تاريخ الاستلام: 2023/09/23 تاريخ القبول: 2024/05/23

الإرادة عمل قانوني غير قابل للتجزئة في قانون العقد

دراسة تأصيلية تحليلية

Will is an indivisible legal act in the law of the contract

صديق بونعامة*
مخبر القانون والتنمية
جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)
bounaama.seddik@univ-bechar.dz

خليفي مريم
مخبر القانون والتنمية
جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)
Khelifi.meriem@univ-bechar.dz

ملخص:

الإرادة تصنع المضمون القانوني، والتراضي يقوم بتحويل المدخلات التي كونتها الإرادة إلى مخرجات، تجعل من العقد منفعة، إلا أنه لا يمكن ان تكون هذه الإرادة مرصودة لإنشاء العقد، مالم يتجه قصدها بمحض المشيئة والاختيار إلى ترتيب أثر قانوني؛ يؤسس لحالة خضوع مشروع للعقد على طرفيه، تجعلها مرصودة لخدمة العقد، لما لهذا الأخير من قوة ملزمة على عاقديه؛ وبهذا الوصف يعتبر التراضي كوسيلة مقاربة بين الإرادة(قصدها، ومشيئتها)،وتوقعها المشروع وترجمة لهما ؛ هنا تكمن العلاقة الوظيفية التكاملية بين الإرادة والتراضي، بكونها عمل قانوني ذي أثر، وغير قابل للتجزئة من حيث تكوينها.

كلمات مفتاحية: الإرادة؛ العقد؛ التراضي؛ عمل قانوني؛ القانون.

Abstract:

The will creates the legal content, and consent transforms the inputs formed by the will into outputs that make the contract a benefit. However, this will cannot be devoted to creating the contract, unless its intention is directed, by sheer will and choice, to arranging a legal effect. It establishes a state of legitimate submission to the contract on both parties, making it devoted to serving the contract, because the latter has binding power over its contracting parties. In this description, consent is considered a means of approaching the will (its intention and will), and its legitimate expectation and translation of them. Here lies the complementary functional relationship between will and consent, as it is a legal act with effect, and indivisible in terms of its composition

Keywords: Will; Contract; Consent; legal act; intent; the law.

* المؤلف المرسل

مقدمة:

مما لا شك فيه أن أي ارتباط قانوني مرتب لالتزام لا يمكن أن يكون له وجود مالم يكون مرتبط بسبب منشئ له، وما دام أن العقد ذي صنيعة إرادية، فإنه لا يمكن الحديث عن وجود علاقة قانونية ذات أصل عقدي تسوغ لمشروعية المطالبة بالالتزام من قبل الدائن مالم يكون له سند أخلاقي اتجاه مدينه ستمده من القيمة القانونية للأساس الذي يعتد به القانون، والمتمثل في الإرادة ولا يمكن لهذه الأخيرة أن يكون لها فعالية بدون تقنية تنقلها من الحالة المادية المجردة من أي أثر، إلى واقعة قانونية منتجة لمفاعيل قانونية المتمثلة في عنصر التراضي، ما يجعل هذا الأخير له علاقة مع الإرادة وهي علاقة وجود، مصدر، والتي تترجم بفكرة عدم امكانية الحديث عن وجود التراضي بدون وجود إرادة أدركت ووعت وهي محل وجود مادي، ونفس الأمر بالنسبة للإرادة كذلك فإنه لا يمكن القول أن هناك إرادة تعاقدية ذات فعالية وأثر ما لم يتم التعبير عنها، وهو الأمر الذي يفسر بوجود علاقة تكاملية التي تشكل اكتمال مفهوم فكرة (الإرادة) كأساس للعقد، باكتمال العناصر المكونة لها، وبتعبير أدق أنهما وجهان لعملة واحدة (العملة القانونية) .

ولذلك فإن فكرة الإرادة في التعاقد كإجراء ينبني على قاعدة أن ليس كل إرادة يفترض اتجاهها للتعاقد، ما لم تكون ذات تدليل خاص من حيث التكوين، بكونها عمل قانوني يتكون من عنصر القصد، ومن عنصر المشيئة، الأمر الذي يجعل انعقاد هذا العمل القانوني مرتبط بأداة معلنة عن تحقق هذا **القصد من جهة**، ومعبرة كذلك على انعقاد هذا العمل بكل **حرية واختيار من جهة أخرى**، بما يفضي إلى تحقق ثمرة التعاقد، والتي تعبر عن تحقق فكرة الباعث الدافع للتعاقد لكل متعاقد.

ولذلك فإن **أهمية** دراسة مسألة الإرادة في العقد، بكونها **عمل قانوني**، مرصود لتحقيق هدف خاص ومحدد وهو التعاقد من خلاف الوقوف على العناصر المكونة لهذا العمل القانوني ترجمة لفكرة أن " الالتزام بالعقد لا يمكن إلا إذا كانت تلك الإرادة ذات قصد ومشيئة" لكون العقد عمل قصد ومشيئة؛ ثم أن هذا العمل غير **قابل للتجزئة** من حيث كونه مرتبط بتحقق عنصر التراضي، الذي يعبر عن حقيقة قانونية تفيد اكتمال وتمام هذا العمل، ونتاج مفاعيله و بالنتيجة تحقق ثمرة التعاقد.

و هي الأهمية المرتبطة **بإشكالية** يراد استجلائها في هذه المسودة البحثية والمتمثلة في:

ما هي طبيعة العلاقة التدرجية بين عنصر الإرادة والرضاء في قانون العقد؟؛ و هل طبيعة هذه العلاقة تبرهن لنا بصدقية فكرة بأن الإرادة عمل قانوني غير قابل للتجزئة في قانون العقد؟

ولمعالجة هذه الفرضية الاستفهامية ، وإلماما بجوانبها وعناصرها، **اتبعنا منهج الوصف والتحليل** للنصوص القانونية والفقهية، كما قمنا بالاستعانة **بمنهج الاستقراء بقراءة أفقية**، انطلاقا من **جزئيات**، **وعناصر** تتعلق بموضوع الدراسة وفكرتها الرئيسية، مع العمل على ربط **المعلوم بمعلوم**، وصولا لإثبات **صدقية الفكرة الرئيسية بأن الإرادة عمل قانوني، غير قابل للتجزئة في قانون العقد.**

و تطبيقا لهذا المنهج، كانت خِطّة الدراسة مبنيّة على محوّرين و هما:

تناولنا في **المطلب الأول** جزئية كون الإرادة كعمل قانوني، وتأصيل فكرة الإرادة في مجال العقد من خلال التركيز على مفهوم الإرادة استنادا لفكرة تبعية العقود لمقاصدها، بدءا من التطرق للفكرة الأخيرة من حيث المفهوم، وصولا إلى تحديد أهمية تبعية العقد للقصد من الناحية العملية، من خلال استجلاء مدى تأثير مسألة القصد المشترك وأهميته في كل عملية قانونية يقوم بها قضاة الأساس، أثناء توليهم وظيفة التدخل في العقد.

ثم تناولنا في **المطلب الثاني** جزئية التراضي من خلال التطرق للبعد الأبستمولوجيا النظرية، تأصيلا لمفهومه، وكما أن تم التطرق إلى وظيفته التي تثبت صدقية فرضية كون الإرادة كعمل قانوني غير قابل للتجزئة، وتأكيدا على هذه الفرضية، تم استجلاء وظيفة التراضي بكونه وسيلة من الوسائل التي تحقق مقاربة بين الإرادة (قصدها، ومشيئتها) وبين توقعها المشروع، والمتمثل في ثمرة المداولة العقدية.

وخاتمة الدراسة توجت بمجموعة من النتائج المستنتجة من العناصر التي تم التطرق إليها في متن الموضوع.

المطلب الأول: الإرادة عمل قانوني في قانون العقد

بيد أن فكرة العقد تسند إلى فئة الأعمال القانونية التي يجرى الاتفاق على مفهومه بأنه نتاج اتفاق إرادات كإجراء يتوج ويوصل إلى طرح قواعد، ما يجعل فكرة التعاقد ذات دلالة ارتباطية بالسبب المنشئ لها، وهي الإرادة ، التي يجرى إعمالها في مؤسسة العقد، بكونها عمل قانوني، وتأصيلا لهذه الفكرة الأخيرة، اقتضى الأمر تبني منهج الوصف والتعريف بها (الفرع الأول)؛ ثم التدليل على فكرة جوهرية تترجم لفكرة أن العقد عمل مشيئة وقصد يعمل القانون على إدراكه ببيّنة، تفيد باكتمال الإرادة كعمل قانوني، باكتمال القصد والمشيئة، ما يجعل أهمية القصد له تدليل كبير على قيام العقد (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الإرادة التعاقدية

ولتوضيح مدلول الإرادة بمفهومها الخاص المرتبطة بإرادة مرصودة لإنشاء العقد، ذات هدف محدد، حري بالتطرق لمدلولها اللغوي (أولا)، وصولا الى توضيح مدلولها بمناسبة إجراء التعاقد، بما يطلق عليه الدلالة الاصطلاحية للإرادة التعاقدية(ثانيا).

أولا - التعريف اللغوي للإرادة بوجه عام :

ورد في معجم المعاني بأن الإرادة هي مشتقة من (أراد) وهي اسم ومصدر أراد أي : عزم عزيمة ومشيئة ، وهو توجه الرغبة لإتيان تصرف دون غيره من التصرفات وعلى وجه دون غيره من الوجوه وتساوي القصد. الإرادة هي القصد والميل القاطع نحو الفعل؛[1] كما يقصد بها الإرادة في اللغة العربية معنى المشيئة، وأراد شخص شيئاً أي شاءه[2].

وكما جاء في في التعريفات للجرجاني: "الإرادة صفة توجب للحيّ حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه، وفي الحقيقة: هي ما لا يتعلّق دائما إلاّ بالمعدوم، فإنّه صفة تخصّص أمرا ما لحصوله ووجوده كما قال الله تعالى: "إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ[3]".

ثانيا - التعريف الاصطلاحي للإرادة في التعاقد:

والإرادة في مجال العقد هي عمل قانوني يفيد وجود نية وقصد مشيئة هي التي تتحرك لكي تعقد العزم على التعاقد من عدمه . فالإرادة هي التي تعي ما تريد وتكون عقيدتها حول طبيعة الارتباط القانوني الذي تريد أن ترتبط به وما ذا تريد أن تفعل[4]، فالعقد هو عمل مشيئة ولكن لا يمكن لهذا العمل القانوني –أي الإرادة – أن ينتج آثار قانونية مالم يقترن بعنصر التراضي ، فالإرادة بهذا المعنى هي أن يعي المرء ما يريده وأن يقصده[5]، أن يكون مدركا لماهية التصرف الذي يتوّجه بإجراء التراضي[6]، فالإرادة المجردة من عنصر التعبير

---

[1] . https://hawzah.net. / موقع إلكتروني تم الاطلاع عليه في : 2023/09/01.

[2] . . https://mawdoo3.com. / ، تم الاطلاع عليه بنفس التاريخ.

[3] . الجرجاني، علي بن محمّد، معجم التعريفات، (محمّد صدّيق المنشاوي، تحقيق ودراسة)، ، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص ص16-17.

[4] . جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية، بيروت، 2008، ص20

[5] . وهو الأمر الذي قضت به محكمة النقض المصرية في إحدى قرارتها بأن " المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزا يعقل معنى التصرف ويقصده، والغرض من كونه مميزا أي أنه يعقل معنى التصرف، بأن يكون مدركا لماهية العقد، والتزاماته فيه، أما كونه يقصد فالغرض بيان أنه لابد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام"؛ نقلا عن: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة مع القوانين العربية، دار الهدى، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، 2019، ص78.

[6] . عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دار الكتب، د.ب.ن،2018،ص73.

عن مشيئتها هي إرادة مجردة من أثر قانوني، فالتعبير عن المقصد والمشيئة عن طريق تقنية التراضي[7]هو الذي يجعل العمل القانوني مكتمل ومنشئ لأثاره، و إذا تجردت من عنصر الإدراك والتمييز فهي إرادة غير واعية وما يترتب عن ذلك انعدام الإرادة لانعدام عنصر العلم، ما يجعل الإرادة هي أساس قيام التراضي الذي يعبر عن مضمون القصد الذي تكوّن وتم صياغته بوجه متطابق معه، فالرضاء الصادر عن إرادة غير واعية وغير مدركة لجوهر العملية القانونية هو رضاء منعدم بتوصيف الغلط المانع، إذ لا يمكن أن يحصل التراضي ورضاء أحد المتعاقدين غير موجود أو كلاهما.[8]

فالعقد بتعريف المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني الجزائري[9] على أن العقد هو" اتفاق..." ما يفترض أن وجود إرادة طرفين يفترض فيهما الوجود المادي، والمتمثل في وجود إرادة تنسب لشخص طبيعي كامل الأهلية بحكم القانون وفقا لدلالة المواد(78 و40) من القانون المدني الجزائري، هذا الشخص الطبيعي يستوفي فيه شرط الشخصية، والكينونة القانونية بتحقق حياته، ما يجعل العقد المبرم بين شخص متوفي غير قائم بحكم المادة25 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته..."، وكما يفترض في الشخص أنه أهلا للتعاقد مالم تسلب أهليته بحكم القانون، وتمام الأهلية ببلوغ سن الرشد القانونية 19 سنة ولم يعترض الشخص أهليته عارض من عوارضها كالعته والجنون.

وغاية الأمر في مستلزمات الاتفاق أن يكون هناك **إرادة لها وجود مادي وقانوني**، فالأول : تحقق حياة الشخص ، و تحقق جدارة الإرادة الواقعية في إدراك النافع والضار في كل تصرف مراد إبرامه، أما الثاني فهو وجود قانوني ما يثبت حقيقة أن إرادة الشخص بعد أن أدركت ووعت ، تحركت قصد الاقتران مع إرادة أخرى لأجل الارتباط[10] بمضمون قانوني، فليس كل الاتفاقات تنشئ عقدا، كاتفاق الصداقات والمجاملة والتضامن لا ترقى لمرتبة العقد ولا يمكن تكييفها بالعقد ، الاتفاق المؤهل لتوصيف العقد يجب ان يكون مضمن بخاصية الإلزام [11].

فهذه الإضافة هي التي تجعل الإرادة ذات توصيف خاص تسمى بالإرادة التعاقدية **وهي إرادة مرصودة لإنشاء العقد**، وهي إرادة تتميز عن إرادة الصداقة والمجاملة والتضامن، فهي التي لم **ترصد لغرض خاص** وهو الحصول على اتفاق ملزم، فالقصد هو قوام العقد،

---

[7] . ما يجب تفرقته بين الرضاء والتراضي في كون الأول هو صادر من كل طرف في العقد اما التراضي فهو يعكس تطابق الإرادتين، والرضا غير كافي لانعقاد العقد، أنظر : لحلو خيار غنيمة ، نظرية العقد، بيت الأفكار، ط02، الجزائر، 2021، ص41.

[8] . السنهوري احمد عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج01، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000، ص312.

[9] . القانون رقم 58-75 المؤرخ في26 سبتمبر1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005، المتضمن القانون المدني الجزائري ج. ر العدد: 44

[10] . مصطلح الارتباط هو أدق من التوافق فالأول يفيد اليقين أن الاتفاق المبرم يحمل طابع الإلزام ، أما التوافق فهو بين فرضين : فقد يفيد ارادة التعاقد وقد يفيد عكس ذلك، وترجيح أحد الفرضين أمر في غاية الأهمية لدى القاضي بأن يشدد في التحقق في فرضية قيام عنصر الجدية من عدمها في اتجاه الإرادة إلى انتاج أثر قانوني من عدمها وهذا من خلال فرض واجب الإثبات على من يدعي حصول الاتفاق لأن الإثبات منصب على لإثبات خلاف الثابت أصلا وهو براءة الذمة، وهو التفسير الذي منسجم مع المبدأ، وإلا لماذا شدد المشرع في مسألة مستلزمات شروط الإيجاب؟ أليس لتحقيق غاية وجوب التأكد من قيام السند المؤسس لكل مطالبة قضائية، ثم أن التفسير يقتضى في حالة الشك يفرض أن يفسر لمصلحة المدين طبقا للمادة112 من القانون المدني الجزائري، والأمر منسجم كذلك مع العدالة التي تقضي عدم إجبار شخص للتعاقد نقيض إرادته، مما يجعل التساهل في مسألة جدية الإرادة من عدمها هو حكم مجافي لمقتضى العدالة.

[11] .Ali bencheneb, Le droit algérien des contrats, Donnée fondamentales,3eme Ed, Berti Editions ; Alger ;2021, P 33.

انظر كذلك: جاك غستان، المطول، تكوين العقد، مرجع سابق، ص26.

وهو تجسيد لمبدأ تبعية العقود لمقاصدها [12]، ومؤدى الفكرة أن مقصد العقد هو من يحدد ماهية العقد وطبيعته، وتحقيق ذلك يستوجب أن يتحد القصد وأن يكون مشتركا، فاذا **اختلف** القصد وتباين حول هوية العقد أو مضمونه كان **التطابق مستحيلا**، فالتطابق لا يجب تفسيره بتدليل مجرد بل بمضمونه، وهو تعبير عن مقصد تكوّن لدى الطرفين، قبل التعبير عنه، فالإرادة المتوقفة على محض المشيئة هي إرادة مجردة وغير جدية وإن كانت صادرة من صاحبها إلا أنها غير مرتبطة بقصد الارتباط الفوري أو المستقبلي، كالعقد المعلق على شرط محض إرادة الملتزم فهي إرادة غير جادة [13]، أو كانت إرادة متوقفة على تحفظ ذهني، أو كانت هازلة تفتقد لعنصر القصد المتجه لإحداث قانوني، وتقدير مسألة قيام قصد الإرادة في الاتجاه للارتباط القانوني هي مسألة في غاية الأهمية في حالة الخلاف يتولى استجلاء الشك في توافر هذا العنصر هي من مسائل الموضوع التي يختص بها قضاة الموضوع التي لا يخضع فيها القاضي لتعقيب محكمة القانون (المحكمة العليا)، يستنبطها القاضي من الظروف والملابسات التي أحاطت بالمتعاقدين إن كانت حقيقة ويقينا أن إرادة الطرفين المشتركة اتجهت إلى إحداث أثر قانوني ملزم، وهو الذي ينسجم مع دلالة المادة 54 من القانون المدني التي حددت الفاصلة القانونية بين اتفاق المجاملات واتفاق المعاملات القانونية بأنه " العقد هو اتفاق **يلتزم** بموجبه..."،والعقد بهذا المفهوم هو نتاج إرادة قائمة وواعية ومدركة لا يعتريها مانع مادي وقانوني يحول دون تكوين عقيدتها العقدية والتعبير عنها بوجه يفيد الإلزام، ما يجعل التعاقد المبرم لمصلحة شخص منعدم الإرادة من قبل الغير تصرفا باطلا مالم يكون لمن صدر منه التعبير عن الإرادة سند قانوني يتيح له ذلك كالتعاقد بالنيابة بموجب الوكالة، أو بموجب نيابة قانونية كالتصرف في أموال القاصر الذي يستوجب أن يستصدر إذن من القضاء كما هو مقرر في المادة88 من قانون الاسرة الجزائري على أن " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات الآتية : 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،3-استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو بالاقتراض أو المساهمة في شركة،4-إيجار عقار القاصر لمدة تفوق ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"[14]، وكما أنه من مستلزمات قيامه فإنه يتوجب على الأقل توافر إرادتين أو أكثر وما يشترطه القانون في كل إرادة هو نفس الحكم الذي ينطبق على وجود الإرادة الأخرى لأن غياب عنصر الوعي والإدراك في إرادة واحد [15] يحول دون حصول التراضي وهو الإجراء الضروري الذي يعبر عن تساوي تحقق الشرط في الإرادتين، فالتعاقد مع منعدم الأهلية هو واقعة مادية مجردة من أي أثر، فضلا عن توافر وجود إرادة حقيقية معبر عنها ولا يعتد بعقد مبرم لمصلحة شخص غير موجود كالعقد المبرم مع شخص وهمي، كالاشتراط لمصلحة الغير مستحيل الوجود مستقبلا [16]وهو الأمر الذي يستحيل تحققه كأن يتم التعاقد لمصلحة شخص متوفي أو التعاقد بفرض التزام على شخص غير موجود أصلا أثناء التعاقد وغير محقق الوجود مستقبلا.

---

[12] ..علي فريش المطراوي، تكوين العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الامامي والقانون العراقي، الايراني، المصري، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2019، ص ص48، 49.

[13] . تنص المادة 205 من القانون المدني " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " ، أنظر : علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، ط03، الجزائر، 2013، ص103

[14] . الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11،ج.ر عدد: 15 .

[15] . محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص77

[16] . ومفهوم المخالفة لأحكام المادة 118 من القانون المدني الجزائري على انه" يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة"، أنه في حالة استحالة تحقق شرط وجود الشخص أثناء نشوء العقد، فإنه العقد بأساسه باطلا، كالاشتراط لمصلحة الجنين تم تحقق وفاته قبل نتاج أثر عقد المشارطة مثلا.

الفرع الثاني: الإرادة كعمل قانوني ارتباطا بقاعدة تبعية العقود للمقصود

وتضمين لفكرة تبعية العقد للمقصود، مرتبطة بتحقق عنصر القصد، وانعقاده بتوافر عنصر الاختيار والمشيئة، يحتاج إلى تأصيل هذه الفكرة من حيث المفهوم (أولا)، ثم البرهنة على أهمية القصد الذي يعنى به في إطار العقد هو القصد المشترك، الذي يعوّل في كل عملية قانونية يتولاها القاضي أثناء تدخله في العقد، وبواسطتها يستطيع تحديد الحل الملائم والمنصف، بما يحقق العدالة والانصاف (ثانيا).

أولا- تأصيل الفكرة من حيث المفهوم:

وأهمية هذا التحديد المشدد لمسألة تحقق وجود الإرادة وجودا ماديا منسجم مع قاعدة أن اللجوء للتعاقد هو إنتاج أثر قانوني ، والإرادة المنعدمة لا ترتب إلا العدم، حتى في مسألة المشارطة فما بالك في ترتيب التزام على شخص غير موجود أصلا أو كان منعدم الأهلية بما يجافي مقتضى العدالة التي تفرض أن لا التزام في ذمة شخص لم تنعقد إرادته ولم تشارك في تكوين العقد[17]، ونفس الأمر ينطبق على الشخص الغائب عن مجلس العقد الذي لا يمكن الاعتداد بنفاذ العقد في حقه مالم يكون هناك سند يثبت أن من عبر إرادته وهو الأمر الذي قررته المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قرارتها الصادرة بتاريخ 1987/11/11 بالقول "... ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن التعهد بالبيع تم بدون رضا وموافقة الطاعن وأثناء غيابه، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع خالفوا القانون"[18]، كان يكون عنه نائبا عنه بحكم الاتفاق أو بحكم القانون تفيد أن إرادة الغائب قد انصرفت لإنتاج أثر قانوني، ما يفيد صدقية وقوع عبئ الإثبات على من يدعي خلاف براءة الذمة للغير، فمن يدعي أن الغير ملزم بالتعاقد أن يثبت ذلك انسجاما مع المبدأ المقرر في المادة323 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه"، فالادعاء بقيام العقد هو ادعاء بشغل الذمة ومن يدعي خلاف الثابت أصلا هو من يلقى عليه عبئ الإثبات، أما الادعاء بوجود الإرادة فلا يحتاج إلى إثبات فالقانون يفترض وجودها وصحتها، أما الادعاء خلاف الثابت أصلا وهو عدم وجود الإرادة فهو يحتاج إلى إتيان ما يخالف الثابت، فالمكلف بالإثبات هو المدين بالادعاء أن يثبت خلاف الثابت أصلا وهو عدم وجود القصد لديه أو عدم جديته[19]، وهو الترجمة لقاعدة " ...على المدين إثبات التخلص منه"

وتظهر أهمية التشديد في مسألة وجود الإرادة من الناحية القانونية لاعتبارها إرادة ذات تخصيص محدد وهي الإرادة التعاقدية التي سبق وأن اعتبرناها إرادة خاصة مرصودة[20] لتحقيق هدف معين محدد بدقة من عدة نواحي والذي يستلزم أن ينصب الوعي والإدراك المقترن بعنصر القصد على أن جوهر العملية القانونية المراد إبرامها والتي تتعلق بماهية التصرف المراد إبرامه والذي يفترض أن يتحد القصد المشترك لدى الطرفين حول مضمون العملية القانونية من خلال وضوح ودقة المسائل الجوهرية التي انصب عليها القصد وهو

---

[17] . بما ورد في قرار 586766 المؤرخ في 2010/07/22، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، 2011، ص109 ، نقلا عن : حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة ، طبعة جديدة ومزيدة بأحدث الأحكام، الجزائر، 2014، ص41.

[18] . قرار رقم 51440، المجلة القضائية عدد 01، 1992، ص07 نقلا عن نفس المؤلف، ص39.

[19] . أنظر : عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص75.

[20] . ما يجب التمييز بين الإرادة المرصودة لإنشاء العقد والإرادة المهيأة لإنشاء العقد أن الأولى هي إرادة توافر فيها عنصر الإدراك والوعي والتمييز وتوافر فيها عنصر القصد بإحداث الأثر القانوني ، في حين أن الارادة المهيأة للعقد فهي إرادة تتوافر على عنصر الإدراك والوعي والتمييز إلا أنها غير مرصودة بعد لإنشاء العقد لانعدام عنصر القصد .

المحل، فاختلاف القصد بين الطرفين، كأن يتجه قصد أحدهما لإبرام عملية قانونية جوهرها نقل الملكية بعوض وهو عقد البيع [21]، في حين كانت إرادة الطرف الآخر منصب بتقديرها الخاص بنقل الملكية بدون عوض فهنا لا يمكن اعتبار أن الإرادة **مرصودة** لإنشاء العقد وإنما هي إرادة **مهيأة** بتوافر عنصر الإدراك إلا أنها لم ترصد بعد لإنشاء العقد لتخلف **عنصر القصد**، لأنه بغياب هذا الأخير لا يمكن تحديد هوية العلاقة العقدية، ثم أنه يجب أن يتحد السبب القصدي لدى كل متعاقد من اتجاه قصد كل متعاقد إلى تقديم تنازل معين مرتبط بسب قصدي للمتعاقد الآخر، فسبب التزام المتعاقد (أ) هو سب التزام (ب)، والعكس صحيح بما يفيد أن السبب لا يمكن فصله عن الإرادة والمقصد، فسبب التزام البائع اتجاه المشتري بنقل الملكية يتعلق بالتزام هذا الأخير بدفع الثمن النقدي، وسبب المتبرع في عقود التبرع هو نية ومقصد التبرع، فهذا يترجم لقاعدة قيام العقد على القصد وتبعيته له وبهذا التحديد التجريدي الموضوعي يمكن القول أن نظرية السبب تحقق اكتفاء في البرهنة على أن السبب عنصر من عناصر الإرادة، ما دام أن القصد لا يمكن أن يكون مجردا، والسبب إجراء يفسر بمضمونه لا بدلالته الشكلية، بأنه تعبير على أن الإرادة المرصودة لإنشاء العقد هي الإرادة التي يتوافر فيها عنصر العلم والقصد الذي يتم عن طريق إجراء السبب.

ثانيا- تأصيل الفكرة من حيث الأهمية والوظيفة :

-كما تظهر **أهمية القصد في عملية التفسير** للعقد الذي يتولاه القاضي بمحاولته استجلاء الحقيقة من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أثناء إعماله **للمقاربة** بين اللفظ الغامض والحقيقة التي لا يجب أن لا تجانب القصد المشترك للطرفين، والقاضي لا يحل محل الإرادة وإنما يقوم بتجاوز المعنى اللفظي الغامض ليس لكونه غامضا في لحن خطابه فحسب، وإنما في فحواه و معناه لكونه لا يعبر عن القصد الحقيقي المشترك للمتعاقدين، ومحددات التفسير تفرض على القاضي ضوابط بعدم جواز تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة ، إلا أنه في بعض الحالات لا تكون عبارات العقد غير متقاربة مع المعنى الحقيقي الذي قصداه المتعاقدين وإن كانت واضحة ، ومع ذلك يقع لزوما على القاضي الاحتكام لقاعدة أن العبرة في العقود بمقاصدها ومعانيها لا بألفاظها ومبانيها، مما يجعل القصد شرط جوهري وأساسي لقوامة العقد، فالتفسير يتعلق بتحقيق نتيجة محددة وهو الكشف عن المقصد والنية المشتركة للمتعاقدين[22]، وفي حالة عجز القاضي عن الوصول للنية المشتركة للمتعاقدين فإنه يحتكم لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، ومؤدى الفكرة أن لا يفسر الشك للإضرار بمصلحة المدين[23]، و بإسقاط القاعدة على تفسير الشك في قيام العقد من عدمه لمصلحة المدين بالادعاء، وهو الذي يلقى عليه الالتزام انسجاما مع قاعدة براءة الذمة [24]، وإذا أثير شك حول قيام العقد من عدمه بعجز الدائن عن إثبات وجود العقد فإنه لا يمكن أن يلتجئ القاضي لتفسير قصد الطرفين إضرار بمصلحة المدين بالادعاء، ويبني حكمه على قيام العقد

---

[21] . جوهر العملية القانونية في عقد البيع هو نقل الملكية بثمن نقدي وهو الذي يميزه عن عقد المقايضة التي تتحدد معها في الوصف بانها من العقود الناقلة للملكية ومن عقود المعاوضة، وبمقابل ما يميزه عن عقد الهبة التي يتمثل فيه جوهر العملية القانونية فيه هو تمليك بدون عوض وفقا للمادة 201 من قانون الاسرة الجزائري، أما عقد البيع فجوهر العملية القانونية فيه هو نقل الملكية بمقابل وهو المقرر في المادة 351 من القانون المدني بتعريفها لعقد البيع بأنه " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

[22] . تنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري" إذا كانت عبارة العقد واضح فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"

[23] . تنص المادة 112 من القانون المدني " يؤول الشك لمصلحة المدين ..."

[24] . بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، ج2، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015،2016 ، ص764.

عن طريق إعمال التفسير نقيض مقصد أحد الطرفين، فيكون بذلك حكمه مجافي لمنطق العدالة والإنصاف، فضلا عن كون التفسير لا يمكن اتخاذه مطية للتطاول على مقصد المتعاقدين إلى حد تعديل العقد[25] دون موجب، فهو يمارس وفق حدود الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وليس نقضها أو تشويهها، بما يهدد السلامة القانونية للعقد.

كما تتجلى أهمية **القصد المشترك** كذلك كقوام العقد أثناء **إعمال القاضي لجزاء الانتقاص والتحويل للعقد** كبدائل متاحة قصد تلافي تهديم العقود بالخصوص ما إذا ما تأكد للقاضي مثلا في إعمال الانتقاص للعقد أثناء قيامه واحتواءه على شرط لا يستوعبه العقد، ولم يكون للمتعاقدين تقدير قصدي مشترك أن العقد غير قابل للانقسام بموجب الاتفاق[26]،فإذا تبين خلاف ذلك أن العقد لا تقوم له قائمة بدون الشق الذي يعتريه شرط الصحة إما للبطلان أو قابليته للإبطال فإن الجزاء الطبيعي هو تقرير إبطال العقد وهو المقرر في المادة104 من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"، فالرجوع إلى موجبات البطلان للعقد نجد أن هذا الأثر مرتبط بالإرادة التي هي أساس العقد، وبالسبب القصدي الذي انعقدت عليه الإرادة، وبمضمون ومحل العقد والالتزام، وما دام أن المضمون التعاقدي عنصر من عناصر الإرادة فيتقرر بذلك بطلان العقد، وهذا إن دل على شيء إنما يدل كمبدأ عام أن البطلان يرتب سواء كان مطلقا أو نسبيا في مادة العقد مرتبط بشروط صحة العقد، وما دام أن المشرع قرر أن الانتقاص وهو الذي يفيد بالأساس استبعاد الجزء أو الشرط الذي لم يستوعبه العقد ولم يكون من مقتضيات قيام العقد وصحته المرتبط أساسا بخاصية كون العقد كعمل مشيئة والذي ينسجم مع روح المادة 236-الفقرة 02 من القانون المدني، وإن كان الانتقاص كما أعتبره المشرع إبطال جزئي هو مصطلح تنقصه الدقة لاعتبار أن البطلان بوجه عام لا يستوعب التجزئة لكون أثره الطبيعي هو إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، على خلاف الانتقاص فهدفه هو الإبقاء على العقد مع تهديم الأثر الجزئي للشرط أو الجزء الذي لم يستوعبه العقد عن طريق ترتيب جزاء الاستبعاد.

كما تتجلى أهمية فكرة جوهرية **تبعية العقد للمقصود** في تفعيل **جزاء التحويل** للعقد من خلال إعمال الإرادة المحتملة للمتعاقدين وحلولها محل الإرادة المعبر عنها الظاهرة التي اتجهت عن سوء تقدير إلى إبرام عقد باطل، وكانت إرادتهما المحتملة متجهة لإبرام عقد آخر غير ذلك العقد الذي عبرت عنه إرادة الطرفين، تؤكد أن العبرة بالقصد المحتمل الذي ارتبط بعقد أخر يتوافق مع ما يقرره القانون، وهو القصد الحقيقي الذي اتجهت بموجبه إلى إبرام عقد آخر استوفى الشروط التي تنطبق مع ما يفرضه القانون، فالتحويل هو عبارة عن صورة من صور التكييف الذي يجسد فكرة أن **العبرة بالتكييف القانوني وليس بالتكييف الذي يضفيه المتعاقدين**، والتكييف هنا منصب على العقد عن طريق إعمال التفسير للكشف عن القصد الحقيقي المنسجم مع أحكام المادة 105 من القانون المدني[27] التي تشترط ما يلي : تحقق بطلان التكييف الذي أضفاه المتعاقدين وليس بطلان العقد كما يفهم من الدلالة الاصطلاحية لنص المادة 105 لكون البطلان لا يستوعب فكرة التحويل والتصحيح وهو الأمر الذي لا ينسجم مع فكرة القول أنه إذا كان العقد

---

[25] . بلحاج العربي، مرجع سابق، ص746.

[26] . تنص المادة 236 من القانون المدني " لا يقبل الالتزام الانقسام:. إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهما إلى ذلك"

[27] . تنص المادة 105 من القانون المدني الجزائري "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت فيه أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"

باطلا وتوافرت فيه شروط عقد آخر[28]، هو بالحقيقة مرتبط بفكرة التكييف الذي أضفاه المتعاقدين يتنافى والقصد الحقيقي لهما ، مما يستوجب تفسير النصوص بفحواها بما ينسجم ومقتضى المادة 01 من القانون المدني، وتوافر شروط قيام عقد آخر وهي مسألة مرتبطة بالتفسير المنوط للقاضي لكون التفسير مسألة تهيمن على كل العمليات التقديرية للقاضي الناظر في مادة منازعات العقد[29]، فعملية استجلاء مدى توافر شروط العقد الآخر هي عملية قانونية تتعلق بالبحث عن الوصف القانوني الذي ينطبق على الواقعة المطلوب استجلاءها وبه يخضع القاضي في ذلك لتعقيب المحكمة العليا لأن ذلك في دائرة التكييف القانوني[30]، وتوافر قيام القصد المشترك الذي يفسر باتجاه الطرفين للارتباط بعقد غير ذلك العقد الذي كان تكييفه باطلا، ومسألة استجلاء القصد المشترك للمتعاقدين فهي من مسائل الواقع التي تستخلص من وقائع وأوراق الدعوى ما يجعل سلطة القاضي لا تخضع لرقابة القانون.[31].

-أما فيما يتعلق المصطلح المتعلق بالفرض المنصوص عليه في المادة 105 من القانون المدني " أو إذا كان قابلا للإبطال"، فالمعروف أن العقد القابل للإبطال من العقود التي يمكن تصحيحها والتي يمكن تحويل وصفها بإجازة قضائية بحكم القانون، فلا يمكن إعادة تكييف عقد باطل ، وأما العقد القابل للإبطال فيمكن إعادة تكييفه والتكييف بقوة القانون، أبعد من التصحيح فهي ملكة تقديرية للقاضي الذي يهدف إلى معالجة الوضعية الأصلية للمتعاقدين ومضمون العقد كما هو في عيب الغبن الاستغلالي، والتدليس والغلط[32]، وما يرجح فكرة أن التحويل هو عبارة عن تكييف، كإعادة تكييف تصرف مريض مرض الموت بحكم المادة 776 من القانون المدني " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية " وكما هو الحال فيما هو مقرر في المادة204 من قانون الأسرة " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية" ، والحال هنا وإن كان الظاهر يفيد أن الجزاء الذي قرره القانون لا يتعلق بالقصد المشترك للمتعاقدين أو أحدهما ، إلا أن الأمر ليس كذلك لأن العبرة ليست في القصد ذاته وانما في قيمته القانونية وجودته فما إذا كان يتوافق مع الصحيح والمشروع، إذ أنه إلى جانب توافر قيام الإرادة على قصد إلا أن فاعلية هذا القصد بما يتوافق ما يفرضه القانون، وهو الأمر الذي المقرر في المادة 59 من القانون المدني "... دون الإخلال بالنصوص القانونية"، و المادة 77 من القانون المدني فما يتعلق بتعاقد الشخص مع نفسه، والمادة 97 من القانون المدني فيما يتعلق بمشروعية سبب التعاقد، ومشروعية المحل بما هو مقرر في المادتين 92، 93 من القانون نفسه... هلم جرا، والذي ترجمته المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ1983/02/16 بأنه " متى أوجب

---

[28] . تنص المادة102 من القانون المدني "... ولا يزول البطلان بالإجازة..."، سواء كانت إجازة من قبل صاحب المصلحة، أو كانت إجازة اتفاقية أو قضائية بموجب حكم قضائي.

[29] . وبهذا المعنى أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع سابق، ص277.

[30] . وبهذا المعنى أنظر : علي فيلالي، الالتزامات، المرجع سابق، ص ص421،420، أنظر كذلك بلحاج العربي، المرجع سابق، ص 765،وما يليها.

[31] . بلحاج العربي، مرجع سابق، ص768، أنظر كذلك: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات2016 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2022، ص260.

[32] . الفرق بين التصحيح والتحويل، أن التصحيح يتعلق بتحقيق غاية بقاء العقد الأول مع تصحيحه، فالقاضي يعمل جزاء الإبقاء، في حين أن التحويل يفترض وجود عقد باطل عبرت عنه إرادة الطرفين أو قابل للإبطال، فيقوم القاضي بتهديم العقد الباطل أو القابل للإبطال فيحل محله عقدا آخر متى توافرت فيه شروط كان المتعاقدين قد اتجهت نيتهما المحتملة لإبرامه، فالقاضي بالتحويل انشئ مركزا قانونيا جديدا ناتج عن واقعة بطلان العقد الأولي وتوافرت في تلك الواقعة المادية شروط عقد جديد اتجه مقصد الطرفين لإبرامه، أما في التصحيح فلا يوجد إلا عقد واحد قابل للإبطال ولم تتوافر فيه شروط تحويل العقد، ثم أن التحويل يتعلق بعمل قانوني يخضع فيه القاضي إلى تعقيب المحكمة العليا، أما تصحيح العقد هو من صميم السلطة التقديرية لقضاة العقد أين تمنح سلطة الملائمة للقاضي للموازنة بين الإبقاء على العقد، أو إبطاله وفقا لما تفرضه قواعد العدالة والإنصاف.

القانون في الالتزام التعاقدي مشروعية المحل اعتبر محظورا كل اتفاق مخالف لذلك، وكان من أثر البطلان المترتب، إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد"[33]، وكذلك نفس الأمر بالنسبة للسبب كان للمحكمة العليا الجزائرية الصادرة بتاريخ 1984/04/12[34] .

وكما تتجلى **أهمية القصد المشترك في تقنية التكميل** الذي يعبر عنه بالتدليل الفقهي الاصطلاحي بأنه عبارة عن عملية تفسير للإرادة تتم عن طريق التنقيب عن الإرادة الحقيقية لأجل الكشف عنها في الحالات التي تكون الإرادة التعاقدية قد انعقدت على المسائل الجوهرية، إلا أنها تغاضت عن المسائل التفصيلية سواء عن عمد أو سهوا ولم يكون هذا الإغفال جوهريا و له تأثير على قيام العقد، سميت بتكميلية لأنها تكمل ما هو مسكوت عنه عقدا، فوظيفة التكميل لا تقوم إلا إذا قام القصد على المسائل الجوهرية على العقد وهو الأمر المنصوص عليه في المادة65 من القانون المدني الجزائري "إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية .."[35] ، مما يفيد أن سلطة التكميل لا تنعقد مالم يتحقق مقصد الطرفان بانعقاد إرادتهما على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه[36]، ثم أنه بمفهوم المخالفة نجد أن القاضي لا يحل محل إرادة الطرفين في انعقاد العقد، فانعدام الاتفاق يفيد عدم حصول القصد وتحققه، مما يجعل عملية التكميل مفتقدة لشرط المصلحة، وبانعدام القصد وعدم تحققه بالتراضي لا يجعل للقاضي سلطة تقرير وجود عقد لم يتحقق فيه عنصر القصد، مما يجعل وسيلة التكميل تفترض قيام العقد، ثم أن التكميل لا تقوم له قائمة إلا في المسائل التفصيلية التي لم يجعلها المتعاقدين جوهرية، وإذا ما كانت هذه المسائل التفصيلية بتقدير القصد المشترك للطرفين بأن العقد لا يقوم بدونها لن يتمكن القاضي تكميل العقد في مسائل اعتبرها الطرفان جوهرية بما اتجه إليه قصدهما المشترك وهو الأمر الذي قرره المشرع الجزائري في المادة 65 "... ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد منبرم..." فالتكميل هو عبارة عن ترشيد للإرادة التعاقدية وتأهيل للعقد ليكون قابلا للتنفيذ[37]، مما يجعله يختلف عن التقنيات القضائية الأخرى لاسيما التصحيح الذي يعد تقويم للإرادة التعاقدية، وهي وسيلة إنقاذ قبلية وتجسيدا لوظيفة الإبقاء على العقد ما أمكن، أما التكميل بدلالته المعيارية فإنه تعبير عن جدارة اعتراف من القانون للإرادة، فهي وسيلة تعزيزية لمضمون ما انعقدت عليه الإرادة، أما التصحيح وهو إعادة الإرادة إلى سكة القانون لكي تنال جدارة احترام، وإن كان لها جدارة اعتراف إلا أن ذلك لن يكون إلا في حدود الصحيح والمسموح به قانونا.

وبعد تحديد وبيان الإرادة كعمل قانوني ارتباطا بالقصد، إلا أن هذا الأخير لا يمكن أن يكون له وجود بدون أن يتم ترجمته في مستند عن طريق تقنية التراضي وهو الذي نتناوله في المطلب الثاني:

المطلب الثاني:التراضي تعبير عن اكتمال العمل القانوني

ما يجب الوقوف عنده هو مفهوم للتراضي كإجراء يحمل عدة دلالات في قانون العقد انطلاقا من دلالته الاصطلاحية (الفرع الأول) للوصول لاستنتاج أهميته الوظيفية في قانون العقد (الفرع الثاني)

---

[33] .قرار رقم: 30072المؤرخ في 1983/02/16، المجلة القضائية،العدد02، ص37، نقلا عن : حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص48.

[34] . قرار رقم : 43098المؤرخ في 1987/04/12، المجلة القضائية، العدد04، ص85 ، نقلا عن : نفس المؤلف، ص50.

[35] . كان المشرع الجزائري دقيقا في نص المادة 65 في تقريره لموجبات التكميل حينما فرض على القاضي التحقق بتوافر شرط الانعقاد وهو تحقق المقصد بتطابق إرادة الطرفان على المسائل الجوهرية المحددة لهوية العملية القانونية، ولذلك أطلق عليهما مصطلح الطرفان، مما يؤكد على اشتراط المشرع تحقق القصد لكي ينعقد للقاضي سلطته على العقد بتكميله .

[36] . وبهذا المعنى أنظر: خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص17

[37] . هناك مسألتين ضروريتين في العقد منها : الضرورية لانعقاده وقيامه، والضرورية لتنفيذه وتحقيق غاية التعاقد، فالمسائل التفصيلية ضرورية لتحقيق غاية التعاقد وهو تأهيل العقد للتنفيذ، وبهذا المعنى أنظر: خالد عبد حسين الحديثي، مرجع سابق، ص ص32،31.

الفرع الأول: الابستمولوجيا النظرية للتراضي في العقد

ما لا يقع فيه خلاف في تعريف التراضي فقها والذي لا يمكن أن يكون معناه خارج الوظيفة التي يحققها في التأسيس لمشروعية العقد وصحته، والإحاطة بمفهومه ومعناه، يجب تسليط الضوء على تدليله الشكلي والإجرائي، انطلاقا من المعلوم في الفقه والقانون.

فما هو متفق عليه فقها بأن التراضي بتدليل إجرائي بأنه عبارة عن تبادل إرادتين أو أكثر التعبير مقترن بهدف محدد وهو إنشاء أثر قانوني، والمتمثل في إنشاء التزام، أو تعديله، أو نقله أو إنهاءه[38]،ومؤدى الفكرة من حيث الشكل أنه ثمة تبادل لفظي سواء شفاهه أو كتابة أو بإشارة متداولة عرفا تدل دلالة قطعية على تعبير محدد، أو باتخاذ موقف لا يدع الشك في الدلالة موقف من صدر منه التعبير موجه لشخص محدد بذاته، وبصفته، وهو ما يطلق عليه بالتعبير وهو عبارة عن إفصاح وإعلان عن مشيئة خاصة مرتبطة بتحقيق غاية محددة، إذ ليس كل تعبير وصيغة تدل على مشيئة التعاقد، والطبيعة الخاصة في التعبير عن الرضاء هو الذي تتوافر فيه الشروط التي يستلزمها القانون، للفصل بين الإرادة المجردة وبين الإرادة المرصودة لإنشاء العقد[39]، فالتعبير هو عبارة عن إعلان جاد معبر عن المقصد المشترك للطرفين الذي يتم بصيغة الإيجاب المرتبط بتحقيق غاية وهو الحصول رضاء آخر عن طريق إجراء القبول، وبتدليل اصطلاحي لانعقاد العقد بمفهوم المادة59 من القانون المدني الجزائري بأنه " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وبتفسير النص بفحواه نجد أن قيام العقد لا يمكن أن يتم بإجراءين أحدهما يمثل أساس الإجراء الذي يليه:

-إجراء تبادل التعبير عن إرادتين ،عن طريق صيغة الإيجاب والقبول، فليس كل إيجاب يعبر عن مقصد التعاقد مالم يكون الإيجاب صريحا بمسلك التصريح الجاد والبات والمرتبط بنتيجة محددة وهو الحصول على قبول مطابق له، ما يميز بين الإيجاب المفضي للتعاقد، وبين الإيجاب الذي يمثل دعوة للتفاوض، وتقدير ذلك من المسائل الصعبة التي يجب الوقوف عندها، لاسيما الفصل بين المرحلة السابقة للتعاقد والتي تتمثل في العرض الموجه قصد الدخول في المفاوضات، فالإيجاب وباعتباره هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد، فإذا ما كان العرض مكتمل الشروط والأوصاف ومرتبط بمضمون تحددت معالمه الجوهرية المحددة لهوية العلاقة العقدية المراد إبرامها كان إيجابا [40]مرتبط بنتيجة محددة وهو الحصول على رضاء الطرف الآخر، وانتفاء ذلك أعتبر الطرفان في مرحلة المفاوضات.[41]، وغاية الأمر في مسألة التقدير لطبيعة العرض إن كان إيجابا مرتبط بالتعاقد أو كان العرض قصد الحصول على إيجاب هو استجلاء المعالم القانونية التي يجب تطبيقها في أية منازعة تطرأ حول هذه المرحلة الحساسة ولصعوبة المعيار وعدم دقته، والتي تتراوح في التثبت حول طبيعة العلاقة التي كانا فيها الطرفان، وجواب ذلك هو التحقق من طبيعة العرض الذي قدمه أحد الأطراف هل هو مرتبط بمرحلة تكوين العقيدة العقدية المتوجة بحصول إيجاب؟ أم أن العرض كان بوصفه يحمل قصد الحصول على قبول؟ فبين التساؤلين ما هو المطلوب؟ وتقدير ذلك أمر في غاية الصعوبة لارتباطه بقيام العقد من عدمه، فقيامه يفوض لمن له مصلحة امتلاك سند المطالبة بحقه، وانعدامه بما يفيد إتاحة الفرصة لكل طرف الانسحاب والعدول دون أي تكلفة.[42]، وإن كان الإيجاب مرتبط بمدة وإن كان من حيث

---

[38] . محمد صبري السعدي، الواضح، مرجع سابق، ص 78

[39] . جاك غستان، المطول، تكوين العقد، مرجع سابق، ص386.

[40] . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص103.

[41] . وبهذا المعنى أنظر: بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر،2019، ص30.

[42] . وبهذا المعنى أنظر : بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص34، أنظر كذلك : خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر،2010، ص42.

الأساس غير ملزم للموجب بحكم المادة 64 من القانون المدني الجزائري بحق الموجب التحلل من إيجابه إذا صدر في مجلس العقد ولم يعين أجل للقبول إلا إذا كان هناك عنصر إضافي لحق بوصف الإيجاب، وجعله ملزما بموجب الاتفاق كأن يرتبط بمدة فإنه لا يجوز الرجوع عنه دون أي تكلفة، وهو المقرر في المادة63 من القانون المدني الجزائري، فالإيجاب بذاته غير ملزم ما لم يقترن بعنصر إضافي رتبته إرادة الموجب، ويكون بذلك التزام الموجب بمحض إرادته بالبقاء على إيجابه إلى غاية تحقق ذلك الشرط الإضافي سواء كان محقق الوقوع وهو المدة، أو غير محقق الوقوع والمتمثل في إبداء الرغبة في التعاقد، ما يجعل الرجوع ذي تكلفة قانونية أساسه الإرادة المنفردة للموجب، وليس كما يعتبره الفقه أنه التكلفة قائمة على أساس العقد الضمني أو المسؤولية التقصيرية[43].

-أما العنصر الثاني في الصيغة فهو الذي يتمثل في القبول الذي له دلالة شكلية محددة تتعلق بفرضين : الأول متعلق بتحقق قيام الإيجاب بالوصف المحدد قانونا لكي يعتد بفعاليته بكونه إيجاب مرتبط بمقصد الارتباط القانوني الذي يتحقق عن طريق الحصول على قبول بات مطابق له [44]، فالقبول بالوصف القانوني الأدق هو تعبير عن مصادقة للعرض الموجه إليه الإيجاب بإبداء رضاء مطابق لمضمون الإيجاب القائم[45]، ومن مستلزمات اعتبار الرد قبولا أن يكون هناك تعبير صريح عن الإيجاب وإلا اعتبر بحكم السكوت الذي لا يفيد أي قول أو موقف[46]، فسكوت الطرف الآخر وإمساكه عن التعبير عن إيجابه لا يجعل رد الطرف الآخر قبولا، وإنما هو إيجاب يحتاج لقبول مصادق عليه وإلا تم اعتبار القبول غير المطابق للإيجاب ، إيجابا جديدا وهو الذي ينسجم مع أحكام المادة66 من القانون المدني التي تنص على أن " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب، إلا إيجابا جديدا" ، فالقبول من حيث زمن وقوعه متفاوت في القيام مع الإيجاب، فلا يمكن تصور قيام القبول والإيجاب غير قائم، ولا يمكن تصور تحقق وصف القبول في الرد مالم يكون متطابقا مع الإيجاب تطابقا تاما[47]، وهو الأمر الذي يتطابق مع روح المادة59 من القانون المدني الجزائري.

-تحقق شرط التطابق من المسائل الجوهرية التي لا يجب تفسيرها بدلالة شكلية محضة، فالتطابق لغة هو " تطابق وهو فعل، تطابق ، يتطابق، تطابقا، فهو متطابق، تطابقت الخطوط أي تماثلت وتساوت... ، تطابقت الآراء أي توافقت، ... تطابقا في رأيهم أي توافقا"[48]، فتطابق القبول مع الإيجاب، وليس تطابق الإيجاب مع القبول، لأن التطابق يرد على العرض السابق والقائم، فعدم قيام الأول لا يستقيم قيام الثاني من حيث الشكل ،فالإيجاب والقبول يتحقق التقابل، تقابل إرادتين، والتقابل يفيد تبادل التعبير، وبحصول التقابل والتبادل يحصل التطابق، أما من حيث الموضوع فإن التطابق يفيد اتحاد السبب والمصلحة في الواقعة التي تم تبادل الإيجاب والقبول، مما يستلزم أن يكون تطابق الإيجاب والقبول حول نفس السبب القصدي، وجوهر العملية القانونية، ومحل الالتزام[49]، والذي يعبر عنه بالتطابق التام دون تحفظات أو تطابق مبدئي، وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قراراتها الصادرة

---

43 . يعتبر الاستاذ محمد صبري السعدي أن أساس الإيجاب الملزم هو الإرادة المنفردة وهو الرأي الذي نميل إليه، والذي ينسجم مع قواعد العدالة والإنصاف ولمبدأ أن الإرادة لا تلتزم باي التزام مالم يقترن قصدها واتجه الى الزام نفسها بنفسها، أنظر : محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص107.

44 . وبهذا المعنى : أنظر محمد صبري السعدي، الواضح، مرجع سابق، ص104.

45 . القبول الصادر بعد سقوط الإيجاب لا أثر له، ولا يمكن اعتباره إيجابا مالم يتصل بعلم الموجب الذي تحلل عن ايجابه، لأنه من شروط الإيجاب كذلك أن يتصل بعلم من وجه إليه بتحقق عنصر الإعلام ، أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 96، 97، 111.

46 . نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص99.

47 . خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص43.

48 . https://www.almaany.com/، معجم المعاني الجامع، معجم عربي ، 2010،2023، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/01/05.

49 . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص120.

بتاريخ 2008/04/23 بأن " الإرسالية الموجهة من البنك إلى الزبون المتضمنة الموافقة المبدئية على منح القرض لا تنشئ التزاما تعاقديا يستوجب الوفاء به"[50].

بهذا التدليل الشكلي يمكن اعتبار عنصر التراضي هو تعبير عن اكتمال عناصر العمل القانوني وهو الإرادة التي أصبحت إرادة توصيف تعاقدي، بعد أن كانت **مهيأة** بتحقق عنصر الإدراك والوعي، وأصبحت **مرصودة لإنشاء العقد** بعد أن تحقق عنصر القصد، وتحولت إلى **إرادة تعاقدية** بعد تحقق عنصر التراضي.

فالتراضي بهذا التدليل يمكن توصيفه بتلك العربة القانونية التي نقلت الإرادة من عالم الواقع إلى عالم القانون، وبواسطته يتحقق للإرادة وجود قانوني في العقد، وأصبحت ذات كفاءة وفعالية وذات قيمة قانونية، وبه تنعقد الشخصية القانونية للعقد ؛ومن هنا يجب تحديد أهمية التراضي ووظيفته :

الفرع الثاني: الدلالة الوظيفية للتراضي في قانون العقد

وكما كان العقد عمل مشيئة وقصد، فإن هذه الحقيقة النفسية التي أدركت هذه الإرادة وتكوّنت لديها ماهية العقد ومضمونه ونطاقه، فإن هذا القصد وإن كان القانون لا يعترف بدون أن يكون لها مظهر خارجي، وإن كان القصد يمثل عنوان الجدارة الواقعية للإرادة ، فإن التراضي يعبر عن اكتمال الإرادة كعمل قانوني، وبوظيفته هذه يحقق الجدارة القانونية للإرادة وفعاليتها في تحويل العقد إلى منفعة، وهو بهذا التوصيف أي -التراضي-هو وسيلة تحويل المدخلات العقدية إلى مخرجات، فالتراضي في العقد يؤسس لقاعدة الخضوع المشروع للعقد[51]، ودلالته الوظيفية في قانون العقد تؤكد على أهميته الجوهرية بما يتضمنه هذا المصطلح من دلالات وظيفية تتمثل في جعل :

-أولا – التراضي تدليل على عدم قابلية الإرادة للتجزئة كعمل قانوني:

ما يجب الوقوف عنده أن هناك حقيقتين في عالم العقد، حقيقية باطنية كامنة في النفس، وحقيقة ظاهرة تم التعبير عنها، فبين ما هو معبر عنه عن طريق صيغة الإيجاب والقبول، وبين ما هو كامن في النفس والذي يمثل المشيئة والمقصد، لا يمكن أن تنفصم العلاقة الوظيفية والتناغمية بينهما، مما يجب أن تستجلى هذه التناغمية والتكاملية بين عنصر الإرادة وبين التراضي، بين المصدر والتقنية، بين الصناعة والصياغة، هذه الوظيفة لن تتحقق بدون إعمال مقاربة بينهما، وهي تدور بين فرضيتين : الأولى هي مقاربة لفظ مع معنى ، و الثانية هي مقاربة معنى مع لفظ، فبين دفتي الفرضيتين تظهر تجليات التجاذب الفكري بين من يعمل الترجيح لفكرة على أخرى، كل له اعتباراته وحججه وبراهينه، والحقيقة الخفية والمجهولة التي يتطلب استجلاءها في مرحلة تكوين العقد هو التنقيب حول حصول التطابق بين الإرادة الظاهرة والباطنة بما يفيد حصول التراضي التام وقيامه قياما صحيحا، من عدمه،:يتعلق بقيام العقد من عدمه ، ومقتضى اختبار هذه الفرضية يتطلب البحث في جزئية أعمق منها تتمثل في التثبت في مدى حصول تطابق بين ما كونته الإرادة وبينما صاغته عن طريق تقنية الرضا، ما يؤدي إلى التحقيق في فرضية مدى تحقق التطابق بين ما أدركته الإرادة وبين ما قصدته، ومن عمق هذه الفرضيات تتأكد لنا بعد الملاحظة أن الإرادة بمثابة عمل قانوني غير قابل للتجزئة، فلا يمكن تقدير جودتها وفعاليتها إلا بتحقق العناصر المكونة لها، فلا يمكن الحديث عن إرادة تعاقدية مالم يتم التعبير عنها، ولا يمكن الحديث عن وجود تراضي بدون أساسه وهو توافر عنصر العلم والقصد، فالتراضي هو تعبير عن المشيئة لكون الإرادة عمل مشيئة يتكون من عنصر نفسي

---

[50] . قرار رقم 407925 المؤرخ في042008/23، مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2009، ص 121، نقلا عن: حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص41.

[51] . وهو الوصف الذي استنتجناه من قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" والذي يشترط أن يكون ينعقد انعقادا صحيحا، ارتقى إلى مرتبة القانون، فالعقد لا يكون ملزما إلا إذا كان صحيحا.

وهي الإرادة الداخلية، وعنصر إظهار الإرادة وهي الإرادة المعلنة[52]، وإن كان الأساس أن التعبير الظاهر هو التعبير عن القصد والمشيئة كقرينة يجب الوقوف عند حقيقتها القانونية، بأن ما هو معبر عنه فهو حقيقي بحسب نظرية الإرادة الظاهرة، التي تعتد بذات اللفظ بأنه هو المعنى ، وهو الحقيقة ، أما نظرية الإرادة الباطنة فتأسيسها على أن تم التعبير عنه هو الذي يمثل قرينة مطابقته مع الإرادة الحقيقية الباطنة، ليس على أساس أن العبرة باللفظ ذاته، بل بمعناه الذي انصرف إلى التعبير عن الإرادة الحقيقية الكامنة في النفس، فالعبرة بتطابق اللفظ معنا مع القصد الحقيقي، فالعبرة في العقود بمقاصدها ومعانيها، ما يجعل العبرة في اللفظ ليس بدلالته المجردة بل بمعناه المتطابق مع المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين أو بالقدر الذي تطابق مع المعنى الحقيقي، وإن كان هناك مفارقة بين ما هو لفظي وما هو حقيقي، كانت الحاجة للخروج عن هذه القرينة حتى ولو كان اللفظ بذاته واضحا إلا أن قيمته القانونية اختلت واصبح اللفظ مجرد من معنى ، ما يجعل فرضية الاستغناء عن لحن الخطاب والرجوع للإرادة الكامنة في النفس[53]، وبين الرأيين تتجلى مظاهر التباين بين التشريعات في من تبنى نظرية الدلالة اللفظية بمبرر أنها تنسجم ومبدأ الثقة المشروعة والأمن القانوني، ومن تبنى نظرية الدلالة القصدية استنادا على اعتبارات مبدأ سلطان الإرادة التي تفرض بأن الإرادة هي أساس العقد.

.وأهمية هذا التجاذب بين هاذين الرأيين يؤكد على أهمية الإرادة في العقد وخاصيته غير القابلة للتجزئة، وللخروج بقراءة تركيبية تتطلب الموضوعية أن الأخذ بأحدهما على حساب الأخرى تعتبر فكرة لا يمكن أن يستوعبها هذا العمل القانوني وهو الأمر الذي يفرض رأيا جامعا بين الإرادتين يتمثل في الجمع بينهما بصيغة الإرادة القانونية [54]وهي عملية مقاربة واقعية بين الإرادتين وإن كانت هذه الإرادة مفترضة ذات صنيعة قضائية يستنبطها القاضي وبذلك يؤسس حكمه على ما استخلصه من وقائع الدعوى وسنداتها، وهذه الإرادة التي يصيغها القاضي هي إرادة مفترضة للمتعاقدين ، وهي ليست من صنع القاضي الذي يقتصر دوره في الكشف وصياغة تلك الارادة المنفردة عكس ما يعتبره البعض بأنها من صنع القاضي[55]،لذلك فلا يمكن الحديث عن فعالية التراضي كإجراء نوعي بأن يفسر بدلالته الشكلية المحضة، دون الأخذ بمضمونه وجوهره، وإن كان التراضي إجراء نوعي يمثل إعلان مشترك للقصد المشترك للطرفين، إلا أن هذا الإعلان غير كافي ما لم يكون تعبيرا متطابقا مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، و من مستلزمات ذلك أن يكون التراضي صادر عن إرادة واعية ومستنيرة وحرة، ومؤدى الفكرة أن لا يتقرر إلزام شخص لم تتجه إرادته إلى التعاقد، وتجسيد الفكرة أن التعاقد من ذي إرادة غير واعية ومدركة تحول دون انعقاد العقد لانعدام عنصر العلم، وأن لا يجبر شخص على التعاقد لأن أساس العقد هو الإرادة والمشيئة التي هي نقيض الإجبار والإكراه المادي الذي يحول دون تطابق إرادة الطرفين ، لأن العقد يقوم على الإرادة المشتركة، ومقتضى أن يتحقق القصد والاختيار والرضاء في كلتا الإرادتين، هذا الرأي الذي استقر الفقه الإسلامي [56]والذي نرى بأنه يحقق الكفاية الموضوعية للتأكيد على فكرة بأن **الإرادة عمل قانوني غير قابل للتجزئة**، وبتحقق اكتمال الإرادة كعمل قانوني يتقرر انعقاد ميلاد الشخصية القانونية للعقد، إلا أن ذلك يستلزم إلى جانب انعقاد الإرادة التعاقدية، أن تكون لها مستلزمات

---

[52] . جاك غستان، مرجع سابق، ص 20.

[53]. وبهذا المعنى أنظر: نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص108 وما يليها. ارجع ذلك : عبدالفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص94 و ما يليها.

[54] . علي فريش المطراوي، مرجع سابق، ص57.

[55] . نفس المؤلف، الصفحة ذاتها.

[56] . كان لبعض فقهاء الاسلام تحليل رائع كما قدره الاستاذ القدير: عبدالفتاح عبد الباقي في مؤلفه في التهميش رقم 1 من الصفحة 343 للرضاء بالقول كانوا يفرقون في شأن ارتضاء العاقد للتصرف، بين الأمور الثلاثة الآتية: 1-الإرادة أو القصد: وتتمثل في عزم الشخص على إتيان الفعل2-الإختيار: ومؤداه أن تكون للشخص الحرية في أن يأتي الفعل الذي عزم على إتيانه أو أن يحجم عنه3- الرضاء : أن يكون الشخص مسرورا بما فعل راغبا فيه ومرتاحا إليه ن مرجع سابق، ص 343.

تتعلق بصحتها وإن كان لها وجود قانوني إلا أن ذلك غير كافي مالم يكون رضاء الطرفين صحيحا تم التعبير عنه بالشكل الصحيح والمتوافق على ما انعقدت إرادة الطرفين المشتركة بتقديرهما المشترك أثناء تكوين العقد مما أدى بتلك الأداة التي صاغت العقد لم يكون بالوجه المطابق الذي انعقدت عليه، فأنتج بذلك اختلال بين الإرادة وتوقعها المشروع وهو الذي نتناوله في :

ثانيا -التراضي وسيلة مقاربة بين الإرادة وتوقعها المشروع (ثمرة التعاقد):

ولما كان العقد وسيلة لتحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين، فإنه من مستلزمات ذلك أن يعقد رضاء الطرفين انعقادا صحيحا، ومقتضى ذلك أن يكون التعبير عن الرضاء تعبيرا صحيحا لا يشوبه أي عيب، والعيب الوارد في الرضا ليس عيب في ذاته كركن ركين في العقد، وإنما العيب الذي لحق بأحد عنصر من عناصره كإجراء لم يتم تنفيذه بالوجه الصحيح، فالعيب في عقد البيع اصطلاحا: هو ما ينقص العين أو القيمة تنقيصا يفوت به غرضا صحيحا[57]، وبإسقاط على الرضاء القول : أن العيب في الرضاء: هو ما ينقصه من عناصر تنقيصا تفوت به غرضا صحيحا، فالغلط عيب في الرضاء ينقص في رضاء المتعاقد عنصر العلم تنقيصا يفوت عليه غرضا صحيحا، وكذلك التدليس هو عيب ينقص في رضاء المدلس عليه عنصر العلم كذلك بسبب الغش والتدليس، تنقيصا يفوت عليه غرضا صحيحا، والإكراه هو عيب ينقص في رضاء المكره عنصر الحرية بسبب الإكراه، تنقيصا يفوت عليه غرضا صحيحا، والاستغلال هو كذلك ينقص رضاء المغبون المستغل عنصر التقدير الشخصي الصحيح لقيمة ما التزم به بسبب عنصر الاستغلال، تنقيصا يفوت عليه غرضا صحيحا.

فعيوب الرضاء بصورها التي حددها القانون لا تحمل وصف المانع الذي يحول دون انعقاده، وإنما هي عبارة عن عوارض حالت دون تحقق التوقع المشروع والصحيح للمتعاقد الذي اتصل به العيب، قد يكون مصدرها تلقائي متعلقة بذات المتعاقد كالغلط الذي عرف فقها بأنه وهم يقع في ذهن الشخص عند إبرام العقد، فيصور له الواقع أو القانون على غير حقيقتهما في الوجود، ويدفعه للتعاقد[58]، أو كان غلطا مستثار، مرتبط بسبب منشئ له يتعلق بالمتعاقد الآخر الذي سلك مسلك الخداع والحيلة التي كانت مقترنة بقصد خاص يتمثل في تغرير وتضليل المتعاقد المدلس عليه لأجل دفعه للتعاقد[59]، و إن كان الغلط والتدليس بينهما فواصل قانونية من حيث الأحكام، إلا أنهما يشتركان في طبيعة الأثر فكلاهما يؤدي إلى تحقق سوء التقدير الذي يؤثر على التوقع المشروع للمتعاقد أثناء إبرام العقد، وهما يعبران عن حالة واقعية مست عنصر من عناصر الرضاء وهو عنصر التقدير الصحيح لمعالم العملية العقدية، فحال دون تحقق الغرض الصحيح، نتيجة عدم تحقق عنصر العلم الذي جعل تقدير المتعاقد الواقع في الغلط بنوعيه خاطئا، أما الإكراه فهو عارض مس عنصر من عناصر رضاء المتعاقد يتمثل في تحقق رهبة جسيمة وبينة على نفسيته نتيجة سلوك المتعاقد الآخر الذي بعث الرهبة بحصول خطر محدق به إذا ما عدل عن إبرام العقد، وبذلك يكون المتعاقد الذي وقع الإكراه ليس له خيار سوى إبرام العقد، وإن كان الخطر غير قائم فعلا، إلا أنه سلوك المتعاقد المكره جعل نفسية المتعاقد الاخر تحت وطأة هذا الإكراه أوقعته في وهم أنه إذا لم يتعاقد سيكون عرضة للخطر المحدق به، فالرضاء هنا ليس منعدما لكون الخطر لم يتحقق وجوده في الواقع ليجعله منعدما، وإنما هو خطر واقع في النفس دفعه للتعاقد وإن كان الخطر محدق به إلا أنه في الواقع غير محقق الوقوع، فقد يقع أو لا يقع[60]، فالإكراه بذاته لا يشكل مبررا بذاته للطعن

---

[57] .https://dorar.net -/ الدرر السنية، الموسوعة الفقهية، علوي بن عبدالقادر السقفي، 1443، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/01/07.

[58] . شوقي بناسي، عيوب الرضاء في قانون العقود المعاصر دراسة تأصيلية في القانون المدني الجزائري والفرنسي المعدل، والفقه الإسلامي، بيت الأفكار، الجزائر، 2022، ص32،33.

[59] . وبهذا المعنى أنظر: عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص322.، أنظر المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

[60] . وبهذا المعنى أنظر : علي فيلالي، مرجع سابق، ص204

في العقد بالإبطال[61]، إلا إذا ثبت حقيقة وقوع المتعاقد في حالة رهبة وشعور حقيقي وجسيم دفعه للتعاقد نتيجة ذلك الإكراه[62]. وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قضاة الموضوع للتحقق من جدية الرهبة وجسامتها يستنبطها القاضي من الظروف والملابسات ولا يخضع في تقديره لمدى جسامته وتأثيره لتعقيب المحكمة العليا[63]، والمراد بالإكراه المعيب هو المرتبط بتحقيق غاية غير مشروعة، ما يجعل التحديد ضروري للتفرقة بين الإكراه الذي يعد وسيلة مشروعة التي لا تجعل المتعاقد والعقد محل إدانة قضائية، وكما يجب أن يكون الإكراه مرتبط بتحقيق غاية مشروعة كذلك[64]، والإكراه بتوصيفه كعيب للرضاء هو حالة واقعية نفسية مست عنصر من عناصر الرضاء والمتمثل في عنصر الحرية [65]الذي جعل تصور المتعاقد وشعوره بالخطر ودفعه إلى التعاقد بغير تحقق طيب النفس وخاطر بما أقدم عليه[66]، وبهذا العيب حال بين الإرادة ومشيئتها التي انعقدت برضاء مكره افتقد لعنصر الحرية.

أما الاستغلال بوصفه كعيب في الرضاء، ولا يمكن الكشف عن وجهه الفاحش الذي يوجب إدانة العقد إلا بتوافر شرط الغبن بفتح الغاء وكسر الباء، وهو حصول تفاوت مادي صارخ في قيمة التقديمات وهو عنصر موضوعي ، نتيجة استغلال حالة الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر الذي لا يسمح له بتقدير قيمة الأداء تقدير صحيحا، فكان الدافع لدى المتعاقد الآخر استغلال هذا الضعف للحصول على مزية تعاقدية غير مبررة، فالاستغلال هو عيب يمس عنصر الرضاء ليس لعدم توافر عنصر العلم أو الحرية، وإنما لوجود ضعف في الشخص المتعاقد يجعله لا يحسن التقدير والتدبير ولا يدرك لعواقب الأمور لطيشه الواضح والبين، أو لهواه الجامح الذي يدفعه للتعاقد دون تقديره للأمور لصلاحها أو فسادها[67]، سمي استغلالا لكون المتعاقد الآخر امتطى حالة الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر، ما يفترض في الشخص المستغل توافر لديه **عنصر العلم** بحالة الضعف لدى المتعاقد المغبون، **واتجه قصده** ومشيئته إلى الحصول على فائدة غير مبررة عن طريق العقد التي تترجم في حالة عدم التوازن بين التقديمات[68]، والمستغل لم يخلق حالة الضعف لدى المتعاقد، فالتفاوت بين القدرات بين الأشخاص فرض طبيعي متسرب في كل العلاقات العقدية، كما أن التفاوت الكمي بين الأداءات في العقود ظاهرة صحية، إلا أن الوجه الذي يكشف عن عدم عدالة المداولة العقدية هو مسلك الطرف المستغل الذي أراد امتطاء حالة الضعف للحصول على توزيع غير عادل يتمثل في حصول تفاوت صارخ بين التقديمات. .

وصفوة القول بشأن الاستغلال **كعنصر إضافي** لم يستوعبه العقد، لذلك ليس العبرة في الضعف النفسي لدى الشخص المتعاقد، وكما أنه ليس العبرة في التفاوت المادي لقيمة الأداء (عدالة تبادلية) لقيام العيب في الرضاء، وكما أن العبرة ليس في عدم تساوي الأطراف في المراكز الفعلية والقدرات بين الأفراد، مالم يقترن الشرطين بعنصر إضافي يتعلق بصحة التوزيع، الناجمة عن حالة استغلال للضعف للحصول على فائدة متفاوتة المقدار مع الأداء، فمهاجمة العقد ليس لسبب التفاوت في الوضعية الأصلية للمتعاقدين، وليس بسبب التفاوت الصارخ بين التقديمات، **وإنما بعنصر الاستغلال** الذي أثر على صحة التوزيع (العدالة التوزيعية)، وعلى عدم التوازن المادي (عدالة تبادلية) ما يفرض التصحيح للتوازن المادي عن طريق معالجة الوضعية الأصلية للطرفين، سواء بإبطال العقد بإعادة الطرفين

---

61 . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص192.

62 . نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص188، أنظر كذلك: عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق، ص347.

63 . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 197، أنظر كذلك : نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص189،

64 . علي فيلالي، مرجع سابق، ص ص207، 208.

65 . خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص ص60،59.

66 .علي فريش المطراوي، مرجع سابق، ص 145.

67 . شوقي بناسي، مرجع سابق، ص ص246،244، 247.

68 .أسماء تحنوني، شرح القانون المدني الجزائري، برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2022، ص77

للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد أو معالجة التوازن المادي بإنقاص قيمة الالتزام أو الزيادة في قيمته.، وهو الحكم الذي ينسجم مع أحكام المادة 90 من القانون المدني الجزائري التي كرست كيفية معالجة القاضي لقضية الاستغلال"**...جاز للقاضي أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد...**"، وهو الذي يجسد مبدأ الملائمة بين الإبطال أو الانتقاص فكلاهما من صميم العدالة التصحيحية التي تهدف لتحقيق للوصول إلى المنفعة على وجه المساواة لتحقيق التناسب بين التقديمات.

ومجمل الخلاصة في دراسة جزئية كون التراضي وسيلة مقاربة بين الإرادة (القصد) وتوقعها المشروع الذي يعتبر ثمرة التراضي ، وعدم تطابق هذه الأخيرة –أي الثمرة- مع الإرادة وما انعقدت عليه، يستلزم أن تكون عناصر الرضاء غير ناقصة لأجل تحقق الغرض الصحيح من العملية العقدية.

خاتمة:

وخاتمة هذه المسودة البحثية وصلنا إلى البرهنة **بصدقية فرضية** أن الإرادة كعمل قانوني، بكونها ذات تدليل خاص من حيث المفهوم بكونها هي أساس العقد، فهي اليد الصانعة للعقد، وأن هذا العمل القانوني لا يمكن أن يضمن له الاكتمال والفعالية، إلا باستيفاء العناصر المكونة لها والتي تتمثل في : **وجود إرادة مهيأة لإنشاء العقد** وهي الإرادة التي توافر فيها عنصر الإدراك، إلا أن هذا الأخير لا يمكن أن يكون كافيا مالم يتحقق عنصر القصد في الإرادة، والذي يعبر عنه باتجاهها إلى إنشاء العقد، وبتحقق القصد، يكون للإرادة توصيف **الإرادة المرصودة لإنشاء العقد**، ولكن وترجمة لاكتمال الوصف لهذه الإرادة لا يكون إلا بتوافر عنصر التراضي الذي يعبر عن اكتمال القصد بحصول المشيئة، يكون للإرادة وصف مكتمل **يعبر عنها بالإرادة التعاقدية**، وهي الإرادة المعبرة عن :

-تحقق القصد المشترك للمتعاقدين عن طريق افتراض قرينة تطابق الإرادة المعبر عنها (الظاهرة) مع الإرادة الحقيقية (الباطنة).

-افتراض تحقق الباعث الدافع للتعاقد والمتمثل في اشباع كل متعاقد لحاجته من العقد، وهو تعبير عن تحقق الغرض المشروع من العقد، لكون التراضي وسيلة مقاربة بين قصد الإرادة وثمرة التعاقد.

-وكما أنه باكتمال الإرادة كعمل قانوني عن طريق التراضي، يؤسس هذا الأخير- أي التراضي- لحالة **خضوع مشروع للعقد** على المتعاقدين بما يعبر عنه **بتقنية القوة الملزمة للعقد**، التي تفرض الالتزام بمضمون العقد، وتكون بهذه الوضعية القانونية الإرادة تحمل **وصف الإرادة المرصودة لخدمة العقد**، بعد أن كانت مرصودة لإنشائه، اصبحت مقيدة بمضمون العقد.

-كما أنه من النتائج التي تم استنتاجها في فرضية عدم قابلية الإرادة للتجزئة عمل قانوني من خلال التدليل على أهمية **قيام التراضي** كسند يفيد اكتمال الإرادة **وتحقق إجراء التعاقد**، وكذلك للتدليل على أهمية **صحة الرضاء** كقرينة على تحقق الغرض **المقصود من العقد.**

قائمة المراجع:

اولا – الكتب :

- أسماء تخنوني، شرح القانون المدني الجزائري، برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2022.

- السنهوري احمد عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج01، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الجديدة، بيروت، لبنان، ،2000.

-بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، ج2، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015،2016 .

- بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر،2019.

-جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية، بيروت، 2008.

-حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة ، طبعة جديدة ومزيدة بأحدث الأحكام، الجزائر، 2014

-خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر،2010.

- شوقي بناسي، عيوب الرضاء في قانون العقود المعاصر دراسة تأصيلية في القانون المدني الجزائري والفرنسي المعدل، والفقه الإسلامي، بيت الأفكار، الجزائر، 2022.

-عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، دار الكتب، د.ب.ن،2018.

-علي فريش المطراوي، تكوين العقد، دراسة مقارنة بين الفقه الإمامي والقانون العراقي، الايراني، المصري، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2019.

-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، ط03، الجزائر، 2013.

-لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار، ط02، الجزائر، 2021.

-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، 2019.

-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات2016 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2022.

ثانيا- النصوص القانونية :

-القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو 2005، ج. ر عدد:44.

-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11،ج.ر عدد: 15 .

ثالثا- المراجع الأجنبية:

Ali bencheneb, Le droit algérien des contrats, Donnée fondamentales, 3eme Ed, Berti Editions ; Alger ; 2021.-

رابعا – المراجع الإلكترونية:

-. https://www.almaany.com/، معجم المعاني الجامع، معجم عربي ، 2010،2023.

-. https://dorar.net/- الدرر السنية، الموسوعة الفقهية، علوي بن عبدالقادر السقفي، 1443.

. https://hawzah.net/

-. https://mawdoo3.com/