هذا الموضوع.

[1] توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) طبعة الثالثة الدار الجامعية بيروت – لبنان بدون سنة نشر صفحة 79.

إن قيام حالة التفاوض مشروطة دائما بتلاقي إدارة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف الى صياغة تصور مشترك وهو مشروع العقد النهائي فإذا ما دخل الطرفان في دائرة التفاوض ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة حسن النية في هذه المرحلة[1]

فتعد مرحلة أولى فترات ما قبل التعاقد وتكتسي أهمية بالغة في تحديد الإطار العام للعقد لنا تطرق أولا إلى تعريفها :

فيقصد بالمفاوضات بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين المتعاقدين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف المقابل حتى يتسنى لهم الوصول إلى اتفاق يتم حبة في قالب إيجاب يوجهه أحد الطرفين إلى الأخر

فتفهم من هذا أن المفاوضات تعد كنتيجة إلى الوصول لاتفاق يتم حبة في قالب ايجاب يوجهه أحد الطرفين للأخر [2].

فالمفاوضات إذا كان أساسها التوافق بين إرادتين إلا أنها في الواقع تنحصر فقط في تمهيد الطريق أمام المتعاقدين فهي تعد بمثابة أعمال تحضيرية لا تنتهي إلا باتفاق ملزم ولكن تعبر مالم فيها كاف لإبرام العقد وهذا ما يجعلها مميزة عن العقد الابتدائي الذي هو عقد تام وبات تندرج بنوده فيما بعد ضمن العقد النهائي.

كما تعمل المفاوضات على توضيح الالتزام الأطراف العلاقة التعاقدية وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة تنفيذ العقد، كما ان صياغة العقد النهائي والتركيز على النقاط المهمة فيه قد يتطلب جوانب فنية كالتجربة والاستعانة بالخبرة وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات فتغير المفاوضات هي الركيزة الأساسية لتحديد الإطار العام الذي تدور فيه

[1] عبد المنعم موسى ابراهيم – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) بدون طبعة منشورات زين الحقوقية لبنان سنة 1995 صفحة 151.

[2] د: مصطفى العوجي: القانون المدني العقد الجزء الأول الطبعة الأولى : مؤسسة جسون – بيرت لبنان سنة 1995صفحة 170

موضوعات العقد من أجل إبرامه لذا فالمشرع ترك للأطراف الحرية في التفاوض كما تدخل ايضا لحماية هذه الإرادة في هذه الفترة [1]

حماية المشرع الجزائري للإرادة في مرحلة المفاوضات :

لقد أثار المشرع الجزائري في هذه النقطة من خلال القواعد العامة في القانون المدني الجزائري دون أن يضيع أو بحد نظام قانوني خاص بهذا كمرحلة ممهدة للعقد وقبل إنشاء التصرف القانوني، حيث نص على مجموعة من العقود تتم بعد المناقشة والأخذ والرد للوصول إلى نقطة تفاهم وهي تحقيق الالتزامات، وهي العقود التي تتساوى في انعقادها إرادة الأطراف فكل متعاقد يلتزم بالتساوي مع متعاقدة الأخرى حتى تتحقق أفضل شروط دون أن تطغى إرادة على أخرى.

لذا تدخل المشرع لحماية المتعاقد قبل إبرامه للعقد، حيث نصة المادة352 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إيصال: لبيع بدعوى العلم به إذا أثبت غش البائع [2]

الفرع الثاني : دور الإرادة في إبرام العقد:

إن الإرادة وحدها لا تستطيع إنشاء الالتزام الا عندما يجمع أطرافها إلى شكل معين يؤدي بذلك إلى إحداث أثر قانوني، فمن أجل جعل الأطراف ملتزمين في ما بينهم فلابد من القيام بطقوس معنية وذلك وفق ما حدد قانونا فسلطات الإرادة قد أثر في تكوين العقد حرر من الشكليات التي كان خاضع لها، كما أنه لطرفين أثناء إنشاء العقد أن يتفق على ما يريد أنه و يريانه يحقق مصلحتها ألا وهو مبدأ الرضائية في العقود وهو ما ستتناوله في هذا الفرع

[1] محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام) بدون طبعة: الدار الجامعية الجديدة ، للنشر – بيروت سنة 2000 صفحة 53

[2] القانون المدني الجزائري

أولا : مبدأ الرضائية أثناء إبرام العقد:

فيعد هذا المبدأ أحداث النتائج التي ترتبت أو كانت نتاجا لمبدأ سلطات الإرادة وهو لا يتصل إلا بطريقة إبرام العقد وأثناء تنفيذ الالتزام

فيقصد به أن مجرد تطابق الإرادتين تكون هنا كافية وحدها الإبرام العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها [1]

فقد أصبحت حاليا القاعدة العامة هي رضائية العقود ولكنها لم تصل إلى القوانين الحديثة لا بعد تطور تدريجي و مراحل تاريخية عديدة

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ :

لقد جمع فقهاء القانون الحديث على أن الرضائية في العقود أصبحت هي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقود وقيامها

والمشرع الجزائري يدور لا تبنى هذا المبدأ ويظهر هذا جليا نص المادة 59 من ق.م.ج على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتها المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية فيتضح لنا عند النظر لهذه المادة أن مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو

الأصل أما الشكلية فهي الاستثناء وجاءت كقيد وراء مبدأ سلطات الإرادة وستوضح هذا لاحقا.

كما أن المادة 60 من ق.م.ج تعد تطبيقيا لمبدأ الرضائية إذا نصت على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة متداولة عرفا .كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا.

فمن خلال هذه المادة فإنه يتضح لنا أنه للمتعاقدين الحركة الكاملة في التعبير عن إراداتهما يشترط القانون وسيلة معينة، كما الا يشترط شكل معين فالعقد يبقى رضائي وهذا هو مبدأ الراضية

[1] بلحاج العربي: المرجع السابق – صفحة 45

إن العقود الرضائية لا تترك أثرها في الحياة الاقتصادية بين الأطراف مما يجعل العلاقات التعاقدية تتم في سرية وهذا ما دفع بالدول إلى التدخل في هذا الصدد لاعتبارات رقابية فأصبحت تفرض شكلية معينة على إرادة المتعاقدين، فالقاعدة العامة تقضي دائما بالحرية للأطراف في تحديد مضمون العقد بإرادتها في حدود القواعد العامة التي تضبط هذه الإرادة وتنظيمها[1]

ثالثا: إنهاء الالتزام :

يعتبر إنهاء الالتزام كأثر من أثار الإرادة يرد من حرية الأطراف عند محاولتهم إنهاء العقد و التعدد من الالتزامات، وبذلك لا يمكن لأحد طرفين العقد أن ينقل للقضية أو تعديل أحكامه إلا إذا اتفقد معه إرادة الطرف الأخر، فيتم هذا الاتفاق بعد إبرام العقد كأن، يتضمن العقد عند إبرامه شرطا كأن مثلا يخول لأحد الطرفين المتعاقدين أو كلامهما التحلل من العقد أو التعديل في أحكامه، لأن التعديل هو تصرف قانونيي محض يتم بمقتضاه الطرفان أثناء تنفيذ العقد على تغير أي بند من بنود أو أكثر من ذلك وسيثمد حق الحرية في التعديل هذا من مبدأ سلطات الإرادة طبقا لأحكام المادة 106- من ق.م.ج

كما أنه لا تستطيع إرادة واحدة أن تعدل لأن التعديل عامل لاستقرا الرابطة العقدية وحمايتها لأنه يهدف الى الحفاظ على العلاقة التعاقدية ، كما أنه يمكن الطرفان من إعادة تنظيمها بترك الحرية لهما بمراجعة محتوى العقد، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03.93 المتعلق بالنشاط العقاري

واخيرا إ، الاتفاق على تعديل العقد يتم بعد إبرامه ويمكن أن يكون هذا التعديل عند إبرام العقد وتنفيذها الالتزام وذلك بوضع شروط تحول لأحد الطرفين أو كلامها وتمنحها حق التعديل كما أنه عادة تكون هذه الشروط في شكل مراجعة عامة يطلق عليها شروط إعادة النفاض، يمكن من خلالها للطرفين في إمكانية التقابل من أجل مناقشة الصعوبات التي ستواجهما أثناء تنفيذ العقد

[1] بوفلجة عبد الرحمان: دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص – سنة 2007- 2008 ص 20

المطلب الثاني: دور الإرادة أثناء تنفيذ الالتزام

وسنتحدث في هذا المطلب عن دور الإرادة أثناء تنفيذ الالتزام وهنا تجدر بنا الإشارة الى أهم عنصر قد يعتمد عليه القاضي في إبرام وتنفيذ الالتزام هو قدرته على تميز حسن النية من سوء النية وفي عامل التعاون والشفافية إضافة الى عامل الأمانة والثقة بين المتعاقدين

فمن خلال بحثه عن النية المشتركة يستنتج القاضي الأمانة والثقة الموجودة بين المتعاقدين فمن وجه إليه الإيجاب يجب أ، يفهم عبارته بما تفتضيه الأمانة في التعامل ومن حق الموجب له أ، يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، معتبرا أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب وهذا ما يولد الثقة المشروعة التي تطوى على الأخذ بإرادة الظاهرة في تغير العقد[1]

وينبغي أن يتوافرن التعامل من أمانة وثقة، فتقضي الأمانة أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته بما يفرض التعامل من أمانة، فإذا تين له ان هناك خطأ في التعبير فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ، بل يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الحقيقي المراد التعبير طالما أن الطرف الأخر أمكنه من أن يدركه أو كان في إمكانه ذللك

أما عن الثقة فتقضي أن من يتلقى تغيرا عن الإرادة من حقه أن يفهمه على معناه الظاهر طالما أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك[2]

وحسب قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 نوفمبر 1964 فإنه :

لا يمكن للمحكمة بالأخرى أن تحل محل العاقدين، وهكذا ألا تستطيع في حالة النزاع على بدل الإيجار بل تنظيم عقدين مختلفين أن تحده الثمن بأن تأمر في الشأن خبرة (وإنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمين الواردين في العقد تبعا لنية المتعاقدين)، وذلك بأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أن تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار وفيما يخص مبدأ حسن النية bonne foi: يعد

[1] إلياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية مفاعيل العقد جزء 2 طبعة 1998 ص 229

[2] رمضان أبو السعود النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية طبعة سنة 2002 ص208

من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود سواء في إبرامها، أو تنفيذها، مبدأ حسن النية فهو بيان مهم في تفسير العقد خلال تكوينه في مراحله الأولى في إتمام الالتزامات العقدية.

فيرى بعض الفقه أن حسن النية متطلب في إبرام العقود وحتى ولو لم يكن منصوص عليه صراحة في أي نص

ويطبق القانون الفرنسي بدقة فكرة أن الاتفاقات يجب أن تعقد وتنفذ بحسن نية وأن النص النهائي للمادة1134 قانون المدني الفرنسي انحصر في الشأن التنفيذي لأسباب شكلية وحسب، وكان الفضل مما يقارن المائتي سنة للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتصحيح هذا الخروج عن القياس التاريخي وبالتكريس الصريح لموجب التعاقد بحسن النية وهكذا أصبحت الأمور أكثر وضوحا وفي الوقت نفسه أكثر تماسكا، فما الواقع من تطلب حسن النية في تنفيذ العقد، إذا لم تفرضه في المرحلة الأولى والحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد؟

إن العقد شيكل بالتأكيد جسما وجددا ومن الحيوي أن يرويه حسن النية تماما.

كما تم الاعتراف بحسن النية في تنفيذ العقد أيضا كمبدأ من مبادئ القانون الخاص في العلاقات الدولية [1]

فحسن النية هو المبدأ الذي ينبغي أن يسود في تنفيذ العقود جميعا، ولم يعد القانون الحديث يميز كلما فعل القانون الروماني، بين العقود حرفية التنفيذ وبين عقود حسن النية ومن نتائج مبدأ وجوب تنفيذ حسن النية أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام بحسن نية فمن الضروري مراعاتها، فسائق سيارة الأجرة الذي يلتزم يتوصل الراكب الى مكان معين، يجب عليه توصيله من أقصر طريق طالما كان ذلك ممكنا، وأيضا فإن المؤمن له من الحريق عليه أن يبذل ما في وسعه لعدم تفاقم نتائج الحريق عند وقوعه، كما ستلزم المستأجر باختصار المؤجر بكل ما يلزم تدخله لإجراء إصلاحات ضرورية بالعين المؤجرة

[1] معداوي نجية، النظرية العامة للالتزامات ، ج1، ب س ، ص 197.

وحسن النية في تنفيذ العقد مبدأ لا يقتصر مراعاته على المدين وحده، بل يجب على الدائن أيضا أن يكون حسن النية في استعمال حقه غير متعسف فيه، كما يقتضي حسن النية وجوب التعاون بين طرفي العقد على تنفيذه خاصة في العقود المتميزة التنفيذ، كعقد الشركة الوكالة وكذا عقد التأمين، ويعتد القانون بحسن النية في تقريره لبعض الأحكام القانونية، من ذلك منح المدين نظره المسيرة (أي منحه أجلا للوفاء بالدين) إذا كان فيهم التنفيذ وبالعكس سيال المدين عن تعويض الأضرار التي تصيبه، إذا كان عدم التنفيذ، راجعا إلى سوء نية المدين، بل أن القانون يتشدد في تقدير هذا التعويض، فيجعله يشمل الضرر غير المتوقع إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسم[1]

ونجد في هذا الصدد أيضا المشرع المصري قد كرس هذا المبدأ في المادة 150 للقانون المدني المصري في صورة عاملين الأمانة والثقة حتى يستلهمها القاض في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين لأن هذه المادة تتطلب من المتعاقد أن يكون أمينا من تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها إليه المعبر، ويجب أن يكون المدين أمينا فذلك يتنا في مع مبدأ حسن النية ، ويجب أن يبتعد عن طرق الحيل والتدليس في التصرفات العقدية التي يمكن لها أن تنقص من ثقة المتعاقد الأخر والتي أيضا من شأنها أن تغير منحى العقد، كما يجب أن تكون النية المشتركة للمتعاقدين متفقة مع مقتضيات مبدأ حسن النية والقاضي له السلطة أن يرد أحد الأطراف إذا انحرف عن هذا المبدأ ضمانا لاستقرار المعاملات، كما أشار المشرع الجزائري في المادة 107 قانون المدني الجزائري الى أن تنفيذ العقد يجب أن يتم طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية[2]

[1] رمضان أبو السعود: المرجع السابق ص 218-219

[2] دالي بشير: مبدأ تأويل العقد(دراسة مقاره) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ص 85 سنة 2007-20080جامعة تلمسان

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطات الادارة:

كل موضوع في طريقة بحثنا له دراستنا للصلابة ان يستند عن تطرقنا له على قاعدة عامة من جهة وعلى استثناءات واردة عليه من جهة أخرى.

مستندين في ذلك الى مختلف القوانين وآراء الفقهاء وايضا مدعمين بذكرنا لبعض الأحكام القضائية وقرارات مصادرة من المحكمة العليا.

والقاعدة العامة التي تحكم شكل العقود هي مبدأ الرضائية كما سبق لنا ذكره وهو أحد نتائج وآثار اعمال مبدأ سلطان الادارة كأساس في المجال التعاقدي، مثلما جاءني أحد قرارات الغرفة المدينة بالمحكمة العليا في احدى الحيثيات أن العقد لا يتعقد الا اذا توافرت أركانه التي يتطلبها القانون ومنها ركن الرضا الذي يصدر عن صاحبه بكامل ارادته الحرة ولا يجوز الزام الشخص بالتعبير عن ارادته وما يتناقض مع مبدأ سلطان الادارة وتعني قيام العقد وانعقاده بمجرد توافر عنصر التراض[1]بين المتعاقدين، اذا يكفي صدور الايجاب من الطرف ليقابله القبول وهذا ما نص عليه المشرع ووضحه في نص 59من القانون المدني الجزائري[2]

حيث لا تغير كلمة الرضا التي أطلقها المشرع على الركن الأول للعقد بدقة عن المعنى المقصود وقد أخطاء المشرع في ترجمة مفردة le consentements التي تفيد توافق أو تطابق الإرادتين أي تراضى المتعاقدين كما يتحلى ذلك من مضمون المادة السائلة الذكر وأن لفظ الرضا يعني رضا شخص لأن التراضي هو ظاهرة مركبة تقتضي وجو ارادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنهما وتبادلهما من قبل الأطراف فيندمج بعضها ببعض لتكون ارادة مشتركة لأنه تقتضي الارادة المشتركة اندماج هاتين الارادتين بحيث تصبح ارادة واحدة مستقلة عن رغبة واحدة واردة كل

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الاول ص 110ملف رقم 586766 قرار صادر بتاريخ 2011/07/22 قضية (ب، ب) صدارة (ن، ج)

[2]أنظر المادة 59من أمر 75/58مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

متعاقد وفي هذا الصدد يقضي هنا التراقي اندماج الارادتين والا انعدام هذا التراضي ويصبح لا قيمة قانونية للإرادة[1]

إلا أن المشرع هذا الصدد قد أود قيودا على هذا المبدأ حيث اشتراط في بعض منها توافر شكلية معينة دون الاكتفاء بتوافق وتطابق الارادتين.

أن تدخل المشرع ماهو إلا تماشيا مع الفكرة التعاقدية التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين ولا يعني ذلك تدهور أو انتكاس الارادة التعاقدية بل موضوعية هذه الارادة والتي لا تقتصر ضرورة وجودها ابرام العقد بل تمتد الى ما بعد الانعقاد وصولا الى انتهاء العقد، وكل ذلك يعمل على تحقيق العدالة القانونية وتحقيق التوازن بين الاطلاق لمبدأ سلطان الارادة والعقد شريعة المتعاقدين وبين التوجه نحو التقييد التي فرضها المشرع مما يدل على أن الارادة التعاقدية لم تعد مطلقة وانما يجب القول بموضوعية الارادة وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية في اعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الاشراف على التعاقد تكون الغاية الرئيسية منه هو تحقيق العدل والموازنة بين المصالح المختلفة للأفراد[2].

فمن القيود التي أوردها المشرع على هذا المبدأ أنه اشترط في بعض منها توافر شكلية المشرع يستلزم الشكلية أنه يتعلق بالمصالح الخاصة للأشخاص حيث لا يتم النظر الى شكلية كوسيلة ائتمان وضمان يتم استعمالها الاثبات الحقوق مستقبلا واعتبار يتعلق بالمصالح العامة من خلال تدخل الدولة بتسيير وتوجيه المنظومين الاقتصادية والاجتماعية وكذا اعمالا بمراقبتها على تصرفات الاقتصادين تحصيل ايرادات للخزينة العمومية من وراد هذه الشكلية وقد تكتفي بمجرد القيام بمجموعة من الاجراءات اللاحقة على التصرف القانوني أو استعمالها كأداة اثبات[3]

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات العدد الأول ص 110ملف رقم 586766 قرار صادر بتاريخ 2011/07/22 قضية (ب–ب) ضد (ن–خ).

[2] د. معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع – مجلة الدراسات الجامعية البحوث القانونية العدد 4 ص 51 ، كلية الحقوق جامعة لونيسي علي البليدة

[3] لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر الحقوق سنة 2017–2018 جامعة مستغانم ص 6.

وهذا ما سنتطرق لع في المبحث الثاني في شرحنا للشكلية كقيد وارد أو ردة المشرع على مبدأ سلطان الارادة.

المطلب الأول: اشتراط الشكلية

– قبل الحديث عن اشتراط الشكلية تقيد وارد لا بد لنا بتعريفها وذكر تطورها كالآتي:

الفرع الاول: تعريف الشكلية وتطورها عبر التاريخ

لقد كان للحضارة الرومانية دورا هاما في وضع مجموعات قانونية كثيرة خدمة للعلاقات الانسانية فكانت الشكلية في العقود هي المظهر الحقيقي لفكرة العقد لا وجود لهذا العقد بدون شكل لذلك كان القانون القديم للحضارة الرومانية (قانون الألواح الاثني عشر) يمجد فكرة الشكلية باعتبارها أساس التصرف القانوني اذا لم يكن الارادة الأطراف أي دور في انشاء التصرف القانوني هذا ما دفع بعد ذلك بعض الفقهاء في فرض بمناسبة شرحهم القوانين الرومانية وفي مقدمتهم دوما Domat وبوتيه othier P من اعتبار الشكلية في القوانين الرومانية[1] هي الأصل تحوطها أوضاع معينة من حركات واشارات وألفاظ وكتابة، أما بمجرد توافق الارادتي (–Pactum Nudum) كما يقول الدكتور السنهوري فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما لكن في عهد النظام الجمهوري في روما ومما سمح باللجوء الى الرضائية بجانب الشكلية والتي حالت دون فرض صرامة رضائية العقد حيث اعتبر فقهائها أن حرية الأفراد في انشاء ما يردونه من عقود أمر مستقر من حيث المبدأ وهذا ما جاء بما أملته أحكام الشريعة الاسلامية وهذا استنباط واستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما حلالا) بل فإن أيضا قوله تعالى عز وجل في الآيات القرآنية الكريمة التي جاءت تخص على الوفاء بالعقود بقوله تعالى (يأيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود) وقوله تعالى أيضا (أوفوا بالعهد كان مسؤولا) وقوله تعالى(وأوفو بعهد الله اذا عاهدتهم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها، وقد جعلكم الله عليكم كفيلا) فالشريعة الاسلامية لم تترك هذه الحرية التعاقدية على اطلاقها وانما جاءت أيضا لإسعاف الآخرين من الأضرار التي تسببها هذه الحرية في ابرام العقود.

[1] د بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 201.

كما يظهر لنا أن القوانين الحديثة لم تسلم بمبدأ الرضائية في كل التصرفات القانونية بل أصبحت تعتمد على طريقة حديثة للتعبير عن الارادة دون الالتفات الى الطريقة التقليدية التي باتت ترهق الطرف الضعيف في العقد كما أن الاكتفاء بالرضائية Consenwalisme أصبح مستبعدا في العديد من التصرفات القانونية لذلك أصبح الفقه الحديث يعتمد على أساس مسألة الشكلية في التصرف القانوني كوسيلة تقنية لحماية لطرف الضعيف كما سبق ذكره حيث أصبحت من الدراسات القانونية الجد متقدمة في ميدان هذه الحماية في ضل التصرفات القانونية المتنوعة المختلفة وفي تلاقي العلاقات التعاقدية، لذلك باتت الشكلية ضرورة ملحة في تكوين التصرفات القانونية والتي تنوعت وتوزعت في القانون الخاص حسب مجموعة من المسائل نخص بالذكر منها على سبيل المثال المسائل المدينة هذه الشكلية لما لها من دور في تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء، كما أن الشكلية تحقق الأمن والائتمان، فالقوانين الوضعية فرضت هذه الشكلية كأداة لترقية الحياة الاقتصادية وانتعاشها وتنظيم الملكين العقارية وكذا تشجيع الاستثمار العقاري وتوجيه الاقتصاد للأحسن بواسطة فرض الشكليةّ.، فهي كمظهر خارجي للعمل القانوني وهي التعبير المادي عن ارادة من يشارك في العمل القانوني وابرامه لأن ارادة هي جوهر التصرف والشكل لإخراج هذه الارادة الى الخارج هو بمثابة كتابة عن القالب الذي يوضع فيه العمل القانوني، وبالتالي لا يوجد عمل قانوني تترتب عليه آثار دون أن يظهر مشكل معين فالشكلية أساسية في انشاء أهم التصرفات القانونية[1].

ما نلخص اليه في الأخير وما توصلنا اليه أن مصطلح الشكلية لم يحظ بالاهتمام الثاني لإيجاد تعريف جامع مانع له ويعود ذلك الارتباطاتها ببعض التصرفات القانونية كما سبق ذكره فقد عرفت على أنها لأسلوب المحدد الذي تظهر به الارادة عنه التعبير عن نفسها وهذا التعريف جعل من الارادة هي التي تعبر عن نفسها وفي الحقيقة أن صاحب الارادة هو الذي يقوم بالتعبير عن الشكل المفروض فالشكلية هي الحالة التي يجازي غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف كما

[1] بطيمي حسن، المرجع السابق، ص 117-118.

البعض على أنها أسلوب محدد للتعبير عن الارادة يفرض بصورة الزامية من قبل المشرع ويكون عصر أساسيا في إنشاء العقد.

العلاقة بين الشكل والارادة:

تبرز أهمية العلاقة بين الشكل والارادة في العقود الشكلية التي فرض القانون افراغها في قالب شكلي معين ومن المعلوم أن الارادة ظاهرة نفسية داخلية لا يمكن التعرف اليها إلا إذا ظهرت الى العالم الخارجي بشكل معين ومحسوس، فالتعبير عن الارادة هو بمثابة الاعلان عن ارادة تتجه الى احداث أثر قانوني سواء أكان اعلان عن ايجاب أم قبول أم ارادة منفردة، والاعلان عن الارادة يتم بعدة وسائل، فالإرادة حرية كبيرة باتخاذ والشكل الذي تظهر فيه الى العالم الخارجي، وقد تظهر على شكل صورة لفظ أو كتابة او شارة متداولة عرف، أو معطاة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة لمقصودة والشكل المتخذ للتعبير عن الارادة يبقى التصرف القانوني في نطاق الرضائية ولا يبخله في نطاق الشكلية، وبمعنى آخر ان حرية الارادة في اختيار شكل التعبير عنها هو تجسيد لمبدأ الرضائية ذاته، فالشكل بمعناه الدقيق يمثل قيدا مفروضا على الارادة في اختيار وسيلة التعبير إذا أنه يفرض قالب معين لا بد من اتخاذه حتى تترتب آثار التصرف القانوني بشكل يعتد يه قانونا.

وهذا يعد بمثابة خلاف فقهي في هذا الشأن ولم يعترف به كثير من الفقهاء فمنهم من يرى أنه جزء من العقد، وأنه عنصر جوهري فيه والبعض الآخر يرى أنه الشكل هو العنصر الجوهري من الارادة[1] .

وأخير نقول أن هناك تلازم بين الرضائية والشكلية والتأثير المتبادل بينهما وهذا ما توصل اليه بعض المختصين في القانون حيث يبقى للإرادة دورا أساسيا في تحديد الآثار الموضوعية للتصرف

[1] موسى العجارمة، الشكلية كقيد يرد على الارادة عند تكوين العقد وفق الأحكام القانون المدني الجزائري ، –مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الانسانية العدد 45 سنة2018، ص 164.

القانوني بينما تتولى الشكلية ابراز هذه الوقائع بصورة معينة، فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف القانوني بل لابد من وجود الرضائية[1]

الفرع الثاني: الشكلية المباشرة والغير مباشرة

من بين القيود الواردة على سلطات الارادة هي أن المشرع اشترط الشكلية كما سلف ذكره فالشكلية هناك واحدة مباشرة وأخرى غير مباشرة وكل واحدة سوف نعرضها على حدى:

فالشكلية المباشرة هي تلك التي تكون ركن في العقد والمقصود بها ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركن من أركانه إذا لابد لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقد الشكل ركن رابع اضافة الى التراقي والمحل والسبب ركن الشكلية وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف حيث يكمن الفرق بين التصرف الشكلي والتصرف الرضائي في كون التعبير عن الارادة مقيدا بالنسبة للتصرف الأول وحرا بالنسبة للتصرف الثاني.

وللشكلية المباشرة صورتان تتمثل في الكتابة كصورة أولى الثانية تتمثل في فعل ما[2]

أولا: اشتراط الكتابة: فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل اضافة الى الاركان الأخرى تحتاج أيضا الى شكل معين وهي تتجسد في شكلية رسمية وشكلية عرفية.

فالشكلية الرسمية أو الكتابة الرسمية فقد عرفها المشرع العقد الرسمي في المادة 324 قانون المدني على أنه ((عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف نجد منه عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطة واختصاصه فهذه المادة تعد كحالة عن التصرف الشكلي واستنادا ايضا لهذه المادة التي تضمنت مسألة الاثبات من جهة ومن جهة أخرى الى الاشارة الى عناصر الشكلية الرسمية كركن للانعقاد وتتمثل هذه العناصر في:

[1] د. بطيمي حسين، المرجع السابق، ص218.

[2] على فيلالي، المرجع السابق، ص 294.

1) أن يكون المحرر موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف .....عامة ويقصد به كل مستخدم يشغل منصب دائما في مصلحة عمومية ذو وضعية قانونية.

كما تقصد بالضابط العمومي الشخص الذي يحول له سلطة التصديق واعطاء الصبغة القانونية الرسمية للعقود كالموثق.

2) ان يتوفر عنصر الاختصاص في المحرر فيلزم باختصاصه الاقليمي والنوعي والزماني كما تتولى المنظمة للمرفق العام تحديد الاختصاص بالنسبة للموظف والضابط العمومي أو الشخص المكلف .....عامة.

3) أن يتم مراعاة الأشكال القانونية وتتولى المنظمة لمهنة أو وظيفة محرر العقود الرسمية تحديد تلك الأشكال والاجراءات.

كما أن هناك عقود يجب افراغها في شكلية رسمية وهذا ما فعله المشرع الجزائري لموجب القاعدة العامة التي نص عليها في المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تنص عليها ((... العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، او كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي[1]

– اضافة الى المادة 883 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الرهن اضافة الى وجود نصوص قانونية أخرى في هذا الصدد.

– فكل هذه العقود التي وردت في المادتين السالفتي الذكر تندرج ضمن النوع الاول من الشكلية ألا هو الشكلية الرسمية وهناك نوع ثان يعد هو الأخر كقيد وارد على مبدأ سلطان الارادة وهو الشكلية العرفية أي الكتابة العرفية.

[1] انظر المادة 324 من أمر 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانيا الكتابة العرفية:

تعد الكتابة العرفية الصورة الثانية للشكلية اللازمة للانعقاد بعض العقود، فوفق ما استندت عليه المادة 327 من القانون المدني الجزائري((يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وضع عليه لبصمة اصبعه ما لم ينكر صراحة ماهو منسوب اليه

فالعقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقعيه ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود اذن في الكتابة العرفية لا غير إذن فالعقد العرفي هو توافق ارادتين لإحداث أثر قانوني مكتوب بخط المتعاقدين الذي ينسب اليه الخط، وأن يكون موقعا من قبله بواسطة امضاء أو بصمة أو امضاء الكتروني وهما عنصر العقد.

كما يمكن أن نذكر كسبيل للمثال العقود التي تتم عن طريق الشكلية أو الكتابة العرفية كالمرتب مدى الحياة وهو بعيد من عقود الغرر التي تناولها المشرع الجزائري بموجب المواد القانونية من المادة 613 الى المادة 618 من القانون المدني ويقصد به اتفاق يتعهد ويلتزم بمقتضاه الشخص أن يؤدي الى شخص آخر مرتب مدى الحياة بعوض أو بدون عوض وأيضا من بين العقود العرفية عقد العمل الجماعي حسب المادة 50 والمادة 86 من الأمر 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص ويعتبر من العقد الجماعي الذي يعبر عنه بالاتفاق الجماعية يتم بين أطراف لها مصالح متناقضة كالاتفاقيات التي تتم بين النقابات وأرباب العمل وتتصرف آثارها الى كل العمل.

اضافة أيضا الى عقود أخرى كعقد الايجار وهذا بهدف المشرع من اشتراط الكتابة العرفية للحد من الفوضى في ميدان المعاملات وهذا وفقا للمادة 467 مكرر من القانون المدني وعقد التنازل عن حق المؤلف[1].

ثالثا: الشكلية غير المباشرة

كذلك من بين القيود الواردة التي وردت على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود خاصة من حيث شكلها اشتراط المشرع شكليات معينة واجراءات أيضا قانونية معينة جاءت كي تحد من حرية

[1] علي فيلالي، لمرجع السابق، ص302-303.

وارادة الأشخاص وأطراف العقد وهي ما تقصد به اشتراط الشكلية غير المباشرة فخرج بها المشرع من قاعدة تفسير العقد من كل شك وغموض التباس لمصلحة ارادة طرف على حساب طرف آخر اعتبارات معينة وهذا ما نقصد به بقاعدة تغيير الشك.

1-تعريف الشكلية غير المباشرة:

إن المقصود والشكلية غير المباشرة هي تلك الاجراءات التي تحد من ارادة المتعاقدين بعد تكوين العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت هذه الاجراءات بالشكلية غير مباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر مبدئيا على صحته ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه وتتعلق هذه الاجراءات بمسائل مختلفة وهي اجراءات أو 3 شروط:

أ) قواعد والاثبات

ب)الاشهار والتسجيل

ت)اجراءات ادارية وجبائية

2- قواعد الاثبات :

لقد اشترط المشرع الشكلية للاثبات وكما نظم طرق الاثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، فاتصرفات القانونية التي تستلزم الشكلية هي تصرفات يمكن أن تنعقد صحيحة حتى وإن لم يتم ابرامها في شكل معين ومن بين التصرفات القانونية التصرف الذي تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، فاستناد الى نص المدة 333 من القانون المدني اشترط المشرع لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته كما ذكرناه يابقا وفي غير المسائل التجارية أن يتم ذلك بمجرد عرفي أو رسمي هذا القيد فهو يكمن في جعل المتعاقد يحناط لنفسه من سوء فيه المتعاقد معه عن طريق مبرر مكتوب تجيد الاتفاق ويضمنه اضافة الى هذا أيضا يهدف الى لفت انتباه المتعاقدين من خطورة العقد مما يدفع الى تحديد آثاره وتطابقه بشكل جديد وفي الأخير فإغفال الشكلية لأولى يمنع القيام العقد، حيث يكون منعدم الوجود ولا يترتب أي آثره ولا يجوز لأي كان أن يدعيه أو يتمسك به.

أما اغفال شكلية الاثبات فتجعل المتعاقد الدائن في وضع عسير وصعب بخصوص اثبات وجود العقد، غير، هذا لا يعني استحالة الثبات فإلى جان بالإقرار يجوز أحيانا الاعتداد بالقرائن واليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين اثبات العقد لكل الوسائل[1]

ثانيا: اشتراط التفعيل والشهر:

كذلك من بين القيود التي تحد من ارادة المتعاقدين بعد تكوين العقد وهي اشتراط التسجيل والشهر في الرجوع الى المادة 165و793 من القانون المدني والمادة 12 من قانون التوثيق يتضح لنا أن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية لأخرى أو الغير

والمقصود بالتسجيل هو ذلك الاجراءات الاداري الذي يتم على مستوى ادارة عمومية تابعه اللازمة لتسجيل مقابل دفع حقوق أو رسوم، فهو يتميز بكونه اجراء اداريا يتم بمقابل اجباري ونهائي يقوم به موظف عمومي.

فالتسجيل أهمية قانونية نكمن في اعطاء تاريخ ثابت للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية، كما يعتبر اجراء لازما لانتقال الملكية أي لآثر العيني لعقد البيع الواردات العقارات.

أما قيما يخص بالشهر فيعتبر نظام الشهر العقاري نظام مرتبا عن الاقرار و الاعتراف بمبدأ شكلية العقود وجاء كحفاظ على المعاملات العقارية ويقصد به اتباع مجموعة من القواعد والاجراءات التي تهدف الى تنظيم هوية كل مالك من جهة مالكة وموقعه أوصافه ومعالمه وكذا الأعباء الواقعة عليه ومن أهم أهداف اشتراط الشهر العقاري هو تأمين استقرار المعاملات العقارية وجعل أموال الأشخاص مصانه محفوظة ولا يمكن للغير الحصول عليها بغير طريق القانون[2]

ونوضح أيضا بخصوص نظام الشهر فهناك نظام شهر شخصي ونظام شهر عيني حيث يتم فيه الشهر على أساس أسماء وفي التصرف دون النظر الى العقار محل التصرف عن طريق اعداد فهارس مرتبة بأسماء المتصرفين حتى يتسنى للغير الاطلاع عليها أما نظام الشهر العيني يتم فيه

[1] علي فيلالي، المرجع السابق/ ص 312.

[2] وزاني وسيلة، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري دار هومة الجزائر، 2009، ص 117-118.

الشهر على أساس العقار المتصرف فيه بإنشاء بطاقة عقارية لكل واحد بحيث يسهل تحديد وضعية العقار بمجرد لاطلاع عليها كما يقوم المحافظ العقاري بحفظ أصل العقد.

والتوضيح أنه يختلف التسجيل عن الشهر فالأول يتم لدى مصلحة التسجيل أما الثاني فيتم لدى المحافظة العقارية كما أن التسجيل يهدف الى ترتيب الأثر العيني للعقد أما الشهر فيعد كوسيلة اعلام واعلان للغير.

ثالثا: اشتراط القيد في السجل التجاري والتصريح الاجباري

فيعد قيام العقد يشترط المشرع بإجراء وهو القيد أو التصريح الاجباري، فيقوم النشاط التجاري على السرعة والثقة مما يقتضي أن يكون التجار على بنية من أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك أسس ونظم المشرع السجل التجاري طبقا المادة 19 من القانون التجاري الذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بالتاجر وبالمحل التجاري ويجب على وجه الخصوص تقييد كل التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية و الا غيرنا نافذة، في حق الغير، وتعتبر هذه الاجراءات كذلك شكلية غير مباشرة[1].

وفيما يخص بالتصريح الاجباري فإن الشكلية غير المباشرة فيه تتخذ صورة فرض المشرع اتخاذ اجراء اداري معين بعد ابرام العقد لي:

1- اشتراط القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص والزام صاحب العمل أن يصرح باستخدامه لليد العامة طبقا للكيفيات المحددة قانون والزامية تسلم رخصة من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية وذلك بطلب من المعني وفقا الشكليات معينة.

2- أثر المصادقة على عقد التمهين من قبل المؤسسة المعتمدة للتكوين المهني[2]

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 313.

[2] لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود – مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – جامعة مستغانم ،ص 26 سنة 2017،

ثالثا: الاجراءات الادارية والجبائية:

تتمثل هذه الاجراءات الادارية والجبائية عادة في الحصول على ترخيص مسبق من قبل الادارة وتذكر في هذا الشأن المرسوم رقم 64-65 المؤرخ في 20جانفي 1964 المتعلق بحرية المعاملات، يلزم من خلاله المتعاقد بالحصول على ترخيص اداري مسبق بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات التي تفوق قيمتها مئة ألف فرنك جديد[1].

وأن مخالفة هذا الاجراء الاداري يعرض التصرف القانوني للبطلان، وهذا ما نتهى اليه المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 31 مارس 1982 حيث ورد على وجه الخصوص:

((حيث أن مرسوم 20 جانفي 1964 يفرض في بيع الأرض الفلاحية الرخصة الادارية، وحيث أن هذا النص الذي هو من النظام العام لم يحترمه الطاعنون مما يجعل عقودهم باطلة بطلاقا مطلقا[2]

ولقد أيدت كذلك المحكمة العليا قرار مجلس البليدة الذي قضى بطرد الطاعن من قطعة أرض زراعية يستغلها بموجب عقد عرفي بدون ترخيص.

المطلب الثاني: النظام العام

تضطلع قواعد النظام العام بمهمة تقييد وتوجيه وضبط حرية التعاقد تحقيق لهدفين أحدهما تبادلي ولأخر توزيعي ولا تظهر الفائدة منهّ إلا بعد أن يكون العدل التوزيعي قد تحقق بالفعل، كما أن الفائدة منه لا تستمر إلا عن طريق العمل التبادلي.

ومعنى هذا أن العقد وما يمنحه لأطرافه من حرية في التعاقد سيبقى وسيلة للتبادل لا غنى عنها شريطه تأطيره وضبطه للوصول به الى الهدف التوزيعي، فحرية التعاقد هي وسيلة التبادل والوصول بها لتحقيق النتيجة فلا بد له من عين ساهرة تضبطه وترعاه وهي قواعد النظام العام.

[1] الجريدة الرسمية (الفرنسية) رقم 07 بتاريخ 1964/01/21، ولقد تم الغاء هذا المرسوم، ص62.

[2] نشرة القضاه،، 1982 عدد خاص ، ص129.

ففكرة وجود قواعد قانونية تحكم المجتمعات هي فكرة ملازمة لنشوء الفرد، ودخوله في الجماعة ومما لا شك فيه أن الانسان قد شعر منذ القدم بضرورة وضع قواعد عامة تنظم ملوكه داخل المجتمع وعلاقته مع باقي الأفراد لإرساء النظام والدفاع عن مصالحه.

خلال اعتناق مبدأ حرية التعاقد الذي أصبح بشكل أحد التعاليم الأساسية لهذا المذهب.

فالانسان بحكم طبيعة يتمتع من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره لذا فهو لا يلتزم، إلا بمقتضى ارادته الحرة وما يقبله بارادته لا أن يكون عادلا آخر فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقد لأن العلاقات الاجتماعية لا تنظم إلا على أساس احترام العقود فالارادة هي المصدر الوحيد للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة تحقيق العدالة.

فقد جاءت فكرة النظام العام بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من اعتمدها ذلك أن هذه الفكرة كما يرى بعض الفقهاء تستقيم في شكل خطاب موجه للأفراد في تفقد من سلطانها، وفقدان الارادة لسلطانها عندئذ لا يكون طوعا وإنما نزولا جبريا لتضحى الارادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف وبذلك تصح مستطيعة حيال مقتضييات أحكام النظام العام سوى الانصياع له، فمع التسليم لفكرة النظام العام في الحد من حرية التعاقد إلا أن تدخلها كان في أضيق الحدود ها لصيقة بالمجتمع فأصيغ عليها الفقه القانوني صفة النظام العام السياسي والأخلاقي إذا يقتصر دوره في القانون المدني على خطر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر الى محل الالتزام الناشيء عن العقد أو سببه وقد تقررت غالبية هذه القيود في مرحلة انشاء العقد.

الفرع الأول: مدلول النظام العام في القانون الجزائري

حتى تبين لنا مدلول النظام العام في القانون الجزائري يتوجب لنا أولا تحديد موقفه من تعريفه من خلال تتبع أهم النصوص القانونية التي أشارت اليه على أن المشرع في نصه على فكرة النظام العام وفكرة الآداب العامة في التشريع الجزائري العلاقة بين فكرة النظام العام والفكرة العامة في التشريع الجزائري

أولا: تحديد موقف المشرع الجزائري من تعريفه للنظام العام:

فيتضح لنا بالرجوع الى التشريع الجزائري أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للنظام العام لأنه سلك مسلك المشرع الفرنسي إذا وردت الاشارة الى فكرة النظام العام في العديد من نصوص القانون المدني– باعتباره الشريعة العامة دون أن يحدد لنا ما يقصده من هذه الفكرة.

كما أشار لمشرع الجزائري الى فكرة النظام العام لدى حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد حيث نصت المادة 93 من قانون المدني على أنه ((إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلق)) في حين نصت المادة 97 من القانون المدني على أنه ((إذا التزام المتعاقدين بسبب غير مشروع أو بسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا[1]

وبالإضافة الى هذين النصين المتعلقين اساسا بفكرة او بقواعد العام في ابرام العقد انه اشار المشرع الجزائري ايضا الى فكرة النظام العام في نصوص عامة اخرى نذكر منها نص المادة 24 من القانون المدني التي تضمن العلاقات ذات العنصر الاجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها :

لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام او الآداب العامة في الجزائر ،او ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

وايضا نص المادة 204 قانون مدني التي يطلب الالتزامات والعقود والتي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام او الآداب .

وايضا المادة 344 من القانون المدني المتعلقة بالإثبات عن طريق اليمين الحاسمة والتي منع المشرع الجزائري توجهيها في واقعة مخالفة للنظام العام .

– ويتضح لنا من خلال هذه النصوص السالفة الذكر ان المشرع الجزائري اورد فكرة النظام العام في ق. م. باعتباره لشريعة العامة كقيد على صحة بعض الالتزامات بوجه عام والعقود بصفة

[1] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي ص 30 سنة 2015–2016 أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.

خاصة وهو بهذا التوجه قد ترك المجال للفقه والقضاء الجزائريين لتحديد وتعريف النظام العام وهذين الاخيرين تأثرا كثيرا بما استقر عليه الفقه الفرنسي وكذا بعض الفقه المصري بحيث لم تخرج تعريفاتهم للنظام العام عن التعريفات التي ذكرها هذين الاخرين .

– وقد كان الاجتهاد القضائي الجزائري ايضا دوره في محاولة ضبط وتعريف النظام العام ،ما ورد ايضا في حيثيات الغرفة الادارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1982/01/17 "لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها لكي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الاساسية عبر التراب الوطني في اطار حقوقه المشروعة "[1].

– وقد عرفه السنهوري بقوله " ان القواعد القانونية التي تعتبر النظام العام هي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسة او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد، فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ،ولا يجوز لهم ان يتقضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت لهم مصالح فردية ،فإن المصالح الفردية لا تقوم عن المصالح العامة [2].

ونستخلص ان تعرفي بدوره اشتمل على اغلب المصالح التي يقوم على حمايتاه النظام العام في الدولة .

– مدلول النظام العام في الفقه الاسلامي

– ان الفقهاء المسلمين في مؤلفاتهم لم يستعملوا مصطلح النظام العام مكتملا بشقيه وان كانوا قد استعملوا ألفا تؤدي اليه ومن ثم فقد انصبت كتابات وجهود الفقهاء والباحثين المعاصرين حول محاولة تأصيل فكرة النظام العام والبحث عما يقابلها في الشريعة الاسلامية، فقد اختلفت تصوراتهم لفكرة النظام العام فمنهم من اعتبر الفكرة من مفهوم العدل في الاسلام ومنهم يرى مضمونها هو المصلحة العامة المعبرة شرعا ومنهم من يقول بأنها كامنة ومختزنة في مجموعة النصوص

[1] هذا القرار مقتبس ،وردة مراح ،الحسبة ودورها في حفظ النظام العام دراسة مقارنة رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية ،جامعة باتنة سنة 2004، ص 169.

[2] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح ق. م. ، المرجع السابق ، ص 47.

والأحكام القطعية الشرعية الثبوت والدلالة والمبادئ العامة الثابتة مما هو معلوم من الدين بالضرورة ومنهم من جعلها مقصدا عاما للشريعة من مقاصدها التي تخص الأمة وصالحها[1]

– ويوضح لنا الدكتور السنهوري في مدى دلالة الله عز وجل عن النظام العام الشرعي الذي بقول فيه " يمكن ان نجد نظيرا في الفقه الاسلامي لفكرة النظام العام الآداب في الفقه العربي فيما يدعى بحق الله أو حق الشرع، وحق الله أو حق الشرع في فقه الاسلامي لا يقبل في مدله عن دائرة النظام العام الآداب العامة في الفقه لغربي، بل لعله يزيد[2]

– الفرع الثاني: مصادر النظام العام

إن النظام العام نظام قانوني تتضمنه النصوص القانونية وقد يستخلصه القاضي من المبادئ العامة حسب درايته.

أولا: النظام العام نظام قانوني أي النظام العام التشريعي: كل مجاله في ضل المذهب الفردي محدودا جدا خاصة وأنه بحق أساسي يقوم عليه المجتمع الليبرالي وهو "الحرية العقدية" وحفاظا على هذا الحق تولى المشرع تكييف مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام .

أولا: حيث يقضي النص صراحة أنه لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه كما جاء ذلك على سبيل المثال في المواد 96-107-114 من القانون المدني.

وعليه يمكنا القول أن النص القانوني يكون من النظام العام كلما كان يمنع المتعقدين من مخالفة أحكامه، كما تكون كل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام طالما لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها وكذلك من النظام العام النص القانوني الذي لا يسمح بالاتفاق على ما بخالف أحكامه إلا ما كان لصالح الطرف الضعيف.

وفي الأخير نشير الى أن النظام العام الوارد في النصوص القانونية يكون عادة ذو صيغة ثورية عامة ومجردة .

[1] الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية دار السلام للنشر القاهرة ، ص80.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج3 منشورات الحلب، بيروت لبنان، ط2 ، سنة 1988، ص99.

ثانيا: النظام العام القضائي

قد يغفل المشرع على تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص كأن مثلا لا يتضمن ترخيصا أو منعا من الاتفاق على ما يخلفها أو قد تكيف بذكر الحكم القانوني دون الاشارة الى امكانية أو عدم امكانية مخلفة فيتولى القاضي هنا تكيف مثل هذه النصوص معتمدا في تقديره على الغرض من الحكم فإذا تبين له أن يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام ولا يمكن حينئذ مخالفته.

إذن نستخلص أن قواعد النظام العام وخاصة الآداب العامة لا تقتضى حتما وجود نص قانوني فقد يستنتجها القاضي من المبادئ العامة للقانون أو من المبادئ الخلقية بها المجتمع.

الفرع الثالث: الآداب العامة

يرتكز الدفاع عن الآداب العامة حول مسألتين هما:

العلاقات الجنسية غير المشروعة والكسب غير المشروع وهو ما ستعرض له بصفة وجيزة في هذا الفرع فسنتحدث أولا عن:

1- **العلاقات الجنسية:** تناولها المشرع في قانون العقوبات معفونة تحت عنوان: انتهاك الآداب" وقد أشار في الشأن المشرع الجزائري الى الأفعال المخلة للحياء والأفعال الرامية الى ذلك ومنها أيضا صنع أو حيازة أو استراد[1]

او توزيع او عرض للجمهور او بيع او توزيع "...مطبوع او محور او رسم او اعلان او صور او لوحات زيتية او صور فوتوغرافي او اصل الصورة او قالبها او انتاج اي شيء مخل بالحياء " [2] وهكذا فان كل اتفاق يرمي الى قيام علاقات جنسية غير مشروعة في ظل ظروف معينة ،او القيام بعمل من الاعمال المذكورة اعلاه يعد باطلا بطلانا مطلقا كونه مخالف للآداب .

كما اشار ايضا المشرع كذلك في القسم السابع من نفس الفصل الى اعمال تحريض القصر على الفسق واعمال الدعارة نصت عليه المادة 346 قانون العقوبات "يعاقب بالحبس ..كل من حاز او

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 278.

[2] المادة 333 مكرر من قانون العقوبات الجزائري

سير او شغل او مول او ساهم في تمويل فندق او منزل مفروش او فندق عائلي او محل مفتوح للجمهور او يستعمله الجمهور ..او في ملحقاته " كل هذه التصرفات السالفة الذكر في المادة باطلة لمخالفتها للآداب .

ثانيا: تتحدث عن الكسب غير المشروع:

ان كل طرق الكسب الغير مشروع مخالفة لحسن الآداب مثل المغامرة والرهان حيث تقضي المادة 612 من القانون المدني الجزائري " يحضر المقامر والرهان" ولقد استثنى منها المشرع الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري، فكل اتفاق يتم في هذا الاطار يعد باطلا بطلانا مطلقا كونه مخالف للآداب[1]، كما يلحق بالكسب غير المشروع اليانصيب وبيوت التسليف على الرهون إذا خالقت النظام المعمول به

وكذلك التعامل في الأعضاء و الأنسجة البشرية طبقا للمادة 161 من القانون 85- 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بالصحة العمومية و ترقيتها [2]، وكذلك من الكسب الغير مشروع تقاضي أجر مقابل القيام بعمل كان يجب القيام به بدون أجر أو تقاضي أجر مقابل الامتناع عن فعل كامتناع الفرد عن القيام بجريمة مقابل ثمن، فخلاصة القول أن قواعد النظام العام تقرر جملة من الممنوعات [3]، اذا خلفها المتعاقدان كان اتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا وكليا

في الأخير بعد استعراض جميع قواعد النظام العام والآداب العامة سنحاول إعطاء ومضة صغيرة عن التميز بين النظام العام وحسن الآداب فيتضح لنا من خلال النصوص الموجودة والمذكورة في القانون المدني أن المشرع أشار في بعض المواد ومنها 24 و 96 و 204 الى " النظام العام والآداب" بينما يذكر في نصوص أخرى ومنها المادتان 161- 344 سوى حديثه عن النظام العام فكثير من الفقهاء ميز بين النظام العام من جهة وحسن الآداب من جهة أخرى [4]

[1] المادة 333 مكرر من قانون العقوبات الجزائري

[2] الجريدة الرسمية رقم 8 بتاريخ 1985/02/17 ص 176

[3] علي فيلالي : المرجع السابق ص 279.280

[4] علي فيلالي: المرجع السابق : ص 268- 269

وعلى القول الدكتور السنهوري في هذا الشأن " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام يقصد بها تحقيق المصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى ونغلو على مصلحة الأفراد" بينما الآداب" هي مجموعة القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي سيود علاقاتهم الاجتماعية[1]

وفي الأخير يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي والسياسي بطلات العقد بطلان مطلقا أما بالنسبة لمخالفة أحكام النظام العام الاجتماعي، فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصالح المتعاقد القوي فتنتهي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا إبطاله، فيترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاجتماعي إبقاء العقد مع إبطال الشرط التعسفي كما قد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون.

[1] عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 399- 400

الخاتمة

..... برأي الدكتور علي فيلالي عند تشخيصه لمسألة سلطان الارادة في ضل التطورات القانونية الحديثة وأن ثمة مبادرة قانونية بالاعتداد بالأوضاع الحقيقة كبديل للأوضاع المجردة.

فالعبرة أصبحت بالمساواة الحقيقة اجتماعيا وثقافيا واقتصاديا بدل المساواة السياسية بالنزعة الموضوعية الجماعية.

- فمن خلال تطرقنا في هذه الدراسة الى مبدأ سلطات الارادة والدور لكبير الذي تلعبه في انشاء العلاقة التعاقدية اتضح لنا أن هذا المبدأ كانت مكرسة جذوره ومعمقة بشكل مطلق خلال القرنين 18و19 حيث كان المذهب الفردي مصدرا للحقوق والواجبات وتقد بين الحرية الفردية للأشخاص وأن الارادة في نظر أنصار هذا المبدأ لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد آثاره المرتبة عليه.

- وما استخلصناه من هذه الدراسة للفرد الحرية الكاملة في التعاقد وأن ارادته وحدها هي التي تكفي وتخوله ابرام العقود على اتم وجه شرعي بحيث أن الارادة هي التي تسمح للأشخاص بأن يتعاقد ويكونوا تصرفا قانونيا بمحض ارادتهم خاصة في الجانب الاقتصادي لتطوير نشاطاتهم الاقتصادية وبتحقيق منفعتهم الاجتماعية مما يسمح بذلك تطوير أنفسهم واشباع حاجياتهم مدى الحياة.

فالشخص الحرية التامة والمطلقة في اللجوء الى المفاوضات وكما له الحرية في قطعها كما وضمنا ذلك انطلاقا مع فكرة أن جميع الحقوق والالتزامات ترجع في مصدرها الى الارادة.

فاللفرد الحرية التامة في اللجوء أو عدم اللجوء الى التعاقد فلا اجبار في حتمية دخوله في علاقة تعاقدية ما دام لا يرغب فيها كما له أيضا من جهة أخرى حرية اختيار من يتعاقد معه بحيث بذلك يفضل التعاقد مع شخص معين بالذات ومن هنا يكون قد اتضح لنا دور الارادة في تميز ما يحقق وما يتماشى مع مصالح صاحبها.

الخاتمة

– كما استخلصنا أن المشرع لجزائري كرس لهذا المبدأ تطبيقا مباشر من خلال اعتبار العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله ولا نقضه الا عبر اتفاق بين الطرفين، كما أنه وضح أنه لا يجوز للقاضي بداعي احترام العدالة التدخل لتعديل العقد الا في حالتين لعدم توفر الشكلية العامة في ابرام العقود كما يحق له التدخل أيضا اذا كان العقد مخالفا للنظام العام او الآداب كما سبق لنا توضيحه.

– ايضا لتكريس مبدأ الرضائية بحيث أن الشرع الجزائري لم يشترط بشكل خاص في التعبير عن الارادة فالطرفين حرية التعبير عن الايجاب والقبول كما لم يحدد طريقة خاصة في الارادة فيجوز التعبير عنها باللفظ أو الكتابة أو عن طريق الاشارة المتداولة عرفا بل قد يعتبر السكوت في بعض الأحيان على أنه تعبير عن الارادة وكذا بالنسبة لموت الشخص أو فقد أهليته القانونية لا يؤثر بذلك في التعبير عن الارادة.

– وقد أصبح المشرع يتدخل بفرض بعض العقود وتنظيمها بموجب نصوص خاصة وهذا ما جاء الا تجنب منه لأي تعسف أو اجحاف وكحماية منه لحقوق الأطراف، وتنظيم للعلاقات داخل المجتمع كما أيضا محاولة منه في ابداء المساواة والعدل بين جميع الأطراف والفناء لاسيما منه حماية ونصرة الطرف الضعيف من اضطهاد الطرف القوي في العقد وبذلك لم تعد الحرية الفرد مكرسة ولم يعد الانسان حرفي التعاقد بل أصبحت هذه الحرية مقيدة بما يحقق مصالح الفرد مع مصالح المجتمع.

– كما يمكن القول في الأخير أنه لم تعد الارادة في غيابه في حد ذاتها ولكنه وسيلة لتحقيق مصالح الجماعة، كما لم يعد للإرادة السلطان الاكبر إلا إذا انصرفت وفق الضوابط التي وضعها القانون كما أدرجنا ذلك سابقا ونلخص الى ذكره هو أنه يجب أن نعدل مفهوم العقد الى مفهوم آخر هو بمثابة أن يكون العقد توافق ارادتي على إحداث آثر قانوني سواء كان هذا الأثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه على عكس ما كان عليه في أنه عبارة عن اتفاق بمنح فعل أو عدم فعل شيء حسب نص المادة 54 من القانون لمدني الجزائري.

أولا: الكتب

1. امجد محمد منصور ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الاردني والمصري ومجلة الاحكام العدلية والدولية والفقه الاسلامي مع تطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2009،
2. بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول ،العقد و الارادة المنفردة
3. توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) طبعة الثالثة الدار الجامعية بيروت – لبنان بدون سنة نشر
4. جليل حسن بشات المساعدي، ندوة علمية توعوية تحت عنوان مستحدثات القانون المدني الفرنسي في ظل التعديل الناقد في 2016/10/1.
5. رمضان أبو السعود النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية طبعة سنة 2002
6. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية دار السلام للنشر القاهرة .
7. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر ، بيروت ، 1988،
8. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج3 منشورات الحلب، بيروت لبنان، ط2 ، سنة 1988،
9. عبد المتعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات ،الجزء الأول، ب س ،
10. عبد المنعم موسى ابراهيم – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) بدون طبعة منشورات زين الحقوقية لبنان سنة 1995
11. على على سليمان ،مصادر الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2003،
12. علي فيلالي ،الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر ،. الجزائر 2008.

13. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام) بدون طبعة: الدار الجامعية الجديدة ، للنشر – بيروت سنة 2000

14. مصطفى العوجي: القانون المدني العقد الجزء الأول الطبعة الأولى : مؤسسة جسون – بيرت لبنان سنة 1995

15. معداوي نجية، النظرية العامة للالتزامات ، ج1، ب س

16. موسى العجارمة، الشكلية كقيد يرد على الارادة عند تكوين العقد وفق الأحكام القانون المدني الجزائري.

17. وزاني وسيلة، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري دار هومة الجزائر، 2009،

18. الياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية مفاعيل العقد جزء 2 طبعة 1998

ثانيا: المذكرات

1. بوفلجة عبد الرحمان: دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص – سنة 2007– 2008

2. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص تجارة دولية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.

3. دالي بشير: مبدأ تأويل العقد(دراسة مقاره) مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ص 85 سنة 2007–20080جامعة تلمسان

4. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الاسلامي سنة 2015–2016 أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص.

5. لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر الحقوق سنة 2017–2018

6. وردة مراح ،الحسبة ودورها في حفظ النظام العام دراسة مقارنة رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية ،جامعة باتنة سنة 2004.

ثالثا: المجلات والمقالات

1– بطيمي حسين ، مقال حول التصرف والادارة ، مبدا سلطان الادارة ، مجلة الدراسات لجامعة الاغواط ، عدد 38، جانفي 2016.

2- مجلة المحكمة العليا، العدد الاول.

3- معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع – مجلة الدراسات الجامعية البحوث القانونية العدد 4 ، كلية الحقوق جامعة لونيسي علي البليدة

رابعا : الاوامر

1. أمر 75/58مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. الجريدة الرسمية (باللغة الفرنسية) رقم 07 بتاريخ 1964/01/21، ولقد تم الغاء هذا المرسوم ،نشرة القضاه، 1982 عدد خاص .

فهرس المحتويات

شكر	
الاهداءات	
مقدمة.	1
الفصل الأول : مفاهيم حول مبدا سلطان الارادة	
تمهيد :	5
المبحث الأول : تعريف وخصائص مبدا سلطان الارادة	6
المطلب الأول : تعريف وخصائص مبدا سلطان الارادة	7
المطلب الثاني: مدى ما وصل اليه مبدا سلطان الإرادة ونقده	13
المبحث الثاني : طرق التعبير عن الارادة وموقف التشريعات	22
المطلب الاول : التعبير الصريح والتعبير الضمني في ضوء الفقه التقليدي والحديث	23
المطلب الثاني : تطابق الارادتين	25
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة	
تمهيد	41
المبحث الأول: دور الإرادة في مراحل التصرفات	42
المطلب الأول : دورها في انشاء التصرفات	43
المطلب الثاني: دور الإرادة أثناء تنفيذ الالتزام	47
المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطات الادارة	50
المطلب الأول: اشتراط الشكلية	52
المطلب الثاني: النظام العام	61
الخاتمة	70
قائمة المراجع	
فهرس المحتويات	