

جامعة عنابة  
معهد العلوم القانونية و الادارية

# التعبير عن الارادة في القانون المدني الجزائري

بحـث

مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية

تحت اشراف  
الاستاذ الدكتور محمد صبري السعدي

اعداد الطالب  
حمة مرامية

لجنة الحكم

الاستاذ الدكتور \_\_\_\_\_ رئيسا

الاستاذ الدكتور محمد صبري السعدي مشرفا و مقرا

الاستاذ \_\_\_\_\_ عضوا

جامعة عنابة

معهد العلوم القانونية و الادارية

ن<sup>ا</sup> - 0006

أ. ق. 77

06



بحث

مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية

تحت اشراف

الاستاذ الدكتور محمد صبري السعدي

اعداد الطالب

حمة مرامية

لجنة الحكم

الاستاذ الدكتور \_\_\_\_\_ رئيسا

الاستاذ الدكتور محمد صبري السعدي مشرفا و مقررا

الاستاذ الدكتور \_\_\_\_\_ عضوا

## الإهداء

الى أمى رمز العزة والحنان  
الى ووج أبى رمز العزة والاباء  
ببراً واحساناً  
أهدى هذا العمل المتواضع .

## شكر وتقدير

لا يسعني وأنا أضح اللغات الأخيرة لهذا  
البحث المتواضع ، يعون من الله الصلي القدير ،  
أن اتقدم بجزيل شكرى وعظيم امتنانى ، وفائق  
تقديرى ، الى كل من مد لى يمد المساعدة  
والعون ، لانجاز هذا البحث ، ولو بكلمة  
طيبة ، وأخبر منهم بالذكر استاذى الجليل  
الدكتور محمد صبرى السمدى ، لتفضله بقبول  
الاشراف على رسالتى ، ولما بذله معى من  
جهد متواصل وتوجيه مستمر ، وعطاء علمى  
دائم ، كان له أكبر الأثر فى اثناء هذه  
الرسالة بالمادة العلمية السدسة من حيث  
المضمون ، وتقديرها بالشكل اللائق ، فاليه  
اتوجه بخالص شكرى وتقديرى مع وافر  
احترامى .

ويملى عليا واجب الاعتراف بالفضل ان اتقدم  
بالشكر والتقدير الى معهد الحقوق جامعة  
عسبنة ، أساتذة ، ادارة ، وطلبة .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

المقدمة :

الحمد لله حمده ونستعينه ونستغفره وصلى اللهم  
على سيدنا محمد وحبينا ورحمتك المهداة الى خلقك  
أما بعد :

موضوع التعبير عن الإرادة لا يقل أهمية عن باقي المواضيع  
التي تتعلق بتكوين العقد بصفة عامة ، ويركن الرضا  
بصفة خاصة ، وتتجلى هذه الأهمية بالخصوص اذا اعتبرنا  
ان التراضي الركن الأساسي في انشاء العقد ، والذي هو  
عبارة على تطابق ارادتين (1) ، ولن يتسنى ذلك الا باظهار  
ارادة الأطراف الموجودة والمتجهة الى احداث أثر قانوني  
الى العالم الخارجي الذي يحفل به القانون .  
فالشيء الجوهري في الرضا أنه القفزة التي تمربها الارادة  
من مشروع عديم الأثر الى تصرف قانوني منتج لأثره  
ومنه المرحلة تتمثل عادة في حياتنا اليومية بحركة  
خاطفة تترجم عن فورية الإرادة ، اذن حتى وان وجدت  
الإرادة واتجهت الى احداث أثر قانوني تبقى دائماً  
غامرة نفسية لا يحفل بها القانون الا اذا ظهرت ومي  
لا تظهر الا بالتعبير عنها .

---

(1) وهذا ما تقضي به المادة 59 قانون مدني جزائري بقولها :  
" يتم التعاقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين  
دون الاخلال بالنص القانوني " .

وبالتالي يمكن القول ان الاساس في العقيد هو التعبير عن الارادة لا الارادة نفسها ، وهو كل عمل يهدف احاطة الغير علما بالارادة ، أي الافصاح عنها بأسلوب معين . ومن هنا بيّدت أهمية الموضوع وظهرت حاجة للدراسة تتمثل في الاجابة عن الاسئلة التالية : -  
أولها ما هي الطرق التي تظهر بهما الارادة ؟ :  
يتفق الفقه بصفة عامة على ان التعبير عن الارادة قد يكون صريحا ، وهذا اذا كان المظهر الذي اتخذه كلاما او كتابة او اشارة او تعاطي ، او اتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود ، وهذا ما سنتناوله في الفصل الاول من الباب الاول .  
وقد يكون التعبير عن الارادة ضمئيا ، واذا كان الاصل العام ان الارادة يعتد بها سواء عبر عنها صراحة او ضمنا ، باعتبار ان النية ان لهما نفس القيمة ، وهذا ما يقضي به مبدأ الرضائية ، فيبر أنه وجدت استثناءات ترد على هذه القاعدة تتمثل فيما يلي : -  
أئسه في بعض الحالات قد يستوجب القانون ارادة صريحة ، وقد يتطلب ان يكون التعبير مفروفا في شكل خاص كالكتابة ويترتب على تخلفها البطالان باعتبارهما ركن في العقد ، وقد تلزم هذه الشكلية بطريق غير مباشر ، كأن يطلب القانون الكتابة كوسيلة للاثبات ، فتعتبر من الناحية العملية قييد على حرية المتعاقدين في اختيار طريق التعبير .

وقد ترد باتفاق الاطراف ، فهذه درجات ينتقل القانون فيها من الشكلية الى مادونها بتليل ، بحسب درجة خطورة التصرف ، وهذا ما سنتعرض له في الفصل الثاني ، وسنتناول في الفصل الثالث السكوت باعتباره وسيلة للتعبير عن الارادة بتوافر شروط وظروف معينة .

وسؤالا آخر يثور ، هو ما الحكم حيث تختلف الارادة المعلنة عن الارادة الحقيقية ، فبأيها يعتد ؟ وبعبارة أخرى ، ما هو اساس التزام المتعاقد ؟ .

هناك نظريتان في هذا الموضوع ، احدهما تأخذ بالارادة الباطنة ، والثانية تأخذ بالارادة الظاهرة ، مع ظهور مذهب وسط يستند على فكرة الثقة والمسؤولية ، ونوضح النتائج المترتبة على الاخذ باحدى النظريتين دون الاخرى . ومن الضروري كذلك ان يثور التساؤل بهذه المناسبة عن موقف الفقه الاسلامي والتقنين المدني الجزائري من هاتين النظريتين ، وهذا ما سنتناوله في الفصل الاول من الباب الثاني .

وقد يحدث في بعض الحالات ، وخاصة في التعاقد بين غائبين ان يوجد التعبير ماديا ، وقبل ان ينتج اثره الشرعي ، تطرا أسباب سواء خارجة عن ارادة صاحب التعبير كالموت او فقد الأهلية ، او تتصل بارادته كالحصول فيثور التساؤل عن اثر هذه الاسباب في التعبير .

وخاصة في حالة الموت او فقد الأهلية و هل يعتبر التعبير متصلا بصاحبه ام مستقلا عنه ، يبقى قائما بعد موته . ويترتب عليه الاثر القانوني ؟ .

سيفرد في هذا الشأن بين من صدر منه التعبير ، وبين من وجه اليه التعبير ، حتى وان كانت دلالة التشريعات مختلفة .

وسنركز بالاساس على موقف التثمين المدني الجزائري .  
 اما العدول ، باعتبارها يتصل بارادة صاحب التعبير ، فالقانون  
 يعطى للالراف حق العدول ، ولكن متى يكون ذلك بحسب ما اذا  
 كان التعبير ايجابيا او قبيولا .  
 واخيرا يمكن ان نتساؤل من أهم اثره وهو متى ينتج التعبير اثره  
 القانوني ؟

وسنركز في الحديث عند ما يكون التعبير قبيولا لأنه يطرح  
 لنا مشكلة مكان وزمان انعقاد العقد ، وخاصة في التعاقد  
 بين غائبين باعتبار ان التعاقد بين حاضرين يكون فيه وقت  
 صدور القبول هو وقت العلم به .

تتنازع حل هذه المشكلة في الدول التي لم تنص تشريعاتها على  
 مفهوم صريحة في الموضوع ، اربعة نظريات متمثلة في نظرية  
 اعلان القبول ، وتصدير القبول ، واستلام القبول ، و العلم بالقبول .  
 وبالتالي سنعالج هذا الموضوع في ضوء هذه النظريات  
 ثم نبين موقف المشرع الجزائري من هذا ما يدخل في  
 دراسة الفصل الثاني من هذا الباب .

اذن لقد لفت هذا الموضوع اهتمامي ، وشدني اليه عوامل  
 التداخل ، والفضول العلمي ، حتى وجدت نفسي مضطرا الى البحث  
 فيه .

٦ - خطة البحث :

وفي سبيل ذلك عمدت الى تقسيم الموضوع الى بابين  
كالوجه الآتي :

تتاولت في الباب الاول : انواع التعبير عن الارادة ، وقسمت  
هذا الباب الى ثلاثة فصول ، تتاولت في :

الفصل الاول : التعبير الصريح ووسائله ، وقسمته الى خمسة  
مباحث ، كالوجه الآتي :

المبحث الاول : اللفظ

المبحث الثاني : الكتابة

المبحث الثالث : الاشارة

المبحث الرابع : المعاطاة

المبحث الخامس : أي موقف يدل على الرضا

الفصل الثاني : التعبير الضمني وقسمته الى ثلاثة مباحث .

المبحث الاول : مفهوم التعبير الضمني

المبحث الثاني : قاعدة الحرية في التعبير عن الارادة

المبحث الثالث : الاستثناءات الواردة على قاعدة الحرية في التعبير

الفصل الثالث : السكوت كوسيلة للتعبير عن الارادة ، وقسمته

الى اربعة مباحث ، تتاولت في :

المبحث الاول : تعريفه ، أنواعه ، تمييزه عما يختلط به

المبحث الثاني : قاعدة لا ينسب لساكت قول

المبحث الثالث : الاستثناء " السكوت في معرض الحاجة بيان "

المبحث الرابع : حكم بعض المسائل الخلافية

ثم تناولت في الباب الثاني : آثار التعبير عن الإرادة،  
وقسمته الى فصلين كالوجه الآتي :  
الفصل الاول : الاختلاف بين الإرادة والتعبير، ويتضمن  
خمسة مناقح :

المبحث الاول : نظرية الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة  
المبحث الثاني : النتائج المترتبة على الأخذ بأحدى النظريتين  
دون الأخرى .

المبحث الثالث : التقريب بين النظريتين  
المبحث الرابع : موقف الفقه الاسلامي منهما  
المبحث الخامس : موقف القانون الجزائي منهما  
الفصل الثاني : وقت تمام التعبير وانتاج أثره القانوني  
وقسمته الى مبحثين :

المبحث الاول : الاسباب التي تؤثر في التعبير قبل انتاج  
أثره القانوني .

المبحث الثاني : تعرضت لفكرة متى ينتج التعبير أثره  
القانوني، ويتضمن مطلبين :

المطلب الاول : تحديد بعض المفاهيم

المطلب الثاني : زمان انعقاد العقد ومكانه .

وأنتهيت هذا الموضوع بخاتمة ضمنتها خلاصة للأفكار  
الاساسية التي وردت في هذا البحث، وكلى أمل في أن  
أكون قد وفقت بهذه الدراسة في اثرا الجوانب  
المهمة من هذا الموضوع .

## الباب الاول

### أنواع التعبير عن الإرادة

3 تمهيد وتقسيم :

يتفق الفقهاء بصفة عامة ، على ان التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا ، وهذا اذا كان المظهر الذي اتخذته كلاما او كتابة او اشارة ، او تعاطيا او اتخاذ أي موقف ، لا تدم ظروفا الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود وقد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، وعلى هذا نصت المادة 60 قانون مدني جزائري بقولها : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة او بالاشارة المتداوله عرفا ، كما يمكن ان تكون باتخاذ موقف لا يدم أي شك في دلالة على مقصود صاحبه . ويجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا اذا لم ينبصر القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا " (1) . كما يمكن اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة بتوافر شروط وظروف معينة .

ولهذا سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول ، نتناول في الفصل الاول منها التعبير الصريح ووسائله ، وفي الفصل الثاني ، التعبير الضمني ، وفي الفصل الثالث والأخير ، السكوت ، كوسيلة للتعبير عن الإرادة .

(1) - وهذه تتطابق مع نص المادة 60 مدني وليبي ، والمادة 28 سوري والمادة 74 سوداني - انظر : فرج الصدة - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - دار النهضة للطباعة والنشر - بيروت - سنة 84 ص 24 .

## الفصل الاول

### التعبير الصريح ووسائله

4 - تمهيد وتقسيم :

يكون التعبير صريحا اذا قصد صاحبه احاطة الغير علما به باتخاذ مظهر يفصح عن الارادة مباشرة على ما يريد ، بمعنى اذا كان المظهر الذي اتخذه موضوعا في ذاته للكشف عن الارادة (1) .

فقد يكون هذا التعبير بالكلام وذلك بايراد اللفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الارادة ، وقد يؤدي اللسان هذه اللفاظ مباشرة او يؤديها بالوساطة كما يحصل عند الاتصال بالمهاتف ، او استخدام رسول ينقل التعبير ، وقد يكون التعبير بالكتابة في أية صورة من صورها ، اذ يجوز ان تكون عرقية او رسمية ، في سند ، او رسالة مخطوطة او مطبوعة (2) ، وقد يكون التعبير بالاشارة المتداولة عرفيا بين الناس ، كهمز الرأس عموديا دلالة على القبول ، او أفتقيا دلالة على السرفس ، او بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، وهي المعاطاة في الفقه الاسلامي ، وأخيرا قد يكون باتخاذ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود (3) ، وفيما يلي نعرض هذه الأمور بشيء من التفصيل ، فنقسم هذا الفصل الى خمسة مباحث نخصر المبحث الاول للفظ ، والثاني للكتابة ، والثالث للاشارة والرابع للمعاطاة ، اما المبحث الخامس والأخير نعرض فيه أوموقف يعدل على الرضا .

(1) في المعنى انظر كل من : - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام - دار احياء التراث العربي - القاهرة - سنة 1954 ص 57 / - محمد صبرى السعدى - شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الجزء الاول - التصرف القانوني - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 86 ص 65 .

(2) - السنهوري - المرجع السابق - ص 175 .  
(3) - السنهوري - شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الاول في نظرية العقد - مطبعة دار الكتب المصرية - سنة 1954 ص 21 .

## المبحث الأول

### اللفظ وصيغته المختلفة

5- أهمية اللفظ وخصائصه : يتم التعبير عن الإرادة باللفظ المفيد وهو الكلام الذي يعد احد و الطرق الهامة التي يكون بها التعبير الصحيح ، وذلك بإيراد الالفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة ، وهذا هو الاصل في التعاقد ، وهذه الالفاظ طبعاً قد توجه مباشرة باللسان الى الطرف الآخر ، وقد يؤديها بالوساطة ، كالمكالمة الهاتفية ، وكإيفاء رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة (1) ويمكن القول ان اللفظ هو الأداة الطبيعية التي منحها الله تعالى للانسان في التعبير عن ارادته الخفية ، وهو الاكثر استعمالاً في انشاء العقود بين الناس (2) ، وذلك راجع لمزايا عدة يحظى بها بين نظائره من وسائل التعبير ، وتتمثل أساساً في ميزة الوضوح والسهولة وقوة الدلالة ، بالإضافة الى ميزة الشمول (3) .

- 
- (1) عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - الجزء الاول - في انعقاد العقد - شركة الطب والنشر الاملية 1957 م 121 .  
- فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - سنة 1971 م ص 23 .  
- لبنى مختار - وجود الإرادة وتأثير الخلط عليها - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر سنة 1964 م ص 21 ، (رسالة ماجستير في القانون الخاص قدمت بجامعة الجزائر سنة 1977) .  
(2) - عدنان خالد التركماني - ضوابط العقد في الفقه الاسلامي - دار الشروق للنشر والتوزيع - ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1964 م ص 21 .  
(3) - ومبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - النظريات الفقهية والعقود - دار الفكر - الجزء الرابع ص 25 .

ولذلك فان الرأي السائد في الفقه الاسلامي أنه منح اللفظ مزاييا خاصة لم تحفظ بهما وسائل التعبير الاخرى مع انه ظل اجماعه منعقدا على ايشار اللفظ على غيره من وسائل التعبير في عقد النكاح (1) ، كما يبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في مجموعات الفقه الشيعي ، ان الالفاظ من أفضل الوسائل التي تستعمل للتعبير عن الارادة ، وتجيب في المرتبة الاولى مع التمكين منها (2) . ومن هنا فالانسان ملزم بالتعامل به مادام قادرا عليه دون اشتراط لغة معينة او بكل ما يدل على الرضا ، لانه الاصل والاساس في تكوين العقد (3) .

5. شروط اللفظ في الفقه الاسلامي وصيغته المختلفة : يشترط الفقه الاسلامي في اللفظ الذي يعبر عن الرضا ان يكون قاطعيا في دلالته على الايجاب او القبول ، "كجعت او اشتريت" ، وعلى هذا الاساس يبحث الفقهاء الصيغ المختلفة للالفاظ ، واثرتما في تكوين العقد ، وهذه الصيغ هي الماضي والمضارع والامر ، وفيما يلي نعرض هذه الصيغ .

- 
- (1) - وحيد الدين رضا سوار في التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية الجزائر سنة 75 م. 274 .
  - (2) - رسالة دكتوراه قدمت بجامعة القاهرة سنة 1960 .
  - (3) - هاشم معروف الحسني - نظرية العقد في الفقه الجعفري ، ص 122 ، كذلك انظر الدكتور محمد اللفي في الفضالة - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر م. 127 .
  - (4) - عدنان خالد التركماني - المرجع السابق م. 85 .

7 - صيغة الماضي : فهو ان يقول البائمه بعت ويقول  
 المشتري اشترى بعت فيتم الركن ، لان هذه الصيغة وان كانت  
 للماضي وضعا لكنها جعلت ايجابيا للحال في عرفنا هل  
 اللغته والشعر ، والمرفقاضي على الوضوح ( 1 ) فصيغة  
 الماضي اذن بطبيعة وضعها لفظ يتمحور للحال فينعد  
 به المقعد دون بحث عن النية ، لان الارادة الظاهرة واضحه  
 وليس من المنطق ان نعدل عنها استقصاء الارادة الباطنة ( 2 ) ،  
 سواء اتجهت ارادة المتعاقدا الى التعاقد ، او لم تتجه ،  
 ومن هنا يؤثر الفقه الاسلامي صيغة الماضي ، لانها  
 صريحة اليدلالة على الرضا في الحال ، بمعنى أنها أصرح  
 في التعبير عن الارادة في المرحلة النهائية التي هي  
 مرحلة الجزم والبت ، بمعد ان تتجاوز دور التردد والتفكير  
 والمفاوضة ( 3 ) .

ومن المسوغات التي يستمد اليها الفقهاء في ايشار صيغة  
 الماضي ، التليل النقل ، بحيث يذهبون الى ان الأشار  
 وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل  
 صيغة الماضي في عقود ، وانه كان مقتضرا عليها ،  
 اضافة الى ذلك ان لفظ الماضي أدل الالفاظ على  
 تحقيق الوجود ( 4 ) .

- 
- (1) السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول -  
 صيغة المقعد - منشورات محمد الدايدة - بيروت سنة 1953 / 54 ، ص 87 .
  - (2) عبد السلام التونسي - التعاقد بين الضاميين في الشريعة  
 والقانون - المنشأة العامة للنشر والتوزيع - طرابلس - الطبعة  
 الاولى - سنة 1984 - ص 64 .
  - (3) وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 97 .
  - (4) الامام محمد ابوزمرة - الملكية ونظرية المقعد في الشريعة  
 الاسلامية - دار الفكر العربي - القا هرة ص 211 ، وكذلك انظر  
 عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 61 .

3 - ثانيا : صيغة المضارع :

صيغة المضارع قد تتمحض للحال أو الاستقبال أو قد تحتل  
الحال والاستقبال .

(أ) - فإذا تمحض الفعل للحال ينمقد به العقد في

الحالات التالية :

\* إذا اقترن الفعل بما ينبئ عن الحال بكلمة ( الآن ) ، كأن

تقول : " ابيعك الآن " فيجيب المشتري " اشتريت " .

\* إذا تعيّن القوم على استعماله للحال .

\* إذا صبغ اللفظ بما يفيد الانعقاد دون احتمال المساومة

أو ارادة الوعد ، وعقد النكاح إذا جرى فيه المساومة

انما يكون للتحقيق في الحال ، فإنه ينمقد به لا باعتباره

وضعية لإنشاء ، بل باعتباره في فرض تحقيقه واستفادة

الرضاء منه (1) ، وفي هذه الحالات يعتمد الفقه الاسلامي

بالارادة الظاهرة وهو في هذا يطبق نزعته من جهة ،

والابتعاد عن اليمين لاثبات الارادة الباطنة من جهة اخرى (2) .

(ب) - أما إذا تمحض الفعل للاستقبال ، كما لو اقترن

بالسين أو سوف ، لا ينمقد به العقد (3) ، إلا إذا نسوى

الباشم الايجاب في الحال (4) .

---

(1) عيد السلام التونسي - ما قبله - ص 57 ، 58 .

(2) رضا سوار - التعبير عن الارادة - ص 222 .

(3) وهذا ما جاء في المادة 171 من مجلة الاحكام العدلية

وهي تقنين للمذهب الحنفي ، والتي تنص على ان " صيغة

الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى

لا ينمقد بها العقد " ، اشار اليها رضا سوار - ما قبله - ص 132 .

(4) هاشم معروف الحسني - المرجع السابق - ص 132 .

جاء وقد يحتمل الحال والاستقبال ، وهذا هو الاصل في صيغة المضارع ، ولذلك لابد من الرجوع الى الظروف والملايسات التي تحيط به ، فان دل على الحال والكشف عن ارادة المتعاقدين في انشاء التملك يتم به العقد والا فلا (1) ، وهنا لا يؤخذ بالارادة الظاهرة وانما يجب الرجوع الى النية (2) ، ولقد تناولته في الفقه الاسلامي آراء ثلاثة (3) .

1- رأى موسيم يذهب الى تعميمه في جميع العقود اذا صاحبته نية الحال ، وقد قال به الطحاوي ، وصاحب تحفة الفقهاء (4) .

2- ورأى مضيئ يذهب اصحابه الى عدم صلوح صيغة افضل كتعبير تصاعدي ، حتى ولو كان مقرونا بنية الحال وقد اشار الى هذا الرأي المحيط وشارح القدروري وصاحب التحرير (5) .

(1) من مباحث معسوف ، ما قبله من ص 128 .  
 (2) من هذا ما ذهب اليه الكاساني في بدائع حيث قال : " اما صيغة الحال فهي ان يقول البائع ابيع منك هذا الشيء ونحوه الايجاب ، فقال المشتري اشتريت ، يتم المبرك وينعقد العقد ، وانما اعتبر النية هنا وان كانت صيغة افضل للحال ، وهو الصحيح لانه فلب استتمهما للاستقبال ، اما حقيقة او مجازا فوقعتم الحاجة التي التعيين بالنية " نقلا عن عبد السلام التونجي من المرجع السابق ص 67 .

(2) من أدرجهما سوار في رسالته السابقة من 250 ، فقرة 252 وهي جميعها عبارة على كتب ومخطوطات قديمة ينتمي أصحابها الى المذهب الحنفي من انظر سوار ما قبله من 742 .  
 (4) من هذا الرأي ينتمي الى الفقه الحنفي ، وهو الرأي المرجح لدى الدكتور رضا سوار انظر ما قبله من 250 .  
 (5) من هو الآخر ينتمي الى الفقه الحنفي من اشار اليه رضا سوار ما قبله من 253 .

وَأَوْسَطُ وَقَالَ بِهِ صَاحِبُ الْعِنَايَةِ الْبَايِرْتِي ، وَهُوَ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّ الْمَضَارِعَ يُعْتَدُّ بِهَا مِنَ النِّيَّةِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ فَقَطْ ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَهُوَ مَرْفُوعٌ سِوَاهُ قَارِنَتِهِ النِّيَّةُ أَمْ فَارِقَتُهُ ، وَيَلْحَظُ أَنَّ هَذَا الرَّأْيَ هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الرَّأْيِ الْمَضِيئِ مِنْهُ إِلَى الْمَوْسِمِ ، وَبِالتَّالِي يُمَكِّنُ تَقْسِيمَ الْأَرْأَاءِ إِلَى اثْنَيْنِ فَقَطْ ، مَضِيئٌ وَمَوْسِمٌ ، وَالرَّأْيَ الْمَرْجُوحَ هُوَ الْمَوْسِمُ ، بِإِعْتِبَارِ أَنَّ الْأَصْلَ الْمُتَّفَرِّقَ عَلَيْهِ لَدَى الْفُقَهَاءِ الْمُسْلِمِينَ أَنَّ صِيغَةَ أَفْعَلٍ هِيَ لِلْحَالِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ (1) .

9 - ثَالِثًا : صِيغَةُ الْأَمْرِ : اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي انْحِقَادِ الْعَقْدِ بِلَفْظِ الْأَمْرِ الَّذِي يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ مِثْلَ بَحْنِي أَوْ اشْتَرَيْتُ مِنِّي ، فَالْأَحْنَفُ يُرَوِّعُ أَنَّ صِيغَةَ الْأَمْرِ إِنَّمَا هِيَ طَلِبٌ لِلْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَيْسَتْ إِجَابًا وَلَا قَبُولًا ، بِحَيْثُ أَنَّ الْإِرَادَةَ غَيْرَ وَاضِحَةٍ وَلَا تَتَّيَدُّ الْبِتَّ وَالْقَطْعَ (2) ، وَمِنْ هُنَا فَالْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ عِنْدَ عَمَّ أَنَّ هَذِهِ الصِّيغَةَ تَتَمَحَرَّفُ لِلْمُسْتَقْبَلِ ، بِإِسْتِثْنَاءِ بَعْضِ الْعُقُودِ الَّتِي تَمَّ ذِكْرُهَا عَلَى سَبِيلِ الْحَصْرِ ، وَهِيَ الْبَيْعُ فِي أَحْوَالٍ مُعَيَّنَةٍ (3) ، النِّكَاحُ ، الْخَلْعُ ، الطَّلَاقُ عَلَى مَالٍ الْهَبَةِ ، الْإِبْرَاءُ مِنَ الدَّيْنِ ، الْكِفَالَةُ (4) .

- 
- (1) رَجَّحَهُ الدُّكْتُورُ رِضَا سَوَارٌ - مَا قَبْلَهُ - ص 352 .
- (2) جَاءَ فِي الْبَدَائِعِ لِلْكَسَائِي : " إِذَا قَالَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِعْ هَذَا مِنِّي بِكَذَا ، وَقَالَ الْبَائِعُ بَعْتُ ، لَا يَنْعَقِدُ ، مَا لَمْ يَقُلِ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ " نَقْلًا عَنْ عَبْدِ السَّلَامِ التُّونْجِيِّ - الْمَرْجِعِ السَّابِقِ - ص 50 . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ : - السَّنْهُورِيُّ - مَصَادِرُ الْحَقِّ - ج 1 ص 32 / - وَهَيْئَةُ الزَّحِيلِيِّ - الْمَرْجِعِ السَّابِقِ - ص 98 .
- (3) كَأَنَّ تَقْوِيلَ : خَذَ الْمَبِيحَ وَمَاتَ الثَّمَنُ وَيَقُولُونَ فِي تَعْلِيلِ ذَلِكَ أَنَّهَا خُصُومٌ مَادَاتُهُ وَهِيَ الْأَمْرُ بِالْإِخْذِ يَسْتَدْعِي سَابِقَةَ الْبَيْعِ ، فَكَانَ كَالْمَاضِي إِلَّا أَنَّ اسْتِدْعَاءَ الْمَاضِي سَبَقَ الْبَيْعَ بِحَسَبِ الْوَضْعِ ، وَاسْتِدْعَاءُ خَذَهُ سَبَقَهُ بِحَسَبِ الْإِقْتِضَاءِ " عَبْدِ السَّلَامِ التُّونْجِيِّ - الْمَرْجِعِ السَّابِقِ - ص 75 .
- (4) - رِضَا سَوَارٌ - الْمَرْجِعِ السَّابِقِ - ص 326 .

أما لدى الأئمة الثلاثة (مالك وابن حنبل والشافعي)؛  
فصيغة الأمر تتمحور للحال، فيعقد بها العقد دون  
استقصاء النية (1).

إلا أنه هناك قولاً روى عن مالك، يذهب إلى اعتبار  
صيغة الأمر تحتل الحال والاستقبال، إلا أنها أقوى  
من صيغة المضارع في احتمال الحال، فيتم بها العقد  
إذا اقترنت بالنية (2).

ونحن نميل إلى ما يذهب إليه عدنان التركمانى فى  
ترجيحه لرأى الأئمة لأن العقود كما يقول: "شرعت  
لمصالح الناس فالعبرة بعاداتهم، وأعرافهم ما دام ذلك  
لا يتعارض مع نص شرعى، وما دام كذلك استعمال لفظ  
الأمر، فلا مانع من وقوعه إيجاباً أو قبولاً فى العقد (3).

---

(1) يقرر الدسوقي الذى ينتمى إلى الفقه الشافعى فى حاشية  
الشرح الكبير للدرديرى: "أن صيغة الأمر عند مالك إنما  
هى كصيغة الماضى تتمحور للحال، مستتداً فى ذلك إلى طبيعة  
العرف، لا إلى طبيعة الموضع إذ يقول: إن المطلوب فى انعقاد  
العقد ما يدل على الرضا، ودلالة الأمر على الرضا أقوى  
من دلالة المضارع عليه، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا  
عرفاً وإن كان فى أصل اللفظة محتمل ذكره - أشار إليه  
عبد السلام التونجى - المرجع السابق - ص 77.

(2) - السنهورى - مصادر الحق ج 1 ص 94.

(3) - التركمانى - المرجع السابق - ص 36.

— اما صيغة الاستفهام ، باتفاق الجمهور فانها متمحضة  
للاستقبال ، وبالتالي لا يتم بها العقد كقول المشتري للبائع  
أتبيع مني هذا الشيء بكذا ، فقال اشتريت ، لا ينمقد مالم  
يقبل البائع بعته (1) .

10 - رابعاً : المبدأ العام المستخلص : لقد استخلص  
الدكتور السنهوري من مجموع النصوص الفقهية ثلاثة  
قواعد هي :

\* الاولى : كل لفظ تتمحور صيغته للحال ، يؤخذ فيه  
بالارادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لان الارادة الظاهرة  
هنا واضحة فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة .

\* الثانية : كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ  
فيه بالارادة الباطنة ، لان الارادة الظاهرة فيه هنا غير  
واضحة ، فتعين الاخذ بالنية وهي الارادة الباطنة .

\* الثالثة : كل لفظ تتمحور صيغته للاستقبال يؤخذ فيه  
بالارادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد ، لأن الارادة الظاهرة  
هنا واضحة فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة .

والمبدأ العام الذي خرج به من مجموع هذه القواعد ،  
هو ان الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالارادة الظاهرة  
اذا كانت هذه الارادة واضحة ، فاذا تمحضت الصيغة للحال  
انعقد العقد ، وان تمحضت للاستقبال لا ينعقد (2) .

---

(1) - السنهوري - مصادر الحق - ج 1 ص 69 .

- عبد السلام التونسي - المرجع السابق ص 62 .

(2) - السنهوري - مصادر الحق - ج 1 ص 60 .

- عبد السلام التونسي - المرجع السابق ص 73 ، 74 .

- ماشوم معروف الحسني - المرجع السابق ص 132 .

أما إذا كانت الإرادة غير واضحة، ان احتملت الصيغة الحال والاستقبال تعين الرجوع الى النية، فان انصرفت هذه الإرادة الى الايجاب انعقد العقد، والا لم ينعقد .  
وهذا المبدأ السابق الذكر لقد أجمع عليه الفقهاء عامة، باستثناء الكمال بن همام الذي انتهج التعبير الذاتية، بحيث لا يأخذ بالإرادة الظاهرة وإنما بالإرادة الباطنة وما انصرفت النية اليه (1)، إلا ان هذه المحاولة لم يتقبلها الفقه الاسلامي، وبقي موضوع النزعة، غير غافل بأن العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة، ولكنه يستخلص الإرادة من الصيغة، بحيث لا تقبل اثبات العكس .  
وبناء على ما تقدم يمكن استخلاص النتيجة التالية: وهي ان صيغة الماضي ينعقد بهما العقد عند الجميع بلا خلاف، وصيغة المضارع يجب اقترانها<sup>4</sup> بالنسبة .  
أما صيغة الأمر ينعقد بها عند الائمة الثلاثة ما عدا المذهب الحنفي، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام والاستقبال (2) .

---

(1) حيث يقول: " لا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراده به ،  
وحيث فلا فرق بين بعث وأبيع في توقف الانعقاد به  
على النية "، أشار اليه كل من :

— عبد السلام التونجي — المرجع السابق — ص 74 .

— رضا سوار — رسالته السابقة ص 341 حتى 343 .

(2) — عبد السلام التونجي — المرجع السابق ص 79 .

اللفظ في القانون الوضعي (1) : من خلال دراسة المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، والتي تتقابل مع المادة 20 قانون مدني مصري وليبي ، والمادة 28 مدني سوري ، يلاحظ ان القوانين العربية تتفق مع أحكام الفقه الاسلامي وخاصة المذهب المالكي الذي يجيز التعبير عن الارادة باللفظ الذي يدل عليها عرفا ، حتى ولو لم يدل عليها لفظ ودون تقييد في ذلك بصيغة الماضي او المضارع او الامر ، ونجد تفسير أكثر في القانون المدني العراقي في نص المادة 77 منه ، والتي تقضي على أنه " ويكون الاجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما يكون بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا أريد بهما الحال " (2) ، بينما يخالف جمهور الفقهاء المسلمين حكم المادة 76 منه ، والتي تصر على انه " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وهذا ملزما اذا انصرف الى ذلك قصد الماقيدين (3) .

- 
- (1) نقصد بالقانون الوضعي القوانين العربية .
  - (2) اشار اليها عبد الناصر توفيق العطار في مؤلفه نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية مطبعة السعادة ص 37 .
  - (3) نقلا عن توفيق العطار المرجع السابق ص 37 .

## المبحث الثاني

### الكتابة

نبين في هذا المبحث أنواع الكتابة ، وكيفية التعاقد بها .  
11 - أنواعها : من أن للكتابة دورا ثانويا بالنسبة  
للفظ في مجال التعبير عن الإرادة ، إلا أنه يسوغ ان يقيم  
بها ذلك بين طرفين ناطقين او عاجزين عن النطق ،  
حاضرين في مجلس واحد او غائبين ، وهي على انواع ثلاثة .  
النوع الاول : كتابة مستبينة ، بمعنى انها مكتوبة على شئ  
تظهر عليه وتبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، كالكتابة  
على الورق من غير ان يوجهها الى شخص معين .

النوع الثاني : كتابة مرسومة ، بمعنى أنها مكتوبة بالطريقة  
التي اعتادها الناس وتعارفوا عليها ، وذلك بأن تكون مصدره  
باسم المرسل والمرسل اليه ، او مخطومة ، او موقعة من  
المرسل ، وكل من الكتابة المستبينة والمرسومة معتبرتان  
شعرا ، وحتى ينعقد بهما العقد ، فقد يجب ان يفهم الطرف  
الأخر ما ورد بهما (1) .

النوع الثالث : كتابة غير مستبينة ، وهي كالكتابة في الهواء  
او على الماء ، او بواسطة حبر يمحي بعد فترة من تلقاء نفسه ،  
ومنه الأخيرة لا ينعقد بها العقد (2) .

---

(1) ويعول في النوع الاول على الإرادة الباطنة لأنها غير قاطعة على وجود

إرادة الالتزام ، بينما يعول في الثانية على الإرادة الظاهرة لأنها

رفعت الى مرتبة الخطاب الذو لاشك في وجوب الاعتداء به .

في المعنى انظر رضا سوار - المرجع السابق - ص 207 .

(2) عدنان خالد التركماني - المرجع السابق - ص 50 ، وكذلك

محمد الالفي - المرجع السابق - ص 130 .

أما كيفية التعاقد بواسطة الكتابة في احدو حالتين ،  
في مجلس العقد وبالمراسلة أو اجتماع المتعاقدين وعدم  
اجتماعهما .

### 12 - حالة اجتماعهما :

ذهب المالكية والحنابلة الى جواز انشاء العقود ؛ بالكتابة  
بين حاضرين ، مع القدرة على النطق ، لان الصيغة هي  
التي تدل على ارادة المتعاقدين ورضاعما ، ولا شك ان الكتابة  
تؤدو هذا المعنى على أتم وجهه (1) ، باستثناء عقد  
الزواج بحيث لا ينقد بهما اذا كان العاقدان حاضرين  
في مجلس واحد ، الا في حالة العجز عن النطق وهي حالة  
الضرورة ، لان شرط صحة النكاح سماع الشهود كلام المتعاقدين ،  
وعلى هذا لو كتب رجل قادر على النطق الى امرأة تزوجتك  
ومما حاضران في المجلس ، فقالت قبلت ، لا ينعقد النكاح (2) .  
12 - في حالة عدم اجتماع المتعاقدين : ( التعاقد بالمراسلة ) :  
الرأ الشائعين فقهاء المذاهب الاربعة هو جواز التعاقد  
بالكتابة ، ويشمل ذلك جميع العقود بما في ذلك عقد الزواج  
حتى مع التمکن من توكيل حاضرين في انشاء المعاملة  
او النكاح ، وهذا عملا بالقاعدة الشرعية " الكتاب من الغائب  
بفضلته الخطاب من الحاضر " .

---

(1) - الا ان الاحناف والشافعية جعلوا ما احتياطية تقوم مقام اللفظ اذا  
حال دونه عارض ، هذا ما ذهب اليه التركماني في المرجع السابق ص 60 ،  
وكذلك رضا سوار في رسالته السابقة - ص 209 .

(2) - وهبة الزحيلي - المرجع السابق ص 104 .

- محمد الدسوقي - قضايا الاسرة في التشريع الاسلامي - نشر وتوزيع  
دار الثقافة - قطر - الدوحة - الطبعة الاولى سنة 1985 - ص 149 .

ومن جيمة اخرى ليس كل من اراد التعامل مع الثائب يجد ثقة  
الذى يوكل عنه في مباشرة ما يريد من التصرفات، وفي مقابل  
ذلك ذهب البعض الى عدم الاكتفاء بما في انشاء المعاملة ،  
ومن هؤلاء الشافعى وبعض اتباعه ، وأجازوا استعمالها ( الكتابة )  
في ايجاب عقد النكاح دون قبوله (1) .  
لان الكتابة من الكناية ، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم (2) .  
وصورة الكتابة ان يكتب اما بعد فقد بعثت منك كذا بكذا ، ويعتبر  
مكيان وصول الكتابي مجلس العقد فاذا وصل الكتاب الى المرسل  
اليه كان له خيار القبول مادام في مجلسه ، وهذا لان قراءة  
الكتاب تعتبر كأنها صادرة من الكاتب وقت القراءة ، فاذا قبل ،  
اتصل القبول بالايجاب صح البيه (3) .  
اما اذا قيام المرسل اليه من مجلس وصول الكتاب او انشغل بعمل  
اخر ما يعتبر في عرف الناس اعراضا عن الايجاب ، بطل الايجاب  
فاذا قبل بعد ذلك كان هذا القبول باطلا لانه لم يتصل  
لاعراضه او لتفويضه مجلسه (4) .

(1) في المعنى ارجع الى :

— هاشم معروف — المرجع السابق — ص 147

— رضا سوار — المرجع السابق — ص 210

(2) جبر محمود الفضيلات — بناء الاسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون .

دار الصحف للطباعة و النشر — باتنة — الجزائر — ص 43 .

(3) السنهوري — مواد و الحق — جزء 1 ص 103 .

(4) خالد التركماني — المرجع السابق — ص 51 .

أما إذا طوى المرسل إليه الكتاب وقام من مجلسه وفي المجلس الآخر فتح الكتاب وقرأه ثانية وبعد ما قبل ، فما هو حكم العقد في هذه الحالة ؟ .

لقد أجاز بعض العلماء ذلك لأن الإيجاب بالكتاب والكتاب باق فيبقى الإيجاب ببقائه ، فإذا أعاد قراءة الكتاب كان ذلك بمثابة إيجاب جديد في مجلس جديد ، فإذا اتصل به القبول تم العقد وهذا بخلاف ما لو كان الموجب حاضرا لأن إيجابه لا يبقى إلى المجلس الآخر (1) ، كل هذا في العقود التي يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاء ، أما في العقود البتية لا تتوقف على رضا الطرف الآخر وعلمه ، فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة وذلك كالطلاق فمتى كتب إلى زوجته كتاب يقول لها فيه أنت طالق فإنها تطلق في الحال ولا يتأخر وقوع الطلاق إلى وصول الكتاب وقراءته إلا إذا كان معلقا على وصول الكتاب ، وهذا ما ذهب إليه الجمهور (2) ، باستثناء ابن حزم حيث لا يبرأ إيقاع الطلاق بالكتابة ، لأن اسم التخليق الوارد في القرآن الكريم إنما يقع على اللفظ لا على الكتابة (3) .

---

(1) - خالد التركماني - ما قبله - ص 51 .

(2) - رضا سوار - التعبير عن الإرادة - ص 213 .

(3) - رضا سوار - ما قبله - ص 213 .

## المبحث الثالث

### الإشارة

الإشارة يمكن أن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة بشرط أن تكون مفهومة في العرف، ومعهودة لمن يعبر بها، ومنها كأن يتم تحريك الرأس عمودياً للتعبير عن القبول، أو تحريك الكتف للتعبير عن الرفض، ويمكن أن تستعمل من الآخر أو من الناطق على السواء (1).

14 - إشارة الآخر: هناك أخرس أصلي وهو الذي يسمح ولا يتكلم منذ الولادة، وهناك مصمت وهو الذو أعتقل لسانه لمركز أو غيره بعد أن كان يتكلم، وهو الخرس العارض أو الطارئ، ومن هنا يجب التعرز لإشارة كل منهما (2).  
أولاً: إشارة الآخر الأصلي:

أجمه الفقه الإسلامي على أن إشارته المصروفة كالنطق باللسان بحيث تقوم مقام العبارة ويتم بها العقد، لأنها الوسيلة الوحيدة التي يستطيع بها أن يعبر عن إرادته وأجراء تصرفاته (3).

---

(1) - توفيق العطار - المرجع السابق - ص 35 .

(2) - رضا سوار - المرجع السابق - ص 215 .

(3) - أحمد أبو الفتوح - المعاملات في الشريعة الإسلامية -

الجزء الثاني - الطبعة الثانية ص 231 / وكذلك انظر:

- محمد الألفي - المرجع السابق - ص 125 .

اما اذا كان قادرا على الكتابة ، فالسؤال المطروح هو :  
هل يصح عقده بالاشارة باعتبارها الوسيلة المعتادة له ؟  
او انه لايجوز عقده الا بالكتابة باعتبارها الوسيلة الاوضح  
دلالة على المراد لان الاشارة مهما كانت واضحة لا تخلو  
من الاحتمال ، اما الكتابة فتدل دلالة تامة على مراده  
لانها تسجيل لما يجرى على اللسان الذي يعبر عن الارادة  
الباطنة ، فأيهما يجب ان يعتمد به في هذه الحالة ؟ .  
يبدو من النصوص الفقهية ان بعض من الفقهاء يرجح الاشارة  
على الكتابة بحجة انها اصح من الكتابة (1) .  
وجماعة اخرى قدمت الكتابة على الاشارة لانه لا ضرورة في  
الاعتماد على الاشارة الاخرى اذا كان يجيد الكتابة بالتعبير  
عن مقصوده وهذا اكثر دلالة وأبعد عن الاحتمال (2) .  
وبه اخذ قانون الاحوال الشخصية السوري (3) ، بينما  
هناك رأي ثالث يسيو بين الاشارة والكتابة بحيث يمكن  
للاخروس الكتاب ان يختار بينهما في انشاء عقده (4) .

- 
- (1) - ومن هؤلاء الشيخ الانصاري - اشار اليه هاشم معروف في  
المرجع السابق ص 139 .  
(2) - وهو الرأي المتبع عند الاحناف - اشار اليه وهبة  
الزحيلي في المرجع السابق ص 102 .  
(3) - تنص المادة 19 من قانون الاحوال الشخصية  
السوري على انه : "ويصح الايجاب والقبول من الصاجز عن  
الطائفة بالكتابة ان كان يكتب - والا فبإشارته المعلومة ."  
كما تنص المادة 27 من نفس القانون السابقة على انه :  
"يتم الطلاق باللفظ والكتابة ومن عاجز عنهما بإشارته المفهومة  
(4) - وبه قالت الشيعة الامامية والمالكية والحنابلة - اشار اليه  
محمد الفضيلات في المرجع السابق ص 48 .

وبه أخذ القانون الجزائري حيث لم يفرق بين وسيلة  
واخرى، فالإشارة والكتابة وغيرهما من الأفعال تقوم  
مقام الألفاظ حتى مع التمكّن منها (1) .  
الا ان هاشم معروف يأخذ على ما قاله وحيد الدين سوار  
بشأن نسب الامامية الى هذا الرأى حيث يقول :  
" هذه النسبة لا واقم لما وذلك لان فقهاء الامامية  
بمعد ان أقروا مبدأ الاكتفاء بجميع الوسائل التي  
تعبر عن ارادة المتعاقدين العاجزين عن النطق  
في انشاء العقود انقسموا الى فئتين ، احديهما ترجح  
الإشارة على الكتابة ، والثانية ترجح الكتابة على  
الإشارة تماشياً مع النصوص المروية عن الائمة " ،  
ثم يمضي فيقول : " ان السبب الذي أوقعه في هذا  
النوع من الخطأ يعود الى أمرين :  
الاول : عدم تصرفه على فقه الشيعة واستقصاء آراء  
فقهاءهم المنتشرة في أكثر المجاميع .  
الثاني : جهله بطريقة الامامية في استنباط الاحكام  
وبالصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي (2) .

- 
- (1) - تنص المادة 10 / 2 من قانون الاحوال الشخصية الجزائري  
على مايلي : " ويصح الايجاب والقبول من الصاجز بكل  
ما يفيد معنى النكاح لفة او عرفا كالكتابة والاشارة " .  
(2) - هاشم معروف الحسني - المرجع السابق ص 141 .

ثانيا : اشارة المصمت : وهو الذو اعتقل لسانه بصد  
ان كان يتكلم ، فيصبح في حالة الخرس الاصلي ، و اشارته تقبل  
في التعاقد بشرط :

اولا : ان تكون مفهومة ، وفي حالة تمذرك ذلك يقوم وليه مقامه  
في انشاء تصرفاته لأنه فعلا في اول الامر يجد نفسه  
امام عالم جديد قريب عنه وبالتالي لا بد من مرور مدة  
معقولة حتى يألّف هذه التعابير ، ويسهل عليه افهام  
الناس بها .

ثانيا : مدة دوام عقله اللسان المختلف فيها ، فمنهم من جعلها  
حتى الموت وبعدهما تنفذ التصرفات مستعدة الى تاريخ  
صدورها (1) ، ومنهم من قدرها بسنة كاملة تمر على خرسه  
الطارء لتعمد بعد ذلك اشارته ويلحق بحكم الاخر الاصلي (2) .  
15 - اشارة الناطق : هناك رأيين بصدد اشارة الناطق  
كوسيلة للتعبير عن الارادة :

الاول : ويقول به المالكية والحنابلة ، فهي عندهم تشمل  
الكتابة والعبارة ، ويعقد بها العقد ، وهذا تماثيا دائما  
مع القاعدة المعتمدة عندهم والتي تقول : " ان العقد ينمقد  
بما يدل على الرضا " ، كما انها تسمى كلاما

---

(1) هذا الرأي فيه حرج على الناس وخاصة في المعاملات التجارية  
التي تنصف بالسرعة في التصرفات .

(2) - السنيور - مصادر الحق - ج 1 ص 405  
- عدنان خالد التركماني - المرجع السابق ص 65 ،  
- رضا سوار - المرجع السابق - ص 220 .

في اللفظة مصادرة ذلك ما جاء في القرآن الكريم حيث قال تعالى : (آيتك إلا تكلم الناس ثلثة ايام الا رمزا ) ، والرمز هو الاشارة بحيث يمكن جوازهما اولى من المعاطاة (1) ، وفي هذا الرأي كما هو واضح يوجد كثير من التسامح ، لأن الاشارة مهما كانت معتمدة و مفهومة ، يبقى فيهما احتمال ان يراد بها غير ما يفهمه من يراها ومن الافضل ان يتم التعبير عن الارادة بما يحتمل ، بدلا من ما هو محتمل ، وقد استثنى المالكية عقد الزواج ، بحيث لا يصح بالاشارة من القادر على النطق والكتابة لما له من أهمية ينفرد بها (2) ، اما الرأي الثاني والذي قالته الاحناف والشافعية (3) ، ومفاده اذا كان العقاد قادرا على النطق فلا يعقد العقد باشارته ، لأن الكلام هو الاصل في التعبير ، ولا يلجأ الى غيره الا عند الضرورة ، الا ان هذا الرفض لم يكن مطلقا ، بل كان يسيير تدريجيا نحو الاعتداد بهما ، فنهم يرفعونها الى منزلة الكلام اذا تعلقت بهما العبارة ، كما استثنوا حالات أرمصة على سبيل الحصر وهي ( الكفر والاسلام والنسب والافتداء ) ، يعتمد فيها باشارة الناطق (4) .

- 
- (1) - السنهوري - مصادر الحق - ج 1 ص 106 .
  - (2) - خالد التركماني - المرجع السابق ص 64 .
  - (3) - عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والارادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي - سنة 1984 ص 26 .
  - (4) - رضا سوار - المرجع السابق ج 1 ص 227 .

الا أنه مما يمكن قوله ان هذه التفرقة ليس لها اي اثر من الناحية العملية ، زد على ذلك انه من الافضل ان يتم المقدم بالاشارة بدلا من السكوت الملائس والتحايط ، لان كل منهما يخرج عن الاصل المقرر وهو لفظة التعبير . وهذا ما اخذ به صراحة القانئون المدني العراقي في المادة 23 التي تنص على انه : كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة ، يكون بالكتابة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس (1) .

اما التشريع الجزائري ، والمستفاد من نص المادة 55 قانون مدني أنه هو الاخر لم يتم هذه التفرقة .

### المبحث الرابع

#### المعاطبات (2)

نصرت في هذا المبحث تعريف وشروط المعاطاة ، ثم اراء الفقهية المختلفة التي قيلت في عقود المعاطبات ، ثم في عدد الفروع .

16- تعريفه وشروطه : المعاطاة او بصا يسمى بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وهو انشاء المقدم بالمبادلة بين المالكين ، بان يسلم البائع العين الى الطرف الاخر ويتسلم منه العوض المقابل لها بقصد انشاء التملك من الطرفين في الحال دون تلفظ بنحو يكون التسليم والتسلم الحاصلين منهما بمنزلة الايجاب والقبول اللفظيين (3) .

(1) - رضا سوار المرجع السابق ص 222 ، بينما رقم النص عند فن الصدة في كتابه نسالية المقدم ص 94 ، هو 79 وهو يتطابق مع نص المادة 106 مدني كويتي .

(2) - المبادلة الفعلية الدالة على التراضي (المعاطاة) التي لم ينص عليها اي تشريع عربي يستثاء القانون المدني العراقي ، وان هناك من يقول انها من صور التعبير الضمني من فرج الصدة المرجع السابق ص 24 .

(3) - امام معروف المرجع السابق ص 150 / احمد ابو الفتح المرجع السابق ص 111 .

والتعاطي يمكن ان يكون من الجانبين ويتحقق ذلك بتبادل  
البدلين ، وهذا هو الاصل ، لان انشاء المعاملة بالتعاطي  
من الطرفين هو الذي يقوم مقام الايجاب والقبول اللفظيين .  
كما يمكن ان يكون من جانب واحد كأن يأخذ البائع  
الثمن ولم يسلم المبيع (1) ، ويشترط في التعاطي كوسيلة  
للتعبير عن الارادة شرطين ، الشرط الاول وهو الرضا ، أي  
ان عملية الاعطاء والاخذ لا يبدان تستند الى رضا لا يرقى الى  
الشك بحيث الرفض الصريح ينفي الرضا المستخلص من  
التعاطي ، وهذا التشدد راجع لاعتبار التعاطي خروجاً  
عن الاصل الصام في التعبير ، اما الشرط الثاني فهو لا يبد  
من حركة ايجابية تتمثل في الاعطاء من جانب واحد  
او من جانبين (2) .

17 - الآراء الفقهية في التعاطي : لقد اختلفت المذاهب  
فمنهم من أجازة على الاطلاق ولو من جانب واحد ، ومنهم  
من منعه مطلقاً ، ومنهم من وصل اليه تدريجياً ، هذا  
الاختلاف فيما يخص عقود المعاوضات المالية ، اما في عقد  
الزواج فان الاجماع قد انعقد بينهم على عدم جوازه  
بالتعاطي ، وعلى هذا الاتفاق والاختلاف سوف نتعرض  
لذلك بشيء من التفصيل .

(1) - رضا سوار - المرجع السابق - ص 232 .

(2) - رضا سوار - ما قبله - ص 234 ، 235 ، 236 .

أ) في عقود المعاوضات : لقد سبق القول ان الفقهاء قد اختلفوا في صحة المعاوضة في عقد المعاوضات الى مذاهيب مختلفة .  
13 - اولا : المذهب الحنفي : ما يمكن قوله ان هذا المذهب لم يصل الى اعتبار المعاوضة كوسيلة للتعبير عن الارادة بآفة واحدة ، وانما وصل الى ذلك تدريجيا ، ففي مرحلة أولى كان يعترف به بكمال حذرو وحيطة ، وفي نظرة ضيق ، فيتتم به العقد فيما هو خسيس دون النفيس (1) ، وهناك جملة من المعايير وضعت للتفرقة بين ما هو نفيس وما هو خسيس وهي :

- 1 - النفيس هو نصاب السرقة فصاعدا ، اما الخسيس ما دونه .
  - 2 - الخسيس هو الاشياء المحققة ، كالبقول والبرقيف .
  - 3 - النفيس ما كثر ثمنه ، والخسيس ما قل ثمنه (2) .
- بالاضافة الى انه كان يقرر التعاطي فقط من جانبين وعدم الاكتفاء به من جانب واحد ، بحيث كان يعتبر البديلين جميعا شرليا في تمام العقد ، ثم في مرحلة ثانية وبعد ان تطور المذهب اتجه الرأى الراجح عندهم الى جريان التعاطي في الخسيس والنفيس معا ، واصبح العرف يبراهما وسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقدين وكاشفة عن رضاهما بتلك المبادلة (3) .

---

(1) - السنهوري - مواد الحق - ج 1 ص 107 ،  
- هاشم معروف - المرجع السابق - ص 157 .  
(2) - السنهوري - المرجع السابق - ص 108 .  
(3) - هاشم معروف - المرجع السابق - ص 158 .

أما عن محل التعاطي نجد هناك رأيين :  
الرأى الأول للاستياد السنهورى ، ويذهب فيه الى ان هذا الفقه  
بعد ان كان لا يبرى تمام العقد بالتعاطي من الطرفين ، أصبح  
يكفى بالقبر من أحدهما والاعطاء من جانب واحد ، مع  
أنه كان هناك اختلاف بين فقهاء المذهب ، الا اننا نرجح  
الرأى القائل بالقبر من أحد البدلين (1) .

أما الرأى الثانى فهو للدكتور وحيد الدين سوار ، حيث  
أنكر هذا التطور وذهب الى ان الفقه الحنفى من ناحية  
الاكتفاء بها من طرف واحد لا يزال جامدا (2) .

12 - ثانيا : المذهب الموسى وقال به المالكية  
والحنابلة ، فالمذهب المالكي أجاز التعاقد بالمعاطاة  
ولم يفرق بين المحقرات وغيرهما (3) ، ولا بين التعاطي من  
الطرفين او الاعطاء من طرف واحد ، غير ان العقد الذى يتم  
بالمعاطاة لا يكون لازما بقبر البدلين جميعا ، اما اذا قبر  
أحد البدلين دون الآخر فان العقد يتم صحيحا ، ولكن يجوز  
للمتضرر حقه الاعتراض بطلب الفسخ (4) .

---

(1) - السنهورى - مصادر الحق - ص 106 .

(2) - يقول رضا سوار فى رسالته السابقة ص 243 " اننا نعتقد ان الاكتفاء  
بقبر أحد البدلين هو أليق بمبدأ الرضاية المطلق الذى لا يقبله الا حناف  
فى مجال الصيغة الا بتحفظ بالغ ، ذلك لأن التعاطي من جانبين يتضمن  
ايجابية نلمسها فى قبر البدلين ، وهى تبدو فى اشتراط عنصر مادي  
لموسى زائد على التراضي المحض " .

(3) وهذا عملا بالقاعدة المشهورة لديهم والتي مفادها :

( كل ماعده الناسي بيعا فهو بيع ) .

(4) - هاشم معروف الحسنى - المرجع السابق - ص 159 .

أما المذهب الحنبلي فقد توسر حتى أنه يكتفي بكل ما يدل على التراضي ويكشف عن ارادة المتعاقدين ولو لم يكن بالالفاظ والتماطي (1) ومن ذلك تبين ان المذاهب الثلاثة تلتقي كلها في الاكتفاء بالمعاطاة في تكوين العقد ولا خلاف بينهم في أصل المبدأ :

20 - ثالثا : المذهب الشافعي : خالف الامام الشافعي

جميع المذاهب الفقهية في هذه المسألة وأمعن في التصيب بالالفاظ ، فمقد المعاطاة عنده معاملة فاسدة لا تبيح لأومن المتصاطيين التصرف فيما وصل اليه من الطرف الآخر وعليه ارجاعه الى مالكه ، اما من الناحية الدينية أنهم وصلوا الى درجة الى أنه لو تصادف شافعي مع مالكي يعتبر المالكي عاصيا لأنه سهل المعصية للشافعي وأعاناه عليها ، ويحرم على الشافعي أيضا ، لاعتقاده بعدم مشروعيتها (2) ، وفعلا لقد تلقسوا هجومًا عنيفًا وخاصة من الحنابلة الذين لم يبروا للالفاظ أي ميزة على غيرها من الوسائل الكاشفة عن ارادة المتعاقدين (3) ،

---

(1) - رضا سوار - المرجع السابق - ص 262 .

(2) - هاشم معروف - المرجع السابق ص 172 .

(3) - عبد الرحمان الصابوني - شرح قانون الاحوال الشخصية السوري - ج 1 -

الزواج و آثاره - مطبعة الداود و دمشق 75 ص 107 .

٢١ - رابعاً : المذهب الشيعي :

لقد اختلفت الآراء الحديثة فيما يخص موقف هذا المذهب اتجاه المعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، فمنهم من يقرر ان هذا المذهب يقول بفساد المعاطاة ، ويحترم اللفاظ الى حدود التقديس ، معتمدين في ذلك على الجواهر ومقتاح الكرامة (1) .

اما الرأي المخالف (2) الذي يعتمد على ان القول الشائبة بين فقهاء الامامية هو صحة المعاطاة وافادتها الطاك ولم يقل بفسادها احد من هؤلاء ، باستثناء العلامة الحلبي وتراجع عنه اخيراً ، بمعنى انه اجاز التعاقد بالمعاطاة ، اما البقية الاخرى او بقية المذهب الشيعي فقد رجحوا عدم الفرق بينهما (المعاطاة) وبين العقود التي تتم بالالفاظ من حيث لزومها ووجوب الالتزام بها ، وحتى القائلين بأنها لا تفيد سوى اباحة التصرفات بجميع انواعها ، لم يدعوا بأنها من العقود الفاسدة ، بل يذهبون الى انها معاملة قائية بذاتها تؤثر في اباحة التصرفات لكل من الطرفين في العوض الذي انتقل اليه .

وفي الاخير يقرر الاستاذ (3) ان المذهب لم يتعصب للالفاظ كما يزعم البعض (4) .

---

(1) - ويقول به كل من الاستاذ السنهوري في مصادر الحة ج 1 ص 121 ، والدكتور رضا سوار في رسالته السابقة ص 248 .

(2) - يقول به الاستاذ هاشم معروف الحسني في المرجع السابق ص 152 .

(3) - هاشم معروف - ما قبله ص 165 .

(4) - ويقصد بذلك كل من الاستاذ السنهوري ، والدكتور رضا سوار - المرجع السابق ص 155 .

بالعكس عقد المعاوضة لا يعد فصيلاً ولا فاسد ، بل هو  
مماثلة صحيحة قائمة بذاتها .  
ونحن بدورنا نميل الى الرأي الأخير لما فيه من دقة ،  
وأنة لا يمكن بأى حال من الاحوال ان ننسب الى مذهب  
كامل رأى ينفرد به أحد فقهاءه في احدى مواضعه ،  
ثم يتراجع عنه في مؤلف لاحق ، حسب قول ماشم معروف ،  
كما ان موقفنا هذا يدعوا من وراء ذلك الى القول بأن هذا  
المذهب يتفق مع أغلبية المذاهب التي تجيز المعاوضة  
وبهذا نصل الى رأى متفق عليه من طرف الجميع ، وهذا  
ما أخذ به صراحة القانون المدني العراقي في المادة 76  
منه ، اما المشرع الجزائري فلاحظ سكوت المادة 60 قانون  
مدني على عدم ذكره ، فهذا لا يجعلنا نقول بأن المشرع  
لم يأخذ به ، وانما يمكن تفسير النص من الناحية الايجابية ،  
وتترك الامر الى القاضي يستخلص الواقعة من ظروف الحال .  
بـ في عقد الزواج : المتفق عليه بين الفقهاء ان عقد النكاح  
لا ينعقد الا بالالفاظ الدالة عليه دلالة واضحة (1) ، ولا شك  
ان هذا الاجماع له حكمته ويمكن توضيح ذلك في اربعة  
وجوه ، وهي :

---

(1) - عبد الناصر توفيق الطائر - المرجع السابق - ص 32 ،  
- وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 101 ،  
- بدران ابو المينين بدران - الفقه المقارن للاحوال الشخصية  
بين المذاهب الاربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون  
الجزء الاول - الزواج والطلاق - دار النهضة العربية بيروت - ص 32 .

٢٢- أولا : ان النكاح لا يبدّ فيه من لفظ يشهد على انه تزويج لازنى ، لان القاعدة المعمول بها في هذا الصدد ، ان الشهادة شرط في النكاح بخلاف البيع الذي لا يشترط فيه ذلك ، فجوزوا فيه المناولة .

٢٣- ثانيا : ان النكاح عظيم الخطر جليل المقدار ، لانه سبب بقاء النوع الانساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات ، والقاعدة ان الشئى اذا عظم قدره تشدد فيه وكثرت شروطه وبولغ في ابعاده ، الا لسبب قوي تعضيمه لشأنه ، ولذا تشدد المشرع فيه فأشترط الصداق والشهادة والولي وخصوصا الالفاظ (1) .

وبهذا كان موقف المشرع الجزائرى ، حيث تنص المادة 10 من قانون الاسرة على انه : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق " .

٢٤- ثالثا : ان الاصل فى النساء التحريم حتى يعقد عليهن بملك او نكاح ، والقاعدة ان المشرع يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحية ، اكثر من الخروج من الاباحية الى الحرمة ، لان التحريم يعتمد المفسد ، فتعيين الاحتياط له ، فلا يقدم على محله فيه المفسدة الا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة ، او يعارضها ، ويمنع اباحية ما فيه بأيسر الاسباب دفعا للمفسدة بحسب الاماكن (2)

---

(1) - خالد التركماني - المرجع السابق ص 52 .

(2) - خالد التركماني - ما قبله - ص 52 .

25 - رابعاً :عموم الحاجة الى البيع ،لأنه لاغنى  
عن مأكول ومشروب وملبس ،بحيث لا يخلو مكلف غالباً من  
بيع او شراء بخلاف النكاح ،والقاعدة في الفقه الاسلامي  
تخفيف في كل ما عمت به البلوى التشدد فيما  
لم تعم به (1) .

ونخلص من كل ما تقدم ان هذه التبريرات المقدمة  
والتي اعتمد عليها في جعل عقد النكاح يتم الا  
بالألفاظ ليس تشدد ، وانما نظراً لجلاله وخلوه ،  
ولما فيه من معنى العبادة للمولى عزّ شأنه ،  
ولما له من تأثير على النظام العام والآداب .  
وفعلاً لقد أصاب المشرع الجزائري عندما اشترط  
الاشهاد بحيث لا يتمكن الشهود من معزفة العقد  
الا بسمام لفظ الايجاب القبول .  
وللتذكير ان المطاطاة كوسيلة للتعبير عن الارادة قد  
أخذت مكانها في الفقه الاسلامي ،وبعض التشريعات  
العربية ، كالقانون العراقي الذر نص عليها صراحة .

---

(1) - خالد التركماني - ما قبله - ص 52 .

### المبحث الخامس :

#### أي موقفة يدل علي الرضا :

وقد يكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي مسلك آخر لا تدم ظروف الحال شكاً في دلالة علي حقيقة المقصود . بمعنى أي عمل يقوم به الشخص ويدل دلالة أكيدة علي وجود الإرادة (1) ، فمركز التاجر ليضائعه في واجهة محله مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً صريحاً ، وفعلاً كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى يحتوى علي نص (2) ، في هذا الموضوع إلا أنه حذف لعدم الحاجة إليه إذ يسهل علي القضاء تطبيقه هذا الحكم دون نص عليه .

كذلك إذا وضع شخص آلة معينة تؤدي للجمهور خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كالوزن أو آلة لبص الحلوى ، أو لتوزيع طوابق البريد أو تقديم المشروبات أو الاطعمة في الطريقة العام مع بيان كيفية الحصول علي خدماتها وثنها ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (3) .

---

(1) - محمد لبيب شنب - موجز فسي مصادر الالتزام - المصادر الارادية - العقد والارادة المنفردة - دار النهضة العربية - بيروت 1970 - ص 25 . - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 122 .

- محمد صبرى السعدى - المرجع السابق ص 37 .

(2) - نص المادة 124 : "يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً ، أما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاروالتعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للافراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوى للتفاوض" .

(3) - إلا أن القضاء والفقهاء في فرنسا يتجه الي جعل بعض هذه الفروض المذكورة من صور التعبير الضمني - نقض فرنسي في 2 ديسمبر 1969 ، دالوز 1270 / أرجح الي الدكتور صبرى السعدى - المرجع السابق - ص 27 .

وفعلا أخذت به التشريعات الجزائية وكثيره من التشريعات العربية الأخرى في نصوص المادة 60 من القانون المدني ،  
طبعا وهذا ما أكدته الفقه الإسلامي ، والمستخلص من مذاهبه المختلفة ، أنه هناك فعلا ميلا إلى العدول عن اللفظية ، واعتبار التعاقب جوائز باتخاذ أو موقف لا تدعم ظروف الحال كما في دلالاته ، لأن العبارة بالأفهام سواء كان الإيجاب والتبطل كالأمر أو كتابة أو إشارة أو فعلا ، كأن يقول البائع بعتك بكذا فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ، كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي لأن هذا الأخير ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن ، وفي هذا يمكن القول إن أغلب التشريعات العربية ومنها التشريعات الجزائية في المادة 60 ، والمصري في المادة 60 ، والسوري في المادة 68 ، والعراقي في المادة 70 ، تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة المذاهب التي تعتمد قاعدة " كل ما عده الناس دالا على البيع يعقد به البيع " ، كما أنه هناك اتفاق على تمام العقد بالوسائل الحديثة من بمرق وماتصف واعتبارهما من صور التعبير الصحيح .

## الفصل الثاني التعبير الضمني

تمهيد :

نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نتكلم في الاول عن مفهوم التعبير الضمني ، وفي الثاني نعرض قاعدة الحرية في التعبير عن الارادة ، اما المبحث الثالث نخصصه للاستثناء الوارد على قاعدة الحرية في التعبير .

### المبحث الاول

#### مفهوم التعبير الضمني

ونقسمه الى مطلبين ، نعرض في الاول منها تعريفه ، وفي الثاني معيار التفرقة بين التعبير الضمني والصريح .

### المطلب الاول

#### تعريفه

يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الارادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الارادة ، بمعنى ان هذا المظهر ليس موفي ذاته تعبيراً مباشراً عن الارادة ، ولكنه اشارة على وجودها ، فالارادة تستخلص منه ، وذلك لا يكون الا عن طريق تفسيره واعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي (1) .

---

(1) قال به كل من : رضا سوار - شرح القانون المدني ،

الجزء الاول - مصادر الالتزام - المطبعة الجديدة - دمشق -

طبعة (2) - سنة 1977 / 1978 ، ص 56 .

- عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة في القانون اللبناني

والقانون المصري - دار النهضة العربية للطباعة والنشر -

بيروت - سنة 1971 ، ص 24 .

- السنهوري - الوسيط ج 1 ، ص 177 / ونظرية العقد ص 152 .

- صبرو السعدى - المرجع السابق ص 57 ف 69 .

- لبنى مختار - المرجع السابق - ص 22 .

أمثلة للتعبير الضمني :

نذكر فيما يلي بعض الأمثلة .

1 - من ذلك أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه شيئاً معيناً بثمن معين ، وقبل صدور تعبير صريح من المعروض عليه بالموافقة على الشراء يقوم ببيع الشيء المعروض الى شخص ثالث فان البيع من جانبه يفيد أنه قبل الشراء (1) .

2 - ومنه أيضاً قيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة دليل ضمني على قبوله لها .  
كما يعرض على آخر أن يوكله في إبرام عقد معين ، فيقوم هذا الأخير بإبرام هذا العقد فضلاً . فيعتبر إبرام العقد من جانبه قبولاً ضمناً للوكالة ، لأنه لا يمكن تفسير قيامه بإبرام العقد الا على أساس أنه قبل الوكالة (2) .

3 - ومن أمثلة التعبير الضمني بقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون اعتراض منه ، ففي هذه الحالة يقوم إيجار جديد على أنقاز الإيجار القديم وان كان يتفرق معه في كل شروطه باستثناء المدة ، وهذا ما تقضي به المادة 500 قانون مدني جزائري "اذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الاولى ولكن لمدة غير محددة" ، و تتطابق مع المادة 590 مصري والمادة 556 مدني سوري والمادة 700 3 مدني عراقي (3) .

(1) - مبرور السعدوي المرجع السابق ص 67 ف 62 .

(2) - لبنى مختار المرجع السابق ص 22 .

(3) - مبرور السعدوي المرجع السابق ص 25 .

كما تنفق من نمر الفصل 793 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي الذي ينص على انه " اذا بقي المكثري بعد انتهاء مدة الكراء منتفعا بالمكثري حصل الامر على تجديد عقدة الكراء بعين الشروط السابقة وعين المدة المذكورة في الايجار الاول ان كانت مدته معينة ، فان كان بدون تعيين مدة جاز لكل من المتعاقدين فسخ الكراء ... " ، وهناك مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية حاولت توضيح حكم تطبيق هذا الفصل (1) .

اذن هذا الايجار الجديد يقسم على ارادة ضمنية مزدوجة ، فالمستأجر يبقائه منتفعا بالعين بعد انتهاء الايجار الاصيل يحتوي هذا على ايجار ضمني منه بتجديد الايجار ، والمؤجر بدوره ، بعمله بما فعله المستأجر وعدم اعتراضه عليه يقبل ضمينا عرف هذا الأخير ، فيقوم الايجار الجديد (2) .

- 
- (1) الرجوع الى بعض القرارات التصحيحية من القضاء التونسي وهي :
- قرار تعقيبي مدني عدد 9562 مؤرخ في 17/ماي 73 ، ن 74 .
  - قرار تعقيبي مدني عدد 2460 مؤرخ في 29 جوان 1973 ن 1970 .
  - قرار عدد 1526 مؤرخ في 26 جانفي 1930 ق ت ع 9 . 10 . 1960 ص 179 .
  - قرار عدد 2432 مؤرخ في 25 اكتوبر 1933 ق ت ع 9 . 10 . 1960 ص 176 .
  - قرار عدد 2257 مؤرخ في 20 جويلية 1937 ق ت ع 9 . 10 . 1960 ص 177 .
- هذه القرارات حاولت توضيح حكم الفصل (793) السابق الذكر ، انظر مجلة الالتزامات والعقود التونسية - المطبعة الرسمية - طبعة 66 ص 336 ، 337 ، 340 .
- (2) - في المعنى انظر : فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص 24 ، وعبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 98 .

4 - ومن ذلك أيضا ان يأكل الخمر الشيء المصروف عليه شراءه ، فالناس لم يتعارفوا على التعبير عن قبولهم في الشراء بأكل ما يعرض عليهم شراءه ، ومع ذلك فلا يمكن تفسير اقدام الشخص على الاكل الا على اساس انه قد قبل الشراء (1) .

5 - ومنه أيضا ان يتنازع الدائن والمدين على وجود الدين ، ثم يأتي المدين فيطلب أجلا لوفائه او يقدم تأمينا لضمانه ، ففي ذلك اعتراف ضمني من المدين (2) .

ويلاحظ أن الايجاب والقبول سواء في كيفية التعبير ، فقد يكون كلا منهما صريحا او ضمنيا ، الا انه فيما يخص استعمال الايجاب الضمني هناك رأي يعترض عليه معتمدا في ذلك أن الايجاب يفترض فيه وجود ارادة باتمه وصريحة (3) ، اضافة الى اماضت به المحكمة التجارية سان (4) ، حيث قررت أن الايجاب لا يمكن ان يعبر عنه ضمنيا ، ونفس الحكم قضت به محكمة النقض المصرية في أحد احكامها .

---

(1) - محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص 20 .

(2) - هذا ويتجه الفقه والقضاء في فرنسا الى جعل بعض الفرور المذكورة من صور التعبير الضمني ، صبرو السعدى - المرجع السابق ص 87 حاشية 21 .

(3) - JEAN LUC . AUBERT - Notions et Roles de L'Offre et de L'Acceptation dans la formation du contrat - Librairie générale de droit et de jurisprudence - Paris 1970 P.35 .

(4) - حكم المحكمة التجارية سان الصادر بتاريخ 20 مايو 1921 - دالوز 152/1/23 . اشار اليه جان لوك ماقبله ص 23 .

وفي المعنى انظر السنهوري - نظرية العقد - ص 156 .

حيث لم تستخلص الايجاب الضمني من الهبة من ان المورث فتح حسابا في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وقالت : "اذا كان كل ماقاله الحكم لاثبات الهبة ، ان المورث قد فتح حسابا في البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وانه فتح هذا الحساب الخامر مع وجود حساب باسمه هو في ذلت البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه مايدل على صدور ايجاب بالهبة من المورث لان نية الهبة لا تفترض ، وفعل الايداع ليس من شأنه بمجرد ان يفيدهما ، اذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح احدهما الا بمرجح (1) ."

الا انه قد يستخلص الايجاب الضمني في صفة استثنائية ، استنادا الى نص المادة 1752 قانون مدني فرنسي ، الذي يقابل نص المادة 509 مدني جزائري السابق ذكرهما .

بحيث نلاحظ انه في هذا النص ، يقتصر التعبير الضمني عن الارادة بوجود الايجاب .

فغير ان هذا التعبير الضمني المقترن بالايجاب لا يمكن ان يوجد الا اذا وجد عقد محدد من قبل (2) .

يستخلص من كل ما تقدم ان التعبير الضمني يكون عمادة في القبول بحيث كل تنفيذ اختياري لايجاب يعتبر قبولا ضمينا ، ويتم به العقد كما يمكن ان يستخلص الايجاب منه في بعض الحالات القليلة .

(1) من نقر مصري 9 ابريل 1949 مجموعة عمر 5 رقم 200 من 500 ، اشار اليه السنهوري الوسيط من 177 ح (1) .

(2) . P 35 . Op. Cit . Jean Luc Aubert من (2) .

## المطلب الثاني

### معيار التفرقة بين التعبير الضمني والصريح

في بعض الحالات قد يستلزم القانون او قد يشترط المتماقد ان وجوب التعبير الصريح عن الارادة لابرار أهمية التصرف القانوني الذي يراد عقده ، ومن هنا فالسؤال المطروح ، هو متى يمكن القول بأن الارادة لم يعبر عنها صراحة ؟ .  
اذن فالتفرقة بين هذين المفهومين ليست بسيطة كما يعتقد بها البعض ، اذ اختلفت الآراء في وضع معيار جامم ، الا أنه سندرج بعض المايير التي تداولها الفقه في هذا الصدد ، وسنقتصر على أكثرهما ذيوعا ، ونتمثل فيما يلي .  
20 - المعيار الاول : المؤلف وغير المؤلف :

وأساس هذا المعيار فكرة المؤلف وغير المؤلف في أسلوب التعبير او طريقته ، فالتعبير يكون صريحا اذا كان أسلوب الافصاح عن الارادة من قول او كتابة او اشارة او نحو ذلك من الاساليب الموضوعية للكشف عن هذه الارادة حسب المؤلف بين الناس (1) ، ويكون ضميا اذا لم يكن أسلوب الافصاح من بين الاساليب التي ألف الناس استعمالها في هذا الشأن ، بحيث لايتاح استخلاص دلالة التعبير في الصورة الاخيرة الا من طريق الاستنتاج (2) .

---

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 25 .  
(2) - انور سلطان - مصادر الالتزام - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القانون المصري والبناني طبعة 1968  
دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ص 53 ف 54 .

## 29 - المقيار الثاني :

البدلالة المباشرة والغير مباشرة .  
يرى أصحابه ان التعبير يكون صريحا او ضميا تبعا  
للدلالة المباشرة او غير مباشرة .  
فالتعبير الصريح هو التعبير المباشر ، سواء كان قولا  
او كتابة او اشارة ، هو الذي يقصد به ايصال الاعلان  
عن الارادة الى من توجه اليه ، والتعبير الضمني هو  
التعبير الغير مباشر ، هو التعبير الذي يقصد به ايصال  
الحلم بالارادة مباشرة بل يستدل منه بطريق غير مباشر  
على وجود هذه الارادة (1) .

الا ان هذا المقيار تعرض للنقد ، حيث يصل الدكتور جون  
لاك اوبيرت في رسالته السابقة الذكر الى ان التعبير  
الصريح عن الارادة لا يكون الا مباشرا بينما التعبير الضمني  
يكون مرة مباشر ، وأخرى غير مباشر بحريته ، تكون امام  
تعبير ضمني مباشر عندما يهدف التصرف ، المأخوذ بعين  
الاعتبار الى هدف مباشر ، كتفويض الايجاب مع التزام  
السكوت اما التعبير الضمني الغير مباشر هو عندما يكون  
التصرف يؤدي الى هدف غير مباشر والمثال على ذلك  
كأن يعلن الوارث على بيع جزء من الشركة قبل قبولها  
فهذا الاعلان لقبول الشركة يعد قبول ضمني غير مباشر (2) .

(1) - أنور سلطان - الموجع السابقة ص 52 ف 54 .

السندور - الوسيط ص 177 ف 75 .

(2) - جان لوك اوبيرت ص 35 - وفيه من المبادئ  
وتجدر الاشارة الى ان نظام قبول الشركة او عدم قبولها  
المعمول به في القانون الفرنسي وبذلك يتحمل  
الوارث ديون الشركة وحقوقها ، هذا النظام فيسّر  
موجود في التفتيات العربية اذ لا شركة الا بعد سداد

٢٥ - المعيار الثالث : معيار رينغ Rieg يعتقد هذا  
الاخيار ان الفقه اتفق في وضع معيار جامح ، ويتقدم  
بالتفسير التالي :  
حيث يقول : " تعتبر ارادة صريحة تلك التي لا تتلبد  
منها بذل مجهود لفهمها ، في حين تكون ضمنية اذا  
تطلبت منا في فهمها بذل مجهود معين ، وهي النتيجة  
عن سلوك خاص " (1) .  
ونخلص مما سبق ان الفارق العملي بين هذه المصايير  
السابقة الذكر ضئيل ، ان لم يكن معدوما ، فالاسلوب  
المألوف في التعبير عن الارادة هو في الوقت ذاته  
الاسلوب المباشر (2) ، ولا يتطلب منا بذل مجهود  
لفهمه ، ومن المحقق ان اتخاذ موقف معين ، او  
التزام سلوك بالذات للافصاح عن الارادة ، لا يستتبع حتما  
ان تكون هذه الارادة ضمنية ، فمن صور السلوك في بحر  
الفروع ما قد يعتبر اسلوبا مباشرا مألوفنا في الافصاح  
عن الارادة ، ويكون بهذا تعبيرا صريحا (3) .  
ومعنى يكن قيد أثر المشرع الا يفصل في المسألة بنص  
تشريعي صريح ، تاركا أمر البحث عن المعيار  
السليم لاجتهاد الفقه والقضاء ، وحسنا ما فعله المشرع  
لانيه ما قد يكون اليوم ضمينا ، قد يكون بعد فترة  
زمنية قصيرة جدا أسلوبا صريحا .

---

(1) - يوجد هذا الرأي في رسالة جان لوك اوبيرت

ص 81 .

(2) - في المعنى أدلر عهد الفتاح عهد الباقي -

المراجع السابق ص 26 .

(3) - عهد الفتاح عهد الباقي - ما قبله ص 26 .

## المبحث الثاني

قاعدة الحرية في التعبير عن الإرادة :

الأصل العام :

إن أي مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمينا يكفي في التعبير عن الإرادة . فالنوعان لهما نفس القيمة فيعتمد بالإرادة سواء عبر عنها صراحة أو ضمنا .

فالقاعدة العامة أن للشخص الحرية الكاملة في أن يعبر عن إرادته بالوسيلة التي تلو له ، إذ أن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة ، وهذا تطبيقا لمبدأ الرضاوية ، حيث أن التراضي وحده كاف لا يترام التصرف القانوني ، فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين (1) .

فالعقد طبقا لهذا المبدأ ، ذو وجود قانوني ، بمجرد إرادة صاحبه ويقوم هذا الوجود على سلطان إرادته وحدهما ولو جاءت عبارة من أي شكل خاص يقرر عليها من الخصم (2) .

ولا يفوتنا أن نشير إلى بعض مزايا هذا المبدأ ، والذي يعيد بالدرجة الأولى قد أقر لمصلحة الأفراد إذ أن عدم التقييد بشكلية معينة له فوائد عملية تتمثل أساسا في توفير ربح الوقت وسرعة التبادل في الأموال والخدمات مع تطور النشاط التجاري الذي جانب المرونة .

---

(1) - وحيد الدين رضا سوار : الشكل في الفقه الإسلامي من

السنهوري الموسيط من 177 ف 75 - د . صبري السعدوي من 27 ف 15

(2) - سوار - الشكل - من 5 ف 5 .

وإذا رجعنا إلى النصوص التي تتكلم في الشروط الأساسية لإنشاء العقد ، فإنها لم تحدد شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة ، وعليه ، يقتضي منا الرجوع إلى الجانب التاريخي للبحث عن هذا القاعدة الضمنية المقدسة من طرف القانون المدني ، حيث إن هذا المبدأ لم يصل إليه القوانين الحديثة إلا بعد تطور طويل ومر بمراحل ، انطلاقاً من القانون الروماني ، فالقانون الفرنسي القديم ، وأخيراً التقينات الحديثة (1) .

#### 1 - في القانون الروماني :

هذا القانون الذي هو عبارة على إجراءات ، كان ما يمكن أن يقال عنه ، أنه كان عبارة في الشكلية ، فالشكل وحده يجعل العقد صحيحاً وملزماً ، أما إرادة الشخص بمفردها لم تكن كافية ، بل لاستطيمه ان تتشبه التزام . ومن جهة أخرى ، إذا أبرم عقداً مستوفياً للشكل المقرر له قانوناً لا يستطيع المتعاقد ان يتحلل منه بدعوى ان ارادته معينة ، وهذا ما يؤكد غياب النهائي لفكرة الثقة والائتمان .

ومن المبادئ المعروفة ان القانون الوضعي يتطور بتطور المجتمع وبهذا كانت حاجات التجارة وتسهيل المعاملات من احدى الاسباب التي دفعت عجلة تطور القانون الروماني وخروجه من ما هو عليه . ففي مرحلة أولى كان الحاكم القضائي (البريتور) يمنح للمتعاقد الذي اعيبت ارادته ، دفعا بالضم أو بالاكراه ، حتى ولو تم العقد في الشكل المطلوب ، وهذا على غرار عكس ما كان عليه من قبل .

---

(1) - Alex Weil / François Terrés - Dalloz -

ثم في مرحلة تالية ظهرت طائفة من العقود المدنية وهي القرر والوديعة والعارضة ، ومن الحيابة ، أين يكفي فيها بتسليم العين محل العقد ، بدلا من اجراءات شكلية ، وبعدها وصل القانون أين استثنى اربعة عقود يكفي لانقضاءها التراضي : وهي البيع ، الايجار ، الوكالة ، الشركة (1).

ثم ظهرت عقود يكفي فيها قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وسميت بالعقود غير المسماة ، كالهبة بعوض ، والمقايضة .

رغم هذا التطور إلا ان القاعدة العامة التي بقيت مطبقة هي " ان الاتفاق المجرد لا يولد أي عقد " بينما تبقى الحالات الأخرى كاستثناء يرد على الأصل (2).

2 - الرضائية في القانون الفرنسي القديم :

أصبحت القاعدة فيه هي ما كان استثناء في القانون الروماني ، إلا ان الحد من الشكلية والهور الرضائية في هذه المرحلة كان راجعا لجملة من الأسباب تتمثل خصوصا فيما يلي :

تأكيد المبادئ الدينية وقانون الكنيسة ، فكان المتعاقد اذا أقسم على احترام عقده ولو لم يفرضه في شكل ضمان عند الحث باليمين خطيئة ، يعاقب عليها ، بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة الى فكرة الالتزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية (3).

(1) - صبري السعدوي - المرجع السابق ص 56 و 40 .

(2) - Alex Weill. Op. Cit . P 116 .

"Le Pacte nu ne donne naissance a aucune action"

(3) - السنهوري - الوسيط ص 149 .

العوامل الاقتصادية : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والإجراءات ، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة ، ثم ساد المذهب الفردي ، فنادى فقهاء القانون أن إرادة الإنسان وحدها كافية لإنشاء العقد ، وتترتب ما تشاء من آثار عليه ، ولذا فيجب أن تتحرر من الشكلية التي تفرض على إرادته الحرة (1) ، وتأكد المذهب أكثر في القرن السابع عشر ، حيث نجد (لوازيل) يعلن عبارته الشهيرة " أن البقر تقيد من قونهما أما الناس فيقيدون بألسنتهم " (2) ، ثم نجد دوماً يردد نظرية ديملان حيث قال : " الاتفاقات سواء أكانت سماتاً وغير سماتاً تلزم المتعاقدين بما اتفقوا عليه " ، وأعتقه (هذا المبدأ) من بعده بوتييه إذ يقول مجرد الاتفاق ملزم .

اذن كل هذه المحاولات الفقهية مهدت للشورة الفرنسية التي كانت انتصاراً لحرية الفرد وفضلاً اعتنقه القانون المدني الفرنسي كقاعدة عامة في المادة 1134 منه (3) .

بعد هذا العرف السريع لتطور هذا المبدأ لاحظنا كيف أصبحت القاعدة هي رضائية العقود ، وقد اعتنقتها القوانين الحديثة ، ومنها التقنين المدني الجزائري ، فصافها بنص صريح في المادة 59 منه ، والتي تقول : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الأخلاص بالنصوص القانونية " ، ثم جاءت النصوص الموالية لها ومنها المادة 60 من القانون المدني كتطبيقاً لها (4) .

---

(1) صبري السعدوي - المرجع السابق - ص 57 ف 40 .  
(2) - ALEX WEIL - OP - CIT . P 125 ( on lie les boeufs par les cornes , et les hommes par les paroles ) .  
(3) - ALEX WEIL - OP - CIT . P 125 .  
(4) صبري السعدوي - المرجع السابق - ص 56 ف 41 .

ومناك ملاحظة جديدة بالذكر هي انه في الوقت الذي مازال  
فقه القادرين الوضحي يبدل قساري جمده في ابراز هذه القاعدة  
والحد من الشكلية، نجد انه في الفقه الاسلامي يسود جميع  
المعقود، حيث يعرف الفقهاء العقد على انه "عبارة عن ارتجال  
الايجاب والساد من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت  
اثره في المعقود عليه (1) .

وان الاقمار من هذا التمريف ان العقد يدخل في عموم التمصرف  
القانوني بحيث هو ارادة محضة لا يختلط بالعمل المادي فاذا  
تبادل طرفان تعبيرين عن ارادتهما المتطابقتين يتم العقد الا اذا  
كان هذا العمل المادي هو الشكل الواجب في بعض المعقود، وهذا  
مثلا في عقد الزواج ينفي الشارع اعتباره ولا يرتب له امة بمجرد  
تراضي الطرفين عليه بل لا بد من النشر والاعلان بالشهادة على  
مذهب الجمهور وبغيرهما معا على المأمور عند مالك، فهو اذن عقد  
شكلي (2) .

في التمييز بين مبدأ الرضاية ومبدأ سلطان الارادة :  
ان مبدأ الرضاية سبق ان مؤداه فك القيود عن الارادة، وتحريرها من معنى كفاية  
الارادة لانتاج الاثر القانوني اما مبدأ سلطان الارادة فهو يتعلق بمسألة  
نطاق هذا الاثر القانوني الذي تنشئه الارادة التطبيقية من قيودها (3) .  
ومناك بعض الآراء الفقهية (4) تذهب الى اعتبار مبدأ الرضاية نتيجة لمبدأ  
سلطان الارادة .

(1) السيموري، ما أثار الحق، 1 من 73 / صبري السعدى والمرجع السابق  
ص 99

(2) محمد ابو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي ص 57

- السيموري المرجع السابق نفس الصفحة

- صبري السعدى - المرجع السابق ص 58

(3) رضا سوارب - الشكل في الفقه الاسلامي - ص 6

(4) مارتي ورنوج 2 في 35 اثار اليه رضا سوارب في المرجع السابق ص 11 .

فالحرية في إنشاء العقود في ظل المبدأ الأخير :  
- قد ترد على موضوع العقد ، فيكون للعاقدين الحرية  
في إبرام ما يشاؤون من العقود ، وترتيب ما يريدون من  
اثر عليهما .

- وقد ترد هذه الحرية على شكل العقد فيكون  
للعاقدين الحرية في التعبير عن ارادتهم في إبرامه  
غير مقيدتين باوضاع شكلية معينة غير أنه تكون لهن  
الحرية اذا لم ينص القانون على شكلية معينة مطلوبة  
لانعقاد العقد اذا استلزم ذلك فلا تكون لهن هذه  
الحرية حتى في الاتفاقة على استبعادها لانها في  
اغلب الحالات تكون وثيقة الصلة بالنظام العام يترتب  
على تخلفها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً .  
ويرى القائلون بهذا المبدأ لارادة سلطان مطلق في  
تكوين العقد وفي الاثار التي تترتب عليه ، حيث  
ان الروابط بين الناس مبنية على الروابط الفردية وان  
الارادة الحرة هي اساس كل هذه الروابط وان القانون  
يقوم على الحرية الشخصية وعلى وجوب حمايتها لانه وجد  
في الاصل لخدمة الفرد .

ولهذا لا يكون ملزماً بشيء الا اذا ارتضاء وقبله مختاراً .  
وقد ظهر هذا المبدأ بعد تطور ، وبالاخص على اثر  
لهور المذهب الفردي الذي اعتنقه الثورة الفرنسية و  
جعلته الاساس في تدعيم مبادئها الاساسية ثم وضع  
قانون نابليون على اساس من تقديس للفرد وكرس مبدأ  
سلطان الارادة ، وجعله دعامة الاحكام المنظمة للعقد  
في المادة 1134 من القانون المدني التي تقول :  
"الاتفاقيات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام  
القانون بالنسبة لمبرميهما ."

- وحكم هذا النص اوردته المشرع الجزائري في المادة 106 قانون مدني التي تقول : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين او لاسباب التي يقررها القانون" ، ويستتج من النصوص السابقة ان الالتزامات التعاقدية المعقدة على الوجه الصحيح تقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ، ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ ما يلي :
- ان الالتزامات الارادية هي الاصل اما التي تفرز فلا تكون الا استثناء ، ولهذا يجب حصرها في أضيق الحدود .
  - حرية التعاقد : حيث ان ارادة الفرد وحدها تكفي لبرام العقود ، وبالتالي تستطيع هذه الارادة انشاء الالتزامات العقدية دون قيد ولا يحد منها سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة ، كمن تشمل ايضا حريته في عدم التعاقد فلا يجبر ان يدخل في رابطة عقدية لايرغبها .
  - الحرية في تحديد آثار العقد : لا تدخل الارادة التشريعية في تنظيم طائفة من العقود الا عن طريق القواعد المكملة لارادة المتعاقدين ، الافراد لهم الحرية في تحديد آثار الرابطة القانونية ، والعقود الصماء والتي تنظمها الارادة التشريعية تكون أحكامها غاليا مقرررة او مكملة لا تطبق الا في حالة عدم اتفاق الطرفين على خلافها ، ويلاحظ ان القواعد الآمرة في العقود الصماء قليلة .
  - العقد شريعة المتعاقدين : فهو يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون ، فلا يمكن لأحد منهما الانفراد بتعديل او انهاء العقد ، ولا يجوز للقاضي ان يقوم بذلك ، لكن هذا المبدأ تصرح خلال القرن 19 لمحاولة الهدم وتدخل المشرع ليحد من مداه ، ويدخل عليه جملة من القيود تتمثل فيما يلي :
  - منح القاضي سلطة إعادة النظر في التزامات المتعاقدين وهذه هي نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 م ج والمادة 110 قانون مدني جزائري ، فيما يدخل

ومنها ايضا تنظيم بعض العقود تنظيمًا آمرا حتى أصبحت هذه العقود اقرب الى النظم القانوني منها الى العقد ، كعقد العمل ، وعقد التأمين .

اما حرية الفرد في التعاقد تخضع لقيود النظم العام ، اما عدم التعاقد فقد قيدت بالعقود الجبرية التي يجبر الشخص على إبرامها ، كعقود التأمين الجبري من المسؤولية عن حوادث السيارات . فعلا وهذا راجع للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حدثت في المجتمع ، والتي تفرض على المشرع ان يقوم بتنظيم هذا الدور الممنوح لارادة على اساس من اعتبارات المصلحة العامة ، كضرورات التوزيع والانتاج ، والرغبة في استقرار المعاملات ، ووجوب تدعيم ما يولده التعاقد من الثقة و الائتمان (3) .

---

(1) وللتوضيح اكثر انظر مايلي :

- بشري الجندي - ضرورة التطور الاشتراكي في مبادئ القانون المدني - مقال موجود بمجلة ادارة قضايا الحكومة سنة 11 (2) ص 742 حتى 748 .
- لبني مختار - المرجع السابق ص 22 حتى 31 .
- صبري السعدي - المرجع السابق ص 44 حتى 49 .
- رضا سوار - الشكل في الفقه الاسلامي ص 11 .

- Henri et Léon / Jean - Mazeaud - Leçons de droit-civil T. II.

Pag Premier volume - obligation - théorie générale -

Edition Montchrestien 1972 , p. 93. 96 .

### المبحث الثالث

الاستثناء الوارد على قاعدة حرية التعبير .

طبقا للقاعدة السابقة الذكر، ان جميع طرق التعبير عن الارادة كافية بوجه عام لتكوين العقد، وهذا هو مقتضى مبدأ الحرية في التعبير، غير أنه في بعض الحالات يجب ان يكون التعبير صريحا، وعلى ذلك نصت المادة 2/ 60 قانون مدني جزائري بقولها :

" ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمينا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا " .

ومن هنا ظهر استثناء يرد على الاصل العام ويتمثل في الحالات التالية التي سنقدمها في المطالب

التالية، وهذا بعد ان نتكلم في مفهوم الشكلية الحديثة ،

فان القانون في بعض الاحيان يستوجب ارادة صريحة ، وقد يتطلب ان يكون التعبير مفرغا في شكل خاص ،

كالكتابة (1) مثلا في هذه الحالة تكون ركنيا فهي

العقد يترتب على تخلفها البطلان لانه قصد يكون التعبير صريحا في بعض العقود، ولكن القانون يتطلب في

الشكلية .

---

(1) الكتابة اما ان تكون عرفية او رسمية ،

ومعناك حالات مختلفة تلزم فيها الشكلية بالمرسوق  
غير مباشر، كأن يتطلب القانون الكتابة كوسيلة  
للاثبات، ومع أنها لا تعتبر مظهرا مألوسا للتعبير  
عن الإرادة، إلا أنها مع ذلك تعتبر من الناحية  
العملية قيد على حرية المتعاقدين في اختيار الطريقة  
التعبير عن الإرادة .

وقد يتفق المتصاقدان على أن يتخذ التعبير عن الإرادة  
شكلا خاصا .

وأخيرا يمكن أن نتكلم بهذا الصدد عن شكلية القبض  
في العقود العينية .

اذن فهذه درجات ينتقل القانون فيها من الشكلية  
الى مادونها ، بقليل او كثير بحسب درجة خطورة  
التصرفة ، وهي جميعها تعتبر استثناء يترد على  
الاصول الذي يبيح التعبير عن الإرادة بأي طريقة .

## المطلب الاول

مفهوم الشكلية الحديثة : "في الجزائر" .  
الشكلية الحديثة وخاصة المتطلبة منها كشرط لقيام  
التصرف القانوني . تختلف عن الشكلية القديمة في انها  
حمائية واكثر مرونة ، كما تختلف عنها ايضا وبوجه  
خارجي في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد ، بل  
لابد ان تقترن بإرادة المتعاقدين ، فالإرادة هي التي  
يقع عليها الشكل والقانون هو الذي يحدد العقود الشكلية ،  
والشكل الذي يتطلبه فيها . (أ)

اما الشكلية القديمة ، فكانت شكلية جوميرية ، في حين  
انه اذا انجز الشكل قام العقد وحتى ولو كانت الإرادة  
معينة فالشكل في القانون الروماني وحتى بعد تطوره  
هو مصدر الالتزام ، فلا يجوز الطعن في العقد الشكلي  
بالخلط او التدليس او الاكراه (1) .

وكل ما يمكن قوله بصفة خاصة ان مفهوم الشكلية في  
الجزائر منوط بالدور الممنوح للإرادة في النظام الاجتماعي .  
فالشكلية تسمح للدولة بمراقبة اعم العقود المدنية منها  
والتجارية من الناحية الاجتماعية والاقتصادية . الامر الذي  
يتنافى مع تركها لحرية الاطراف في ضوء نظام اشتراكي  
وبدرجه اساسية تهدف الشكلية الى حماية المصلحة  
الخاصة هذه المصلحة التي تتمثل في عدة أوجه .

(1) ارجع الى

رضيا سوار - الشكل في الفقه الاسلامي ص 15 .

السنيوري - الوسيط ص 152 ف 45 .

صبري السعدوي المرجع السابق ص 59 ف 42 .

(أ) وبهذا تقترب الشكلية الحديثة من الشكلية المهدبة التي عرفتها  
في الفقه الاسلامي والتي تصد حلا وسطا يوفر بين

فمن جهة تلعب الشكلية دورا لا يستهان به في ضمان الثقة في المبادلات عن طريق ضبط نشوء العقد ومضمونه ، فالشكلية كشرط لنشوء العقد ، تلعب دورا أساسيا في اثبات صحة المضمون الذي وقع أمام الموثق ، لأنه لا يشك في محتوى العقد ووجوده ، ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير و هذه الضمانات لا تكون لو تم العقد رضائيا .

بالإضافة إلى ما يحققه هذا النوع من العقود التي يقوم بها شخص مختص من دقة في التعبير ، فتقلل من فرص النزاعات في محتوى العقد .

إضافة إلى ما تحققه من توحيد للعقود على أنماط معينة حسب النوع .

كما تقوم الشكلية ب ضمان دفع الضرائب و ومن جهة ثانية تتمثل المصلحة العامة في وجوب إعلان الكثير من التصرفات ، فهذه الشكلية تؤدي إلى حماية حقوق الغير بالإضافة إلى ضمان ضبط العقود وانضمامها (1) .

فالشكلية في القانون الجزائري في تزايد وتتمتع ، حيث عدد كبير من العقود دخل حيز العقود الشكلية وخاصة بعد صدور أمر 70 / 12 / 15 المتضمن لقانون التوثيق (2) ، ومن هنا نتساءل عن مسير قاعدة رضائية العقود التي أقرتها المادة 59 قانون مدني والمواد التطبيقية والخاصة التالية لها .

ويتضح ذلك بحد أن نتعمق للحالات المختلفة والتي تشمل في الاستثناء الوارد على الأصل السابق الذكر .

(1) Madame . J . Ben-Deddouche - Déclaration de volonté et formation du contrat en : droit algérienne - revue algérienne de science juridique, économiques et politique - 1er Mars 1981 PAGE.26.27. -Alex Weill Op. Cit . P 117 / 126 .

(2) نعتد بالأساس على المادة 12 من الأمر رقم 70/70 المؤرخ في 12 ديسمبر 70 جريدة رسمية 1970 رقم 1228 م 70 والتي سنتعمق لها فيما بعد بشيء من التفصيل .

## المطلب الثاني

القانون يستوجب ارادة صريحة

هناك حالات يجب ان يكون التعبير عن الارادة فيها صريحا ، فيكتفي المشرع فيها بأى وسيلة للتعبير الصريح ولكن لا يرضى عنه بديلا . فان لم يكن التعبير صريحا لا يعقد العقد .

وهي احوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد الى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم العقد الا بعد التروى ، وبعد ان تصدر منه ارادة صريحة ، ولذلك قيل ان تطلب التعبير الصريح نوع من الشكلية المهذبة . (1)

مثل ذلك مما تقضي به المادة 331 قانون مدني جزائري فتص : "لا تكون الدفاتر والاوراق المنزلية حجة على من صدرت منه الا في الحالتين الاتيتين :  
1 - اذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديننا .  
2 - اذا ذكر فيها صراحة انه قصد بمادونه في هذه الدفاتر والاوراق ان تقوم مقام السند لمن اثبتت حقا لمصلحته ."

(1) احمد بن سلاهمة - المرجع السابق - ص 86  
السنهوري الوسيط ص 178 ف 76 .

... وبإثبات التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها  
... ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (1).  
... وبإثبات ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر  
... من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار  
... من الباطن (2).

... والمادة 4/151 التي تنص على أن "الضرورة لأعداء  
... المدينين إذا صرح كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".  
... وقد يقتصر القانون على ما دونه ذلك فيقف عند حد  
... التشدد في استخلاص التعبير الضمني ، فيتطلب درجة  
... واضحة من التعبير الضمني ، ومع ذلك لا يصل الأمر إلى  
... درجة التعبير الصريح ، ويمكن اعتبار هذا النوع من  
... التعبير الضمني مرحلة وسطى بين التعبير الضمني  
... المادة وبين التعبير الصريح .

---

(1) وهذا ما تقضي به المادة 406 قانون مدني  
جزائري : بقولها :

"إذا كان البائع قد استوفى ما للتركة من ديون  
... أو ساء شيئاً منها وجب أن يرد للمشتري ما قبضه ما لم  
... يكن قد اشترط صراحة عدم الرد وقت انعقاد البيع."  
(2) ما تقضي به المادة 505 قانون مدني جزائري .  
"لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يؤجر  
... إيجاراً فرعياً كل ما استأجره ، أو بعضه بدون  
... موافقة صريحة من المؤجر كل ذلك ما لم يوجد  
... نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ."

ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 1/282 قانون مدني جزائري، "على ان التجديد لايفترق بل يجب الاتفاق عليه صراحة او استخلاصه بوضوح من الظروف".  
وهي تتطابق مع نص المادة 354 مدني مصري ، والمادة 356 سوري .

وما تنص عليه المادة 217 قانون مدني جزائري "على ان التضامن بين الدائنين او بين المدينين يكون بناء على اتفاق او نص في القانون".  
ويفهم من هذا النص ان الاصل هو انقسام الالتزام على المدينين في حالة تعددهم ، ولا يعدل عن هذا الاصل الا في حالتين الاولى : اذا وجد نص في القانون يقضي بالتضامن من المدينين ومن امثلة هذه النصوص ما جاء في المادة 126 قانون مدني جزائري التي تقول :  
" اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين بالتزامهم بتعويض الضرر .

الثانية : اذا وجد في العقد اتفاق يقضي بالتضامن اتفق عليه أطراف العقد صراحة لاضمانا .  
وهناك حالات اخرى كثيرة في القانون ، يشترط فيها التعبير الصريح للكشف عن مضمون الارادة .

الا أن المحياكم لا تتشدد دائما فى مفهوم التعبير  
الصريح اذ يكفي لديها ، لكي يكون التعبير صريحا  
ان يكون ممكن الاثبات على نحو لا يشوبه لبس  
او غموض (1) .

---

(1) انظر الى ما يلي :

- السنهوري - الوسيط - ص 177 .
- رضا سوار - مصادر الالتزام ص 55 ، 56 .
- احمد سلامة - المرجع السابق - ص 86 .
- لبنى مختار - المرجع السابق ص 23 ، 24 .
- أنور سلطان - مصادر الالتزام ص 58 ، 59 .
- فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص 94 :

## المطلب الثالث

### شكلية الانعقاد

وهي الحالة التي يتطلب فيها القانون الشكلية كشرط لقيام العقد وهذا ما يسمى بالعقود الشكلية .  
ان القانون في بعض التصرفات لا يكتفي لانعقادها اظهار الارادة الحرة للمتعاقدين ، بل يتطلب ان يكون التعبير مفرغا في شكل معين ومحدد (1) .

ويراعى ان الشكلية في القانون المعاصر عامة ، وفي القانون الجزائي بصفة خاصة . يجب توافرها الى جانب التراضي والمحل والسبب ، ولا يغني احدهم عن الآخر . باعتبار ان القانون حين يفرضها يستمدف بما تحقيق مصلحة عامة ، ولذا كان جزاء تخلفها البطلان ، وغالبا ما يكون الشكل المطلوب هو الكتابة الرسمية والتي يقوم بها موظف عام مختصر . وفقا للاوضاع التي يحددها القانون ويسمى العقد الشكلي في هذه الحالة عقدا رسميا (2) .  
اذن فمذه الشكلية تتمثل في مراقبة رضا المتعاقدين من طرف الموثق ، هدفها كقاعدة عامة ، ضمان جدية الرضا لحماية مصالح الاطراف .

ومن هنا فالسؤال المطروح يتمثل فيما يلي :

ما هي العقود التي تتطلب تدخل الموثق لانعقادها ؟  
وما هو الجزاء المترتب على تخلف هذه الشكلية " الكتابة الرسمية " وفقا للقانون الجزائي ؟ .

---

(1) السنهوري نظرية العقد ص 148 ف 153

Alex Weill op.cit;P 132.

(2) صبري السعدي - ص 59 ف 42 .

الفرع الاول : العقود التي تتطلب تدخل الموثق :

حتى يتم انعقادها .

بمذا الصدد تنص المادة 324 مكرر 1 قانون مدني جزائري على انه زيادة على العقود التي يأمُر القانون باخضاعها الى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار او حقوق عقارية، او محلات تجارية او صناعية او كل عنصر من عناصرها او التنازل عن أسهم من شركة او حصص فيها، او عقود اجار زراعية او تجارية او عقود تسيير محلات تجارية او مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد . كما يجب تحت طائلة البطلان، اثبات العقود المؤسسة او المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الاموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد . " (1) ويلاحظ ان هذه المادة تتطابق مع المادة 12 من قانون التوثيق الجزائري (2) الا ان الفقرة الثانية منها لم يتضمنها نص المادة المشار اليها من قانون التوثيق . وبهذا الصدد سنحاول ذكر بعض العقود والتي وردت لا على سبيل الحصر في المادة 324 مكرر 1 القانون المدني الجزائري .

- 
- (1) قانون رقم 88 - 14 مؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 مايو سنة 88 يعدل ويتمم الامر رقم 79 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 75 و المتضمن القانون المدني جريدة رسمية العدد 18 ص 750
- (2) المادة 12 من امر 70 - 90 المؤرخ في 12 ديسمبر 70 و المتضمن لقانون التوثيق جريدة رسمية 1970 رقم 1228 ونجدها تقابل المادة 10 من قانون 3 جانفي 1967 من قانون التوثيق الفرنسي

- 35- (أ) التصرفات التي ترد على عقار .  
بالإضافة إلى الرهن الرسمي طبقا للمادة 883 قانون مدني  
جزائري التي تقضى بأنه " لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي  
او حكم او بمقتضى القانون ."  
ان كل باقي التصرفات و التي تتمثل اساسا في البيع و المقايضة  
و الهبة و تقرير حق انتفاع سواء بمقابل او بدون مقابل ان يرد  
في شكل رسمي اي امام موثق والا كان باطلا (1) .
- 36- ب- الاجارات الزراعية .  
ابقا للمادة الثانية عشر يقتضي توثيقها ، زد على ذلك ان امر  
8 نوفمبر 1971 المتعلق بميثاق الثورة الزراعية الذي يهدف الى  
عدم تمكين الافراد من حيازة مساحات واسعة من الاراضي  
تتعدى حاجاتهم . فالمادة 165 منه تنطلب الحصول على موافقة  
مسبقة من الجهات المعنية .  
وتوثيق العقد يسمح للدولة مراقبة توزيع الاراضي الزراعية .
- 37- ج- العقود المتعلقة بالشركات  
يوذى عدم توفر شكلية التوثيق في تاسيس الشركة سواء تعلق  
الامر بشركة مدنية او تجارية الى البطلان ولكن مع تقرير  
عدم نفاذه فهي مواجهة الغير .

---

(1) الدكتور محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري -  
ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1983 ص 102 .

وهذا ما تقضي به المادة 418 قانون مدني جزائري بقولها : "يجب ان يكون عقد الشركة مكتوباً والا كان باطلاً".

والمادة 545 قانون مدني بقولها : "ثبتت الشركة بحقد رسمي والا كانت باطلة". (1)

الا ان هناك من يذهب الى ان الكتابة المطلوبة في انشاء عقد الشركة هي عرفية وليست رسمية (2).

2. التنازل عن المحل التجاري:

تتم المادة 79 قانون تجاري جزائري على أنه :  
"كل وعد اختياري او وعد بالبيع وبصفة اعم كل تنازل عن محل تجاري يجب اثباته بعقد رسمي والا كان باطلاً".  
حسب ما يفهم من هذا النص ان الرسمية مطلوبة لاثبات وليست لانعقاد ، الا انه ودلنا لطبيعة المحل التجاري واهمية عناصره ، والعمل على بناء الثقة والاعتماد في مجتمع التجارة ، استوجب ان كل تنازل عن محل تجاري سواء بنقل الملكية او بالتكليف من الاستغلال يكون بعقد رسمي تحت طائلة البطلان (3) ، والمادة 1/824 قانون مدني جزائري وبالرجوع الى المادة 12 من قانون التوثيق يمكن القول ان الشكلية المطلوبة في مثل هذا التصرف هي لانعقاد وليست لاثبات (4).

(1) - Ben-Deddouche Op. Cit . P 34 .

(2) - مبرور السعدوي - المرجع السابق ص 53 و 42 .  
(3) - احمد محرز - القانون التجاري الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزء الاول - طبعة ثمانية سنة 1961 ص 210 .

(4) - Ben-Deddouche Op. Cit . P 33 .

نلاحظ ان شكلية الكتابة الرسمية باعتبارها شرط لقيام العقد امتدت حتى للمنقولات ذات الهمية الاقتصادية ومن بينهما .

89 - التصرفيات التي ترد على السفينة : فمقدد بين مع السفينة ليس من العقود الرضائية التي تتم بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين ، بل هو عقد شكلي لا يعقد الا بورقة رسمية صادرة من الموثق المختص ، وبهذا تتم المادة 49 قانون بحري جزائري "ان العقود المنشئة او الناقلة او المرتبة لحق الملكية او الحقوق العينية الاخرى المترتبة على السفن او حصصها ، يجب ان تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق ، وكذلك فيما يخص انشاء رهن السفينة ان يكون بسند رسمي مثله في ذلك مثل الرهن الرسمي والا كان باطلا " (1) ، بالاضافة الى ان هناك عقود اخرى كثيرة معشرة في القانون الجزائري بجميع فروعها ، كعقد الابداع على مدى الحياة طبقا للمادة 615 قانون مدني جزائري ، وغيره من النصوص الاخرى .

### الفصل الثامن

#### جزء تخلف شكلية التوثيق

يشور التساؤل عن الجزء الواجب تطبيقه عند تخلف شكلية التوثيق في العقود التي تضمنتها المادة 12 من قانون التوثيق السابقة الذكر ، والمادة 824 مكرر 1 قانون مدني ج .

(1) - وهذا ما تقضي به المادة 57 قانون بحري جزائري بقولها :  
" يجب ان يكون الرهن البحري منشأ بموجب سند رسمي صادر فقط عن مالك السفينة الذي يجب ان يكون متمتعا بأهلية الرهن والا عد باطلا " .

فالقانون يوجب توثيق هذه العقود تحت طائلة البطلان ، غير انه لم يبين اذا كان نوع البطلان مطلقا او نسبيا (1) ، الامر الذي ادى به البعض الى اعتبار ان الشكل الذي تفرضه المادة 12 مما هو الا لتحريير العقد ، ودفن الرسوم الضريبية ، وليس شرط لقيام العقد .  
الا ان المجلس الاعلى الذي له قانونا مهمة تفسير القوانين الغامضة ، لقد أكد في الكثير من الحالات ان التوثيق شرط انعقاد يترتب على تخلفه البطلان المطلق (2) ، ومنها الاحكام التالية :

لقد قررت الغرفة التجارية والبحرية للمجلس الاعلى في قرار لها صادر بتاريخ 12 نوفمبر 1977 بشأن قضية تتعلق بتنازل عن محل تجاري بموجب عقد عرفي البطلان المطبق لهذا التصرف ، ولكن دون ان تقرر بصفة دقيقة سبب هذا الحكم (3) .

ونفس القرار قضيت به الغرفة المدنية للمجلس الاعلى في حكم صادر بتاريخ 6 جوان 1989 بشأن قضية تتعلق ببيع عرفي وايد على عقار ، ففي هذه القضية كان المدعي وهو الطاعن يطالب بصحة البيع العرفي مستندا الى القواعد العامة ، بينما المطعون ضده يستند في دفعاته الى حكم المادة 12 باعتبارها تتطلب التوثيق تحت طائلة البطلان ، وفعلا كان للمجلس الاعلى الكلمة الاخيرة فحكم بتأكيد القرار الصادر من مجلس قضاء البلدة بتاريخ 28 فيفرو 1991 الذي يقضي ببطلان العقد العرفي الوارد على عقار (4) .

---

(1) - حتى النمر الفرنسي لم يبين صراحة نوع البطلان .  
(2) - يمكن للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها لان مفهومها  
هذه المادة تتعلق بحماية المصالح الوطنية اساسا ،

(3) - بين ددوش - المقال السابق ص 30 .  
(4) - والملاحظ ان المادة 12 من قانون التوثيق  
من النام الجام ، هذا ما جعل مجلس البلدة يثيرها تلتانها  
في حكمه الصادر بتاريخ 1991/2/28 .

وهذا ما كان عليه القضاء التونسي في قرارته التحقيقية (1) بمناسبة تفسير الفصل 501 عقود ، والذي ينص على انه :  
" اذا كان موضوع البيع عقارا او حقوقا عقارية او غيرهما مما يمكن رهونه ، يجب ان يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير الا اذا سجل على الصورة المقررة في الاحكام المتعلقة بذلك " .

زد على هذا ان ما يؤكد لنا استبعاد العقد الصرفي في التصرفات التي تتضمنها المادة 12 قانون توثيق وسريان البطلان المطلقة على تخلفها ، ونص المادة 16 من المرسوم الخاص بتأسيس السجل العقاري التي تقول : " ان كل عقد موضح اشهار في محافظة عقارية يجب ان يفرغ في شكل رسمي " (2) ، فهذا النص يؤكد شكلية الكتابة الرسمية في مثل هذه التصرفات كركن في العقد (3) .  
والآن يمكن ان نتساءل عن مصير العقد العرفي الذي أبرم غير مستوفي الشكلية المطلوبة (التوثيق) ، بدون شك انه عقد باطل ، الا ان هذا لا يعني ان البائع الذو يحتج بالمادة 12 من قانون التوثيق ، والمعترف بالعقد العرفي يفلت من المسؤولية العقدية ، اذ ينشئ بمقتضى هذا العقد التزام شخصي في عاتق المدين يتحول في حالة امتناعه عن التوثيق الى التزام بالتعويض لانيه لاجدوى لدعوى صحة ونفاذ هذا العقد العرفي ، وليس بإمكان المحكمة ان تحكم بمقتضى التزام شخصي ، القيام جبرا بتوثيق العقد .

(1) - حكم مدني استئنافي عدد 2612 مؤرخ في 25 جويلية 1972 - مجلة القضاء والتشريع عدد 4 السنة 1974

ص. 64 . . . . .  
- قرار تعقيبي عدد 560 في 3 مارس 1958 ق.ت.ع.م

2 - 10 - 1260 - ص. 32 .

(2) - مرسوم مؤرخ في 25 مارس 76 رقم 58/76 الخاص بتأسيس السجل العقاري . . . . .

(3) - محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجواهر ص. 80 .

غير ان امتداد نص الامر 70 الى مجموعة كبيرة من العقود يقتضي شيئا من التوضيح .  
وان النصوص القانونية (1) لا تكرر بشأن البطلان المطبق  
يؤسس على ضرورة حماية المصلحة العامة ، ولكن يبدو  
عدم تناسق هذا الجزاء مع النصوص المتعلقة بتكوين  
العقد ، وخاصة محتوي المواد 59 وما بعدها من  
القانون المدني الجزائري .  
وكذلك عدم تناسق هذا الجزاء مع النصوص المتعلقة  
للعقود المعنية بالبطلان .  
مثلا في حالة التنازل عن المحل التجاري ، فالشئ  
الذي يفهم من نص المادة 79 قانون تجاري جزائري  
ان الرسمية مطلوبة لاثبات التصرف وليس لانعقاده ،  
كذلك فيما يخص عقد تكوين الشركة ، فالكتابة  
المطلوبة أصلا هي عرفية وليست رسمية ( امام موثق ) ،  
بالإضافة الى اعتراف المشرع الجزائري بالارادة الظاهرة  
كسواقعة اجتماعية يعتد بها لتقرير نشوء العقد .  
تصرف الدكتورة بن ددوش (2) ان اعتبار جزاء البطلان  
المطلبة مخالف لفحوى المواد 59 وما بعدها ، لان ذلك  
التأسيير راجع الى تقدير هذه المواد دون تقدير  
لدور الارادة الحقيقية في النظام القانوني الجزائري .  
فالرضائية لا تتلائم مع الدور الممنوح لارادة فصي  
فعل هذا النظام ، بل حتى في النظام الحر .

---

(1) - المادة 22 من مرسوم 79/د15 مؤرخ في 25/1/1970 ،  
المنظم للتجارة واعادة تسجيل التجار .  
(2) - بن ددوش - المقال السابق ص 31 .

أما التناقض الفعلي الذي يحدثه البطالان المطلق فهو عدم الأثر الممنوح للتعبير عن الإرادة كعواقمة اجتماعية معترف بها قانونا ، هذا الأثر الذي منح للتعبير عن الإرادة دون تحديد للشكل الذي يقيم فيه التعبير ، حسب المادة 50 قانون مدني جزائري التي تسمح بكل الطرق للتعبير عن الإرادة . وإن اختيار البطالان المطلق لعدم توثيق العقد ، يتم عن علاقة تكاملية بين التعبير عن الإرادة ، وتلقي هذا التعبير من طرف الموثق .

فحتى لو استعمل المتعاقدان الحرية التي تمنحها لهم المادة 50 قانون مدني جزائري للتعبير عن إرادتهما أمام الموثق فإن هذا التعبير لا أثر له إلا منذ تلقيه من الموثق ، ولكن ليس معنى ذلك عدم تمييز شكلية التوثيق عن باقي الإجراءات الأخرى التي يتم بموجبها التعبير عن الإرادة ، لأن مجرد العقد المصرفي يكفي للتعبير عن الإرادة .

## المطلب الرابع

حالة الزام الشكلية بطريقه فيسر مباشر

40 - شكلية الاثباتات : وهي التي يقوم بهما

المتعاقدان لتوفير الدليل المطلوب لاثبات تصرفهم القانوني .

وإذا تطلب القانون الكتابة لاثبات سواء كانت عرفية او رسمية ، فان هذه الكتابة لاتعتبر مظهرا ماليا للتعبير عن الارادة ، وانما طريق لاثبات وجود هذه الارادة (1) ، الا أنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيودا على حرية المتعاقدين في اختيار طريق التعبير عن ارادتهما (2) .

مثلا المادة 333 قانون مدني جزائري (3) ، تتطلب الكتابة كوسيلة اثبات في الاتفاق الذي تزيد قيمة محله 1000 دج ، فهذا الالتزام لايمس بصحة العقد لكن في حالة وجود نزاع فان دليل وجوده ومحتواه لايقوم بواسطة الشهود او القرائن .

الا ان هذا المبدأ الذي جاءت به المادة 333 رقم يمكن ان ترد عليه استثناءات وجدت في مجملها لمصلحة الطرف المتضرر وهي :

- (1) - السهوي - دلرية العقد من 112 ف 115 .
- (2) - فرج الصدة - مصادر الالتزام من 25 .
- (3) - تنص المادة 333 رقم ج : "في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 1000 دج او كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيعة في اثبات وجوده او انقضائه مالم يوجد نص يقضي بخير ذلك" .

1 - المسائل التجارية : انها مستثناة بمقتضى المادة 333 م ج ، وكروستها المادة 30 قانون تجاري جزائري (1) فجعلت القاعدة العامة بهذا الشأن هي حرية الاثبات .  
الا ان هذا الاخير لم يترك بدون قيد ، بحيث هو :  
الاخر اورد عليه المشرع استثناءات لاتقبل فيها البينة بحيث  
كحل التصرفات التي يوجب فيها القانون تحرير عقد  
رسمي ، كالتنازل عن المحل التجاري او رهنه ، فهنا  
لايملك القاضي حرية الاثبات .

2 - حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة طبقا للمادة 335 م ج .

3 - في حالة استحالة ابراز الدليل الكتابي .  
وحالة فقدان الدليل الكتابي لسبب اجنبي طبقا  
لمصر المادة 335 م ج .  
اذن هذا القيد يقلل فعلا من مبدأ الرضاوية (2) ،  
بحيث ان العقد الذي لايمكن اثباته يضيع في الحقيقة  
الكثير من قيمته ، واذا ما لاحت لنا الميدان الذي تفرغ  
فيه الكتابة كوسيلة اثبات يمكن القول ان نظام القيد  
يزداد أكثر على ارادة الاطراف في اختيار الوسيلة  
للتمييز عن ارادتهم ، ومن هنا يمكن القول كذلك  
ان هناك نهضة غير مباشرة للشكلية .

---

(1) - تنص المادة 30 م ج على أن : "يثبت كل عقد تجاري  
بسندات رسمية ، او عرفية بفاتورة مقبولة ، بالرسائل ،  
بدفاتر الطرفين ، بالاثبات بالبينة او بأية وسيلة  
اذا رأت المحكمة وجوب قبولها " .  
(2) - بكوش يحيى . ادلة الاثبات في القانون المدني  
الجزائري والفقهاء الاسلامي - الشركة الوطنية للنشر و  
التوزيع - الجزائر سنة 1981 - من ص 204 حتى 216 .

#### 41 ب ب شكلية الاشهار :

فيما يخص نقل الملكية والحقوق العينية الاخرى في العقار في القانون الجزائري، لا يتم طبقا للمادة 703 قانون مدني جزائري (1) سواء فيما بين المتعاقدين او بالنسبة للغير ، الا بالتسجيل وساعات نظام الشهر العيني (2) ، وهذه الاجراءات لا تكون كاملة الا اذا تم تحرير العقد في ورقة رسمية ، وهذا ما تقتضي به المادة 15 من المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، بحيث ان كل عقد موضع اشهار في محافظة عقارية يجب ان يفرغ في شكل رسمي .

(1) - تنص المادة 703 ق م ج : "الانتقل الملكية والحقوق العينية الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام في حق الغير الا اذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالاخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

(2) - تنص المادة 15 من أمر 74/75 المؤرخ في 75/11/12 المتعلقة بنظام الشهر العقاري على أنه : "كل حق للملكية وكل حق عيني اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير ان نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق " .  
كما تنص المادة 16 منه على أن " العقود الارادية والاتفاقات التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل او انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الاطراف الا من تاريخ نشرهما في مجموعات البطاقات العقارية " .  
اذا لا يترتب على البيع غير المسجل ولو كان موثقا الا التزامات شخصية بين المتعاقدين .

وبالإضافة إلى المشروع الجزائري يفرق بين صحة العقد وبين نفاذه ، بمعنى أن العقد الذي أبرم مستوفيا لشروط انعقاده يبق صحيحا ، ولكن لا يترتب الأثر الأساسي له والتمثيل في نقل الملكية ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

فهو مع هذا يلزم المدين البائع بنقل هذه الملكية إلى المشتري ، وهذا هو المنطق السائد في النظرية العامة لالتزام ، حيث أن المادة 164 قانون مدني جزائري تقضي على أنه فيما عدا القواعد الخاصة بالشهر العقاري فإن الملكية أو الحق العيني يعقل بحكم القيانون .

فالعقد الغير مسجل بمصلحة الشهر العقاري يبقى صحيحا ، إلا أن القانون يوقع التزام على البائع بنقل الملكية وبهذا لو لم تتم هذه الاجراءات لا يمكن ان يحتج به على الغير ، وبهذا جعل البائع يقررون بأنها شكلية غير مباشرة (1) .

42 - ج - الشكلية الادارية : "التصريح المسبق" .

ان من قواعد الاقتصاد الموجه ، ان يفرض في بعض من التصرفات القانونية على كل من من يريد ان يكون طرفا فيها ، الحصول على تصريحات ادارية مسبقة تفحصها الجهات المختصة .

ومن هذه الحالات على سبيل المثال : العمليات المتعلقة بالحمل التجاري والتي تلزم للحصول على تمت صفة التاجر .

فالقانون ينص على وجوب الحصول على تصريح اداري مسبق يسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي (2) .

(1) - Alex Weill Op. Cit . P - 131 -

(2) - مرسوم 70 / 15 المؤرخ في 25 جانفي 1970 ، المنظم للتجارة واعادة التجار . المادة 12 منه .

وكذلك عندما يتعلق الأمر بنقل ملكية سفينة جزائرية لأجنبي (1) ، ومن ذلك أيضا بعض العلاقات التعاقدية الأخرى مع الخارج ، بالإضافة الى قانون الصرف .  
فالدولة تحتكر إبرام عقود الاستيراد ولا تسمح للخوارج بذلك الا في حالة عدم وجود شخص معنوي من اشخاص الدولة يضطلع بصناعة تلك السلعة او استيرادها ، اذا كانت في حاجة اليها توضع تحت نظام التصريح السابق الذي تمنحه الشركات الوطنية التي من يريد القيام بهذه العمليات (2) .

---

(1) - تتم المادة 51 قانون بحري جزائري على أنه : " لا يتم نقل ملكية سفينة جزائرية او جزء منها الى أجنبي الا برخصة مسبقة صادرة عن السلطة المختصة " .

(2) - ابقا لأحكام المادة 29 من قانون 11 / 79 المتعلق بالتصريحات المسبقة .

وللتوضيح أكثر أرجع الى مقال الدكتورة بن ددوش ص 25 و 26 .

## المطلب الخامس

### الشكلية الاتفاقيّة

قد يكون العقد رضائيا في أصله ، فيتفق الطرفان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصا ، كما لو أبرم الطرفان عقدا ابتدائيا في أحد العقود الرضائية ، واشترطا أن العقد النهائي لا يعد موجودا بينهما إلا في سند رسمي .

ففي هذه الحالة إذا تخلفت الشكلية المطلوبة أعتبر العقد كأن لم يكن (1) .

وقد يقصد المتعاقد أن من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا للانعقاد ، وإذا قام شك في تفسير قصد المتعاقدين حول ما إذا كان الشكل متطلب لقيام العقد أو لاثباته (2) .

---

(1) انظر: السنهوري - الوسيط ص 178 ف 76 ، وكذلك نظرية المقدم ص 112 ف 116 .

ساحمد سلامة - المرجع السابق ص 85 .

رضيا سوار - الشكل في الفقه الاسلامي ص 18 .

صبري السعدى - المرجع السابق ص 88 ف 116 .

(2) هذه الاشكالية عالجهما المشرع الكويتي في المادة 67 قانون مدني "إذا استلزم القانون شكلا معين ، أو اتفقا المتعاقدان على وجوبه ، وشار الشك حول ما إذا كان هذا الشك متطلب لقيام العقد أو لغير ذلك من الامور ، وجب عدم اعتباره متطلب لقيام العقد " . نفس الاتجاه أخذ به المشرع الالمانى في المادة 125 منحه .

فالقضاء في فرنسا (1) ، يلتمس من ظروف السوتسائج  
قرينة على ترجيح أحد الفرضين فاذا لم توجد  
قرينة مبرجة كان المفروض ان المتعاقدين اشترطوا  
الكتابة لاثبات ، اعتبارا مادام الاصل في العقد  
الرضائية ، فالشكل لا يهين ركنها لوما لقيامه الا اذا  
كان القصد منه قاطع الدلالة (2) .

والملاحظ ان شكلية العقد حين يفرضها الاتفاق  
لا تتصل بالنظام العام ، بسبب كون رضائية العقود  
مبنية الصلة بالنظام العام ، لذا حق للمتعاقدين  
مخالفة الشكل الاتفاقي بإرادتهما المشتركة (3) .

- 
- (1) - Cass Civil 9 Décembre 1930 . D . 1931.1.118  
Paris 12 Janvier 1965 Gaz . Pal 1961.1.212  
-Boris stark droit civil obligation - Librairie  
Technique 1972 Page 303 .  
(2) - Alex Weill Op. Cit . P 128 .

السنيوري - الوسيط ص 151 حاشية (1) .  
(2) - رضا سوارب الشكل - ص 15 .

## المطلب السادس

### شكلية القبض في العقود العينية

هناك طائفة من العقود لا تتمتع بمجرد التراضي بل يجب فوق ذلك تسليم العين محل العقد الى الطرف الاخر (1).

فكانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني، حيث كانت العقود في الاصل شكلية، ثم استغني عن الشكل بالتسليم في بعض العقود وهي القرر، الصارية، الوديعة ورهن الحياة ثم انتقلت هذه العقود الى القانون الفرنسي الا انه ينظر اليها على انما استثناء من قاعدة الشكلية وقد اخذها عنه القانون المصري القديم، بينما في القانون المصري الحالي اعتبرت كلما عقود رضائية باستثناء عقود الهبة المنقول، فمذه قد تكون عقدا شكليا اذا تمت بورقة رسمية، وقد تكون عقدا عينيا اذا تم بالقبض ابنا للمادة 468 قانون مدني مصري (2).

ويمكن ان نتساءل عن موقف الفقه الاسلامي من هذه الفكرة باعتبار انه كان يحصل بتاعده رضائية العقود، وان المتتبع لكتب الفقه الاسلامي يجد ان هناك طائفة من العقود التي لا تعتبر تامة الا اذا حصل تسليم العين موضوع العقد وهي :

(1) في الممبني ارجع الى :

للسنهوري الوسيط ص 154 ف 49 /

رضا السوارب الشكل في الفقه الاسلامي ص 18 ف 12 /

صبري السعدي ص 60 ف 43

Boris stark op. cit. P 177

Alex weill op. cit . P 136.

(2) السنهوري الوسيط ص 154 ف 49

صبري السعدي ص 60 ف 43

- الهبة والرهن لا تتم الا بالقبض بدون خلاف.

- الإعارة والقرض يلزمان بالقبض على خلاف المالكية (1) ،  
وفكرة العقود العينية تموضت للنقد شديد من الشراح ،  
السبب الذي أدى الى مجرهما من طرف التقينات الوضعية  
الحديثة ، حيث لانجد في القانون الالماني مثلا عقد  
الا عقد القرض ورهن الحيازة ، بينما قانون الالتزامات  
السويسري لم يستبقى الا رهن الحيازة (2) .

اما القانون المدني الجزائري فلا يتضمن اي عقد  
عيني (3) ، واما فيما يخص دور التسليم في الرهن  
الحيازة ، القانون الفرنسي يجعل من التسليم ركن في  
العقد وبهذا يكون العقد عينيا ، بينما القانون الجزائري  
يعطي له دور اخر ، فانتقال الحيازة الى المرتهن تمكنه  
من الاحتجاج به على الغير ، طبقا للمادة 269 / ف 1  
قانون مدني جزائري التي تنص على انه : "يشترط  
لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال  
الحيازة الى الدائن".

- 
- (1) - التركماني - المرجع السابق ص 67 .
- (2) - للتوضيح أكثر انظر للسهموري - نظرية المقدم ص 116 ، 118 .
- (3) - الا ان هناك من يذهب بالقول الى ان القانون المدني  
الجزائري عرف هذه الفكرة في عقد الوديعة طبقا  
للمادة 520 منه التي تقول :  
"الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا الى  
المودع ليديه على ان يحافظ عليه وعلى ان يردده  
عينا".
- قالت به الدكتور بون ددوش في المقال السابق  
ص 29 هامش 52 .

### الفصل الثالث

#### السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة

تتساءل حول ما اذا كان السكوت يملح تعبيراً عن الإرادة ، بمعنى هل سكوت الشخص يعتبر موقفاً من شأنه ان يدل على حقيقة مقصودة بغير شك او فمور ، ام لا ؟ .

لاداعي للحديث عن السكوت باعتباره معبراً عن الايجاب لانه لا يمكن ان يتصور ان يكون مجرد السكوت ايجاباً (1) ، وبالتالي يستبعد من هذا الموضوع ، ولكن هل يتصور ان يكون قبولاً ؟ .

في هذا الاطار سنتطرق الى القاعدة العامة ، والاستثناءات الواردة عليها ، ثم دراسة بعض المسائل الخلافية . وهذا بعد ان نتعرض في أول الكلام الى تعريف السكوت ، وانواعه ، وتمييزه ، عما يختلط به .

#### المبحث الاول

تعريف السكوت ، انواعه ، وتمييزه عما يختلط به :

49 - اولاً : تعريفه :

السكوت هو التزام حالة سلبية ، لا يوافقها لفظ او كتابة او اشارة او عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة اذا لابسته ظروف معينة (2) .

---

(1) - السنيوري - نظرية العقد - ص 156 ف 160 .  
(2) - ثروت فتحي اسماعيل - مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة - مقال موجود بمجلة ادارة قضايا الحكومة - سنة 29 - (1) - ص 85 .

44 - ثانياً : انه واعبه : ينقسم السكوت الى انواع ثلاثة وهي :

1 - سكوت مجرد : وهو يكون ساكناً في ظاهرة وباطنه ، وهو وضع سلبى لا ينم عن اية دلالة منه ، ولا تسمح العرفه باستشفاف اية ارادة منه (1) .

2 - سكوت موصوف : QUALIFIE وهو الذى يصرف حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام ، مع هذا ان السكوت رضا ، وحينئذ يتولى القانون بيان احكام السكوت وتنظيمها ، والتي تختلف من حالة الى اخرى سواء تمثل القانون في النص التشريعى او العرف باعتبار هذا الاخير مصدراً من مصادر القانون ، او قد يتفق الطرفان على اعتبار السكوت رضا اذ ينزل اتفاق الطرفين منزلة نص القانون او العرف في هذا المجال (2) .

3 - سكوت ملابس : CIRCUMSTANCI وهو كما يكون ساكناً في ظاهره متجماً لاحداث اثر في باطنه ، بمعنى هو السكوت الذى تحييط به ملبسات معينة من شأنها ان تفيد ان المخاطب بالاجاب سبرد فقسا في حالة الرفض وسيلتزم الصمت في حالة القبول (3) .

(1) وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة - ص 264

(2) احمد سلامة - المرجع السابق - ص 87

(3) ثروت فتحى اسماعيل - المرجع السابق - ص 87 .

الا ان بعض الفقه يخلط بين السكوت الموصوف والسكوت الملايس  
مستعملا للدلالة على هذين النوعين Silence Sirconstancié  
على الرغم من وجود تباين واضح بين النوعين يتمثل هذا الفرق  
فيما يلي :

ان القاضي في السكوت الموصوف يخضع لرقابة محكمة النقض  
" المجلس الاعلى " بينما لا يخضع لها في حالة السكوت الملايس  
فهو يتمتع بسلاطة تقديرية واسعة .

من جهة اخرى ان القانون بنفسه يتولى بيان احكام السكوت  
الموصوف، وتنظيمها، بينما في السكوت الملايس الذي تلايه  
ظروف معينة ترجح دلالة على القبول، فالقاضي هو الذي  
يتولى هذا التقدير الموضوعي ولا يخضع في ذلك لرقابة المجلس  
الاعلى .

كذلك ما يوكد عدم صحة هذا الخلط هو اختلاف كلمة موصوف  
عن كلمة ملايس من ناحية اللغة الفرنسية (1) .

---

(1) هناك جملة من الدكاترة اعتنقت هذا التقسيم، من بينهم : الدكتور ثروت  
فتحى للمرجع السابق ص 27 / و الدكتور صبرى السعدى - المرجع السابق ص 91 /  
الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص 51  
بينما يعتمد الدكتور رضا سوار التقسيم الثنائي فيقسمه الى مجرد  
وملايس. انظر رسالته السابقة ص 264 .

45. ثالثا : تمييزه عما يختلط به :

يجب ان نلفت النظر الى عدم الخلط بين السكوت والتعبير الضمني ، فان اتفاقا معا في وجوب استعمال الاستنتاج المنطقي للوصول الي حقيقة القصد فانهما يختلفان في طبيعتهما . اذ ان التعبير الضمني وضع ايجابي يستخلص من ظروف ايجابية تصدر من المتعاقد ، وان لم يدل على ارادته بطريقة مباشرة ، اما السكوت فهو وضع سلبي ، وان أمكن في بعض الاحيان ان يستدل عن الارادة . وان كان التعبير الضمني يصلح للايجاب والقبول ، فان السكوت لا يصلح الا للقبول ، بل هو لا يصلح حتى بالنسبة للقبول . الا اذا ابسته ظروف خاصة من شأنها ان تدعم دلالة عليه (1) .

وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتعليق المدني المصري على أنه "ينبغي التفريق بين التعبير الضمني عن الارادة وبين مجرد السكوت ، فالتعبير الضمني وضع ايجابي ، اما السكوت فهو مجرد وضع سلبي ، وقد يكون التعبير الضمني بحسب الاحوال ايجابيا او قبولا ، اما السكوت فمن الممتنع على وجه الاطلاق ان يتضمن ايجابيا ، وانما يجوز في بعض الحالات الاستثنائية ان يعتبر قبولا (2) .

(1) - اشارة الى هذا التمييز كمل من :

- عبيد المجيد الحكيم - المرجع السابق ص 242 .
- عبيد الفتاح عبيد الباقى - المرجع السابق ص 29
- لبنى مختار - المرجع السابق ص 25 .

(2) - مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص 57 ، اشارة اليها الدكتور صبرى السعدى في المرجع السابق ص 29 ح 27 .

### المبحث الثاني

القاعدة العامة " لا ينسب لساكت قول "

لقد سبق القول بأن الإيجاب لا يمكن أن يستخلص من  
من السكوت ، ولذا فإن التساؤل إنما يثور بالنسبة  
للقبول ، بحيث إذا وجهه شخص آخر إيجاباً بما به  
عقد معين ، فلم يرد عليه الآخر بالقبول ، ولا  
بالكتابة ولا بالإشارة ، ولم يقم بأمر فعمل يفيد  
موافقته على قبول الإيجاب أو رفضه له ، وبالسكوت  
وكان هذا السكوت مجرد عن أي ظرف ملابس له ،  
فهل يمكن أن يفسر هذا السكوت بأنه قبول ؟ .  
الأصل العام أن السكوت مجرد عدم ، والعدم لا ينتج  
العدم ، وبالتالي لا يصح تعبيراً عن الإرادة ،  
لأنه لا يدل على وجودها ، وعليه فهو لا يمكن أن  
يفيد شيئاً إيجابياً ، فإذا أضاف شيئاً فالأصل  
أن يفيد الرفض (1) .

وباستقراء أحكام الفقه الإسلامي يتضح لنا أن الأصل  
عندهم لا ينسب إلى ساكت قول (2) ، وتعني هذه  
القاعدة أن السكوت لا عبرة له في المسائل الشرعية  
بوجه عام ، وفي التصرفات والعقود بوجه خاص .

(1) - أنظر :

- السنهوري - نظرية العقد ص 157 و 161 .

- BORIS STARK / DROIT CIVIL Op. Cit . P - 367 .

- ALEX WEILL / FRANCOIS TERRES . Op. Cit . P - 143 .

(2) - هذه القاعدة تنسب إلى الامام الشافعي  
رحمه الله ، ونقلها عنه السيوطي ، ثم  
نقلتها عنه مجلة الأحكام العدلية ثم القانون  
المدني العراقي .

كما يقول بها أيضا فقه القانون المدني العربي واحكام القضاء .

ونص عليها صراحة القانون المدني العراقي (1) كما تظهر في المبدأ الذي اقترته المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي (2) .

ومن اهم الاعتبارات التي اعتمد عليها في اقرار هذا المبدأ تتمثل في ان السكوت تعبير احتمالي ضمني ، فقد يسكت الساكت لعدم الانتباه او على سبيل الاستهزاء او الاستخفاف ، او بنية الموافقة او بقصد الانكار او الرفض الى غير ذلك من الاسباب التي تعد في مجملها باطلة غير ظاهرة .

كما انه ليوألم كل شخص بالرد على ما قد يصرخ عليه من اجاب ، لكان في هذا حرج وعنت شديدين على الناس .

ويمكن استنباط التطبيقات لهذه القاعدة من احكام القضاء تلخص في الآتي :

1- احد البنوك بعث الي احد عملائه بناية اصدار اسهم تأسيس شركة معينة ، يعلن بأنه سيشارك لحسابه بقدر معين من الاسهم الا اذا جاءت منه تعليمات مخالفة .

---

(1) - المادة 91 من القانون المدني العراقي تنص :  
"الانسب لساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً" ، اشار اليها - عبد المجيد الحكيم في المرجع السابق ص 150 .

(2) - المادة 1101 قانون مدني فرنسي .

ولكن العميل لم يرد على المرز الذي قام به البنك ،  
لا بالتفرض ولا بالقبول ، الا ان هذا الاخير اي البنك ، قام  
بشراء الاسهم المذكوره .

مبادف ان انخفضت قيمة الاسهم في وقت قصير ، فادعى  
العميل انه غير مسؤول عن الاسهم لانه لم يقبل ان يقوم  
البنك بشرائها لحسابه ، وان سكوتيه عن الرد لا يعني  
قبولا منه .

وجاء دور القضاء ، ليقول كلمته ، فقضت محكمة النقض الفرنسية  
لمصلحة العميل استنادا الى ان سكوتيه لا يكفي لاسناد  
القبول اليه (1) .

كمن انه قضى ، اذا ارسل ناشر لشخص دون سابق  
اتفاق ، مجلة دورية لايحرق له ان يعتبر هذا الشخص  
قد اشترك في هذه المجلة مادام لم يصدر منه قبول  
بذلك ، ولا يعتبر قبولا مجرد امتناع هذا الشخص عن  
رد المجلة ، حتى لو ذكر في المجلة ان عدم الرد يعد  
قبولا بالاشتراك (2) .

ويلاحظ ان من يتلقى المجلة ويسكت ، اذا كان سكوتيه  
لا يعيد قبولا ، فاج قبوله قد يستخلص منها من اعمال  
مادية ايجابية يقوم بها ، كأن يواظب على تسليم المجلة  
وقراءتها بانتظام .

---

(1) - انظر حكم محكمة النقض الفرنسية المشار اليها في  
الاحكام الكبرى في القضاء المدني ص 227 ، الصادر  
بتاريخ 25 مايو 1970 .

(2) - محكمة السين الابتدائية 19 ابريل 1968 اشار اليه  
كل من : - صبري السعدوي في المرجع السابق ص 20 ،  
- عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص 100 .

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمان سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصا لاقامة آلة ميكانيكية في مصنعه ، لا يعد قبولا او ترخيصا من جانبها حتى ولو تأخرت الحكومة عن الرد في الميعاد القانوني ، وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفهوية من بعض الموظفين ، بمان الحكومة ستطليه الترخيم المطلوب (1).

والفقه الاسلامي هو الآخر يتقدم بتطبيقات لهذه القاعدة وهي كالاتي :

انه جاء في المبسوط ان سكوت المالك حين يروى الخير يبيحه ملكه محتمل ، قد يكون بطريق الرضا وقد يكون بطريق التهاون .

كما ان الصبي والمعتوه مجبور عليهما لذاتهما ، منوعان من اجراء التصرفات القانونية ، وذلك بسبب الضعف والعتة ، وبالتالي فلو رأى القاضي أحدهما يبيع ويشترى ، وسكت فلا يكون بسكوته هذا اذنا لهما في التجارة أي التصرف .

وقال الشافعي : " لا يكون سكوت الصولي حين يروى عبده يبيع ويشترى اذنا له ، لان سكوته يحتمل ان يكون للرضا بتصرفه ، او ان يكون لفرط غيظه ، والمحتمل يكون حجة (2) . وحكم كل ما تقدم ان السكوت المجرد البسيط ، بمعنى السكوت الذي لا يقترن بظروف من شأنها ان تدعم دلالته ، لا يصلح تعبيراً عن الارادة ، حتى بالنسبة الى القبول .

(1) - استئناف مختلطة مصري في 26 ديسمبر 1922 ، اشهار اليه السنهوري - الوسيط ص 221 .

(2) - انظر رضا سوار المرجع السابق ص 265 .

- ثروت فتحي اسماعيل - المرجع السابق ص 61 .

### المبحث الثالث

**الاستثناء :** " السكوت في معروض الحاجة بيان :

يقصد بمعروض الحاجة هو تحقق ظروف لا يجوز للشخص فيما  
 أن يسكت، بل يجب عليه أن يتكلم ويفصح عن ارادته ، وبذلك  
 يتمين موقفه ، فاذا ما تقاعس عن ذلك اعتبر سكوته  
 بمثابة القبول الذي كان يتمين عليه ان ينلمره (1) .  
 وعلى ضوء هذا الضابط، لم يلزم الفقه الاسلامي قاعدة  
 عدم الاعتداء بالسكوت بصورة مطلقة بل جفح الى الخروج عليهما ،  
 واعتمد بالسكوت اذا اقترنت به ملاسات تجعل دلالة تنصرف الى  
 الرضا ، الا ان نطاق هذه الاستثناءات يختلف من مذهب الى آخر .  
 فهو يثني على المذاهب التي اعتبرت التعاطي مالم من  
 مالم التعبير عن الارادة وبضيق نطاقها لدى المذاهب التي  
 نفت التعاطي من ذلك مثلا سكوت المولى حين يروى عبده  
 يبيع ويقتل ، فقد اعتبره الاحناف اذن بالتصرف ، بينما خالفهم  
 في ذلك الامام الشافعي (2) ،

(1) شروت فتحي اسماعيل ما قبله ص 93

(2) رضا سوار - المرجع السابق - ص 255

وعلى ضوء ما تقدم يمكن ان يصلح السكوت للتعبير عن  
القبول في حالتين : الاولى حيث يقرر القانون ذلك  
وهنا تكون امام السكوت الموصوف ، والثانية تتمثل  
في السكوت الملايس .

### المطلب الاول

#### السكوت الموصوف

سبب ان قلنا بأنه هو الذي يحرف حيث يفرز القانون  
سواء كان مصدره التشريع ، او الصرف ، او الاتفاق ، التزاما  
بالكلام معتبرا ان السكوت حينئذ يتعهد القانون ببيان  
أحكامه وتنظيمها ، ومن تطبيقاته مايلي :

46 - أ- حالات مصوص عليها في التشريع :

في بعض الاحيان يرتب القانون بنصوص خاصة أثرا  
معينا على السكوت ، وهو تارة يحمله محمل القبول  
" الرضا " ، وتارة أخرى يحمله محمل الرفض (1) .

ومثال الحالة الاولى ما تضمنته المادة 355 قانون مدني  
جزائري بخصوص البيع بشرط التجربة بقولها : " في البيع  
على شرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع او يرفضه  
وعلى البائع ان يمكنه من التجربة ، فاذا رفض المشتري  
المبيع يجب عليه ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها .  
فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة  
يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه وسكت المشتري مسيح  
تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا " .

أما الحالة التي يعتبر فيها القانون السكوت بمثابة  
الرفض ، فمثالها فيما جاءت به المادة 252 م ج بخصوص  
اقرار الدائن لحوالة الدين اذ تقول : " لا تكون الحوالة  
نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها .

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص 106 .

وإذا قُام المحال عليه أو المدين الأصلي بأعمال  
الحوالة إلى الدائن وعين له اجلا معقولا ليقبر  
الحوالة ، ثم انقضى الاجل دون صدور الاقرار ، اعتبر  
سكوت الدائن رفضا للحوالة .

فدلالة السكوت هنا الرفض لا الرضا " القبول " .

47 ب - ومن الحالات التي جرى العرف فيها على اعتبار  
السكوت قبولا ، مثال ذلك اذا ارسل مصرف لميله بياننا  
بالحساب الجاري للعميل فسكت العميل عن الاعتراض فسي  
وقت مناسب ، فان العرف وطبيعة المعاملة وظروفها يعتبر  
معها سكوت العميل قبولا واقراراً بصحة الحساب (1) .

49 ج - اما الحالة الاخيرة وتتمثل فيما اذا كان هناك  
اتفاق بين المتعاقدين على اعتبار السكوت رضا ، ومثال  
ذلك ان يتفق في عقد زمني محدد المدة كعقد العمل ،  
على تجديد العقد ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر  
بعدم رغبته في التجديد مقدما قبل انتهاء المدة المتفق  
عليها ، بحيث يعتبر السكوت عن الاخطار رضا بتجديد  
العقد (2) .

---

(1) - محمد لبيب شبيب - المرجع السابق - ص 28 .

- صبري السعدوي - المرجع السابق - ص 21 .

(2) - عبد الناصر توفيق العطار المرجع السابق

ص 50 .

- ثروت فتحي اسماعيل - المرجع السابق ص 25 .

## المطلب الثامن

### السكوت الملاهي (1)

سيتم تعريفه بأنه هو السكوت الذي تحيط به ملاهيات معينة من شأنها ان تفيد مخاطب بالاجاب سيرد فقط في حالة الرضوخ ويلزم الصمت في حالة القبول (2) ، هذا الاستثناء الثاني من عدم اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول تتضمنه القاعدة الفقهية التي تقضي بأن : " السكوت في معرض الحاجة بيان " (3) ، وعلى هذا الاساس فاذا كان لا يمكن اعتبار السكوت المحض تعبيراً عن القبول ، فانه يصح استخلاص هذا القبول من السكوت الملاهي ، وهذا الاستخلاص يقوم به قاضي الموضوع وفقاً لما يتبينه من الظروف والملاهي التي سبقت توجيئه الاجاب ، والتي عما صرته ومن طبيعة المقصد المطلوب ، طبعاً وهذه الظروف هي كثيرة ومتباينة .

- 
- (1) يستقراء الفقه الاسلامي يتضح أنهم استعملوا التعبير بطريق الدلالة مرادفياً للسكوت الملاهي ، انظر : التركمانى - المرجع السابق ص 67 .
  - (2) - أحمد سلامة - المرجع السابق ص 86 .
  - (3) - هذه القاعدة الفقهية نصوص عليها صراحة المشوع العراقي في المادة 81 / 2 التي تقول : " ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً " ، وهي تطابق مع المادة 108 قانون تجارى كويتي ، أشار اليها فرج الصدة في نظرية العقد ص 67 .

يتضح من هذه التصورات الظروف التي تسمح للقاضي اعتبار  
السكوت قبولا تتمثل في الحالات الآتية :

- 49- الأولى : حالة ماذا وجد تعامل سابق بين الطرفين (1) :
- إذا كان هناك تعامل سابق (2) ، من شأنه أن يجعل الموجب  
لا يتوقع تصريحا بالقبول من الموجب له ، إذا كان راغبا في  
السفطة التي يعرضها عليه والتي تتصل بهذا التعامل ، بل  
يجعله على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحا بالرفض إذا كان  
راغبا عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا منه (3)  
وقد ذهبت محكمة التمييز اللبنانية إذ قالت :
- بعد عدم الجواب بمثابة قبول عندما يكون العرض مختصا بتعامل  
كان موجودا بين الفريقين ، بمعنى أن يكون هناك تعامل سابق  
بين الطرفين ، فيعتبر سكوت الفريق الآخر عن الجواب قبولا من  
قبله باستثناء التعامل كما في السابق (4) .

(1) انظر إلى :

— السيموري — نظرية العقد — ص 160

— زهير المارتيني — الوجيز في نظرية الالتزام — ص 45

ALI BENCHENEB THEORIE GENERALE DU CONTRAT

2EME EDITION 1962 O.P.U. PAGES 36 .. .. .

(2) هذا التعامل السابق يشترط فيه أن يكون قائما ومستمر غير منقطع والا كان  
غير ذلك

(3) هذه الحالة يأخذ بها القضاء الفرنسي في حكم مئدر بتاريخ 21 ماي 1951  
انظر

ANTOINE VIALARD DROIT CIVIL LA FORMATION DU CONTRAT

O.P.U. PAGES 68/69

(4) تمييز بيروت رقم 68 تاريخ 19 ماي 1960 مجموعة حاتم — ج 41 ص 65

انظر عبد السلام التونسي — المرجع السابق — ص 229

على ان الثانون التونسي اشترط لاعتبار التعامل السابق مبررا  
لاعتباره مفسرا لرضا الطرف الآخر و قبوله بالسكوت عن الرد  
على الايجاب، ان يكون هذا الايجاب متعلق بمعاملة تقدم  
الشروع فيما بين الطرفين (1).  
ومن الامثلة التي تشمل فيما الايجاب بتعامل سابق ويعتبر  
فيها السكوت قبول .

— ان يبرم خصمان عقدا من العقود ثم يبعث احدهما  
لآخر يمرض عليه تعديل بنود ذلك العقد او تفسيرها،  
فلا يرد بل يسكت، ففي هذه الحالة يجوز ان يعتبر هذا  
السكوت قبولا للايجاب المتضمن للتعديلات، لان قيام الرابطة  
المقديمة بين الطرفين، وتعلق الايجاب بهذه الرابطة من  
شأنه ان يوجب على من وجه اليه العرض ان يرد بالرفض.  
ان لم يكن يريد القبول، فان لم يرد واكتفى بالسكوت جاز  
تفسير سكوته هذا على انه قبول (2).

---

(1) وبهذا المعنى كان موقف القانون المغربي حيث ينص الفصل 25 من  
على انه : " يكون السكوت عن الرد بمناسبة القبول اذا تعلق الايجاب بمعاملة  
سابقة بدأت فعلا بين الطرفين " .

ارجع الى عبد السلام التونجي - المرجع السابق - من 229 - 230

(2) - لبيب شنب - المرجع السابق - من 94

- مبري السعد و - المرجع السابق - من 93

و مثال ذلك أيضا ، اذا اعتاد تاجرا ان يشتري بضائمه من تاجر جملة ، وجرت العادة بينهما على ان يكتب تاجر التجزئة الى تاجر الجملة بما يحتاج اليه ، فيقوم هذا الاخير بإرسال البضائع المطلوبة في الحال ، فاذا كتب تاجر التجزئة الى تاجر الجملة وسكت هذا الاخير ، فان سكوته يعتبر قبولا لارسال البضاعة (1) .

وكذلك اذا كان بصدد عقد ايجار معقود لمدة معينة ، فانقضت هذه المدة ، فرفض المستأجر على المؤجر تجديد ذلك الايجار ، فسكت المؤجر ولم يرد بالرفض ، أمكن تفسير سكوته على أنه قبول للتجديد (2) ، ولا يرى الاستاذ ديموج في التجديد الضمني قبولا من جانب المؤجر على طريق السكوت ، بل هو قبول ضمني لأن سكوته اقتصر بعمل دل على القبول وهو تركه المؤجر في العين المؤجرة ، وهو موقف أصح من مجرد السكوت (3) .

- 
- (1) - لبنى مختار - المرجع السابق ، ص 27 ، / توفيق المطار - المرجع السابق ، ص 51 / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ، ص 103 ، / فرج الصدة - مصادر الالتزام ، ص 27 .
- (2) هذه الحالة نص عليها المشرع المصري في المادة 592 مدني منه ، واللبناني في المادة 508 موجبات وعقود ، بينما سكت عليها المشرع الجزائري ، ومن هنا يترك الامر الى قاضي الموضوع .
- (3) اشار اليه السنهوري - نظرية العقد - ص 152 حاشية (4) .

- وأخيرا ، إذا أبرم شخصان عقد بيع وأتفقا على المسائل الجوهرية فيه ، وتركوا المسائل التفصيلية كلها أو بعضها ، وأرسل البائع المبيع إلى المشتري مصحوبا بفاتورة تتضمن تحديد لبعض تلك المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها عند التعاقد ، فأستلم المشتري المبيع والفاتورة وسكت ، فإن سكوته يفسر على أنه قبول لهذه الشروط (1) .  
والملاحظ أن السكوت في مثل هذه الحالات قد لا يعبر عن القبول رغم اتصال الإيجاب فيهما بتعامل سابق ، وللقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الظروف والملابسات مع مراعات مبدأ حسن النية .

50 - الثانية : حالة ما إذا كان العرف التجاري قد جرى على اعتبار سكوت الموجب له يدل على الرضا ، كما إذا أرسل المصرف بيان لعميله عن حسابه في المصرف ، وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقرارا له ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك ، كما إذا تضمنت الفاتورة التي ترسل من طرف البائع شروطا جديدة ، فإن سكوت المشتري وعدم الإسراع إلى رفضها يعتبر بمثابة قبول لها (2) .

---

(1) - محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص 26 .

(2) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 223 ، / - صبري السعدوي -

المرجع السابق - ص 23 ، / - لبنى مختار - المرجع السابق ص 27 ،

- فرج الصدة - نظرية العقد - ص 98 ، وكذلك مصادر الالتزام ص 97 ،

- زهير المارتي - المرجع السابق - ص 45 .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى اعتبار ان السكوت في معرض وجوب الرد يعتبر قبولا، فالشركة التي تبعت لمنشأة بخطاب يتضمن عقدا سابقا بينهما فتضمنه تفسيراً خاضعاً او تعديلاً . فان سكوت هذه الاخيرة يعتبر قبولا (1) وفي الحقيقة ان هذا الاجتهاد بالخاطرة . اذ يؤدي الى الزام التعاقد بشروط مخففة دون ان يكون قد وافق عليها اذ ان السكوت في هذه الحالة لئن اعتبرناه قبولا، نكون بالتالي قد عدلنا العقد او فسخناه بإرادة منفردة، ولا شك ان هذا الحكم قد يتنافى مع مبدأ حرية التعاقد وتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما .

الا ان ظروف السكوت وميلاساته يعتبر بمثابة القبول استثناءً فان هذا الاستثناء يجب ان يكون في الحدود الضيقة .

والا انما ارت العقود بإرادة واحدة . فالقضية السابقة الذكر نجد السكوت رافقته ظروف جعلت فصلا ان الساكت كان قد قبل بفسخ العقد (2) .

---

(1) وخلاصة القضية انه تم التعاقد بالمراسلة بين شركة تصنيع وشخص، وهذا الشخص كان اوصى بكميات كبيرة من الفحم الحجري من انكلترا ثم نشبت الحرب اشهر المصنع انه يستحيل عليه ارسال ما يطلب بعد ان منعت الحكومة الانكليزية تصدير الفحم، فسكت ثم عاد بعد ذلك يطلب المصنع بتنفيذ تعهده فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه يصرف النظر عما اذا كان التزام المصنع اصبحت تنفيذه مستحيلا باقاة قاهرة، فان سكوت المشتري قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد .

اشار اليه - عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 282 .

(2) عبد السلام التونسي - المرجع السابق - ص 281 .

ويذهب البعض الى ان المادة 98 قانون مدني مصري، والتي تعادل المادة 58 من القانون المدني الجزائري، اذا اشارت الى ما قد يقضي به العرف التجاري من اعتبار السكوت قبولا في حين انه لا محل للتفرقة بين النص التشريعي وبين ما تقضي به القاعدة العرفية، فكلاهما من مصادر القانون .

ولذا يكون السكوت الذي يقضي العرف التجاري باعتباره قبولا سكوتيا موصوفا لا ملابسا، وبذلك يكون من الخلط غير المقبول التعرّض له في المادة 98 مدني مصري المقابلة للمادة 58 مدني جزائري .

ويؤكد ذلك ما ورد في المذكرة الايضاحية لهذه المادة انما مقصورة على السكوت الملابس دون سواه، وكذلك ان هذه المادة قد نقلت عن تقنين الالتزامات السويسري في المادة 6 منه، الذي جاء بضابط من يعطي للقاضي اداة عملية للتوجيه ولا محل للمرونة والتوجيه في الحالات التي توجد فيها قاعدة عرفية تقضي باعتبار السكوت قبولا (1)،

---

(1) هذا الرأي للدكتور اسماعيل فهمي في كتابه مصادر الالتزام، الا ان الاستاذ احمد سلامة يرى ان هذا النقد لا محل له، لان المشرع بايراده عبارة العرف التجاري انما يقصد العادة . هذا الرأي اشار اليه ثروت فتحى في المقال السابق ص 98 .

51 - الحالة الثالثة :

إذا تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه ، فإن سكوت هذا الأخير يعد تعبيراً عن القبول (1) ، ومن أمثلة ذلك :  
- المية التي لا تشتط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت فإن سكوته به يعتبر قبولاً (2) .  
- وكعقوبة الاستعمال بحيث إذا عرض شخص أن يعير آخر شيئاً يستعمله مدة معينة بدون مقابل فسكت الموجه إليه هذا العرض ، جاز اعتبار سكوته قبولاً لتمخض الإيجاب لمنفعته (3) .  
- وكأن يرسل شخص لآخر خطاباً يعرض عليه فيه أن يكفل الوفاء بدين له على ثالث ، فيلزم المرسل له الصمت ، فمنها يعتبر سكوته قبولاً للكفالة المعروضة عليه ، لأن الكفالة تؤدي إلى مجرد نفع للمرسل إليه ، وهذا بذاته فرق بين من شأنه أن يدعم سكوته ويقوى أثره في الدلالة على قبوله إياه (4) .

- 
- (1) السنهوري - نظرية العقد - ص 162 / علي بن شنب - النظرية العامة للعقد - ص 36 ف 63 / زهير المارثيني - الوجيز في نظرية الالتزام - ص 45  
(2) محمد صبري السعدى - المرجع السابق - ص 94 / لبنى مختار - المرجع السابق - ص 27  
- فرج الصده - مبادئ الالتزام - المرجع السابق - ص 97  
(3) السنهوري - الوسيط - 223 / لبيب شنب المرجع السابق ص 97  
(4) عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص 104 .

وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا سَكُوتُ الْمُتَصَرِّفِ لَهُ ، وَسَكُوتُ  
 الْمُوصَى لَهُ وَسَكُوتُ الْمَدِينِ عِنْدَ إِبْرَاءِ الدَّائِنِ لَهُ ،  
 فَهُوَ قَبُولًا لِلْإِبْرَاءِ ، هَذَا فِي التَّقْنِينَاتِ الَّتِي تَسْتَلْزِمُ مَوَافَقَةَ  
 الْمَدِينِ عَلَى الْإِبْرَاءِ ، أَمَا فِي الْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ الْجَزَائِرِيِّ  
 فَالْإِبْرَاءُ يَتِمُّ بِإِرَادَةِ وَاحِدَةٍ هِيَ إِرَادَةُ الدَّائِنِ ، وَهَذَا مَا  
 تَقْضِي بِهِ الْمَادَّةُ 205 مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ : "يَنْقُضِي الْإِلْتِمَازَ  
 إِذَا بَرَأَ الدَّائِنُ مَدِينَهُ اخْتِيَارِيًّا وَيَتِمُّ الْإِبْرَاءُ مَتَى وَصَلَ  
 إِلَى عِلْمِ الْمَدِينِ وَلَكِنْ يَصْبِحُ بِمَاطِلًا إِذَا رَفُضَهُ الْمَدِينُ"  
 وَمِنْ تَطْبِيقَاتِ الْقَضَاءِ فِي اعْتِبَارِ السَّكُوتِ قَبُولًا ، إِذَا تَحَدَّثَ  
 الْإِجَابُ لِمَصْلُحَةٍ مِنْ وَجْهِ إِلَيْهِ وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ  
 الْاسْتِثْنَاءِ الْمُخْتَلِطَةِ الْمَصْرِيَّةِ ، مِنْ أَنَّ الشَّخِصَ الَّذِي يَصْدُرُ  
 مِنْهُ إِجَابٌ بِضَمَانٍ آخِرٍ يَرِيدُ اسْتِثْجَارَ عَيْنِ مِنَ الْحُكُومَةِ  
 يَعْتَدُّ مُقَيَّدًا بِهَذَا الضَّمَانِ بِمَجْرَدِ رَسْمِ مَزَادِ التَّأْجِيرِ عَلَى  
 مَنْ كَفَلَهُ ، دُونَ حَاجَةِ لِقَبُولِ الْكِفَالَةِ قَبُولًا صَرِيحًا مِنَ  
 الْحُكُومَةِ ، إِذِ السَّكُوتُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يُعْتَبَرُ قَبُولًا (1) .  
 وَهَذِهِ الْحَالَةُ الَّتِي أَقْرَبَتْهَا أَغْلِبُ الْقَوَانِينِ الْعَرَبِيَّةِ (2) ،  
 بِنُصُوصٍ خَاصَّةٍ وَصَرِيحَةٍ ، . . .

- 
- (1) - اسْتِثْنَاءُ مُخْتَلِطٍ 18 فَبْرَايِرَ : 1956 إِشَارَاتِيَّةِ  
 السُّنْهُورِيِّ - الْمَرْجِعِ السَّابِقِ ص 229 / مَلْبَنِي مُخْتَارَاتِ  
 الْمَرْجِعِ السَّابِقِ ص 28 .  
 (2) - الْمَادَّةُ 60 قَانُونِ مَدَنِيِّ جَزَائِرِيِّ ، وَالْمَادَّةُ 20  
 مَصْرِيِّ ، وَلِيْبِيِّ ، وَالْمَادَّةُ 29 مَدَنِيِّ سَعُودِيِّ .

واخذ بهما القضاء الفرنسي دون نص عليها (1) ، كان  
للاستاذ التونسي تعليقا عليها اذ يقول : "على ان هذا  
التكييف للسكوت واعتباره قبولا ، انما يتجافى في الواقع  
مع المنظر السليم اذ لا يعقل ان لا يصدر في مثل هذه  
الحالة كلمة من الطرف الساكت حتى ولو كانت كلمة  
شكر على تصرف تم لمصلحته ، اذ كيف يصح في العقل  
السليم ان يوجه ايجاب فيه منفعة للطرف الآخر  
ويسكت هذا الطرف ولا يقوم بأى حركة حتى لا يكلف  
نفسه عناء الرد ، بل على العكس يكون في موقفه  
هذا أكبر جحود لارادة الموجب ، لئن كان الايجاب  
تعرض على الموهوب له فيسكت ، فكيف فاعتبر ان هذه  
الهيئة قد تمت بمجرد سكوت الموهوب له ، علما ان  
العبرة في المنقول لا تتم الا بالقبر ، واذا لم تكن  
في المنقول فانها لا تتم الا بالقبول ، ولا تكون الا بسند  
رسمي ، والا وقعت باطله ما لم تتم تحت ستار عقد  
آخر . . . ثم يستشهد بما اورد الدكتور صلاح الدين  
زكي الذوي يقول في كتابه الروابط العقدية ، ان  
نبوع فكرة الانعقاد بالسكوت في الفرع المذكور ، اذ  
الى جنوح المشرع الايطالي في تقنينه المدني الجديد  
ومن بعده المشرع المصري الى تبني فكرة الانعقاد  
بالسكوت في فرع الابرأ من الدين السابرة ، علما  
ان هذا الفرع انما هو تصرف من الدائن السابرة  
بارادة منفردة ينقضي الالتزام اذا ابرأ الدائن مدنيه  
مختارا ويتم الابرأ متى وصل الى علم الموجب  
ويرتد برده .

فهذه الحالة انما انقضاء الالتزام بالابراء ، وليس من حاجة الي فرز قالب العقد على هذه الحالة " (1) .  
"ويبدو ان تعليل الفقهاء الاجانب لاعتبار السكوت المتحضر لمصلحة الطرف الاخر قبولا ، ان هذا السكوت يكفي وحده لاعتباره قبولا ، لانه لا يمكن ان يكون هناك مبررا يدعوا الموجب الي الرفض .

وبهذا انزلوا الفقهاء العرب في معظم ابحاثهم ، من بعضهم يعتقد انها مسألة وقائية يعود تقديرها الي قاضي الموضوع .

ولقد أصاب المشرع المغربي عندما استبعد هذا النسر من قانون الالتزامات والعقود " (2) .

الا ان استخلاص القبول من السكوت ، او تقدير دلالة الظروف يعتبر مسألة موضوعية تدخل في اختصاص قاضي الموضوع ، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة المجلس الاعلى (3) ، لانه من الممكن ان يقرر ان السكوت لا يعتبر قبولا بالرغم من تحضر الايجاب لمصلحة المخاطب ، على أساس انه قد يتبين للمحكمة ان هناك اعتبارات أدبية ترجح معنى الرفض على معنى القبول .

---

(1) - صلاح الدين زكري - تكوين الروابط العقدية  
م 227 . 228 ، اشار اليه عبد السلام التونجي  
في المرجع السابق م 234 .

(2) - تعليق عبد السلام التونجي - ما قبله م 235/238  
(3) - ANTOINE VIALARD . Op. Cit. P - 69 .

وانطلاقاً من هذه التبريرات ومنها خاصة التبرير المنطقي الذي يتمثل في السلطة التقديرية الواسعة المعطاة لقاضي الموضوع في تقدير كل حالة على حدى ، يمكن القول أنه لا يصاب على المشرع الجزائى وغيره من التشريعات الاخرى عندما نرصدراحة على هذه الحالة .

52 - الحالة الرابعة : يضيف القانون المدنى العراقى فى المادة 81 منه حالة رابعة تتمثل فى سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها ، يكون قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط (1) ، فاذا اشترط البائع فى القائمة وفاء الثمن يكون فى محل اقامته هو ، لا فى محل اقامة المشتري ، او حدد ميعادا يسقط بانقضائه حق المشتري فى التقدم بأى اعتراض على الصفقة او نص على اعتبار المحكمة المختصة بفصل المنازعات التى تنشأ من العقد هي المحكمة التى يوجد البائع فى دائره اختصاصها ، فسكوت المشتري يعتبر قبولا لهذه الشروط الجديدة (2) .

---

(1) - السنهوري - مصادر الحق - ص 130 .

(2) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 152 .

وكل الحالات السابقة الذكر والتي نصت عليهما المادة 68 قانون جزائري والتي تتعلق بالسكوت الملايس، انما تعذر من اهم التطبيقات العملية في هذا المجال . الا ان ذكرهما كان على سبيل المثال، لا الحصر وهكذا ففي كل حالة اخرى نجد انفسنا امام سكوت يقتنر بظروف من شأنها ان تؤدى بالشخص الى الافصاح عن رفضه الايجاب الموجه اليه اذا كان يقصده بحيث ان الطرف الآخر لا ينتظر منه تصريحا بالقبول اذا كان رغبيا في الصفقة، فان هذا السكوت يصلح من صاحبه تعبيرا عن ارادته بالنسبة الى قبوله هذا الايجاب.

## المبحث الرابع

حكم ببعض المسائل الخلافية  
هناك طائفة من المسائل اختلف الفقهاء في حكمها  
لاختلاف فهم في تصنيفها وفيما اذا كانت تطبقا لقاعدة  
" لا ينسب لساكت قول " او هي من الفئة المستثناة تحت  
قاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان ومن اهم هذه المسائل  
الخلافية مسألتان :

1- مسألة بيع ملك الغير بحضور صاحبه

2- مسألة سكوت الفتاة في الزواج .

53 لولا : بيع مال الغير بحضور صاحبه وسكوته .

المسألة هي ان يبيع شخص مال غيره ، وصاحبه حاضر وساكت  
فهل يعتبر سكوته رخصا للبيع ؟ او يفسر بالقبول ؟ وهل يعتبر  
اجازة لعمل البائع الفذولي ؟ .

أ- عند الحنفية والشافعية والحنابلة : لا يعدد السكوت اجازة  
بل انه محتمل ، قد يكون بطريق الرضا وقد يكون بطريق  
التماوان وقلة الالتفات الى تصرف الفذولي ، وقد يكون بطريق  
التعجب . اى لماذا يفعل هذا في ملكه بخير امره .

والى ماذا توول عاقبة فعله ؟ والمحمتمل لا يكون حجة (1)

---

(1) محمد الالخي - الفضالة - ص 132 . 133

بأما المالكية : لقد ذهبوا الى ان السكوت حكم الاجازة  
يستور ان يكون الساكت حاضرا مجلس البيع ام كان غائبا  
عنه ولكنه علم به وسكت مدة طويلة ، الا اذا كان سكوته  
لمذر مانع ، هذا الى انه لايجعل له السكوت شرعا  
والا كان غارا ، وكان تقريره هذا مضرا بالمشتري وان  
الضرر مدفوع (1) .

والاستاذ ثروت فتحي اسماعيل يرجح الرأي الثاني وبهذا  
يقول لنا بصدد تعبير ضمني عن الارادة لأن المظهر الذي  
اتخذه المالك في هذه الحالة يكشف عن الارادة بطريق  
غير مباشر حيث يستتبع قبول المالك من الموقف الذي  
يتخذة ، والذي يحصل انصراف الارادة الى هذا المعنى (2) .  
ولكن المشكل يثور اذا كان البائع يزعم انه هو المالك ،  
وكان بالمجلس رجل ثالث قد سكت عند حصول البيع  
هل كان سكوت الشخص الثالث اقراا بأن البائع مالك  
للشيء المبيع فيمتنع عليه ان يدعي بما يناقض ذلك  
فيما بعد أم لا ؟ ، يفرقة الاحناف بين فرضين :  
الاول : اذا كان البائع فريبا عن الحاضر الساكت فهنا  
لا يكون السكوت مانعا من سماع دعوى المالك الا اذا  
تصرف المشتري في الشيء المبيع بعد شرائه زمنا وسكت  
الحاضر ، فحينئذ لا تسمع منه دعوى المالك .

(1) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 152 .

(2) - ثروت فتحي اسماعيل - المرجع السابق - ص 101 :

الثاني : اذا كان البائع من أقارب الحاضر الساكت فالراجح في هذه الحالة عدم سماع دعوى من كان حاضرا قطعاً للتزوير والتدليس (1).

أما بخصوص موقف القانون المدني الجزائري ، نجد انه جاء في المادة 298 م منه : أنه "اذا اقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري" . ولكنه لم يوضح طرق تحقيق هذه الاجازة ، وبالتالى وجب الرجوع الى القواعد العامة التي أقرها . حيث ان المادة 100 م ج تنص على أنه : "ينزل حرق ابطال العقد بالاجازة الصريحة او الضمنية" .

أما السكوت فلا يعتبره تعبيرا عن الارادة الا في حالات استثنائية سبق تبيانها ، والتي نصت عليها المادة 68 م ج وليس من بينها حالة اجازة الفصولي ، وبهذا يتفق مع أحكام القانون المدني المصري .

بينما المشعر العراقي قد اعتمد في هذا الموضوع نوع من السكوت الموصوف (2) ، فأعتبره دالا على الرضا ، ومن ثم فهو اجازة ، وبهذا يتفق مع أحكام بعض المذاهب الفقهية لدى الفقه الاسلامي . (3)

---

(1) - ثروت فتححي - المرجع السابق م 102 .  
(2) - تنص المادة 2/168 قانون مدني عراقي على انه : "يجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر ، فاذا لم يصدر في هذه الصدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا" .  
اشار اليه الدكتور محمد الالفي - المرجع السابق م 186 .

(3) - محمد الالفي - ما قبله م 186 .

54 - ثمانيناً : سكوت الفتاة في الزواج .

روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال :  
"الثيب احقر بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنهما  
سكوتها" . (1)

وعلى ضوء هذا الحديث يفرق الفقه بين زواج الثيب  
وزواج البكر .

فالفتاة الثيب ، اذا استؤذنت في الزواج ، لا يكون سكوتها  
كافياً للتعبير عن قبولها ، بل يجب ان تعبر عن ارادتها  
بطريقة اجابية ، ولم يختلف اجماع الفقهاء على هذا ؛  
الحكم ، لان الثيب لا يمنعها الحياء عادة من الكلام (2) .  
اما البكر فيشور بصددها السؤال ، هل يكفي سكوتها  
لإفصاح عن اذنها وقبولها ؟ يذهب أكثر الفقهاء الى  
ان سكوت البكر يعد تعبيراً كافياً عن قبولها وذلك  
لما يلحقهن عادة من الحياء والخجل ، وهو تعليل يؤيد  
ما اشتهرت به المرأة العربية بصورة عامة والمرأة المسلمة  
بصورة خاصة .

الا ان المالكية يستحسنون اعلام البكر قبل استئذانها في  
الزواج (3) .

---

(1) - الحديث رواه مسلم في صحيحه ج 4 ص 141 .

(2) - عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية  
العقد - ج 1 ص 158 .

(3) - عبد المجيد الحكيم - ما قبله - ص 158 .

أما الاتجاه الفقهي الحديث (1) ، نلاحظ أنه يخرج نوعاً ما على ما قال به مما سبقوه ، ويعتمد في هذا على أن الحديث السابق الذكر ليس من النصوص الأمرة وهو قائم على العرف ، ومن القواعد العامة المقررة في هذا الشأن أن النصوص القائمة على العرف تتغير بتغيره ، والعرف في زماننا قد تغير ، إذ دخلت المرأة ميدان العمل ، واختلطها بالرجال أدى إلى اضطراب ذلك الحياء الذي كان ينعها عادة من الكلام ، ولذا فإننا نكون بصدد ضرورة إزالتها صراحة ، وعدم كفاية سكوتها ، وإذا التزمت السكوت فيمكن أن نستشف إرادتها على ضوء الظروف الملائمة ، مثلاً ، ملامح الفرج تعدل على القبول ، أما إذا كان الحزن فهذا يعدل على السرفس .

---

(1) من بين الذين يقولون به :

— عبد المجيد الحكيم — ما قبله ص 154 ، وكذلك  
— ثروت فتحي اسماعيل — المرجع السابق ص 103 ،

و الواقع ان تطور الحياة و سرعة المواصلات البريكية ، و انفتاح العالم ، تقضي كل هذه الامور بالضرورة ان يعتبر السكوت رضيا ، اذ ان الساكت تجاه الايجاب تحيطه ظروف و ملازمات تدعمها قرائن تقضي على ان يعتبر الساكت قابلا للايجاب لاسيما و ليس هناك مبرر مشروع لسكوته .

و البدأ السليم في اعتبار السكوت قبولا ، ان يكون مقرونا بظروف من شأنها ان توضح المعنى ، و تكشف على ما انطوى عليه من طريقة الاستدلال و الاستنباط فانه يكون ممتبرا في استخراج دليل القبول ، ولذا نرى انه يجب على القاضي ان يتحري في تقديره لهذه الظروف التي تحيط بالسكوت حتى يعتمد كتمبير عن الارادة ، لأن هناك فعلا بعض الاحكام القضائية تتميز بعدم الوضوح و عدم الدقة في تقدير دلالة الظروف ، و المشال على ذلك ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية (1) .

---

(1) نقض فرنسي في 29 مارس 1989 ، دالوز 1989 ، أشار اليه بوريس ستارك ، في المرجع السابق ، ص 369 بند 1183 ، وكذلك ، ثروت فتحي اسماعيل ، المرجع السابق ، ص 104 .

ففي خصومة بين مؤجر ومستأجر فقد تقاعس المستأجر عن دفع الاجرة مدة طويلة ، فعرض عليه المؤجر تخفيض الاجرة حتى يتسنى له ان يفي بمديونه بانتظام ، وسكت المستأجر عن الرد ، ولكن لم يقم بمدفع الاجرة بعد تخفيضها ، فطالبه المالك بالاجرة المرتفعة قبل التخفيض على أساس ان المستأجر لم يفصح عن قبوله للتخفيض الذي سبق عرضه عليه ، الا ان المحكمة حكمت لصالح المستأجر على أساس ان سكوته في مواجهة التخفيض الذي عرض عليه يعد بمثابة القبول لان العرض تمحسب من منفعة بحتة له .

والملاحظ ان هذا الحكم غير سليم ، لان الايجاب الذي صدر من المؤجر معلق على شرط صريح وهو دفع المستأجر لمديونه ، فاذا لم يتحقق الشرط فلا ايجاب من المؤجر ، اذ الذي يجب التمويل عليه في هذه الحالة هو نية المؤجر وما انصرفت اليه .  
والحكم لصالح المستأجر رغم ان هذا الاخير لم يدفع الاجرة بعد تخفيضها ، يجعل التخفيض يفقد هدفه الذي قصده المؤجر .

ولذا كان يجب على المحكمة ان تحتاط في اعطاء دلالة محددة للسكوت تتم عن الارادة الحقيقية للساكت من جانب ، وموازنة الامور بالبحث في نية المؤجر من جانب آخر .

اما أخيراً ما يلاحظ على المادة 68 قانون مدني جزائري قبل كل شيء أنها تعد من الأمثلة عن الدور الهام الذي يلعبه القاضي الجزائري في العقود بحيث أصبح دوره في الكثير من الحالات مفشاً لا مقفراً .

كما أنها تجعل للسكوت دوراً في إنشاء الالتزامات وبهذا نحدد من مبدأ سلطان الإرادة .

ومن جهة أخرى يجب ان تفسر عبارة الصرف التجاري الواردة في النص على انه يقصد بها المادة، ولا يعتبر المصنع قد خلط بين السكوت الموصوف و السكوت الملازمي .

## الباب الثالث مائتي

### آثار التعبير عن الإرادة

55 - تمهيد وتقسيم :

إن الأثر المباشر للتعبير عن الإرادة في الأوضاع المادية ،  
يتمثل أساسا في إنتاج الأثر القانوني بحسب ما إذا كان  
إيجابيا أو قويا .

الآن أيه في بعض الحالات ، قد لا يطالب التعبير الإرادة ..  
الحقيقية ، فأيهما أولى بالاتباع ؟ ، هل يعتد بالإرادة الظاهرة  
(التعبير) ، أم بالإرادة الحقيقية ؟ .

ويثور التساؤل كذلك عن الوقت الذي يتم فيه التعبير ماديا  
وعن وقت إنتاج أثره القانوني .

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الباب إلى فصلين ، نتناول في  
الفصل الأول ، فكرة الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها .

وفي الفصل الثاني ، نتكلم عن وقت تمام التعبير وإنتاج  
أثره الشرعي .

### الفصل الأول

#### الاختلاف بين الإرادة والتعبير

56 - تمهيد وتقسيم :

باعتبار أن الإرادة 1 هي أساس الرضا الذي هو بدوره يستند  
أساس المقدر ، فالقانون لا يمتد بها إلا إذا خرجت إلى الخارج  
الخارجي ، ومن ثم يجب أن يقابل الإرادة الباطنة تعبير  
يصلح بمقتضى الاتفاق أو القانون .

(1) يقصد بها الإرادة المعتبرة شرعا ، وهي الإرادة المبرورة ، أي  
المادرة من أصل للعقاد ، بحيث لا يعتد بإرادة فاقد التمييز لمفسر  
في السنن أو جنون أو غته ، والمتجهة إلى إحداث أثر قانوني لأنه  
لا عبارة بالإرادة في دائرة المجاملات ولا بإرادة الهزال ،  
أذ في المعنى :

- السنهوري - الوسيط ص 176 .

- أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام ص 87 .

- صيرى السعدى - المرجع السابق ص 28 - 29 .

- لبيب - شنب - المرجع السابق ص 75 - 76 .

وعندئذ يقال ان التعبير عن الارادة متفقاً مع تلك الارادة ،  
ويكون التراضي نائماً لا من تطابق التعبيرين فحسب ، بل  
كذلك من تطابق الارادتين ، ولكن قد يحصل في بعض الحالات  
الا يكون التعبير متفقاً مع الارادة الحقيقية ، وعندئذ يحتدم  
الخلافة حول أو الارادتين أولى بالاتباع .

هل يسوم لنا ان نقف عند مدلول التعبير عن الارادة ، ونعتمد  
به في ذاته ، أم أنه يجب أن نطرح هذا المدلول ولا نعتمد به  
مادام قد ثبت أنه لا يطابق الارادة الحقيقية ، وبمعنى آخر  
هل يستمد الحق قوته الملزمة من الارادة الظاهرة أم من  
الارادة الباطنية ؟

ومثال ذلك شخص يريد بيع سلمة بدينارين ، فيعرضها  
على الجمهور واضعاً عليها خطأ ورقة تفيد أن ثمنها دينار  
واحد ، فهنا الارادة الحقيقية للتاجر هي أنه يريد البيع  
بدينارين ولكن مدلول التعبير عن الارادة هو أنه يعرض  
البيع بدينار واحد ، فاذا تقدم شخص وأراد الشراء بدينار ،  
فهل يقوم البيع على أساس هذا المبلغ ، اعتداداً بمدلول  
التعبير عن ارادة البائع أم أنه لا يقوم ، اعتداداً بآرادته  
الحقيقية ؟ (1) .

ومثال ذلك أيضاً أن يعزم شخص على قضاء أجازته في فندق  
معين ، وفي وقت محدد ، وليكن شهر يولييه ، فيكتب للفندق  
ليمنع عليه أن يجيز له غرفة خلال هذا الشهر ، ولكن  
ينزل به القلم ويحيي في كتابه ان الحجز يكون في شهر  
يونيه ، ويحجز الفندق بالفعل خلال الشهر الوارد في كتابه  
من غير ان يحيي ، فهل يعتبر عقد الفندق أنه قد قام من  
شهر يولييه اعتداداً بالتعبير عن ارادة النزيل ، أم أنه  
يمتبر أنه لم يتم اعتداداً بآرادته الحقيقية التي أخطأ  
التعبير عن اظهارها (2) .

(1) عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد و الارادة المنفردة - ص 114

(2) عبد الفتاح عبد الباقي - ما قبله - ص 114

في هذه الأمثلة نجد ان ارادة الشخص، اتجهت الى شيىء ، ولكن التعبير  
 خائيه ، فاتجه الى شىء آخر (1) فبأى الامرين نأخذ ، بمسما  
 انصرفت اليه الارادة الحقيقية ، او بما دل عليه التعبير عنهما ؟ .  
 تتنازع هذا الموضوع في القانون المعاصر ، نظريتان أساسيتان ،  
 احدهما تقليدية تأخذ بالارادة الباطنة ، والثانية حديثة  
 تغلب الارادة الظاهرة ، وبهذا الصدد سنقسم هذا الفصل الى خمسة  
 مباحث ، نتناول في الاول نظرية الارادة الباطنة ونظرية الارادة  
 الظاهرة ، ثم المذهب الوسط متمثلا في مذهب الثقة ومذهب  
 المسؤولية ، وفي المبحث الثانى النتائج المترتبة على الأخذ باحدى  
 النظريتين دون الأخرى ، وفي الثالث نتكلم عن محاولة التقريب  
 بين النظريتين ، أما في الرابع نبيين موقف الفقه الإسلامى من  
 النظريتين ، وأخيرا موقف القانون المدنى الجزائى من النظريتين ،  
 وفيما يلي سنبدأ هذه النقاط بشيىء من التفصيل .

### المبحث الاول

## نظرية الارادة الباطنة والارادة الظاهرة

### المطلب الاول

#### نظرية الارادة الباطنة

هي النظرية التقليدية المتى دعا اليها سافيني ، وهي الأكثر  
 شيوعا على الاخصر في الفقه الفرنسى ، وتعتمد بالارادة الحقيقية ،  
 ومؤدى هذه النظرية أنه لتحديد مدى التزام المتعاقد يجب  
 البحث عن الارادة التى ادلت عليه نفسه لأنها هي الارادة التى اتجهت الى  
 احداث الأثر القانونى ، فهي ان استلزم حصول التعبير عن الارادة ،

(1) وكما يحدث الاختلاف بين الارادة الحقيقية وبين مدلول التعبير عنهما  
 نتيجة الخطأ ، فقد يحدث عن عمد وقصد ، والاختلاف المقصود  
 يتمثل أساسا في التحفظ المذموم ، والحكم واحد في الحالتين ،  
 بالنسبة الى من يوجه اليه التعبير .

لانجا لا تهتم به الا في الحدود التي يجبي فيهما مطابق للارادة الحقيقية ، بمعنى ان الارادة اليزاهرة لا يكون لها من اثر قانوني الا اذا كانت تستند الي ارادة حقيقية تتفق معها تمام الا تفاق ، فان افرقت عنها لا يكون لها اثر قانوني وتكون بمثابة الجسد بدون روح ، وبمعني اخر فان التعبير في نطاق هذه النظرية ليس الا دليلا على الارادة يقبل اثبات العكس ، فاذا قام الدليل على ان التعبير لا يطابق الارادة كانت العبرة بالارادة (1) .

واذا تعذر الوصول الى معرفة هذه الارادة الحقيقية وجب على القاضي ان يميل عن طريق الافتراض ، فعلي القاضي اذن ان يأخذ بالارادة الحقيقية اذا صدق المظهر في التعبير عنها ، والا فالارادة التي يفترض هوانها الارادة الحقيقية ، فالارادة الباطنة حقيقة او مفترضة هي التي يجب التعويل عليها .

فحاصل هذه النظرية ان التراضي لا يكون الا بتطابق الارادتين وانه لا يكون يتطابق التعبيرين الا اذا كان التعبيران متفقين مع الارادتين الحقيقيتين (2) ، وانما تقوم على اساس مبدأ سلطان الارادة ،

- 
- (1) في المعنى ارجع الى :  
- سوار - التعبير عن الارادة - ص 281 ف 281  
- عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق ص 126  
- الستهوري - الوسيط - ص 180 ف 77 ، وكذلك نظرية المقدم ص 168
- (2) في المعنى انظر :  
- عيد الحبي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي - الجزء الاول - مصادر الالتزام - المصادر الارادية - العقد والارادة المنفردة - مطبعة جامعة الكويت طبعة 1982 - ص 294 .  
- محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص 96 .  
- توفيق العطار - المرجع السابق - ص 42 .

والمقتضاه ان الشخص لا يلتزم الا اذا اراد ان يلتزم ويقدر ما يريد ان يلتزم (1) .

ولقد اعتنقتما القوانين اللاتية وعلى رأسها القانون الفرنسي (2) .

57 - أساسيد هذه النظرية : وقد استند انصار هذه النظرية

الي جملة من التبريرات والحجج نوجزهما فيما يلي :

- اولا : تبريرات تاريخية : مؤداهما ان العقد والالتزام في القوانين

القديمة لا يقومان الا باستخدام اشكال معينة ، فالشكلية كانت السائدة

لانشاء العقد والالتزامات ، ثم حدث تطور للتخلص من الشكلية

لتسود الرضائية ، وتحل عل محلها ، وهكذا فان القوانين الحديثة

تعتمد بالرضا نفسه لا بشكله او مظهره ، لذا يجب الاعتداد

بالارادة دون مظهرها او شكلها (3) .

- ثانيا : تبريرات منطقية : ومؤداهما ان اساس الالتزام المتعاقد هو

ارادته ، فالعقد ينشأ من ارتباط ارادتين لذا فان الشخص يلتزم

بما اراده حقيقة ، ولا يجوز التزامه نتيجة اعلان خاطئ عن

ارادته (4) .

- ثالثا : تبريرات اقتصادية : مؤداهما ان العقد ينظم مصالح المتعادين ،

لذا يجب ان يكون تنظيم العلاقات المستقبلية بينهما تنظيما

يطمئن اليه كل منهما منذ ابرام العقد ، وهذه الطمأنينة ستزول في

حالة ما اذا وجد المتعاقد نفسه ملزما بامر لم يقصده ولم يرده (5) ،

1 ) - ANTOINE VIALARD - Op - CIT - P 70

- ALEX WEILL - Op - CIT - P 73

(2) يعني مختار - المرجع السابق - ص 15 ، ومع العلم ان هذا الرأي

قرره كل شراح القانون المدني المقارن .

(3) صبرى السعدى - المرجع السابق ، ص 96 .

(4) صبرى السعدى - ما قبله - ص 97 .

(5) صبرى السعدى - ما قبله - ص 97 .

واشار اليه لبني مختار المرجع السابق ص 8 .

## المطلب الثاني

### نظرية الارادة الظاهرة

كانت نظرية الارادة الباطنة سائدة طوال فترة التسليم بمبدأ سلطان الارادة بصفة مألوفة ، ولكن في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث الفقهاء الالمان هذه النظرية بحث المدقق المنقذ ، وخلصوا من بعد ذلك الى ان الأخذ بمثل هذه الفكرة الى درجة معينة يؤدي الى تعريض المعاملات الى الاضطراب وعدم الاستقرار ، و يترتب على ذلك امدار للائتمان والثقة في التجارة ، واقاموا على انقاضها نظريتهم الحديثة ، ومؤداهما :

ان الارادة لا يعتد بها في مظهرها النفسى ، بل في مظهرها الاجتماعى ، فالارادة التي لم تظهر الى العالم الخارجى لا يجوز ان يكون لها اثر في دائرة العلاقات القانونية ، فهي شئى كامن في النفس ، والارادة التي تنتج أثرا قانونيا ، انما هي الارادة التي اتخذت مظهرا اجتماعيا معينيا ، لا الارادة المنطوية في اعماق النفس ، ولا تأخذ الارادة هذا المظهر الا عند التعبير عنها (1) .

فالعبارة بهذا التعبير ، او الاعلان الذي هو شئى مادى محسوس يستطيع القانون ان يحيط به وان يترتب عليه ما يشاء من أحكام ، ويستطيع المتعاقد كذلك ، ان يدركه ، فيطمئن اليه الناس في معاملاتهم وعقودهم ، وفي ذلك ما فيه من الاستقرار للمعاملات وطمأنينة للمتعاقد الذي يعتمد على التظاهر الذي استعمله من تعاقد معه في التعبير عن ارادته التي لا يستطيع المتعاقد الآخر ان يعرف عليها الا عن طريق هذا المظهر ، فلا يفاجأ بعد ذلك بان من تعاقد معه قد أخطأ في التعبير

(1) في المعنى انظر :

- السنهوري - الوسيط - ص 160 - ف 79 .
- عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص 294 ف 155 .
- رضا سوار - المرجع السابق ص 282 ف 282 .
- توفيق العطار - المرجع السابق - ص 42 .
- التركمانى - المرجع السابق - ص 148 .
- بسبب شنب - المرجع السابق ص 99 .

عن ارادته وان ارادته الحقيقية قد انصرفت الى شيئى آخر (1).  
ولكن انصار نظرية الارادة الظاهرة اذا اعتدوا بالا اعلان عن الارادة  
او التعبير عنها ، فانهم لم يقصدوا بذلك الرجوع الى الشكلية  
فهم لا يشترطون في الاعلان أية شكلية من الشكليات ،  
بل تصح فيه كافة طرق الاعلان ، فيصح ان يكون التعبير عن الارادة  
صريحا ويصح ان يكون ضميا ، بل يمكن ان يكون مجرد السكوت  
تعبيرا كافيا في بعض الاحوال ، (2) وكل ما في الامر انهم لا  
يأخذون الا بهذا الاعلان ، وهم انما يعتدون بالاعلان في ذاته لا  
بالاعتباره فريضة على الارادة الباطنة ، فهو عندهم العنصر الاصلى  
للارادة ، فيجب الموقف عنده ، وحتى اذا صح اعتباره هذا الاعلان  
دليلا على الارادة الباطنة ، فان هذا الدليل لا يقبل اثبات المكس  
فلا يسمح للمتعاقد الذى يدعى على انه قد أخطأ في التعبير و  
أظهر غير ما كان يضمنو ، ان يثبت ذلك مادام قد اراد هذا  
التعبير الذى اختاره ارادته (3).

(1) ويقول رينو في شرحه لهذه النظرية ان مقتضى هذه النظرية  
اعتبار العقد واقعة اجتماعية معلومة في وسط اجتماعي معين  
يعمل عليها كل من علم بها ، وينبغي على ذلك ان المتعاقد  
يمكن ان يتحمل اكثر مما اراده بالفعل ، فهو اذا يعبر عن  
ارادته يتمين عليه ان يتحمل نتائج هذا التعبير لا على المعنى  
الذى يكون له عنده بل على معناه الموضوعي الذى يكون له في  
الجماعة ولذلك لا يمكن ان ينتج هذا التعبير أثارا تزيد على نوايا  
صاحب التعبير الحقيقية " انظر عيد الحى " حجازى المرجح  
السابق ص 295 - حاشية 17 .

(2) - السنهورى - نظرية العقد - ص 170 ف 172 .

(3) - في المعنى ارجع الى :

- رضا سوار - المرجع السابق ص 282 .

- فرج الصدة - مصادرا لالتزام ص 29 ف 73 .

- لبيب شنب - المرجع السابق - ص 96 .

ولكن يجب ان يلاحظ بان انصار هذه النظرية اذا كانوا لا يعتقدون الا بهذه الادارة ، فانهم لا يعملون الارادة الباطنة امالا تاما ، فهم يشترطون ان يكون وراء المظهر الخارجي الذي تاخذه الارادة ، ارادة كاملة ، ولكن هذه الارادة تكون مقصورة على ارادة التعبير لا ارادة احداث الاثر القانوني .

بمعنى ان الشخص الذي تصدر منه عبارة معينة ، او يتخذ موقف معين من شأنه ان ينتج اثرا قانونيا ، هذا الشخص يجب ان يفصل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به ، فاذا كان القانون لا يرتب اثرا على ارادته فلا عبارة بالمظهر الذي يتخذه في التعبير عن هذه الارادة ، مثال ذلك الطفل والمجنون ، فهما لا يتمتعان بارادة يمكن ان تلزمهما قانونا ، لذلك لا يقال انهما ارادا ليجاد هذا المظهر (1) . يتضح مما تقدم ان نظرية الارادة الظاهرة ليست في الواقع الا انتقاما من مبدأ سلطات الارادة وانتصارا للمبدأ القاضي بجعل القانون امرا اجتماعيا لا يعني بالفرد من حيث هو ، بل ينظر اليه كعضو في المجتمع (2) فهو لا يأبه بارادته الكامنة ، الا ان هذه الارادة جزء من نفسه ، ولا يعتد بالارادة الا اذا جاوزت الفرد ودخلت في المجتمع " (3) .

بالنسبة ثوبا ماديا من شأنه ان يجعلها ذات اثرا اجتماعي ، فتدخل في حساب الناس ، ويتعاملون بمقتضى ما استقرت عليه هذه الارادة في شكلها الخارجي ، فالمسألة اذن هي مسألة الثقة المشروعة التي يجب احترامها حتى لا تضطرب المعاملات وهذا هو ما يذهب اليه خصوم المذهب الفردي فهم يبنون القوة الملزمة للعقد على العدالة ، والمصلحة المشروعة (4) . واذان يقتضيان بجعل الثقة المشروعة التي يولدها العقد أساسا للالتزام .

(1) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - من 127 ف 143 .

(2) - السنهوري - نظرية العقد من 172 ف 174 .

(3) - يشير الى هذا المبدأ - الدكتور عبد المجيد الحكيم في

المرجع السابق - من 128 ف 144 .

(4) - وفي هذا المعنى يقول دييجي " وهذا ايضا نتيجة مباشرة

لتغلب عنصر الا اجتماعي في القانون ، فما دنا لم

نرى في القانون الا وسيلة لحماية الفرض ، لم يكن العمل

القانوني في جوهره الا الارادة الباطنة ، وكانت هذه الارادة

- 58 - الحجج المستند عليها في تبرير النظرية :
- ويستند اصحاب هذه النظرية الى حجج وتبريرات نجلها فيما يلي :
- اولا : تبريرات تاريخية : وموطنها ان الالتزام كان دائما لا ينشأ الا باجراء شكلي ، وان اعلان الارادة هو البقية الباقية من الشكلية ، بعد تطور لم يؤدي الى اختفاء الشكلية ، بل الى التخفيف منها فقط ، وقد بقي من الشكلية حد ادنى لا يمكن الاستغناء عنه هو اعلان الارادة ، او التعبير عنها (1) .
- ثانيا : تبريرات منطقية وموداها انه منطقيا يستحيل التعرف على الارادة الباطنة عن طريق الاطلاع على مكنون النفس ونوايا الضمير ، والارادة الوحيدة التي يمكن التعرف عليها هي الارادة الظاهرة (2) .

#### تابع الصفحة السابقة :

- ..... هي التي يحميها القانون ، ولكن عندما سلمنا بأن العلاقة القانونية لا قيمة لها ، ولا تستحق حماية ، الا اذا حققت فرضا اجتماعيا ، وان قوة هذه العلاقة لا تكون الا بالقدر الذي يتوافر لها به اساس اجتماعي ، فقد اصبحت العلاقة القانونية لا تنشأ الا من عمل يكون له ذاته صبغة اجتماعية ، فلا تتولد الا من الارادة الظاهرة ، لان الارادة ما دامت كاملة لم تظهر في العالم الخارجي ، فهي عمل فردي محض ، ولا تصبح عملا اجتماعيا الا بالهورما " اشار اليه عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق ص 129 .
- (1) - لبنى مختار المرجع السابق ص 10 .
- صبرى السعدى المرجع السابق ص 98 .
- (2) - لبنى مختار المرجع السابق ص 10 .
- صبرى السعدى - للمرجع السابق ص 98 .

ثالثاً : وتبريرات اقتصادية مفادها أن الارادة التي يمكن للغير العلم بها والتعرف عليها هي الارادة الظاهرة ، وهذه الارادة هي المحول عليها فيما تبعثه في نفوس المتعاقدين من ثقة ، فعدم الاخذ بالارادة الظاهرة يؤدي الى زعزعة الثقة المشروعة التي هي اساس استقرار المعاملات بين الناس في معاملاتهم (1) .  
ولقد تأثر القانون الالماني بالفقه الالماني ، فأخذ الى حد كبير بنظرية الارادة الظاهرة .

وطبق القانون الانجليزي هذه النظرية في الكثير من الفروض (2) .  
59 - المذهب الوسط :

يوجد بين نظرية الارادة الباطنة و الارادة الظاهرة مذهب وسط يتمثل في مذهب الثقة و مذهب المسؤولية .  
اولاً : مذهب الثقة : وهو يأخذ في الاصل بقاعدة انه لا يجب الاعتداد بالارادة الباطنة ، وذلك لان القانون يجب ان يقوم على الظاهرة أكثر من قيامه على النية الداخلية ، ولكن انصار هذا المذهب يوردون على نظريتهم القيد الآتي : وهو أن التعبير يجب ان لا يعتد به الا اذا كان من تلقاه توجد عنده من الاسباب ما يحمله على اعتقاد أن هذا التعبير يطابق الارادة الحقيقية لمصاحب التعبير ، وعلى ذلك يجب ان يبطل المقدم

---

(1) في المعنى انظر : - لينى مختار - المرجع السابق ص 10 .  
- صبرى السعدى - المرجع السابق - ص 96 .

(2) انظر جنكس المادة 77 : " اذا استعمل شخص طرق التعبير عن ارادته بحيث يكون من المعقول تبطل للظروف ان يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له ان ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلائم مع هذا المعنى . " اشار اليه السنهوري - الوسيط ص 100 ف 79 .

إذا كان المتها قد الاخر يعلم عدم مطابقة التعبير للارادة المعبر عنها ، اذ انه في هذه الحالة لا تكون ا قد تولدت عنده مهقة يحرض القانون على حمايتها (1) .

ثانيا : مذهب المسؤولية : وهو يأخذ في الاصل بقاعدة أن الإرادة الباطنة أولى من الإرادة الظاهرة ، ولكنه مع ذلك يورد قييدا على هذه القاعدة ، مؤداه انه لا تجوز المطالبة بإبطال العقد بحجة عدم مطابقة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة إذا كان سبب عدم المطابقة يرجع الى خطأ صاحب التعبير ، بان كان يريد عدم المطابقة بين الإرادة والتعبير عنها وكان المتعاقد الاخر يجهل ذلك ، فعندئذ يكون هذا المتعاقد معذورا في اعتقاده مطابقة التعبير للإرادة الحقيقية وعلى ذلك يعتبر العقد صحيحا .

والملاحظ ان نظرية الثقة قريبة من نظرية الإرادة الظاهرة ، في حين ان نظرية المسؤولية تقترب من نظرية الإرادة الباطنة ، ولو ان كلا منهما تضع قييدا يحول دون التوسع في التطبيق (2) . وان في العموم هذين المذهبين الوسط لدليلا على ان مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة لا يمكن الاخذ بأيهما على اطلاقه اذ يرد على نظرية الإرادة الباطنة ان الغير لا يستطيع ان يعلم بالإرادة في ذاتها بل بالتعبير عنها ، لذلك يجب ان يكون التعبير عن الإرادة هو وحده الذي يمكن ان يعتمد به قانونا . او ان آثار التصرف القانوني يجب ان تقدر لا وفقا للنية الداخلية بل وفقا للتعبير الذي ينقلها الى الحيز الخارجي ، فاذا لم تكن الإرادة قد ظهرت كلها في التعبير فان ما لم يظهر منها في التعبير يكون غير ذي أثر ، واذا لم يكن التعبير

(1) - عبد الحي حجازي - المرجع السابق - من 295 ف 156 .

(2) - عبد الحي حجازي - ما قبله - من 295 ف 156 .

مطابقا للنية فانه يجوز ان تترتب بعض الاثار غير المقصودة وذلك  
لاي الاشخاص الذين علموا بالتعبير لا بد ان يكونوا قد عدولوا  
عليه ولا يجوز ان نحملهم آثار ارادة لم تظهر في التعبير ، ثم  
ان استقرار المعاملات يجب ان يؤخذ في الاعتبار .  
اما نظرية الارادة الظاهرة فيزد عليها انها تضحى بمصلحة  
صاحب التعبير انه يمكن ان يلزم بأكثر مما اراد في الحقيقة  
فربما يجب عليه ان يتحمل نتائج تفسير موضوعي لتعبيره  
لا يباين نواياه الحقيقية .  
وقد يتحمل نتائج تعبيره رغم ما يكون هو واقعا نيه من فلفطه  
انه يتحمل خطيرا تماقديا .  
ان المقدر الذو يفهم على هذا النحو يبتعد عن التصرف القانوني  
ليقترب من الواقعة القانونية ، اذ يستمد قوته لا من ارادة  
من التزم بقدر ما يستمد ما من البيئة الاجتماعية ، ومن  
النتائج التي ترتبها هذه البيئة على الواقعة الموضوعية للتعبير  
من الارادة ، لذلك كان لا بد ان توجد مذاهب وسط بين  
مذيين المذهبين المتطرفين . (1) .

---

(1) في المعنى :

عبد الحي حجازي - ما قبله - ص 296 ف 158 .

### المبحث الثاني

النتائج المترتبة على الأخذ بأحدى النظريتين دون الأخرى. لا شك ان نظرية الإرادة الباطنة كما يظهر من تحليلها انها تعتبر الاثر القانوني نتيجة للإرادة النفسية ، اما المظهر الخارجي فليس اكثر من دليل عليها ، وان نظرية الإرادة الظاهرة تعتبر الاثر القانوني نتيجة للتعبير عن الإرادة ، لا نتيجة للإرادة نفسها ، وعلى هذا فان هناك نتائج عملية تترتب على الأخذ بهذه النظرية او تلك في عدة حالات نذكر منها على سبيل المثال مايلي :

#### 60 - حالة التحفظ الذهني :

هو ان لا يريد الشخص ما أعلن انه يريد ، او يضمن العاقد خلاف ما ينهه ، وذلك بان يريد من تعبيره معنى مغايراً للمعنى الموضوع له (1) .  
فانه وفقاً لمنطق الإرادة الظاهرة ، لا يجوز الاعتداد بهذا التحفظ ، ونقف فقط عند الإرادة المعلنة ، اما اذا اخذنا بمنطق الإرادة الباطنة ، فانه يجب الاعتداد بهذا التحفظ لانه جزء من الإرادة الحقيقية (2) .

#### 61 - حالة التحديد زمان او مكان انعقاد العقد :

اذا وقع التعاقد بالمراسلة واخذنا بنظرية الإرادة الباطنة فان العقد سينعقد في وقت سابق على الوقت الذي يوكدى اليه منطلق الإرادة الظاهرة ، فاذا ارسل ايجاب عن طريق المراسلة فان العقد ينشأ بمجرد قبول القابل عملاً بنظرية الإرادة الباطنة ، اما عملاً بمنطق الإرادة الظاهرة فان انعقاد العقد سيتأخر الى الوقت الذي يطلم فيه الموجب بالقبول (3) .

(1) - سوار - التعبير عن الإرادة - من 577 في 509 .

(2) - يعني مختار - المرجع السابق - من 11 .

(3) - ابتداء للمادة 21 من القانون المدني الجزائري .

وكذلك يختلف مكان انعقاد العقد ، بحسب الأخذ بأحدى النظريتين ، دون الأخرى ، فهو ينعقد في مكان وجود القابل عملاً بنظرية الإرادة الباطنة ، وفي مكان وجود الموجب عملاً بنظرية الإرادة الظاهرة (1) .

- كما ان الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يؤدي إلى التوسع في فكرة الفلپ ، والسماح بإبطال العقد في حالات لا تسمح بها نظرية الإرادة الظاهرة (2) .

62 - نظرية الصورية : وهي الأخرى تتأثر بمفهوم كل من النظريتين .

والصورية هي تواطئ طرفي التصرف القانوني على كتمان إرادتهما الحقيقية تحت ستار من لغير كاذب لمأرب ما يخفيانه عن الغير ، فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارفين :

أحد ما ظاهري ، ولكنه كاذب يومهم الغير انه هو الحقيقة ، والأخر صادق ولكنه خفي عن الغير ، ومن هنا وجد التصرف الظاهري ، وهو التصرف الصوري ، ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقي (3) .

---

(1) - صبري السعدى - المرجع السابق - ص 101 .

- لبنى مختار - المرجع السابق - ص 12 .

(2) - لبنى مختار - ما قبله - ص 12 .

(3) - هذا وتختلف الصورية عن التحفظ الذممي في

ان ميذا الأخير هو خدام الشخص الذي وجه إليه التعبير ، بينما الصورية يتفق عليها مع الطرف الآخر من أجل خدام الغير ، اذن فالصورية تفتقر الى ان المتعاقدين أبرما عقدا ظاهرا على انهما قصدوا في الحقيقة إبرام عقد آخر او قصدوا عدم إبرام أى عقد بالمرّة ، او قد اتفقا على شروط أخرى غير الشروط الواردة في العقد الظاهري .

انظر احمد مرزوق - الصورية في التشريعية المصرية - ص 98 ، أشار إليه سوار في رسالته السابقة ص 396 .

فإذا أخذنا بمناق نظرية الإرادة الباطنة فيجب الاعتداد  
بالعقد الحقيقي المستتر في حين يعتد " بالعقد السورى  
او التامر في حالة الأخذ بنظرية الإرادة المعلنة (1) .  
5? - في موضوع تفسير العقد : عندما يعرض عقد من  
المعقود على القاضي لتفسيره ، فإذا أخذ القاضي بالإرادة  
الظاهرة فلا يتقصى النية الحقيقية الداخلية ، بل يقف عند  
التعبير اى يلتزم بالفاظ العقد ، ويفسر العقد تفسيراً اجتماعياً  
وفقاً للمعرف الجارى والمألوف في التعامل ، وتسمح  
مسألة تفسير العقد هنا مسألة قانونية ، وبذلك يخضع  
لرقابة المجلس الاعلى ، حكمه في ذلك حكم تفسير  
نص القانون .

اما اذا أخذ القاضي بالإرادة الباطنة ، فان مسألة  
تفسيره للعقد ، تكون مسألة وقائعية يكون له فيها  
الرأى الاعلى ، دون ان يخضع في ذلك لرقابة ما (2) .

- 
- (1) - صبر السعدى - المرجع السابق - ص 101 ، حاشية (1)
  - (2) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 131 حاشية (2)  
- السنهورى - الوسيط ص 101 ، حاشية (1) .  
- لبنى مختار - المرجع السابق - ص 12 .  
- صبرى السعدى - المرجع السابق - ص 101 حاشية (3) .

### المبحث الثالث

#### التقريب بين النظريتين :

لا جدال في ان النظريتين تختلفان اختلافا واضحا من حيث الاساس النظرى .  
فنظرية الارادة الباطنة تعتبر الاثر القانوني نتيجة للارادة النفسية ، أما المظهر الخارجي فليس أكثر من دليل عليها ، أما نظرية الارادة الظاهرة فانها تعتبر الاثر القانوني نتيجة للتعبير عن الارادة ، لا نتيجة للارادة نفسها ، وهذا التعبير او المظهر الذي تتخذه الارادة في الظهور ما ليس مجرد دليل عليها بل هو الجسم الذي تتكون منه الارادة (1) .

وك لكن بالرغم من هذا الفرق بين النظريتين من الناحية النظرية ، غير ان اثر هذا الاختلاف ليس كبيرا ، سواء من الناحية العملية او القانونية (2) ،  
64 - من الناحية العملية :

ففي كلتا النظريتين نقف عند المظهر الخارجي للارادة في نظرية الارادة الظاهرة باعتبار ان هذا المظهر هو الذي ينتج الاثر القانوني ، وفي نظرية الارادة الباطنة باعتبار هذا المظهر دليلا على الارادة الحقيقية .  
ولا تلهو أهمية عملية بين النظريتين الا في حالة ما اذا أمكن تقديم دليل على ان الارادة الظاهرة تختلف عن الارادة الباطنة ، ولكن تقديم هذا الدليل أمر صعب في أكثر الاحوال (3) .

(1) - لبنى مختار - المرجع السابق - ص 13 .

- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 99 ف 74 .

(2) - فرج الصدة - ما قبله - ص 99 ف 74 .

(3) - السنهوري - الوسيط ط 1 ص 182 حاشية (1) .

وفي الاحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم الدليل على ان الارادة الظاهرة تختلف عن الارادة الباطنة ، يبقى الفرق بين النظريتين من الناحية العملية ضعيفا جدا ، بالرغم من ان نظرية الارادة الباطنة تأخذ بالدليل المعكسي وتعادل عن الارادة الخارجية الى الارادة الداخلية ، بينما لا تسمح نظرية الارادة الظاهرة بقبول هذا الدليل ، هذا فان الفرق بين النظريتين لا يبقى كبيرا .

وتتقارب النظريتان من حيث النتائج العملية التي تصل اليها فنظرية الارادة الباطنة ، اذا اعتدت بالارادة النفسية واهملت مظهر التعبير عنها ، الا أنها لا تترك هذا المظهر الخاطئ دون أثر قانوني ، فالمتعاقد الذي يدعي ان ارادته الظاهرة قد خالفت ارادته الباطنة ويريد ابطال العقد على هذا الاساس ، هذا المتعاقد يكون قد تسببت في احداث ضرر للمتعاقد الآخر لان هذا المتعاقد كان قد اطمأن الى المظهر الذي اتخذه المتعاقد الذي يدعي ان ارادته الظاهرة قد خالفت ارادته الباطنة ، ان يضمن المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه وذلك حم اية للثقة المشروعة بين الناس ، فتكون النتيجة العملية ان المظهر الخارجي ينتج أثرا في كلتا النظريتين .

في نظرية الارادة الظاهرة على أساس ان المظهر هو الذي ينتج الاثر القانوني .

وفي نظرية الارادة الباطنة على أساس ان هذا المظهر الخداع وهو عمل ضار ، فدوت على من اطمأن اليه الاثر الذي يقصده ، فيجب بمويزته على فواته .

وقد يقرر القضاء بأن خير تعويض يقضي به هو اعتبار  
العقد قائما (1) .

55 - أساس التعويض : لقد اختلفت الانظار الفقهية في أساس  
هذا التعويض الذي يحكم به لصالح المتعاقد المتضرر  
الرأى الاول : يذهب فيه الاستاذ السنهوري الى ان أساس  
هذا التعويض هو العمل الضار ، والمسؤولية هنا تفسيرية  
فيجب على من ياتى بالبالتعويض اثبات ان العقد الباطل  
تد استكمل عناصر الخطأ (2) .

الرأى الثانى : ويقول به بعض الفقهاء الفرنسيين و  
ويدعون الى ان المسؤولية تعاقدية في كلتا النذريتين  
ويستعين بعض هؤلاء الفقهاء في هذا بنظرية  
للفقيه الالماني امرنج ، التي تعرف بنظرية  
"الخطأ عند تكوين العقد" .

وهي تجعل الخطأ تعاقديا ، اذا كان من شأنه  
ان يخلق مظهرا كاذبا ، لتعاقد باطل غير  
موجود ولكن امرنج لا يعطى حق التنفيذ العيني  
بل يكفي باعلاء الحق في التعويض ، ولا يكون  
التعويض كاملا ، بل يقتصر على الخسارة التي  
اصابت المتعاقد من جراء عدم اتمام العقد .

---

(1) - السنهوري - الوسيط - ص 102 حاشية (1) .  
- لبنى مختار - المرجع السابق - ص 13 .  
(2) - السنهوري - نظرية العقد - ص 174 .

فقيام برسم مبدأ عام يقضي بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية في ايجاد مثلهرتعاقدى اطمأن اليه الطرف الآخر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته ان يحوز المتعاقد الآخر عن ما أصابه من ضرر (1) .

(1) استخرجها من النصوص الرومانية الخاصة بعقد البيع والتي تعطي لاحد المتعاقدين دعوى البيع ليطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده في صحة العقد اعتقاداً يؤيده الناصر ، سواء كان البائع مالم لا يكون للمشتري هذه الدعوى ، اذا كان يعلم او في امكانه ان يعلم سبب البطلان ، واستخلص من ذلك ان العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية .

وتقوم هذه النظرية على ثلاثة عناصر هي :  
1 - العقد : فهي تجعل المسؤولية مسؤولة تعاقدية ، بحيث تجفل التعويض اثرأ أملياً يترتب على العقد الباطل ، ووجه ذلك ان العقد الباطل لا يتجرد من كل أثر .  
ومثال ذلك ، حالة بيع ملك الغير اذ يلزم البائع بتعويض المشتري وذلك على أساس اخلاله بعقد ضمري مفاده ان كل شخص يقدم على التعاقد يتعهد ضمناً بسلامة العقد .

اما القبول الضمني لهذا العقد فهو رضا المتعاقد الآخر معه ، ويتطلب الايجاب والقبول الضميين فيكون عقد الضمان الضمني .  
2 - الخطأ : ويظهر في قيام المتعاقد على التعاقد من قيام سبب البطلان في جانبه ، لانه كان من الواجب

.../...

عليه ان يحل محل الاسباب التي تمنع من اتمام هذا العقد  
وبالبتالي تؤدي الى عدم قيامه .  
وبهذا قال امرنج ان من يعمد الشئ لا يجب عليه ان  
يخطئ ، فان اخطأ فلا يجب ان يقع خطأ ، الا على  
أم رأسه ، اما الغير فلا معنى لتحميله نتيجة هذا الخطأ .  
قد التصويف : ويكون عن المصلحة السلبية ، دون  
المصلحة الايجابية التي يكون أساسها العقد الصحيح .  
وبأتي امرنج بفثال يوضح فيه الفرق بين التصويفين :  
شخصاً احتجز غرفة في فندق وتخلف عن الحضور ، فاذا  
كان العقد حينها كان مسؤولاً عن تصويف المصلحة  
الايجابية ، أي عن الضرر الذي أصاب صاحب الفندق من  
عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجر الغرفة ، اما اذا كان  
العقد باطلاً ومع ذلك امان صاحب الفندق الى  
محة التصاقد ، فلا يرجع الا بالمصلحة السلبية ،  
والضرر في هذه الحالة لا يثبت الا اذا قام صاحب  
الفندق باثبات ان شخصاً آخر تقدم لاستئجار الغرفة  
ولكنه رفض مستنداً في ذلك الى مظهر العقد الباطل  
وفي كل الاحوال فان التصويف عن المصلحة السلبية  
يكون أقل من المصلحة الايجابية ،  
إلا انه في بعض الحالات قد يكون مساوياً لها او  
يفوقها ، وقد ينعدم كما لو اصلح المشتري الخطأ  
في الحال .  
وهذه النظرية أخذ بها القانون في الالمانى  
مراعية ، كما ان بعض الشراح الفرنسيين يرون  
تطبيقها في القانون الفرنسي دون حاجة الى  
نصوص خاصة .

.../...

.../...

أما فيما يخص القوانين العربية وعلى غرارها  
القانون المصري والجزائري ، أنه لا اثر لهذه  
النظرية فيها ، ورفضت نظرية اميرنج وتقرر  
الرجوع الى فكرة الخطأ التقصيري ، لأنه في  
الوقائع ان المسؤولية العقدية أساسها العقد  
الصحيح ، ومادام العقد باطل فلا سبيل الى  
تقرير ذلك في هذه الحالة الا على أساس  
القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .  
في هذا الموضوع وللتوضيح أكثر أنظر المراجع  
التالية :

- حسين عطا حسين ، سالم ، بطلان عقد الشركة  
على ضوء التحول الاشتراكي الجزائري ، رسالة  
دكتوراه في القانون الخاص قدمت بجامعة  
الجزائر في أفريل 1963 ، ص 109 — 214 ،
- السنهوري ، الوسيط ص 504 — 512 ، وكذلك نظرية  
العقد ص 175 .
- فرج الصدي ، مصادر الالتزام ص 365 — 370 .
- صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 292 — 294 .

وَمِنَّاكَ مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ يَرَى جَوَازَ التَّفْيِذِ الْعَيْنِيِّ ،  
وَلَا يَكْتَفِي بِالتَّعْوِيضِ ، مَحْبِقًا الْمَسْئُولِيَّةَ تَقْصِيرِيَّةً  
لَا تَمَاقِدِيَّةً .

وَيَبْنِي مِذَا الْفَرِيقَ رَأْيَهُ عَلَيَّ أَنْ مِنْ حَمَلِ فَيْرِهِ  
بِخَطَايِهِ عَلَيَّ تَوْهَمٌ وَجُودٌ عَقْدٌ لَا حَقِيقَةَ لَهُ فِي  
الْوَاقِعِ ، فَخَلَفَ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ كَاذِبَةً الْمَأْنُ الْيَسْمَا  
الْمَتَمَاقِدَ الْآخَرَ ، وَجِبَ عَلَيْهِ تَعْوِيضُ الضَّرَرِ الذَّرَاحِدِ  
بِخَطَايِهِ .

وَذَلِكَ بَانَ تَتَابُعَ الْعَمَلَاتِ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ كَمَا لَوْ كَانَ  
الْحَقُّدُ مَوْجُودًا ، وَلَمَّا كَانَتْ طَرِيقُ التَّعْوِيضِ لَمْ  
يَحْدُدْهَا الْقَانُونُ ، فَخَيْرُ طَرِيقَةٍ مَيِّ التِّي تَفِي

بِالتَّعْوِيضِ عَلَى الْوَجْهِ الْاَكْمَلِ ( التَّعْوِيضُ الْعَيْنِيُّ ) . (1)

الرَّأْيُ الثَّلَاثُ : وَالْفَرِيقُ الْقَائِلُ بِهِ يَتْرَكَ فِكْرَةَ  
الْخَطَايَا وَيُلْجَأُ إِلَى فِكْرَةِ الشُّمَامَانِ ، مَعْتَمِدًا فِي

ذَلِكَ إِلَى أَنْ كُلٌّ مِنْ صَدَرَتْ مِنْهُ ارَادَةُ ظَاهِرَةٌ يَضْمَنُ

أَنْ تَكُونَ هَذِهِ ارَادَةُ الظَّاهِرَةِ مُتَّفِقَةً مَعَ ارَادَتِهِ

الْبَاطِنَةِ ، وَقَدْ قَبِلَ الْمَتَمَاقِدَ الْآخَرَ مِذَا الشُّمَامَانِ

لِسُكُوتِهِ ، فَاذَا اخْتَلَفَتِ ارَادَتَانِ كَانَتْ الْمَسْئُولِيَّةُ

تَقْصِيرِيَّةً (2) .

وَهَكَذَا فَإِنَّمَا نَصَلُ مِنَ النَّاحِيَةِ الْعَمَلِيَّةِ إِلَى

نَتَائِجٍ مُتَقَابِرَةٍ بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ .

ثَانِيًا ؛ مِنَ النَّاحِيَةِ الْقَانُونِيَّةِ :

لَا نَجِدُ تَشْرِيحًا يَأْخُذُ بِأَحَدِ الدَّلِيلَيْنِ بِصُورَةٍ

مُطْلَقَةٍ ، وَيُغْفِلُ الْآخَرَ أَفْضَالًا تَامًا ، إِذْ أَنْ

السِّيَاسَةُ التَّشْرِيْعِيَّةُ تَقُومُ دَائِمًا عَلَى تَرْجِيْحِ

(1) - عِبْدُ الْمَجِيدِ الْحَكِيمُ - الْمَرْجِعُ السَّابِقُ - صَفْحَةٌ (8)

(2) - عِبْدُ الْمَجِيدِ الْحَكِيمُ - مَاقْبَلُهُ ص 131 ، حَادِثِيَّةٌ (1) :

- تَوْفِيْقُ السَّطَّارِ - الْمَرْجِعُ السَّابِقُ ص 43 .

احدى النظريتين فحسب (1) .  
فالقوانين التي اعتنقت نظرية الارادة الباطنة  
وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ،  
والذى يرى أن التطور الذى وصل اليه  
القانون الروماني اتجه الى تخليص الارادة من  
الشكلية التي كانت سائدة و فاحل الرضائية  
محل الشكلية ، ولهذا أصبح المعمول عليه  
في القوانين الحديثة الرضا لا شكل الرضا  
او مظهره ، ومن ثم وجب ألا يلتزم الانسان  
الا بما أراده حقيقة ولا يجوز ان يلتزم باعلان خالص  
على ارادته ، على ان القانون الفرنسي لا يسير  
وراء منطلق الأخذ بنظرية الارادة الباطنة الى حد  
التسليم بكل ما يترتب عليها من نتائج ،  
ذلك أنه من المستحيل في كثير من الاحيان  
التصرف بصفة قساطمة على مضمون الارادة الباطنة ،

---

(1) - يدعورينوالى عدم المبالغة في التمارين  
النظريتين ، ذلك ان الفرق بينهما يقل في عدة  
نواحي أنهما يقتربان كلتاهما من الأخرى ،  
فالقانون يهتم بالتعبير عن الارادة فهو لا يتحرى  
دائما البحث في أعمار النية والقانون المدني  
الاملني من ناحية ، كثيرا مايعني بالارادة النفسية .  
أشاراليه عبد الحى حجازى بالنظرية الصامة  
للالتزام - ص 295 حاشية (17) .

ولذلك عمل على تكملتها ببعض نتائج نظرية الارادة  
المعلنة ، في الحالات التي يكون فيها استقرار  
المعاملات مهددا لو أخذ بنظرية الارادة البائنة (1) ،  
وعلى سبيل المثال في الحالات التالية :  
- لقد استقر القضاء الفرنسي على انه لا يجوز  
لأبي المتعاقدين أن يثبت ما يخالف او يجاوز الثابت  
بالكتابة الا عن طريق الكتابة وذلك تطبيقا  
للمادة 1341 قانون مدني فرنسي اذا اعتمد  
الارادة المعبر عنها كتابة ، حيث لا يمكن للمتعاقدين  
أن يثبتا الارادة الحقيقية بغير الكتابة (2) .  
- وأيضا المادة 1321 من نفس القانون ، والتي تقترب من  
نص المادة 119 قانون مدني الماني ، تستبعد الأخذ  
بالارادة البائنة ، اذ تجيز للمتعاقد التمسك  
بورقة الضد (3) .

- 
- (1) - لبيب شنب المرجع السابق ص 101 ، - أحمد سلامة -  
المرجع السابق ص 81 ، - صبرى السعدى المرجع السابق  
ص 101 ف 77 ،  
(2) - تنص المادة 1341 قانون مدني فرنسي ؛

"IL N'EST REÇU AUCUNE PREUVE PAR TEMOINS CONTRE ET AUTRE  
LE CONTENU AUX ACTS ; NI . SUR CEQUI SERAIT ALLEGUE AVOIR  
ETE DIT AVANT , LOIS , OU DEPUIS LES ACTS , ENCORE QU'IL  
S'AGISSE . D'UNE SOMME OU VALEUR MOINS DE 50 F" .

- VOIR ALEX WEILL - OP - CIT - PAGE 76-77 .

- (3) J . MAZEAUD - OP . CIT P . 98 .

كما قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا محل لتفسير العبارة بحثاً عن إرادة المتعاقدين متى كانت العبارة واضحة (1) .

وفي موضوع الصورية أجاز القضاء للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر وعندئذ لا يسرى في حقه العقد الحقيقي المستور (2) .

وفي حالة وقوع خطأ في نقل التعبير ، القضاء يرتب المسؤولية التقديرية باعتبار أن من أخطأ في التعبير عن إرادته فأصدر تعبيراً يخالف إرادته الحقيقية يكون قد ارتكب إهمالاً يرتب مسؤوليته في مواجهة الآخر الذي اطمأن إلى هذا التعبير ، ومن ثم وجب عليه أن يعاون هذا الأخير عن الضرر الذي أصابه على أساس المسؤولية التقديرية (3) ،

---

(1) - نقض فرنسي 20 فيفري 1928 دالوز 1026 . 1 . 43 .

مأخوذ من جون وليون ص 99 .

(2) - وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يسرى في العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التي تقضي بأنه لا يستلزم شخص أن يتمسك بالغير الصادر منه ، ولكن هذا الرأي لم يسده ذلك لأن المتواطئين لا يفتقر أحدهما الآخر في الصورية حتى يمتنع عليه التمسك بغيره قبله ، بل كلاهما مشترك في هذا الغش .

مرزوق هاشم - الصورية - ص 106 - 107 ، أشار إليه رضا سوار في رسالته السابقة ص 386 ، وكذلك السنهوري - نظرية العقد - ص 180 .

(3) - لبنى مختار - المرجع السابق ص 16 .

وأخيراً أن هناك من يقرر بشأن القانون الفرنسي بأنه  
باعتباره أنه لم ينحاز إلى نظرية دون أخرى ، إذ  
يأخذ أحياناً بالارادة الباطنة وأحياناً بالارادة  
الظاهرة ومما عندما يكون استقرار المعاملات مهدداً  
لو أخذ بالارادة الباطنة ابتداءً للاحتياجات الاقتصادية  
والضرورات الاجتماعية (1) .

أما القانون الألماني : أنه بالرجوع إلى  
القانون المدني الذي أصبح ساري المفعول ابتداءً  
من سنة 1900 ، نجد أنه أخذ بنظرية الارادة الظاهرة  
مباشراً بما أخرجت تطور وصل إليه القانون الروماني ،  
والقانون الألماني عندما أخذ بنظرية الارادة الظاهرة  
قد رجح صالح الفيز الذي وثق كل الثقة بالارادة  
بالارادة المعلنة اليه ، على أنه وان أخذ بالارادة  
المعلنة كأساس إلا أنه وجد نفسه مضطراً إلى  
التخفيف من مبدأ التعبير عن الارادة ، حين بدأ له  
أنه يخالف العدالة تغليب الارادة المعلنة على  
الارادة الباطنة ، ولهذا نجد في القانون الألماني  
أحكاماً تحدد بشكل ملحوظ من مبدأ اعلان الارادة (2) .

(1) - يقول "اليكس وآل" من 77 من المرجع السابق : وهي  
كخلاصة يقدمها عن موقف القانون الفرنسي من  
النظريتين :

"EN CONCLUSION , ON PEUT CONSIDERE QUE NOTRE DROIT POSITIVE  
ECRITE TOUTE POSITION TROP TRANCHEE , IL FAIT APPEL , SUIVANT  
LES CAS , TONTOT A LA VOLONTE INTERNE , TONTOT A LA VOLONTE  
EXPRIMEE ..."

(2) - TRAJAN LONASCO - LA VOLONTE DANS LA FORMATION DES CONTRATS  
MELANGE GENY TOM II PAGE 374, 375 .

فهو مثلاً يعقد بالتحفظ الذممي الذي لم يملن متى كان في استلزامه الطرف الآخر العلم به (1) .  
وموفي المسؤولية ينتهز لمبدأ سلطان الإرادة فيجعل العقد الحقيقي هو الذي يسره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير على السواء . (2) .

- 
- (1) - تنص المادة 116 قانون مدني الماني على أن :  
"التعبير عن الإرادة لا يكون باطلاً لمجرد أن من صدر منه هذا التعبير تحفظ في سره بألا يريد ما أعلن ، على أن التعبير يكون باطلاً إذا توجه لشخص وعلم هذا الشخص بهذا التحفظ الذممي في التعبير عن الإرادة ."  
أشار إليها السنهوري في نظرية العقد ص 100 .
- (2) - تنص المادة 117 قانون مدني الماني على أنه :  
" إذا اختفى تحت غطاء العقد الظاهر ، عقد آخر ، فيجب تطهير العقد الحقيقي ."  
أشار إليها السنهوري في نظرية العقد ص 101 . حاشية (1)  
وكذلك في ابتمنى النظر أيضاً سوار - التعبير عن الإرادة ص 305 ؛

ويلاحظ ان قيام تنظيم الصورية في القانون الالماني على أساس ذاتي كما مر ، يلقي الشك الى حد كبير حول ما استقر في الاذهان من ان التنظيم الالماني للتصرف القانوني قائم على أساس النظرية المادية في التعبير (1) .

(1) - يرد في الدكتور وليام قلادة في رسالته التعبير عن الارادة ، ص 226 : " أن لا مجال للتردد وانسه يجب أن تتغير النظرية المنسوبة للقانون الالماني ، وأن تفسر مواده طبقا لمضمونها الحقيقي ، بدلا من البدء بنظريات سابقة ، وتوجيه الاحكام الوصفية دون 'سند كاف' كي تؤيد تلك النظريات - ويقول في مكان آخر ، أن أغلب الكتاب محتادون على القول بأن المجموعة المدنية الالمانية أقرت النظرية المادية في التعبير .

والفقهاء اللاتيني في مجموعته . يرد في ذلك رأيه رائد هذه النظرية في فرنسا ريمون سالي الذي يقول : أن الارادة لا سلطان لها في جوهرها وحقبة نهال النفسية ، هي ليست كذلك أي ليست ذات سلطان الا في اعلانها الخارجي ، ولقد كان لعرف النصوص الالمانية على هذا النحو دور هائل ، بحيث ان المجموعة الالمانية لم تتقدم الى المعالم القانوني الا مرتبطة بهذا التفسير ، وكل اشارة اليها كانت تعلن ربطها بنقطة بداية هذه النظرية المادية ، ولقد كان من أهداف ما كتبناه . رفض هذه الفكرة ونقضها والتهار خطئها . " أشار اليه رضا سوار في رسالته السابقة ص 266 حاشية (2) .

ومدوياً أخذ في تلبية الغلط بحلول تقترب من الحل  
الذي وصل اليها القانون الفرنسي .  
وهو يقرر في تفسير الحقود مبدأ وجوب الأخذ بالارادة  
الحقيقية دون التوأم المعنى الحرفي للمعنى  
المعقد (1) .

ويتضح من هذه الامثلة أن القانون الألماني ،  
وكذلك القوانين التي اعتنقت مذمبه ، وان  
أخذت بالارادة المعكنة كمبدأ عام ، فانها خفت  
من حدته عندما يؤد وتطبيقه الى مجافاة  
المعادلة (2) .

وبهذا نكون قد وصلنا الى نتيجة مفادها أن  
كل من النظميين لم ينحازا كلية الى تلبية  
دون أخرى ، بل كل ما في الامر أن كل نظام  
عمل على تلبية تلبية على الأخرى .

---

(1) - تنص المادة 168 قانون مدني ألماني على  
أنه " لتفسير التعبير عن الارادة يجب البحث وراء  
الارادة الحقيقية لا الوقوف عند المعنى الحرفي  
للتعبير " .

أشار اليها السنهوري في تلبية المقدم من 162 ،  
جائبة (1) .

(2) - لينى مختار المرجع السابق من 15 .

## المبحث الرابع موقف الفقه الاسلامي من النظريتين

لا يفوتنا بهذا الصدد ان نتساءل عن موقف الفقه الاسلامي من النظريتين .  
عمل هو ينحاز الى نظرية الارادة الظاهرة ، أم الى نظرية الارادة الباطنة ؟ .

لقد اختلف الباحثون بشأن هذا الموضوع ، فذهب فريق منهم الى أن الفقه الاسلامي موضوعي النزعة يمتد بالارادة الظاهرة ، وذهب فريق آخر الى أنه ذاتي النزعة يعتمد بالارادة الباطنة .  
66 - الفريق الاول : والقائل بأن الفقه الاسلامي موضوعي النزعة :

حيث يقرر أنه كأصل عام يأخذ بالارادة الظاهرة حتى يكفل استقرار المعاملات ، ولو كان على حساب الارادة الحقيقية .

الأن هذا لا يعني امدار الارادة الباطنة ، بل يمتد بها عندما يطمئن الى أن استقرار التعامل مكفول .  
ويؤيده الدكتور السنهوري ، وأكدده في أكثر من موضع (1) .

---

(1) - جاء في الوسيط الجزء الاول ص 140 : " اما الشريعة الاسلامية فلو أن القاعدة فيهما أن العبارة بالمعاني ، أو بالارادة الحقيقية للمتصاقلين ، إلا أن الفقهاء في الكثير من الفروع يقضون عند المعاني الظاهرة من الالفاظ التي استعملها المتصاقلين ، فلا يتعدونها الى المعاني الكاملة في السريرة ، ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والالفاظ ، ووقفهم اويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني ، وما يستتبعها . اختلاف التعبير من اختلاف الاحكام ، فليس هذا منهم في رأينا استمساكنا باللفظ بل هو تغليب للارادة الظاهرة على الارادة الباطنة . . . . / . . . .

67 - الفريضة الثاني : القائل بأن الفقه الاسلامي ذاتي النزعة (1) يقف عند الارادة الحقيقية ، ويفترض هذه الارادة عند تضرر الوصول اليها ، والاصل فيه أن العبارة كاشفة عن الارادة الحقيقية ، ما لم يقدم الدليل القاطع على ما يخالف ذلك .

.../...

مذا الى أن هناك ثلاثة جدهن جند ومزلهن جد ، وأن الارادة الظاهرة تتغلب فيها - كما على الارادة الباطنة ، وهي الفواج والطلاق والمعتاد .<sup>1</sup> ويؤكد كلامه في الصفحة 173 حاشية (1) ، و مر 450 حاشية (2) ، وكذلك في مصادر الحق الجزء الثاني في الصفحة 113 - 116 . والجزء السادس في مر 30 حتى 44 .

ويتبعه في ذلك الدكتور عبد المجيد الحكيم في المرجع السابق مر 131 ، والدكتور محمد بيري السعدى في المرجع السابق مر 69 .

(1) - قال به أساسا الدكتور يحيى المحمدي في كتابه : فلسفة التشريع في الاسلام مر 216 ، وأشار اليه الدكتور رضا سوار في رسالته السابقة مر 452 .

ثم أكد في كتابه النظرية العامة للموجبات والمعتود في الشريعة الاسلامية الجزء الثاني مر 30 ، 31 . وأشار اليه رضا سوار في المرجع السابق مر 452 ،

واتبعه في ذلك الدكتور عبد الناصر توفيق الحمار في كتابه نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات المر 43 ، 44 .

66 - ثالثا : تقدير الرأيين :

خير ما يمكن تقديمه لتقدير هذه الآراء المختلفة والمتشعبة اتجاه موقف الفقه الاسلامي من النظريتين ، هو رأي الدكتور رضا سوار الذي جاء به في رسالته السابقة الذكر ، حيث استطاع فعلا ان يوفق بين كل هذه الآراء ويقدم لنا ماموكاف لتوضيح هذا الخلاف المطروح فيقول : "ولنا ان نساء لهما ، وبعد ما المسنداه من اتجاه واضح لدى ابن القيم الى تقرير جومرية الارادة في التصرفات ، ايمثال هذا الفقيه الكبير الفقه الاسلامي في نزعتهم هذه ؟ ، ... ومثل كان المحمصاني على حق حينما استند الى قوله لتقرير جومرية الارادة في التصرف القانوني في الفقه الاسلامي ؟ " (1) .

ثم يقول : "الواقع ان ثمة مسلمات اولية في هذا الفقه تلقي بعض الشك على ما حاول ابن القيم ان يقرره ، وهي :

أولا : ليس في تعريف العقد في الفقه الاسلامي ما يشير الى انه توافيق ارادتين ، بل فيه ما يشير الى أنه ارتباط تعبيرين (2) .

---

(1) - رضا سوار - التعبير عن الارادة - ص 464 .  
(2) - يعرف الفقهاء المسلمون العقد على أنه :  
"ارتباط بين الايجاب بالقبول على وجه يلمر اشره في المعقود عليه " .

وإذا كان هذا التعريف يفسر النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي في دلالة على أن الرضا ينشأ من تقابل التعبيرين ، فلا مجال للقبول بأن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني في الفقه الإسلامي وأن النزعة السائدة فيه هي النزعة الذاتية .

ثانيا : رأينا عند بحثنا لطرق التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي المكانة المهمة التي يحتلها اللفظ بين باقي وسائل التعبير ، ورأينا بوضوح كيف وصل الحد بنفاة التعاطي ، التي تقرير جوهرية اللفظ في التصرف دون الرضا .

وأخيرا وجدنا المسلمات الأساسية التي تقر بأن الحكم يدور مع المضمنة ، وأنه لا عبرة للمثنة (1) . ولقد استقر ، أن تطبيق هذا المبدأ في نظرية التعبير الصحيح ، فالقينا نصوص قاطعة على أن الحكم يتعلق بعين التعبير ، وسواء اتجهت إرادة صاحبه إلى أحداث الأثر الشرعي أم لم تتجه ، وأخيرا عمدنا إلى استقراء تطبيقات التعبير الصحيح في حالات الخلاف بين التعبير والإرادة ،

---

(1) إن الأسباب التي حدثت بالفقهاء إلى تحولهم من المثنة إلى المضمنة رغم اعترافهم بأن الأولى هي الحللة على الحقيقة ، يمكن ردّها إلى سبب داخلي في الحللة ذاتها وهو خفاء الحكمة واضطرابها ، وسبب خارجي عنها وهو نزوع الفقه الإسلامي نحو استقرار التعامل .  
رضا سوار المرجع السابق ، ص 300 .

فوجدنا لها تطبيقات صادقة في التصرفات غير القابلة للفسخ التي يستوى جدها ومزلها وفي التصرفات التي يخالفها تحفظ ذممي والتي لا يأبى فيها لا تجاه ارادة صاحب التعبير الى غير محتملات لفاته ، ... " (1) .

وجاء ايضا : " أن الفقه الاسلامي يقيم الارادة النامية ، مقام الارادة الباطنة ، وينيط آثار التصرف بالاولى لا بالثانية ، فالتعبير ليس هو دليل الارادة ، بل هو الارادة ذاتها ، وفي هذا لقاء واضح مع مفهوم نظرية الارادة النامية في الفقه المصاصر (2) . نخلص مما تقدم الى أن الاعتداد ، في ابرام العقود ، بالارادة النامية بوجه عام هو ضرب من الشكلية المهدية ، لما ينطوي عليه العمل به من تقييد لحرية المتماقدين ، واغفال لدور الارادة الحقيقية " (3) .

---

(1) - رضا سوار - المرجع السابق - ص 464 ، 465 ف 485 .

(2) - وهو الفقه الغربي الذي يرى أن وجود الارادة النامية يستتبع افتراض وجود الارادة الباطنة افتراض لا يتحمل اثبات العكس .

(3) - رضا سوار - الشكل في الفقه الاسلامي - ص 122 ،

69 - ملالفات الأخذ بالارادة النظامرة :

بهذا الصدد يقرر الدكتور سوار أنه لا يوجد شك في انتساب الفقه الاسلامي الى نظرية الارادة النظامرة ، وانما الشك يمكن أن يحوم حول دعوى انفرادها في ساحة العمل ، ذلك لان الفقه الاسلامي ، اذا كان يحرر على هذه النظرية سمياً وراء استقرار العلاقات الارادية الذي يعتبر من سماته الخاصة : فهو في نفس الوقت ليس ريزامد في الركون الى مبدأ المعدالة ، وسنرى أن مبدأ الاستقرار والمعدالة يسيران جنباً الى جنبه ، واذا كانت الغاية الاولى (1) ، بحيث نستطيع أن نقول أن نظريتي الارادة النظامرة والارادة الباطنة تمتزجان في أحكام الفقه الاسلامي ، وينتج من مزجهما عدد وفير من التنظيمات المعددة لحل مشكلة العلاقة بين الارادة المعلنة والارادة الحقيقية ، واليك فيما يلي هذه التنظيمات :

أولاً : الاعتبار الدياني والاعتبار القضائي :

التنظيم الذء يعيده الفقه الاسلامي لحل هذه المشكلة ، أنه يعطي للأثر ( الحكم ) الواحد اعتبارين : اعتبار قضائي ، متوِّداه ان ينظر الى الصورة المادية للواقعة لو التصرف ، وما يترتب عليها من أثر في الخارج ، واعتبار دياني متوِّداه أن ينظر الى الباعث على العمل ، والنية المتترنة به ، وهكذا يعمل الاعتبار الدياني عمله في تلخيص نتائج الامعان في التحويل على المنصر

(1) - وفي هذا يتفق مع ما قاله الدكتور السنهوري في مصادر الحق - ج (2) ص 113 .

المباد وفي التصريف القانوني (1) .  
ثانيا : المظنة قرينة غير قاطعة : لقد رأينا سابقا في بحث العلة ان اعتبار المظنة قرينة قاطعة ، لم يكن موضع اجماع الفقهاء ، بل لقد ذهب الجمهور الى ان هذه القرينة غير قاطعة (2) .  
ثالثا : التفرقة بين ارادة التعبير و ارادة الاثر : ليست تعني النظرية المادية في التعبير ، في الفقه الاسلامي اهمالا تاما للعنصر المعنوي ، بل شأنها في ذلك شأن النظرية المادية في التعبير في الفقه الغربي ، تعدد بالتفرقة الشهيرة بين ارادة التعبير ( الاختيار ) و ارادة الاثر ( الرضا ) ، و تحول على الاولى دون الثانية ، وهذا ما يدعى الفقه الاسلامي الى ابطال التصرفات الصادرة عن عديم الاهلية والنائم والمضى عليه و السكران و التعبيرات الحكائية (3) .  
رابعا : تنويع الجزاء : واخيرا ان اهم تنظيم فقهي في عدم استبعاد ارادة الباطنة ، وعامل على تحقيق التعاون بين الاستقرار و المعدالة ، وهو عدم اطراد تصحيح التصرفات التي تنفصم فيها ارادة المعلننة عن ارادة الحقيقية ، ولما رأينا ان المبدأ مسب

(1) - رضا سوارس التعبير عن ارادة - ص 466 ف 469 .

(2) - بينما الاصل لدى الاحناف هو اعتبار المظنة وهي

الارادة الظاهرة قرينة لا تقبل الدليل العكسي .

(3) - رضا سوارس المرجع السابق ص 465 .

الفقهية قد لجأت فعلا الي معالجة حالات الخلاف كل على حدة ووضعت لكل منهما شروطه الخاصة وجزأءه المناسب ، ولم تفرض على هذه الحالات جميعا حلا اعتباطيا موحدا (1) ، وانما في التزام هذه المذاهب جانب المرونة في تنويعها لهذه الحلول ، دليلا صادقا على رغبة الفقه الاسلامي في تحقيق الموازنة بين عامل الاستقرار والعدالة . على ان تعامل هذين العلمين ليس على درجة واحدة في المذاهب الاسلامية ، بل هو يختلف قوة وضعفا حسب العوامل البارزة التي تتدخل في هذا التعامل لدى المذاهب المختلفة " (2) ، ويؤكد ما قاله سابقا بما يلي : " ان الفقه الاسلامي لا ينحاز الى احدى النظريتين الضروفتين انحيازاً مطلقا ، وانما ينحاز الى جانب نظرية الارادة الناجزة ، ويأخذ من نظرية الارادة البالغة بقدر ، وهذا التقدير يختلف من مذهب لآخر ، فهو يشتد نصيبه في المذهبين المالكي والحنفيلي اللذان يمدان بأيديهما الى النزعة الذاتية لمدى واسع ، ويقل في المذهبين ، الشافعي والحنفلي اللذان يلتزمان جانب الحيطة في هذا التقدير " (3)

(1) — مثلا الجزء يختلف من حالات الاختلاف الضيق مقصود (عيوب الارادة ، والخطأ في التعبير) ، وحالات الاختلاف المقصود (التحفظ الذهني ، والصورية) .

(2) — سوار — التعبير عن الارادة — ص 457 .

(3) — سوار — ما قبله — ص 456 .

وهذا ما ذهب اليه الدكتور عبد المجيد الحكيم  
بالقول : "أن الفقه الاسلامي لم ينحز انحيازاً تاماً  
الى احدى النظريتين دون الأخرى " (1) .  
وبهذا التحليل العميق والمبسط الذي تقدم به  
الدكتور سواربشان التوفيق بين الآراء السابقة ،  
والذي كاد أن يتطرق فيه الى جميع جوانب الموضوع  
بحيث استطاع أن يقدم لنا صورة واضحة عن موقف  
الفقه الاسلامي من هذه المشكلية ، وبهذا نكون  
قد تفهمنا الحل الوسط ، وكيفية التوفيق التي  
اعتمدها هذا الفقه في التوفيق بين اعتباري  
استقرار التعامل واحترام الارادة الحقيقية .

### المبحث الخامس

موقف القانون المدني الجزائري من

النظريتين :

70 - تمهيد : نظراً لأن التقينات الآتية المنزعة  
وعلى رأسها التقين المدني الفرنسي تأخذ  
أشياءاً بنظرية الارادة الباطنة ، ومن هذه التقينات  
التقين المدني المصري وهو أحد المصادر التي

(1) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق - ص 131 في 145 .

استقى منها التقنين المدني الجزائري معتمد موادها ، علاوة على التقنين المدني الفرنسي .  
فانه لكي نستطيع تحديد موقف المشرع الجزائري من النظريتين أن نعرز آراء الفقه المصري في موقف التقنين المدني المصري من هذا الموضوع مع عرر آراء بعض شراح القانون المدني الجزائري .

71 - القانون المدني الجزائري يعترف نظرية الإرادة الباطنة :

الرأى السائد أن القانون المدني الجزائري يأخذ كأصل عام بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يتأخذ بالإرادة الظاهرة التي الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل ، وهذا مما ذهب اليه القانون المصري (1) إلا أن هناك من يرى أن القانون الجزائري يعطي أولوية للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، وهذا تماشياً مع الحياة العملية التعاقدية (2) ،

---

(1) - في المعنى أنظر :

- لبنني مختار - المراجع السابق - ص 18 .
- مبري السعدى - المراجع السابق ص 102 .

. - ANTOINE VIALARD - OP CIT P. 71 .

(2) BEN DEDOUCHE - OP - CIT P. 11 .

72 - آراء الفقه المصري : ونفس الرأي ، أى كأصل عام يأخذ بالارادة الباطنة ، قال به بعض شراح القانون المدني المصري الجديد يصدد توضيح اتجاهه من النظريتين ، حيث جاء في الوسيط للسهوري مايلي : " يعنينا في هذا الصدد ان نبين ان التقنين الجديد بقى في حضية التقنيات اللاتينية ، فالاصل عنده هو الأخذ بالارادة الظاهرة الى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل ، وهو في هذا قد تأثر بالنزعة الجرمانية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه النزعة " (1) ، ونفس الشيء ذهب اليه الدكتور حجازى بقوله : " ان القانون الجديد لم ينحرف عن الارادة الباطنة الى الارادة الظاهرة ، بل لايزال يعتمد كقاعدة عامة بالارادة الباطنة الى جواز ذلك باعتبار اجتماعي هو الاستقرار الذى يجب ان يسود المعاملات " (2) .

الا ان الدكتور وليام قلادة يروى : " بأن الارادة الباطنة هي جوهر التصرف القانوني في التقنين الجديد ، وان هذا التقنين انحاز انحيازا نهائيا الى النظام اللاتيني ، وان التخيير الذى أجراه المشرع المصري في قانون التصرف القانوني لم يكن في دور التعبير في هذا التصرف ،

---

(1) - السهوري - الوسيط - ج 2 - ص 83 .

(2) - عبد الحي حجازى - المرجع السابق - ص 300 .

فما زالت الوظيفة الاولى والوحيدة لهذا المعتبر  
المادى هو الافصاح عن الارادة " (1) .  
والمفهوم من هذا الرأى أنه لا يبعد كل البعد  
على ما سبقه ، باعتبار ان الاستاذ قد أشار الى أن  
القانون قد انحاز نحو النظام اللاتينى ، ونحن نعلم  
بأن القوانين اللاتينية ومنها القانون الفرنسى بمعد  
تطوره أصبح يأخذ في بعض الاحكام بالارادة الظاهرة  
الى جانب الارادة الباطنة ، ولقد سبق توضيح ذلك  
وربما المقصود من رأى الاستاذ أن القانون المصرى  
قد أخذ كأصل عام بالارادة الباطنة .  
بينما الدكتور اسماعيل غانم يرى أن التثنيين المدني  
المصرى قد اعتمد اساسا بالارادة الظاهرة ، ويكون بذلك  
قد خالف رأى جمهوره الشراح المصريين الذين  
يرون أن القانون الجديد مال الى النزعة اللاتينية ،  
وأخذ أساسا بالارادة الباطنة (2) .  
والآن ومن استقراء نصوص القانون المدني الجزائرى  
نوجد أحكام لا تفسر الا على أساس الارادة الباطنة ،  
وأحكام أخرى لا تفسر الا على أساس الارادة الظاهرة ،  
ويتضح ذلك فيما يلى :

---

(1) - أشار اليه رضا سوارفى رسالته السابقة - ص 204 .  
(2) - الرأى موجود فى كتاب لبنى مختار - المرجع السابق  
ص 17 .

78 - الحالات التي لا تفسر الا على أساس الارادة البهائية :  
أولا : أنه لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الارادة ،  
الا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة  
قصد صاحبه ، ويدل على ذلك نص المادة 56 قانون  
مدني جزائري والتي تقابلها نص المادة 66 مدني مصري  
فتنص على أنه : " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان  
التعبير عن ارادتهما المتطابقتين " .  
فالتبادل الذي يشترطه النص لا يتم عن أخذ المشرع  
بنظرية التعبير بل ان تطلب القانون لتبادل التعبير  
عن " ارادتين متطابقتين " ، فهو يكشف بوضوح عن جوهرية  
الارادة في النصف القانوني وان التعبير ليس له من  
مهمة سواء تبادل هذه الارادة ، بين طرفي العقد ،  
والا لورد في النص " العقد يتم بمجرد ان يتبادل  
الطرفان تعبيري متطابقتين عن ارادتهما " (1) .  
الا ان الدكتور أحمد سلامة يذهب الى خلاف ذلك بسدد  
تفسير المادة 66 مدني مصري حيث يقول : " لا شك ان  
هذا النص يتعلق بتكوين العقد وبصده ذكرت  
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى انه قال بايثبات  
الارادة الظاهرة بصورة واضحة ، فلم يتطلب لانعقاد العقد  
توافق ارادتين ، بل استلزم التعبير عن ارادتين  
متطابقتين ، وواضح ان هذه المذكرة تشير

---

(1) - في المعنى أنظر مبري سعدى - المرجع السابق -

بكاممة (توافق) الى الارادة الباطنة ، وتشير بكلمة  
(تتابق) الى الارادة الظاهرة " (1) ، الا ان الدكتور  
سوار يعترض على هذا باعتبار ان المذكرة الايضاحية  
امعان في توسيع مفهوم مسألة الارادة الظاهرة (2) ،  
ونحن نميل الى الراى القائل بأن القانون يأخذ  
في هذا النمور بالارادة الباطنة لانه فعلا يستلزم  
التتابق بين الارادتين ، وهذا يفيد أنه يقيم  
العقد على الارادة ذاتها .

ثانيا : وفيما يتعلق بتكوين العقد ، لم يعتد  
بالارادة الا في معدنها الحقيقي ، وهي الارادة  
الحرة المختارة السليمة من العيوب ، فجعل  
الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال ، عيوب  
تجيز طلب ابطال العقد ، اذا ينص على أنه :  
" يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جومرى  
وقعت ابرام العقد أن يطلب اطلاله " (3) .

- 
- (1) - أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام ص 53  
وبهذا كان موقفه بن ددوش في المقال السابق ص 12 .
  - (2) - رضا سوار المرجع السابق ص 265 ف 267 .
  - (3) - وتضيف المادة 120 قانون مدني مصري " اذا كان  
المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط او  
كان على علم به ، او كان من السهل ان يتبينه " .  
ومن الاجدر بالمشرع الجزايري ان يضيف هذا الشرط ،  
لأنه تم ذكره في المواد المتعلقة بالاكراه والتدليس  
وهي تتابق مع نص المادة 121 مدني مصري ،  
والمادة 119 مدني عراقي .

كما ينص على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين  
فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ابطال العقد ،  
ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم ، او كان من  
المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس " نص المادة  
67 مدني جزائري ، 126 مدني مصري .

ويندر أيضا : " اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ،  
فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد الا اذا  
أثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من  
المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه " ، نص المادة  
69 مدني جزائري ، 127 مدني مصري .

وقد توصل في ذلك الى الحد الذي يعتد فيه  
بالباعث الدافع لهذه الارادة ، بحيث قرر بطلان  
العقد اذا كان سببه غير موجود او كان مخالفا  
للنظام العام والآداب ، (1) وفي ذلك تنص المادة 67  
قانون مدني جزائري على أنه ، " اذا التزم المتعاقد  
لسبب غير مشروع ، او لسبب مخالف للنظام العام او  
الآداب كان العقد باطلا " .

ثالثا : في تفسير العقد أخذ بالارادة الواضحة اذا  
كانت عبارة العقد غير واضحة ، فبأوجب البحث  
عن النية المشتركة للمتعلقين دون الوقوف عند  
المعنى الحرفي لللفاظ (2) .

---

(1) - في المعنى : ان السنهوري - المرجع السابق - ص 56 .  
- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 101 .  
- بيرو السعدى - المرجع السابق - ص 102 .  
(2) - لبني مختار المرجع السابق - ص 15 .

وبهذا الصدد تنص المادة 2/111 قانون مدني جزائري والتي تنص سابقا مع المادة 2/150 مدني مصرى، والمادة 2/151 سوري، والمادة 155 عراقي، على أنه " إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند اليعنى الحرفي لللفاظ، مع الاستعداد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للمعرف الجارية في المعاملات".

كما ينص الفصل 514 قانون مدني تونسي على أنه : يسوغ تأويل العقد في الاحوال الآتية على أنه (1) - إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود والمصريح المخرجه عند تحريره .

2- إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها او قاصرة عن بيان مراد صاحبها ".  
كما ينص الفصل 515 من نفس القانون " ان العبرة في التعبير بالمقاصد لا بالالفاظ والتراكيب " . (1).

(2) - وماذا ما ذهب اليه القضاء التونسي في العديد من قراراته التعقيبية ، نذكر على سبيل المثال منها : سانه في قرار تعقيبي مدني عدد 2416 مورخ في 2 جوان في 75 ن 1976 م. اقر مبدأ مفاده ان تأويل العقود مسألة موضوعية من اختصاص محكمة الاصل ولا رقابية عليها في ذلك من محكمة التعقيب طالما كان رأيها محللا تعليلا سائضا قانونا . ونفس المبدأ أقره القرار المدني عدد 1509 مورخ في 17 ماي 1965 ، والقرار التعقيبي المدني الصادر بتاريخ 22 جوان 1965 عدد 2608 ن 1966 م. 80 . ارجع الى مجلة العقود والالتزامات التونسية م. 240 .

وإذا كنا لا نقف عند المعنى الحرفي للفاظ  
عندما تكون عبارة العقيد واضحة والارادة غير  
واضحة (1) فالأولى بنا ان لا نقف عنده وعبارة العقيد  
غير واضحة لا تنصرف الى معنى واحد ، فـهـما  
العبارة بالارادة المشتركة للمتعاقدين لا بالارادة الفردية  
لكل منهما .

ولكن أين نجد هذه الارادة المشتركة ؟ .  
" من الفقهاء من يذهب الى ان النية المشتركة  
للمتعاقدين تتمثل في الايجاب الموجه من  
الموجب الى الطرف الآخر ، مفهومها على النحو الذى  
أخذ به الطرف الآخر او كان يستطيع ان يأخذ به .

---

(1) - يذهب السنهوري في مصادر الحق ج 6 ص 2 الى  
ان " وضوح العبارة غير وضوح الارادة ، فقد تكون  
العبارة في ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل  
على ان المتعاقدين آسأا استعمال هذا التعبير  
الواضح ، ففقدوا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم  
في هذا المعنى ، ففي هذه الحالة لا يأخذ  
القاضي بالمعنى الواضح للفظ ، بل يعدل عنه  
الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان ، ولكن  
لا يجوز ذلك الا بتوفر شرطين :

الاول : ان يفرض بادئ الامر ان المعنى الواضح  
من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد اليه  
المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه الى غيره من المعاني  
الا اذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .  
الثاني : اذا عدل القاضي عن المعنى الواضح  
وجب عليه ان يبين في حكمه هذه الاسباب ،  
ولمحكمة النقض الرقابة على محكمة الموضوع  
في ذلك . "

فمذا الفهم الحامل فلما والمستطاع تحصيله هو  
الذي نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى  
عنده المتعاقدان ، وعيب هذا الرأي انه يفترض  
ان التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي ، يتلقاه  
من وجه اليه هذا التعبير ، ولكن الذي يقع في الحمل  
غير ذلك ، فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتبادلان تعبيرات  
غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الامر الى تعبير واحد  
يرتضيانه معا ، ولست نعلم من منهما صاحبه .

ويذهب سالي الفقيه الفرنسي الى ان الارادة  
المشتركة هي الارادة القانونية التي يجمع القاضي  
عندما ارادة كل من المتعاقدين بعد ان يقارب  
ما استطاع ما بين الارادتين دون ان يضحى احدهما  
لمصلحة الآخر ، ولما مر ان هذا الرأي يستبدل بالارادة  
الحقيقية للمتعاقدتين ارادة ليست لهما ، بل هي  
ارادة من منبع القاضي ، فالاولى ان لا ننحاز لرأي  
من مذهب الرأيين ، وان نبقي المسألة لبساطتها  
الولى وهي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدتين  
وهذا بالرجوع الى معايير موضوعية وضعت  
القانون كطبيعة المعاملة والعرف الجاري في  
المعاملات " (1) .

(1) - السنهوري : - مصادر الحق ج 6 ص 10 ، 11 .  
والوسيط ج 1 ص 56 ، وللتوضيح اكثر فيما يخص  
المعايير ارجع الى السنهوري ما قبله ص 12 ، 13 .

74- الحالات التي غلب فيها الإرادة الظاهرة :

نلاحظ ان القانون المدني الجزائري من ناحية أخرى يقيم الحقد على الإرادة الظاهرة في بعض الحالات التي يقتضي استقرار التصاميل فيما ذلك . ويمكن تبيان ذلك فيما يلي :

أولا : ينص في المادة 61 مدني جزائري والتي

يقابلها نص المادة 91 مدني مصري على انه :

" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه " .

ويترتب على ذلك ان من وجه اليه ايجاب فقبله ثم عدل ولكن القبول وصل الى علم الموجب قبل ان يصل المعدول ، يرتبط بالهقد لا على أساس ارادته الحقيقية التي عدل عنها بل على أساس ارادته الظاهرة وهي وحدهما التي اقترن بهما الايجاب (1) .

الا أن هناك من يرى ان لا صلة لهذا النص بمسألة الإرادة الظاهرة ، لان مقتضى هذه المسألة ان يكون ثمة إرادة يحصل التعبير عنها فيجيب التعبير مخالفا لهذه الإرادة نفسها ، اما المسألة التي تشور في هذا النص (2) فهي مسألة خلاف بين إرادة لا حقيقة وإرادة سابقة ، وهي ليست مسألة اختلاف بين إرادة ظاهرة وإرادة باطنية ، وانما هي مسألة تغيير في الإرادة وهي تطبق تسليم للتواعد التي

---

(1) - في المعنى : - صبرى السعدى - المرجع السابق ص 108 ، - لبنى مختار - المرجع السابق - ص 17 ، - فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص 101 ، السنيورى - الوسيط ص 1 ص 64 .

(2) - ويقصد به نص المادة 91 قانون مدني مصري .

تقضي بأن المتعاقد إذا رضا بالعقد يرتبط به ،  
ولا يأبىه بعد ذلك لتغيير ارادته (1) .  
ثانيا : كذلك يقضي بأنه إذا مات من صدر منه التعبير  
عن الإرادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره فان  
ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير  
بعلم من وجه اليه " المادة 62 قانون تجاري  
جزائري ، مادة 92 مدني مصري ."  
ومذا حكم يتضح من الإرادة التامة التي  
انفصلت عن صاحبها وبقيت حتى بعد موته أو  
فقد أهليته (2) .

ويرى الدكتور جازو ان هذا النص لا علاقة له  
بالإرادة التامة ولا بإرادة الباطنة فالمفروض  
" ان تعبير الثابت كان موافقا لمضمون ارادته ساعة  
صدوره ولا يترتب على موته قبل وصول القبول الى  
علم الموجب ان يصبح هذا التعبير مخالفا  
لمضمون هذه الإرادة ، وانما يتعلق هذا النص  
بمسألة أخرى هي استقلال التعبير عن صاحبه  
بمجرد صدوره منه " (3) .

ويوافق الدكتور سوار عن هذا الرأي الأخير عند  
رفضه لفكرة الإرادة التامة كأساس لانعقاد العقد  
في المثال المتقدم ، ولا كنهه لا يوافقه على

- (1) - رضا سوار - التعبير عن الإرادة - ص 66 .
- (2) - مبري سعيد و المرجع السابق - ص 108 ،  
لينى مختار - المرجع السابق ص 12 ، ونفسه الرأي  
يذهب اليه الأستاذ السنهوري بصدد التعليق  
على المادة 92 مدني مصري انظر الوسيط ص 1 من 64 .
- (3) - عبد الحفي جازو ، النظرية العامة للالتزام  
ص 68 ف 70 .

امتداده ففكرة استقلال التعبير عن صاحبه كأساس لهذا الاعتقاد لغرض هذه الفكرة من جهة وعدم صحتها من جهة أخرى (1) .

ثالثا : ويلاحظ ان المشرع قد صحح العقود المشوبة بالغلط والتدليس والاكراه في بعض الدروف : اذ ينص على انه " اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ابطال العقد ، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم ، او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس " (2) . ومعنى ذلك انه اذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بتوقع التدليس وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه ان يعلم بتوقعه فان العقد يكون صحيحا (3) ، وكذلك يقرر بصدد الاكراه فينص على انه " اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكروه ان يطلب ابطال العقد الا اذا اثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه " (4) .

---

(1) - للتوضيح أكثر ارجع الى رضا سوار في رسالته السابقة ، ص 207 ف 206 .

(2) - المادة 27 قانون مدني جزائري - والتي تتناول المادة 126 قانون مدني مصري .

(3) - في المعنى :

- السنهوري الوسيط ج 1 ص 64 .

- فرع الصدة - مصادر الالتزام ص 101 .

- أحمد سلامة - المراجع السابق ص 68 .

(4) - عبد الحفي حجازي - المراجع السابق ص 202 .

مؤدى ذلك انه اذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم  
بوتوع الاكراه وكان في الوقت ذاته يعمد عليه  
ان يعلم ذلك فان العقد يكون صحيحا (1) ،  
وكذلك نفس الوضعية بالنسبة للخلط .

والآن يمكن ان نتساءل عن الاساس الذى استند اليه  
المشروع في تصحيح العقود في الحالات المتقدمة  
رغم ما شابها من عيوب .

يعتمد الدكتور السنهوري على فكرة الارادة الظاهرة  
كأساس لتصحيح هذه العقود فيقول : " فان العقد  
يكون صحيحا ، لا على أساس الارادة الحقيقية للمتعاقد  
الاول ، ، فان هذه الارادة قد افسدهما التديس  
او الاكراه ، ولكن على أساس ارادته الظاهرة التى  
اعتمد عليها المتعاقد الآخر " (2) ،

بينما يذهب الدكتور حجازى بالقول : " والذى نراه  
ان هذه المادة لا تعلق لها بمسألة الارادة الظاهرة  
ولا بالارادة الباطنة ، فوذه المسألة لا تثار الا اذا  
كان هناك خلاف بين الارادتين ، اى بين الارادة  
الحقيقية وبين التعبير عن هذه الارادة ، والحاصل  
ان من يقع في الخلط لا يترتب على غلطه ان  
يوجد فرق بين ارادته وبين التعبير عن هذه  
الارادة ، ان الارادة التى وقع صاحبها في الخلط  
تكون معيبة في تكوينها ، وهذه الارادة المعيبة  
في تكوينها هي التى حصل التعبير عنها وجاء  
عذا التعبير مطبقا لتلك الارادة ، فلن اعتمد شخص

(1) - السنهوري - الوسيط - ج 1 ص 84 .

(2) - المادة 89 مدني جزائري - والتي تقابل المادة

127 مدني مصري .

فقط ان لوحه من عمل فان مشهور فعبير عن ارادته  
بالرغبة في شراء تلك اللوحه بالذات ، فان هذا التعبير  
لايختلف عن الارادة الحقيقية في شيء (1) ، ونفس الرئي قاله  
بصدد الاكراه وكذلك التدليس (2) .

و اذا كانت المواد السابقة الذكر والمتعلقة بالخط  
والاكراه والتدليس ، لا تعدل على ان المشوع اثر الارادة  
الظاهرة ، فعلى ما تدل اذن ؟ .

عن هذا السؤال يجيب الدكتور حجازي بقوله : " من هذا  
نرى أنه ليس في هذه النصوص ما يدل على ان الشارع قد  
فضل الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة ، وكل ما تدل  
عليه هذه النصوص هو ان الشارع لم يسر وراء منطلق  
سلطان الارادة الى النهاية ، بل اعتد الى حد ما  
بالاستقرار الواجب في المعاملات ، بيان ذلك ان الشارع

- 
- (1) — عبد الحي حجازي — المرجع السابق — ص 297 .  
(2) — " أنه اذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس  
وكان في الوقت ذاته يتصدر عليه ان يعلم بوقوعه فان  
العقد يكون صحيحا " عبد الحي حجازي — ما قبله — ص 298 .

وهو بسبب ميل بيان أثر عيوب الإرادة في العقد ، كان عليه ان يختار بين طريقين : إما احترام مبدأ سلطان الإرادة ، وكان مقتضى ذلك ان يقضى ببطالان العقد للفيلط او للتدليس ، او للاكراه دون ان يبالي مصلحة المتعاقد الآخر ، وإما تنحية هذا المبدأ حرصاً على مصلحة التعاميل " (1) ، ثم يقول : " الا أنه اختار طريقاً وسطاً فقال ان الأصل أنه يجب ان يترتب على وجود عيب في الإرادة ان يبطل العقد لمصلحة من عيبت ارادته ، ولكن هذا يضر بالاستقرار الواجب للمعاملات ، ويضحى بمصلحة المتعاقد الآخر ، رأى المشرع وجوب الاعتداد بموقف ذلك المتعاقد ، فان كان موقفه سليماً ، أى لم يكن يعلم ولم يقصر في العلم بحالته المتعاقد معه من حيث كونه واقفاً في فليط او تدليس او اكراه ، لا يكون لمن عيبت ارادته بأحد هذه العيوب ان يطلب ابطال التصرف بل يبقى التصرف قائماً حتى لا تضحي بمصلحة المتعاقد الذي لم يكن عنده ما يدل على سلامة ارادته : المتعاقد معه . . . ، أما اذا كان ذلك المتعاقد يعلم بوجود عيب في ارادة

---

(1) - عبيد الحي حجازي - ما قبله - ص 222 .

المتعاقد معه ، فعندئذ يجب ان يكون لمن عيبت ارادته ان يطلب ابطال العقد ولا يكون له فى ذلك اخلال بمصلحة المتعاقد الاخران هذا المتعاقد كان ناشئا او مقصرا فلا تجب حمايته " ، ويقرر الدكتور بالقول :  
" ان القانون المدنى المصرى لم ينحرف عن الارادة الباطنة ، بل لا يزال يمتد كقاعدة عامة بالارادة الباطنة ، ويعتد الى جواز ذلك باعتبار اجتماعى مو الاستقرار فى المعاملات " (1) .

رابعا : وفى تفسير العقد : يمكن القول ان القانون المدنى الجزائرى قد اخذ بالارادة الظاهرة كاصل عام ، وهذا اذا كانت عبارة العقد واضحة (2) .  
اذن يفترق ان هذه العبارة الواضحة تتوهم بامانة عن الارادة المشتركة للمتعاقدين ، فتكون هذه الارادة معنى ايضا واضحة .

وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضى بحجة انه يفسر العقد ، ان ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة الى

---

(1) - عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص 161 ،  
(2) - وفى ذلك تقضى المادة 151 مدنى سورى ، والمادة 1 / 150 مدنى مصرى بقولها : " اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تاويلها للتصرف على ارادة المتعاقدين " .

معنى آخر ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ، مما يوجب نقض الحكم (1) .  
وبمذا كان حكم الفصل 513 من قانون العقود والالتزامات التونسي اذ ينص على أنه " اذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة " .  
وأكدته القضاء في العديد من أحكامه (2) .

---

(1) - في المعنى أنظر : السنيوري - مصادر الحق ج 5 ص 9 ،  
- أحمد سلامة - المرجع السابق - ص 84 ، - لبني مختار  
المرجعه السابقه - ص 12 - صيرة السعدوي - المرجع  
السابق - ص 108 .

ويقول السنيوري في الوسيط ج 1 ص 25 " وفي هذا الزام هذه  
العبارة للتعرف على ارادة المتعاقدين الزام لارادة  
الحقيقية لا لارادة الظاهرة ، ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة  
لموسسة في اننا نستخلص الارادة الحقيقية من الارادة  
الظاهرة " .

(2) - حيث جاء في القرار التعقيبي المدني عدد 725 المؤرخ  
في 4 اوت ذ 1976 ج 1977 ص 28 ما يلي : يؤخذ من الفصل  
513 انه وان كان لمحكمة الاصل حق الاجتهاد المطبق في  
تأويل الكتب بالدلالة الا انه لا يسوغ لها ذلك اذا كانت  
عبارة الكتب صريحة و لمحكمة التعقيب حق اجراء الرقابة عليها  
في ذلك الشأن حرصا على تطبيق سلامة القانون .  
ونفس المبدأ يؤكد جملته من القرارات الأخرى منها :  
- قرار تعقيبي مدني عدد 1976 مؤرخ في 1 مارس 1977  
ج 109 ص 211 .

- قرار تعقيبي مدني عدد 464 مؤرخ في 22 ديسمبر 1977  
ج 197 ص 211 .

أرجعه الى مجلة العقود والالتزامات التونسية ص 233 .

خامسا :

وفي الصورة ، وموا الامر الضامر ، أجاز لدائن المتعاقدين وللخلفاء الخلفاء ، متى كانوا حسن النية ، ان يتمسكوا بالمقد الصور (1) .

وكذلك يلزم أخذه بإرادة التامرة فيما يختم الاثبات بالبينه فيما يخالفه او يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي حتى ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري (2) .  
وميكذا نجد ان المشرع الجزائري كالشرع المصري وان كان أميناً على نظرية الارادة الباطنة ، الا أنه قد خفف من الاخذ بنتائجها بصفية مطلقه ، فأخذ في بعض الاحوال بإرادة الظاهرة ، لتحقيق الاستقرار ، وهذا ما ذهبت اليه أغلب القوانين العربية الاخرى وخاصة القانون العراقي الذي كان متأثر أكثر بالفقه الاسلامي وهذا ما يظهر من نص المادة 155 من القانون المدني العراقي (3) بقولها : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، على أن الأصل في الكلام الحقيقة ، أما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز " ، وبهذا نكون قد انتهينا الى أن القانون المدني الجزائري كل ما يمكن أنه استطاع أن يوفق بنصوصه ما بين العدالة واستقرار الثعامل ،

---

(1) - تنص المادة 106 قانون مدني جزائري على أنه " اذا أبرم عقد صور فلدائن المتعاقدين وللخلفاء الخلفاء ، متى كانوا حسن النية ان يتمسكوا بالمقد الصور " انظر مبر السعد ، المرجع السابق ص 108 .  
(2) - وهذا ما تقتضي به المادة 84 مدني جزائري .  
(3) - عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق ص 164 .

## الفصل الثاني

وقت تمام التعبير وانتاج أثره القانوني

75 - تمهيد وتقسيم : يتم التعبير عند استكمال جميع الوقائع التي تكونه وبذلك يصبح له وجود مادي (1).  
بينما يتأخر الوجود القانوني الى الوقت الذي يتصل فيه التعبير بعلم من وجه اليه (2).

الا أنه يحدث في بعض الحالات وخاصة في التعاقد بين غائبين ، أن يوجد التعبير ماديا ، ولكن قبل أن ينتج أثره الشرعي تطورا : أسباب ، سواء خارجة عن ارادة صاحب التعبير كالموت أو فقد الاعلية ، أو تتصل بارادته كالعقد ، فيثور التساؤل عن أثر هذه الاسباب في التعبير ؟ ، أما في الاوضاع العادية فان التعبير بعد أن يتصل بعلم من وجه اليه ، ينتج أثره الشرعي بحسب ما اذا كان ايجابيا أو قبوليا (3).

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل الى بحثين نتناول في الأول منها ، الاسباب التي تطورا فتؤثر في التعبير قبل أن ينتج أثره الشرعي ، ونتناول في الثاني الاجابة عن السؤال المطروح ، وهو متى ينتج التعبير أثره القانوني ؟ أو متى ينمقد العقد وفقا لما ذهب اليه المشرخ الجزائري .

---

(1) - رضا سوار - التعبير عن الارادة - ص 99 .

(2) - لا يفصل بين الوجود المادي والوجود القانوني سوى فاصل وعمي ، وخاصة عند التعاقد بين حاضرين لأنه في الأصل التعبير ينتج أثره وقت تمامه ، الا أنه يظهر هذا الفصل في حالة التعاقد بين غائبين .

أنظر صبري السعدوي المرجع السابق ص 106 .

(3) - هذا فيما يخص التعبير الواجب التسلم ومتى ينتج أثره القانوني في القانون المدني الجزائري .

## المبحث الاول

الاسباب التي تؤثر في التعبير قبل انتاج أثره

القانوني .

تعداد الاسباب : يمكن تقسيم هذه الاسباب الى قسمين :

القسم الاول : اسباب خارجة عن ارادة صاحب التعبير

وتتمثل في الموت أو فقد الأهلية .

القسم الثاني : اسباب تتصل بارادة صاحب التعبير

وتتمثل في العدول (الرجوع) ، ونعسر

مذيين القسمين في مطلبين .

### المطلب الاول

أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير

75 - تمهيد : هل يتأثر التعبير بالموت أو فقد الأهلية ؟

كثيرا ما يجتزأ أحد المتماقدين الضائحين بعد أن أصدر

ايجابه أو قبوله عارز كواقعة غير اختيارية كالموت أو

فقدان الأهلية ، فما هو الاثر الذي يترتب عليه القانون على

هذه الواقعة ؟ ، وهل يعتبر الايجاب أو القبول منعدا في

هذه الحالة ؟ ، وما هو مركز هذا التعبير من صاحبه

بعد ان طرأ عليه هذا العارز ؟ .

وهل يعتبر الايجاب متصلا بالموجب ، يموت بموته ، ام انه

مستقل عنه ، ويبقى قائما ويترتب عليه الأثر القانوني ،

وهل معنى هذا ان الايجاب الصادر ممن يريد التماقيد

يبقى قائما حتى اذا مات الموجب ؟ .

وهل ان القبول الصادر ممن تلقى الايجاب يبقى قائما

حتى اذا مات القابل ؟ .

77 - موقف التشريعات المختلفة :

ومع هذا فإن نظرة التشريعات تختلف بالنسبة لهذا الموضوع ، وإن مرد ذلك اختلاف نظرة كل مشروع إلى التعبير عن الإرادة .

فمنهم من يرى أن التعبير عن الإرادة إنما هو دليل على وجود صاحب الإرادة ، فحين ينعدم وجود صاحبها بالوفاة ،

معناه أن الإرادة الباطنة التابعة له قد انعدمت

تبعا لوفاة صاحبها ، ومولاه يعولون على نظريته

الإرادة الباطنة ومذا ما استقرت عليه تقاليد المذنب

اللاتيني ، ومن انصار هذا الرأي القانون المصري القديم

الذي لم يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها

فهو لا يراما إلا إرادة كاملة في النفس تموت بموت

صاحبها (1) ، وإلى هذا ذهب القضاء المصري القديم (2) ،

والقضاء الفرنسي (3) .

ونرى على ذلك صراحة القانون السوداني في المادة 76

مدني منه ، على أنه "لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره إذا

مات صاحبه ، أو فقد أهليته قبل أن يتصل بعلم

من وجه إليه (4) .

---

(1) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 165 ،

(2) - محكمة الاستئناف الوطنية 9 مارس 1920 المحاماة 4 ص 44

(3) - ورد ذلك الحكم عند عبدالسلام التونجي في المرجع السابق ص 208 .

(4) - فرن الصدة - نظرية العقد ص 110 .

ونفس الاتجاه كان عليه القانون السوري ، باعتبار ان المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية تنص على انه "يصال الايجاب قبل القبول بزوال أهمية الموجب وكل ما يفيد الاعراض " ، هذا بالإضافة الى أنه لم ينقل نص المادة 92 قانون مدني مصري ، الا ان هذا الحكم يسري في حالة ما اذا كان التعبير ايجابيا ، اما اذا كان قبولا فان المقدم يتم بمجرد صدوره ، على اعتبار ان القانون السوري يأخذ بنظرية اعلان القبول (1) ، وبهذا كان موقف القانون العراقي والكويتي واللبناني (2) .

ومنهم من يأخذ بعكس هذا الرأي فيذهب الى الاخذ بمبدأ استقلال التعبير ، مراعيًا في ذلك مبدأ استقرار المعاملات .

ومعنى هذا انه اذا صدر التعبير انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتي مستقل .

فالتعبير عن الارادة يكون له وجود مادي ، من وقت صدوره ، ويبقى له هذا الوجود المادي حتى لسو مات صاحبه او فقد أهميته .

فاذا ما وصل الى علم من وجه اليه استكمل وجوده القانوني ، الا اذا كانت طبيعة المعاملة تحول دون ذلك ، مثل لوعرض الموجب على فنان مبلغا معينا نظير ان يرسم له صورة ، ثم توفي الفنان بعد صدور تعبير

(1) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 155 .

(2) - فرج الصدة - المرجع السابق ص 110 .

تد منه بالقبول ، وقبل وصوله الى الموجب ، فالمقعد  
لا ينعقد بين الموجب وورثة الفنان (1) .  
وبهذا الرأي كان موقف التقنين المدني الجزائري  
والمصري والليبي والتونسي ، اذ تنص المادة 52 مدني  
جزائري والتي تتطابق مع نص المادة 52 مصري وليبي (2) ،  
على أنه : " اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة  
أوفقد أهليته قبل أن ينتج التعبير آثاره ، فان ذلك لا يمنع  
من أن يترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه  
اليه ، مما لم يتبين العكس من التعبير أو من  
طبيعة العامل " (3) ، كمنى ينص الفصل 35 من مجلة

---

(1) - في المعنى أنظير :

- السنهوري ، الوسيط ج 1 ص 165 .
- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 105 ، ونظرية العقد ص 110 .
- صبري السعدوي - المرجع السابق ص 107 .
- (2) - فرج الصدة - نظرية العقد ص 110 .
- (3) - وكان هذا النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني  
المصري للمادة 52 منه ، يجعل الحكم المذكور شاملاً  
لمن صدر منه ، ومن وجه اليه التعبير ، ثم  
استقر الامر في النهاية ، على نص هذا الحكم على  
حالة موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير ،  
دون الموجه اليه .

الالتزامات والعقود التونسي على أنه " لا يمنع اتمام العقد وفاة من صدر منه الايجاب او تقييد تصرفه بعد صدور الايجاب منه اذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الايجاب او تقييد تصرفه " (1).

ومن هذه النصوص يتضح لنا ان المشرع الجزائري يتفرق مع ما ذهب اليه المشرع المصري والليبي والتونسي ، ويختلف مع المشرع السوري واللبناني والعراقي والكويتي . وفيما يلي نوضح حكم هذا النص ، ونقره في هذا الشأن بين من صدر منه التعبير وبين من وجه اليه التعبير .  
الحالة الاولى : موت او فقد املية من صدر منه التعبير :  
قد يكون الشخص الذي صدر منه التعبير هو الموجب ، وقد يكون هو القابل .

78-أولا : اذا كان هو الموجب :

اذا صدر الايجاب ثم توفى الموجب ، او فقد املية فان ذلك لا يسقط الايجاب ، سواء كان الموت قد وقع قبل اتصال الايجاب بعلم من وجه اليه او بعده .  
فانه تطبيقا لنص المادة 62 السابقة الذكر يبقى صالحا لينتج أثره أو يقتصر به القبول (2) ،  
ولكن يثور التساؤل في هذه الحالة ، هل ينعقد العقد في حالة قبول الموجب له الايجاب ؟ .

---

(1) - مجلة الالتزامات والعقود التونسية ص 24 .

(2) - في المعنى :

- فرن الصدة - نالرية المقد ص 111 .

- صبرى السعدى - المرجع السابق ص 108 .

- عيد السلام التونسي - المرجع السابق ص 204 .

فالمسألة موضع خلاف بين الفقهاء ،  
— يرى الأستاذ السنهوري ان العقد في هذه الحالة  
لا يمكن ان ينعقد .  
وبهذا الصدد يمكن ان نشير الى التمييز الذي لا حائله  
بين البدأين الذين أخذ بهما القانون المدني المصري  
وتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري ، فهو من  
جهة قرران التعبير عن الارادة لا يستط بموت صاحبه ،  
وهو من جهة أخرى قرر ان هذا التعبير لا ينتج أثره  
الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، ولكل من هذين  
البدأين نطاقه الخاص ، ويترتب على الجمع بينهما ما يلي :  
" ا - اذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل ان  
يصل الايجاب الى علم الطرف الآخر ، فان التعبير يبقى  
قائما ولهذا الطرف الآخر ان يقبل الايجاب ، ولكن هذا  
القبول لا ينتج أثره الا اذا وصل هو أيضا الى علم الموجب ،  
ومذا قد مات فلا يتم العقد .  
ب - اذا صدر قبولا من الطرف الآخر ومات هذا يبقى  
قبوله قائما ، ومتى وصل الى علم الموجب تم العقد  
لكن اذا مات الموجب قبل ان يصل القبول الى علمه ،  
فان القبول لا ينتج أثره ، ولا يتم العقد " (1) .

---

(1) -- السنهوري - الوسيط ج 1 ص 100 حاشية (1) .

ويروى فريق آخر (1) أن وفاة الموجب لا تمنع من انعقاد العقد الا في الحالات التي تكون فيها شخصية الموجب محل اعتبار، اما في غيرها فان ورثته يقومون مقامه في العلم بالقبول، ومن ثم ينعقد العقد (2).

(1) - ويقول به الدكتور حجازي في كتابه النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني ص 165، فهو يعارض صراحة رأي الدكتور السنهوري بقوله: "ولكننا مع تقديرنا لرأي استاذنا، لا نوافقه عليه لان الورثة الذين ورثوا عن الموجب الالتزام بالبقاء على الايجاب المدة الممينة يرثون كذلك عنه حقه في العلم بالقبول ومن ثم نرى ان المادة 21 مدني مصري (51 مدني جزائري) التي تشترط العلم بالقبول لا تحول دون انعقاد العقد لظ ان هذا الشرط يعتبر متوافرا بتوجيه الموجب له قبوله الى ورثة الموجب او الى القيم عليه في حالة فقده الاملية".

اشار اليه عبد السلام التونجي في المرجع السابق ص 207، ولبنى مختار في المرجع السابق ص 51، ووافق عليه ووافق على ذلك الدكتور سليمان مرقس - نظرية العقد بند 21، وفرج الصدة - نظرية العقد ص 111، وهو الرأي المرجح لدى الدكتور صبري السعدوي - المرجع السابق ص 106 وأحمد سلامة - المرجع السابق ص 23.

(2) - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص 112. اما المشرع المغربي فلقد اشترط ان يكون قبول الايجاب من طرف القابل قبل علمه بموت الموجب او فقده اُمليته اما اذا علم القابل بموت الموجب قبل ان يصل اليه الايجاب فلا يترتب اي اثر على قبوله، وهذا مانع عليه في الفصل 21 من قانون الالتزامات والعقود. أشار لبنى مختار - المرجع السابق ص 25.

بالإضافة إلى أن هذا الرأي يهدد حكم المادة 62 ق م ج ،  
التي تنص صراحة على عدم تأثر التعبير (الإيجاب)  
بموت من صدر منه ، أو فقد أهليته (1) .  
ونحن نميل إلى الرأي الثاني ، لأنه يحقق مبدأ استقرار  
المعاملات ، ومن جهة أخرى وطالما أن الورثة ملتزمون  
فيما ينتقل إليهم من حقوق والتزامات مورثهم ، بإمكانهم  
الرجوع في الإيجاب إذا كان غير ملزم ، أما إذا كان  
على غير ذلك فالحقد يتم إلا إذا كانت شخصية المتوفى  
محال اعتبار في أتمام التصرف.

76 - ثانيا : إذا كان مو القابل :

أما إذا كان اذو مات أو فقد أهليته مو القابل بعد  
أن صدر منه القبول ، وقيل أن يشمل بعلم الموجب ،  
فإن التعبير وفقا لمر المادة 62 ق م ج لا يسقط ، بل يبقى  
وينتج أثره إذا وصل إلى علم الموجب ،  
فيلم الحقد ، ويكون ملزما لورثة القابل ، ويجب عليهم في  
هذه الحالة كما يجب على الوصي في حالة فقد  
أهلية القابل أن يقوموا بتنفيذ قبول القابل طبقا لما  
التزم به ، والحل في هذه الصورة لا خلاف فيه (2) .

---

(1) - صبرو السعدوي - المرجع السابق - ص 106 .

(2) - في المعنى : - فن الصدة - مصادر الالتزام ص 107 .

- صبرو السعدوي المرجع السابق ص 109 .

- عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع

السابق ص 113 .

ولكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن ، هل ان من يأخذ  
بالنظرية المادية لارادة بان هذا القبول ملزما ، حتى  
ولو كان شخص القابل محل اعتبار في العقد ؟ .  
الواقع ان سرعان القبول وبقائه ملزما في هذه الحالة  
أمر لا يتفرق مع المنطق ، لان العقد انما هو مستهدف  
شخصية القابل بالذات ، كالفنان او المحامي او المهندس ،  
او الطبيب ، فكل مفهوم في دائرة فنه واختصاصه ،  
لايستطيع الغير ان يقوم مقامه ، نظرا اما لشخصيته من  
اعتبار في العقد ، فمن أوجب على نفسه الدفاع  
في قضية ، او من اوجب أن يقوم باجراء عملية جراحية ،  
أو رسم لوحة فنية ، او بناء منزل ، فاذا مات هذا  
الشخص ، فان هذا القبول يسقط لامحالة ، وهذا هو  
المنطق السائد بهذا الصدد . (1)

### الحالة الثانية الشخصية :

موت او فقد أهلية من وجه اليه التعبير :  
وفيما يلي نعرض حالة الفرز الذي يموت من وجه اليه  
التعبير او فقد أهليته وهذا الفرز لم تواجهه المادة 52  
ق.م.ج ، أو أن الحل يختلف من صورة لأخرى ، على التفصيل  
التالي :

- (1) - فاذا مات من وجه اليه التعبير او فقد أهليته وكان  
هذا التعبير قبولا ، فان العقد ينمقد اذا وصل  
القبول الى علم ورثة الموجب او من ينوب عنه ،  
اذ ان هؤلاء يحلون محل الموجب في العلم بالقبول ،

(1) - عيد السلام التونسي - المراجع السابق ص 205 .

وهذه الصورة تدخل في نطاق حالة ما اذا مات الموجب او فقد أهليته بعد ان صدر منه الايجاب ، وهي الحالة المختلف فيها والتي تقدم ذكرها فيما سبقة (1).

(2) - حالة موت او فقد أهلية من وجه اليه الايجاب (القابل) ، هنا نفرة بين حالتين :

الاولى : اذا مات الموجه اليه الايجاب قبل العلم به ، فان العقد لا ينقذ ، ولا يجوز للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلوا محله في تلقي الايجاب أو في اصدار القبول (3).  
الثانية : أما اذا مات الموجه اليه الايجاب بعد العلم به ، ولم يصدر منه تعبير بالقبول ، فان العقد لا يفسخ بشأنه الفقه المصري .

فيرى فريق بأن الايجاب يسقط في هذه الحالة ، ولا يحق للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلوا محله في القبول ، لأنه رخصة شخصية مقصورة على صاحبها (3).

بينما يرى فريق آخر ، عدم سقوط الايجاب ، مادام العقد المراد ابرامه ليس من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي ومادام الايجاب مازال قائماً (4).

(1) - أنظر ما سبق كتابته - م 175 ، 176 ، 177 .

(2) - فنج الصدة - مصادر الالتزام م 107 - / صبري السعدى المرجع السابق م 110 .

(3) - قال به عبد الحي حجازي في كتابه النظرية العامة للالتزام م 580 ، أشار اليه الدكتور صبرى السعدى في المرجع السابق م 110 .

(4) - ومن بينهم : فنج الصدة في كتابه مصادر الالتزام م 108 .

ويبرئ البعض الآخر ان ورثة من وجه اليه الايجاب او من ينوب عنه يحلون محله حينئذ في استعمال رخصة القبول طالما يكون الموجب مازما بالبقاء على ايجابه (1). مع ان مثل هذه الرخصة ليست من قبيل الحقوق المحددة في الذمة حتى يمكن ان يقال أنها تقبل الانتقال الى الورثة ، وهذا الاعتبار نفسه هو الذي جعل الاجماع ينعقد على ان الدائن لا يحق له ان يستعمل هذه الرخصة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (2).

ونحن نميل الى الرأي الذي يجعله مسألة شخصية ورخصة لا يستعملها غير القابل .

### الحالة الثالثة :

أثر الموت او فقد الأهلية في التعبير المنشئ لتصرف انفرادي .

اذا كان التعبير عن الارادة منشئاً لتصرف انفرادي ، أو تصرف يتم بارادة واحدة هي ارادة صاحب التعبير ، فتجب التفرقة في شأنه بين حالتين (3) .  
- الأولى : يكون هذا التعبير فيها واجب التسلم ، كما في الابراء من الدين ، فاذا مات من صدر منه التعبير او فقد أهليته قبل أن يصل التعبير الى علم من وجه اليه فان هذا لا يضر من ان ينتج التعبير أثره

---

(1) مقال به الدكتور سليمان مرقس في كتابه أصول الالتزامات ص 116 ، وأشار اليه الدكتور صبرى السعدى المرجع السابق ص 110 .

(2) - فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 100 ، وهذا ما انتهى اليه الدكتور صبرى السعدى .

(3) - في الصدة - مصادر الالتزام ص 100 ، 109 .

بتمام هذا العلم ، والأثر هنا تمام التصرف ، وإذا مات من وجه إليه التعبير قبل ان يصل الى علمه فان ورثة او من ينوب عنه يحلون محله في العلم ، فاذا تم ذلك أبرم التصرف ، وهذا الحل يتسق مع الحل الذي انتهينا اليه في حالة ما اذا مات الموجب او فقد أهليته قبل ان يصل القول الى علمه .

الثانية : ويكون هذا التعبير فيها غير واجب التسلم ، كالوصية ، وفي هذه الحالة ينتج التعبير أثره قبل ان يعلم بالتعبير الشخص الذويعنيه الأمر ، لأن التعبير كما قلنا غير واجب التسلم . فاذا صدر التعبير تم التصرف وارتبط به صاحب التعبير ، واذا مات هذا الأخير او فقد أهليته ارتبط بالتصرف ورثته او نائبه ، وهذا هو الحل في جميع القوانين العربية (1) .

50 - موقف الفقه الاسلامي بشأن هذا الموضوع :  
منك رأيان في صدد صلة التعبير بصاحبه :  
الراى الاول : (2) ويذهب الى القول ان التعبير يسقط بمجرد وفاة صاحبه او فقد أهليته ، وحجتهم في ذلك ان الإرادة وان خرجت من صاحبها تظل لصيقة به ، تموت معه ، وتزول بفقده لأهليته ، فالإرادة المحضلة يسعها الانتقال الى خلف صاحبها ، ولا يسعها ايضا الانتقال الى مثله الشرعي ، اذ ليس من شأنهما تلقي التصرفات التي لم يتم تكوينها .

(1) - فرج الصدة - نالرية العقد - ص 115 .

(2) - قال به جمهور أهل السنة ، وذكره

توضيحه العبادات - المراجعة السابعة - ص 72 .

أما الرأي الثاني فهو على خلاف ما ذهب إليه الرأي الأول ، بحيث يقرر أن التعبير يستقل عن صاحبه ، فهو يثل قائما ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقدة لأهليته .  
ووجهتهم في ذلك أن صاحب التعبير قد عمل كل ما في وسعه قبل الإصدار ليجعل التعبير صحيحا ، والتعبير إذا انفصل عن صاحبه يكون له وجود مستقل ، فيجب تبعا لذلك أن ينتقل إلى الورث المستقل بالحالة التي كان عليها عند مورثهم (1) .  
ومذا فيما يخص التعاقد بين غائبين ، أما فيما يخص التعاقد بين حاضرين ، فإنه إذا صدر القبول موافقا للإيجاب في مجلس العقد ثم حدث أن مات أو فقد أهليته قبل فز مجلس العقد ، فإن العقد يتم ، لأن كلا من الإيجاب والقبول قد صدر من أهل له .  
لكن عمل يثبت خيار المجلس في هذه الحالة ؟ .  
الأصح عند الشافعية ثبوت هذا الخيار للمتعاقد الآخر وكذلك لوارث المتعاقد الذي توفي وللولي أو الوصي أو القيم أو الحاكم الذي ينوب عن المتعاقد الذي فقد أهليته عند علم كل منهم بما تم في شطري العقد .  
أما عند الحنابلة فخيار المجلس يثبت للمتعاقد الآخر كما يثبت للولي والوصي في حالة فقد الأهلية ، لكنه لا يثبت في حالة الموت للورثة لأنه لا يمورث عند مم (2) .

---

(1) - قال به المذمب الأياضي ، وأشار إليه رضا سوار

في رسالته السابقة ص 188 .

(2) - توفيق العطار - المرجع السابق - ص 77 .

## المطلب الثاني

أثر المدول (الرجوع) في التعبير.

كأصل عام يجوز للموجب ان يعدل عن ايجابه متى كان هذا الايجاب غير منتج لأثاره القانوني .  
او اذا وصل الى علم من وجه اليه تعبير عن ارادة مضادة ، قبل وصول الأول اليه ، او في نفس وقت وصوله ،  
منا لا يكون لهذا التعبير الأصلي اي أثر قانوني (1) .  
ولم يوجد نص في القانون المدني الجزائري يصرح بهذا الحكيم ، ومع ذلك لا يوجد شك في اعماله ، فهو مجرد تطبيقة للقاعدة التي أملتها المادة 51 منه ، التي تقرر أن التعبير عن الارادة لا يكون له أثر قانوني الا بعد اتصاله بعلم من يوجه اليه ، فما دام هو كذلك فان التعبير المضاد الذي يصل الى علم من وجه اليه ، في وقته المناسب ، يلغيه ويمنعه بالتالي من ان ينتج أثره (2) .

ولا عبرة منا بعلم من وجه اليه التعبير ، بحصول المدول عنه ، او عدم علمه به ، طالما أنه قد وصل اليه في وقته ، اذ لا يقبل منه منا ان يدعى علمه بالتعبير ،

---

(1) - في المعنى : - فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 104 ،  
- أنور سلطان - موجز في مصادر الالتزام ص 50 ،  
- صبرى السعدى - المرجع السابق ص 105 .

(2) - حتى وان كان الموجب قد التزم بالبقاء على هذا الايجاب لمدة معينة فان هذا الايجاب لا يلزم الموجب الا من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه ، والى هذا الوقت يعتبر ان الايجاب لا يزال في حوزة الموجب ، فله ان يعدل عنه او يعدل فيه ، مادام لم يصل الى علم من وجه اليه .

نقز مصرى 10 أبريل 1958 - طعن 27 / 24 - مجموعة احكام النقز المصرية سنة 5 ص 359 قاعدة 40 ، اشار اليه عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص 111 ح (1) .

وعدم علمه بالعدول عنه (1) ، بينما المشرع التونسي نصر على ذلك صراحة في الفصل 30 عقود والتزامات ، على أنه : " يسوغ الرجوع في الإيجاب مادام المقدم لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاء من الطرف الآخر " (2) والسؤال المطروح هل يجوز للموجب الرجوع في الإيجاب إذا علم به من وجه إليه (القبيل) ؟ .  
أنه يجوز له ذلك بشرط أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه ، لأنه بعد ذلك يتم العقد (3) .

- 
- (1) - فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 104 .
  - (2) - مجلة العقود والالتزامات التونسية ص 28 .
  - (3) - ولهذا يفرق الاستاذ السنهوري بين حالتين : هـ اى متى نكون أمام عدول ، ومتى نكون أمام رجوع ، فيقول : " فان الإيجاب الذى لا يجوز العدول عنه يجوز منه ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزما ، . . . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل هذا الوجود بشرط أن يكون ملزما ، فإذا كان ملزما فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه " انظر الوسيط ج 1 ص 184 ف 81 .
- وباعتبار أن التعبير الذى يجوز فيه الرجوع حتما يمكن العدول عنه ، وبهذا يمكن ان نكتفي بذكر كلمة الرجوع للدلالة على المفهومين ، زد على هذا أنه لا يوجد فارقة عملية بينهما .

وان لا يكون الايجاب ملزما ، بحيث اذا عين ميعاد للقبول  
التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا  
الميعاد (1) .

ومنا يصبح الموجب ملزما بالبقاء على ايجابه الى  
انقضاء هذا الميعاد .

٢١ - الايجاب الملزم :

ولكن متى يكون الايجاب ملزما؟ ، " يكون الايجاب ملزما  
اذا كان مقترنا بميعاد صريح او ضمني ، وعلى ذلك  
اذا حدد الموجب ميعادا لصدور القبول ، يجب عليه ان  
يتقيد بهذا الميعاد ، فان رجح قبل انتهائه ، يعتبر  
رجوعه هذا مخالفا للقانون .

فاذا صدر القبول في المهلة المحددة انعقد العقد محتسب  
ولو كان الموجب رجح عن ايجابه " . (2)

---

(1) - وباعتبار ان الايجاب بعد صدوره من المورث المتوفى  
يستقر في ذمته ، ثم ينتقل الى ورثته مع ما ينتقل  
اليهم من حقوق والتزامات مورثهم ،  
اذا كان هذا الايجاب يخول لصاحبه ان يرجح عنه ،  
فمن باب اولى ان يكون لورثة الموجب في حالة وفاته ،  
ولو منى الموجب في حالة فقده امليته حيز الرجوع في  
هذا الايجاب ، لظلمنا ان للمورث او لفاقد املية  
هذا الحق لو كان حيا ، او كامل املية .

(2) - فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 112 .

وفي ذلك تقول المادة 68 مدني جزائري والتي تتطابق مع المادة 68 مدني مصري : أنه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل ، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال ، او من طبيعة المعاملة " ، وهي في ذلك تتفق مع نص الفصل 23 قانون مدني تونسي الذي يقول : أنه " من صدر منه الايجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر الى انقضاء الأجل فان لم يأتيه الجواب بالقبول في الأجل المذكور انك التزامه " (1) .

والاجل قد يتحدد صراحة او ضمنا ، فقد يكون الايجاب مضمونا بصيغ صريح يحدده الموجب للقبول ، كأن يعمّر شخص على آخر ان يبيعه سيارته ، بثمن محدد ويترك له مهلة أسبوع ، ليصدر رأيه بالقبول او بالرفض (2) ، وقد يكون هذا الميعاد ضمنا يستخلص من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة .

فاذا عمّر شخص ان يبيع شيئا تحت التجربة فان هذا الايجاب يستفاد منه ان صاحبه قصد الارتباط بايجابه طوال المدة اللازمة للتجربة ، واذا حدث نزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي (3) .

---

(1) - وذلك ما قضى به القرار المدني التقيي عدد 6499 مؤرخ في 25 ماي 1970 ن 1970 ج 100 ، مشار اليه في مجلة الالتزامات والعقود التونسية ص 28 .

(2) - صبري السعدوي - المرجع السابق ص 118 .

(3) - وقد قضت محكمة النقر المصرية بأن لقاضي الموضوع في حالة صدور الايجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ان يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة ، وقصد الموجب الميعاد الذي التزم البقاء فيه على ايجابه ، والقاضي فيما يستخلصه من ذلك كله ، وفي تقديره للوقت الذي يعتبر .../...

ومن أمثلة التحديد الزمني لميعاد القبول ، حالة تقديم العطاءات في المناقصات ، فاذا تقدم شخص بعطاء في مناقصة ، فإنه يلتزم بالبقاء على ايجابه الى الوقت الذي تفضى فيه المظاريف ، لأن الايجاب في هذه الصورة يقتصر بميعاد ضمني هو الوقت الذي حدد لارساء المناقصة(1).

والخلاصة أنه اذا رجع الموجب في ايجابه قبل انقضاء الميعاد المحدد صراحة للقبول ، او الذي يستلخر ضمناً من ظروف التعامل او طبيعته ، فان رجوعه لا يترتب عليه أثر ، بل يابل الايجاب قائماً ، بحيث اذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد ، وهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه في هذه الحالة .

---

.../... مناسبة لابلغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى) ، متى كان قد بين في حكمه الاسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى اليها ، والمحكمة وهي بسبيل استخلاص الميعاد الذي قصد الموجب الالتزام فيه بايجابه ، لها ان تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه ، ولا تشرب عليها اذا استخلصته من اتصال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الايجاب .

نقض مدني 2 يوليو 1954 - مجموعة احكام النقض المصرية سنة 15 رقم 189 من 225 .

أشار اليه الدكتور صبرى السعدى في المرجع السابق من 114 ، وفي المعنى أنظر كذلك فرج الصدة - مصادر الالتزام من 112 .

(1) - صبرى السعدى - المرجع السابق - من 114 .

- فرج الصدة - مصادر الالتزام من 120 .

وكذلك يستطعم القابل ان يرجعه في قبوله قبل ان يصل هذا القبول الى علم الموجب أما بعد وصول القبول الى علم الموجب فانه يمتنع عليه ذلك ، لأن المقدم يكون قد تم (1) ، فيرتبط به ، وكذلك يكون الحكم لو وصل رجوعه الى الموجب قبل ان يصل الى علمه القبول ، فلا أثر للعدول عنه (2) .

---

(1) — هذا في القوانين التي فيها التعاقد بين الغائبين وقت علم الموجب بالقبول ، ومنها القانون المدني الجزائري والمصري ، فطبقا لهذا القانون ان القبول لا يكون له أثر ، اذا وصل العدول عنه الى الموجب قبل ان يصله القبول ذاته ، او في الوقت الذي وصل فيه القبول .

أما القوانين التي تأخذ بنظرية اعلان القبول او تصدير القبول كالقانون السوري واللبناني مثلا ، فانه لا يتصور العدول عن القبول بعد اعلانه .

أنظر فرج الصدة — نظرية المقدم ص 109 .

(2) — هنا نلاحظ رغم ان ارادة القابل الحقيقية لم تتطلب مع ارادته الظاهرة ، ولكن العقد يتم متى وصل القبول قبل وصول العدول الى علم الموجب وهذا حقلنا على استقرار المعاملات كما تقدم توضحه بالتفصيل في الفصل السابق .

٤٦ - موقف الفقه الاسلامي :

والحكم المشار اليه سابقا يتفرع مع الروح السمحة  
للشريعة الاسلامية السخراء ، ويتجاوب مع الحديث النبوي  
الشريف " من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته  
يوم القيامة " .

وبهذا يمكن القول ان في حالة التعاقد بين حاضرين  
يجوز للموجب ان يرجع في ايجابه مادام القبول لم  
يصدر من المتعاقد الآخر ، بقى هل يجب سماع الرجوع  
قياسا على وجوب سماع الايجاب والقبول ؟ .

يجمع الفقه على وجوب سماع الرجوع ، بمعنى أنه لو  
قبل المتعاقد الآخر قبل ان يسمع رجوع الموجب انعقد  
العقد ، لان الرجوع لا ينتج أثره الا اذا سمعه القابل  
قبل ان يقبل (1) .

اما في حالة التعاقد بين الغائبين ، فللموجب  
الحق في الرجوع عن ايجابه متى لم يقبله الطرف  
الآخر (2) .

واذا كان سماع المتعاقد الآخر لايجاب ضروريا في  
التعاقد بين الغائبين (3) ، فهل اذا رجح الموجب

---

(1) - رضا سوار - التعبير عن الارادة ص 108 ، الا ان  
الاستاذ السنهاوري يذهب الى ان هناك رأى يذهب  
الى عدم اشتراط سماع الرجوع في التعاقد بين  
حاضرين ، انظر مصادر الحرق ج 1 ص 56 .

(2) - في المعنى : - رضا سوار المرجع السابق ص 108  
السنهاوري - المرجع السابق ص 57 .

(3) - يرى المذهب المالكي ان الايجاب اذا وجه الى  
شخص غير معين ، وتمييز الشخص بعد ذلك ، ويجب  
ان يكون قد سمع الايجاب او بلغه ، فاذا كان سماع  
الايجاب واجب في حالة التوجه الى شخص غير  
معين ، فهو أوجب اذا توجه الموجب الى شخص  
معين ، ولم نعثر في المذاهب الأخرى على رأى  
معارض - انظر السنهاوري - المرجع السابق ص 57 .

- في ايجابه يكون سماع القابل للرجوع ضرورياً ؟ .  
يذهب الاستاذ السنهوري الى أنه لا يشترط في  
رجوع الموجب عن ايجابه حتى ينتج آثاره ان  
يسمعه المتعاقد الآخر او ان يبليغه ، فلو قبل بعد  
الرجوع لا يتم العقد ولو لم يعلم بهذا الرجوع (1) .  
وفيما يبدو ان الفقه الاسلامي لا يشترط علم الموجب  
بالقبول اذا كان غائبا ، ولا يشترط أيضا علم القابل  
برجوع الموجب اذا كانا غائبين (2) .  
ولا يتصور المدول عن القبول بعد اعلانه ، لان العقد  
بين الغائبين يتم باعلان القبول دون ان يشترط  
علم الموجب به (3) .

- 
- (1) — غير انه اذا عزل الوكيل بغير علمه لا ينمزل .  
رضا سوار — المرجع السابق ص 108 .  
(2) — السنهوري — المرجع السابق ص 59 .  
(3) — السنهوري — ما قبله ص 59 .

## المبحث الثاني

متى ينتج التعبير أثره القانوني  
نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نخصر الاول  
منها لتحديد بعض المفاهيم الاساسية في  
الموضوع ، والثاني نعرض فيه تحديد زمان ومكان  
انقضاء العقد .

### المطلب الاول

تحديد بعض المفاهيم

٤٤ - التفرقة بين التعبيرات : نميز في هذا الشأن  
بين نوعين من التعبيرات :

النوع الاول : وهو التعبير المتلقى (واجب التسلم او  
واجب الاتصال) ، وهو الذي يتعين اعلانه لشخص معين  
حتى يتحقق أثره القانوني ، وهذا هو الاصل  
في التعبيرات ، ونصادفه في التعبيرات التماقديه ،  
فهذه التعبيرات لا تستكمل كيانها الا حين تصل  
الى علم من توجه اليه ، وهذا ما يقصد بالاعلام ،  
اذ يعتبر هذا العلم من العناصر المكونة للتعبير ،  
بمعنى ان التعبير لا يترتب عليه اثر قبل ان يتصل  
بعلم من توجه اليه (1) .

---

(1) - في المعنى أدنى :

- وحيد الدين سوارب التعبير عن الارادة ص 57 .

- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 108 .

- أحمد سلامة - المرجع السابق ص 20 .

- صبري السعدوي - المرجع السابق ص 104 .

النوع الثاني : التعبير الملقى ( غير واجب التسلم ) ،  
وهو الذي لا يكون من الضروري اعلانه لشخص معين حتى  
يتحقق أثره القانوني .

فهو على خلاف النوع الاول ، لا يكون هذا الاعلان جزءاً  
متمماً له ، ومن ثم ينتج التعبير عن الارادة في المعلن  
الأخير أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يطلع  
منه ان يتضمن عزمه النهائي على ابرام التصرف ،  
ومثله الوصية ، ففيها تحدث ارادة الموصى أثرها بمجرد  
التعبير دون حاجة الى اعلان تلك الارادة الى شخص  
معين (1) .

وإذا ثار النزاع حول ما إذا كان تعبير معين مطلقاً او  
ملقى ، فإنه يرجع الى النص الذي ينظم هذا التعبير  
فهو غالباً ما يفصح عن طبيعة التعبير .

---

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص 198

- فرج الصدة - نظرية العقد - ص 167 .

- أحمد سلامة - المرجع السابق ص 60 ،

ونلاحظ أن الدكتور سوار في رسالته السابقة

ص 75 يذهب الى اثار التعبير الملقى والملقى ،

على تسمية التعبير واجب التسلم والخير واجب التسلم ،

ويعتمد في ذلك على سبب مهم مؤداه في ان

التسمية بواجب التسلم لا تنفرد الا مع نظرية الوصول

وهي التي لا تتطلب العلم الحقيقي للموجب ، بل

تكتفي بعلمه الحكمي للقبول ، وهي لا تنفرد مع

نظرية العلم التي تتطلب العلم الحقيقي ، اما

التسمية المختارة فهي أليز بنديتي الوصول والعلم

وسواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين

غائبين ، لان مفهوم التلقي بما يتضمنه من مرونة

يشمل مفهوم التلقي والعلم الحقيقي والعلم الحكمي .

فإن الصعوبة تثار حين لا يكون النص موجودا  
أو حيث يكون غامضا ، وحينئذ يحدد أولا عما إذا  
كان هناك اتفاق على تحديد طبيعة هذا التعبير ،  
فإذا لم يوجد ، فيعتقد أن الأصل هو أن يكون  
التعبير متلقى (واجب التسلم) (1) .

54 التفرقة بين الوجود المادي والوجود القانوني للتعبير  
في ضوء هذا التمييز يجب أن تفهم المادة 51 من  
التقنين المدني الجزائري التي تقول : " ينتج  
التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه  
بعلم من وجه إليه . . . " فهذه المادة وردت  
بمناسبة المقدم فينصرف حكمها إلى التعبيرات  
التعاقدية وهي المتلقاة .

---

(1) - أحمد سلامة المرجع السابق ص 51 .

وعليه فالتعبير التعاقدى عن الإرادة ، سواء كان  
إيجاب أو قبولا ، وسواء كان صريحا أو ضمنيا ، وسواء  
اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ،  
لا ينتج أثره القانوني (الشرعي) ، في مفهوم المادة  
السابقة الذكر (61 م ج) ، إلا بعد أن يتصل بعلم  
من وجه إليه ، أما قبل تلك اللحظة ، فالتعبير  
قائم وموجود ، ولكنه غير منتج أثره (1).  
ومع ذلك يلزم أن نفرد بين وجود التعبير عن الإرادة  
في ذاته ، وبين إنتاج أثره القانوني .  
فقد يوجد التعبير ماديا ، بمعنى يستكمل جميع  
الوقائع التي تكونه (2).  
ولكنه يبقى مع ذلك إلى فترة معينة ، عديم الأثر  
الشرعي ، وهذا ما أخذ به القانون المدني  
الجزائري مسايير فيه كثير من القوانين المعاصرة  
الأخرى (3).

- 
- (1) أنانر - السنهوري - الوسيط ج 1 - م 104 .  
سفرج الصدة - مصادر الالتزام م 108 .  
عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق م 107 .  
صبري السعدوي - المرجع السابق م 104 .  
(2) - رضا سوار - المرجع السابق م 22 .  
(3) - المادة 61 قانون مدني مصري والتي تتطلب  
مع المادة 61 مدني ليبي ، والمادة 75 مدني  
سوداني ، وتتوافق مع المادة 67 مدني عراقي .

حيث جعل الاثر القانوني للتعبير عن الارادة ،  
في مجال العقود ، متراخيا الى وقت وصوله الى  
علم من وجه اليه (1) .  
وعليه اذا كان التعبير عن الارادة ايجابيا مثلا ،  
فطبقا للقانون الجزائري ، لاينتج أثره الا اذا وصل  
الى علم من وجه اليه ، والاثر منا صلاحية  
الايجاب لان يقتنن به القبول .

---

(1) - اما في الفقه الاسلامي ، فان التعبير ينتج  
اثره من وقت صدوره ، ولكن الفارق في هذا المجال  
بين الفقه الاسلامي والقانون المعاصر عامة  
والقانون المصري والجزائري خاصة ، وان كان من  
الناحية النظرية جد كبير ، الا أنه من الناحية  
العطية يزول في صدد الايجاب ، نتيجة اعمال القاعدة  
الاسلامية القاضية بوحدة المجلس ، فوحدة المجلس  
في الفقه الاسلامي شرط اساسي لانعقاد العقد ،  
ومكذا لو عبر شخص عن ارادته في ابرام عقد  
معين حالة كون المتعاقد الآخر غير موجود معه ،  
فان هذا التعبير لن يكون له أدنى أثر ، اما  
في التعاقد بالمراسلة فيبدأ مجلس العقد في  
الانعقاد عند تبليغ رسالة الموجب للموجب له ،  
فيقوم علم هذا به ، اما حالة القبول ، فيبرز  
الفارق كبيرا بين الفقه الاسلامي والقانون المصري  
والجزائري ، ولكن في مجال التعاقد بالمراسلة  
وحده ، حيث يتم العقد في نيل الاول بمجرد صدور  
القبول ، في حين انه في نيل الثاني ، يتراخى  
الى وقت اتصال القبول بعلم الموجب .  
أنظر في المعنى عند الفتح عبد الباقي - المرجع  
السابق ص 107 .

... واذا كان التعبير قبولا فانه كذلك لاينتج أثره الا من وقت علم الموجب به ، والاثر هنا اقتران القبول بالايجاب ، أو تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين كما تقول المادة 52 م ج أو انعقاد العقد . ومن هنا يتضح ان العقد في القانون الجزائري ينمقد من الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب (1) . وبهذا يكون المشرع الجزائري كالمصري قد فصل في مسألة كانت وما زالت محل خلاف في بعض التشريعات ، اذ اخذ بذاتية العلم فيما يتعلق بالتعاقد بين الغائبين كمن سنرى هذا بالتفصيل في مكان لاحق ، عند التمرر للحديث عن مكان وزمان انعقاد العقد . ولا تلهر أهمية تراخي اثر التعبير الى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه ، الا في التعاقد بالمراسلة (بين الغائبين) ، اذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله الى من يرسل اليه ،

---

(1) - فير أنه توجد حالات لايلزم فيها اتصال التعبير عن القبول بعلم الموجب حتى يتم العقد ، كما اذا كان القبول مستفادا عن طريق السكوت في الحالات التي يعتبر فيها تعبيرا عن الارادة ، كما قد يكون تنفيذ العقد قبولا ، وذلك في الحالات التي يتبين فيها ان العرف او طبيعة التعامل او ارادة الموجب نفسه ، فان تنفيذ العقد يقوم مقام القبول . وفي هذه الحالات ينتج التنفيذ أثره ، من يوم بدء التنفيذ ، وليس من وقت علم الموجب بالايجاب . أنظر صبري السعد ، المرجع السابق ص 126 .

أما في التعاقد بين حاضرين ، سواء كان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف ، فلا تفرقة عملية بين وجود التعبير وبين إنتاج أثره الشرعي ، إذ إن صدور التعبير ووصوله يتمان ، في هذه الحالة في نفس الوقت (1) .

65 - اثبات اتصال التعبير بعلم من يوجه إليه :  
سبب القول بأن التعبير عن الإرادة ، وإن أصبح له وجود مادي فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يكون له وجود قانوني إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه . ومن شأن هذا الحكم أن يثير مسألة ، من ذا الذي يتحمل عبء الإثبات؟ .

إن القواعد العامة توجب عبء الإثبات على المدعي ، أي يقع عبء الإثبات على من يدعي حصول العلم بالتعبير . ومكذا فلو ادعى الموجب له ، مثلاً ، وصول تعبيره بالقبول إلى علم الموجب ، ليمثل بذلك إلى تقرير قيام العقد ، لتعين عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه ، وهو أمر يناهز العسر في الفصل ، ومن ثم جاءت المادة 61 ق م ج (2) بقريضة قانونية على العلم لما قد يناهز عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول

---

(1) - انور سلطان - المرجع السابق ص 62 .  
- صبرو السعدى - المرجع السابق ص 106 .  
- عيد الفتاح عيد الباقي - المرجع السابق ص 108 .  
(2) - تنص المادة 61 / 2 ق م ج على أنه : " يعتبر وصول التعبير قريضة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك " .

التعبير الى من يوجه اليه ينهض بذاته دليلا على علم هذا به ، مالم يثبت العكس (1) ، والمتصور بوصول التعبير الى من يوجه اليه ، هو وصوله الى موطنه حيث يعتبر الموطن هو المكان القانوني للشخص ، ويفترض انه يعلم بكل ما يصل اليه فيه (2) ، وعلى هذا ، فيكفي لمن وجه اليه التعبير ، في سبيل الدلالة على العلم به ممن وجهه اليه ، ان يثبت وصوله اليه ، فان فعل اعتبر هذا العلم واقعا ، مالم يقم من وجه التعبير اليه الدليل على العكس .

أى عبء الاثبات يتحول الى من وجه التعبير اليه ، حيث يمكنه ان يدحض القرينة التي اقامتها المادة 61 قانون مدني جزائري بجميع أدلة الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، بحيث يجوز له ان ينقض هذه القرينة بدليل عكسي ، فيثبت انه رغم وصول التعبير الا انه لم يحفظ به علما لغيابه مثلا (3) .

- 
- (1) - أنظر في المعنى :
- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 104 .
  - انور سلطان - المرجع السابق ص 62 .
- (2) - لا يقصد العلم الحقيقي بل يكفي العلم الحكمي .
- انظر السنهوري - الوسيط ج 1 ص 104 .
- (3) - عيد الفتاح عيد البناقي - المرجع السابق ص 109 .
- فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 104 .

ولصل هذا اشد اطمئنانا في الاستجابة لما تقتضيه  
حاجة العمل من حيث تيسر الاثبات من ناحية ،  
والتغلب على ما قد يعن لمن وجه اليه التعبير  
من رغبة في امسك نفسه عن العلم به من ناحية  
أخرو (1).

### المطلب الثاني

تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه

نبين فيما يلي ، هذا التحديد في حالة مجلس  
العقد ، وفي حالة التعاقد بين غائبين .

66 - التعاقد في مجلس العقد :

سبق القول ان القبول عندما يتصل بعلم الموجب ،  
وفقا للقانون المدني الجزائري ينتج أثره الشرعي ،  
فيتم العقد .

ففي حالة التعاقد بين حاضرين ، او في مجلس  
العقد ، نجد ان وقت صدور القبول هو وقت العلم به ،  
وبهذا يتم التصرف بمجرد سماع الموجب كلام القابل ،  
او رؤية كتابته ، أو اشارته (2) .

ويستفاد هذا الحكم من النصين العامين الواردين في  
المادتين 59 و 61 من القانون المدني الجزائري (3) .

---

(1) - احمد سلامة المرجع السابق ص 10 .

(2) - صبرى السعدى - المرجع السابق ص 111 .

- لبنى مختار - المرجع السابق ص 68 .

(3) - ووجه الاستدلال بالمادة 59 ان التبادل الذى  
تستلزمه يقضي حتما الى علم كل من المتبادلين  
بتعبير الآخر .

اما وجه الاستدلال بالمادة 61 ان القبول وهو  
تعبير لاينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه  
اليه وهو الموجب .

87 - حالة التعاقد بين غائبين " بالمراسلة " :  
نتساءل عن مكان وزمان انعقاد العقد بين الغائبين ،  
الليذان لا يجمعهما حقيقة او حكما مجلس واحد ، فان  
التعاقد يتم بينهما بالمراسلات البريدية ، او البرقية  
او عن طريق رسول .  
وفي هذه الحالة توجد فترة من الزمن تفصل ما بين  
صدور القبول والعلم به (1) .  
فهل يتم العقد وقت صدور القبول ، ام وقت العلم به ؟ ،  
فاذا تعين الوقت الذي يتم فيه العقد تعين أيضا  
مكانه الذي يتم فيه ، فزمان العقد هو الذي يحدد  
مكانه ، وهذا هو الأصل ، وقد يختلف مكان العقد  
عن زمانه في بعض الفروع (2) .  
تتناوع حل هذه المشكلة في الدول (3) التي لم تتضمن  
تشريعها نصوصا صريحة في الموضوع ، أربعة

---

(1) - السنهوري الوسيط ج 1 ص 228 ، - فرج الصدة -  
مصادر الالتزام ص 142 .

(2) - فالتعاقد عن طريق الهاتف ، فيه لا يفصل  
زمن ما بين صدور القبول والعلم به ، فهو من ناحية  
الزمان بمثابة تعاقد بين حاضرين ، فهو يعتبر  
كمجلس العقد حكما ، وبالتالي يأخذ حكمه ،

أما من ناحية المكان ، فيعتبر بمثابة العقد الذي  
يتم بين غائبين ، فتجوز في تعيينه قواعد التعاقد  
ما بين غائبين . أنظر صبرى السعدى المرجع السابق ص 121 .

(3) - هذه النظريات جاء بها الفقه الغربي (الفرنسي)  
على أساس ان القانون الفرنسي لم يعالج هذه  
المسألة ، اما محكمة النقز الفرنسية تعتبر تاريخ  
انعقاد العقد مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي  
الموضوع حسب الظروف ، ونفس الشيء بالنسبة للقضاء  
المصري في ظل القانون المدني القديم .

نظريات متمثلة في نظرية اعلان القبول ، تصدير القبول ، استلام القبول ، وأخيرا نظرية العلم بالقبول (1).

وبالتالي سندرس هذا الموضوع في ضوء هذه النظريات ثم نبين موقف المشرع الجزائري منها .

55- نظريات تحديد زمان ومكان انعقاد العقد :

سنعرض هذه النظريات الفقهية بحسب ترتبها

الطبيعي وهي كالتالي :

أولا : نظرية اعلان القبول :

يرى اصحاب هذه النظرية بأنها تتفق مع القواعد العامة ، اذ العقد توافقه ارادتين ، وهذا التوافق يتم باعلان القبول ، كما أنها تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل .

ولكن يؤخذ على هذه النظرية خروجها عن القواعد العامة من ناحيتين ، فمن ناحية أولى أنه ليس من الضروري ان تكون الارادتان متوافقتين باعلان القبول ، اذ يجوز ان يصدر الموجب ولا يصل عدوله الى القابل الا بعد صدور القبول ، ومن ناحية ثانية أنه ليس من الصحيح ان القبول ينتج أثره بمجرد صدوره ، فالقبول ارادة ، والارادة لا تنتج أثرها الا من وقت العلم بها (2).

(1) - في المعنى أدنى :

- السنهوري - الوسيط من 280 ، ومصادر الحق ج 1 من 93

- أحمد سلامة المرجع السابق من 90 .

- صبرى السعدى - المرجع السابق من 122 .

- فرج الصدة - مصادر الالتزام من 142 .

- لبنى مختار - المرجع السابق من 68 .

(2) - السنهوري - الوسيط من 241 ، فرج الصدة -

مصادر الالتزام من 142 ، - صبرى السعدى -

المرجع السابق من 122 .

وأخذ بهذه النظرية كل من القانون التونسي  
في الفصل 28 مدني منه ، على أنه : "يتم التعاقد  
بالمراسلة في وقت ومكان اجابة الطرف الآخر بالقبول .  
والتعاقد بالرسول او غيره يتم في الوقت والجهة التي  
تحصل فيها الاجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول " (1) .  
وكذلك القانون المدني السوري في المادة 96 ، والقانون  
البناني في المادة 104 منه (2) .

ثانيا : نظرية تصدير القبول :

وانصار هذه النظرية يتفقون في الواقع مع انصار النظرية  
الاولى (3) ، ولكنهم يشترطون التصدير زيادة على الاعلان  
حتى يكون الاعلان نهائيا لارجوع فيه ، فمن يصدر منه  
القبول ، اذا بحث به الى الموجب لا يستطيع بعد ذلك  
ان يسترده ، وبهذا يصبح اثبات القبول سهلا ، فيسقط  
الاعتراض الخاص بصعوبة الاثبات ، وأخذ بها كل من

- 
- (1) - وعلى ذلك يؤكد القرار المدني الاستثنائي  
عدد 17484 المؤرخ في 14 جانفي 1959 م قررت  
عدد 4 سنة 1959 م 50 في فقرته التالية أنه :  
" اذا أبرم العقد بالمراسلة فمكان القبول هو مكان  
الالتزام " أنظر المجلة المدنية م 22 .  
(2) - فرج الصدة - نظرية المقدم م 100 .  
(3) - ويلاحظ ان النظرية الأولى و الثانية يتفقان في  
ان المقدم في كل منهما يعتبر مقمدا في مكان القابل  
ولكنهما يختلفان في زمان العقد ، فوفقا للنظرية  
الاولى يعتبر العقد قد تم بمجرد خروج التعبير من  
صاحبه ، بينما في الثانية ، فيعتبر المقدم تاما  
من وقت تصديده بالقبول ، وقد تضي مدة بين التعبير  
بالقبول ، وبين تصديره .

التقنين المدني الأردني في المادة 101 منه ، والتقنين المدني السويدي في المادة 10 منه . (1) ويؤخذ على هذه النظرية مايلي :

ان ارسال القبول لا يحول دون امكان استرداده اذ يجوز ان يسترد الخطاب من مصلحة البريد ، لانها ملك لمرسلها طالما ان المرسل اليه لم يتسلمها . كما يمكن ارسال برقية تتضمن العدول عن القبول وتصل قبل وصول الخطاب ، ومن هنا لا يكون القبول نهائيا . واذا صح ان اعلان القبول لا يكفي لتوافق الارادتين ، او كان كافيا لتمام العقد ، فليس من المنطق ان يزيده التصدير أو قيمة قانونية (2) .

ثالثا : نظرية استلام القبول :

لتفادي الانتقاد الذي وجه الى النظريات السابقة ، انه في هذه النظرية يتم العقد باستلام القبول من طرف الموجب ، لانه حينئذ يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ، ويستوى بعد ذلك ان يعلم الموجب بالقبول او لا يعلم به ، على ان وصول القبول الى الموجب قرينة على علم هذا به .

---

(1) - لبنى مختار - المرجع السابق ص 55 .

(2) - في المعنى أنظر :

- السنيوري - الوسيط ج 1 ص 141 .

- فرج الصدة - نظرية العقد ص 111 ، وكذلك

مصادر الالتزام ص 148 .

- صبري السعدوي المرجع السابق ص 128 .

والنظرية متذبذبة بين نظريتي التصدير والعلم ، إذ  
أنها تأخذ من نظرية تصدير القبول مع عدم استطاعة  
القابل استرداد قبوله ، وتأخذ من نظرية العلم على  
اعتبار استلام القبول قرينة على العلم به .

وفي كل الأحوال لا يكفي الاستلام لأحداث الاثر القانوني  
لأنه لا يضيف سوى واقعة ليست لها قيمة قانونية ، مادام  
أن القبول لم يصل بعد الى علم الموجب ، ولقد أخذ  
بها قانون الالتزامات البولوني في المادة 70 (1) .

رابعا : نظرية العلم بالقبول :

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد لا يتم الا اذا وصل  
القبول الى علم الموجب ، لأن الارادة لا تنتج أثرها الا اذا  
وصلت الى علم من وجهت اليه ، فحينذاك يصح ان يقال  
من الناحية القانونية ان هناك توافق بين الارادتين ،  
وهم لكي يتغلبوا على صعوبة اثبات العلم بالقبول ،  
يحتبرون وصول القبول قرينة على العلم به ، وهي بطبيعة  
الحال قرينة يجوز نقضها بالدليل العكسي ، وبذلك  
تفادي انصار هذه النظرية النقد الوحيد الذي يؤخذ  
عليها ، إذ ان علم الموجب أمر باطني يصعب على القابل  
اثباته ، في حين يستطيع الموجب انكار العلم بالقبول  
بالرغم من استلامه ، لذا اوجبوا على الموجب في هذه  
الحالة اثبات عدم علمه بالقبول .

(1) - في المعنى الأخير :

- السنهوري ، الوسيط ج 1 ، ص 242 .

- فروج الصدة ، مصادر الالتزام ، ص 148 .

- صبري السعدى ، المرجع السابق ، ص 225 .

ولقد أخذت بهذه النظرية اغلب التشريعات ، ومن بينها المشرع الجزائري (1).

59 - النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب دون الآخر :

لقد تبين لنا بعد دراسة هذه المذاهب ، ان المذاهبين الرئيسيين في هذا الموضوع هما مذهب الاعلان ومذهب العلم بالقبول ، ذلك ان مذهب التصدير والاستلام يصدران عن فكرة الاعلان فمما يقومان على اعتبار اعلان القبول كافيا لتوافق الارادتين (2) .  
والآن يمكن ان نقارن بينهما من حيث النتائج التي تترتب على اخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فتبين الفرق بينهما فيما يلي :

أولا : اذا عدل الموجب عن ايجابه ، ووصل العدول الى علم القابل بعد اعلان القبول ، وقبل علم الموجب به فان العقد يتم وفقا لمذهب الاعلان ، ولا يتم وفقا لمذهب العلم ، كذلك من صدر منه القبول ، لو عدل

---

(1) - أخذ بها صراحة في المادة 61 قانون مدني كما أخذ بها من قبل القانون المدني المصري في المادة 21 ، والقانون المدني العراقي في المادة 57 ، والليبي في المادة 27 ، والكويتي في المادة 112 ، والقانون المدني السوداني في المادة 27 ، والقانون الالماني في المادة 120 .

أنظر : - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 246 ، - فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 144 ، - صبرى السعدى المرجع السابق ص 124 .

(2) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 242 ، - صبرى السعدى المرجع السابق ص 124 ، فرج الصدة - مصادر الالتزام ص 144 .

- من قبوله ووصول الصدول إلى الموجب غير متأخر من وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقا لمذهب الاعلان : ولا يتم وفقا لمذهب العلم .
- ثانيا : في عقد بيع المنقول المعين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد وتكون الثمار للمشتري من وقت اعلان القبول طبقا لمذهب الاعلان ، ومن وقت العلم بالقبول اذا أخذنا بمذهب العلم .
- ثالثا : هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد ، فتسري هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقا لنظرية العلم ، ومن وقت اعلان القبول وفقا لنظرية الاعلان .
- رابعا : من شروط الدعوى البولصية ان يكون حقه الدائن سابقا على تصرف مدينه ، فاذا ثبت هذا الحق في ذمة المدين في الفترة ما بين اعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن في العقد وفقا لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقا لنظرية الاعلان (1) .
- خامسا : تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بتطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد (2) .

---

(1) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 245 .

- صبري السعدوي - المرجع السابق ص 125 .

(2) - تنص المادة 16 قانون مدني جزائري على أنه :  
" يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر " .

كما ان العقود تخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي تمت فيه (1) ، فاذا تم عقد بين شخصين وكان من صدر منه الايجاب موجودا في الجزائر وعلّم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجودا في فرنسا وقت صدور القبول فان العقد يخضع للقانون الجزائري اذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي اذا أخذنا بمذهب الاعلان (2) .  
مذ ، بعض الامثلة التي تم ذكرها على سبيل المثال وهناك حالات أخرى كثيرة .

20 - موقف التقنين المدني الجزائري :

التي جانب النصين السابق ذكرهما اللذين جاء حكمهما شاملا للتعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين ، فقد عالج التقنين المدني الجزائري التعاقد بين غائبين بنصر خاص (3) ، فتم المادة 67 مدني منه على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخير ذلك ويفتزر ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيها القبول " .

---

(1) - وتتم المادة 16 م ج على أنه : " تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجب ايضا ان تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدتين " .

(2) - السنهوري ، الوسيط ج 1 ص 244 .

- صبري السعدوي - المرجع السابق ص 125 .

(3) - هذه المادة تقابل المادة 97 مدني مصر .

ويلاحظ ان هذه المادة قد أتت بأمرين :  
جديدين سكنت عنهما المادتان السابقتان ومما :  
اولا : الاشارة الى ان مكان وزمان إبرام العقد هو مكان  
الموجب ، والوقت الذو يعلم فيه بالقبول .  
ثانيا : ان الأخذ بنظرية العلم ليس من النام العام  
بل هو حكم تفسيري للعاقدين الاتفاق على خلافه .  
وبهذا النم يعتبر المشرع الجزائري قد بين بكل وضوح  
فكرة تحديد وقت انعقاد العقد بين غائبين ، ومع هذا  
فقد ترك النم تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما  
العقد ، الى اتفاق المتعاقدين ، اما اذا لم يتفقا  
او لم يوجد نم قانوني خامر بتحديد الزمان  
والمكان (1) فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان  
اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول (2) .  
وجعل النم مجرد وصول القبول الى حوزة الموجب قرينة  
على العلم به ، ولكنها قرينة غير قاطعة تقبل اثبات  
العكس (3) ، واذا كان نم المادة 57 م ج لم يصرح بذلك  
الا أنه مستفاد بالرجوع الى المبدأ العام الذو ورد في  
العبارة الأخيرة من المادة 51 م ج ، وهي تقضي بأن وصول  
التعبير عن الارادة يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقم  
الدليل على عكس ذلك " .

- 
- (1) - مثال ذلك مناتقضي به المادة 500 م ج على أنه :  
" اذا انتهى عقد الايجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين  
المؤجرة مع علم المؤجر ، اعتبر الايجار قد تجدد  
بشروطه الاولى ولكن لمدة غير محددة " ، فالموجب هنا  
هو المستأجر وايجابيه ضمني مستفادا من استمرار بقائه  
منتفعا بالعين بعد انتهاء مدة الايجار ، والمؤجر يكون  
هو القابل ، ويعتبر سكوته الملايس قبولا ضميا .  
أدلى صبري السعدوي - المرجع السابق ص 125 .  
(2) - السنهوري - الوسيط ج 1 ص 245 .  
(3) - لبني مختار - المرجع السابق ص 55 .

21 - موقف الفقه الاسلامي : فيما يخص التعاقد بين الحاضرين لقد اختلفت الآراء الفقهية بصدد . فالمذهب الحنفي يذهب الى الاخذ بنظرية العلم فالعقد عندهم يتم في الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، ويترتب على ذلك ان يكون للقابل الحق في سحب قبوله قبل ان يضل علمه الموجب ، مع اشتراط الفهم والادراك . أما المذهب الشافعي فهو يأخذ بنظرية اعلان القبول ، فالعقد ينعقد بمجرد صدور القبول ، وان لم يكن مسموعا من الموجب (1) .

أما فيما يخص التعاقد بين غائبين فقد أجمعت الآراء الفقهية على ان العقد يتم بمجرد اعلان القبول (2) . وهنا تتجلى بوضوح أخذ الفقه الاسلامي بنظرية اعلان القبول .

- 
- (1) - وسبب هذا الاختلاف راجع الى تصنيفهم لتعبير القبول ، فالذين ذهبوا الى أنه تعبير مطلق ، فالعقد عندهم يتم بسماع الموجب للقبول ، أما الذين ذهبوا الى أنه تعبير ملقى ، فهنا العقد يتم بمجرد القبول .
- انظر : - رضا سوار - التعبير عن الارادة من 111 حتى 117
- السنهوري - مصادر الحق ج 2 من 54 .
- (2) - رضا سوار - المرجع السابق من 116 .
- السنهوري - المرجع السابق من 54 .

الا ان الاستاذ السنهوري يدعوا الى وجوب الأخذ بدلرية العلم في التعاقد بين الضائيين (1).  
بينما الدكتور رضا سوار يمارر هذا الاتجاه ، فيقول :  
" حتى الذين يأخذون بنظرية العلم يجيزون القبول بصورة ضمنية في التعاقد بين حاضرين ، كما لو قال شخص لآخر كل هذا الطعام بدرعم فأكله الآخر ، فيعتقد العقد رغم عدم سماع القبول " (2) ، ثم يمضي فيقول : " ونشير أخيرا الى أننا لسنا نقصد من الاعتراض على محاولة استاذنا الانتصار لنظرية الاعلان في الفقه الاسلامي ، لأن هذه النظرية على وضعها المعروف في هذه التشريعات لا تخلو من عيوب" (3).

- 
- (1) - يقول الاستاذ السنهوري في كتابه مصادر الحق ج 2 م 55 مايلي : " بل نحن نذهب الى أبعد من ذلك ، ونقول ان منطق القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب القبول في التعاقد بين حاضرين تقتضي القول بوجوب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين ضائيين ، والسماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه " .  
(2) - رضا سوار - المرجع السابق ، ص 123 .  
(3) - رضا سوار - ما قبله ، ص 124 .

22 - خامسا : نظرية خيار الطريق :

نادى بهذه النظرية وحيد الدين سوار ، وهذا بعد ان قام بدراسة نظرتي الاعلان والعلم ، وانطلاقا من أهم عيب توهم به نظرية العلم والممثل في ان هناك بعض التعبيرات يتم فيها التصرف القانوني بمجرد صدورها دون حاجة الى وصولها الى علم الموجب ، كالحالة التي يقوم فيها تنفيذ العقد مقام القبول . ومن أهم عيب يشوب نظرية الاعلان والممثل في عدم تكافؤ الفرص الممنوحة في ظلها لكل من الموجب والقابل .

وبهذا أرتأى الدكتور سوار التخلي عليهما وصياغة هذه النظرية ، والتي يقتصر نطاقها على العقود المالية التي يتم فيها القبول صراحة ، اما العقود غير المالية والعقود المالية التي يتم فيها القبول ضمنا فهي تظل خاضعة للقواعد العامة (1) .

- أحكام هذه النظرية : وتتلخص في أمور ثلاثة :

1 - سلب اللزوم من العقد قبل وصول القبول الصريح الى علم الموجب ومنح العاقدين تبعا لذلك خيار الرجوع عن الاستمرار في حكم العقد ، بحيث يتاح لهما المجال الكافي للمزيد من التفكير في أمور التصرف الذي أقدموا عليه قبل صيرورته باتا لارجسة فيه .

2 - انتقال هذا الخيار الى خلف العاقد حال وفاته والى نائبيه الشرعي حال فقده أهليته .

3 - اعتبار وصول القبول الى علم الموجب قرينة على علمه به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك .

(1) - وحيد الدين سوار - ما قبله ص 183 وما بعدهما .

93 - تأصيلها : يمكن سيافتها على ضوء الصنعة  
الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامي بالاستناد الى مايلي :  
أ - خيار المجلس : وهو الخيار الذي يعطي للمتعاقدين  
حق الرجوع عن العقد الى حين انصراف المتعاقدان  
من مجلس العقد ، وان هذا الخيار مقصور على المعاملات  
المالية دون التصرفات الغير مالية كالنكاح فانها لازمة  
بمجرد القبول .

كما ان موت أحد العاقدين قبل انقضاء المجلس لا يبطل  
حق الخيار بل ينتقل الى الوارث .

ب - مبدأ العدالة : بالرجوع الى الحديث النبوي  
الشريف ، " لا ضرر وضرار " والذي يصلح اساسا  
لتسوية خيار الطرية .

94 - مزايا الترية :

اولا : بالنسبة للموجب : يمكن له اذا تأخر الموجه اليه  
الاجاب ( القابل ) عن اعلامه بالقبول ان يتطهر من  
اجابه ، اذا وجد من مصلحته عدم الانتظار خشية  
فوات أيام رواج بيع المبيع ، وفي ذلك دفع للضرر ،  
ثانيا : بالنسبة للقابل : فهي تمنح له الوقت  
الكافي لاعادة النظر فيما أبرمه من تصرف ، اذ يسلب  
اللزوم عن القبول .

ثم يقترح تعديل نص المادة 97 مدني سوري (1) ،

---

(1) - تنص المادة 97 مدني سوري والمقترح تعديلها  
على أنه : " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين  
قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر  
فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني  
يقضي بغير ذلك " .

باعتبار ان الاستاذ يستبعد نظرية العلم التي أخذ بهما  
المشروع المصري والجزائري ، على أساس أنها لا تتماشى مع  
الفقه الاسلامي .

فتمدل المادة كالتالي :

" 1 - يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان  
وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول مالم يوجد  
اتفاق او نص قانوني يقتضي بخير ذلك .

2 - لكل من العاقدين خيار الرجوع عن العقد قبل  
وصول القبول الصريح الى علم الموجب وينتقل هذا الخيار  
الى الوارث حالة وفاته والى نائبه الشرعي حال فقده  
أهليته .

3 - يعتبر وصول القبول الى علم الموجب قرينة على  
العلم به مالم يعم الدليل على عكس ذلك . " (1)

---

(1) - رضا سوار - المرجع السابق ص 133 حتى 145 .

65 - ملاحظة : على ما أقره الاستاذ سوار بشأن تعديل النمر السابق الذكر ، فالاستاذ يقرر من جهة ان العقد يعتبر قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ، بمعنى ان القبول قد انتج أثره القانوني بمجرد صدوره من القابل ، ولا يمكن الرجوع فيه ، ومن جهة أخرى يقرر أنه يمكن للعاقدين الحق في الرجوع مادام ان القبول لم يصل الى علم الموجب ، كأن الاستاذ يهدم ما قاله سابقا او لا يعلم بأن العقد التام لا يمكن الرجوع فيه ، وفي هذه الحالة يمكن ان نتساءل كيف يمكن للقابل الرجوع في قبوله بعد ان تم العقد ، باعتبار ان العقد اذا تم لا يمكن الرجوع فيه ، فيلزم التنفيذ العيني أو التعويضي . وحتى نقضي على هذا الخلط يمكن ان تصدق الفقرة الأولى وفقا لما جاءت به المادة 67 قانون مدني جزائري ، وبالتالي يمكن للقابل الرجوع في قبوله . او تصدق الفقرة الثانية ونحرم القابل من الرجوع . وأحسن حل هو البقاء على النمر المصري والجزائري الذي يعطي للقابل حق الرجوع كما أعطاه للموجب ، مادام ان القبول لم يصل الى علم الموجب .

## الخاتمة

ان ما سنعرضه في هذه الخاتمة لا يمثل كل النتائج و  
ايماءاً أهمها ، وهي كالتالي :

1 - تعرضنا في اول البحث للكلام عن انواع التعبير عن  
الارادة ، وتوصلنا الى ان التعبير قد يكون صريحاً اذا  
كان المظهر الذي اتخذه موضوعاً في ذاته للكشف  
عن الارادة .

ومن صورة ، اللفظ الدال على المعنى الذي تتطوى  
عليه الارادة ، والكتابة ، والاشارة المتداولة عرفاً بين  
الناس ، فهي معتبرة من الاخرس والناطق على السواء ،  
والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ، وباتخاذ أي  
موقف لاتدم ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة  
المقصود .

وبالاحظ ان المشرع الجزائري لم يقم أي تفرقة بين صورة  
وأخرى ، وبهذا يتفق مع أحكام الفقه الاسلامي وخاصة  
المذاهب التي تعتد قاعدة " كل ما عده الناس  
دالاً على البية يعقد به " .

2 - وقد يكون التعبير ضمناً اذا كان المظهر الذي  
اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الارادة ولكنه  
مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الارادة  
ويكون عادة في القول ، بينما يستخلص الايجاب منه في  
حالات قليلة .

وفيما يختم التفرقة بينه وبين التعبير الصريح ، رغم  
المحاولات الفقهية الا أنها لم تنجح على وضع معيار  
جامع ، ولم يفصل فيه المشرع الجزائري تاركاً الأمر  
لاجتهاد القضاء ، لأنه ما قد يكون اليوم ضمناً قد  
يكون بعد فترة زمنية قصيرة صريحاً .

3- أما بالنسبة للسكوت ، أنه كاستثناء يمكن اعتباره قبولاً إذا اقترنت به ظروف وملابسات تدعمها قرائن تقضي على أن يعتبر الساكت قابلاً للإيجاب .  
وبهذا الصدد هناك ملاحظة جديوة بالذكر ، وهي يجب أن تفسر عبارة العرف التجاري التي وردت بالمادة 52 ق م ج من ضمن حالات السكوت الملابس ، على أنه يقصد بها العادة ، ولا يعتبر المشرع قد خلط بين السكوت الموصوف والسكوت الملابس ، لأن كل من العرف والقاعدة العرفية يعتبران مصدراً للقانون .

4- وبعد التعرّف لقاعدة الحرية في التعبير ، والتي بوزت في مجال القانون الوضعي الحديث إلا بعد جهد طويل واعتنقها القانون الجزائري ، نجد أنها في الفقه الإسلامي كانت تسود جميع العقود باستثناء عقد الزواج ، ثم تعرضنا بشيء من التفصيل للاستثناء الوارد عليهما ، ولما لاحظنا أن الشكلية في القانون الجزائري في تزايد وتعم ، وعدد كبير من العقود دخل حيز العقود الشكلية ، الأمر الذي جعل البعض يتساءل عن مصير هذه القاعدة ، إلا أن هذا لا يهدد فحوى المواد المتعلقة بتكوين العقد ، باعتبار أن الرضائية المطلقة لا تنماش مع الدور الحقيقي الممنوح لإرادة في ظل النظام القانوني الجزائري ، ومن جهة أخرى فالشكلية بالرغم من أنها تمهد بالأساس إلى حماية المطلعة المنظمة التي تتمثل في عدة أوجه ، إلا أنها لا تكفي وحدها لتكوين العقد بل لابد أن تقترن بإرادة المتعاقدين ، وهذا هو مفهومها في القانون الجزائري .

55- وفي الباب الثاني من هذا البحث عرضنا ، فكرة اختلاف التعبير عن الإرادة الحقيقية ، ورأينا بأنه تتنازع حول هذا الموضوع نظريتان أساسيتان

أحدهما تقليدية تعتمد بالارادة الحقيقية والثانية حديثة تأخذ بالتعبير، وعلى اثر بعض المحاولات لهر مذهب وسط يعتمد على فكرة الثقة والمسؤولية .  
ولاحظنا بأن هناك نتائج عملية تترتب على الأخذ بنظرية دون الأخرى .

وتوصلنا الى أنه اذا كان هناك اختلاف واضح من الناحية النظرية ، فان أثره ليس كبيرا سواء من الناحية العملية او القانونية .

فمن الناحية العملية أنه في كلتا النظريتين نقف عند المظهر الخارجي لارادة ، بحيث في نظرية الارادة الظاهرة على أساس أن هذا المظهر هو الذي ينتج الأثر القانوني ، وفي نظرية الارادة الباطنة على أساس أن هذا المظهر الخدام ، وهو عمل ضار ، فووت على من اطمأن اليه الأثر الذي يقصده ، فيجب تعويضه .  
أما من الناحية القانونية ، فبعد ادراج بعض الأمثلة يتضح ان كل من النظامين (الجرماني واللاتيني) ، لم يحازا كلية الى نظرية دون الأخرى ، بل كل ما في الأمر ان كل نظام عمل على تغليب نظرية على الأخرى .  
وبصدد موقف الفقه الاسلامي من هذا الموضوع ، لقد توصلنا الى أنه قد اعتمد حل وسط بمقتضاه استطاع ان يوفق بين اعتباري استقرار التعامل ، واحترام الارادة الحقيقية ، وان كان الأصل فيه ، أنه يأخذ بالارادة الظاهرة .

أما بشأن موقف المشرع الجزائري ، وان كان أميناً على نظرية الارادة الباطنة ، إلا أنه قد خفف من الأخذ بنتائجها بصفة مطلقة .

بحيث توجد أحكام لا تفسر إلا على أساس الإرادة الشاعرة ،  
وبهذا هو الآخر قد وفق بين مبدأ العدالة واستقرار  
التعامل .

5 - وبخصوص مدى أثر الأسباب التي قد تطرأ بعد  
أن يوجد التعبير مادياً وقيل أن ينتج أثره الشرعي .  
بالنسبة للموت أو فقد الأهلية ، توصلنا إلى أن القانون  
المدني الجزائري يأخذ بمبدأ استقلال التعبير عن  
صاحبه ، بمعنى أن التعبير بعد الموت أو فقد الأهلية  
متى اتصل بعلم من وجه إليه ينتج أثره القانوني  
بحسب ما إذا كان ايجابياً أو قبولاً ، إلا إذا كانت طبيعة  
المعاملة تحول دون ذلك .

أما الصدور باعتبارها من الأسباب التي تتصل بإرادة  
صاحب التعبير ، فإنه يؤثر في الإيجاب الذي لم يتصل  
بعيد بعلم من وجه إليه ، أما بعد اتصاله لا يمكن  
أن يؤثر إلا إذا كان الإيجاب غير ملزم ، لأن في هذه  
الاحوال يجوز للموجب أن يعدل عن ايجابه ،  
أما بالنسبة للقابل فالأمر يختلف من قانون لآخر  
ففي القوانين التي تأخذ بنظرية العلم بالقبول ، ومنها  
القانون المدني الجزائري ، يجوز له ذلك ، أما في  
القوانين التي تأخذ بنظرية اعلان القبول ، ومنها  
الشريعة الإسلامية ، فإنه لا يتصور ذلك .

7- اما عن أهم أثر يرتبه التعبير عن الإرادة ، يتمثل في انتاج أثره الشوعي ، وطبقا لاحكام القانون المدني الجزائري. يتحقق ذلك بعد ان يتصل التعبير بعلم من وجه اليه ، بحسب ما اذا كان التعبير ايجابيا او قبولا ، بحيث اذا كان ايجابيا يصبح صالحا لان يقتصرن به القبول ، واذا كان قبولا ، فبعد ان يقتصرن بالايجاب تكون امام تبادل التعبير عن ارادتين او انعقاد العقد .

اللهم اجعل هذا العمل خالصا لوجهك فان أميت فمن الله ، وان أخطأت فمن نفسي ، والله ولي التوفيق .

تتم بحمد الله ،

## المراجع

أولاً : بالعمريّة :

المؤلفات :

- 1 - أحمد أبو الفتح : المعاملات في الشريعة الإسلامية - الطبعة الثانية الجزء الثاني .
- 2 - أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - 1975 :
- 3 - أحمد محرز : القانون التجاري الجزائري - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1981 .
- 4 - أنور سلطان : مصادر الالتزام - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت طبعة 1988 .
- 5 - بدران أبو العيّن بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون - الجزء الأول الزواج والطلاق - دار النهضة العربية بيروت لبنان .
- 6 - بكوه يحيى - أدلة الأثبات في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع - الجزائر 1981 .
- 7 - جبر محمود الفيزيولات - بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه المقارن - دار الشهاب للطباعة والنشر - باتنة - الجزائر .

- 8 - حسين عطا حسين سالم - بطلان عقد الشركة على ضوء التحول الاشتراكي الجزائري رسالة دكتوراة في القانون الخاص - قدمت بجامعة الجزائر سنة 1968 .
- 9 - زمير الماريتيني - الوجيز في نظرية الالتزام - جامعة حلب - كلية التجارة - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية سنة 1966/67 .
- 10 - عبد الحى حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي . الجزء الاول - مصادر الالتزام - المصادر الارادية - مطبوعة جامعة الكويت 1962 .
- 11 - عبد الرحمان الصابوني - شرح قانون الاحوال الشخصية السوري - الزواج وآثاره - الجزء الاول - مطبعة الداودي - دمشق 1975 .
- 12 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الاول والثاني - دار احياء التراث العربي - القاهرة 1964 .
- 13 - عبد الرزاق السنهوري - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - الجزء الاول - نظرية العقد - مطبعة دار الكتب المصرية .
- 14 - عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول والثاني والسادس - المجمع العلمي العربي الاسلامي - منشورات محمد المداينة - بيروت - لبنان 1958 .
- 15 - عبد السلام الترونجي - التماقيد بين الضائيق في الشريعة والقانون - المنشأة العامة للنشر والتوزيع - طرابلس - الطبعة الاولى سنة 1964 .

- 16 - عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والارادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي - سنة 1984 .
- 17 - عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد الجزء الاول في انعقاد العقد - شركة الطبعة والنشر الاملية سنة 1967 .
- 18 - عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري - دار النهضة العربية للطباعة والنشر سنة 1971 .
- 19 - عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت 1974 .
- 20 - عبد الناصر توفيق العطار - نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية - الكتاب الاول - مطبعة السعادة .
- 21 - عدنان خالد التركماني - ضوابط العقد في الفقه الاسلامي - دار الشروق للنشر والتوزيع - جدة - الطبعة الاولى 1981 .
- 22 - لبنى مختار - وجود الارادة وتأثير الخلط عليها في القانون المقارن - ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1984 ، رسالة ماجستير في القانون الخاص قدمت بجامعة الجزائر سنة 1977 .
- 23 - محمد أبو زهرة - الاحوال الشخصية - دار الفكر العربي القاهرة - بدون تاريخ .
- 24 - محمد اللفي - الفضالة - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر - بدون تاريخ .

- 25 - محمد حسنين - الوجيز في نظرية الالتزام -  
مصادر الالتزامات وأحكامها في  
القانون المدني الجزائري - الشركة  
الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر 1968 .
- 26 - محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني  
الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية  
الجزائر - 1989 .
- 27 - محمد الدسوقي - من قضايا الاسرة في  
التشريع الاسلامي - دار الثقافة الدوحة  
قطر 1986 .
- 28 - محمد صبرى السعدى - شرح القانون المدني  
الجزائري - مصادر الالتزام - الجزء الاول  
التصرف القانوني - الناشر دار النهضة  
العربية - القاهرة 1986 .
- 29 - محمد لبيب شبيب - موجز في مصادر الالتزام -  
المصادر الارادية - العقد والارادة المنفردة -  
دار النهضة العربية بيروت 1970 .
- 30 - هاشم معروف الحسني - نظرية العقد في  
الفقه الجعفري - بدون تاريخ -
- 31 - وحيد الدين رضا سوار - التعبير عن  
الارادة في الفقه الاسلامي - الشركة  
الوطنية للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية  
الجزائر 1975 ، (رسالة دكتوراه  
قدمت بجامعة القاهرة سنة 1960) .
- 32 - وحيد الدين رضا سوار - شرح القانون  
المدني ، الجزء الاول - مصادر الالتزام  
المطبعة الجديدة - الطبعة الثانية -  
دمشق 1977 / 1978 .

33 — وحيد الدين رضا سوار — الشكل في الفقه الاسلامي —

بدون تاريخ .

34 — وعيسة الزحيلي — الفقه الاسلامي وأدلته —

النظريات الفقهية والعقود — الجزء الاول

دار الفكر — بدون تاريخ .

35

ب — المقالات :

1 — بشري الجندي — ضرورة التطور الاشتراكي في مبادئ

القانون المدني — مقال بمجلة ادارة قضايا

الحكومة — السنة 11 (1) .

2 — ثروت فتحي اسماعيل — مدى صلاحية السكوت

للتعبير عن الارادة — مجلة ادارة قضايا

الحكومة — السنة 12 (1) .

ج - التشريعات :

- 1 - القانون المدني الجزائري - امر رقم 75 - 50 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 ، منشور بالجريدة الرسمية السنة 12 عدد 78 ، معدل ومتمم بمقتضى القانون رقم 14/88 الصادر بتاريخ 4 ماي 1988 جريدة رسمية عدد 18 .
- 2 - القانون التجاري الجزائري - امر رقم 52 /75 ، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 ، منشور بالجريدة الرسمية السنة 12 عدد 1 .
- 3 - قانون التوثيق - امر رقم 20/70 ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 ،
- 4 - قانون التسجيل العقاري الجزائري - مرسوم رقم 52/75 ، الصادر بتاريخ 18 ابريل 1975 - جريدة رسمية سنة 18 عدد 20 .
- 5 - القانون البحري الجزائري - امر رقم 80/75 ، الصادر بتاريخ 28 اكتوبر 1975 - منشور بالجريدة الرسمية رقم 20 بتاريخ 10 ابريل 1977 .
- 6 - قانون الأسرة الجزائري - الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 .
- 7 - قانون الثورة الزراعية الجزائري - امر رقم 73 /71 الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1971 ، منشور بالجريدة الرسمية سنة 2 ، عدد 67 .
- 8 - قانون مسح الاراضي وتأسيس السجل العقاري - امر رقم 74/75 ، الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975 .
- 9 - القانون المنظم للتجارة واعادة تسجيل التجار ، مرسوم رقم 15/70 ، الصادر بتاريخ 25 /1 /1970 .

10 - مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، - بلقاسم القرو  
الشابي - معدلة بأحدث القوانين ومعلنة عليها  
بأكثر من ألف وستمائة قرار من عمل محكمة  
التعقيب - أبنة ونشر وتوزيع - المطبعة الرسمية 1966.

د - القواميس :

1 - المنهل - فرنسي - عربي - تأليف كسل من  
الدكتور سهيل ادريس ، وجبور عبد النور -  
دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الخامسة  
سنة 1979 .

2 - قاموس قانوني - فرنسي - عربي - مع نماذج  
العرائر القانونية ، كباية م ، وتركي -  
الطبعة 4 - الجزائر .

3 - المنجد في الاعلام - دار المشرق - بيروت -  
طبعة 27 سنة 1984 .

4 - قاموس قانوني - فرنسي عربي - الدكتور  
عبد القادر مرزوق - دار الفكر العربي .

5 - المعجم العلمي - فرنسية عربية - عربية فرنسية -  
يوسف شلالة - منشأة المعارف - الاسكندرية .

ثانيا : بالفرنسية :

A = OUVRAGES :

- 1) -ALEX WEILL./ François Terres .  
Dalloz - Droit Civil - les obligations 2eme édition 1975
- 2) -Antoine Via Lard - Droit Civil - la Formation du contrat  
O.P.U .
- 3) -Ali Bencheneb - Théorie générale du contrat 2eme édition  
O.P.U 1982 .
- 4) -Boris Stark - Droit Civil - Obligation - Librairies  
Techniques . 1972 .
- 5) -Claud Dupay - Droit Civil .
- 6) -Jean - Luc Aubert - Notions et Roles de l'Offre et de  
l'Acceptation dans la formation du contrat - thèse pour  
le Doctorat de Droit Privé présenté et soutenue publi-  
quement le 29 JANVIER 1960 à L'Université de Paris -  
Librairie Générale de droit et de jurisprudence Paris 70.
- 7) -Henri et léon . Jeon Mazeaud-leçons de droit civil tome II.  
Première volume - Obligation - théorie générale -  
Edition Montchrestien 1972 .
- 8) -Les Grand Arrêts de la jurisprédence civil Française.

B = Article :

- 1) -Bendeddouche J. Déclaration de volonté et formation du  
contrat en droit algerienne - revue algérienne des sciences  
juridiques , économiques et politique - 1er MARS 1981.
- 2) -Trajan LONASCO - la volonté dans la formation du contrat  
mélange Geney tome II .

الفهرس

=====

الموضوع : الصفحة :  
=====

- المقدمة . . . . . 01
- الباب الاول : انواع التعبير عن الارادة . . . . . 07  
=====
- الفصل الاول : التعبير الصريح ووسائله . . . . . 09
- 
- المبحث الاول : اللفظ ومعنيته المختلفة . . . . . 09
- المبحث الثاني : الكتابة . . . . . 10
- المبحث الثالث : الاشارة . . . . . 23
- المبحث الرابع : المماطلة . . . . . 26
- المبحث الخامس : أو موقف يدل على الرضا . . . . . 37
- 
- الفصل الثاني : التعبير الضمني . . . . . 39
- المبحث الاول : مفهوم التعبير الضمني . . . . . 39
- المطلب الاول : تعريفه . . . . . 39
- المطلب الثاني : معيار التفرقة بين التعبير  
الظني والصريح . . . . . 44
- المبحث الثاني : قاعدة الحرية في التعبير عن  
الارادة . . . . . 47
- المبحث الثاني : الاستثناء الوارد على قاعدة  
حرية التعبير . . . . . 55
- المطلب الاول : مفهوم الشكلية الحديثة  
" في الجزائر " . . . . . 57
- المطلب الثاني : القانون يستوجب ارادة  
صريحة . . . . . 59

المطلب الثالث : شكلية الانعقاد . . . . .	63
الفرع الاول : العقود التي يتطلب تدخل الموثق . . . . .	
حتى يتم انعقادها . . . . .	64
الفرع الثاني : جزاء تخلف شكلية التوثيق . . . . .	67
المطلب الرابع : حالة الزام الشكلية بطريق . . . . .	
غير مباشر . . . . .	72
المطلب الخامس : الشكلية الاتفاقية . . . . .	77
المطلب السادس : شكلية القبر في العقود . . . . .	
العينية . . . . .	79
الفصل الثالث : السكوت كوسيلة للتعبير	
<hr/>	
عن الإرادة . . . . .	81
المبحث الاول : تعريف السكوت ، أنواعه ، تمييزه عما . . . . .	
يختلط به . . . . .	81
اولا : تعريفه . . . . .	81
ثانيا : أنواعه . . . . .	82
ثالثا : تمييزه عما يختلط به . . . . .	84
المبحث الثاني : القاعدة العامة (لا ينسب لساكت . . . . .	
قول) . . . . .	85
المبحث الثالث : الاستثناء (السكوت في معزز . . . . .	
الحاجة بيان) . . . . .	89
المطلب الاول : السكوت الموصوف . . . . .	90
المطلب الثاني : السكوت الملائم . . . . .	92
المبحث الرابع : حكم بعض المسائل الخلافية . . . . .	106
اولا : بيع مال الغير بحضور صاحبه . . . . .	
وسكوته . . . . .	106
ثانيا : سكوت الفتاة في الزواج . . . . .	109

114	الباب الثاني : آثار التعبير عن الإرادة . . . . .
114	<u>الفصل الأول : الاختلاف بين الإرادة والتعبير . . . . .</u>
	المبحث الأول :- نظرية الإرادة الباطنة والإرادة
116	الظاهرة . . . . .
116	المطلب الأول : نظرية الإرادة الباطنة . . . . .
119	المطلب الثاني : نظرية الإرادة الظاهرة . . . . .
	المبحث الثاني : النتائج المترتبة على الأخذ باحد و
126	النظريتين دون الأخرى . . . . .
129	المبحث الثالث : التقريب بين النظريتين . . . . .
	المبحث الرابع : موقف الفقه الاسلامي من
143	النظريتين . . . . .
	المبحث الخامس : موقف القانون المدني الجزائري
151	من النظريتين . . . . .
	<u>الفصل الثاني : وقت تمام التعبير وانتاج أثره</u>
170	القانوني . . . . .
	المبحث الأول : الأسباب التي تؤثر في التعبير قبل
171	انتاج أثره القانوني . . . . .
171	المطلب الأول : أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير . . . . .
	* الحالة الأولى : موت أو فقد أهلية من صدر
175	منه التعبير . . . . .
	* الحالة الثانية : موت أو فقد أهلية من وجه
179	اليه التعبير . . . . .
	* الحالة الثالثة : أثر الموت أو فقد الأهلية في
181	التعبير المنشئ لتصرف أفراد و . . . . .
184	المطلب الثاني : أثر العدول (الرجوع) في التعبير . . . . .
198	المبحث الثاني : متى ينتج التعبير أثره القانوني . . . . .
199	المطلب الأول : تحديد بعض المفاهيم . . . . .
200	المطلب الثاني : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . . . . .

202	انقضاء العقد . . . . .	* نظريات تحديد زمان ومكان
206	بمذهب دون الآخر . . . . .	* النتائج التي تترتب على الاخذ
208	موقف التقنين المدني الجزائري . . . . .	* موقف التقنين المدني الجزائري
214	نظرية خيار الطريق . . . . .	* نظرية خيار الطريق
216	الخاتمة . . . . .	الخاتمة
221	المراجع . . . . .	المراجع
222	الفهرس . . . . .	الفهرس