

الإرادة في التصرفات القانونية

نسير رفيق

أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة

لم يتضمن التقنين المدني الجزائري - شأنه شأن التقنين المدني الفرنسي - نظرية التصرف القانوني، و اكتفى بتنظيم نوع واحد من التصرفات و هو العقد، عكس التقنين المدني الألماني الذي خصص لها ما يفوق الثمانين فقرة⁽¹⁾، هذا ما جعل جانبا من الفقه في فرنسا يجتهد لاستنباط أحكام عامة تطبق على التصرفات القانونية بوجه عام، و لم يقتصر الأمر على فقهاء القانون الخاص، بل شمل فقهاء القانون العام الذين كانوا السّباقيين في محاولة إرساء نظرية عامة للتصرفات القانونية، و على رأسهم الفقيه DUGUIT الذي يرى أن القانون هو الذي ينشئ الآثار القانونية و ليس الإرادة⁽²⁾، كما كان يعتقد فقهاء القانون

¹ - CABRILLAC (Rémy), L'acte juridique conjonctif en droit privé français, L.G.D.J, Paris, 1990, p.5.

² - DUGUIT (Léon), Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd. Fontemoig, Paris, 1927, p.324 : « On dit souvent que le résultat définitif est voulu par le sujet, qu'il constitue l'intention du sujet. En réalité, ce n'est pas exact. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en voulant déclencher un certain mouvement corporel, l'agent sait que s'il agit ainsi, il se produira un certain résultat ... on

الخاص في عصره⁽¹⁾، الذين اعتبروا أن مبدأ السلطان الإرادة هو الأصل، وأن الإرادة هي الجوهر في التصرفات القانونية.

فالإرادة في مفهوم هذا المبدأ - الذي ظهر إبان سيادة المذهب الفردي - لها سلطة إنشاء القانون الذي يحكم الأطراف⁽²⁾، كما أنها تؤثر على نظرية العقد من مرحلة النشأة إلى مرحلة التنفيذ، فالعقد ينشأ بمجرد تراضي الأطراف الذين يحددون مضمونه و مداه، كما أنه لا يجوز للقاضي الحكم بغير ما اتجهت إليه نية الأطراف.

هذه الهيمنة سرعان ما تلاشت، لأن تطور النظام الاقتصادي فرض على الدولة وجوب تدخلها لضبطه، و بذلك تم تقييد الإرادة في إنشاء العقود و تحديد مضامينها، فظهرت العقود الشكلية التي لا يكفي لنشأتها تراضي الأطراف، و تم توسيع سلطات القاضي في تفسير العقود، كما كثرت الأحكام التي لا يجوز للأطراف مخالفتها (ثانياً). و لم يقتصر تراجع دور الإرادة على العقود فقط، بل شمل جميع أنواع التصرفات القانونية، فلم تعد الإرادة كافية لا لتحديد مفهوم التصرف القانوني، و لا لتصنيفه (أولاً).

ne peut pas dire, on ne doit pas dire que la volonté est la cause réelle de ce résultat ».

¹ - GOUNOT (Emmanuel), Le principe de l'autonomie de la volonté, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912, p.220. ; DEMOGUE (René), Traité des obligations en général, sources des obligations, T1, Rousseau, Paris, 1923, p.6 et s.

² - RANOUIL (Véronique), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, PUF, Paris, 1980

أولا - دور الإرادة في التصرفات القانونية عامة:

إن الإرادة غير كافية لتحديد مفهوم التصرف القانوني (I)، ولا لتصنيفه (II).

I - عدم كفاية الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني:

يقابل أغلب شراح القانون التصرف القانوني بالواقعة القانونية، و التي يقصد بها « كل حادثة مادية، يولد القانون على إثر حدوثها آثار قانونية دون الاعتداد بإرادة محدثها»⁽¹⁾، فيعرفون التصرف القانوني على أنه « كل تعبير عن الإرادة موجه لإحداث آثار قانونية»⁽²⁾.

يظهر من أول قراءة لهذين التعريفين، أن التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أمر بسيط - فالتصرف القانوني سلوك إرادي، بينما الواقعة القانونية سلوك عفوي للشخص - غير أنه بإمعان النظر و التفكير في هذا التمييز تظهر لنا صعوبته، إذ نميز تعبيرات عن الإرادة في بعض الوقائع القانونية: ففي جريمة القتل مثلا، و التي تعتبر باتفاق الشراح واقعة قانونية، نميز تعبيرا عن الإرادة، يتمثل في إرادة الجاني في القيام بسلوك إجرامي، والذي يترتب عليه أثر التزامه بتعويض أهل الضحية⁽³⁾، هذا ما جعل الفقه يتضارب في مسألة مدى كفاية وجود الإرادة للتمييز بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية؟

¹ - ROUJOU DE BOUBEE (Gabriel): Essai sur l'acte juridique collectif, L.G.D.J., Paris, 1961, p.10.

² - Ibid.

³ - إضافة إلى الجزاء العقابي المنصوص عليه في قانون العقوبات.

منهم من يرى أن وجود الإرادة كاف للتمييز بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية (1)، ومنهم من يرى أن وجودها لا يكفي إلا بتوافر بعض الشروط فيها (2).

1 - وجود الإرادة معيار كاف للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:

ينطلق الفقه الكلاسيكي من فكرة تقسيم مصادر الالتزام إلى مصادر إرادية و مصادر غير إرادية، فيرون في التصرف القانوني المصادر الإرادية و في الواقعة القانونية المصادر غير الإرادية، أي تلك التي يفرضها القانون على الشخص.

فعرف التصرف القانوني على انه « كل واقعة قانونية إرادية مطابقة لإرادة منشئها، و مرتبة لآثار قانونية»⁽¹⁾، فيكفي وجود الإرادة لمنح وصف التصرف القانوني للواقعة.

ما يلاحظ بشأن هذا التعريف، أنه يوسع من نطاق التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية، فهو يجعل من كل واقعة إرادية تصرفا قانونيا، مما يجعل من معيار التمييز بين التصرفات القانونية و الوقائع القانونية معيارا غير دقيق، لأنه يدخل في زمرة التصرفات القانونية بعض الوقائع القانونية كالجرائم و شبه الجرائم و الفضالة.

قد تعرض الأستاذ MARTIN DE LA MOUTTE - في أطروحته المتعلقة بالتصرف بإرادة منفردة⁽¹⁾ - إلى مسألة تطبيق معيار وجود الإرادة، واستنتج أن

¹ - DEMOGUE (René), op.cit, p.25.

هذا المعيار غامض مستدلا في ذلك بمثال تغيير الإقامة⁽²⁾، فهو يرى أن الشخص إذا غير إقامته من أجل تغيير قواعد الاختصاص المحلي، فإن هذا التغيير في الإقامة وكيف على أساس أنه تصرف قانوني، أما إذا غير إقامته لأسباب شخصية، فإن هذا التغيير في الإقامة سيكيف على أساس أنه واقعة قانونية.

فتطبيق هذا المعيار، يستدعي دائما البحث عن أسباب تغيير الإقامة لمعرفة ما إذا كان يجب تصنيفها في مصاف التصرفات القانونية، أو في مصاف الوقائع القانونية. هذا ما جعل هذا المعيار يفقد أهميته، فهو يبحث في مسائل نفسية لا يمكن استقاؤها من وقائع الحال. فمجرد وجود الإرادة لا يكفي لتمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية.

2 - وجود الإرادة شرط ضروري غير أنه غير كاف لتمييز التصرفات عن الوقائع القانونية:

لتفادي عيوب الرأي السابق، اشترط بعض الشراح أن تلعب الإرادة دورا أكبر من مجرد تواجدها، فهناك من اشترط أن تحدد آثار التصرف من قبلها، وهناك من اشترط ضرورة توافر نية إحداث الآثار القانونية.

¹ - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, SIREY, Paris, 1951.

² - Ibid, p. 27.

أ- ضرورة تحديد الآثار القانونية من قبل الإرادة:

تم اقتراح هذا المعيار من قبل GOUNOT، في أطروحته التي تحمل عنوان « مبدأ سلطان الإرادة، دراسة نقدية للمذهب الفردي في القانون»⁽¹⁾، أين يرى أن وجود الإرادة شرط غير كاف لتكييف الواقعة على أساس أنها تصرف قانوني، فلا يكفي أن تلعب الإرادة دورا سلبيا، و إنما يجب أن يكون دورها إيجابيا، إذ يجب أن تحدد مضمون الآثار التي ستنشأ حتى نقول أن هناك تصرفا قانونيا⁽²⁾، فهو يميز بين الآثار القانونية التي تكون الإرادة هي التي تحدد مضمونها، و تلك التي يقتصر دور الإرادة في إحداثها على تفعيل آلية منظمة مسبقا من قبل القانون⁽³⁾.

إن تطبيق هذا المعيار يقلص إلى حد الإفراط من زمرة التصرفات القانونية، لأن هناك من التصرفات القانونية ما يحدد القانون جزء من آثارها، ويحدد القائم بها الجزء الآخر، فهل يجوز رفض منح تكييف التصرف القانوني لعقد البيع لأن أحكامه منظمة إلى حد كبير من قبل المواد 351 وما يليها من التقنين المدني الجزائري، خصوصا ما تعلق منها بأحكام الضمان، و هل يجب أن نرفض وصف التصرف القانوني بالنسبة لكل العقود المسماة؟

يظهر أن هذا المعيار ليس عملي، فهو يصنف نفس الآلية تصنفين مختلفين: يكون عقد البيع تصرفا قانونيا إذا كانت أحكامه منظمة من قبل

¹ - GOUNOT (Emmanuel), op.cit.

² - Ibid, p.214.

³ - Ibid, p.247.

الأطراف، و يكون واقعة قانونية إذا تركت مسألة تنظيم أحكامه للقانون الوضعي، بل أكثر من ذلك، إنه معيار يوصلنا إلى نتائج يصعب تقبلها، ففي عقد البيع مثلا، هناك أحكام لا يجوز مخالفتها⁽¹⁾، فهل نقبل فكرة أن هذا العقد هو تصرف قانوني في الجزء الذي يجوز للأطراف الاتفاق على مضمونه، و واقعة قانونية في الجزء الذي لا يجوز لهم الاتفاق على مضمونه؟

ب- توقف نشأة الآثار القانونية على ضرورة توافر نية إحداثها:

لاحظ الأستاذ مارتن دو لاموت من خلال مناقشته لمعيار وجود الإرادة في حادثة تغيير الإقامة أن اتجاه إرادة الشخص إلى تغيير قواعد الاختصاص، أو عدم اتجاهها إلى ذلك، لا يؤثر على ترتيب هذا الأثر، هذا ما جعله يكيفها على أساس أنها واقعة قانونية⁽²⁾، فبالنسبة لهذا الأخير، حتى نكون أمام تصرف قانوني، يجب أن تكون إرادة الشخص قد سعت إلى إنشاء الآثار القانونية، « فنقول أن هناك تصرف قانوني في كل مرة تكون فيها نية إحداث الآثار القانونية ضرورية و لا غنى عنها لإنشاء هذه الأخيرة، و بالعكس نكون أمام واقعة قانونية إذا كانت نشأة هذه الآثار لا تتوقف على كون المعبر عن إرادته قد أراد إحداثها أم لا»⁽³⁾.

¹ - المادة 378 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), op.cit, p.27.

³ - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), op.cit, p.26 ; « nous dirons qu'il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets. Nous serons au contraire en présence d'un fait juridique lorsque les résultats

فأساس التصرف القانوني يبقى دائما نفسه، و هو الإرادة، غير أنه عوض أن نبحت فقط عما إذا كانت الآثار القانونية مرادة من طرف المعبر عن إرادته حتى نقول أننا أمام تصرف قانوني، يجب أن نبحت أيضا في ما إذا كانت نية إحداث الآثار ضرورية لنشأتها.

فطبقا لهذا المعيار، تكون حادثة تغيير الإقامة واقعة قانونية، لأن إرادة الشخص غير ضرورية لتغيير قواعد الاختصاص، فحتى لو لم تتجه إرادة مغير الإقامة إلى تغيير قواعد الاختصاص المحلي، فإنها ستتغير طبقا لأحكام قواعد الإجراءات.

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ مارتين دو لاموت رفض منح وصف التصرف القانوني للإيجاب، مستدلا في ذلك بأحكام القضاء الفرنسي التي لا تقضي بانعقاد العقد في حالة صدور القبول بعد العدول الفوري، و إنما تقضي بالتعويض⁽¹⁾.

على الرغم من جاذبية هذا الموقف، إلا أنه قابل للنقاش من زاويتين: فهو لم يعتمد على المعيار الذي اقترحته للتمييز بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية، والمتمثل في ضرورة توافر نية إحداث آثار قانونية، و إنما اعتمد على أحكام القضاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن موقف القضاء قد يتغير، هذا ما حدث بعد مرور تسعة سنوات من مناقشة الأستاذ مارتين دو لاموت لرسالته، فقد قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17

produits interviennent sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de les voir se réaliser ».

¹ - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), op.cit, p.289.

ديسمبر 1958 أن العدول الفوري لا أثر قانوني له إذا كان الإيجاب مقترن بأجل، و اعتبرت أن العقد قد أبرم إذا صدر قبول⁽¹⁾، و الأجل قد يعين صراحة، و قد يستشف من وقائع الحال كما لو وجه الإيجاب لشخص محدد⁽²⁾.

بغض النظر عن بعض النقاشات، و موقف أنصار المدرسة الموضوعية الذين ينكرون دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية⁽³⁾، فإن معظم فقهاء القانون الخاص يتفقون على هذا المعيار⁽⁴⁾.

II - تصنيف التصرفات القانونية:

إن قواعد المنطق تقضي بأنه لا يمكن استخراج معيار تصنيف التصرفات القانونية من خلال دراسة صنف واحد منها، هذا ما يبرر غياب محاولات تصنيف التصرفات القانونية من حيث كونها أحادية، أو ثنائية قبل الاعتراف بوجود التصرف بإرادة منفردة في العقد الأخير من القرن التاسع عشر⁽⁵⁾.

¹ - FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean Luc), op.cit, p.93.

² - AUBERT (Jean - Luc), Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L.G.D.J, Paris, 1970, p.178.

³ - DUGUIT (Léon), op.cit, p.324.

⁴ - MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), Droit civil, introduction général à l'étude du droit, Sirey, 2^{ème} édition, Paris, 1972, p.273. ; WEILL (Alex) et TERRE (François), Droit civil, introduction général, Dalloz, 4^{ème} éd, Paris, 1979, p.305. FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.55. ; LARROUMET (Christian), Droit civil, T1, introduction, 18^{ème} éd, PUF, et THEMIS, 1988, p.284. ;

⁵ - WORMS (René), De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français, thèse Paris, 1891. ; GENY (François), Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif, L.G.D.J, Paris, 1899.

وسوف نستبعد من هذه الدراسة التحاليل التي جاء بها الفقيه دوجي⁽¹⁾، وذلك لأنه لا يعترف بوجود الحق أصلاً، فالحق في مفهوم هذا الأخير هو: «سلطة إرادة على فرض نفسها على إرادات أخرى تحت طائلة جزاء اجتماعي»⁽²⁾، و بهذا المفهوم يستحيل شرح الحق عملياً لأنه يستحيل تفسير هذه السلمية: كيف تكون إرادة أعلى درجة من إرادة أخرى؟ كما أنه يرى أن الإرادة ليست هي مصدر الآثار القانونية، وإنما القاعدة القانونية هي مصدر كل الآثار⁽³⁾، و عليه، يقترح استبدال مفهوم الحق بالمركز القانوني، و الذي هو القاعدة الموضوعية في حد ذاتها⁽⁴⁾.

هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإن الفقيه دوجي عند دراسته للتصرف القانوني لم يهتم بالبحث عن المعيار الذي بموجبه يتم التمييز بين التصرف الانفرادي و التصرفات المتعددة الأطراف⁽⁵⁾، و يتضح ذلك بجلاء عند تناوله تصرفات السلطة العامة، و بالأخص سبب تكييفها على أنها تصرفات انفرادية: فهو يؤسس هذا التكييف على أساس أنها تصرفات سلطة عامة، فهي انفرادية فقط لأنها تصرفات سلطة عامة⁽⁶⁾، و لعل ما يفسر ذلك هو عدم اعتراف دوجي بما للإرادة من قدرة على إنشاء الآثار القانونية.

¹ – DUGUIT (Léon), op.cit.

² – Ibid, p. 357.

³ – Ibid.

⁴ – Ibid.

⁵ – Ibid, p.368.

⁶ – Ibid, p.369.

هذا فيما يتعلق بتحليل دوجي، أما التحليل الأخرى فقد أسفرت على عدة معايير منها ما تم اعتماده من قبل الفقه الكلاسيكي (1)، و منها ما يتم اعتماده من قبل الفقه الحديث (2).

1 - المعايير المعتمدة من قبل الفقه الكلاسيكي:

اختلفت زاوية المقابلة بين العقد و التصرف بإرادة منفردة بين فقهاء القانون العام و فقهاء القانون الخاص من أجل استخراج معيار تصنيفها، فركز فقهاء القانون العام على الآثار، بينما ركز فقهاء القانون الخاص على النشأة.

أ - معيار تحمل الآثار:

اهتم كثيرا شراح القانون العام بالتصرف بإرادة منفردة، لأنه يشكل محورا هاما في القانون الإداري، فكل القرارات الإدارية هي تصرفات بإرادة منفردة، و من خصائص القرارات الإدارية أنها تنشئ قواعد قانونية يلتزم باحترامها أشخاص لم يعبروا عن إراداتهم عند نشأة التصرف، و أن قوتها الإلزامية تجد أساسها في القانون الوضعي و ليس في إرادة الأطراف كما في القانون الخاص⁽¹⁾، و كون القانون الوضعي أساس القوة الملزمة للتصرف الانفرادي في القانون العام لا يؤثر على وجوب وجود الإرادة لإنشائه « إرادة السلطة العامة » شأنه شأن كل التصرفات القانونية⁽²⁾.

¹ - PASTRE - BOYER (Anne - Laure), L'acte juridique collectif en droit français (contribution à la classification des actes juridiques), P.U.A.M., 2006, p.106.

² - RIEG (Alfred), Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J, Paris, 1961, p.15.

غير أن فقهاء القانون العام، و إن كانوا يرون وجوب وجود الإرادة، إلا أنه لا يرون فيها معيارا يصلح للتمييز بين التصرف بإرادة منفردة و العقد، و قد اقترح الأستاذ EISENMANN معيار تحمل الآثار، و الذي مفاده: « إذا كانت آثار التصرف موجهة إلى غير الأشخاص الذين أنشؤوه، فهو تصرف بإرادة منفردة، أما إذا وجهت الآثار إلى الأشخاص الذين أنشؤوا التصرف كان التصرف عقدا»⁽¹⁾.

يعتبر هذا المعيار خلاصة دراسة الفرق بين القرار الإداري و العقد الإداري، ولا يمكن تعميمه إلى باقي فروع القانون، باعتبار أن القانون الإداري قانون استثنائي، فلا يمكن تعميم الاستثناء، فهو قانون يعترف بقدرة إرادة على فرض رغبتها على الإرادات الأخرى، فالإدارة لها سلطة فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، بل أكثر من ذلك، هذا القانون يعترف بإمكانية إنشاء التزامات على عاتق الغير⁽²⁾، مما يجعل منطقه يختلف عن منطق باقي فروع القانون.

¹ - EISENMANN (Charles), Cours de droit administratif, T2, L.G.D.J., Paris, 1983, pp.389 et s.

² - CHAPUS (René); droit administratif général, T1, 13^{ème} éd, MONTCHRESTIEN, p.467, « Ce qui est déterminant, c'est le contenu de l'acte, ou bien, il est tel que l'acte est destiné à régir le comportement des personnes qui sont étrangères à son édicition, c'est - à - dire qui sont des tiers par rapport à lui. Ou bien, il est tel que l'acte est destiné à régir les relations réciproques de ces auteurs. Au premier cas, il est acte unilatéral. Au second cas, il est un acte bilatéral, ou pour employer un terme plus usuel, il est un contrat ».

ب- معيار عدد الإرادات:

إن دراسة مختلف مقاربات شراح القانون الخاص لمقابلة العقد بالتصرف بإرادة منفردة تجعلنا نلاحظ أنها قد عرفت تطورا عبر الزمان، فقد كان يؤسس الفقه في بادئ الأمر تمييز العقد عن التصرف بإرادة منفردة على عدد الإرادات المعبرة عنها من أجل إنشاء التصرف القانوني، و بهدف التعمق في هذا المعيار سعى بعض الشراح إلى دراسة العلاقة بين عنصر التعبير عن الإرادة و عنصر إنشاء الآثار القانونية. غير أن هذه التحاليل التي كانت تهدف إلى تدعيم معيار الإرادة، أدت إلى الكشف عن عدم كفايته.

لقد قابل الفقه العقد بالتصرف بإرادة منفردة مقابلة كمية، فالتمييز بينهما يتم على الشكل التالي: التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة شخص واحد، بينما العقد هو تلاقي إرادتين على الأقل.

وقد عبر الأستاذان فلور وأوبير عن الفكرة بقولهما: « بمقابلة العقد الذي يتكون عن طريق تلاقي إرادتين على الأقل، فإن التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة بموجبها يحدد شخص - يتصرف بمفرده - آثار قانونية⁽¹⁾، أما

¹ - FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean Luc), op.cit, p362, « par opposition au contrat, qui se forme par la rencontre de deux volontés au moins, l'acte juridique unilatéral est une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit ».

الأساتذة تيري و سملير و لوكات فيعبرون بقولهم: « في حين أن العقد يرتكز على اتفاق الإرادات، فإن التصرف بإرادة منفردة هو من صنع إرادة واحدة»⁽¹⁾، وعليه، إذا كان التصرف ناتجا عن إرادة واحدة فإنه يكيف على أنه تصرف بإرادة منفردة، بينما إذا كان ناتجا عن عدة إرادات فهو عقد.

أول من لاحظ نقائص هذا المعيار هو الفقيه ديموق عندما حاول أن يفسر الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس، في كتابة المفاهيم الأساسية للقانون الخاص (محاولة نقدية)⁽²⁾، أين تساءل هذا الأخير عن مسألة جواز التعاقد مع النفس. إن التعاقد مع النفس يطرح إشكالية تناقض تحقيق مصلحة المتعاقد باعتباره أصيلا و نائبا في آن واحد، و قد لاحظ الأستاذ ديموق أن اعتماد معيار عدد الإرادات يجعل من التعاقد مع النفس تصرفا بإرادة منفردة⁽³⁾، كما تساءل عن مسألة جمع الشخص لصفتين (الأصيل و النائب) و إمكانية تكوين العقد من ناحية تقنية؟

قد عالج الفقه الألماني هذه المسألة، و هو يرى أنه من غير الممكن تقنيا أن يتكون العقد في حالة جمع الشخص الواحد لصفتين، ذلك لأن تقنية العقد في حد ذاتها تفترض وجود عدة إرادات، و قد انتقد الأستاذ ديموق DEMOGUE

¹ - TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), op.cit, p.41 ; «Alors que le contrat repose sur un accord de volontés, l'acte juridique unilatéral est l'œuvre d'une seule volonté».

² - DEMOGUE (René), Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, mémoire de droit, Paris, 2001, réimpression, pp.202 et s.

³ - Ibid, p.303.

هذا الموقف الذي يرى في العقد مجرد تعدد الإرادات، لأن في منظوره لا تكمن فكرة العقد في تعدد الإرادات فقط، وإنما في تقابلها واهتمامها بالنتيجة المراد تحقيقها، بمعنى وجود نزاع في المصالح⁽¹⁾ يولد سلمية hiérarchie فيها. و عليه، فإن جمع الصفتين ليس من شأنه تكوين العقد، ليس لأنه لا توجد سوى إرادة واحدة، و إنما لأن سلمية المصالح تتم بصفة معيبة تخلوا من النزاهة، فمن المنطق أن ينحاز النائب إلى مصلحته على حساب مصلحة الأصيل⁽²⁾، هذا ما يبرر فكرة أن التعاقد مع النفس لا يجوز إلا بإجازة من الأصيل⁽³⁾.

وهو بهذا، يرسى معيار تقابل المصالح الذي يعبر عنه كالآتي: « التصرفات التي تحتوي على إرادة واحدة أو أكثر لها نفس المصلحة هي تصرفات انفرادية، بينما تلك التي تحتوي إرادتين أو أكثر و تمثل مصالح متناقضة فهي عقود»⁽⁴⁾.

2 - المعيار المعتمد من قبل الفقه الحديث/ تقابل المصالح:

بعد ملاحظة نقائص معيار تعدد الإرادات، اقترح الأستاذ ديموق معيار تقابل المصالح، غير أن اقتراحه ظل مهجورة لفترة، حتى مجيء الأستاذ مارتن دولا موت الذي تبني أفكاره إثر دراسته للتصرف بإرادة منفردة⁽⁵⁾، فالتصرف بإرادة

¹ - Ibid, p.304.

² - Ibid, p.305.

³ - المادة 77 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

⁴ - DEMOGUE (René), Traité des obligations en général, T1, ROUSSEAU, Paris, 1923, p.35.

⁵ - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), op.cit.

منفردة - كما تدل عليه التسمية - هو ثمرة إرادة واحدة في الغالب، وهذا لا يعني أنه لا يمكن أن يكون ثمرة تصرف شخصين أو أكثر تصرفوا بمعية⁽¹⁾، لأنه يجب أن نميز بين تعاون الإرادات و توافق الإرادات، فالتصرف بإرادة منفردة قد ينتج عن تعاون الإرادات مادامت تعبر عن مصلحة واحدة، فالذي يميز التصرف بإرادة منفردة هو تعبيره عن مصلحة واحدة، و ليس عن توافق مصلحتين متقابلتين⁽²⁾، فلا يهم عدد الإرادات المعبر عنها: فلو عبر معيا شخصين عن إرادتيهما و كانتا تعبران عن مصلحتين متقابلتين كما في التعاقد مع النفس كان التصرف عقدا⁽³⁾.

ويرى الأستاذ MARTIN DE LA MOUTTE أن التعبير عن الإرادة و إن كان شرطا ضروريا لإبرام التصرفات القانونية، إلا أنه يبقى مجرد عنصر شكلي تتلخص أهميته في ترجمة المصلحة التي تعتبر جوهر العملية المنجزة⁽⁴⁾.

إن مصطلح المصلحة ليس خاصا بالعلوم القانونية فقط، فهو شائع الاستعمال في اللغة، و هو ليس خاص كذلك بالتصرف القانوني دون المجالات الأخرى، فقد استعمله إهرنغ في تعريف الحق «الحق هو مصلحة يحميها

¹ - Ibid, p.38.

² - Ibid, p.47.

³ - Ibid, p.51.

⁴ - Ibid, op.cit,p.50; « la manifestation de volonté et un phénomène certes indispensable, mais de pur forme..., une manifestation de volonté, élément formel, ne fait que traduire un intérêt, élément substantiel de l'opération accomplie ».

القانون»⁽¹⁾، و هو كثير الاستعمال في قانون الإجراءات المدنية، فلا دعوى بدون مصلحة، كما يستعمل كثيرا في القانون الإداري « المصلحة العامة»، وسوف نهتم في هذه الدراسة بمفهوم المصلحة في التصرفات القانونية.

بالرجوع إلى مختلف التحاليل التي قيلت في هذا الموضوع، نجد أن هناك من يقارب مفهوم المصلحة من زاوية المحل، و منهم من يقاربه من زاوية السبب، و منهم من يرى أنها المنفعة.

أ- المصلحة و المحل:

يتميز شراح القانون المدني بين محل العقد و محل الالتزام، فالأداء هو محل الالتزام والالتزام هو محل العقد⁽²⁾، فمجموع الالتزامات هي محل العقد، وهي التي تحقق العملية القانونية المراد تحقيقها من وراءه⁽³⁾، و عليه فمحل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها من إبرامه، بمعنى أنه الغاية من العقد⁽⁴⁾، أو بتعبير دوجي هو المركز القانوني المراد إحداثه، ففي البيع مثلا، يكون محل الإلتزام هو تسليم الشيء و تسليم النقود، بينما محل العقد هو الإلتزام بتسليم الشيء والالتزام بتسليم النقود، مما يحقق البيع، فيتولد مركز قانوني و هو البائع و مركز قانوني مقابل و هو المشتري.

¹ - cité par Dabin (Jean), Le droit subjectif, Dalloz, Paris, 1952, p. 65.

² - LUCAS – PUGET (Anne – Sophie) ; Essai sur la notion d'objet du contrat, L.G.D.J, Paris, 2005.

³ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 199.

⁴ - LUCAS – PUGET (Anne – Sophie) ; op.cit, p.174.

بتطبيق هذا المفهوم على المصلحة، تعبر المصلحة في التصرف القانوني على المركز أو المراكز القانونية المراد إنشاؤها من وراء هذا التصرف⁽¹⁾، ففي البيع، ما يعبر عن المصلحة هو مركز الدائن أو المدين بالنسبة لمحل العقد، فنميز مصلحتين: مصلحة البائع و مصلحة المشتري و اللتان تحددان طبقا لمحل البيع.

بما أن للبيع محلين، الالتزام بتسليم الشيء و الالتزام بتسليم الثمن، فمصلحة المشتري يعبر عنها مركز الدائن في محل العقد الأول المتمثل في الالتزام بتسليم الشيء، و الذي يكون فيه للبائع مركز المدين، بينما مصلحة البائع يعبر عنها مركز الدائن في المحل الثاني للبيع المتمثل في الالتزام بتسليم الثمن، و الذي يكون للمشتري فيه مركز المدين.

ب- المصلحة و السبب:

إن مفهوم المصلحة لا يتعبد كثيرا عن مفهوم السبب⁽²⁾، و الأستاذ كاريونيه يرى أن مفهوم المصلحة هو الأكثر تطابقا مع المصطلح اللاتيني *causa*⁽³⁾. يتفق الفقه، حاليا، على أن هناك تعايشا بين مفهومين لمصطلح السبب، فطبقا للمفهوم الكلاسيكي، أو ما يعرف بنظرية السبب الموضوعي، فإن السبب هو الغرض المباشر الذي يتوخاه المتعاقد من تعاقد، و هو بهذا المفهوم واحد في كل نوع من أنواع العقود، ففي العقود التبادلية سبب التزام كل متعاقد هو

¹ - CABRILLAC (Remy), op.cit, p.44.

² - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), op.cit, p.43.

³ - CARBONNIER (Jean), op.cit, p.123.

التزام المتعاقد الآخر، و في العقود العينية يكون سبب التزام المقترض بالرد، مثلا، هو سبق استلامه للمبلغ الذي عليه رده، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فسبب الالتزام هو نية التبرع، و السبب بهذا المفهوم هو سبب الالتزام و ليس سبب العقد، أما مفهوم السبب في النظرية الحديثة، أو ما يعرف بنظرية السبب الشخصي، فهو لا ينحصر في الغرض المباشر، و إنما يتجاوزه ليشمل الباعث الدافع إلى التعاقد، فلا يكون السبب نفسه في كل نوع من أنواع العقود، و هو يختلف باختلاف شخص المتعاقد، ففي البيع مثلا، قد يكون الباعث على التعاقد هو رغبة في شراء شيء آخر، أو القيام برحلة... إلخ، و يكون بهذا المفهوم سببا للعقد و ليس سببا للالتزام.

ومقاربة المصلحة بالسبب مقاربة لا يمكن عدم الوقوف أمامها، ففكرة causa في القانون الروماني لا تجد معناها الدقيق لا في مفهوم السبب الكلاسيكي أي الغرض المباشر، و لا في مفهومه الحديث أي الدافع الباعث، وإنما تجد معناها في مفهوم المصلحة⁽¹⁾، فمفهوم المصلحة يحقق وحدة مفهوم السبب بمفهوميته (الموضوعي و الشخصي)، لأنه يجب أن تكون هناك مصلحة موجودة ومشروعة⁽²⁾، فهو بذلك يجمع خصائص و أهداف السبب الشخصي والسبب الموضوعي، و المصلحة بهذا المفهوم تتفق مع مفهوم السبب عند

¹ - Ibid, « une notion comme celle de l'intérêt, qui eut peut - être été la traduction la plus adéquate de la cause ».

² - Ibid.

الأستاذ أوسر الذي يرى أن السبب لا يتخلص في الدافع أو المقابل⁽¹⁾، فهو ليس بالضرورة ماديا أو شخصيا⁽²⁾، لأن السبب لا يوجد في الحقيقة إلا بتركيب هذين العنصرين، فيجب أن يحتوي على العنصر المادي (المقابل) حتى يضمن النجاعة القانونية للتصرف باعتبار أن هذا الأخير يرمي إلى تحقيق حاجة فردية، كما يجب أن يحتوي على العنصر الشخصي (الدافع) حتى يضمن المشروعية باعتبار أن التصرف القانوني لا يجب أن يضر بالنظام العام⁽³⁾.

ج- المصلحة هي المنفعة

يعرف الأستاذ GERVAIS المصلحة بأنها "منفعة مادية أو معنوية، آنية أو مستقبلية"⁽⁴⁾، وعليه فالمصلحة ليست مادية فقط، فهي لا تشمل الثروة فقط، بل تشمل قيما معنوية أيضا كالحرية، الشرف، العلاقات العائلية، و العلاقات الاجتماعية⁽⁵⁾. و المصلحة بمفهوم المنفعة أو الامتياز كثيرة الاستعمال في الفقه المقارن أين أصبح المصطلحين مترادفين.

¹ - HAUSSER (Jean) ; Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J, Paris, 1971, p.272.

² - Ibid, p.273.

³ - Ibid.

⁴ - GERVAIS (André) ; Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts », in : Mélanges P.ROUBIER, T1, 161, p.239.

⁵ - IHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, p.328, cité par DABIN (Jean), op.cit, p.67.

هكذا قد تم مقارنة المصلحة من عدة زوايا، و هي مقاربات لا تتناقض وإنما تتكامل لتبين أن مفهوم المصلحة شامل بإمكانه أن يغطي كل مهام المحل والسبب من وجود و مشروعية

ثانيا: دور الإرادة في العقود:

سادت خلال القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين فكرة أن الشخص حر في أن يقبل الإيجاب الموجه إليه، أو أن يعرض عنه، و إن قبله يكون للطرفين الحرية الكاملة في تحديد أحكام العقد الذي سيرمانه، سواء تلك المتعلقة بالشكل أو المضمون. و لا يحد من هذه الحرية سوى مقتضيات النظام العام و الآداب العامة⁽¹⁾.

تعتبر هذه الفكرة حوصلة لتأثير مبدأ سلطان الإرادة على نظام نشأة التصرفات القانونية، أين عرف مبدأ سلطان الإرادة، خلال هذين القرنين، مرحلة سيطرة و هيمنة على نظرية العقد⁽²⁾. غير أن هذه الهيمنة قد عرفت تراجعا ملحوظا في وقتنا الحالي⁽³⁾، فعرفت بذلك نظرية العقد تحولا كبيرا من حيث

¹ - PLANIOL (Marcel), Traité élémentaire de droit civil, 5^{ème} édition, T2, L.G.D.J, Paris. ; GOUNOT (Emmanuel), op. cit. ; DEMOGUE (René), Les notions fondamentales..., op. cit.

² - RANOUIL (Véronique), op. cit., pp. 17 et s.

³ - FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.p. 77 et s.

فلسفتها⁽¹⁾، فبعدها كان ينظر إلى العقد على أنه تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، أصبح ينظر إليه على أنه "ظاهرة اجتماعية"⁽²⁾.

ينتج عن هذا التغيير في المفهوم نتيجة جوهرية: فبعدها كانت آثار العقد تحددها إرادة المتعاقدين، أصبحت تحددها إرادة المجتمع، هذا ما يعطي حجة لتدخل الدولة في توجيه إرادة الأفراد⁽³⁾.

هذا ما جعل دور الإرادة في العقد يتراجع، فلا بد من توافر شروط معينة في الإرادة حتى يعتد بها (I)، و حتى بعد توافر هذه الشروط تبقى الإرادة غير كافية (II).

I - الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى تنشئ العقد:

ككل التصرفات القانونية، لا ينشأ العقد إلا عن إرادة سليمة خالية من العيوب، لكن هل وجود إرادتين يكفي لإنشاء العقد؟

إن طرح الإشكال بهذه الطريقة فيه مغالطة، من حيث المبدأ، لأن الطبيعية العقدية للتصرف لا تنتج عن عدد الإرادات المعبر عنها، وإنما عن

¹ - MORIN (Georges) ; La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété), Sirey, Paris, 1945 ; ROUETTE (Georges), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.

² - SALEILLES (Raymond), De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, PICHOU, Paris, 1901, p.p.11 et s.

³ - DURAND (Paul), La contrainte dans la formation du contrat, RTD, civ, 1944, p.p.73 et s.

تقابل المصالح التي تعبر عنها هاتين الإرادتين(2)، غير أن هذا التقابل لا يحدث إلا بعد أن يتم الإعلان عن هذه الإرادات (1).

1 - ضرورة الإعلان عن الإرادة:

إذا كان وجود الإرادة شرط ضروري لتكوين العقد، فهو غير كاف، لأن الآثار القانونية لا تنشأ إلا تم إظهار هذه الإرادة و الإعلان عنها(1)، و عليه، فإن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين: عنصر داخلي نفساني و هو الإرادة، و عنصر خارجي اجتماعي، و هو الإعلان عن الإرادة، فالإعلان هو الذي يسمح للإرادة، كعنصر داخلي، بأن تصبح شيئاً يمكن إدراكه و فهمه، كما يجعلها قادرة على إنشاء الآثار القانونية(2).

فحتى ينشأ التصرف القانوني يجب توافر شرطين: وجود قصد قانوني، بمعنى أن يريد الشخص الآثار القانونية الناتجة عن التصرف، و وجود إعلان عن الإرادة، حتى تصبح هذه الإرادة قابلة لأن يتم إدراكها من قبل الغير، فالتعبير عن الإرادة هدفه هو إعلام الغير بالقصد القانوني لصاحبه. ويستشف القصد القانوني من سلوك الشخص، غير أن ليس كل سلوك إنساني له معنى قانوني، لأنه حتى يكون كذلك، يجب أن ينصب في لغة قانونية متعارف عليها، و قد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك إيجابي أو سلبي.

¹ - FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.90. STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), op.cit, p.78, TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), op.cit, p.80.

² - GORE (François), Rapport général, in: les modes non formels d'expression de la volonté, travaux de l'association CAPITANT (Henri), T.20, Dalloz, 1972, p.9.

أ- السلوك الإيجابي

يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك إيجابي، غير أنه يجب التمييز بين التعبير الصريح و التعبير الضمني: يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الذي يتخذه مظهرا في حد ذاته موضوعا للكشف عن هذه الإرادة، فهو لا يحتاج إلى تفسير من طرف الموجه إليه (هذا التعبير) حتى يفهمه (1)، و يكون كذلك إذا تم استعمال الكتابة (تحرير عقد أو رسالة أو فاكس... إلخ)، الكلام (اللفظ أو الهاتف أو أي وسيلة تواصل لفظية أخرى)، أو عن طريق الإشارة المتداولة عند الصم و البكم (2)،

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي يتخذه ليس في حد ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، و بذلك يكون في حاجة إلى يتم تفسيره من طرف من وجه حتى يتم فهمه (3)، و مثال ذلك أن يتصرف شخص في شيء لا يملكه، و لكن عرض عليه شراؤه، فذلك دليل على قبوله الشراء (4)، غير أن مسألة تفسير التعبير الضمني لم تترك للتقدير الشخصي لمن وجه إليه، فإذا تعارض

¹ - RIEG (Alfred), Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, in : les modes non formels d'expression de la volonté, travaux de l'association CAPITANT (Henri), T.20, Dalloz, 1972, p.41.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص.152.

² - GHIESTIN (Jacques), op.cit, p.201.; FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.91.; CARBONNIER (Jean), op.cit, p.78.

³ - RIEG (Alfred), op.cit, p.41.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص.153.

تفسيره مع تفسير المعبر عن الإرادة تدخل القاضي لتفسير هذا التعبير، و له في ذلك أن يستعين بظروف الحال و الملابس التي رافقت التعبير الضمني.

ب- السلوك السلبي

إذا كان التعبير الضمني يتجسد عن طريق اتخاذ موقف معين، أي سلوك إيجابي، فإنه ليس للسلوك السلبي أن مظهر خارجي⁽¹⁾، فتنفيذ العقد مثلا، لا يمكن اعتباره سلوكا سلبيا لأنه يتخذ مظهرا خارجيا، بينما في السكوت تكون الإرادة غير معلنة، و بالنتيجة يكون القصد القانوني غير مؤكد، غير أنه في بعض الحالات التي يكون فيها السكوت مرافقا لبعض الوقائع يمكن اعتباره تعبيراً عن الإرادة.

وهذا الحل لا يمكن تصوره بالنسبة للإيجاب أو التصرف بإرادة منفردة، لأن كلاهما يفترض في الشخص القيام بمبادرة، أي اتخاذ سلوك إيجابي⁽²⁾، فالسؤال يتعلق بالقبول باعتباره مجرد إنضمام إلى فكرة⁽³⁾.

يتفق أغلب الشراح على أن السكوت في حد ذاته، مجردا من أي ظروف ملابس، لا يمكن أن يشكل تعبيراً عن الإرادة⁽⁴⁾، لأنه مهما تم الاجتهاد في

¹ - HAUSSER (Jean), op. cit., p.80.

² - FLOUR (Jacques), et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.100.

³ - RIEG (Alfred), op.cit, p.43.

⁴ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 64؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص 157؛ أمجد محمد منصور، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، ص 58؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 1، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 88.

استخلاص مدلول الإرادة، فلا شك في أن هذا الاجتهاد لن يصل إلى حد أن يستخلص من امتناع الشخص عن الإعلان عن إرادته دلالة عن التعبير عنها. فالعدم لا ينتج وجودا، و لو أخذنا بعكس ذلك لجعلنا كثيرا من الناس مرتبطين بتصرفات لم يرضونها.

غير أن السكوت إذا ارتبط بظروف معينة أعتبر قبولا، فالسكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة إلا إذا كان ملابسا لظروف لا تترك مجالا للشك في دلالاته، و قد حدد القانون الحالات التي يكون فيها السكوت ملابسا⁽¹⁾.

. إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تقضي باعتبار السكوت قبولا: كاستلام محترف في التجارة طلبية، فإذا سكت عن الرد لمدة معينة أعتبر قابلا لها.

. إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاملين: كما لو إعتاد تاجر توريد سلعة إلى عميل دون أن ينتظر ردا.

. إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: كتخفيض بدل الإيجار يوجهه المؤجر إلى المستأجر، فيسكت⁽²⁾.

كما يكون السكوت كذلك قبولا، إذا نص العقد صراحة على ذلك، أو نص القانون على أن يكون السكوت قبولا⁽¹⁾، فالحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا غير محددة على سبيل الحصر.

¹ - المادة 68 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), op.cit, p.103.

2 - ضرورة تعبير كل إرادة عن مصلحة تقابل المصلحة التي تعبر عنها الإرادة الأخرى

قد رأينا فيما سبق، أن معيار تصنيف التصرفات القانونية هو ليس عدد الإرادات المعبر عنها والتي تتدخل في إنشاء العقد، بل تقابل المصالح التي تعبر عنها هذه الإرادات.

فإن كان التعبير عن الإرادة شرط ضروري لإنشاء العقد، فهو غير كاف، لأنه لا يشكل سوى العنصر الشكلي الذي يترجم عنصر المصلحة، و الذي يعتبر العنصر الجوهري للعملية القانونية المنجزة⁽²⁾.

تظهر هذه الفكرة بأكثر وضوح عند تحليل الآلية التي يتم بها التعاقد عن طريق النيابة، و التي يتبين من خلالها أن المصلحة هي محل الاعتبار، و ليس الإرادة التي يتخلص دورها في تفعيل الحقوق الشخصية في شكل قدرة، تسمح لصاحب الحق بإنشاء تصرفات قانونية.

ففي النيابة، يقوم النائب بإبرام التصرف عن طريق التعبير عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل⁽³⁾، غير أن هذه الإرادة تعبر عن مصلحة الأصيل،

¹ - تنص المادة 355 فقرة أولى من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم: « في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، و على البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها...، فإذا انقضت هذه المدة و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولا...».

² - MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques) , op.cit, p.38.

³ - هذا ما يميزه عن الرسول الذي يكتفي بنقل إرادة الأصيل.

بدليل أنه يجب أن يعلم المتعاقد معه وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، و إلا فإن آثار العقد لن تتصرف إلى الأصيل⁽¹⁾، و عليه فإن التعبير عن الإرادة ليس هو أساس التزام الأصيل، لأنه لا يعبر عن إرادته، و إنما أساس التزامه هو مصلحته التي عبر عنها النائب.

ومما سلف، يمكن أن نستنتج ما يلي: لا يكون للإرادة بعد قانوني إلا باعتبار المصلحة التي تعبر عنها، و عليه، يمكن تقسيم الإرادة القانونية إلى عنصرين، عنصر جوهري يتمثل في المصلحة التي تعتبر أساس التزام الشخص، و عنصر شكلي يتمثل في قدرة الشخص في تفعيل حقه الشخصي لإنشاء التصرفات القانونية.

هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإن القانون الوضعي يجبرنا على قبول فكرة أن الشخص بإمكانه إبرام العقد دون أن يعبر عن إرادته، كسكوت القابل إذا كان الإيجاب موجه لمصلحته المحضة⁽²⁾.

وعليه، فأساس إبرام العقود لا يتمثل في الإرادة و إنما في المصلحة التي تعبر عنها هذه الإرادة، فالإرادة ما هي إلا ذلك القرار الذي يتخذه الشخص - إذ قدر أنه مطابق لمصلحته أو المصلحة التي يمثلها - لممارسة الامتيازات القانونية في إنشاء التصرفات القانونية المتعلقة بحقه، أو بحق من ينوب عنه.

¹ - المادة 75 من النين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - المادة 68 فقرة ثانية من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

من خلال ما سلف، يمكن القول أنه حتى ينشأ العقد يجب أن يكون هناك تعبير عن الإرادة ينقل مصلحة قانونية لصاحب الحق، و أنه يمكن الاستغناء عن هذا التعبير عن الإرادة إن لم يكن ضروريا للكشف عن مصلحة المتصرف.

II - مدى كفاية الإرادة:

لقد بينا لحد الآن أنه يجب أن يكون للإرادة دور في الكشف عن مصلحة صاحبها، و أن تتقابل مع الإرادة الأخرى المساهمة في إنشاء العقد حتى يعتد بها، لكن هل بتوافر هذين الشرطين يصبح التعبير عن الإرادة كاف لإبرام العقد؟ إن التعبير عن الإرادة غير كاف لا لإبرام العقد صحيحا مهما كان محله (1)، ولا لتحديد مضمونه (2).

1- مدى كفاية الإرادة في إبرام العقد:

الأصل في العقود أنها رضائية (أ)، فهي تتم بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إراداتهم المتطابقة⁽¹⁾، و لمبدأ الرضائية أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية، لدوره في تسهيل المبادلات التجارية، غير أنه له عيب يتمثل في صعوبة إثبات العقد الرضائي. هذا ما يفسر اتجاه المشرع إلى التقليل منه، و حتى التخلي عنه في بعض العقود و اعتماده مبدأ الشكلية (ب).

أ- مبدأ رضائية العقود:

في الأنظمة القانونية الرضائية، يبرم العقد بمجرد تبادل الرضى بين أطرافه، هذا ما يعرف بمبدأ الرضائية، غير أنه لا يجب أن يفهم من هذا المبدأ انعدام

¹ - المادة 59 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

الشكل، و إنما حرية الشكل⁽¹⁾، فإذا اتفق البائع و المشتري على تحرير عقد بيع منقول أمام موثق، فإن هذا العقد يبقى رضائيا، على الرغم، من أن الإرادة ستفرغ في قالب رسمي، لأن الأطراف اختاروا بكل حرية هذا الشكل. فالعقد لا يكون شكليا إلا إذا ألزم المشرع الأطراف بإفراعه في قالب معين. فليس إفراغ الإرادة في قالب معين هو الشكل و إنما هو إرغام الأطراف على إفراغ إرادتهم في قالب معين.

يشق مبدأ الرضائية، عند بعض الشراح، من مبدأ أكثر عمومية منه، وهو مبدأ حرية التعاقد⁽²⁾، غير أن الأصح هو اعتبار كل من الرضائية و حرية التعاقد مبدأين متميزين، و هما تطبيقين لمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة نشأة العقود: يتعلق مبدأ الرضائية بشكل العقد، بينما مبدأ حرية التعاقد بمضمونه، لأنه من ناحية نظرية قد يعتمد المشرع مبدأ دون الآخر⁽³⁾، كما في بيع العقار أين يتم اعتماد مبدأ حرية التعاقد دون مبدأ الرضائية، هذا ما يبين أنهما متميزين. لمبدأ الرضائية أهمية أخلاقية واقتصادية، فهو أكثر أخلاقية من الشكلية، لأنه يلزم الشخص باحترام تعهده، بينما الشكلية تسمح له بنقض التعهد الذي تعهده إذا لاحظ غياب إجراء معين، فيجوز لبائع عقار، مثلا، عدم احترام تعهده قبل المشتري إذا لاحظ أن إجراءات الشهر غير محترمة، هذا ما جعل أنصار

¹ - FLOUR (Jacques), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in ; le droit privé Français au milieu du 20 siècle, Etude offertes à RIPERT (Georges), L.G.D.J, Paris, 1950, p.96.

² - GHESTIN (Jacques) ; Le contrat, formation ..., op.cit, p.28.

³ - FLOUR (Jacques), op.cit, p.91.

القانون الكنسي الذين يؤمنون بمبدأ " أن الثيران تربط من قرونها، و الرجال من ألسنتهم"⁽¹⁾، يستعدون مبدأ الشكلية في التصرفات القانونية. كما أن مبدأ الرضائية أكثر استجابة للمعطيات الاقتصادية، فهو يجعل التصرفات القانونية أكثر بساطة، أكثر سرعة و غير مكلفة، عكس الشكلية التي تجعل التصرفات معقدة و بطيئة و مكلفة بالإضافة إلى أنها لا تعطى أي أهمية للتعبير الضمني للإرادة⁽²⁾،

يكون العقد رضائيا ما لم يتعلق بعقار أو إنشاء شخص معنوي، أو بنقل ملكية طائرة أو سفينة، و بعبارة عامة في كل الحالات التي لا ينص المشرع صراحة على أن التعامل في شيء يكون شكليا.

ب- الشكلية

يكون العقد رضائيا إذا كانت طرق التعبير عن الإرادة فيه حرة⁽³⁾، فينعقد العقد دون حاجة إلى إفراغ التعبير عن الإرادة في شكل معين، فيكون العقد معتدا به في مواجهه الأطراف و الغير. و يكون شكليا إذا فرض المشرع وجوب التعبير عن الإرادة بطريقة معينة.

¹ - MONTERO (Etienne) et DEMPULIN (Marie), « La formation du contrat depuis le code civil de 1804, un régime en mouvement sous une lettre figée, <http://creda.ccip.fr>, p.1.

² - FLOUR (Jacques), et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.216.

³ - Ibid, p. 214.

هناك من الشراح، من لا يعتبر الشكل المفروض من المشرع شكلية إلا إذا رتب المشرع على مخالفته بطلان العقد⁽¹⁾، فتلك الأشكال التي يفرضها المشرع دون أن يرتب على مخالفتها بطلان العقد لا تعتبر شكلية⁽²⁾، فهم يركزون على صحة العقد في تصنيفهم، غير أن هناك من الشراح من يركز على معيار حرية التعبير عن الإرادة⁽³⁾، فيعتبر العقد رضائيا متى كان الأطراف أحرارا في اختيار الطريقة التي سيعبرون بها عن إرادتهم، و يكون شكليا متى كانوا ملزمين بإتباع طريقة فرضت عليهم. غير أن عدم توافر الشكلية في هذه الحالة لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد، ففي حالات قد يؤدي فقط إلى عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير، فيطلقون مصطلح "شكلية مباشرة" على الشكل الذي يترتب على عدم احترامه بطلان التصرف، و مصطلح "شكلية غير مباشرة" على الشكل الذي يترتب على مخالفته عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير.

تختلف الأشكال التي يستوجبها المشرع، فقد تكون كتابة العقد فقط كما قد تكون وجوب كتابته من طرف ضابط عمومي، أو وجوب شهره في سجل إداري معين، غير أن ما يستدعي التدقيق هو التمييز بين الشكل الذي يقرر للإثبات والشكل الذي يقرر للصحة.

¹ - أمجد منصور، مرجع سابق، ص. ص. 38 و 39. ؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. ص. 55 و 56.

² - تنص المادة 645 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة... "

³ - FLOUR (Jacques), et AUBERT (Jean - Luc), op.cit,p. p.216 et s.

من الناحية العملية، يكون لتخلف الشكل المقرر للإثبات نفس أثر الشكل المقرر للصحة، لأن العقد الذي لا نستطيع إثباته يكون غير فعال، أما مسألة أنه يمكن إثبات هذا العقد عن طريق الإقرار، فأهميتها نظرية فقط، لأن الطرف الذي ينازع المتعاقد معه في وجود العقد لتخلف الكتابة، لا ننتظر منه إقراراً، لأنه لو كان في نيته إقرار التصرف لما حدث نزاع بشأن التنفيذ.

اشتراط الكتابة:

قد يشترط المشرع أن يتم إفراغ التعبير عن الإرادة في ورقة مكتوبة، غير أنه يجب أن نميز حالتين، حالة يرتب فيها المشرع جزاء على عدم كتابة التصرف، و هي في الغالب، تلك الحالات التي يشترط فيها المشرع تحرير التصرف من طرف ضابط عمومي، إذ يجب أن تحرر التصرفات التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها، و كل نقل لأسهم شركة أو حصص منها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، وكذلك التصرفات المنشئة لأشخاص معنوية، من طرف موثق و إلا كانت باطلة⁽¹⁾، فتكون الكتابة هنا شكلية بكلا المعيارين، معيار صحة التصرف و معيار حرية التعبير عن الإرادة؛ و الحالات التي يشترط فيها الكتابة للإثبات، فتخلف الكتابة يجعل العقد غير نافذ في مواجهة الغير، و

¹ - المادة 324 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري و المتمم.

هنا تكون الكتابة شكلية بمعيار حرية التعبير عن الإرادة، و لا تكون كذلك بمعيار صحة التصرف.

وحالات لا يرتب فيها المشرع بتاتا جزاء على تخلف الكتابة، كما في الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة⁽¹⁾، أين أوجب المشرع تحرير العقد بشكل يجعل عناصره واضحة لا غموض فيها، غير أنه أغفل إيراد جزاء عدم التحرير، وهنا لا يمكن اعتبار الكتابة شكلا بكلا المعيارين.

- الشهر:

قد يشترط المشرع شهر العقد في أحد السجلات الإدارية حتى ينتج أثره، أو أثرا من هذه الآثار، و لعل أهم قواعد الشهر هي تلك المتعلقة بالشهر العقاري، و التي تطبق على كل التصرفات ناقل للملكية العقارية أو لحق عقاري. هناك نظامين للشهر، شهر شخصي و شهر عيني، يتم الاعتماد في الشهر الشخصي في إعلان التصرفات على أسماء المتصرفين الذين يكونون محل الاعتبار في هذا النظام، إذ يتم مسك سجلين، الأول حسب الترتيب الأبجدي لأسماء المتصرفين، و الآخر على أساس الترتيب الكرونولوجي لتقديم التصرفات للشهر، و عليه لو أراد الشخص أن يعرف ما إذا كان المالك قد تصرف في عقاره، فما عليه سوى أن يتقدم أمام المحافظ العقاري باسم و لقب المالك، و المدة الزمنية التي يريد أن يتأكد فيها من أن المالك لم يتصرف بملكه. أما في الشهر العيني فيتم مسك بطاقات عقارية، تخصص كل بطاقة لعقار

¹ - راجع المرسوم التنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يحدد كفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج. ر. ع. 10، مؤرخ في 26 فبراير 2006.

معين، يسجل فيها كل التصرفات التي تلحق هذا العقار، فمحل الاعتبار في هذا النظام هو العقار نفسه و ليس المالك، و لا تنتقل الملكية في القانون الجزائري بالعقد و لو كان رسمياً⁽¹⁾، بل أكثر من ذلك، لا ينتج العقد غير المشهر آثاراً لا بين الأطراف⁽²⁾، و لا في مواجهة الغير⁽³⁾.

يرى جانب من الفقه أن إجراءات الشهر لا تمس بمبدأ الرضائية، لأن العقد يبقى دائماً سارياً في مواجهة الأطراف، فإغفال الشهر يجعل العقد غير نافذ في مواجهة الغير فقط⁽⁴⁾، غير أن الأستاذ FLOUR يرى أن الشهر يعتبر شكلية، لأنه إذا كان التراضي لا يكفي لإعطاء التصرف الفعالية الكاملة، و كان في حاجة إلى إجراء معين حتى تكتمل فعاليته، اعتبر ذلك مساساً بالرضائية⁽⁵⁾، والتصرف غير المشهر لا يكون كامل الفعالية في مواجهة الغير.

2 - دور الإرادة في تحديد مضمّن العقد:

قبل أن يتمّ العقد تكون هناك مرحلة تفاوض يتم خلالها تحديد جل أحكامه، والفقه الكلاسيكي يبني فكرة العقد كما يلي: يدخل طرفان متساويان في المركز الاقتصادي في نقاش حر ينتهي باتفاق، و يفترض أن يكون الطرفان

¹ - المادة 793 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - المادة 16 من الأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل التجاري العقاري، ج. ر.ع. 92، المؤرخ في 18 نوفمبر 1975.

³ - المادة 17 من الأمر 75 - 74 السالف الذكر.

⁴ - MAZEAUD (Jean, Henri et Léon), op.cit, p.64.

⁵ - FLOUR (Jacques), « Quelques remarques... », op.cit, p.94.

قد ناقشا كل البنود و تم قبولها بكل حرية من الطرفين⁽¹⁾، هذا ما يعبر عنه بمبدأ حرية التعاقد، غير أنه في وقتنا الراهن ظهرت عدة استثناءات لهذا المبدأ نتيجة تدخل المشرع وتوجيهه لإرادة الأشخاص، و ذلك بوضع أحكام لا يجوز مخالفتها، أو ما يعرف بالقواعد الآمرة. و ما يحد من دور الإرادة في تحديد مضمون العقد هو ليس وجود القواعد الآمرة و إنما كثرتها.

يقضي مبدأ حرية التعاقد بأن الأشخاص أحرار في التعهد أو عدم التعهد، أحرار في اختيار الطرف الذي سيتعاقدون معه، أحرار في تحديد شروط العقد و مضمونه بناء على مناقشة أساسها المساواة، و لا يحد من هذه الحرية سوى أحكام النظام العام و الآداب العامة⁽²⁾.

غير أنه حتى تكون هناك حرية حقيقية في إبرام العقود يجب أن تكون مساواة في المراكز الاقتصادية للأطراف، فلا يعقل أن تكون حرية مناقشة عند إبرام عقد مع طرف مهيمن على السوق، والحياة العملية تثبت لنا أن هذه المساواة لا تتحقق في كل الأحوال، هذا ما جعل المشرع يتدخل عن طريقة توجيه إرادة الأشخاص من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية.

نكون أمام توجيه تشريعي كلما كانت الإرادة غير حرة في تحديد مضمون العقد، ففي البيع لا يجوز الاتفاق على عدم الضمان إذا كان نزع اليد ناشئ عن

¹ - GAUDMET (Emmanuel), Théorie générale des obligations, SIREY, 1965, publiée par GAUDMET (J) et DEBOIS (H), réimpression de l'édition de 1937, p.52.

² - PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), op.cit, pp 19 et 20.

فعل البائع⁽¹⁾، و في عقد الشركة لا يجوز للشركاء الاتفاق على ألا يسهم أحد الشركاء لا في أرباح الشركة و لا في خسائرها⁽²⁾، كما أنه لا يجوز الاتفاق على الأجر في عقد القرض بين الأفراد⁽³⁾.

فدور الإرادة في تحديد مضمون التصرفات القانونية قد تراجع نتيجة تدخل المشرع من أجل تحقيق الصالح العام، و هذا راجع إلى تأخر فلسفة المذهب الفردي خلال القرن العشرين، بعد ملاحظة أنه لا يحقق العدالة بين الأفراد، فالتراضي، لوحده، لا يحقق العدالة على حد قول الفقيه IHERING: «القول أن التراضي ينتج لنا علاقات عادلة، هو بمثابة إعطاء رخصة صيد لقراصنة، مع إعطائهم حق الاستيلاء على كل ما يقع تحت أيديهم»⁽⁴⁾، فالعدالة ليست من اختصاص العقود و إنما من اختصاص القانون، فبين القوي و الضعيف، الحرية تخضع، و القانون يحرر.

خاتمة:

لقد عرف الأستاذ GOUNOT مبدأ سلطان الإرادة على أنه سلطة الإرادة في أن تكون جهازا منشئا للقانون، فالأشخاص لهم سلطة إنشاء القانون الذي

¹ - المادة 378 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

² - المادة 426 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - المادة 454 من التقنين المدني الجزائري المعدل و المتمم.

⁴ - Cité par RANOUIL (Véronique), op.cit, p.133.

يحكم العلاقات التي تربطهم، فالإرادة هي التي تنشئ العقد، و هي التي تحدد مضمونه.

قد بقي هذا المبدأ، ولوقت طويل، من أهم المبادئ المتداولة في الفقه المدني، فمذ نشر رسالة الأستاذ GOUNOT في 1912، و التي تعرض مبدأ سلطان الإرادة كمفهوم مسيطر على نظرية العقد و التصرفات الإرادية بصفة عام، أجمع الشراح على ذلك، وفسروا جميع القيود التي كان يضعها المشرع أو القضاء لهذا المبدأ على أنها استثناء (كعقود الإذعان والشكلية وتعديل الشروط التعسفية... الخ).

غير أنه مع تراجع فلسفة الفردية القانونية، تغيرت نظرة رجال القانون تجاه هذا المبدأ، بالإضافة إلى أن التطبيق المجرد لهذا المبدأ لا يحقق العدالة في المجتمع باعتبار أن الأشخاص غير متساوون في المراكز الاقتصادية.

كما أن التعمق في دراسة التصرفات القانونية، يظهر أن الأساس فيها ليس الإرادة، و إنما المصلحة التي تسعى الإرادة إلى تحقيقها، هذا ما يبرر تدخل المشرع و القاضي في توجيه إرادة الأشخاص بطريقة تحول دون مساسهم بالمصلحة العامة، كإجبارهم على إفراغ إرادتهم في شكل معين، و إلزامهم بشهر تصرفاتهم حماية لمصلحة المتعاملين معهم في الحال الظاهر، فقد يتصرف الشخص وكأنه مالك العقار، وهو قد باعه.

إن كثرة الاستثناءات جعلت أبرز الشراح، حالياً ينتقدون هذا المبدأ، فالأستاذان FLOUR et AUBERT يريان أنه لم يعد مبدأ مطلقاً و إنما مبدأ

نسبياً⁽¹⁾، بينما الأستاذ CARBONNIER يرى أن سلطان الإرادة لم يعد يحتفظ حتى بقيمة مبدأ⁽²⁾، وهذه النتائج ما هي إلا خلاصة تراجع دور الإرادة في التصرفات القانونية بشكل عام.

¹ - FLOUR (Jacques), et AUBERT (Jean - Luc), op.cit, p.33

² - CARBONNIER (Jean), op.cit, p.88.