



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة ابن خلدون - تيارت -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



ضوابط تكييف العقود

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د)

تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

فتاك علي

إعداد الطالب:

نايلي بلال

أمام لجنة المناقشة:

| اللقب والاسم | الدرجة العلمية | مؤسسة الانتماء | الصفة |
|-----------------|----------------------|----------------|--------------|
| عجالي خالد | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيارت | رئيس اللجنة |
| فتاك علي | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيارت | مشرفا ومقررا |
| جباري العيد | أستاذ محاضر أ | جامعة تيارت | ممتحنا |
| بخباز عبد الله | أستاذ محاضر أ | جامعة تيارت | ممتحنا |
| عليان عدة | أستاذ التعليم العالي | جامعة غليزان | ممتحنا |
| علاق عبد القادر | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيسمسيلت | ممتحنا |

السنة الجامعية

2024-2023



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
جامعة ابن خلدون - تيارت -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



ضوابط تكييف العقود

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د)
تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

فتاك علي

إعداد الطالب:

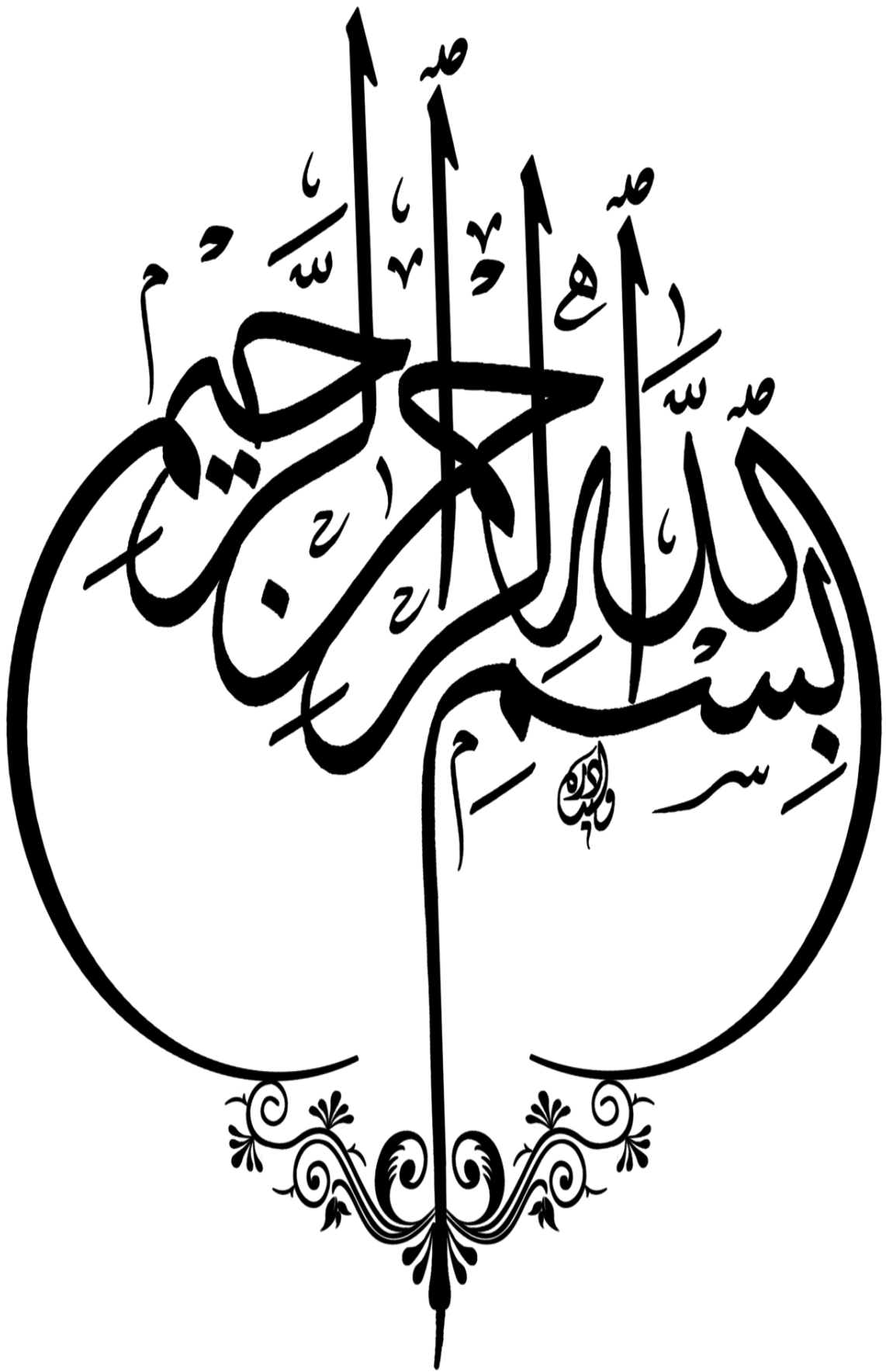
نايلي بلال

أمام لجنة المناقشة:

| اللقب والاسم | الدرجة العلمية | مؤسسة الانتماء | الصفة |
|-----------------|----------------------|----------------|--------------|
| عجالي خالد | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيارت | رئيس اللجنة |
| فتاك علي | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيارت | مشرفا ومقررا |
| جباري العيد | أستاذ محاضر أ | جامعة تيارت | ممتحنا |
| بخباز عبد الله | أستاذ محاضر أ | جامعة تيارت | ممتحنا |
| عليان عدة | أستاذ التعليم العالي | جامعة غليزان | ممتحنا |
| علاق عبد القادر | أستاذ التعليم العالي | جامعة تيسمسيلت | ممتحنا |

السنة الجامعية

2024-2023



قال تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ
إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي
الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ
مَا يُرِيدُ﴾

[سورة المائدة الآية 01]

شكر وتقدير

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله "محمد صل الله عليه وسلم" وأما

بعد:

من لا يشكر الناس لا يشكر رب الناس، بعد إتمام انجاز هذه الأطروحة والتي هي في طريقها لرؤية النور، أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي القدير الأستاذ الدكتور: "علي فتاك" الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذا العمل، والذي يعود له الفضل بعد الله عز وجل في إنجاز هذه الأطروحة من خلال توجيهاته وإرشاداته وتأطيره.

والشكر أيضا موصول إلى رئيس لجنة التكوين الأستاذ الدكتور "خالد عجالي"، على المجهودات المبذولة من طرفه لتأطير هذا التخصص وأيضا على كل المساعدات التي قدمها لنا.

وكذلك كل الشكر للأستاذة الدكتورة "مكي الخالدية" على كل الدعم المقدم لنا من خلال مخبر تشريعات النظام البيئي بكلية الحقوق والعلوم السياسية، وأيضا إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا في الشق النظري كل باسمه ومقامه.

جزاكم الله جميعا عني خير الجزاء.

نايلي بلال 

إهداء

إلى روح أمي الطاهرة "رحمها الله أسكنها فسيح جناته"
التي حضرت معنا فرحت النجاح في الدكتوراه... لكن شاء
الله عز وجل أن تغيب عنا قبل مناقشة هذا العمل.
إلى والدي سندي حفظه الله...
إلى إخوتي، وزوجتي، حفظهم الرحمان
إلى قرة عيني وزينة البيت، بناتي رتاج، رهف، رفيف.. حماهم الله
إلى كل أفراد عائلي من صغيرها إلى كبيرها..
إلى كل من ساندي وأمن بي، إلى كل من ساعدني ولو بكلمة..
إلى كل من قرأ هذا العمل سواء من باب الاطلاع أو النقد أو التصحيح..

✍️ نايلي بلال

المختصرات

ABREVIATIONS

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ع: العدد

ص: الصفحة

ط: الطبعة

مج: المجلد

د.س.ن: دون سنة نشر

د.د.ن: دون دار نشر

ج: الجزء

تخ: التخصيص

تر: ترجمة

ف: فقرة

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

د ج: دينار جزائري

P : page

N° : numéro

Vol : volume

Ibid: Ibidem

Op,cit : ouvrage précédemment cité

مقدمة

"الإنسان اجتماعي بطبعه" أحد المسلمات في علم الاجتماع، وأحد أبرز وأهم المبررات لكل التعاملات التي يخلقها الأفراد فيما بينهم، فالإنسان لا يمكنه العيش بمعزل عن مجموعة وهذا يعود لعدة أسباب، لعل أبرزها قدرته المحدودة على تلبية كل احتياجاته مما يخلق علاقات مختلفة سواء منها على الجانب الإنساني أم القانوني.

ويعتبر العقد أبرز وسيلة ليحقق بها غاياته ورغباته وكذا الأفضل والأنجح لما يوفره من ضمانات لحفظ الحقوق، فهو ينظم الحقوق والواجبات بين المتعاملين به ويقر الحق والالتزام، ويعرف العقد بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع أو هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه، ويعتبر الإنسان كأصل عام حراً في إقرار هذه الحقوق والالتزامات لذلك أعطي لهذه الإرادة أهمية بالغة واعتبرت السلطان الأكبر في إيجاد العقد وترتيب آثاره هي الإرادة فساد مبدأ سلطان الإرادة في جل العلاقات القانونية خاصة بعد انتشار المذهب الفردي.

ويمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة أو ما يسمى بالنظرية التقليدية للعقد يجد مرجعيته في الانعكاس القائم لأهم المبادئ التي استقر عليها العقد، إذ يرى أصحاب هذه الفلسفة أن الإنسان ولد حراً وإرادته مطلقة فله كل الحرية في الالتزام بما شاء ومتى شاء والوقت الذي يشاء، وذلك تحقيقاً لمصلحته. فهذا المبدأ يقوم على أن المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية هي الإرادة الحرة الفردية، إذا وتباعاً لذلك يكتسب الإنسان حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها بمجرد كونه إنسان ويتمثل دور المجتمع فقط في حماية هذه الحقوق، وبالتالي ليس للإنسان أي سلطة على غيره ويعتبر إخضاع الإنسان للقانون أمراً يتنافى مع المبادئ والأخلاق، فالفرد لا يخضع إلا لشرعيته الذاتية حسيماً.

وترسخ مبدأ سلطان الإرادة حتى اعتبر المرجع الأساسي لجميع الالتزامات وبنيت عليه أغلب النظريات القانونية، كتلك الرامية إلى أن إرادة الفرد في إبرام العقد لا تحتاج إلى تفرغها في قالب معين ويعرف هذا الأمر بمبدأ الرضائية في العقود، إذ تعتبر الإرادة وحدها كافية لإبرام العقد وما ينتج عنها التزامات العقدية دون وضع قيد على حرية الإنسان الكاملة، ولا يقيد هذه الحرية سوى معطيات النظام العام - وللإشارة فإن ليس كل إرادة يعتد بها وإنما الإرادة التي بنيت على أسس صحيحة واتجهت إلى غايتها اتجاهاً سليماً - ، وبعد إبرام العقد فلهما الحرية الكاملة في تحديد آثار هذه الرابطة.

فحدود الالتزامات المقررة على عاتق الطرفين هم من التزموا بها، فالفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة ورغم تنظيم المشرع لمجموعة من العقود يبقى هذا التنظيم نسبياً، لأنه غالباً ما تم إخضاعها لقواعد

مفسرة أو مكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها إن كانت هناك بعض الاستثناءات في بعض العقود ولكنها قليلة، وكأصل عام فإن الفرد لا يلزم إلا بإرادته ولا يمكن تقرير عليه التزامات من طرف المجتمع إلا في حدود ضيقة جداً، لأن الفرد أعلم بمصلحته وبالتالي يتحقق العدل إذا كانت الالتزامات تمت بإرادته.

وتقاس الرابطة القانونية وقوتها الإلزامية بالإرادات الفردية التي تضع أطراف العقد في دائرة

قانونية متفردة بمزاياها ومنفصلة عن الآخرين، مما يترتب عنها قانون يكرس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويقصد به بأن العقد في قوته الإلزامية يرقى لنفس مرتبة إلزام القانون، ولذلك لا يمكن أن يتم تعديل بنود العقد بطريقة انفرادية فهو بمثابة قانون، بل له نفس الطبيعة لأننا يمكن اعتبار القانون هو عقد كبير بين الأفراد في المجتمع أما العقود التي بين الأفراد هي قوانين مصغرة ونتيجة لهذا فإن العقد ينعقد حتى بدون إذن المشرع، ولا يمكن إجراء أي تعديل فيه إلا باتفاق الأطراف.

ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى يكون حائلاً دون تدخل القاضي الذي يطرح عليه النزاع، إذ لا يمكن له أن يغير أو يوجه إرادة الأطراف إلى غير ما اتفقوا عليه بحجة تفسير العقد أو تكييفه ولا يمكن له أن يعيد ترتيب آثار العقد، وكما للعقد قوة ملزمة لأطرافه وللقاضي فهو أيضاً يلزم المشرع، إذ لا يمس القانون الجديد بالعقود التي تم إبرامها قبله ولا بما ترتب عليها من آثار في ظل ما سبقه من القوانين، بل تصل درجة الإلزامية إلى بقاء سريان الآثار التي كان ينتجها حتى في ظل القانون الجديد، وبالتالي يمكن القول أن الأفراد في حدود عقدهم هم المشرعون.

إلا أن قيام الاتفاق الحر مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين لا يصلح إلا في مجتمع ينعقد فيه التفاوت بين الإرادات وتكون فيه المساواة الكاملة بين الطرف القوي والطرف الضعيف، وهذه تعتبر فرضية نظرية صعبة التحقيق على أرض الواقع، وإذ اعتبر أصحاب مذهب حرية التعاقد: "لا التزام إلا بما التزم به الشخص".

هذا المبدأ هو الذي تركز عليه كل المعاملات التعاقدية بين الأفراد، إذا فلا يجبر أي طرف في قبول شروط جائزة مادام أنه حر، إلا أن التسليم بهذا الأمر يؤدي حتماً إلى عزل القانون عن العلاقة التعاقدية، ويفقد بذلك الغرض من وجوده والمتمثل في تنظيم هذه الحرية المعبر عنها مما ينتج عن ذلك اتساع دائرة التنظيم لتشمل كل فئات المجتمع ولا تقتصر على الفئة الأقوى فقط بذريعة ترك الأمور للإرادة.

ونظرا للسلبيات التي سادت المجتمعات والتي كانت نتيجة عن الغلو في الإيمان بالحرية الفردية في ظل المذهب الفردي، وتبيان أن مبدأ سلطان الإرادة لا يحقق العدالة وأنه أصبح مجرد شعار حالات مختلفة من الإجبار على التعاقد والاستغلال، ونتيجة لهذا أقر الفقه بضرورة إعادة النظر في هذا المبدأ وتنظيم طريقة ممارسة هذه الحرية لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، وكذلك انطواء العلاقات التعاقدية بشكل كبير على العقود المستمرة مما يجعل القوة الملزمة التي تقترب منها تحول دون أن يتحقق الهدف الذي أبرمت من أجله، إذ يمكن أن تنهي هذه الإرادة العقد مما يجعل الحقوق المقررة للأطراف في خطر .

ونتيجة لهذا التوجه الجديد تراجع المبدأ في مطلع القرن العشرين وتم انتقاده، مما دفع بأنصاره إلى الاعتراف بالأزمة التي لحقت العقد وإقرار إلزامية تقليص مبدأ سلطان الإرادة، ووضع بعض القيود عليه حتى يواكب المعطيات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة كتلك القيود المقررة على حرية عدم التعاقد.

إذ ظهرت صور للعقود الجبرية كعقود التأمين للسيارات مثلا، وكذا نجد تلك القيود المحددة من سلطة تحديد آثار العقد كتلك الآثار المقررة في عقد العمل فالتشريعات حددت الحقوق والالتزامات كل طرف تحديدا يكاد يكون تحديدا كاملا، وغيرها من العقود التي تدخل المشرع لتنظيمها تنظيما كاملا، بالإضافة إلى استحداث عقود نموذجية وضع لها المشرع نموذج خاص كعقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق وغيرها، أما فيما يتعلق بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فقد أجازت معظم التشريعات الحديثة تدخل محاكم الموضوع ومحاكم القانون في العديد من الحالات لتعديل بنود العقد أو إعفاء أحد طرفيه من بعض الشروط أو لإنهاء العقد بناء على طلبه.

وقد أثر هذا التوجه الجديد بشكل مباشر على إرادة الأفراد وحريتهم في إبرام العقود، فالأشخاص لم يعد بإمكانهم إبرام عقود مع الأشخاص الذي يريدون ولا بالشروط الذي يريدونها، فنجد أن الفرد مجبر على إبرام عقد بيع على التصاميم مع المرقى العقاري فقط دون سواه، ولم يعد حرا في إبرام مثل هذه العقود مع باقي الأشخاص التي لا تتمتع بهذه الصفة وهذا يمكن القول أن العقد أصبح منظما، ولم يقف الأمر إلى هذا الحد بل تعداه إلى إمكانية تدخل المشرع في مرحلة تنفيذه، إذ نجد أن هناك حالات يمكن له أن يفرض فيها تعديلا أو أكثر على اتفاقهم.

فالمشروع الجزائري أعطى للقاضي مثلاً سلطة التدخل في الظروف الطارئة المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري¹ لأن الظروف الاجتماعية والاقتصادية متغيرة وغير ثابتة ولا يتوقعها الأطراف، وبالتالي فيمكن لها أن تؤدي إلى الإخلال بالعلاقة العقائدية وركائز اتزانها.

وكذا سلطة تعديل شروط العقد التعسفية في عقد الإذعان المادة 110 من نفس القانون سالف الذكر، لتتسع دائرة هذا التدخل في المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² إلى حد التدخل في تكييف العقد أو إعادة تكييفه في حالة ما لم يستطع الطرفان إعطاء التكييف الصحيح للعقد وإصباح العقد بالصبغة القانونية المناسبة لمضمونه أو إعطائه تكييفاً صورياً يخالف ما تضمنه العقد، فالقاضي غير ملزم بتكييف الطرفين وإنما هو ملزم بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، وبهذا يمكن القول أن المشروع الجزائري وعلى غرار المشروع الفرنسي والمصري وغيرهم لجأ إلى التدخل في العقد بحثاً لتحقيق العدالة والأمن العقدي وحماية عاقديه خاصة الضعيف منهم.

ولموضوع تكييف العقد أهميته بالغة تسند إلى نوعية العملية بحد ذاتها فتكييف العقد عملية ذهنية ذات طبيعة خاصة، إذ تتميز من حيث الأشخاص أو الجهات التي لها الاختصاص للقيام بها إذ أقر الواقع العملي أنها عملية يصعب على غير المختص القيام بها، أيضاً لها نوع من الخصوصية في طريقة تطبيقها، ومتى يتم تفعيلها وكيف يتم ذلك وغيرها من الركائز التي تقوم عليها.

ومسألة تحديد الوصف القانوني للعقد مسألة ضرورية وأساسية لإلحاق العقد محل النزاع في الدائرة القانونية المناسبة له، ويتم هذا بالبحث في المقاصد العملية لعاقديه وإلحاق هذه المقاصد ومطابقتها مع الإطار القانوني للعقود المعروفة، وبهذا يتم تحديد الصبغة القانونية للعقد وتحديد النظام القانوني الذي يحكمه وكذا تبيان مدى جواز بعض الآثار المحددة في الاتفاق من عدمها، فالتكييف لازم لتقدير مدى التزامات كل طرف مما يجعلها عملية لازمة تتحدد من خلالها فعالية العقد.

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون المدني، ج، ر، ع، 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988، ج، ر، ع، 18، المؤرخة في 04 ماي 1988، وبالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج، ر، ع، 44، المؤرخة في 26 جوان 2005، وبالقانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج، ر، ع، 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

2- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج، ر، ع، 47، المؤرخة في 09 جوان 1966، الملغى بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ر، ع، 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج، ر، ع، 48، المؤرخة في 17 جويلية 2022.

ولهذا جاءت هذه الدراسة بهدف:

- محاولة التأصيل لفكرة التكييف بصفة عامة وتكييف العقد بصفة خاصة من خلال تبيان جملة من المفاهيم المتعلقة بها وكذا إبراز أهمية هذه العملية في مختلف التقنيات الداخلية.
 - تبيان أبرز المصادر التشريعية التي يمكن للقاضي الاستعانة بها للقيام بعملية تكييف العقد.
 - الإشارة إلى أهم العمليات القانونية الضرورية في عملية تكييف العقد والمتمثلة في تبيان تقسيمات العقود سواء منها التقليدية أو الحديثة الفقهية منها والتشريعة.
 - تحديد الجهات المختصة في تكييف العقد سواء تلك التي تملك هذه الصلاحية بشكل أصيل كرسه التشريع والفقه والقضاء بشكل صريح، أم تلك الجهات التي تملك هذه الصلاحية على سبيل الاستثناء كرسه الممارسات العقدية بين الأفراد والجهات المخولة في تحقيق إرادتهم.
 - إبراز أهم الضوابط المعتمد عليها في عملية تكييف العقد من خلال التطرق إلى ماهية العناصر الموضوعية للعقد ودورها أو مدى تأثيرها في هذه العملية، بالإضافة إلى تبيان دور تركيبية العقد فيها في العقود المسماة أو الغير مسماة.
- ويقف خلف اختيارنا للموضوع الدراسة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالذاتية فتتمثل في:
- الرغبة على الاطلاع على أبرز الأحكام القانونية التي تحكم عملية تكييف العقد خاصة وأن نظرية العقد تعتبر أبرز النظريات التي تجد مستقرها في القانون الخاص مجال دراستنا الأكاديمية في هذا الطور بالإضافة إلى توافقه مع ميولاتنا البحثية.
 - يعتبر محل الدراسة - العقد- الركيزة الأساسية لمهنة التوثيق مجال ممارستنا المهنية.
- أما عن الموضوعية فتتمثل في:
- قلة إذا لم نقل انعدام الدراسات الأكاديمية المتخصصة المتعلقة بتكييف العقد سواء من طرف فقهاء وشرح القانون الجزائريين أم العرب، الأمر الذي شجعنا إلى الخوض فيه بغية تقديم إضافة جديدة للمكتبة القانونية الجزائرية.
- وكما ذكرنا سابقا فإن موضوع تكييف العقد موضوع شحيح من حيث المراجع إذ لم نتصادف مع دراسة تأصل له بشكل كامل فغالبا ما يكتفي الفقهاء في الإشارة إليه في سياق استعراضهم لبعض القيود الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر أبرز نتائج مبدأ سلطان الإرادة، من خلال التطرق إلى تفسير العقود، باستثناء بعض الدراسات المتحصل عليها والتي حاولت الإحاطة بالموضوع بشيء من التفصيل.

فالدراسة الأولى هي رسالة ماجستير لبلبشير هجيرة تم مناقشتها بكلية الحقوق جامعة الجزائر 01 في السنة الجامعية 2012/2013، حاولت من خلالها الباحثة تحديد الآليات التي تستلزمها عملية تكييف العقد فتطرقت أولاً إلى تبيان ماهية العقد من خلال ضبط مفهومه وتوضيح تعريفه وأنواعه، وكذا تمييزه على بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالعقد كالسلطات الممنوحة إلى القاضي وأيضاً ما يتشابه معه من أنظمة، وقد وضحت بالإضافة إلى هذا دور القضاء في عملية تكييف العقد من خلال تحديد سلطة قضاة الموضوع وقضاة القانون في هذه العملية وكانت حصة الأسد في هذه الدراسة للمعايير التطبيقية لتكييف العقد إذ بينت عناصر العقد كمعيار للتكييف وكذا تركيبته.

لكن رغم هذا التوسع في الموضوع نجد أن الدراسة لم تتطرق إلى المصادر المعتمد عليها في هذه العملية وكذلك عدم إبراز أهم العمليات القانونية الواجبة لتوفر لعملية تكييف العقد صحيحة كالتقسيمات القانونية للعقود والتي تعتبر أحد أهم العمليات التي تركز عليها عملية التكييف لأنها تتضمن الإطار العام الذي يلحق به العقد محل النزاع.

أما الدراسة الثانية فهي عبارة عن مقال لجيلالي بن عيسى نشر في 2018 بمستغانم - الجزائر - قدم فيه بن عيسى عرضاً مقتضباً عن عملية تكييف العقد ورقابة المحكمة عليها، تطرق من خلاله لماهية التكييف وصوره ودور القاضي في هذه العملية وكيفية مراقبته من طرف المحكمة العليا، يؤخذ على هذه الدراسة أنها لم تبين النظريات الفقهية المفسرة لفكرة الرقابة أي النظريات تبناها المشرع الجزائري هذا على المستوى الوطني أو الداخلي.

أما على المستوى العربي فنجد أن أطروحة الدكتوراه لمحمد الإدريسي، والتي حولت بعد ذلك إلى كتاب بجزيين نشرت في 2011 بالمغرب من أبرز وأهم الدراسات المقدمة في هذا الموضوع والأكثر تفصيلاً قدم فيها الإدريسي إطاراً نظرياً ومفاهيمياً لعملية تكييف العقد، وكذا سلطة القاضي في هذه العملية ورقابة قضاء القانون عليها.

لكن رغم هذا التفصيل نجد أن الإدريسي حصر عملية تكييف العقد فقط في القاضي بخلاف الواقع العملي الذي يثبت أن هناك جهات أخرى تمارس هذه العملية كإدارة الضرائب مثلاً، بالإضافة إلى هذه الدراسات القيمة المتحصل عليها هناك دراسات أصيلة لم نتحصل عليها للأسف لدكتور أحمد زكي الشيتي نشرت 1944 بجامعة القاهرة مصر، تمت الإشارة إليها لدى الدكتور سليمان مرقص في كتابه الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة.

ونظراً لتراكمية العلم جاءت دراستنا هذه لمحاولة تدارك نقائص الدراسات الأخرى، وذلك من خلال إبراز القواعد العامة التي تحكم عملية تكييف العقد وتحديد العمليات القانونية والمصادر المعتمد

عليها للقيام بها وتبيان من هي الجهة المخولة لممارستها سواء كأصل أو تلك المقررة على سبيل الاستثناء والتي فرضها الواقع العملي، بالإضافة إلى كل هذا أيضا تم تبيان كل الضوابط التي تنظم عملية تكييف العقد وذلك بتحديد دور كل من العناصر الموضوعية للعقد وكذا تركيبته فيها، وبهذا نكون قد حاولنا الإلمام بكل جوانب الموضوع والتي أغفلتها الدراسات السابقة الذكر .

وكما أشرنا سابقا قلة الدراسات والمراجع المتخصصة والمفصلة في الموضوع هي من أبرز الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا هذه.

ومن خلال ما سبق يمكن طرح إشكالية البحث على النحو التالي:

إلى أي مدى يمكن تفعيل أداة تكييف العقد من طرف الجهات المختصة دون

المساس بإرادة عاقيه؟

ومن خلال هذه الإشكالية يمكن طرح التساؤلات التالية:

1- ماذا نقصد بعملية تكييف العقد؟

2- ما هي المصادر القانونية التي يعتمد عليها في ممارسة هذه العملية؟

3- ما هي أبرز العمليات القانونية المطلوبة للقيام بها؟ ومن هي الجهات المخولة لممارستها؟

4- فيما تتمثل أهم الضوابط والعناصر التي تحكم هذه العملية ليتحقق الأمن القانوني؟

وتحقيقا لما سبق ونظرا لتداخل معطيات الموضوع فقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي لمختلف الآراء الفقهية وتفكيكها واستنباط ماهية تكييف العقد، بالإضافة إلى تحليل الأحكام والقرارات القضائية لمعرفة النتائج العملية لممارسة هذه العملية في الواقع العملي، وكذا محاولة تفكيك وتحليل المواد القانونية التي لها صلة مباشرة بموضوع الدراسة لمعرفة وجهة نظر المشرع من هذه العملية، وكذلك تم الاعتماد على المنهج الوصفي في عرضنا لمختلف جزئيات الموضوع كالمفاهيم والتعاريف وغيرها وذلك لما يفرضه علينا التكامل المنهجي.

وللإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية وكذا للإلمام بالموضوع ارتأينا تقسيم الموضوع

على النحو التالي:

الباب الأول والذي جاء تحت عنوان القواعد العامة لتكييف العقد، تم في الفصل الأول منه

تحديد الإطار المفاهيمي لتكييف العقد، في حين تم تخصيص الفصل الثاني للجهات التي لها صلاحية تكييف العقد.

أما الباب الثاني فقد عنون بأسس ومعايير التكييف، وتم في الفصل الأول منه تناول عناصر

العقد ودورها في تكييف العقد، أما الفصل الثاني فتناول تركيبة وبنیان العقد ودورها في التكييف.

الباب الأول:

القواعد العامة لتكييف

العقد

تعتبر عملية التكييف عملية ذهنية وعلمية دقيقة تقوم بها جهة مختصة قصد تحديد طبيعة العلاقة القانونية وذلك لتصنيفها في إحدى الخانات القانونية الموجودة سلفاً، أما الفقهاء وشرح القانون فذكرو بأنها أداة منهجية ذهنية تربط حالة واقعية بمفهوم قانوني مجرد محدد مسبقاً عن طريق التشريع، والتكييف بهذا المعنى يجمع تصنيف الوقائع القانونية والتصرفات القانونية معا ويتوسط عمليتي التفسير والتطبيق في مسلسل تطبيق القانون، ومن هنا تتحدد أهميته والدور الذي يلعبه في مجال القانون والقضاء على حد سواء، فهو يعد جوهر صناعة القضاء.

ويرتبط التكييف بكل فروع القانون من بينها مجال العقود والذي خصه المشرع بتنظيم محكم وبشيء من التفصيل في القانون المدني، فهو يعتبر الشريعة العامة وهذا بإعطاء بعض التصرفات تسميات خاصة وكذلك حدد لها إطار قانوني خاص كعقد البيع وعقد الإيجار، بالإضافة إلى غيره من التقنيات التي تضمنت بعض العقود، كقانون المنظم لنشاط الترقية العقارية - ومرسومه التنفيذي المحدد للعقود النموذجية والمتمثلة في عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق - وكذا القانون المتعلق بحماية المستهلك، سواء كان هذا التنظيم على شكل قواعد أمرة أو قواعد مكملة يلزم على القاضي تطبيقها على حد سواء، الأمر الذي يفرض عليه الإحاطة الكاملة بالطبيعة القانونية للعقد محل النزاع. ويعتبر العقد من الأنظمة الفريدة التي خدمت البشرية وساهمت بشكل مباشر في تطوير الفرد والمجتمع، ويمكن القول أنه كنظام يمر عبر مرحلتين رئيسيتين في وجوده، تتمثل الأولى في مرحلة القيام أو ما يعرف بمرحلة التكوين والتي يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول ومناقشة النقاط الجوهرية والالتزامات والآثار القانونية التي يرتبها الاتفاق، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تحقيق الوجود أو ما يعرف بمرحلة التنفيذ وتعتبر هذه المرحلة من المراحل المهمة في العقد حيث يتم من خلالها تحقيق الهدف من قيامه وتكوينه.

ولكن في حالة ما اختلف الطرفان حول صبغته القانونية الصحيحة التي تحكم الآثار المطلوبة

منه وعدم وضوح تكييفه القانوني الصحيح الذي يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، هنا يجب على الطرفان التوجه للجهات المختصة لتحديد ذلك إذ تعتبر هذه العملية مفصلية في تحقيق وجود العقد، وقد شغل موضوع تكييف العقد شرح القانون مؤخراً لاعتباره أحد الاستثناءات الواردة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ونص عليه المشرع صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأكد على أن هذه العملية تعتبر من سلطات القاضي ويمكن أن يثيرها حتى بدون طلب الأطراف لأنه ملزم بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، ومن هنا تتضح أهمية تكييف العقد فهي عملية ضرورية لتحديد الإطار القانوني الذي يندرج فيه العقد محل النزاع ويحدد من خلال هذا القانون الواجب التطبيق عليه، وبذلك تتحقق آثاره وللقاضي في حالة تأكده من أن التكييف المعطى من الطرفين تكييف غير صحيح أو تكييف صوري غير حقيقي أو مخالف لمضمونه فله أن يفعل هذه الإرادة لإعادة العقد إلى مساره وتحديد صبغته القانونية الصحيحة التي تسمح بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً دون المساس بإرادة الأطراف الحقيقية والخروج عنها.

لذلك خصص هذا الباب لتحديد الإطار العام لعملية تكييف العقد من خلال التطرق لتحديد ماهية تكييف العقد بالإشارة إلى مفهوم تكييف وأهمية هذه العملية في التقنيات الجزائية المختلفة بصفة عامة وكذا تحديد مفهوم تكييف العقد وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة له، وأيضاً تحديد أبرز المصادر القانونية المعتمد عليها في هذه العملية وكذا تبيان أبرز العمليات القانونية التي يعتمد عليها القاضي لممارسته (الفصل الأول).

القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل للقيام بعملية تكييف العقد تأسيساً على المادة 29 من ق م ج، لكن هذا لا يمنع من الإشارة إلى بعض الجهات على سبيل الاستثناء إن صح التعبير والتي لها أهمية بارزة لإضفاء العقود بالصبغة القانونية اللازمة، نتاجاً لمعرفتهم الكاملة بالقوانين المنظمة للعقود فنجد أولاً الموثق باعتباره الجهة الأولى التي يتجه لها المتعاقدان لتأطير ما اتفق عليه بينهم ووضعها في قالب قانوني، لذلك ألزمه المشرع بتقديم واجب النصح للمتعاقدين من خلال الإشارة إلى التسمية القانونية الصحيحة للعقد المراد إبرامه من قبلهم، أما الجهة الثانية فهي مديرية الضرائب باعتبارها جهة لها صلاحية تكييف العقد تكييفاً صحيحاً لتحصيل الضرائب المقدرة قانوناً على هذا العقد وكذا لما يحمله قانون التسجيل من تقسيمات للعقود حسب الرسم المقرر على كل عقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لتكييف العقود

نظرا لتطور الذي طرأ على الحياة الإنسانية وما نتج عنه من آثار في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، والذي أدى إلى تنوع العلاقات التعاقدية وتشعبها بين الأفراد، وباعتبار أن العقد أحد أهم السبل القانونية المنشئة للالتزام والحقوق في تحديد إطار المعاملات وحدودها، فهو عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديده أو إنهاؤه، فإن هذا التوافق لا يتحقق إلا متى ما كان الموضوع الذي انعقدت عليه كل من الإرادتين واحد في جملته وتفصيله. غير أنه في مرحلة تنفيذ العقد قد تواجه أطرافه الكثير من الإشكالات العملية والقانونية، تحول دون تنفيذه على النحو الذي تم التعاقد عليه وخاصة في الحالة التي يكون فيها كل طرف من المتعاقدين قد اتجهت إرادته لإبرام عقد مختلف على الذي كان يقصده الطرف الآخر، أو قد يصف الطرفان المتعاقدان العقد بوصف لا يحقق الغاية المتعاقد لأجلها، مما قد يخلق نزاع بين الطرفين ويؤدي هذا إلى البحث عن أعمال العدل من طرف وسيلة ثانية وهي التي تتولى تحقيقه وتمثل في القضاء، وبتنوع النزاعات المعروضة على هذه الجهة تتنوع القواعد القانونية التي تحكمها، خاصة في مجال العقود مما تفرضه من ضرورة تحديد نطاقها وحدودها.

والقاضي مكلف بتطبيق القانون والفصل في النزاع المعروض عليه سعيا منه إلى تحقيق العدالة القانونية تحت طائلة إنكارها في حالة الرفض، ويكون هذا الفصل بموجب أحكام وقرارات قضائية يتم من خلالها الإفصاح على النتيجة المتوصل إليها من طرفه وهذا بعد إعماله لسلسلة من العمليات العقلية وذهنية من تحليل وتفسير وتكييف، وذلك تطبيقا لما يفرضه عليه الواجب المهني، لهذا سنحاول في هذا الفصل تبيان ماهية تكييف العقد (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى العمليات القانونية التي تتطلبها عملية تكييف العقد في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية تكييف العقد

تعتبر عملية تحديد مضمون العقد من حيث الموضوع من العمليات المنوطة بمهام القاضي وهي عملية مركبة يبحث فيها عن توافق النظام العام والآداب العامة ومنع أي إخلال بالالتزامات التعاقدية الأساسية وتنفيذها بهدف تحقيق الآثار المرجوة منه، وبالتالي تتحقق فاعلية العقد.

إذ يربط غالبا الفقهاء مضمون العقد بالمشروعية والتي تعتبر أحد أبرز القيود المقررة على العملية التعاقدية، لأن هذه المشروعية تعتبر قواعد إلزامية لا يتم مخالفتها وهي تؤثر بشكل أو بآخر على العقد بحثا عن تحقيق مبدأ العدالة التعاقدية أو الأمن التعاقدي والتوثيقي بشكل خاص والأمن القانوني بشكل عام، وكذا تحقيقا للتوازن العقدي والمصلحة التي يتطلع لها طرفا العقد ويمكن القول أن مضمون العقد هو شرط أساسي وجوهري يرتكز عليه العقد للقيام قياما صحيحا وبغيابه يكون العقد باطلا بطلان مطلق.

و القاضي يجمع بين عدة آليات ذهنية متقاربة، تكون بدايتها بتفسير العقد الذي عباراته تتسم بالغموض والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ثم بعد ذلك تكييفه، وبذلك تبرز أهمية تكييف العقد في تحديد مضمونه ليقوم صحيحا فهي إحدى المراحل المهمة في سلسلة وجوده فيختل مضمون العقد في حالة استبعاده، ويعتبر تكييف العقد من المفاهيم الصعبة الضبط لتداخله مع بعض العمليات الأخرى كالتفسير وغيرها لذا ارتأينا تخصيص هذا المبحث لضبط ماهيته متطرقين في ذلك إلى مفهوم تكييف العقد في (المطلب الأول)، والمصادر التشريعية المعتمد عليها في تكييف العقد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم تكييف العقد

متى نشأة العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه وجب تنفيذه، فلا يمكن لأي طرف التحلل من التزاماته بإرادة منفردة، أو تنفيذ هذه الالتزامات على النحو الذي اتجهت فيه إرادته وحده دون طرف الآخر، أو تنفيذه على الوصف الذي اعتقاده وحده، وعليه يجب أن يكون تكييف العقد واضحا للطرفين. والمقصود بالتكييف له أهمية كبيرة، لأنها عملية قانونية لا تجد مستقرها فقط في العقود بل هي أوسع وأشمل، إذ أنها تدخل في القانون الجنائي والدولي الخاص وفي الإجراءات المدنية الإدارية وغيرها، ولأن عملية التكييف إحدى صور التدخل في العقد وجب ضبطه لرسم حدود التدخل فيه دون المساس بإرادة أطرافه، وعليه سيتم توضيح المقصود بالتكييف القانوني وتحديد أهميته في مجال القانون في (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تكييف العقد خاصة وتمييزه عن العمليات الشبيهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التكييف القانوني وأهميته

يرتبط التكييف بكل فروع القانون فأينما وجد قانون إلا ووجدت نظرية التكييف، وهي من العمليات والمصطلحات الشائعة في عرف القانونيين ويمكن اعتبارهم الأسبق والأكثر استعمالا لها، لكن رغم ذلك اختلفت عبارات شرح القانون في تعريفه وإعطاء معنى له وذلك لاختلاف فروع القانون وتعددتها وهو يشتمل على عدة دلالات، مما يحتم علينا التطرق إلى بعضها وهذا لتحديد مفهوم التكييف القانوني وإزالة الغموض أو الخلط بينها أيضا، لذلك سيتم التطرق لتعريفه (أولا)، وإبراز أهميته (ثانيا).

أولا: تعريف التكييف القانوني: التكييف ليست مسألة خاصة بالعقود وحدها، وإنما هو مسألة عامة تثار عند تطبيق أي قاعدة قانونية، ويعود ذلك إلى أن القانون يتكون من قواعد قانونية يعتبر العموم والتجريد أبرز خصائصها وهي محدودة والتي تطبق على الواقع والتصرفات القانونية لا متناهية وغير محدودة ومتطورة بتطور الحياة الإنسانية، ولتطبيق هذه القواعد القانونية على الواقع يجب تكييفها عليه أي تحديد القواعد القانونية التي تنتمي إليه هذه الوقائع والتصرفات القانونية من أجل تطبيقها عليها¹.

1- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (البيع)، ط 1، ج 01، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997، ص 10.

مصطلح التكييف متعدد استعمالات فنجد في مختلف الفروع القانونية، في القانون المدني والقانون الدولي، والقانون الجنائي، وقانون الدولي الخاص، وغيرها.

فكلمة تكييف لغة: على وزن تفعيل من فعل كيف، فيدل هذا التأصيل اللغوي على أن معناها ينصرف إلى تحديد كيف أي بيان الطبيعة.

كما جاء في لسان العرب: كيف الأديم، قطعه، والكيفة، القطعة منه، كلاهما عن اللحياني، ويقال للخرقة التي يرفع بها ذيل القميص القدام: كيفة، والذي يرفع بها ذيل القميص الورا حيفة¹.

وتعتبر عملية التكييف القانوني، العملية التي تمكن القاضي التأكيد من مطابقة واقعة محددة مع نص قانوني معين، ومن ثم يشكل التكييف أهمية كبيرة لأنه عملية أولية ضرورية لتحليل التصرف القانوني أو الواقعة القانونية موضوع القضية المعروضة على القاضي، وإخضاعها بالتالي للنص القانوني الذي يحكمها، كما أن تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة القانونية مسألة واجبة قبل أن يطبق القاضي القانون المختص على الوقائع أو التصرفات القانونية محل النزاع سواء في القانون الوطني أو الدولي².

والتكييف عملية ذهنية لازمة لتطبيق القانون فهو أعمال القاعدة القانونية وإسباغها على ما يثبت من الوقائع تتوفر فيها شروط القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على وبعد أن يتحقق القاضي من عملية التطابق بين الواقع والقانون، يصل إلى نتيجة يتم فيها ربط تصرف قانوني، أو واقعة قانونية أو وقائع قضائية، بمدلولها إلى فئة قانونية موجودة مسبقا.

فالتكييف عموما هو سبيل فكري يعتمد على ربط واقع معين بقاعدة قانونية مجردة من طرف سلطة مختصة من أجل أن يطبق عليها نظامها، وعملية التكييف المحددة على هذا النحو تنطلق من الواقع لكي تعود إليه من أجل تنظيمه³.

وقد عرف بعض الفقه التكييف القانوني على أنه: "عملية ذهنية لتحليل قانوني وأداة ضرورية في مجال الفكر، تأخذ بعين الاعتبار العناصر التي ينصب عليها التكييف (واقعة، تصرف إلخ...) والعمل على

1- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 03، 1994، مج 06، ص 312.

2- نورية شبورو، التكييف وتنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة سيدي بلعباس -الجزائر-، مج 05، ع 01، ص ص 1311.

3-Jacque GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3e éd ,LGDJ, DELTA, paris, 1993. et 1996, p 64.

إدخالها ضمن إحدى القواعد القانونية الموجودة عن طريق ربطها بنظام قانوني يكون محلا لتطبيقها بواسطة خصائص فئة الربط"¹.

إن القاعدة القانونية تتضمن جزأين، أما الجزء الأول فهو الفرضيات، و هي تتضمن المفاهيم القانونية الأولية التي تبني شروط وميدان تطبيق القاعدة ومن ثم الحالات الواقعية التي تطبق القاعدة عليها، أما الجزء الثاني فهو الحل أو الأثر القانوني الذي تقرره القاعدة القانونية للحالات الواقعية المشمولة بالقاعدة².

إذا فمشكلة التكييف لا تطرح فقط بمناسبة تنفيذ عقد معين فحسب، بل هي مشكلة عامة بالنسبة للقانون برمته بالنظر إلى طبيعة مصدره الأول والأساسي وهو التشريع، فمثلا في القانون الجنائي يفيد مصطلح التكييف في تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص إن كان سرقة أم اختلاس، لتعيين نوع الجريمة ووصفها القانوني سواء مخالفة أو جنحة أو جناية. حيث قضت المحكمة العليا أنه إذا تبين لغرفة الاتهام أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا غير الوصف المعطى لها فإنه يجب عليها إعطاءها التكييف القانوني الصحيح، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون³.

فالتكييف بهذا المعنى يهدف إلى تصنيف الوقائع والتصرفات القانونية في القوالب المحددة سلفا من قبل المشرع، من اجل تطبيق القانون عليها، والتكييف يمثل أهمية قصوى، في العمل القضائي على اعتبار أن عمل القاضي هو تفسير القانون وتطبيقه على الوقائع، فانه لا يستطيع أن يصل إلى ذلك إلا بعد المرور على مرحلة التكييف، التي تعد مرحلة أساسية في تطبيق القانون.

1- عبد الرزاق أيوب، تكييف العقود في القانون المدني المغربي والقانون، مجلة طنجة، عدد خاص، رقم 07، 2007، ص 02.

2- بن عبد الله زهرة، رقابة المحكمة العليا على التكييف القانوني للوقائع الإجرامية، مجلة القانون الدولي والتنمية، مج 07، ع 01، جوان 2019، ص 62.

3- القرار رقم 77746 الصادر عن الغرفة الجنائية، في تاريخ:1990/10/08، المحكمة العليا - المجلس الأعلى سابقا-، المجلة القضائية، ع 03، 1993، ص 264.

ثانياً: أهمية التكييف القانوني: تعتبر عملية التكييف عملية فنية ذهنية يقوم بها المختص في حالة وجوده أمام حالة قانونية لم يتم توضيح إطارها القانوني أو القانون الواجب التطبيق عليها، وهي عملية مهمة في جميع ميادين القانون وفروعه ويمكن استعراض هذه الأهمية فيما يلي:

1- أهمية التكييف في القانون التجاري: تتجلى أهمية عملية التكييف القانوني في مجال القانون التجاري في مسألة الإثبات حيث أن هذه الأخيرة تختلف باختلاف صفة العقد والالتزام الناشئ عنه محل النزاع، فنجد أن الالتزام التعاقدي الذي له صفة الالتزام يخضع لقواعد الإثبات المقررة في القانون المدني كالكتابة وغيرها، أما فيما يخص إذا كان للالتزام صفة تجارية فإنه يخضع لقواعد وطرق إثبات خاصة بالقانون التجاري، بحيث أجاز المشرع الإثبات بجميع طرق الإثبات أو ما يعرف بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية¹ وكرس هذا المبدأ المشرع الجزائري في المادة 30 من القانون التجاري رقم 75-259.

حيث أننا نجد أن للتاجر في حالات معينة ملزم بتقديم دفاتره التجارية كدليل ضده وهذا ما لم نعهده في المواد المدنية، وبهذا يمكن القول أن الإثبات حر طليق ولا يقيد في القانون التجاري بخلاف ما هو متعارف عليه في القانون المدني ولعل ذلك يعود لما يتميز به هذا القانون وما يتصف به من مرونة وسرعة في التعامل وكذا عدم الثبات.

2- أهمية التكييف في القانون الجزائي: وتظهر أهمية التكييف في القانون الجنائي من خلال بيان أهمية تكييف الدعوى³ فهي عملية يتم فيه تحديد القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها على النزاع أي هي تلك المنطقة التي يتجانس فيها القانون مع الواقع، وبهذا فإن التكييف القانوني في هذا المجال يقوم على عنصرين وهو خليط بينهما يتمثلان في واقع غير مجرد وقانون مجرد وهو تلك الآلية التي تصل بالواقع الغير مجرد إلى مجرد من خلال تأهيله ليتكيف مع التجريد في القاعدة القانونية.

فعملية التكييف تعتبر الوسيلة الرابطة بين الوقائع المطروحة والقانون المطبق عليها وبدون المرور بهذه العملية لا يمكن للقاضي تطبيق القانون على الوقائع، وبدون عملها على الدعوى لا يستطيع القاضي أن يحكم فيها، فعملية التكييف تعتبر الممسك الوسط بين كفتي ميزان العدالة والمتمثلان في

1- دحماني محمد الصغير، مدى تطبيق "مبدأ حرية الإثبات" في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات الميدانية، مج 01، ع 01، 2014، ص 35.

2- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، ع 101، المؤرخة في 19 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

3- مهند نظمي عبد الله إسماعيل، سلطة القاضي في تكييف الدعوى، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2018، ص 15.

الوقائع والقانون كي لا تغلب إحداهما على الأخرى، ويتميز القانون الجنائي بمبدأ جوهرى وهو أن الجهة القضائية التي تم إحالة القضية إليها غير ملزمة بالتكييف القانوني الذي أضفته الجهة المحيلة بل تتقيد فقط بالوقائع المعروضة عليها¹.

3- أهمية التكييف في القانون الإداري: وتظهر أهمية عملية التكييف في القانون الإداري في الجانب المتعلق بالعقود الإدارية، باعتبار أن للعقد الإداري طابع خاص وتنظيم قانوني خاضع له يختلف عن التنظيم الذي تخضع له باقي العقود فهو عبارة عن عقد تطبق عليه القواعد القانونية التي تدخل في إطار القانون العام باعتبار أن الدولة تدخل في مثل هذه العقود بصفتها ذات سلطة وسيادة، وتحال المنازعات الخاصة بهذه العقود إلى القضاء الإداري ممثلاً في المحكمة الإدارية ومجلس الدولة للفصل فيها بخلاف باقي العقود التي تدخل في ظل القانون الخاص، وتحال منازعاتها إلى القضاء العادي ممثلاً في المحكمة الابتدائية والمجلس القضائي والمحكمة العليا²، وتكون عملية التكييف ملقاة على عاتق القاضي فهو من يحدد إذا كان العقد عقد عادي أم عقد إداري فهو غير مقيد بوصف المتعاقدين بل ملزم بإعطاء التكييف الصحيح له.

4- أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص: تحتاج عملية التكييف في مجال الدولي الخاص إلى قاضي متمكن ومتمرس ولملم بكل جوانب القانون الدولي الخاص ونظرياته لكي يتمكن من تفكيك النزاع المطروح أمامه وتحليله تحليلًا دقيقًا قانونيًا وبالتالي الخروج بحلول سليمة يتم من خلالها تطبيق القانون، لذلك غالباً ما يشبه الفقه عملية التكييف بالتشخيص الذي يقوم به الطبيب للمريض بدأ بالفحوص السريرية للأعراض التي تبدو على المريض مروراً بوصف المريض لحالته، بالإضافة لكل الوسائل العلمية والفنية التي تساعد الطبيب في عملية التشخيص وأي خطأ في هذه العملية قد يؤدي إلى الخطأ في وصف العلاج فكذلك الخطأ في التكييف فقد ينتج عنه حتماً خطأ في تطبيق القانون وكذا التأخر في حل النزاع . ويعتبر التكييف من العمليات البالغة الأهمية التي يجب على القاضي القيام بها في حالة ما إذا عرض عليه نزاع يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، أي ذلك النزاع الذي يكون أحد أطرافه عنصر أجنبي فهي عملية يتوقف عليها الحكم والبت في الموضوع كتلك النزاعات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية،

1- مهند نظمي عبد الله إسماعيل، المرجع السابق، ص 16.

2- قرواز فرحات، الشروط الاستثنائية غير مألوفة ودورها في تكييف العقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 07، ع 01، جوان 2022، ص 2070.

فطرق حلها تختلف من دولة لدولة مما يلزم القاضي بالاطلاع على القوانين الأخرى، ومعرفة القانون الواجب التطبيق.

وتتزايد أهمية التكييف في القانون الدولي الخاص بسبب التباين الموجود في قواعد الإسناد واختلاف تصنيفها من بلد لآخر، فما يعتبر من الموضوع في بلد ما يعتبر من الشكل في بلد آخر وغيرها من الأمثلة، وينتج عن هذا الاختلاف في التكييف بين الأنظمة القانونية إلى اختلاف في تبيان القانون الواجب التطبيق مما يؤدي تباعا إلى اختلاف في الأحكام القانونية الصادرة¹.

5- أهمية التكييف في القانون المدني: تعتبر عملية التكييف في القانون المدني هي آلية لتحديد مضمون العقد إذ يتم من خلالها تبيان حدوده وإطاره القانوني، وبالتالي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليه فالتكييف يحدد صحة العقد من بطلانه وكذا جواز بعض آثاره من عدمها وهذا من خلال استظهار حقيقة العقد من عباراته وتحت ضوء الظروف الملائمة.

وتجد عملية تكييف العقود مستقرها في مسألة تقسيم العقود إلى عقود مسمأة وأخرى غير مسمأة وما ينتج عنها من قابلية خضوع الأولى لتنظيم تشريعي دون الثانية، وهو موضوع يتم التطرق إليه عند إثارة النزاع بين الأطراف أمام القضاء إذ يلزم القاضي بحل مسألة التكييف قبل حل النزاع².

الفرع الثاني

تعريف تكييف العقود وتمييزه عن العمليات الشبيهة له

تعتبر عملية تكييف العقد من أهم المراحل التي يلزم على القاضي القيام بها لحل النزاع المعروض أمامه ومعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع، وهو مصطلح يصعب تحديد مفهومه، وقد اختلف الفقه في ذلك لاختلاف المعايير المعتمد عليها في تحديد تعريف جامع ومانع له، لذا سيتم في هذا الفرع تبيان تعريف تكييف العقود (أولا)، وكذا تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له (ثانيا).

1- زناندة عبد الرحمن، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسبية بن بوعليل شلف، الجزائر، 2021، ص 2239.

2- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع 06، 2002، ص 160.

أولاً: تعريف تكليف العقود: لم يستقر على تعريف واحد بين الفقهاء، بل اختلف من فقيه إلى آخر ومن أسباب اختلاف الفقه في تعريف تكليف العقد، الاختلاف على أساس معيار كل تعريف، وما تم الاستناد إليه في صياغته، ويبرز على الاختلاف كما يلي:

يعرف بعض الفقه تكليف العقود على أنه إعطاء وصف قانوني للعقد، أي إدخاله في نوع معين من العقود المنظمة، هل هو عقد بيع أو هبة، أو مقاوله أو عمل، أو إيجار أو عارية¹، أو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد والآثار المترتبة عن هذا الوصف، مستهدياً في ذلك بعنوان العقد ونصوصه والظروف التي لا يسته والغرض الذي اتجهت إرادته إليه²، وقد قسم الدكتور صبري السعدي العقود من حيث تكليفها إلى عقود بسيطة وعقود مركبة³.

كما يعرف البعض الآخر من الفقه تكليف العقود، بأنه وصف نوع العقد من بين العقود المسماة، والتي خصها المشرع بتنظيم واضح لأحكامه وأثاره تحت تسمية معينة، إن كان عقد بيع، أو عقد إيجار، أو عقد مقايضة أو عقد عارية⁴، أو هو عملية فنية مهمة يهدف بها القاضي إلى تحديد ماهية العقد ووصفه القانوني، وهذا بإعطائه اسماً من أسماء العقود المسماة أو القول بأنه ليس من العقود المسماة، وهنا يجب على القاضي استنباط القواعد التي يخضع لها بنفسه، وهذا بتطبيق القواعد العامة لنظرية العقد عليه⁵.

أو كما عرفه "العربي بلحاج" على أنه إعطاء الوصف القانوني الصحيح لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف، ويرى أن عملية التكليف تسبق عملية التفسير من أجل تحديد نطاق العقد⁶.

فعملية تكليف العقود تهدف إلى تصنيف العقود سواء إلى عقود خصها المشرع بتنظيم معين في القانون المدني أو القوانين الأخرى (مثل قانون المستهلك، قانون الترقية العقارية...)، سواء بقواعد أمرة أو

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2019، ص 290.

2- سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، المنشورات الحقوقية، ط 05، بيروت، لبنان، ص 287.

3 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 51 - 53.

4 - علي فيلاي، الالتزامات: نظرية العقد، موفم للنشر، ط 02، الجزائر، 2010، ص 395.

5- عامر عاشور عبدالله، تكليف العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 162.

6- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 414.

مكاملة، أو إلى عقود لم يتم تنظيمها لا في القانون المدني ولا في القوانين الأخرى، فإذا كانت منظمة فيطبق عليها القاضي القانون بقواعده الأمرة حيث لا سلطان لإرادة المتعاقدين اتجاهه، أو المكاملة في حالة عدم اتفاق الأطراف عليها أو على خلافها.

ومن التعاريف السابقة نلاحظ أن كل التعريف اعتمد على جزئية معينة فمثلا التعريف الأول لم يبين بدقة المقصود بنوع العقد، واستند على أمثلة في تعريف تكليف العقد، وهذه أمثلة توجي إلى العقود المسماة دون سواها، أما التعاريف الأخرى لتكليف العقد اعتمدت على تقسيم العقود القائم على فئة العقود المسماة التي خصها المشرع بالتنظيم وهذا بإدخال العقد ضمنها فقط دون سواها، ولم تتم الإشارة إلى العقود غير المسماة، برغم من الصعوبة والإشكالات التي تطرحها بشأن تطبيق القواعد القانونية حيث لم تدخل ضمن فرضيات عملية التكليف، فالعقود غير المسماة قد تكون مركبة أو بسيطة، عقود معاوضة أو تبرع، عقود فورية أو زمنية وغيرها.

واستنادا إلى ما سبق، فتكليف العقد عمل ذهني يقوم به القاضي كما سنرى أدناه، فالقاضي ملزم بتكليف العقد وهو الذي يعطي لإرادة المتعاقدين الوصف القانوني الصحيح وهذه العملية تتم عن طريق مرحلتين هما¹:

1- يجب إبراز أهم ما يميز العقد المنظم قانونا، فمثلا عقد البيع والهبة يشتركان في نقل الملكية ويختلفان في الثمن والحيازة فلا ثمن في الهبة لأنها من عقود التبرع بينما تشرط فيها الحيازة، بخلاف عقد البيع الذي يشترط فيه الثمن لأنه من عقود المعاوضة ولا يشترط فيه الحيازة كنقل الملكية.

2- مقارنة العقد محل التكليف بما هو وارد في القواعد القانونية، والتأكد من التطابق بين ما هو مفترض في القاعدة القانونية (لكونها عامة ومجردة) ومضمون العقد محل التكليف، وفي حال التطابق تطبق القاعدة القانونية عليه سواء بقواعدها الأمرة أو المكلمة.

فعند تكليف العقد يجب على القاضي معرفة العناصر القانونية التي يتميز بها كل عقد، وهذا من خلال التشريع فمثلا عقد البيع عرفه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 351 منه "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل مالي"².

فعناصر عقد البيع هي نقل ملكية شيء أو حق مالي، بمقابل مالي، فكلما توافرت هذه العناصر نكون أمام عقد بيع، ولكن أمام تنوع العقود المسماة والعقود غير المسماة، فعملية التكليف ليست بهذه

1 - Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, 2e édition, 2007, p 20 et 21. Et Philippe Malaurie et Laurent Aynés et pierre-yves Gauthier, Droit civil, les contrats spéciaux, Defrénois, 2e édition, 2005, n° 07,p 07.

2- المادة 351 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

السهولة، إذ تظهر العديد من الصعوبات مرتبطة بالتكْييف نظرا للأمور التي يحتاجها التكْييف، فيجب وضع تعريف لكل عقد مسمى وتوضيح عناصره وأساسه وهذا الدور يقوم به المشرع، والأمر الثاني هو البحث عن الإرادة والنية المشتركة للمتعاقدين للتعرف على العقد المراد إبرامه، وأخيرا وضع إرادة المتعاقدين في احد تعريفات العقود المسماة من أجل تطبيق القانون عليها¹.

يتمثل التكْييف في إعطاء صبغة قانونية خاصة للعقد بناء على ما يتضمنه من الآثار التي يهدف إلى ترتيبها طرفاه دون الأخذ بعين الاعتبار للتسمية التي أطلقها عليه، وبالتالي إدخال العقد في دائرة قانونية معينة يتم من خلالها تحديد نوعه ومعرفة الأحكام القانونية المطبقة عليه، ولا تتم هذه العملية بشكل عشوائي بل تركز على ضوابط محددة ويستلزم أيضا الأخذ بعين الاعتبار لكل العناصر المكونة للعقد ذلك حفاظا على الغرض المشروع الذي هدف إليه طرفا العقد وأيضا تحقيقا لإرادتهم وبهذا يتم التطبيق السليم للقانون².

وليس بالضرورة اعتبار حدود الإطار القانوني الذي نتج عن عملية التكْييف في العقد المسمى فقط وإنما قد يتجاوز ذلك إلى فئات قانونية أخرى تندرج تحت طائفة العقد الغير مسمى، مما يلزم تحديد السبيل المناسب لتطبيق القانون في هذه الحالة، فيتم استقرار ما جاء في العقد من الآثار التي أراد الطرفان ترتيبها والتركيبية التي أتى بها العقد وكذا ما أطلقوه عليه من تسمية ودراسة مدى التطابق بين هذه المعطيات وبالتالي تظهر مقومات العقد وأي من العقود المسماة يكمن إلحاقه به، أما إذا تعذر ذلك فيعتبر من العقود الغير مسماة التي لم يخصصها المشرع بأي من الأحكام أو التسميات ويلزم البحث عن الأحكام القانونية التي تنظمه أو المناسبة له³.

ولتكْييف العقد يستلزم تحديد الإطار الشكلي الذي أتى به وذا تركيبته، هل هو عقد بسيط ذو تكوين متجانس، أو عقد مركب يحمل في تكوينه عدة عقود لكل منها نظام قانوني خاص بها، وبهذا يلزم الأخذ بعين الاعتبار كل مقومات العقد وكذا المعطيات ومراعاة إمكانية اتحادها والتي يمكن أن تساعد في تحديد إطاره القانوني وبالتالي الأحكام القانونية الواجبة التطبيق أو استحالة ذلك والاكتفاء بالترابط بين عناصرها.

1- عامر عاشور عبدالله، تكييف العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 164.

2- خليفة الخروبي، القانون المدني، العقود المسماة (الوكالة- البيع والمعاوضة- الإكراء- الهبة)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،

2010، ص 41.

3- المرجع نفسه، ص 42.

والهدف من تكييف العقد هو تحديد النظام القانوني الذي يخضع له في مجمل آثاره وتحديد نطاقه ومشمولاته، سواء بتطبيق القواعد القانونية الأمرة التي تطبق رغما عن إرادة المتعاقدين، أم تلك التي تعتبر تطبق تكميلا لإرادتهما والمتمثلة في القواعد المكملة، في حالة عدم اتفاق المتعاقدين لمسألة من المسائل التفصيلية المتعلقة بالعقد، سواء عن قصد أو عن غير قصد¹، وبناء على الآثار القانونية التي يرتها العقد يمكن تحديد وصفه القانوني وكذا طبيعته القانونية تمهيدا لتطبيق الأحكام القانونية عليه². فالتكييف أو تحديد الوصف القانوني للعقد وتحديد نوعه، هي مسألة فنية يختص بها قاضي الموضوع انطلاقا من مضمون العقد، ومستندا إلى النية المشتركة للمتعاقدين والألفاظ المستعملة للدلالة، دون الوقوف على الدلالة الحرفية، هذا انطلاقا من طبيعة التعامل والعرف الجاري ومبادئ الثقة والأمانة، دون أن يتقيد الوصف الذي أطلقه الطرفان، فأنهما قد يخطئان الوصف أو يتعمدان إخفائه³.

ثانيا: تمييز عملية تكييف العقود عن العمليات المشابهة: تعتبر عملية تمييز التكييف عن الأنظمة الشبيهة له بالأهمية بما كان لكي لا يقع خلط وسوء فهم بين هذه المفاهيم وخاصة أن عملية تكييف العقود لم تحظى بالدراسة الكافية من طرف دارسي وشرح القانون، فقد تناولوها كجزئية تحت عنوان تحديد مضمون العقد فهناك من عالجه كمرحلة سابقة للتفسير كما قال الدكتور العربي بلحاج⁴. وهناك من تناولها كمرحلة لاحقة للتفسير وسابقة لتحديد نطاق العقد، لكنه لم يعالج كموضوع مستقل إلا نادرا، ونظرا لتداخل هذه الجزئيات التفسير والتكييف وتحديد نطاق العقد وبالإضافة إلى أنظمة قانونية أخرى ارتأينا إبراز ما تتميز به عملية تكييف العقود عن باقي الأنظمة الشبيهة له وإبرازه كموضوع مستقل عن غيره.

وعليه سوف نتناول في هذا الجزء تمييز التكييف عن باقي العمليات المشابهة له في تحديد مضمون العقد، وتمييز تكييف العقود عن الصورية، وتمييز تكييف العقود عن تكييف الدعوى.

1 - محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 291.

2- وليد محمد حسين، دور القاضي المدني في تكييف العقد، جامعة قطر، قطر، 2022، ص 9.

3- العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 80.

4- العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 414.

1- تمييز تكييف العقود عن العمليات الشبيهة له في تحديد مضمون العقد: عندما يشرع القاضي في تحديد مضمون العقد فإنه يقوم بتفسير العقد ثم تكييفه ثم تحديد نطاقه ومشمولاته، وعليه سوف نميز التكييف عن هذه العمليات كما يلي:

أ- تمييز عملية التكييف عن تفسير العقود: يختلف التفسير عن التكييف فتفسير العقد يعد وسيلة لمعرفة مبتغى المتعاقدين أو إلى ما انصرفت إليه إرادتهما بعد ما نشأ العقد صحيحاً¹، كما أن التفسير هو العمل على البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 111 من ق م ج².

فاستناداً إلى نص المادة المذكورة أعلاه فكلما عرض على القاضي عقد مدلوله غامض أو غير واضح يكون أمام حالتين: الحالة الأولى عبارة العقد واضحة وبها يكون القاضي والأطراف معا ملتزمين بها ولا يجوز تحريفها، والحالة الثانية العبارة غامضة، فيجب على القاضي تفسيرها للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في الباب الثاني أدناه.

فالتكييف والتفسير يشتركان في كونهما عمل من اختصاص القاضي ويردان على العقد الصحيح فقط، بحيث يقوم القاضي بتفسير العقد بإيضاح مراد الأطراف المتعاقدة، ثم تكييف العقد أي تصنيف العقد إلى أي نوع ينتهي إليه من العقود المسماة؟ وما هي القوانين التي تطبق عليه؟

كما يشتركان أيضاً في المصادر التي نص المشرع إلى وجوب الرجوع إليها من قبل القاضي أثناء القيام بعملية التفسير والتكييف، فبالنسبة للتكييف فقد نصت المادة 107 من ق م ج على ذلك³، فمن هذه المادة نلاحظ أن القاضي عند تكييف للعقد يأخذ بعين الاعتبار القانون، والعرف والعدالة، طبيعة الالتزام. وأثناء التفسير يأخذ بطبيعة التعامل، وبأمانة وثقة بين المتعاقدين، والعرف الجاري في المعاملات.

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 600.

2- نصت المادة 111 ق م ج على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."

3- نصت المادة 107 من ق م ج على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بحسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام."

كما أن القاضي يكون تحت رقابة المحكمة العليا في كلا العمليتين من تكييف وتفسير من الناحية القانونية بالنسبة للتفسير أما من ناحية الوقائع فلا توجد رقابة المحكمة العليا عليه¹. ونظرا لهذا التقارب والعلاقة الوثيقة بين التكييف والتفسير ثار خلاف فقهي يتمحور في أيهما أسبق التفسير أم التكييف، فيرى جانب من الفقه أن القاضي يقوم بتكييف العقد قبل أن يقوم بعملية تفسيره بسبب أن تكييف العقد وإدراجه في فئة معينة من العقود تساعد على تأويله فمن غير التكييف لا يمكن معرفة طبيعة التعامل والعرف الجاري عليه، وهذا يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة والنية المشتركة للمتعاقدين مما يسمح بتحديد الغرض الخاص بهذه العملية القانونية².

إلا أن التكييف ليس دائما مرتبط بالتفسير، لأن التكييف عملية يقوم بها القاضي حتى وإن كانت نية المتعاقدين واضحة ولا يوجد أي غموض في العقد فهو عملية قانونية بحت، بينما التفسير يقوم به القاضي في حالات غموض عبارات العقد وعدم وضوح اتجاه الإرادة المشتركة للمتعاقدين. بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن مسألة تكييف العقد مرحلة لاحقة للتفسير، فبعدما يقوم القاضي بتحديد إرادة المتعاقدين بعد تطبيقه لقواعد التفسير، يقوم بعد ذلك بتكييفها التكييف القانوني الصحيح¹، فالتكييف جزء داخل في عملية تفسير العقد. إذ تتطلب عملية التكييف الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وتفسير إرادتهما، إلا أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة ومعبرة فإن ذلك يؤثر على حرية القاضي وتقيده في تفسيره³، فالأصل أن التفسير يرد فقط على العقد الذي تكون عبارته غير واضحة ولا يعلم إلى ما اتجهت إليه نية المتعاقدين، عكس التكييف فلا يلتزم القاضي بالتكييف الذي يعطيه المتعاقدان للعقد ويمكنه له إعادة تكييف وفقا للعناصر الداخلية أو الخارجية للعقد، لأن عملية التكييف عملية فنية قانونية بحتة. وحسب هذا الرأي فإن دور القاضي في التفسير يسبق دوره في التكييف ويرتبط به، فبعد أن يتبين القاضي الإرادة والنية المشتركة للمتعاقدين سواء إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة على هذه النية

1- صبري السعدي، المرجع السابق، ص 280.

- ينظر أيضا: سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 278.

2 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 616.

3- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة الجليلي

ليابس -سيدي بلعباس، مج 11، ع 03، ديسمبر 2020، ص 443

والإرادة، أو عن طريق تفسير عباراته غير الواضحة، يتعين عليه إعطاء وصف وتكييف قانوني صحيح للعقد حتى يستطيع أن يرتب عليه آثاره القانونية الصحيحة¹.

وعليه فمن غير المعقول أن يقوم القاضي بتكييف العقد وتصنيفه إلى عقد معين ومنظم ومحدد الآثار سواء متعلق بنقل الملكية مثل عقد البيع أو الهبة، أو متعلق بالانتفاع مثل الإيجار والعارية أو متعلق بالعمل مثل المقاولة أو الوكالة، قبل أن يتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين وإلى ما اتجهت إليه إرادتهم وهذه العملية تتم بتفسير العقد، فالتفسير دائما يسبق التكييف في جميع الحالات وسيتم التفصيل أكثر في ذلك في الباب الثاني.

ب- تمييز عملية التكييف عن تحديد نطاق العقد: بعد أن يقوم القاضي بتكييف العقد وتصنيفه ضمن نوع معين من العقود، يجب عليه أن يحدد الآثار التي تترتب عليه في ذمة كل من المتعاقدين، أي أن يحدد نطاقه ويتم تحديد نطاق العقد والالتزامات الناتجة عنه على أساس ما توافقت عليه إرادة الأطراف بالفعل، أي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وأيضا ما يعتبره القانون فيه قواعد المكملة أنهما ارتضياه حكما بهدف استكمال العقد وتحديد مشتملاته ويستند في ذلك القاضي إلى طبيعة الالتزام ولأحكام القانون والعرف والعدالة². فطبيعة الالتزام مثلا في عقد البيع يجب أن يشمل العقد على العين المباعة وملحقاتها ولو لم تذكر هذه الملحقات في العقد، فبيع السيارة يشتمل بيع إطاراتها وأدوات الاحتياط الخاصة بها وغيرها.

فإذا وجد القاضي نقصا أو قصورا في نطاق العقد ولم يتم تحديده من قبل المتعاقدين، يلجأ إلى القانون في قواعد المكملة أو إلى طبيعة الالتزام وباقي المصادر المذكور في نص المادة 111 من ق م ج، وعليه فإن تحديد نطاق العقد هو تحديد الآثار القانوني للعقد ويعتبر مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا³.

مما سبق طرحه فان تكييف العقد وتكاملته أو تحديد نطاقه يلتقيان في أن للقاضي سلطة التدخل في العقد وهذا بتكييف أي تصنيفه إلى أي العقود المسماة ينتمي ثم يقوم بتحديد مشتملات

1- سيلمان مرقس نظرية العقد، المرجع السابق، ص 287.

2- العربي بلحاج، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 418.

3- زرقون نور الدين، سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع02. جامعة ورقلة - الجزائر، -، 2013، ص12.

العقد والتزاماته التفصيلية التي لم يتطرق لها المتعاقدان، إلا أن التكييف يسبق تحديد نطاق العقد، كما أن كلا النظامين يخضع فيهما القاضي لرقابة المحكمة العليا.

بينما يختلفان في المصادر والآليات، فتحديد نطاق العقد أو تكملته يخضع لأحكام المادة 65 والمادة 111 من ق م ج، أي إلى طبيعة التعامل والقانون والعرف والعدالة. بينما في التكييف فالقاضي يأخذ بإرادة الأطراف وصفتهما وبيان العقد في حد ذاته، كما أن التكييف يتضمن الكشف عن الوصف القانوني للعقد وتحديد الفئة التي ينتمي إليها بخلاف تحديد نطاق العقد، فدور القاضي فيه إكمال النقص الذي يعتري العقق¹.

فبالرغم من كون التكييف والتفسير وتحديد نطاق العقد هي عبارة عمليات يقوم بها القاضي من أجل تحديد مضمون العقد، أي غايتها واحدة وهي تحديد مضمون العقد وتحديد آثاره القانونية بالنسبة للمتعاقدين، إلا أن كل عملية تعتبر نظام قانوني مستقل عن الآخر في جزئيات معينة.

2- تمييز الصورية في العقد عن الخطأ في التكييف: تعتبر الصورية من التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد يومياً بهدف إخفاء حقيقة ما تم الاتفاق عليه ويتم ذلك عندما يقدم الطرفان على إبرام عقد معين في شكل عقد آخر مثل عقد البيع في صورة عقد هبة أو العكس مما ينتج على ذلك آثار قانونية عديدة، وقد أورد الفقه مجموعة من تعريفات للصورية محاولاً ضبط مفهومها فقد عرفت بأنها: "اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية بتصرف ظاهر"².

وعرفت أيضاً بأنها: "وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين"³، وبهذا يمكن القول أن الصورية تحمل تصرف ظاهر للغير لا تتجه إرادة الطرفين لإبرامه وتصرف مستتر وقد يكون هذا الأخير إما تعديل بعض أحكام التصرف الظاهر كتغيير ثمن المبيع بين العقد المستتر والعقد الظاهر أو محو كل آثاره.

ولكي نكون بصدد عقد صوري أو حالة الصورية يجب توفر جملة من الشروط اجمع عليها الفقه، وتتمثل في ضرورة وجوب شخصين كشرط أولي ورئيسي فهي عقد لا يتحقق بوجود شخص واحد رغم إمكانية ورودها في عقد ملزم لجانب واحد كإظهار عقد القرض في صورة ودیعة، وبالتالي يكون عقد

1- دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، ع 12، الجزء الأول، 2018، ص 142،

2- العرفات نواف فهدى مرداوي، الصورية في التعاقد -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، 2010، ص 09.

3- عدنان عبد الهادي حسن حسان، يونس محي الدين فايز الاسطل، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص 54.

الوديعة هو عقد صوري غير حقيقي أما القرض فهو العقد الذي اتجهت إرادة الأطراف لتحقيق آثاره وهو عقد مستتر، ويمكن للصورية أيضا أن ترد في العقود الملزمة لجانبين كإظهار البيع في صورة الهبة بين الأصول للهرب من الدفع الضريبي.

وهذا ما يجرننا إلى وجوب تحقق الشرط الثاني في الصورية وهو وجود عقدين كما رأينا في الأمثلة السابقة كعقد البيع في صورة هبة أو وديعة في صورة قرض ويجب أن يكون العقدين متزامنين تتجه إرادة الأطراف لإبرامهما في وقت واحد وذلك لكي لا يعتبر العقد الثاني تعديل أو تصحيح للعقد الأول، ويلزم أن يكون العقدين مختلفين من حيث الطبيعة والأركان والشروط¹.

وفي حالة كان الاختلاف في جزء معين كنا أمام الصورية النسبية كاختلاف ثمن المبيع بين العقد الظاهر والعقد الخفي، وفي حالة ما إذا كان الاختلاف كلياً كنا بصدد صورية مطلقة كإظهار عقد الإيجار وإخفاء عقد البيع، وهذا ما يوضح لنا الاختلاف الجوهرى بين النوعين ففي الصورية النسبية يكون العقد الظاهر موجود وهو حالة قانونية صحيحة باستثناء جزء منه، أما الصورية المطلقة فلا يكون للعقد الظاهر كيان قانوني ويعتبر العقد المستتر هو النافذ بين المتعاقدين لأن إرادتهم اتجهت لتحقيق آثاره. أما الخطأ في التكييف فيقصد به إعطاء صبغة أو وصف قانوني للعقد لا ينطبق على مضمونه، لذلك يمكن القول أن الصورية تتفق مع الخطأ في التكييف في أن كلاهما ينشئان وضع ظاهر يخالف الوضع الحقيقي المستتر، وبالتالي إطلاق اسم غير صحيح على العقد.

لكنهما في جانب آخر يختلفان في شيء جوهري تقوم عليه كل العقود وهو الإرادة، فنجد في حالة الخطأ في التكييف أن إرادة الأطراف تتجه إلى تنفيذ ما نتج عن العقد من الالتزامات بشكل حقيقي وكامل وبالتالي نكون أمام عقد واحد بنفس المضمون ولكن أطلقت عليه تسمية غير حقيقية، بخلاف الوضع في الصورية فإرادة الأطراف لم تتجه إلى تنفيذ العقد الظاهر والالتزامات الناتجة عنه بل اتجهت إلى إخفاء عقد آخر قصد التهرب من تطبيق القانون، وتختلف الصورية عن الخطأ في التكييف أيضا في واقعة الإثبات إذ تثبت الخطأ في التكييف بكافة طرق الإثبات أما الصورية فهي لا تثبت إلا بالكتابة²، بخلاف الخطأ في التكييف فهي مسألة يثيرها القاضي من تلقاء نفسه ولا يحتاج إلى أن يثبتها احد .

ويمكن للخطأ في التكييف أن يكون بقصد أو بدون قصد، ففي حالة حدوثه بغير قصد يعتبر أنه بعيد كل البعد عن الصورية، لكنه يكاد أن يتطابق معها إذا كان بقصد لأهمها يشتركان في الغرض من

1- العرفات نواف فهي مرداوي، المرجع السابق، ص 12، 13.

2- عبد الحكم فودة، البطالن في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، ط02، دب ن، 1999، ص 253.

وجودهما والعمل بهما وهو التحايل على القانون وما أتى به من قواعد أمره، ولكن يختلفان في كون الصورية لها عقدين عقد مستتر وعقد ظاهر أما الخطأ في التكييف هو له عقد واحد.

بالإضافة إلى ما سبق فإنه يمكن القول أن العقد الصوري لا ينقلب إلى عقد صحيح مهما طال الزمن وتبقى الدعوى الخاصة به قائمة ولا تسقط بالتقادم ويمكن لكل ذي مصلحة مباشرتها بعكس الخطأ في التكييف إذ تبقى سلطة تصحيحه في يد القاضي وحده وإعطائه الإطار القانوني الصحيح والتسمية التي تتوافق ومضمونه، أما في حالة العقد الصوري فليس بالضرورة الأخذ دائما بالعقد الحقيقي فيمكن للقاضي الأخذ بالعقد الصوري تحقيقا لما تمليه المصلحة وخاصة تلك التي تتعلق بالغير حسن النية الذي لا يعلم بإرادة الأطراف الحقيقية، وتطبيقا لمبدأ القائل بأن القاضي لا يحكم إلا بما طلب منه فإنه في هذه الحالة لا يجوز له أن يحكم إلا بما تمسك به صاحب المصلحة بخلاف الأمر في الخطأ في التكييف والذي يتولد عنه عقد غير صحيح يستلزم تصحيحه من القاضي دون انتظار صاحب المصلحة لإثارته¹.

3- تمييز تكييف العقد عن تكييف الدعوى: من أبرز الحقوق التي نصت عليها الدساتير

والتشريعات في العالم هو الحق في اللجوء إلى القضاء وذلك من خلال الدعوى، فلكي يحكم القاضي فيها بحكم يرسى به رأيه القانوني يستلزم أن تطرح أمامه طرحا صحيحا، فعند اللجوء إلى القضاء نكون أمام ثلاثة عناصر هما القاضي والنزاع والنتائج وهو حكم استوعب النزاع ووضع له إطار قانوني سطر به حدود وهو القرار القضائي.

ولكي يتم العبور السلس والسليم بين الواقع والقانون يجب على القاضي القيام بعملية التكييف والتي عرفها البعض بأنها تلك العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع²، أو تحديد إطار قانوني معين تدرج ضمنه الواقعة وكذا تبيان القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها.

ويختلف مفهوم تكييف الدعوى عن تكييف العقد في جانبين أساسيين وهما:

أ- من حيث شروط القبول والجهة المختصة في ذلك: يظهر الاختلاف واضحا بين تكييف التصرف

الذي بنيت عليه الدعوى وتكييف الدعوى بحد ذاتها فهي في ظاهرها علاقة الجزء من الكل، إذ يمكن

1- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام - النظرية العامة للالتزامات- القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الجزائر، الكويت، 2004، ص 166.

2- شحاتة محمد نور عبد الهادي، فكرة سلطة التكييف في القانون الإجرائي، دراسة مقارنة في القوانين الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 40.

القول أن نتيجة الدعوى تبنى على تكييف التصرف الذي أقيمت عليه الدعوى، فتكييفها مرتبط بشكل وثيق بطلبات رافعها وتتأثر بتكييف التصرف، بخلاف تكييف العقد فهو لا يتأثر بما يعطى للدعوى من تكييف، ويعتبر الوصف المعطى للدعوى وصف قانوني يعطيه القاضي لها دون الأخذ بعين الاعتبار للوصف المعطى من طرف المتخاصمين والقواعد القانونية فيما تطبق بشكل تلقائي دون الحاجة إلى أن يطالب بها صاحب المصلحة¹.

ب- من حيث الهدف: يختلف تكييف الدعوى عن تكييف العقد في الهدف المرجو من كلا العمليتين، إذ نجد أن تكييف الدعوى عملية إجرائية ذات طابع شكلي، يتمثل الهدف الرئيسي من القيام بها هو تحديد القواعد القانونية الواجبة للتطبيق على الطلبات التي قدمها المتخاصمان وكذا البحث عن مدى صحة وسلامة الإجراءات المتبعة لتطبيق ذلك، بخلاف تكييف العقد أو التصرف القانوني فهو عمل يغلب فيه الموضوع ويهدف إلى تحديد النظام القانوني والأحكام التي تطبق عليه سواء من حيث وجوده أو أثاره بين المتعاقدين أو الغير وكذا حالات انقضائه².

1- بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012/2013، ص 21.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 21.

المطلب الثاني

المصادر المعتمد عليها في عملية تكييف العقد

يمكن اعتبار العلاقة بين القانون المنظم للعقود والقانون بصفة عامة بأنها علاقة الجزء من الكل فقانون العقود يعتبر جزء من القانون عامة ويأخذ صفاته كالإلزام والتجريد وكذا له نفس مصادره وتعرف هذه الأخيرة بأنها مختلف العمليات التقنية والفنية التي تنشأ بها القواعد القانونية، أو هي تلك الآليات التي تخرج بها القاعدة القانونية وتصبح ملزمة للمخاطبين بها.

والقاضي في عملية تكييفه للعقد التي تستند في أساسها على المادة 29 من قانون إجراءات المدنية والإدارية يعتمد على هذه المصادر لإلحاق كل عقد بإطاره القانوني أي القانون الواجب التطبيق عليه الذي أقره المشرع في القانون، وتتمثل هذه المصادر في مصادر رسمية أصلية سيتم التطرق إليها في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) فقد خصص للمصادر الرسمية الاحتياطية.

الفرع الأول

المصادر الرسمية الأصلية (التشريع)

تعتبر المصادر الرسمية تلك المصادر التي تكشف عن القاعدة القانونية وتجعلها نافذة¹ وهي المرجع الرئيسي الذي يكتسب منه القانون القوة الملزمة، وتمثل المصدر الأساسي لقانون العقود خاصة التشريع الذي يشمل بدوره جميع النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية ولقد حددها المشرع في المادة الأولى من ق م ج بقوله: "يسرى القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ويستشف من هذه المادة أن المشرع حدد أربعة مصادر رسمية وهي: القانون، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي.

وللقانون أولوية في التطبيق لأنه يمثل المصدر الأصلي أو ما يعرف بالمصدر العام وفي حالة عدم وجود مادة قانونية واضحة فيه فللقاضي الاعتماد على المصادر الأخرى حسب ما تم ترتيبه في المادة سابقة الذكر وذلك على سبيل الاحتياط²، وبهذا سيتم التطرق إلى التشريع كمصدر أصلي و إبراز أهميته في عملية التكييف بالتطرق تباعاً إلى تعريفه والتقنيات المعتمد عليها في عملية التكييف

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 203.

2- علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 204.

أولاً: التشريع كمصدر رئيسي لقانون العقود: يعتبر التشريع في العصر الحديث من أبرز مصادر القانون بل يمكن اعتباره المصدر الأول ويعود ذلك للتطور الهائل في المعاملات بين الأشخاص وزيادتها هذا من جهة، ومن جهة ثانية ما تفرضه هذه الحالة من ضرورة تأطيرها وتقنينها، ولهذا يمكن اعتباره المصدر الأساسي لقانون العقود والذي يعتمد عليه القاضي في قيامه بعملية تكييف العقد محل النزاع وتبيان القواعد القانونية التي يتم تطبيقها عليه.

ويقصد بالتشريع عامة لدى فقهاء القانون بأنه: "القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة عامة يختصها المجتمع بوضع القانون في صورة مكتوبة"، أو "هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة ووفقاً لإجراءات المقررة لذلك." أو "وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع بواسطة السلطة المختصة طبقاً للإجراءات المقررة لذلك".¹

المستقرى لهذه التعاريف يلاحظ أن التشريع في وجوده يرتكز على ثلاثة مكونات أساسية ومتكاملة فيما بينها تتمثل في موضوع التشريع والذي يعنى به الهدف من سن التشريع والمتمثل أساساً في تنظيم سلوك الأفراد إذ تعتبر القواعد القانونية قواعد تقويمية للسلوك الإنساني فهي تتميز بالإلزام والتجريد والعمومية بخلاف باقي قواعد السلوك كالقواعد الأخلاقية مثلاً إذ لا تكون ملزمة للأفراد ، أما العنصر الثاني فيتمثل في لزوم إخراج القانون في شكل تقنين يتم فيه تجميع المواد القانونية المتصلة بفرع معين من طرف الجهة المختصة في ذلك وهذا ما يميز القواعد القانونية عن باقي القواعد الأخرى كالعرف فرغم تدوينه إلا أنه يختلف في نشأته عن القواعد القانونية فهي تنشأ بشكل تلقائي ويعتبر التواتر والتكرار أبرز شروطها بخلاف القواعد القانونية التي يشترط فيها الشكل للقيام بها.

وتجدر الإشارة هنا إلى وجوب التفريق بين الشكلية في التشريع ووجوب تجميع القواعد القانونية في شكل معين، إذ نعني بهذه الأخيرة تجميع القواعد القانونية المتصلة بأحد الفروع من القانون في تقنين معين مثل تجميع القواعد المنظمة للعلاقات بين الأفراد في التقنين المدني ويعتبر الصدور عن السلطة المختصة شرط أساسي فلا يعتد بأي تجميع يقوم به شخص أو هيئة أخرى غيرها، وهذا ما يعرف بالعنصر العضوي في التشريع إذ تعتبر السلطة التشريعية هي المختصة في ذلك كأصل عام وهذا احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات والذي يعتبر من أبرز المبادئ المكرسة للديمقراطية.

1- علي فيلال، المرجع السابق، ص 211.

ولا تخفى أهمية هذا المصدر في عملية تكييف العقد خصوصاً القانون المدني باعتباره الشريعة العامة الذي ينظم جل العقود من خلال تسميتها وتحديد إطارها القانوني بالإضافة إلى تقنيات أخرى كالقانون التجاري، قانون الترقية العقارية، قانون الاستهلاك وسيتم تناول هذه العناصر فيما يلي:

1- القانون المدني (الشريعة العامة): يجد مبدأ سلطان الإرادة الذي يشكل أساس النظرية التقليدية للعقد مستقره في القانون المدني فهو يعتبر أكثر التقنيات إخلاصاً لهذا المبدأ إذ تصبغ غالبية موادها بالصبغة التكميلية كأصل عام، فيمكن للمتعاملين بها الاتفاق على ما يخالفها بشرط عدم التعارض مع النظام العام فالإرادة هي أية قانون¹، كما عبر عنها السنهوري والإفصاح عنها يعتبر مرحلة نهائية يسبقها بعض العمليات الذهنية حسب علماء النفس والمتمثلة في عملية الإدراك، والذي يعنى به توجه التفكير لشيء معين ثم عملية التدبر حيث يتمعن الشخص في الأمر ويحلله ثم بعد ذلك تأتي مرحلة أخذ القرار النهائي وبداية تطبيقه على أرض الواقع².

وبالتالي التعبير عن هذه الإرادة سواء بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة، واستثناء قد خص المشرع بعض العقود بأحكام خاصة كتلك المتعلقة بالتعامل في العقار إذ نجد أنه ألزم بإخضاعها لشكلية معينة يقوم بها شخص مختص (الموثق) وفق إجراءات خاصة ينجر عن تخلفها بطلان العقد.

ويعتبر الهدف الأساسي من وراء إبرام العقد هو إنشاء التزامات بين طرفيه، الأمر الذي من شأنه خلق بعض المشاكل القانونية بين العاقدين وخاصة إذا تعلق الأمر بحالة عدم تنفيذ هذه الالتزامات وما قد ينتج عن ذلك من آثار قانونية وكذا سوء تنفيذه والذي يعتبر إخلالاً بمبدأ القوة الإلزامية للعقد من حيث مضمونه، على اعتبار أن موضوع العقد في حد ذاته هو الالتزام المراد تحقيقه من وراء التعاقد إذ يعتبر العقد هو التشريع الأساسي الذي يحكم بين المتعاقدين إعمالاً بالقاعدة القانونية العامة كأصل عام والتي تقضي: " تكون الاتفاقات المكونة قانوناً بمثابة القانون لمن أوجدها، ولا يمكن نقضها إلا بإرادتهم المشتركة أو لأسباب يسمح بها القانون ويجب تنفيذها بحسن نية"³.

لكن يمكن للقاضي التدخل في النزاع المطروح بشأن العقد خاصة ذلك المتعلق بموضوع تكييفه ولا يكون هذا إلا من خلال عملية ذهنية يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المطروحة عليه بقاعدة

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، ط 03، بيروت، لبنان، 2007، ص 05

2- برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، سوريا، دط، دس، ص 11.

3- سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 16

قانونية يراها صالحة حسب تقديره لحسم النزاع وبالتالي إلحاقه بها، وتصنيفها تصنيفا معتبرا قانونا فالقاضي غير ملزم بتبني التسمية التي أعطاها الطرفان للعقد بل يبحث في مدى تطابق ما تضمنه العقد والأحكام القانونية المطبقة على العقود التي عددها المشرع وحدد نظامها القانوني في الباب السابع، الثامن، التاسع، العاشر، والباب الحادي عشر تضمنها الأمر رقم 58-75 المتعلق بق م ج فهو يعتبر بذلك المرجعية الأصلية والرسمية للقاضي في عملية التكييف.

2- التشريعات الخاصة: إضافة إلى القانون المدني فإنه يمكن للقاضي الاعتماد على تشريعات خاصة في عملية التكييف كالقانون التجاري، قانون الترقية العقارية، وقانون الاستهلاك سيتم التطرق إليها تباعا: **1-2- القانون التجاري:** يعد القانون التجاري قانون حديث النشأة مقارنة بغيره من القوانين كالقانون المدني مثلا ولم يظهر كقانون مستقل له قواعد خاصة إلا في عهد قريب استجابة لما فرضته الحاجة الاقتصادية وكثرة المعاملات التجارية بين الأفراد وما نتج عنها من مراكز قانونية خاصة بالأفراد المتعاملين والذي يطلق عليهم التجار وكذا فئة جديدة من الأعمال تخضع بدورها لقواعد قانونية خاصة.

فالقانون التجاري يعرف بأنه: "عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم وتحكم الحياة التجارية أو العالم التجاري"¹، وتتميز طبيعة الالتزام في ظلّه عن الالتزام المدني في عدة جوانب كعدم مجانية العقد التجاري، الاستثنائية المقررة في أحكام الرهن الحيازي التجاري، الأهلية التجارية التي تختلف عن الأهلية المدنية وغيرها من العناصر².

وتعتبر هذه الخصوصية أحد أبرز الأسباب التي ألزمت المشرع على تشريع القانون التجاري والذي يحكم المتعاملين به والأعمال التي يقومون بها وكذا تضمنه مجموعة من العقود وتسميتها ووضع إطار قانوني خاص بها، إذ عنون الباب الرابع من الأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري بالعقود التجارية وحدد في المادة 30 منه أدلة إثباتها إذ نصت على: "أنه يثبت العقد التجاري....".

وحدد في المادة 34 من الفصل الثالث من الباب نفسه عقد الوكالة التجارية والفصل الرابع خصص لعقد النقل البري وعقد العمولة للنقل أما عقد نقل الأشخاص فقد تناوله في الفقرة الأولى من القسم الثالث، ما فيما يخص العقود الخاصة بالمحل التجاري فقد تناولها الفصل الثاني من الباب الأول

1- نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري - الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري -، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط 06، الجزائر، 2004، ص 05.

2- لحاق عيسى وزروق مروان، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الاقتصادي، ع 30 (2)، 2017، ص 417. ج ر، ع 14.

من الكتاب الثاني فحدد كيفية بيع المحل التجاري وكذا الوعد البيع وغيرها من العقود التجارية التي عددها في هذا الأمر، فالقاضي يمكن له الاستعانة بالقانون التجاري في عملية تكليف العقد محل النزاع شأنه في ذلك شأن القانون المدني فهو قانون يحوي مجموعة من العقود المسماة ذات معالم قانونية واضحة.

2-2- قانون الترقية العقارية: تعتبر الترقية العقارية من المواضيع الجديدة والحديثة التي خصها المشرع الجزائري بنظام تشريعي بغية القضاء على أزمة السكن التي واجهتها الجزائر منذ الاستقلال وكذا تحقيق السياسة الوطنية لتطوير نشاطات الترقية العقارية، وذلك بإصداره ترسانة من القوانين المتتالية كان آخرها القانون رقم 11-104 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

وهذا القانون تميز عن سابقه بالدقة والوضوح في تحديد المراكز القانونية للمتعاملين في الترقية العقارية سواء كان المرقي العقاري أو المقتني وكذا نصه على كيفية التعامل فيما من خلال سنه لعقود خاصة بها تدعى عند غالبية الفقه بعقود الترقية العقارية والتي تتمثل في عقد البيع على التصاميم (المادة 28) وعقد حفظ الحق (المادة 27)، وبذلك يمكن للقاضي الاستعانة بهذا القانون في عملية تكليف العقد محل النزاع خاصة إذا كان موضوع العقد المتنازع فيه هو البيع.

إذ يمكن أن يخطأ الطرفان في تكييفه فيبحث القاضي في مقومات العقد المطروح أمامه هل يحمل مقومات عقد البيع العادي أم مقومات عقد البيع على التصاميم، خاصة أن المشرع في تعريفه لعقد البيع على التصاميم لم يبتعد كثيرا على التعريف الخاص بعقد البيع المدرج في القانون المدني باستثناء محل البيع الذي يلزم أن يكون في عقد البيع على التصاميم على شكل حقوق عقارية أما في البيع العادي فيمكن أن يرد على شيء سواء كان عقار أو منقول.

وقد عرف الفقه عقد البيع على التصاميم بأنه: "هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع (المرقي العقاري) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد، وأن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات والتصاميم والنماذج والرسومات المتفق عليها، كما يلتزم بنقل حقوقه على الأرض، وكذلك

1- القانون رقم 11/04 المؤرخ في 11 أبريل 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج، ر، ع، 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

ملكية البناء المقام على الأرض والموجود وقت إبرام البيع ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلاً أولاً بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها ويلتزم المشتري بدوره بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء"¹.
لكن المستقرى لهذا التعريف يلاحظ أن العقدان يختلفان في عدة جوانب كصفات الأطراف مثلاً إذ يبرم عقد البيع العادي بين أشخاص القانون المدني أما عقد البيع على التصاميم فأحد أطرافه مركز صفات قانونية خاصة تستدعي البحث عن الإطار القانوني الذي يلحق به، إذ يلزم في عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان إبرامه من طرف المرقى العقاري الذي حدد القانون سابق الذكر صفاته وشروط اكتسابه لهذه الصفة، وهذا ما أكدته المادة 26 منه إذ نصت على أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري، وكذا المادة 29 والتي نصت على أنه لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق إلا من طرف مرقى عقاري.

وكذا اختلاف الشكلية التي يأتي فيها عقد البيع على التصاميم عن تلك التي تكون في البيع العادي إذ تكون في عقد البيع على التصاميم شكلية نموذجية حدد لها المشرع نموذج خاص يتم فيه وقد نص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، وهي عنصر للانعقاد لا الإثبات تطبيقاً لأحكام المادة 25 من القانون السالف الذكر إذ ينتج عن تخلفها البطلان المطلق للعقد، بخلاف تلك الشكلية التي تكون في البيع العادي فهي شكلية نتجت عن العرف التوثيقي إذ توارثها الموثقين ولم يضعها المشرع وهي كأصل عام تكون للإثبات باستثناء تلك البيوع التي ترد على عقار فقد ألزم المشرع وضعها في إطار شكلي تحت طائلة البطلان عند عدم الالتزام بذلك.

ويعتبر محل العقد أي المبيع إحدى أبرز الاختلافات الموجودة بين العقدين إذ نجد في عقد البيع على التصاميم أنه يرد على عقار لم يتم إنشاؤه بعد، أي أنه لا يمكنه أن يرد ولا بأي شكل من الأشكال على شيء موجود وهذا ما يعطيه نوع من الخصوصية عن باقي البيوع، هذا وغيرها من الجوانب التي تميز بين العقدين مما يعطي للقاضي القدرة في قراءة مقومات العقد محل النزاع ومحاولة إلحاقه بإحدى هذه العقود وتكييفه وبالتالي يمكنه الاستعانة بقانون الترقية العقارية في ذلك.

1- زوبية عز الدين، خصوصية عقد البيع على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة الجزائر 1، عدد تجريبي، ص 46.

2- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجير وأجالها وكيفية دفعها، ج ر، ع 66، المؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

أما فيما يخص عقد حظ الحق والذي يعرف بأنه: "عقد ابتدائي لبيع عقار في طور البناء، يتمكن من خلاله المشتري بعدم الالتزام بصفة نهائية لإبرام العقد النهائي الناقل للملكية البنائية المنجزة، وذلك للوقوف على جدية المشروع ومدى توافقه مع المواصفات الأساسية للبنائية المتفق عليه مع البائع أي المرقى العقاري"¹.

فغالبا ما يتم الخلط بينه وبين الوعد بالبيع لما لهذه العقود من نقاط مشتركة، إذ يتشابه مع الوعد بالبيع في أنهما من العقود الآجلة يتحققان بعد مرور مدة معينة وكذا بقاء الواعد على وعده إلى غاية انتهاء المدة المتفق عليها، ونفس الأمر بالنسبة للمرقى العقاري فلا يمكنه التصرف في البنائية عند إتمامها إلا لصاحب حفظ الحق وغيرها من الجوانب المشتركة التي يمكن أن تؤدي بأطراف العقد إلى إعطاء تكييف خاطئ لالتزاماتهم، مما ينجر عنه نزاعات أثناء التنفيذ فيستعين القاضي بقانون الترقية العقارية والمرسوم التنفيذي له لإعطاء تكييف صحيح للعقد محل النزاع.

2-3- قانون الاستهلاك: تعتبر فكرة التصرفات القانونية التي يقوم بها المستهلك في ظل عملية الاستهلاك أساس قيام عقود الاستهلاك وهي تصرفات تختص بمميزات تختلف تماما عن الخصائص المتعارف عليها في العقود الأخرى، خاصة تلك المتعلقة بالعلاقات القانونية التي تنتج عنها والتي تستلزم تطبيق قواعد قانونية خاصة تهدف في مجملها إلى حماية المستهلك في مواجهة الطرف المهني وقد عرف الفقه عقد الاستهلاك على أنه: "العقد الذي يبرم بين المهني والمستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الأول للثاني بغرض إشباع حاجياته الشخصية والعائلية"².

وقد نظم المشرع هذه التصرفات القانونية في القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، الهدف من خلاله إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش وكذا تحديد الأحكام القانونية التي تحكم سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك سواء كانت بالمقابل أو بالمجان، وأيضا على كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض الاستهلاكي.

وبالتالي يمكن للقاضي الاستعانة بأحكام هذا القانون في تكييفه للعقد محل النزاع وذلك للتدخل الكبير بين التصرفات القانونية التي تحكمها الشريعة العامة، وبين تلك التي تدخل في إطار هذا القانون

1- بن حمام نجية، عقد حفظ الحق، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 07.

2- محمود محمد إبراهيم أبو فروة، عقود الاستهلاك بين النظرية والواقع التشريعي (دراسة تحليلية في مفهوم عقود الاستهلاك)، كلية العلوم والدراسات الإنسانية، جامعة الشقراء، المملكة العربية السعودية، ص 211.

3- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 8 مارس 2009، المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15، المؤرخة في 12 مارس 2009.

فيعتمد في ذلك على المراكز القانونية لأطراف العقد والصفات التي تعاقدوا بها، وكذا موضوع العقد ولزوم انصراف نية المستهلك إلى اقتناء الأشياء لتلبية حاجاته الخاصة والشخصية والتي ليس لها امتداد لنشاطه المدني وإلا اعتبر عقدا خاصا.

ثانيا: المصادر الاحتياطية: رغم ذهاب معظم الفقهاء للقول بأن القاضي في عملية تكييفه للعقد يكتفي بالتشريع لما يحمله من عقود مسماة ذات إطار قانوني واضح إلا أننا نرى بأنه يمكن له الاعتماد أيضا على المصادر الاحتياطية تطبيقا لما جاء به المشرع في المادة الأولى من قانون المدني ونعني بالمصادر الاحتياطية تلك المصادر التي يرجع إليها القاضي لحل النزاع في حالة عدم وجود المصدر الأصلي.

وتتمثل الحاجة إلى هذا النوع من المصادر في النقص الذي يلحق التشريع في بعض الجزئيات وكذا الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي والذي يتمثل في الفصل في النزاع المطروح أمامه وقد حددها المشرع إذ تتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وسنخصص فيما يلي عرض لمبادئ الشريعة العامة والعرف باعتبارهما أكثر المصادر الاحتياطية انسجاما مع مصادر القانون الذي يحكم العقود.

1- مبادئ الشريعة الإسلامية: يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان الرسول محمد ﷺ سواء أكان عن طريق القرآن أو السنة القولية أو الفعلية، أو التقريرية¹، ويقصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون تلك المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية التي ليس فيها خلاف بين المذاهب فالقصد هنا بالأصول دون الجزئيات وكذا في المعاملات التي تخضع للقانون الخاص دون العبادات².

وبذلك يمكن للقاضي الاستعانة بهذا المصدر في عملية التكييف خاصة في تلك العقود التي تعتبر ذات منشأ إسلامي كالوقف ورغم تنظيمه في قانون خاص به إلا أن الشريعة الإسلامية هي مصدره المباشر، وكذا عقد الهبة فهو عقد نظمه قانون الأسرة إلا أنه يمكن الاستعانة بمبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وضوح النصوص التي جاءت فيه وغيرها من العقود، ورغم أن دور هذا المصدر أصبح ضيق لأن المشرع قد نظم تقريبا كل المسائل التي دأب الأفراد على التعامل فيها إلا أنه يبقى ذو أهمية خاصة لما للمجتمع الجزائري من طابع محافظ ومتشدد في التعامل وفق الشريعة الإسلامية.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 242.

2- نجيمة علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حوليات جامعة الجزائر 1، مج 34، ع

2- **العرف:** يعرف العرف بأنه: "اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانوناً"، وبذلك يعتبر العرف قانون غير مكتوب¹ رغم - وجود بعض الأعراف المكتوبة لكن الكتابة هنا ليس لإنشائها بل لتدوينها وحفظها فقط- تتكون بشكل تلقائي دون أن يكون للمشرع دخل في ذلك فهو كما يقال عنه مصدر فطري وهو أول شكل ظهر به القانون للوجود². ويرتكز العرف في وجوده على ركنين أساسيين وهما الركن المادي ويقصد به تكرار سلوك الناس في أمر معين بشكل يكفي لإنشاء عادة مكتملة الشروط في العمومية والقدم والثبات وأضاف بعض الفقه شرط آخر وهو الشهرة لكن هذا الشرط غالباً ما تحمله الشروط الأخرى في طبيعتها، فالسلوك الذي يتصف بالعمومية هو مشهور مثلاً بالإضافة إلى هذا فيلزم أن يكون العرف لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

لكن أنتقد هذا الرأي لاعتبارات عديدة أولها في التسليم بأن العرف قانون فهو لن يكون مخالفاً للنظام العام كتحصيل حاصل لكن الاحتمال أن يتعارض مع قانون أسى منه درجة احتمال وارد، أما الثاني فيتمثل في فكرة أن العرف وما يتداول بين الأفراد هو من يحدد النظام العام والآداب العامة كما هو متعارف عليه في الجزائر، ويعتبر من النظام العام قد لا تقبله دولة أخرى ويكون مخالفاً لنظامها العام، أما الركن الثاني فهو الركن المعنوي أو ما يعرف بالاعتقاد بالالتزام فلا يكفي لنشوء العرف التكرار والتواتر في السلوك بل يلزم توفر اقتناع الناس بأن هذا السلوك ملزم لهم³.

وبالإضافة إلى ما يتعارف عليه بالنسبة للعادات الاجتماعية فإن هناك ما يعرف بالعادات القانونية تنتج عن الممارسات الميدانية من قبل أهل الخبرة من رجال القانون ومنها يستخلص القضاء الحلول للمنازعات التي لم ينظمها المشرع في نص صريح وهذا ما يعرف بالدور التكميلي للعرف، وله دور مساعد في بعض المسائل الرئيسية التي نظمها المشرع في عمومها وترك التفاصيل فيها للعرف، وقد يتقدم العرف على بعض القواعد القانونية المكتملة منها كوضع الأطراف لتنظيم نموذجي لعلاقاتهم، أو قواعد

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 294.

2- محمد بروجي بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجلة التراث، كلية الحقوق جامعة سوسة، تونس، مج 09، ع 01، 2019، ص 128.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 253.

أمرة وذلك في حالة نزاع القاعدة العرفية مثلاً في القانون التجاري مع قاعدة أمره في القانون المدني فتطبق القاعدة العرفية على حساب القاعدة الأمر استناداً في ذلك على مبدأ الخاص يقيد العام¹.

ويستمد العرف أساس قوته الملزمة من الضمير الجماعي باعتبار أن القانون في أساسه ينمو في ضمير الجامعة حسب المذهب التاريخي، وحسب رأي البعض من الفقه فإن للعرف أيضاً أساس آخر يأخذ منه قوة إلزامية وهو الأساس القضائي والذي يقصد به بمجرد أن يأخذ القضاء بالقاعدة العرفية ويحكم بها يأخذ بذلك القوة الملزمة مبررين في ذلك بنظام السابقة القضائية (النظام الإنجليزي)²، ورغم هذه الأسس المقدمة من طرف الفقه لتفسير القوة الملزمة للعقد إلا أن غالبية اتجه إلى أن للعرف قوة إلزامية ذاتية تعترف بها السلطة العامة وهذا ما أكدته المادة 01 من ق م ج.

وتدور أثر فكرة العرف في العقود أو ما يعرف بالعرف العقدي على العادات إلى دأب الناس عليها في عقودهم حتى أصبحت ملزمة ولا يجوز مخالفتها فهو بذلك يتميز عن العادة الاتفاقية في عدة نقاط، إذ تعتبر العادة العرفية العقدية قاعدة قانونية يلزم بها طرفا العقد دون الحاجة إلى الاتفاق عليها بخلاف العادة الاتفاقية أو العادة الغير عرفية فهي عادة يلزم الاتفاق عمها لتصبح ملزمة لأطرافها.

وبذلك يمكن القول أن العادة العرفية العقدية تندرج تحت مسمى العرف والذي يرقى بدوره إلى مرتبة القانون وتكون بذلك لها حجة على الغير كما لها حجة على أطراف العقد، أما العادة الاتفاقية فهي غير ملزمة للغير فهي عادة اتفقا عليها أطراف العقد وبالتالي فهي ملزمة لها فقط وذلك بسبب الاتفاق عليها، وبهذا يعتبر العرف العقدي كالتشريع يلتزم القاضي بالبحث عنه لإثباته وكذا تطبيقه من تلقاء نفسه³.

وبالتالي يمكن له الاستعانة بهذا المصدر في عملية تكييف العقد فكثير من العقود التي تخضع في نشأتها لهذا المصدر والتي درج الناس على التعامل بها وأستقر محيط علاقات الأفراد التعاقدية عليها وبذلك يمكن الاستعانة بها في تحديد الإطار القانوني المطبق على العقد محل النزاع.

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 254.

2- محمد برجى بن جلول، المرجع السابق، ص 140.

3- علاء حسين على، رياض احمد عبد الغفور، العرف العقدي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع

60، 2020، ص 227-228.

الفرع الثاني

المصادر التفسيرية

غالباً ما تستبعد المصادر التفسيرية من عملية تكييف العقد لاعتبارات عديدة لعلها أبرزها هو الهدف المنوط بالتكييف والذي يتمثل في إلحاق الالتزامات والآثار التي ارتأها الأطراف بعقد له إطار قانوني واضح، لكن رغم ذلك يمكن الاستعانة بهذه المصادر في التكييف كالقضاء خاصة أن تلك الاجتهادات القضائية التي تصدر عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا فهي قرارات ملزمة للقضاة وترقى إلى مرتبة التشريع مثل القرار الصادر في 1997 المتعلق بالرسمية وغيرها، وكذا بالنسبة للفقهاء فجل العقود المسماة التي تبناها المشرع مصدرها الفقه، وبذلك يمكن الرجوع إليه كمصدر يعتمد عليه في عملية التكييف لذا سنتطرق إلى هذه المصادر تباعاً فيما يلي:

1- القضاء: يعتبر القضاء من أبرز مصادر القانون الرسمية قديماً خاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، أما حديثاً فيجب التمييز بين النظام القانوني اللاتيني والنظام الانجلوسكسوني، إذ تعتمد البلدان المتبنية لهذا النظام الأخير على تشريع غير مكتوب وكذا على السابقة القضائية التي تعطي للقضاء رتبة خاصة بين مصادر التشريع، بخلاف القوانين اللاتينية فهي قوانين مدونة تصدرها السلطة التشريعية وتختص السلطة القضائية بالفصل في النزاعات المعروضة عليها معتمدة في ذلك على هذه القوانين وهذا ما يجعل القضاء مستبعد حسب هذا النظام من المصادر إلا أن الواقع العملي يثبت خلاف ذلك¹.

ويرى جانب من الفقه أن القضاء يمكن له أن ينشئ قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة وذلك في عدة محطات فهو في حقيقته ليس إلا تطبيق لمصادر القانون الرسمية وبالتالي يستمد قوته الإلزامية منها، وتكون صناعته للقانون صناعة عملية واقعية بحتة رغم عدم الاعتراف بها صراحة من قبل المنطق القانوني رغم أن القاضي في تأويله للعقد ما هو إلا تكملة للنقص الذي شاب النص التشريعي².
فبذلك تنتج عنه قاعدة تعالج الجانب المغفل من قبل المشرع ورغم ما فرضه النظام اللاتيني على القاضي بالأخذ بالسابقة القضائية إلا أنه لم يتحقق ذلك واقعياً خاصة في تلك الاجتهادات التي تصدر عن

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296.

2- المرجع نفسه، ص 286.

المحكمة العليا فلا يتردد القضاة على الأخذ بها فهي غالبا ما تساعد في تسبيهم لأحكامهم¹، ويعتبر تواتر الأحكام وكذا رقابة المحكمة العليا دافع قوي ليلتزم القضاة بها وإلا اعتبر تشكيكا في نزاهة المحكمة العليا².

ويرى بعض الفقه أنه إذا استقرت الجهات القضائية على حل المسائل بحل معين وصنف ضمن الاجتهادات القضائية التي ترفض المحكمة العليا بالحكم بما يخالفها لها قوة ملزمة وذلك لتستقر المعاملات وكذا تحقيق المساواة بين الأفراد والتي تعتبر أسى أهداف التشريع، لذلك لا ضير في الاعتماد على هذا المصدر في عملية تكييف العقد فهو ملزم للقضاة وكذا المتعاقدين فأحكامه تندرج ضمن السلطة العامة وتأخذ صفاتها.

2- الفقه: يعرف الفقه بأنه: "مجموعة الآراء القانونية الصادرة عن علماء القانون أي الفقهاء"³، ويعنى بذلك أن الفقه هو الآراء التي يدلي بها شراح القانون في محاولة تفسيرهم وشرحهم للقاعدة القانونية وقد كان قديما من أبرز مصادر القانون خاصة في القانوني الروماني والشريعة الإسلامية، إذ كانت آراء الفقهاء ملزمة للقاضي لكن في القانون الحديث فإنه يأخذ به كمصدر تفسيري وهو مصدر غير ملزم للقضاة إلا أن هذا لا يعني عدم أهميته بل هو يعتبر مصدرا ومرجعا هاما يرجع إليه القاضي في حالة مواجهته للقواعد القانونية غير واضحة فيبحث في تفسيرها عند الفقهاء.

وكذا له دور فعال في مرحلة الحركة التشريعية فيتولى تقييمها فيبين الفراغ القانوني الذي يشوب النص وكيفية معالجتها وكثيرا ما يستند المشرع إلى هذه التوجيهات والمقترحات في عملية سنه للقوانين الجديدة وبذلك يمكن القول ن الفقه هو من يرسم خارطة التشريع المستقبلية فله دور كبير في تطويره

1- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي - مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع -، جامعة

محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع01، ص 23.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 276.

3- علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 280.

وتقدمه من خلال المقترحات المقدمة من قبله، إذ نجده مؤخرا يؤسس لمقومات الأمن القانوني¹، في العقود بعدما كانت حكرًا على القانون الدولي وكذا البحث عن مدى توفر عناصر الأمن التعاقدية والذي يعتبر جزء من الأمن القانوني².

مما ينتج عنه مبادئ قانونية مستندة في وجودها على الإشكالات التي لم يتداركها النص التشريعي وطول الإجراءات لإعداد نص تشريعي آخر يتدارك به ذلك، ولهذا يمكن القول أن للفقهاء أهمية يمكن أن ترقى به إلى المصادر الرسمية وخاصة تلك التي يقدمها بالنسبة للعقود، إذ نجد أن جل التصنيفات التي تبناها المشرع أساسها الفقه فهو له دور كبير في تبيان نظرية العقد بما فيها تقسيمات العقود لذلك يمكن للقاضي اللجوء مباشرة لهذه التقسيمات والأخذ بها، فالمدارس الفقهية ليست بعيدة عن واقع معاملات الأفراد وبل يعتبرون أفضل من يقيم التشريع، إذ يعتبر الفقه المظهر العلمي للقانون على عكس القضاء والذي يعتبر مظهره العملي.

1- إن لمصطلح الأمن القانون أهمية بالغة حيث يعتبر أحد الضمانات التي تحقق دولة القانون والحق، وساهم الأمن القانوني في ترقية نوعية النصوص القانونية وأخذ مفهوم الأمن القانوني مكانة كبيرة في الأنظمة العالمية، وظهر هذا المصطلح أول مرة في القانون الأوروبي، ولكن يلاحظ أن غالبًا ما كانت تطبيقاته موجودة في القانون الجزائري دون وضوح التسمية إلى أن تبناه المشرع في التعديل الدستوري في أول نوفمبر 2020 وبالتحديد في المادة 34 الفقرة الخامسة. دخنيسية أحمد، مبدأ الأمن القانوني في النظام القانوني الجزائري وأثاره على جودة النصوص القانونية، مجلة صوت القانون، جامعة الجزائر، مج 09، ع 2، 2023، ص 135، 136.

2- أحلام لونس وجمال بدري، مقومات الأمن القانوني تعزيز لاستقرار العقد، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 05، ع 02، 2022، ص 215.

المبحث الثاني

العمليات القانونية التي يطلبها تكييف العقد

يعتبر العقد من أهم المصادر التي تنشئ الالتزام في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وهو وليد الحاجة إلى التعامل، ويعتبر هذا الأخير ضرورة اجتماعية ملازمة لنشوء المجتمعات، فأصبح لا غنى للإنسان على العيش المشترك مع جماعة تآمن حاجياته لكونه مدني بطبعه ويتم ذلك بالتبادل والتعاون مع الآخرين، وغالبا ما يختفي مفهوم العقد وراء تصورات فلسفية تختلف حسب الزمان والمكان، مما خلق صور عديدة من العمليات القانونية تخضع لما يعرف بنظرية العقد.

وقد مرت هذه الأخيرة أيضا بعدة تطورات فنجد النظرية التقليدية للعقد والتي استقرت على تقديس الفرد وإخضاع المجتمع لخدمته مما جسد ميدانيا مبدأ سلطان الإرادة والذي يعني أن الشخص يلزم في حدود إرادته وبالطريقة التي يريدتها مما جعل جل العقود عقود رضائية، وقد نتج عن هذا المبدأ عدة نتائج أبرزها العقد شريعة المتعاقدين، والذي يعني أن الفرد مشرع في حدود عقده ولا يمكن أن ينقض العقد أو يعدل أو ينهى بدون إرادة الطرف الآخر.

لكن بسبب الأزمة التي لحقت للعقد لصعوبة تحقيق ذلك في مجتمع غير متكافئ ألحقت بعض الاستثناءات به وفرضت بعض القيود عليه سواء تشريعية كإخضاع بعض العقود لشكل معين أم على مستوى القضاء بإعطاء سلطات للقاضي في التدخل في العقد سواء بالتفسير أو التكييف، بحثا عن تحديد مضمون العقد تحديدا صحيحا وإعطاء التكييف الصحيح للعقد لذا يلزم القاضي بأن يستعين بعدة عمليات قانونية موجودة مسبقا تساعده على إلحاق العقد محل النزاع بأحد الأطر التي تحكمه، وبذلك ارتأينا تخصيص هذا المبحث لتبيان هذه العمليات القانونية إذ سيتم محاولة تحديد ماهية العقد في (المطلب الأول)، والتطرق إلى تقسيمات العقود في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية العقد

لقد أعطى المشرع تعريف العقد في القانون المدني مما يسهل على القاضي عملية الرجوع إليه في عملية التكييف، لذا سيتم تبين هذا التعريف وعناصره بالإضافة لبعض التعريفات في مختلف التشريعات المدنية إلى جانب تبين رأي الفقه في هذا التعريف وعناصر ماهيته وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول).

أما (الفرع الثاني) فقد خصص لأساس القوة الملزمة له والعقد شريعة المتعاقدين والذي يعتبر المبدأ الذي قامت عليه العقود الرضائية، بالإضافة إلى تبين بعض الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ والتي تسمح للقاضي في التدخل فيه.

الفرع الأول

مفهوم العقد

تستلزم عملية التكييف التحديد المسبق للعقد ومدى تطابق التعريف الذي أعطاه المشرع للعقد على العقد محل النزاع، ولهذا سيتم عرض مفصل للتعريف القانوني للعقد والفقهي فيما يلي:
أولاً: تعريف العقد: ولتبيان التعريف الدقيق للعقد سيتم عرض تعريفه القانوني والتعريف الفقهي المعطى له فيما يلي:

1- التعريف القانوني للعقد: لقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من ق م ج بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"¹. ويعتبر هذا التعريف مأخوذ من القانون المدني الفرنسي المادة 1101 منه والتي نصت على أن العقد هو: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعل أو بالامتناع عن فعل".

ويستشف من التعريف الوارد في المادة 54 من ق م ج أن العقد يركز في وجوده على جزئيتان:

1- المادة 54 من القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

أ- **العقد اتفاق** : واعتبر المشرع أن الجزء الأول والأبرز الذي يركز عليه العقد هو كونه اتفاق وقد عرف هذا الأخير من أصحاب الفقه القديم بأنه اتفاق بين شخصين أو أكثر على موضوع معين ذي مصلحة قانونية، أما الفقه المعاصر فقد عرفه بأنه توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني أيا كان هذا الأثر¹، ويعتبر التعريف الحديث أكثر دقة لأنه جمع بين جزئيات العقد والتي لا يقوم بدونها وتمثلان في تطابق الإرادتين وتوافقهما وكذا الأثر القانوني الناتج عن هذا التطابق والتوافق².

ويرى جانب من الفقه الجزائري في استقرائه وتحليله لمفردات المادة 54 من ق م ج أن الاتفاق يستلزم:

أ - 1- **وجود شخصين متساويان في المركز القانوني ومستقلين عن بعضهما البعض**: وهنا يطرح مشكل تعاقد الشخص مع نفسه وكيفية تكييفه واعتباره تعاقدًا وهو يضم شخص واحد، لكن رغم الجدل الفقهي المطروح حول ذلك إلا أن جمهور الفقهاء ينصرفون إلى إضافته بالصبغة التعاقدية وهذا تأسيساً على أن الشخص أبرم التصرف بصفتين مختلفتين وتعبيراً عن إرادتين رغم ظهور الإرادة الواحدة، وبالتالي تحقق ركن الرضا من خلال تطابق الإيجاب والقبول والذي يعتبر ركن جوهري وأساسي لقيام العقد³.

وهذا ما تبناه المشرع ووضحه من خلال المادة 77 من ق م ج، أما في حالة تعدد الأطراف فلا يطرح إشكالا على اعتبار أن المشرع قام بالفصل فيها صراحة وذلك بإقرار أن وجود شخصين هو الحد الأدنى في إبرام العقد، وبالتالي يمكن أن يكون أكثر ونكون هنا بصدد عقد متعدد الأطراف.

أ- 2- **إلزامية توفر مصالح مختلفة بين الأطراف**: إن إلزامية التباين بين المصالح أمر غير متفق عليه من جمهور الفقهاء فكل اتفاق يعتبر عقد حتى لو كانت المصالح متماثلة مدام أن هذا الاتفاق يقوم وفق القواعد العامة ويحدث التزامات متبادلة بين أطرافه وهذا ما تبناه المشرع الجزائري⁴.

وقد تعرض التعريف الوارد في نص المادة 54 من ق م ج إلى النقد واعتباره تعريفاً معيباً لأنه غيب ركن المحل والسبب، إلا أن جمهور الفقهاء في التوجه الحديث يرون بأن تعريف العقد يختلف على تعداد

1- سليمان مرقس، الوافي في شرح الجزء 02، منشورات صادر الحقوقية، ط 05، 2019، ص 39.

2- شوقي بناسي، دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي - المعدل - والفقه الإسلامي، ج 1 عموميات في العقد، بيت الأفكار للنشر، ط 1، دار البيضاء، الجزائر، 2022، ص 186.

3- حيدر فليح حسن ومالك رحيم حمادي، مفهوم مدة العقد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية القانون - جامعة بغداد - العراق، مج 07، ع 02، 2021، ص 324.

4- المرجع نفسه، ص 324.

أركانه ولا يجب الخلط بينهما، والمشرع الجزائري قد عرف العقد بعناصره الجوهرية التي تكون في كل عقد وهي الاتفاق وإنشاء الالتزام وهذا لا يعد تقصيرا إنما يمكن القول أنه تبنى الجانب الفقهي الذي يركز في تعريفه على العنصر الجوهري دون الأخذ بالزامية تعداد أركانه.

ب- **العقد اتفاق منثى للالتزام:** ويعتبر الأثر القانوني الناتج عن هذا الاتفاق الجزء الثاني الذي يركز عليه العقد فليس كل اتفاق عقد، وإنما يجب أن يحدث أثر قانوني وقد حددت المادة 54 من ق م ج نوع هذا الأثر والذي يتمثل في إنشاء التزام بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

فهنا يعتبر الاتفاق منثى للالتزام، وهذا التحديد يضيق من نطاق العقد مقارنة بالاتفاق وذلك لأن هذا الأخير هو توافق إرادتين على إحداث الأثر القانوني في حين أن العقد ينشئ الالتزام فقط، وبالتالي يمكن القول أن كل عقد هو اتفاق وليس كل اتفاق هو عقد، وبهذا نخلص إلى أن المشرع تبنى الرأي القائل أن العقد نوع من الاتفاق، لكن الرأي الغالب من الفقه يتجه إلى القول بأن لا وجود لقيمة عملية واضحة أو آثار قانونية من التمييز بين العقد والاتفاق واعتبارهما مترادفان.

أما المشرع العراقي فقد عرف العقد في المادة 73 من القانون المدني بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"¹، على خلاف المشرع المصري الذي لم يعطي تعريفا للعقد رغم إدراج ذلك في المادة 122 من المشروع التمهيدي والتي عرفت العقد بأنه: "اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"²، لكن تم حذفها في نهاية المطاف، وقد تمثل الهدف من إدراجها هو نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق واعتبارهما شيئا واحدا مقتديا بالمشروع الفرنسي.

وقد أدرج المشرع الفرنسي تعريفا للعقد في المادة 1101 من القانون الفرنسي قبل تعديله بالقول أن: "العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله"، ويتبين من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي يعتبر أن العقد نوع من الاتفاق³.

1- مروان عضيد عزت حمد، الوعد بالتعاقد و تطبيقاته في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة - مجلة أفاق العلوم، جامعة صفاقس - كلية الحقوق- تونس، مج 05، ع 04، 2020، ص 48.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 150.

3- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المنشورات الحقوقية الصادرة، ط05، 1890، ص 39.

وبتحليل دقيق لهذه المادة نجد أنه قد عرف العقد من خلال ركيزتين جوهريتين تتمثلان في أن العقد هو اتفاق وكذا اعتبار أن العقد اتفاق منثى للالتزام، وقد اتجه غالبية الفقه الفرنسي إلى نقد المشرع في تفريقه بين العقد والاتفاق والقول أن الاتفاق أشمل من العقد، إلا أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي استعمل المصطلحين كمترادفين في كثير من الأحيان وهذا ما يؤكد النقد الذي وجه إليه لأنها تفرقة لم ينتج عنها أثر قانوني وليست لديها تلك القيمة العملية ولذلك حاول المشرع في تعديله الأخير للقانون سنة 2016 إعادة تعريف العقد في المادة 1378 كما يلي: "العقد توافق إرادتين بمقتضاه يلتزم أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بتنفيذ أداء".

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد تخلى تماما عن مصطلح الاتفاق وتعويضه بالتوافق محاولة منه لإنهاء الجدل القائم حول اعتبار المصطلحين مترادفين أم أن الاتفاق اعم من العقد وكذا توسيعه في مفهوم العقد بالقول أن العقد يشتمل كل صور الأداء سواء إنشاء أو تعديل وحتى إنهاء الالتزامات، وانتقد المشرع الفرنسي في تعريفه السابق للعقد أيضا واعتبر أن التعريف لم يعطي بعض العقود التي تنتجها بعض المعاملات التعاقدية مثل عقود المصلحة المشتركة فالالتزامات الناتجة عن مثل هذه العقود لا تنتهي بمجرد تنفيذها ولكنها تنشئ أساس عقدي يصاحبها ويربط بينها في مشروع مشترك¹.

أما التشريع الأمريكي والإنجليزي فينظران إلى العقد من الجانب الاقتصادي متبنين في ذلك رأي النظرية الاقتصادية التي يرى أصحابها إن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية وما ينتج عنها من مصلحة عامة وعدالة اجتماعية تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية ويمكن الإحاطة بالأسس الاقتصادية من خلال التطرق إلى فكرتين أساسيتين:

1- فكرة الحرية التعاقدية والعدالة: وتعنى هذه الفكرة السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون أي تبادل المنافع والخدمات بإرادتهم.

2- فكرة المنفعة الاجتماعية: يمكن لحرية المبادرات التي يقوم بها الأفراد أن تكون كفيلا بأن تضي تلقائيا الازدهار والتوازن الاجتماعي من خلال آلية العرض والطلب والقانون الذي ينتج عنها فهو ليس كفيلا بأن يخضع الثمن للقيمة فحسب وإنما أيضا يخضع الإنتاج للحاجات وهذا ما ينتج عنه ببساطة انسجاما طبيعيا بين الإرادة الفردية والقيمة الاقتصادية².

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 205.

2- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007/2008، ص 09.

فالمشعر الانجلىزى يقرب بأن العقر هو تبادل للأداءات وبالآالى لا يعآبر الآصرفاء الآبرعية عقرأ وحسب لأن القانون الانجلىزى يفرق بين العقر والاتفاق بخلاف المشعر الأمريكى الذى ورغم أنه ينظر للعقر بنفس النظرة الآى يراها المشعر الانجلىزى، إلا أنه يحدد نوعين من العقود ويآمآلان فى العقر الكلاسيكى والذى يآمآل فى العملية الاقآصاءية الصغيرة فلا ينشئ علاقات إلا فيما بين الأطراف، أما النوع الثانى يآمآل فى العقر ألا علائقى وآمآد أآاره إلى عدد معآبر من الأشآاص ويبرم لمة طويلة.

أما المشعر الألمانى فلم يعرف العقر لكن حاول آناوله من آانبين يآمآل الأول فى اعآباره نوعا آاص من الآصرف القانون وقد تم آنظيمه فى الكتاب الأول، أما الآانب الثانى فقد اعآبره مصدرا للآلآزاماء وتم آنظيمه فى الكتاب الثانى ولكن يمكن القول أن العقر فى الآشريع الألمانى لم يخرج عن الفكرة الموجودة فى الآشريعات الأآرى وآاصة الآلآينية منها والآى آقر بأن العقر هو آوافق إراءآين أو أكثر لإآداث أآر قانونى¹.

2- فى الفقه الإسلامى: إن الآآبع لأقوال الفقهاء عند كلامهم عن العقود يآد أن مآلول العقر فى اصطلاح الفقهاء يآور آول معنيين أحآها عام والأآر آاص.

أ- المعنى العام: العقر هنا يقصد به كل الآزام ينشأ عن ارتباط إراءى كالبيع أو ما ينشأ بإراءة منفرآة كالبهبة وعرفه الآصاص بهذا المعنى بالقول: "العقر ما يعقره العاقر على أمر بفعله هو أو بعقره وعلى غير فعله على آوه إلزامه وإياه"²، وهذا ما آهب إليه أيضا الإمام المالكى بشمولية العقر لكل الآصرفاء الآى آصآر سواء بآطابق إراءآين أو بإراءة منفرآة ولم يقتصر استعمال هذا المعنى من طرف قآماء الفقه الإسلامى وإنما له آثر واضح فى أقوال الفقهاء المعاصرين كالأستاذ آمآد إبراهيم آىآ قسم العقود إلى آة مجموعات آمآل فى المعاوضاء، الآبرعات، الإسقاطاء، الاطلاقاء، الآقييآاء، ما يكون آبرعا ابتداء ومعاوضة آآهاء وبذلك نرى فقهاء الآشريعة الإسلامى سواء قآماء أو معاصرين يرون أن العقر شامل للعقر والإراءة المنفرآة.

ب- المعنى الآاص للعقر: أما آعريف العقر بمآلوله الآاص فى معنى به آطابق إيجاب بالآبول على آوه مشرور يآب آآره فى محله، وقد آرآد هذا الآعريف فى مصنفاء الفقهاء الأربعة ويعآبر هذا الآعريف الأآرب والأكثر آماشيا لمفهوم العقر فى الفقه القانونى المعاصر والذى آآآآ معظم الآشريعات المشرقية

1- شوقى بناسى، المرجع السابق، ص 201.

2- الآصاص، أحكام القرآن، آار الفكر، ط 1، بيروت، لبنان، 2001، ص 22.

العربية كالتشريع العراقي في المادة 73 من قانونه المدني والأردني في المادة 87 من قانونه المدني والكويتي في المادة 31 في قانونه المدني أيضا وغيرها من التشريعات.

ويمكن الاستخلاص مما سبق أن للعقد مدلولين في الفقه الإسلامي أحدهما شامل للعقد الناتج عن تطابق إرادتين والإرادة المنفردة أو ما يعرف قانونا بالتصرف القانوني والأخر ضيقا في نطاقه إذ يقتصر على العقد فقط، وهذا الأخير هو ما اخذ به القانون المدني العربي الموحد إذ عرف العقد: "هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه بينهما.

3- العقد في الفقه القانوني: يعتبر العقد من أهم الالتزامات الإرادية التي عرفها الإنسان في تاريخه، وقد ازدادت أهميته إثر ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر والذي يقدر حرية الفرد ويعتبرها أساس التعامل إذ يرى أصحاب هذا الفلسفة أن الإنسان ولد حرا وإرادته مطلقة فله كل الحرية في الالتزام بما شاء ومتى شاء والوقت الذي أراد وذلك تحقيقا لمصلحته.

فمبدأهم يقوم على أن المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية هي الإرادة الحرة الفردية، إذا وتباعا لهذا يكتسب الإنسان حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها لمجرد كونه إنسان ويتمثل دور المجتمع فقط في حماية هذه الحقوق وبالتالي ليس للإنسان أي سلطة على غيره ويعتبر إخضاع الإنسان للقانون أمرا يتنافى مع المبادئ والأخلاق، فالفرد لا يخضع إلا لشرعيته الذاتية¹.

وللقاعدة القانونية ارتباط وثيق بالفلسفة السائدة في القرن 18 التي كانت تؤكد أن للأفراد حقوق في مواجهة الدولة مما نتج عنها إعلان حقوق الإنسان سنة 1945 والذي نادى بالزامية إقرار أكبر قدر من الحقوق للإنسان وأن يؤكد ويكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية، ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة أهم أوجه هذا التكريس وأبرز ما قامت عليه هذه الفلسفة، وقد نتج عن هذا الطرح نتيجتان أولهما انه لا يمكن إخضاع الإنسان إلا للالتزامات التي ارتضاها، وبالتالي إلزامية توافق إرادتين أو أكثر حتى يتم التعاقد هذا من جهة ومن جهة ثانية أن كل ما ارتضاه من التزامات تفرض عليه².

وتجسدت هذه المعطيات في التعريف الذي تبناه أصحاب هذا التوجه للعقد والقول بأنه: "توافق إرادتان على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، ومن هذا التعريف نستنتج أن قوام العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني³، ولا يتحقق هذا التوافق إلا

1- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 48.

2- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، الاسكندرية، 2004، ص 35.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 41.

إذا كان الموضوع الذي انعقدت عليه كل من الإرادتين واحدا في مجمله وتفصيله ويكون الاتفاق قصد أحداث اثر قانوني وهذا ما يسمح بتمييز العقد عن الاتفاقات الأخرى الغير موجبة لإحداث أثار قانونية إذ تعتبر اتفاقات خارج القانون .

ولكن يرى بعض الفقه الحديث أن العقد هو: "قاعدة قانونية تعمل على التقاء المصالح"¹، ويستخلص من هذا التعريف أن العقد في هذا المنظور له قوامين يتمثل الأول في كونه قاعدة قانونية أما الثاني في كونه عملية تقوم على التقاء المصالح.

ب-1-العقد قاعدة قانونية: يعتبر جوهر العقد هو إلزام الأطراف بوضعية معينة وفرض احترامهم لها ومن ثم يظهر بمظهر القاعدة القانونية المحدد نطاقها باتفاق المتعاقدين في ظل المعطيات الواقعية والقانونية المتاحة لهم، وهذه القاعدة مضمون وغاية حيث يتمثل المضمون في إحاطة العملية الاقتصادية القائمة بين الأطراف برداء قانوني وهذا ما يتميز به الفقه الحديث عن الكلاسيكي إذ يرى هذا الأخير أن العقد هو مجرد تنظيم لتبادل الأداءات أما الحديث فيجد أساسه في اعتبار أن العقد يقوم على فكرة المشروع المشترك وانجازه إلى جانب تنفيذ الأداءات ومن ثم يمكن أن يصبح العقد الإطار القانوني الملزم لعملية اقتصادية تتجاوز الالتزامات وتعطي التصرف القانوني وحدته القانونية.

ب-2-العقد قاعدة قانونية: تعمل على التقاء المصالح ويعتبر هذا الأساس الذي أتى به الفقه الحديث بمثابة المعيار الحاسم الذي يجمع الإرادة والقانون فإذا كانت القاعدة بمثابة الإطار القانوني لعملية موضوعية ملموسة، فإنها تعتبر أيضا عملة تتوافق فيها إرادتين وذلك سعيا لتحقيق المصالح المرغوبة، وهذا ما يعطي للعقد قوة ملزمة أقر القانون بواجب حمايتها عن طريق فرض جزاء قانوني.

لكن رغم ما قدمه هذا التعريف من ابتكار وتجديد لمفهوم العقد إلا أنه يعاب عليه عدم التركيز على ماهية العقد إذ يعتبر الهدف الرئيسي من تحديد تعريف الشيء هو الإحاطة بماهيته وتبيان جوهره، ويعتبر تطابق الإرادتين هو جوهر العقد والمحرك الرئيسي لقيامه ويجب إدراجه في العملية التعريفية له، حاول هذا الاتجاه تدارك هذه الانتقادات فاقترح تعريفا جديدا للعقد يجمع فيها بين التعريف الشائع والتعريف الحديث على النحو التالي: "العقد هو توافق إرادتين ينشئ قاعدة قانونية تربط بين مصالح الأطراف".

ولقد عرف سليمان مرقس العقد والاتفاق معا بأنه: "توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني"¹، وعرج إلى أنه لا داعي لأن يشمل التعريف بيان نوع الأثر القانوني الذي اتفقت الإرادتين على إحداثه، إذ

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 211.

يمكن أن يكون هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وكذا يمكن لهذا الأثر إن يكون متعلقا بحق من الحقوق الغير مالية أصلا.

وقد أكد الفقيه أن من المسلم به أن الاتفاق الذي لا يرمي إلى إحداث أثر قانوني لا يعتبر عقدا

وان المقصود بتوافق إرادتين وجود إرادتين متطابقتين في وقت واحد وارتباط إحداهما بالأخرى قبل سقوط هذه الأخيرة، واعتبر أن العقد جوهره هذا التوافق وعلى ذلك فوصف المتعاقد لا يصدق على من ورد ذكره في العقد كأحد أطرافه، دون أن يكون له صلة بترتيب الأثر القانوني الناشئ عن العقد².

أما عبد الرزاق السنهوري فقد عرف العقد من خلال تناوله لمصطلحي الاتفاق والعقد والتمييز

والقائل بأن الاتفاق أشمل من العقد والذي يعتبر توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق إذ يعتبر توافق إرادتين على إنشاء التزام معين أو على نقله، ويرى الفقيه أن لا أهمية لهذا التمييز رغم وجود فقهاء يرون أهمية بالغة لهذا التمييز وخاصة ذلك المتعلق بالأهلية فهي تختلف في العقد والاتفاق.

إذ يعتبر السنهوري أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها فأهلية عقود التبرع غير تلك

الموجودة في عقود المعاوضة ولا يمكن التفريق بين العقدين لاختلاف الأهلية فيهما، ولذلك يرى أن تعريف العقد: "هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"³.

أما عند شرح القانون الجزائري فنجد بلحاج العربي قد عرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر

على إحداث أثر يرتبه القانون، أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه،

والأثر القانوني يجب أن ينصرف إلى العلاقات المالية للأشخاص دون غيرها والتي يختص بها القانون

المدني، واعتبر أن العقد لا يكون إلا إذا انشأ التزاما بمختلف صور الأداء فإذا لم يكن المقصود هو أحداث

هذا الأثر فإننا لا نكون بصدد العقد⁴.

1- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون - نظرية العقد -، المرجع السابق، ص 41.

2- سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 42.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 118.

4- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص 53.

ويعد العقد ذلك الاتفاق الذي يلزم قانونا توفر مجموعة من الركائز القانونية ليكون صحيحا منتجا لآثاره وكذا ليكون محلا لعملية التكييف، وتتمثل هذه الركائز في الرضا والمحل والسبب وهي ركائز لا بد منها وفي حالة غيابها فإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا فهو والعدم سواء إذ لا يمكن للقاضي أن يكيف عقدا باطلا، ولا يكتفي بالأركان فقط بل يجب أن يكون خاليا من عيوب الرضا والتي يمكن أن تجعله قابل للإبطال.

وسيتم عرض هذه الركائز بإيجاز فيما يلي وتبيناها في ظل التشريع الجزائري مع الإشارة إلى التعديل الذي قام به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني والذي قام فيه بدمج كل من ركن السبب وركن المحل تحت مسمى مضمون العقد:

1- ركن الرضا: إن التراضي هو نتيجة التقاء كل من إرادة الموجب (مصدر الإيجاب) بإرادة القابل (مصدر القبول) وتطابقهما ويترجمه ما يسمى التعبير عن الإرادة سواء كان هذا التعبير في شكل إيجاب أم قبول، وقد يكون هذا التعبير صريحا أم ضمنيا، والتعبير الصريح قد يكون باللفظ أو الكتابة أو حتى بالإشارة المفهومة والمتداولة بين الناس كرفع الشخص يده لإيقاف سيارة أجرة فهنا الشخص يريد أن يتعاقد مع السائق لإيصاله لمكان ما، كما قد يكون صريحا في حالة ما إذا اتخذ الشخص موقفا صريحا لا يدعو للشك كاستهلاكه محل العقد مثلا، وقد يكون هذا التعبير ضمنيا كبقاء المستأجر في العين المؤجرة فهو يدل على رغبته في تمديد مدة الإيجار وإبرام عقد بذلك.

والتعبير عن الإرادة سواء صراحة أو ضمنيا يتم بصور الإيجاب من الموجب أي الطرف الذي يبدأ بعرض التعاقد على الطرف الآخر وبذلك يكون الإيجاب هو ما يصدر أولا، وفي حالة ما إذا كان الطرفان حاضرين فيلزم صدور القبول بعد صدور الإيجاب مباشرة كأصل عام، وفي حالة وجود ضرر قد يصيب الطرفين بسبب ذلك فقد أجاز المشرع أن انتظار صدور القبول قد يطول أو يقصر حسب طبيعة العقد الذي يريدانه الطرفان¹.

ويعتبر الخوض في مسائل جانبية لا تمت للعقد بصلة هو انصراف نية المتعاقدين عن إبرامه، وقد تقتزن إرادة الموجب بإرادة القابل حتى إذا لم يجمعهما مجلس واحد للتعاقد فقد يتم التعاقد بالمراسلة أو بواسطة رسول غير نائب، وتبدو أهمية هذا التعاقد في تحديد مكان وزمان العقد، إذ أن بتحديد المكان تتحدد المحكمة المختصة محليا بالنظر في النزاع الناشئ بشأنه²، أو لأجل تحديد القانون

1- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام-، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 15.

2- المادة 37 من القانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الواجب التطبيق على النزاع ما¹، أما تحديد الزمان فتظهر أهميته في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان².

ولتحديد مكان وزمان العقد في هذه الحالة قد نص المشرع الجزائري في المادة 61 من ق م ج على ما يلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك"، وقد نص عليه أيضا في المادة 67³ من ق م ج، ولصحة التراضي يشترط أن يكون المتعاقد أهلا للتعاقد يوم إبرامه للتصرف⁴، وأن تكون إرادته التي عبر عنها غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة والتي نص عليها المشرع في المواد 81 إلى 91 من ق م ج وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وسيتم تبيانها باختصار فيما يلي:

أ- **الغلط**: وهو عبارة عن وهم تلقائي يقع في متعاقد حين إبرامه للتصرف يجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته⁵، ويمكن القول أن هناك شرط وحيد يجب توافره في الغلط ليعتد به وهو أن يكون الغلط جوهرية، أي لا بد أن يكون الغلط قد بلغ حدا من الجساماة يمتنع معه المتعاقد المعني من إبرامه فيما لو تبينه من أول الأمر، ومن التطبيقات التي نص عليها المشرع الجزائري أن يقع الغلط في الشيء أو في المتعاقد معه وهذه التطبيقات جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

ب- **التدليس**: وهو عبارة عن طرق احتيالية غير شريفة يستعملها متعاقد عند إبرام العقد تدفع بالمتعاقد معه - وقد توهم الشيء على غير حقيقته- إلى إبرام ذلك العقد فالتدليس وهم كالغلط لكنه مستثار⁶ ونكون أمام تدليس في حالة ما إذا توفرت ثلاثة شروط وهي: اللجوء إلى طرق احتيالية قصد تضليل المتعاقد معه، أن يكون التدليس صادرا من المدلس أو من نائبه على اعتبار أن الأخير يتصرف باسم ولحساب الأصيل، وكذا أن يكون هذا التدليس هو الدافع إلى التعاقد أي أن لولا هذه الطرق الاحتيالية لما أبرم العقد.

1- المادة 03 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

2- المادة 02 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- نصت المادة يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

4- المادة 40 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

5- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 21.

6- عبد الرزاق دربال، المرجع نفسه، ص 24.

ت- **الإكراه:** ويعرف الإكراه بأنه تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد وبالتالي فإن الشخص يتعاقد لا حرا مختارا، بسبب الضغط على إرادته عن طريق التهديد الذي يولد في نفسه رهبة وخوفا على نفسه أو ماله أو شرفه، وله شروط هو أيضا تتمثل في أن يكون الإكراه دافعا للتعاقد، أن يصدر الإكراه من المتعاقد أو من نائبه وأن يكون الإكراه غير مشروع سواء يكون غير مشروع في الوسيلة المستعملة كالتهديد بالقتل أو في الغاية كالتهديد بشهر الإفلاس مثلا.

ث- **الاستغلال:** وهو عبارة عن اختلال فاحش في الأداءات نتيجة استغلال متعاقد ما في المتعاقد الثاني من ضعف نفسي، ويقوم الاستغلال على عنصرين مادي ومعنوي فأما المادي فإنه يتحقق بوجود ثلاثة عناصر أخرى فرعية تتمثل في عدم تعادل الأداءات، الاختلال الفاحش في الأداءات وأن يكون هذا الاختلال وقع وقت إبرام العقد، أما فيما يخص العنصر المعنوي فهو بدوره يقوم على عناصر أخرى فرعية تتمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح عند المتعاقد واستغلال هذا الشيء لإبرام العقد وكذا وجوب توفر نية الاستغلال والاستفادة من هذا الضعف الموجود لدى الطرف المستغل .

2- **ركن المحل:** يعتبر المحل هو الركن الثاني في العقد ويقصد به في النصوص المتعلقة به محل الالتزام أي الأداء ذاته سواء كان في صورة القيام بعمل أو الامتناع عنه أو في صورة إعطاء شيء، أما محل العقد فيقصد به العملية القانونية المراد إجراؤها بين المتعاقدين¹ كالبيع أو الإيجار، ويشترط في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، وأن يكون ممكناً ومشروعاً وسنتطرق إليها بشيء من التفصيل فيما يلي:

أ- **أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين:** ويجب توافر هذا الشرط أي كان نوع الأداء فسواء كان عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عنه أو كان عبارة عن شيء ما، ويجب أن يكون الشيء المادي إما أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب تحديد المقدار أيضاً أو تبيان الأساس الذي يتم به تحديد المقدار.

ب- **أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود:** والمحل إن تمثل في شيء مادي، فإنه يجب أن يكون موجوداً وقت العقد وإلا بطل نظراً لتخلف المحل، لكن ذلك لا يمنع من التعامل في الأشياء التي ستوجد في المستقبل لكن بشرط أن يكون وجودها ممكناً، وبالرغم من جواز التعامل في الأشياء المستقبلية إلا أن

1- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 37.

هناك استثناء واضحة أوردها المشرع الجزائري كالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه فهو باطل¹.

ويعنى بذلك أن يتعامل شخص بالرهن أو الهبة أو البيع في تركة موروثه والمورث على قيد الحياة أو يتعامل الشخص في تركته هو، ويعتبر السبب في منع ذلك هو منع المضاربة على حياة الشخص مما يصدم مع الآداب العامة ثم حماية للشخص المتعامل والذي يتصرف في تركته المستقبلية، ذلك أنه قد يفعل ذلك اضطرارا كحاجته للمال مثلا فيضرب بذلك نفسه، فيما لو تلقى مقابلا زهيدا مقارنة بما آل إليه من التركة.

ت- أن يكون المحل مشروعاً: المحل غير المشروع كما يتصور في الأداء محل الالتزام كالتعهد بارتكاب جريمة، كما يمكن أن يكون في الشيء ذاته موضوع الأداء وهذا كالتعامل في شيء يخرج عن دائرة التعامل، وعدم المشروعية ترتبط بفكرة النظام العام والآداب العامة فكل تصرف يصطدم بهما يكون غير مشروع.

ث- أن يكون المحل ممكناً: ويقصد بذلك ألا يكون المحل مستحيلا، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لا النسبية، والاستحالة المطلقة قد تكون مادية كهلاك الشيء المعين بذاته قبل العقد أو كالتعهد بالبناء على أرض لا تصلح للبناء، أو تكون قانونية كالعهد برفع الاستئناف في قضية فات ميعاد الاستئناف فيها، وبذلك يمكن القول أن الاستحالة هنا يعنى بها عدم إمكانية تنفيذ الالتزام أيا كان وبأي وسيلة.

3- ركن السبب: إن الفقه الحديث وكذلك التشريع الجزائري يميز بين ما يمكن تسميته بسبب العقد وبين سبب الالتزام فسبب العقد هو الباعث من وراء إبرام العقد أي الهدف البعيد، أما سبب الالتزام فهو الباعث على إبرام العقد لكن الباعث القريب فمثلا القول إن الخطأ هو سبب في التعويض يعتبر سبب قريب هو سبب الالتزام، أما القول أن الغاية من البيع هو حصول البائع على الثمن لأجل استثماره في مشروع تجار معين فهنا الاستثمار هو سبب البيع وبالتالي هو سبب التعاقد، ولركن السبب شروط على غرار باقي الأركان وسنتطرق إليها بشيء من التفصيل فيما يلي²:

1- المادة 92 مكرر 2 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

2- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 23.

أ- **المشروعية:** قد أقر المشرع الجزائري أن كل تصرف يجب أن يكون الدافع إليه مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقد أغنى المشرع طرفي العقد من عناء إثبات هذا الشرط إذ وضع قرينة قانونية بسيطة تقتضي بمشروعية سبب العقد وعلى من يدعي عكسها إثبات ذلك بكل طرق الإثبات.

ب- **الوجود:** إن ذكر السبب في العقد غير إجباري إلا أن السبب المذكور يعتبر هو السبب الحقيقي على اعتبار أنه هو الظاهر، إلا أن يطعن طرف ما فيه وذلك بادعائه بوجود سبب خفي غير معلن لإبرام العقد ففي هذه الحالة يجب عليه إثبات ما يدعيه.

• بتاريخ 10 فيفري 2016 صدر في فرنسا مرسوم رقم 131-2016 المعدل لقانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، والذي أطلق عليه تسمية "إصلاح قانون العقود" من طرف وزارة العدل الفرنسية والذي تضمن العديد من التعديلات في ميدان العقود، لعل أبرزها استبدال ركني المحل والسبب "بمضمون العقد" إذ أصبح هناك ركن جديد يتمثل في مضمون العقد بدلا من ركني المحل والسبب، وذلك من خلال المادة 1128 المدرجة في المبحث الثاني المعنون بـ "صحة العقد" والتي تنص على أنه: "يكون ضروريا لصحة العقد: 1- رضا الأطراف المتعاقدين، 2- أهليتهم للتعاقد، 3- مضمون مشروع ومؤكد".

ويمكن إرجاع استغناء المشرع الفرنسي على ركني المحل والسبب واستبداله بمضمون العقد إلى التداخل الكبير بينهما ووجود صعوبة في الفصل بينهما هذا من جهة، ومن جهة أخرى الإشكالات العديدة والنظريات الفقهية الكثيرة التي حاولت تفسير ركن السبب والجدل القائم بينها حول هذا الركن، بالإضافة إلى هذا فإنه يمكن القول أن المشرع الفرنسي حاول من خلال هذا الإلغاء توحيد قانونه مع باقي القوانين الأوروبية نظرا لما تفرضه المصالح الاقتصادية المشتركة بين الدول الأوروبية، إذ يعتبر مضمون العقد هو المصطلح الشائع في الدول الانجلوسكسونية².

1- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016- texte n° 26.

2- محبوب غفران، مكيد نعيمة، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في القانون الفرنسي الجديد، مجلة صوت القانون، جامعة البلدية 02 - الجزائر، مج 08، العدد خاص، 2022، ص 17.

- ينظر أيضا: مني نعيم جعاز، فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحة العقد - دراسة في القانون الفرنسي، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مصر، ع 62، أبريل 2021، ص 248.

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد

يجد مبدأ سلطان الإرادة أو ما يسمى بالنظرية التقليدية للعقد مرجعته في الانعكاس القائم لأهم المبادئ التي استقر عليها العقد في فترة انتشاره وازدهاره في ظل المذهب الفردي ما نتج عنها مجموعة من الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي تبناها المجتمع الليبرالي، وإذ يرى أصحاب هذه الفلسفة أن الإنسان ولد حراً وإرادته مطلقة فله كل الحرية في الالتزام بما شاء ومتى شاء والوقت الذي أراد، وذلك تحقيقاً لمصلحته فمبدأهم يقوم على أن المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية هي الإرادة الحرة الفردية، إذا وتباعاً لذلك يكتسب الإنسان حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها مجرد كونه إنسان ويتمثل دور المجتمع فقط في حماية هذه الحقوق وبالتالي ليس للإنسان أي سلطة على غيره، ويعتبر إخضاع الإنسان للقانون أمراً يتنافى مع المبادئ والأخلاق، فالفرد لا يخضع إلا لشرعيته الذاتية¹.

يبني هذا الاتجاه حجته على فكرتين أساسيتين: تتمثل الأولى في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان وهي تقوم على أن للقاعدة القانونية ارتباط وثيق بالفلسفة السائدة في القرن 18 التي كانت تؤكد أن للأفراد حقوق في مواجهة الدولة، والتي كانت من أبرز نتائجها إعلان حقوق الإنسان سنة 1789/12/10 والذي نادى بالزامية إقرار أكبر قدر من الحقوق للإنسان مؤكداً على الحرية التي تخصه بصفة طبيعية ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة أهم أوجه هذا التكريس وأبرز ما قامت عليه هذه الفلسفة، وقد نتج عن هذا الطرح نتيجتان، أولهما أنه لا يتم إخضاع الإنسان إلا للالتزامات التي ارتضاها هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن كل ما ارتضاه من التزامات تفرض عليه تطبيقاً لمبدأ أن الإنسان كائن حر وهو فقط من يمكنه تقييد هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود².

أما الفكرة الثانية فقد قامت على فكرة العقد الاجتماعي والتي يرى روادها أن الإنسان بيئة ومجتمع بما ينتج عن ذلك من تداخل بين الحقوق والالتزامات بإرادته ولا يمكن أن يتصور خلاف ذلك، فما دام للإرادة الفردية للإنسان القوة الكافية لإنشاء هذا التجمع والعيش في ظل هذه التزامات العامة فإنه من باب أولى أن ينشئ التزامات خاصة³.

1- على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 48.

2- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 35.

3- نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 53.

ومما سبق يمكن القول أن هذه الأفكار التي تقدر حرية الفرد وخدمة المجتمع له تبلورت في الميدان بمبدأ يحكم العقد وهو مبدأ سلطان الإرادة، إذ يعتبر مصدر العلاقات التعاقدية وهو أساس القوة الملزمة للعقد وقد ترتب على هذا المبدأ جملة من النتائج أو الآثار كتلك المتعلقة بحرية الفرد في إبرام العقود وترتيب الآثار الناتجة عنها، إذ أن إرادة الفرد في إبرام العقد لا تحتاج إلى تفرغها في قالب معين وتعتبر الإرادة وحدها كافية لإبرام العقد وما ينتج عنها من التزامات عقدية دون وضع قيد على حرية الإنسان الكاملة كتلك الرامية إلى إلزامية إفراده في قالب شكلي معين ولا يقيد هذه الحرية سوى معطيات النظام العام¹.

وبعد إبرام العقد فلهما الحرية الكاملة في تحديد آثار هذه الرابطة، فحدود الالتزامات المقررة على عاتق الطرفين والتي التزموا بها بالفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة²، ورغم تنظيم المشرع لمجموعة من العقود يبقى هذا التنظيم نسبياً لأنه أخضع لقواعد مفسرة أو مكملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافها إن كانت هناك بعض الاستثناءات في بعض العقود ولكنها قليلة³.

وكذلك يمكن اعتبار أن الالتزامات الإرادية هي الأصل من نتائج هذا المبدأ فكأصل عام فإن الفرد لا يلزم إلا بإرادته ولا يمكن تقرير عليه التزامات من طرف المجتمع إلا في حدود ضيقة جداً، لأن الفرد أعلم بمصلحته وبالتالي يتحقق العدل إذا كانت الالتزامات تمت بإرادته⁴.

أما أبرز ما نتج عن هذا المبدأ وتقاس به هذه الرابطة القانونية وقوتها إلزامية والتي تضع أطراف العقد في دائرة قانونية متفردة بمزاياها ومنفصلة عن الآخرين مما يترتب عنها قانون يكرس مبدأ العقد شرعية المتعاقدين⁵.

أولاً: معنى مبدأ العقد شرعية المتعاقدين: قد وصفت معظم التشريعات العقد بأنه شرعية المتعاقدين ويعود الوجود التاريخي لهذا المبدأ إلى تقنين نابليون سنة 1804 والذي أعطى للعقد منزلة القانون وصدق على ذلك المشرع الفرنسي على هذا المبدأ فأدرجه في القانون المدني إذ جاء فيه أن: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون"، وهذا ما تبناه أيضاً

1- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 46.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 51.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 49.

5- معي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد: مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 1994، ص 80.

المشرع الجزائري فقد جاء في المادة 106 من القانون: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يراها القانون".

ويقصد به بأن العقد في قوته الإلزامية يرقى لنفس مرتبة إلزام القانون ولذلك لا يمكن أن يتم تعديل بنود العقد بطريقة انفرادية، وبالتالي فهو بمثابة قانون بل له نفس الطبيعة لأننا يمكن اعتبار القانون هو عقد كبير بين الأفراد في المجتمع، أما العقود التي بين الأفراد هي عقود مصغرة ونتيجة لذلك فإن العقد ينعقد حتى بدون إذن المشرع، ولا يمكن إجراء أي تعديل فيه إلا باتفاق الأطراف ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح عليه النزاع.

إذ لا يمكن له أن يغير أو يوجه إرادة الأطراف إلى غير ما اتفقوا عليه بحجة تفسير العقد أو تكييفه، ولا يمكن له أن يعيد ترتيب آثار العقد، وكما للعقد قوة ملزمة لأطرافه وللقاضي فهو أيضا يلزم المشرع، إذ لا يمس القانون الجديد بالعقود التي تم إبرامها قبله ولا بما ترتب عليها من آثار في ظل ما سبقه من القوانين بل تصل درجة الإلزامية إلى بقاء سريان الآثار التي كان ينتجها حتى في ظل القانون الجديد، وبالتالي يمكن القول أن الأفراد في حدود عقدهم هم المشرعون.

ليس كل إرادة يعتد بها في هذا المبدأ وإنما يجب أن تكون هذه الإرادة التي بنيت على أسس صحيحة واتجهت إلى غايتها اتجاهها سليما، ونشأ العقد صحيحا واستوفى الشروط المقررة قانونا وبالتالي تحددت الالتزامات وتحققت القوة الإلزامية للعقد، وبالتالي أصبح على الطرفين والعقد تنفيذ كل ما أشتمل عليه، وبذلك يمكن تحديد أبرز نتائج هذا المبدأ فيما يلي:

أ- خضوع الأطراف لسلطان العقد: المشرع يعترف للإرادة بسلطان العقد في حدود النظام العام والآداب العامة لذلك إذا التزما الطرفان بإرادتهما الحرة وجب عليهما تنفيذ هذه الالتزامات¹، وبالتالي لا يمكنهم تعديل أو نقض أو إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحدهما، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1993 حيث جاء فيه: "أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تغيير ما كان أساسا في العقد بالإرادة المنفردة ومن ثم لا ينبغي نقل العامل دون إرادته"².

ب- القوة الملزمة بالنسبة للقاضي: لم يقتصر هذا المبدأ على رفضه تعديل الأطراف للعقد بالإرادة المنفردة، وإنما أيضا يشمل القاضي إذ يتوجب عليه احترام الشروط التعاقدية وتنفيذها حرفيا وذلك

1- على فيلالي، المرجع السابق، ص 50.

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 19449 مؤرخ في 08 ديسمبر 1993، عدد خاص، 1997، ص 157.

حفاظا على حرية الأطراف في تحديد مضمون عقدهم، وبالتالي لا يمكن له التدخل باسم العدالة في تعديل الشروط التي ارتضاها الطرفان أو إنهاءها أو تغييب إحداها من التنفيذ، فمهمة القاضي هي تحديد الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد وكذا تعيين أصحابها¹، وبالتالي يمكن القول مما سبق أن الإرادة الحرة هي من تخلق القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، وبالتالي تفرض احترام ما تضمنه وكذا تنفيذه. ولكن قيام الاتفاق الحر مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين لا يصلح إلا في مجتمع ينعدم فيه التفاوت بين الإرادات، وتكون فيه المساواة الكاملة بين الطرف القوي والضعيف وهذه تعتبر فرضية نظرية صعبة التحقيق على أرض الواقع²، ومن هنا اعتبر أصحاب مذهب حرية التعاقد: "لا التزام إلا بما التزم به الشخص"، المبدأ الذي تركز عليه كل المعاملات التعاقدية بين الأفراد إذا فلا يجبر أي طرف في قبول شروط جائزة مادام أنه حر، إلا أن التسليم بهذا الأمر يؤدي حتما إلى عزل القانون عن العلاقة التعاقدية ويفقد بذلك الغرض من وجوده والمتمثل في تنظيم هذه الحرية المعبر عنها، مما ينتج عنه اتساع دائرة التنظيم لتشمل كل فئات المجتمع ولا تقتصر على الفئة الأقوى فقط بذريعة ترك الأمور للإرادة³. ونظرا للسلبات التي سادت المجتمعات والتي كانت نتيجة الغلو في الإيمان بالحرية الفردية في ظل المذهب الفردي، وتبيان أن مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين التي تعتبر أبرز نتائجه لا يحقق العدالة، وكذا تغير المعطيات السياسية الاقتصادية والاجتماعية، حيث تراجع المبدأ وأصبح المشرع يتدخل في بعض العقود بقصد التنظيم أو التعديل في بعض الشروط المجحفة خدمة للعدالة العقدية، وأصبح كذلك الأمر بالنسبة للقاضي فقد أصبح بإمكانه التدخل بحثا عن تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية، ويكون هذا التدخل سواء عن طريق آلية التفسير أو التكييف والتي اعتبرت من الاستثناءات الواردة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁴، وهذا ما سنتناوله تباعا في الفرع الثاني.

1- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج01، ط04، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 106.

2- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، رسالة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2012/2013، ص 09.

3- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 76.

4- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 77.

ثانياً: الاستثناءات الواردة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: تعتبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من أبرز نتائج النظرية التقليدية للعقد والتي قامت على مبدأ سلطان الإرادة والتي تعطي للفرد كل الحرية في تحديد مضمون العقد، ولا يحد من هذه الحرية سواء ما يتناقض مع النظام العام والآداب العامة، وتعتبر هذه الفلسفة العقد مثل القانون المصغر يلزم أطرافه وكذا القاضي، إذ لا يجوز لأحد الأطراف تعديله أو إنهاءه أو نقضه بالإرادة المنفردة كما لا يجوز لغيره من التدخل لتحديد بنوده.

ولكن تراجع هذا الغلو في الإيمان بحرية الفرد في إبرام عقود بسبب العيوب الكثيرة التي نتجت عنه في مجال العقود، وكذا تغير المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية أدى بمعظم التشريعات إلى إقرار استثناءات عن هذه القاعدة بحيث أعطت للمشرع إمكانية التدخل سواء في تحديد مضمون العقد، وهذا من خلال العقود النموذجية التي أقرها كعقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق، وكذا أيضاً من إمكانية تنظيمها بقواعد أمرة ومكملة وذلك من خلال العقود المسماة.

وهذه الخاصية لم تبقى حكراً على المشرع بل أيضاً أصبح للقاضي الحق في التدخل في مضمون العقد من خلال إمكانية تفسيره في حالة ما إذا اختلف الطرفان حول معنى عبارات العقد مما يقتضي تفسيره وتحديد ما كانت ترمي إليه إرادة الأطراف، أو عن طريق تكييفه إذا ما لم يقر الطرفان في إعطاءه تسمية قانونية، أو إعادة تكييفه وذلك إذا لم يتوافق الطرفان في التكييف القانوني الصحيح الذي ترمي إليه آثار العقد التي أرادوها، بالإضافة إلى إمكانية تدخله لإعادة توازن الالتزامات بين طرفي العقد والتي يمكن أن تختل بسبب ظروف طارئة¹، وسيتم تبين هذه الاستثناءات بشكل مفصل لاحقاً.

1- نايلي بلال وفتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، مج 08، ع 02، جوان 2023، ص 207.

- ينظر: محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة -، المرجع السابق، ص 304.

المطلب الثاني

تصنيفات العقود

تعتبر عملية تصنيف العقود من أصعب العمليات رغم أهميتها وذلك لتعدد أوجه المعاملات بين الأفراد وكثرة وسرعة تطورها، فلقد حاول المشرع رغم ذلك تصنيف جُلها في القانون المدني وبعضها في قوانين خاصة إلا أنه أغفل بعضها مما عرضه للنقد من طرف الفقه، والقاضي في عملية تكييف للعقد يلزم عليه العودة إلى هذه التصنيفات لإلحاق العقد محل النزاع بالإطار القانوني الذي ينظمه وتبيان القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه، فهي من العمليات القانونية المهمة في عملية التكييف. لذا لزم التطرق إلى التصنيفات القانونية للعقود في (الفرع الأول)، وكذا التطرق إلى التصنيفات الفقهية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التصنيفات القانونية للعقد

تعتبر العقود المنظمة في التشريع الموطن القانوني لعملية التكييف ومرجع القاضي الأول باعتبار أن جُلها منظم في القانون المدني والذي يمثل الشريعة العامة المنظمة للمعاملات بين الأفراد، لذا يستوجب على القاضي الرجوع إليها في قيامه بهذه العملية، وسيتم عرضها فيما يلي بالإضافة إلى بعض التصنيفات التي تبنتها بعض التشريعات خاصة الفرنسية. ولهذا سوف نعالج في هذا العنصر التصنيفات الكلاسيكية (أولاً)، ثم التصنيفات الحديثة للعقد (ثانياً).

أولاً: التصنيفات الكلاسيكية للعقد: لقد نظمها المشرع في الأحكام التمهيدية من القسم الأول

المدرج ضمن الفصل الثاني المعنون بالعقد من ق م ج وتمثل في:

- 1- **العقد الملزم لجانبين والملزم لجانب واحد:** وقد أشار المشرع إلى هذا التصنيف في المادتين 55 و56 من ق م ج، بحيث أنه خصص المادة 55 للعقد الملزم لجانبين، والمادة 56 للعقد الملزم لجانب واحد. أ- **العقد الملزم لجانبين:** وقد عرفه المشرع في المادة 155¹ من ق م ج، وبناء على هذه المادة أن العقد الملزم لجانبين هو ذلك العقد الذي ينشئ حقوقاً ثنائية في ذمة المتعاقدين²، ويرتب التزامات متقابلة بين

1- نصت المادة 55 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض"،

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 51.

أطرافه وبالتالي يكون كل طرف دائن ومدين في نفس الوقت كعقد البيع مثلا، بحيث يلتزم البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع للمشتري وضمانه وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع .

وبناء على هذا يعتبر التقابل هو الركيزة الأساسية لوجود العقود الملزمة لجانبين ويعنى به الرابط الذي يجمع التزامات الطرفين فترتبط ببعضها ارتباطا سببيا، والملاحظ أن هناك عدم انسجام بين تعريف العقد الوارد في المادة 54 من م ج و تعريف العقد الملزم لجانبين، بحيث نجد أن الأول أشمل لكل صور الأداء بحيث يتمثل في توافق إرادات لإحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء أو تعديلا أو نقلا أو إنهاء.

أما الثاني فكان ضيقا يشمل فقط الالتزامات المتقابلة وبالتالي يجب توسيع التعريف الخاص بالعقد الملزم لجانبين من أجل تلاؤمه مع تعريف العقد، وبهذا الصدد اقترح الأستاذ شوقي بناسي إعادة تسمية مثل هذه العقود "بالعقود التقابلية" وعرفها على أنها: "العقود التي تتقابل فيها أدائيات الأطراف وترتبط بعضها ببعض"¹، وهذا ما جاء به المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون المدني بحيث قد أعطى تعريفا واسعا للعقد .

ب- العقد الملزم لجانب واحد: وقد أورد المشرع تعريفا له في المادة 256² من م ج، وهو يعتبر عقد غير تبادلي والذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد دون مقابل، أي لا يرتب التزامات إلا على طرف واحد وبالتالي يكون أحد الأطراف مدينا والآخر دائنا فقط³.

كما هو الحال في عقد الهبة دون عوض، والوديعة دون أجر، وعقد الوكالة دون أجر، فالطرف الملزم في عقد الهبة هو الواهب الملزم بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له دون أن يلتزم هذا الأخير نحو الواهب، والمودع لديه ملزم بتسليم الشيء المودع والمحافظة عليه ورده دون أن يلتزم المودع بأي التزام، ونفس ما يقال في عقد الوكالة إذ أنها لا ترتب أي التزامات إلا في ذمة الوكيل، وجد العقد الملزم لجانب واحد أساس وجوده في عدم ترتيبه للالتزامات المتقابلة بين أطرافه، ويعتبر هذا النوع من قبيل العقود الغير

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 382.

2- المادة 56 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أن: "يكون العقد ملزما لشخص، أو عدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين".

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 12 و13.

تقابلية والتي لا تتقابل فيها الأداءات بين الطرفين التي تعرف بأنها: "تلك العقود التي تتضمن أداء في جانب أحد الأطراف دون أداء مقابل من الطرف الآخر"¹.

ويجب عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والذي هو كسائر العقود لا يتم إلا توافق إرادتين، والتصرف القانوني الصادر من جانب واحد والذي لا يعتبر عقداً، كالوصية والوعد بجائزة والوقف.

وترجع أهمية تقسيم العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين لأربعة نقاط أساسية، يتمثل أولها في سبب الالتزام إذ يرى أنصار نظرية السبب العبرة بسبب الالتزام أي أن السبب في العقود الملزمة لجانبين هو التزام كل من المتعاقدين اتجاه الآخر، إذ يكون التزام أحد الجانبين هو سبب التزام الجانب الآخر فالالتزام المشتري بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية.

أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد فلا يكون التزام أحد الأطراف هو سبب التزام الطرف الآخر باعتبار أنه لا توجد التزامات متبادلة بين الطرفين، أما بالنسبة لجانب الفسخ لعدم التنفيذ ونظراً إلى الالتزامات الموجودة على عاتق طرفي العقد الملزم لجانبين فإنه يمكن لأحد الأطراف فسخ العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته طبقاً لأحكام المادة 113 من القانون المدني².

ولا يكون إلا بتقديم إعدار ما لم يتم الاتفاق خلاف ذلك (المادة 119 و179 من ق م ج)، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا حاجة للدائن في طلب فسخ العقد، لأن الدائن هنا لا يقع على عاتقه التزام مقابل التزام المدين وبالتالي لا حاجة للبحث عن التحلل منه، وإنما له فرصة إجبار المدين على التنفيذ العيني أو طلب التعويض، وفي نقطة أخرى نجد أن الدفع بعدم التنفيذ تعتبر آلية ووسيلة دفاعية يختارها المتعاقد فيجوز له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه تطبيقاً للمادة 123 من ق م ج.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد فلا يمكن ما دام أنه لا يقع على الدائن التزام مقابل للالتزام المدين، وفي حالة تحمل تبعة استحالة التنفيذ فإنه إذا استحال تنفيذ الالتزام من أحد الطرفين في العقود الملزمة لجانبين فإن الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ وينقضي معه تباعاً الالتزام المقابل له ويفسخ العقد بقوة القانون ويتحمل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزاماته تبعات ذلك، أما إذا استحالة تنفيذ الالتزام في العقد الملزم لجانب واحد فإن الالتزام ينقضي وينفسخ بقوة القانون.

1- شوق بناسي، المرجع السابق، ص 383 و384.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.

2- العقد المحدد وعقد الغرر: نتطرق في هذا العنصر إلى ما يلي:

أ - **العقد المحدد**: لقد خصص المشرع المادة 01/57 من ق م ج لتعريف بالعقد التبادلي¹ (المحدد)، ومنه يمكن القول أن في هذا النوع من العقد يلتزم كل طرف بتقييم منفعة للطرف الأخر تكون معادلة لما يأخذه ويعتبر جوهر هذا النوع من العقود هو المعادلة في الالتزامات المتبادلة فكل طرف يأخذ معادل ما يلتزم به، وقد عرفه الفقه الجزائري بأنه ذلك العقد الذي يكون فيه الالتزامات وحقوق المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه².

ب- **عقد الغرر (الاحتمالية)**: قد عرف المشرع هذا النوع من العقود في المادة 32/57 من ق م ج، إذ يعتبر عقد الغرر حسب المشرع هو ذلك العقد الذي تضمن فيه مقابل لحظ من الربح أو الخسارة لكلا الطرفين وهذا لتعلقه بحادث غير محقق الوقوع، ومثال عقود الغرر، عقود التأمين، وأوراق اليانصيب، والمقامرة⁴.

وتظهر أهمية التفرقة بين العقد المحدد وعقد الغرر أو الاحتمال في صحة العقد، إذ ترتبط في العقود الاحتمالية ارتباطا وثيقا بوجود الاحتمال وهو يمثل ركن السبب وتخلفه ينتج عنه البطلان المطلق⁵، ويظهر كذلك في جانب الغبن فهو يعرف عند غالبية الفقهاء بأنه عدم التعادل في قيمة بين العوضين في عقود المعاوض، ولذلك يصعب الاحتجاج به في العقود الاحتمالية أو عقود الغرر لصعوبة تقدير الأداءات المقدمة من الطرفين بخلاف العقود المحددة لان قيمة الأداءات المتبادلة محددة وقت التعاقد⁶.

وتظهر أيضا في عنصر الغلط حسب ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي للاستبعاد التمسك بالغلط في المحل الذي قام عليه عقد الغرر لأن الطرفين رضيا بالخطر لأن الاحتمال يصطاد الخطر⁷، وقد

1- نصت المادة 01/57 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل له."

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 16.

3- نصت المادة 02/57 القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان الشيء معادل محتويا على حظ الربح أو الخسارة لكل واحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر."

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 72.

5- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 414.

6- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 17.

7- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 418.

اتجهت إرادة الأطراف لإبرام مثل هذه العقود رغم وعيها الكامل بالاحتمال الذي يمكن أن يكون في عناصر محل العقد كأصالته أو مكوناته أو قدرته على تلبية الحاجيات وبالتالي لا يمكن التذرع بوجود الغلط، أما بالنسبة للضمان في العقود الاحتمالية يتم استبعاد الأحكام المتعلقة بالضمان ويعتبر رضاه بإبرام العقد كمن أسقط برضاه أحكام الضمان¹.

وفي نظرية الظروف الاستثنائية والطارئة فيرى جانب من الفقه أنها تنطبق فقط على العقد

المحدد دون العقد الاحتمالي رغم أنه تم انتقاد هذا الأمر من ناحية أن احتمال الخسارة الذي رضي به

الطرفين هو احتمال متوقع بخلاف ذلك الناتج عن الظروف الطارئة، ومن جانب آخر نجد أن الخسارة

الناتجة عن الحادث الطارئ يجب أن تكون فادحة بخلاف تلك الناتجة عن عقد الغرر إذ يصعب تقديرها

ولا يوجد دور للحظ في نظرية الظروف الطارئة بخلاف عقود الغرر فهي قائمة على حظ الريح والخسارة².

3- العقد بعوض وعقد التبرع: أشار المشرع إلى هذا التصنيف في المادة 58 إذ خصص تعريفا للعقد

بعوض دون عقد التبرع .

أ- العقد بعوض: لقد عرف المشرع هذا النوع من العقود كالآتي: "هو العقد الذي يلزم كل واحد من

الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"، ويعتبر جوهر هذا العقد هو التزام كل طرف بإعطاء أو فعل شيء نحو

المتعاقد الآخر، وهذا ما تقارب مع جوهر العقد الملزم لجانبيين.

ب- عقد التبرع: لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف عقد التبرع لكن نجد أن المشرع الفرنسي عرفه بأنه

هو ذلك الذي يقدم فيه أحد الطرفين للأخر منفعة مجانية محضة، وعرف أيضا بأنه هو العقد الذي

بموجبه لا يأخذ أحد العاقدين مقابلا لما أعطى أو لما التزم به ولا يعطي العاقد الأخر مقابلا لما أخذ ويميز

الشرح عادة في مثل هذا النوع من العقود بين الهبات والتفضل، إذ تعتبر الأولى هي ما يخرج به الشخص

من عن ملكة مال من أمواله أما الثانية فهي خدمة يقدمها طرف لطرف آخر دون مقابل³.

تكمن أهمية تمييز العقود إلى عقد بعوض وعقد تبرع في عدة نقاط من بينها الأهلية، إذ يفرق

القانون بين أهلية أداء التبرعات والمعاضات وتعتبر هذه الأخيرة تصرفات مفقرة لذمة المالية ومن ثم كان

يجب أن يشترط فيها المشرع أهلية التبرع والتي تتمثل في - بلوغ سن الرشد-، أن يكون غير محجور عليه وإلا

كان العقد باطل بخلاف عقود المعاضات فهي عقود تدور بين النفع والضرر وقد اشترط فيها المشرع أهلية

1- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 67.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 420.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 65.

أخف لأنها ليست بالتصرف الخطير، أما في جانب الغبن واعتباراً أن عقود التبرع هي عقود توقع التزاماً فقط في ذمة المتبرع دون ذمة المتبرع له فلا يتصور وقوع الغبن لأنه ليست هناك أداءات متقابلة يمكن تقييمها بخلاف العقود بعوض التي تتقابل فيها الأداء وبالتالي يمكن تقييمها وتحديد وقوع الغبن من عدمه¹.

أما فيما يخص المسؤولية العقدية فتكون هذه المسؤولية أشد في عقود المعاوضات عن تلك الموجودة في عقود التبرع إذ يعتبر الطرف المتعاقد في هذا العقد الأخير محسناً وبالتالي يعامله المشرع معاملة أخف، أما الضمان فيعفى المتبرع مبدئياً من التزام الضمان كعقد الهبة فلا يضمن الواهب عدم التعرض بخلاف المعاوض في عقد المعاوضات فيقع على عاتقه التزام الضمان سواء ضمان عدم التعرض والاستحقاق أو ضمان العيوب الخفية²، وأخيراً يمكن القول أن العقود التبادلية وعقود الغرر تجد مستقرها في عقود العوض دون التبرع، كما رجح غالبية الفقه فلا يمكن تصور عقد غرر تبرعي أو عقد تبادلي دون عوض.

ثانياً: التصنيفات الحديثة للعقد

تقوم التصنيفات الحديثة للعقد على عدة معايير نذكر منها ما يلي:

1- تصنيف العقد من حيث طريقة التعبير عن الإرادة: وينتج عن هذا المعيار مجموعة من أنواع للعقد تتمثل في العقد التقليدي والعقد الإلكتروني والعقد الذكي.

أ- العقد التقليدي: وهو العقد الذي يبرم عادة دون استعمال أي وسيلة إلكترونية بحيث تكون أطراف العقد حاضرة في مجلس العقد وقت إبرام العقد ويتم التعبير عن الإرادة فيها عن طريق تبادل الألفاظ والكتابة والإشارة المتعارف عليها وقد يتم التعاقد بين الغائبين عن طريق المراسلة بالبريد أو البرق أو غيرها من الوسائل، وينتج التعبير أناره عند وصول الإيجاب وتطابقه مع قبول الطرف الآخر³.

ب- العقد الإلكتروني: ويعرف بعقود المعلوماتية وهي تلك العقود التي يتم إبرامها عن بعد باستخدام الوسائل الإلكترونية المؤقتة والمؤمنة وخاصة الانترنت في المجال التجاري، وقد برز هذا النوع للوجود بعد

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 433.

2- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 66.

3- سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 67.

التطور الكبير إلى عرفته البشرية في مجال الرقمنة والمعلوماتية ووسائل الاتصال الالكترونية¹. ويعتبر العقد الالكتروني مثل العقد التقليدي يقوم على توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني فقط يتميز باستعمال تقنية الاتصال الإلكتروني، ينجر عن هذه الخصوصية عدة نقاط يلزم على المشرع تنظيمها كزمن تطابق الإيجاب والقبول، قانون واجب التطبيق إذا كان الطرفان من بلدان مختلفان وغيرها².

ج- العقد الذكي: وقد حاول مجموعة من الفقهاء إعطاء تعريف لهذا النوع من العقود إذ عرف بأنه: "بروتكول المعاملات المحوسب الذي ينفذ شروط العقد"، وعرف أيضا بأنه: "مجموعة من العقود المحددة في شكل رقمي والمتضمنة البروتوكولات التي من خلالها تقوم الأطراف بتنفيذ هذه العقود"³.

وعرفه البعض بأنها أكواد الكمبيوتر التي تعمل على البلوك تشين والمتضمنة مجموعة من القواعد التي بموجبها اتفق أطراف ذلك العقد على التفاعل فيما بينهم، وفي حالة استيفاء القواعد المحددة مسبقا يتم تنفيذ الاتفاق تلقائيا⁴، وعرف أيضا بأنه: "عقود ذاتية التنفيذ ترمج ضمن منصة لا مركزية تدعى البلوك تشين"⁵.

والملاحظ أن هذه التعاريف معقدة إلى حد ما إذ تحاول في مجملها تعريف هذا النوع من العقود من خلال آلية عمله، لذلك هناك تعريف آخر يقوم على مبدأ العقد المكمل والعقد المساعد بحيث عرفت العقود الذكية بأنها: "برمجيات منفذة بطريقة لا مركزية على **block chaine** يتم تشغيل وظائفها من خلال استيفاء شروط محددة مسبقا"، ويرى أن العقود الذكية لا تقوم مقام العقد ولا محله بل تعمل على تعزيزه⁶.

- 1- أدرج المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني سنة 2005 ضمن المادة 323 مكرر 1 العقد الالكتروني والتي نصت على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".
- 2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 83.
- ينظر أيضا: عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخ: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة مولود معمري-تيزي وزو، -، 2014، ص 18.
- 3- منصور داوود، الجوانب القانونية لتطبيقات العقود الذكية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، مج 12، ع 2، 2021، ص 36.
- 4- بن سالم أحمد عبد الرحمن، تقنية البلوك تشين والعقود الذكية، مقارنة تحليلية للأطر القانونية والتكنولوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مغنية، مج 8، ع 2، 2022، ص 475.
- 5- معداوي نجيبية، العقود الذكية والبلوك تشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، مج 4، ع 02، 2021، ص 62.
- 6- بن سالم أحمد، المرجع السابق، ص 476.

ويعتبر هذا النوع أقرب إلى برتوكول منه إلى عقد إذ يقوم على برنامج يعمل على عصرنة العقد الكلاسيكي، ويعتمد في ذلك على ما يسمى بتقنية **block chaine** والتي تعبر سجل من المعاملات لا يمكن التعديل فيه أو تحريف معطياته¹، ولهذا النوع من العقود مزايا سواء في كل مراحل إبرام العقد فهو مؤمن، يتسم بالسرعة وريح الوقت لكن يبقى التساؤل مطروح عن بعض معطيات العقود كالأهلية في التعاقد والتراجع عن التعاقد وغيرها التي لم يتم تنظيمها بعد، وفي الحقيقة لا تشكل العقود الالكترونية من حيث تصنيفها القانوني عائلة مستقلة في تنظيمها بل تعتمد في جل أحكامها على القواعد العامة خاصة تلك المتعلقة بأحكام الإرادة والنظام العام والآداب العامة.

2- تصنيف العقد من حيث نوع العملية الاقتصادية المنجزة: وتصنف العقود على هذا الأساس

إلى مجموعتين تتضمن المجموعة الأولى كل من العقد التبادلي، عقد تنظيم، وعقد تعاون، أما المجموعة الثانية فتشمل كل من العقد المعاملاتي والعقد العلائقي، وهذا ما سيتم عرضه فيما يلي:

أ- عقد تبادل، عقد تنظيم، عقد تعاون

نقوم بشرح كل عقد على حدى:

أ-1- **عقد تبادل:** يعتبر هذا العقد الفرع الذي يضم العقود الكلاسيكية التي نظمها القانون المدني ويكون رضائي يقوم بتطابق الإيجاب والقبول، وهو العقد الذي تكون فيه الفائدة متبادلة بين أطرافه سواء كانت الخدمات أو الأموال، وبالتالي تكون المصالح الاقتصادية متقابلة بين المتعاقدين والفائدة للطرفين مضمونة وهو من العقود التي يكون الهدف منها الفوز بما يفقده الطرف الآخر²، مثال ذلك البيع، المقابلة.

أ-2- **عقد التنظيم:** وهو العقد الذي يتم فيه جمع مجموعة من الأموال والخدمات في إطار منظم وذلك

من أجل الوصول إلى هدف معين والمتمثل في نشوء شخص معنوي أو اعتباري يستفيد من خلاله الأطراف بعائدات مالية كعقد الشركة أو عقد جمعية، هو لا يصبح منتجا لأثره إلا إذا قدم طرف كل ما وعد به قصد تحقيق العملية الاقتصادية التي أبرم العقد من أجلها فيصبح الربح والخسارة موزعة على الجميع.

أ-3- **عقد التعاون:** يعتبر هذا العقد وسطا بين العقدين السابقين، وهو العقد الذي يتم بتبادل

الأموال والخدمات مع الاهتمام بالفائدة التي تنتج عن هذه الخدمات والأموال فهو عقد يجمع بين صفات

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 513.

2- شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 514.

العقد الأول والتي تتمثل في المبادلة بين الأداءات، أما من العقد الثاني فهو يهتم بمصير تلك الأموال والخدمات، مثل عقد إيجار البناء¹.

ب- العقد المعاملاتي والعقد العلائقي:

نقوم بشرح كل عقد كما يلي:

ب-1- العقد المعاملاتي: وهو عقد يتم بتطابق الإيجاب والقبول يقوم على المعاملة المحدودة بين

الطرفين تبدأ وتنتهي بمجرد إبرام العقد، فهو منتظم ومحدود من حيث الوقت ويقوم على احترام القوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة مما يجعل مركز العقد لحظة التقاء الإرادتين وهو غالبا ما يتجه أطرافه لحل النزاع بينهم لاعتبار أنهم غرباء جمع بينهم فقد العقد وانتهت العلاقة بينهم بمجرد انتهاء آثاره.

ب-2- العقد العلائقي: وهو العقد الذي يجسد النظرية الحديثة للعقد والمحقق للهدف التي تبرم لأجلها

العقود في الواقع الحالي لاسيما في عالم الأعمال ويرتكز هذا العقد في قيامه على مجموعة من العناصر الجوهرية أبرزها تتمثل في بناء علاقة بين أطراف، تمتد هذه العلاقة فترة من الزمن ونتيجة لذلك تحقق فعالية اقتصادية، ويتميز بالمعرفة المسبقة بين الأفراد فعلاقتهم ليست عرضية كتلك التي تكون في العقد المعلوماتي، وبالتالي يكون التضامن والتعاون أبرز ما تتأسس عليها عقودهم².

3- تصنيف العقد من حيث طبيعة الروابط: تقسم العقود من حيث طبيعة الروابط إلى

مجموعتين المجموعة الأولى تتضمن مجموعة العقود، أما المجموعة الثانية فتشمل عقود الإطار وعقود التطبيق، وسيتم عرضها فيما يلي:

أ-1- مجموعة العقود: وهي عبارة عن عقود مختلفة اشتركت لتحقيق مشروع واحد لكن دون أن تتحد وتصبح عقدا واحدا، بخلاف العقد المركب الذي هو اتحاد مجموعة من العقود لتشكل عقدا واحدا مما يخلق صعوبة للتكييف بخلاف مجموعة من العقود فهي لا تخلق صعوبة في تكييفها وإنما الصعوبة تكمن في مدى قابلية هذه العقود للانقسام، ومن بين النماذج التي تتحقق فيها هذه العقود نجد سلسلة عقود الإيجار من الباطن، المجموع العقدي.

ب-2- عقد الإطار وعقود التطبيق: يعمل عقد الإطار على تأطير وتنظيم العلاقات المستقبلية بين

الأطراف فهو يحدد الإطار العام الذي تكون فيه العلاقات العقدية بين الأفراد في المستقبل، وقد صنفه

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 515.

2- المشرع السابق، المرجع نفسه، ص 516.

الفقه الفرنسي في العقود التمهيدية أو العقود الأولية أو مرحلة ما قبل التعاقد، كما دأب الفقه على تسميتها كالوعد بالتعاقد لكن يؤخذ على هذا الرأي عدة نقاط لعل أبرزها ما يتعلق بالوعد بالتعاقد. فنجد أنه غير مطابق لشروط قيام عقد الإطار، إذ أن هذا الأخير لا يلزم فيه الاتفاق على المسائل الجوهرية كما في الوعد بالتعاقد بل يكفي تحديد الخطوط العريضة التي تكفي لتوضيح الحالة التعاقدية المستقبلية، أما عقود التطبيق فتتولى تحديد كيفية تنفيذ هذه الخطوط العريضة وفي حالة تعارض بنود كلا العقدين يرجح الفقه تطبيق بنود عقد الإطار¹.

4- تصنيف العقد من حيث التوازن التركيبي: ويشمل هذا التصنيف العقد المتعادل والغير

المتعادل، بالإضافة إلى عقد التبعية، وهذا ما سيتم تبيانها فيما يلي:

4-أ- العقد المتعادل: يتم إخضاع هذه العقود غالبا للقواعد العامة المعروفة سواء في القانون المدني أو

القانون التجاري وذلك لاعتبارات عدة لعل أبرزها هو تساوي المراكز القانونية لأطرافها وعدم وجود تفاوت بين الأطراف المتعاقدة، وبالتالي لا يستلزم إخضاعها لقانون خاص فهو إذا عقد يتم إبرامه بين متعاقدين لا يوجد بينهما سبب تركيبي لعدم المساواة.

4-ب- العقد الغير متعادل: وخلافا للعقد المتعادل تخضع هذا النوعية من العقود إلى قانون خاص

يحكمها إذ تعرف بأنها العقد الذي يرم بين المتعاقدين يوجد بينهما سبب تركيبي لعدم المساواة²، وتتميز هذه العقود عن باقي العقود من حيث طبيعة محلها أو صفة أطرافها ومن أجل ذلك حرص المشرع في معظم الدول على سن تشريع خاص بها وهو يشمل كل من عقد الاستهلاك وعقد التبعية.

وفي الواقع لم يحاول الفقه تقديم تعريفا لهذا النوع من العقود واعتبره بأنه نسخة متطورة من

العقود الكلاسيكية كالبيع والتأمين إلا أننا نجد أن البعض منه قد عرفه بأنه: "عقد عادي يتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات يكون أحد أطرافه منتجا أو مهنيا مقدما للسلعة أو الخدمة، أما الطرف الآخر فيكون شخصا عاديا يبحث عن إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"³.

أما العقد الاستهلاك الالكتروني فقد عرفه الفقه بأنه تطابق الإيجاب والقبول عبر شبكة

اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية ويؤخذ على هذا

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 517.

2- شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 518.

3- فاطنة شرشاري، النظام القانوني لعقد المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مج 02، ع 11، 2020، ص 168.

التعريف أنه لم يبين صفة الطرفين أو محل العقد أو غايته¹، أما قانونا فلقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 3 ف 04 من القانون 02-04 كما يلي: "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة محرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"².

ولتعزيز هذا المفهوم وتبينه أكثر عرج المشرع إلى تعريف مجموعة من المصطلحات في المادة 3 من القانون 03-09 والتي تتمثل في:

• **تعريف الخدمة:** كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان التسليم تابعا أو مدعما للخدم المقدمة.

• **تعريف السلعة:** كل شئ مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا.

• **تعريف المستهلك:** كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية...."

• **تعريف المتدخل:** هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك³.

من خلال التعريفات السابقة يمكننا القول أن عقد الاستهلاك عقد يبرم بين المستهلك وشركة أو مؤسسة معينة لتقديم منتج أو خدمة معينة، يهدف إلى تحديد شروط ومتطلبات الشراء والاستخدام للمستهلك.

4-ج- عقد التبعية: هو ذلك العقد الذي يتضمن وضعيات تركيبية تفاوتية بين متدخلين نتيجة تبعية

أحدهما للأخر اقتصاديا⁴، ويعتبر مثل هذا النوع من العقود نتيجة للتطورات الاقتصادية وما ترتب عنها

من مؤسسات ذات قوة اقتصادية فرضت منطقتها في السوق مما جعل المؤسسات الأخرى الناشئة أو

الأقل قوة في حالة تبعية لها ولشروط العرض والطلب التي تفرضها وإمكانية التعسف في ممارسة ذلك

وهو ما جعل المشرع مجبرا لتنظيم مثل هذه الممارسات.

1- المرجع نفسه، ص 169.

2- المادة 03 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ع، 41، المؤرخة في 25 يونيو 2004.

3- المادة 11 من القانون رقم 03-09 المؤرخ في 8 مارس 2009 المتضمن ب حماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، ع، 15، المؤرخة في 12 مارس 2009، المعدل والمتم بالقانون 09-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018.

4- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 532.

إذ سن قانون للمنافسة والمتمثل في الأمر 03-03 وخص التبعية الاقتصادية بالمادة 11¹ منه لنزع الغموض عنها فأوضح صورها، وحسب مقتضيات المادة 03 ف 05 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة فإن التبعية الاقتصادية هي: "العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا"².

والمستقرئ للمواد السابقة يلاحظ أن المشرع لم يحضر المنافسة وإنما حضر التعسف في ممارستها ولكي يتحقق هذا الحظر يجب إثبات حالة التبعية الاقتصادية وكذا وقوع استغلال تعسفي لهذه الحالة، ويتمثل هذا الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية في فرض شروط غير عادلة على الشريك التجاري والذي ما كان ليقبلها إذا كان متمتعا بمركز وقوة اقتصادية كبيرة واستقلالية تامة، ويمكن لهذه الشروط التعسفية أن تبرم أثناء التعاقد أو عند الفسخ أو رفض التجديد.

ويمكن القول أن الهدف من الاهتمام بالاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية وتخصيص قانون ينظم أحكامها هو بسبب التناقض الذي وجد بين ما نظمه القانون المدني من جواز حرية التعاقد كأصل عام، ولل فرد أن يتعاقد مع من يشاء أو الامتناع عن ذلك بخلاف قانون المنافسة فنجد أنه يجرم هذا إذا تحقق شرط التعسف في استخدام وضعية التبعية الاقتصادية.

1- نصت المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 12-08 ، ج ر ، ع 36، المؤرخة في 7 يوليو 2008، على أنه: " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة. يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي، البيع المشروط باقتناء كمية أدنى - الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى، - قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، - كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق".

2- المواد 03 ف 05 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع نفسه.

الفرع الثاني

التصنيفات الفقهية للعقد

يعتبر العقد اتفاقية قانونية ملزمة بين طرفين أو أكثر يتم من خلاله تحديد حقوقهم والتزاماتهم بشكل صريح وواضح، ويهدف العقد إلى تحديد حقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة وتوفير قاعدة قانونية لحل النزاعات التي قد تنشأ مستقبلاً، ويتم استخدام العقد في عدة مجالات مثل الأعمال التجارية والعقارات والتأمينات وغيرها، لذا اختلفت التقسيمات الفقهية للعقد باختلاف المعايير المعتمدة في ذلك وسنوضح هذه الأصناف فيما يلي:

أولاً: من حيث تكوين العقد وتنفيذه: وتنقسم العقود من حيث تكوين العقود (1)، إلى عقود رضائية، شكلية، وعينية، أما من حيث التنفيذ (2)، فتقسم إلى عقود فورية وعقود مستمرة.

1- من حيث تكوين العقد: تنقسم العقود من حيث تكوين العقد إلى كل من العقد الرضائي (أ)، والشكلي (ب)، والعيني (ج).

أ- العقد الرضائي: ويتم هذا النوع من العقود بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل، ويكفي في انعقاده توافق الإرادتين دون اشتراط أي شكل أو وضع معين وليس لزاماً أن يحرر العقد في سند مكتوب ورغم إفراغ غالبية العقود في قالب شكلي إلا أنه يبقى الهدف من ذلك هو الإثبات وليس التكوين، ونصت المادة 159 ق م ج في هذا الصدد، وتم تأكيد هذا في المادة 60 ق م ج، التي حددت طرق التعبير عن الإرادة فقد تكون بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة كما يجوز أن تكون ضمناً كاتخاذ موقف لا يدع الشك على دلالة مقصد صاحبه.

وتعتبر الرضائية هي الأصل في كل العقود² نتيجة لتبني معظم التشريعات لمبدأ سلطان الإرادة لكن رغم هذا لا يمكن اعتبارها من النظام العام، إذ يمكن مخالفتها واتفاق الطرفان على إفراغ التصرف في قالب رسمي لا يقوم بدونه وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد قائماً دون هذا الشكل.

ب- العقد الشكلي: وهو العقد الذي لم يكفي لقيامه توافر الرضا بين الطرفين واقتران الإيجاب بالقبول، بل يلزم لذلك إفراغ العقد في شكل خاص حدده القانون بحيث يعتبر الشكل هنا ركيزة أساسية لقيام العقد ولا يكون له وجود بدونه، وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري أقر بأن الرضائية هي الأصل وأكد

1- نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية الأخرى".

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 21.

عليها في المادة 59 ق م ج وما يليها، فإن الشكلية تعتبر استثناء بخلاف ما كان عليه عند قدماء الرومان حيث سادت العقود الشكلية، ولا يقوم العقد بمجرد توفر الرضائية ولا ينتج عنه التزاما حسيهم¹.
لكن تختلف الشكلية في جوهرها عن الشكلية المعمول بها في القانون الحديث بحيث تعتبر الشكلية قديما الركن الوحيد الذي يقوم عليه العقد، وبمجرد قيامه صحيحا فلا يمكن الطعن في العقد بأي عيب من عيوب الرضا، بخلاف القانون الحديث الذي يعتبر القالب الرسمي ركن إضافي لا يقوم العقد بدونها وإنما يجب أن تتوافر معه باقي الأركان².

وتعتبر الشكلية التي فرضها القانون من النظام العام لا يجوز مخالفتها في حين يمكن ذلك في الشكلية الاتفاقية التي ارتضاها الأطراف، ويلزمنا الذكر إن كل عقد شكلي يكون الوعد بإبرامه أيضا شكليا تطبيقا لما جاءت به المادة 32/72 ق م ج، أما المادة 572 من نفس القانون فأقرت بإلزامية توافر الشكل في الوكالة في العمل القانوني الذي يكون محله يستلزم الشكلية للتصرف فيه⁴.

ج- عقد عيني: يعرف العقد العيني بأنه العقد الذي لا يكفي لانعقاده توافق الإرادتين وتطابق الإيجاب مع القبول بل يجب إضافة لذلك تسليم العين محل العقد من أحد المتعاقدين إلى الطرف الثاني وهذا هو السر في تسميتها بالعقود العينية، إذ تستلزم مثل هذه العقود لقيامها ركنا إضافيا شأنها شأن العقود الشكلية، غير أن هذه الأخيرة في تزايد مستمر تكاد تصل لحد مزاحمة العقود الرضائية بخلاف العقود العينية التي تكاد تنعدم وقد تصل إلى حد الاختفاء حسب بعض فقهاء القانون الحديث.

لكن حسب معظم الفقه فإن في العقود الشكلية يعتبر هذا الركن الإضافي ركن لصحة العقد فإذا تخلف إعتبر العقد باطل بطلان مطلق، أما في العقود العينية فإن هذا الركن يعتبر ركنا في التكوين فإذا تخلف اعتبر العقد منعدم الوجود، وقد عرف المشرع الفرنسي هذا العقد في التعديل الأخير للقانون

1- على على سليمان، المرجع السابق، 23.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 446.

3- نصت المادة 71 ف 2 من ق م ج على أنه: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

4- نصت 572 من ق م ج على أنه: "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

المدني الفرنسي¹ في المادة 1109/3 كما يلي: "ويكون العقد عينيا عندما يكون تكوينه مرتبطا بتسليم الشيء".

ويعتبر من قبيل العقود العينية في التشريع الجزائري عقد الهبة² فهي عقد لا يقوم إلا إذا نقلت الحيازة من الواهب إلى الموهوب، إذ لا يكفي لانعقادها تطابق الإيجاب والقبول وذلك تطبيقا لأحكام المادة 206 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة والتي نصت على: "تتم الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"³.

وتبرز أهمية هذا التصنيف في تحديد الآثار القانونية المترتبة عن كل عقد بحيث تتميز الكتابة اللازمة للانعقاد عن تلك الكتابة الواجبة للإثبات، إذ تعتبر الأولى ركنا حيث يكون العقد شكلي ويترتب عن تخلف البطلان المطلق، أما في الثانية فلا تحول العقد إلى عقد شكلي وإنما وجدت للإثبات فقط ولم تحول العقد إلى عقد شكلي، ويقوم العقد صحيحا مثل عقد الكفالة وهذا ما نصت عليه المادة 645 من ق م ج، وكذا التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري ويمكن أن يتم إثباتها وفي حالتها تخلفها يمكن إثباتها بالبينة.

2- العقود من حيث التنفيذ:

ويتضمن كل من عقود الفورية في التنفيذ (أ)، وكذا عقود مستمرة (ب).

أ - **العقد الفوري**: وهو العقد الذي لا يكون فيه الزمن عنصرا رئيسيا⁴ وليس له دخل في تعيين محله ولو كان له دخل في تعيين أجل تنفيذه، فتكون الالتزامات المقررة على عاتق الطرفين قابلة للتنفيذ دفعة واحدة وبذلك يقوم هذا العقد على هذه الركيزة الأساسية، كعقد البيع مثلا إذ بمجرد إتمام العقد يقوم البائع بتسليم الشيء المبيع والمشتري يدفع الثمن حتى لو تم سداد الثمن مقسما على أقساط، ويمكن أن يتم إدخال الزمن في مثل هذه العقود بطريقة اختيارية أو يفرضها طبيعة الشيء محل العقد.

1- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, op,cit .

2- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 78 .

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.

4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 68.

ب- **العقد المستمر:** ويسمى أيضا عقد المدة أو العقد الزمني أو العقد ذو التنفيذ المتتابع وهو العقد الذي يعتبر الزمن ركيزة أساسية وعنصر جوهري لتكوينه وقيامه وتنفيذه، ويقصد لذاته وليس بعنصر عرضي يحدد أجال تنفيذه فحسب وبالتالي تكون الأداءات فيه على دفعات على الأقل من طرف واحد¹، ويمكن أن يفرض عنصر الزمن على الأطراف بسبب طبيعة العقد أو يتم الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين، ويفرق الفقه الحديث في العقود المستمرة بين العقود ذات التنفيذ المستمر كعقد الإيجار وعقد العمل، وبين عقود التنفيذ الفوري الدوري كعقد التوريد.

وتظهر أهمية التفريق بين العقدين في عدة جوانب كإعمال الدفع بعد التنفيذ الذي يشترط فيه أن تكون الالتزامات الناشئة عن العقد متقابلة ومستحقة الأداء، أي يكون التنفيذ فيها في وقت واحد ومن ثم لا يمكن تفعيل هذا الآلية إلا في العقود ذات التنفيذ الفوري في شكلها الضيق بخلاف العقود ذات التنفيذ المتتابع لأن التنفيذ مرتبط بالزمن².

أما في حالة ما إذا تم الفسخ في العقود الفورية فإنه يرجع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد خلافا للعقود المستمرة أو الزمنية فكل الأداءات التي تم تنفيذها لا يمكن إرجاعها للحال الذي كانت عليه لذلك يبقى آثار الفسخ على المستقبل فقط، أما فيما يخص تطبيق نظرية الظروف الطارئة فنجد أن لها مستقرا في العقود المستمرة باعتبار أن هذه الأخيرة تنفذ فيها الأداءات على دفعات والزمن عنصر جوهري لقيامها مما يساعد فرصة تغير الظروف وتأثيرها على تنفيذ الالتزامات، خلافا للعقود الفورية التي من النادر أن يكون التنفيذ فيها مؤجلا أجلا طويلا، أما عن أثر القوة القاهرة في مثل هذه العقود فيكون بتأجيل التنفيذ فقط في العقود الفورية إلى غاية زوالها أما في ما يخص العقد المستمر فإن الوقت الذي يتم فيه التوقف عن تنفيذ الالتزامات يخصم من مدة العقد.

ثانيا: تصنيف العقود بالاعتماد على مدى خضوع البنود للمناقشة

وتصنف إلى كل من عقود مساومة (1)، وعقود إذعان (2).

1- **عقد المساومة:** يعتبر هذا النوع من العقود النموذج الكلاسيكي للعقد لأن الأصل في العقود أن تتم وفق مفاوضات بين الطرفين يكون كل منهما في مركز قانوني متساوي فتخضع بنود العقد للمناقشة الحرة

1- على على سليمان، المرجع السابق، ص 19.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 485.

بينهما فكل متعاقد يدافع عن مصالحه وهي الصورة المثالية للعقود، إذ تتم هذه الأخيرة عادة عن طريق المساومة فيتناقش فيها المتعاقدان ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتان ومتكافئتان¹.

2- عقد الإذعان: رغم اهتمام المشرع بهذا النوع من العقود لاعتباره حقيقة اجتماعية واقتصادية فرضت نفسها على المشرع، إلا أنه لم يقم بتعريفه بل حدد آلية القبول فيه وتفسير عبارته وتبيان كيفية مكافحة الشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها إلا أننا يمكن أن نستخلص أبرز معالمه² من خلال المادة 370³ ق م ج، حيث بينت هذه المادة العناصر التي يقوم عليها عقد الإذعان والتي تتمثل في تضمن شروط معدة من طرف الموجب وكذا عدم خضوع هذه الشروط للمناقشة وتقبلها والموافقة عليها جملة وتفصيلا .

يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول وهو ما يعرف بتوافق الإرادتين على إنشائه وفق للشروط التي وضعها الموجب دون تحديد شكل القبول إذا كان كتابة أو لفظا أو إشارة، لقد أفرد المشرع عقد الإذعان دون عقد المساومة بأحكام خاصة تتعلق بمواجهة الشروط التعسفية باعتباره البيئة الحاضنة لمثل هذه الشروط لأن بنوده غير قابلة للنقاش فقد أقرت المادة 110 ق م ج بجواز تدخل القاضي لحماية الطرف المذعن وتفسير العقد لصالح الطرف الضعيف والمذعن سواء كان مدينا أو دائنا وهذا خروجاً عن القاعدة العامة التي يتم تفسير الشك فيها لصالح المدين⁴.

وقد ذهب المشرع إلى أكثر من ذلك في مواجهة الشرط التعسفية وذلك من خلال إمكانية تعديل الشروط من طرف القاضي مما يسمح بإزالة التعسف، وإذا وضع الطرفان شرطا يقضي بعدم تدخل القاضي في تعديل بنود العقد اعتبر الشرط باطلا بطلان مطلق لمخالفته النظام العام رغم إغفال المشرع لوضع معيارا لهذا التدخل مما جعل جانب من الفقه الجزائري يستعين بأحكام التعسف في استعمال الحق.

وهذا ما أدى إلى تداخل وخلط واضح بين أحكام التعسف في استعمال الحق والشروط التعسفية، أما الجانب الآخر فقد تبني ما ورد في التشريع الفرنسي بخصوص "البنود الأسدية" والتي تعني

1- علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 26.

2- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 462.

3- نصت المادة 70 من ق م ج على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب لا يقبل مناقشة فيها".

4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 74.

أن الشروط في عقد الإذعان هي تلك الشروط التي تؤدي إلى اختلال في التوازن بين التزامات وحقوق الأطراف¹.

ثالثاً: تصنيف العقود بناء على الأخذ بالاعتبار الشخصي للمتعاقد من عدمه: وتتضمن هذه

المجموعة كل من العقد المبرم لاعتبار شخصي (1)، كذا العقد المبرم دون اعتبار شخصي (2).

1- العقد المبرم لاعتبار شخصي: وهو العقد الذي تكون فيه شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما

محل اعتبار وبالتالي لا يقوم العقد مع أي شخص كان، بل يبرم مع شخص تتوافر فيه صفات جوهرية معينة تعتبر عنصر وركيزة أساسية لإبرام العقد، قد يعود سبب هذا الاعتبار إلى طبيعة العقد بحد ذاتها مثلما هو الشأن في عقود التبرع مثلاً فغالبا ما يكون المتبرع له محل اعتبار، أو عقد الوكالة.

2- العقد المبرم دون الاعتبار الشخصي: وهو العقد الذي لا يكون فيه شخصية أحد المتعاقدين أو

كلاهما أو صفة من صفاتهم الجوهرية محل اعتبار ويعتبر هذا النوع هو الأصل في العقود²، وتتمثل أهمية هذا التصنيف في تحديد عدة جوانب مهمة لقيام العقد من بينها القبول فليس كل قبول يقوم عليه العقد بل يجب أن تتوفر في الشخص المصرح به الصفة الجوهرية التي يبحث عنها الموجب وإلا فلا يعتد به، وبالتالي يمكن القول أن ليس أي قبول ينقده به العقد، بخلاف العقود التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي إذ يقوم فيها العقد بمجرد توافق الإرادتين وتطابق الإيجاب والقبول.

ومن جانب آخر فقد أشار المشرع في المادة 82 ق م ج أنه بإمكان المتعاقد إبطال العقد إذا وقع في الغلط - والذي يعتبر من عيوب الإرادة- في إحدى صفات المتعاقد الأخر الجوهرية التي لولاها لا ما تم إبرام العقد، وله كذلك أن يتمسك بإجبار المتعاقد الأخر بتنفيذ الالتزام بنفسه لأن شخصيته هنا محل اعتبار أو تقديم تعويض في حالة التخلف، بخلاف النوع الثاني من العقد فلا تعتبر فيه الإرادة معيبة، وبالتالي لا يمكن التمسك بالإبطال وكذا لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ باعتبار أن أي شخص يمكن له تنفيذ ذلك.

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 471.

2- شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 473.

رابعاً: تصنيف العقود من حيث الوجود: يمكن للعقود أن يكون لها وجود بذاتها دون الحاجة للاستناد على عقد آخر وتسمى بالعقود الأصلية (1)، وهي الغالبة في العقود كما يمكن أن تستند في وجودها إلى عقد آخر وتسمى بالتبعية (2).

1- العقود الأصلية: وهي تلك العقود التي يكون وجودها وجوداً مستقلاً وهو الذي يقوم بذاته دون الاستناد إلى عقد آخر، وبالتالي فهو لا يتأثر بوجود عقد آخر سواء في صحته أو بطلانه كعقد البيع، الإيجار، عقد الشركة وغيرها من العقود¹.

2- العقود التبعية: فهو العقد الذي يقوم في وجوده مستنداً على عقد آخر كعقد الكفالة إذ تتميز بصفة عامة بتبعية الضيقة والمباشرة للالتزام الأصلي المكفول وهذا يعود إلى محل التزام الكفيل والذي يتمثل في الوفاء بالتزام المدين الأصلي عند عدم وفاء هذا الأخير به، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 648 من ق م ج أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، وكذا المادة 652 ق م ج التي نصت على أنه: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين".

وبالتالي تعتبر الكفالة صورة واضحة عن العقود التبعية فهي تتبع الالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وأيضاً في بطلانه وصحته، بالإضافة إلى الكفالة فإنه يعتبر عقد الرهن سواء كان رسمياً أو حيازياً أيضاً نموذجاً واضحاً للعقد التبعية وبأخذ أحكامه، وأيضاً تعتبر العقود التي تعقد من الباطن عقود تبعية كالإيجار من الباطن أو المقولة من الباطن فهي تستند إلى عقد أصلي تدور معه وجوداً وعندما². وتتمثل أهمية هذا التصنيف في تحديد الأحكام المتعلقة بكل عقد فالعقد الأصلي يستمد أحكامه من ذاته فإذا تخلفت أحد أركانه عد باطلاً بطلانا مطلقاً وكذا في حالة عدم صحة الرضا الذي قام عليه، فلصاحب المصلحة التمسك ببطلانه ويقوم بأركانه مستقلاً بخلاف العقد التبعية الذي يكون تابعا لعقد أصلي في بطلانه وصحته، وجوده وعدمه.

خامساً: تصنيف العقود من حيث القواعد المطبقة: تصنف العقود من حيث القواعد المطبقة إلى مجموعتين المجموعة الأولى تشمل العقود المسماة والغير المسماة، وكذا العقود المختلفة من حيث القانون المنظم لها والواجب التطبيق عليها كالعقد المدني والتجاري والإداري.

1- بلحاج العربي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 86.

2- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 76.

1- العقد من حيث تسمية المشرع له من عدمها:

وتقسم إلى عقد مسمى (أ)، وعقد غير مسمى (ب).

أ- **العقد المسمى**: وهو العقد الذي خصه المشرع بتسمية خاصة وتنظيم أحكامه معقد البيع وعقد الإيجار عقد الوديعة¹، ويعتبر أصل هذه العقود معاملات متداولة بين الناس بأسماء معينة وشروط واحدة لقيامها فأقرها القانون بعد ذلك في قواعد أمره و مكملة معا، وهذه العقود تزيد وتنقص عبر الزمن فهي وليدة المجتمع وما يمارس فيه ويعتبر التنظيم والتشريع الركيزتان التي يعتمد عليهما الفقه لتحديد العقود المسماة².

ولقد نظمها المشرع في الكتاب الثاني من القانون المدني مقسمة على أبواب بهدف إرساء قواعد هذه العقود وتنظيمها وكذا توجيهها وتطويرها في شكل يجعلها مواكبة للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع³، وكذا يهدف هذا التنظيم إلى مساعدة القاضي أثناء تطبيقه للقانون على النزاعات المعروضة أمامه وكذا إعادة تكييف العقود وإعطائها تسميتها المطابقة للأثار القانونية التي وضعها الطرفان.

ب- **العقد الغير مسمى**: وهو العقد الذي لم يخصه القانون لا بتسمية ولا بأحكام خاصة مثل العقد الذي تتعهد به دار نشر لنشر كتاب، ويذهب جانب من الفقه للقول أن هذه العقود غير واضحة المعالم وتغلب عليها عدم الدقة لكن يمكننا من جانب آخر اعتبارها عقودا مسماة مؤجلة أو هي عقود مسماة في مرحلتها الأولية، فإذا دأب الناس على التعامل بها ووضع شروط لها ترسخت في المجتمع وصارت أكثر وضوحا فلا يجد المشرع خيارا آخر إلا تنظيمها وإضافتها لقائمة العقود المسماة، وبالتالي تعتبر وسيلة فعالة لخلق عقود جديدة يتم إخضاعها لنظام قانوني وبالتالي تسميتها.

تتمثل أهمية هذا التصنيف في تحديد الإطار القانوني التي تخضع له هذه العقود فالعقود المسماة كأصل عام تخضع للأحكام القانونية التي تنظمها وإذا لم يوجد حكم في هذه القواعد خضعت وقتها للقواعد العامة، وإذا لم يوجد ما ينظمها خضعت لباقي مصادر القانون بخلاف العقود الغير المسماة والتي ذهب غالبية الفقه إلى إخضاعها للقواعد العامة هذا من جانب⁴.

1- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 24.

2- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 88.

3- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 490.

4- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 492.

أما من جانب آخر فهذا التصنيف يساعد القاضي على معرفة الحكم الذي سيطبقه في حالة ما عرض عليه نزاع حول انعدام الاتفاق بين الأطراف على طبيعة العقد أو تسميته أو حتى إذا لم يقر الطرفان بتسمية العقد بحيث يقوم القاضي بتكييف العقد¹، وتعتبر هذه العملية مهمة جدا خاصة في العصر الحالي نظرا لزيادة تدخل المشرع بالقواعد الآمرة في مجال العقود.

2- تصنيف العقود من حيث القانون الواجب التطبيق عليها:

وتقسم إلى العقد المدني (أ)، والعقد الإداري (ب)، والعقد التجاري (ج).

أ- العقد المدني: يعتبر الأصل في كل العقود وهو يعرف بأنه العقد الذي يبرم بين أشخاص القانون الخاص أو بين شخص من أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام باعتباره صاحب سيادة، ويعتبر الشريعة العامة بالنسبة لبقية العقود في مختلف فروع القانون وذلك من حيث تبيان الركائز التي تقوم عليها سواء كانت أركان أو شروط قيامها وغيرها من المسائل التي تساعد على قيام العقد صحيحا محدثا لأثاره، ولا يجد العقد المدني مستقره فقط في النظرية العامة للعقد وإنما يمتد أيضا إلى كل العقود الأخرى المسماة والخاصة، إذ تعتبر هذه الأخيرة نموذجا لكل العقود المشابهة لها فيتم الاستعانة بإحكامها من طرف القاضي في عملية تكييف العقد إذا كان أمام نزاع كان محله عقد غير مسمى مستعملا آلية القياس.

ب - العقد الإداري: وهو العقد الذي يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام وهو يمثل مجموعة معينة من العقود تخضع في أحكامها للقانون الإداري كقرع قانوني مستقل ضمن مجال القانون العام، وبالتالي يمكن القول أننا أمام عقد إداري إذا توفر معياران أولهما أن تكون الإدارة أحد أطرافه مستعملة امتيازاتها كسلطة بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون موضوعه تسيير مرفق عام وكذا متضمنا لبود خاصة مختلفة عن تلك الواردة في العقود التي تبرم بين الأشخاص العاديين².

ويكمن أثر هذا التصنيف وأهميته في عدة جوانب لعل أبرزها هي في صفات المتعاقدين التي يمكن أن تبرم العقد المدني، فيمكن أن يبرم هذا الأخير من طرف شخصين طبيعيين أو أكثر أو شخص طبيعى وشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص أو بين شخص طبيعى وشخص معنوي من أشخاص القانون العام أو بين شخصين من أشخاص القانون العام، بخلاف العقد الإداري والذي لا يقوم إلا إذا

1- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 72.

2- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر وتوزيع، الجزائر، 2017، ص 122.

كان أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام باعتباره صاحب سلطة وسيادة. وبناء على ذلك يتم معرفة الاختصاص القضائي الذي له الولاية الكاملة لحل المنازعات التي يمكن أن تقوم بين الأطراف وعلى اعتبار أن الجزائر تتبنى ازدواجية القضاء فيمكن أن نكون أمام القضاء العادي إذا كان محل النزاع عقد مدني أطرافه من أشخاص القانون الخاص.

أما إذا كان النزاع محله عقد إداري وأحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام بصفته صاحب سيادة فنكون أما القضاء الإداري، ومن جانب آخر أيضا فإن العقد الإداري يختلف عن العقد المدني في المبادئ التي يقوم عليها إذ نجد العقد المدني يقوم على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية وأيضا مبدأ القوة الملزمة للعقد وغيرها من المبادئ في حين أننا نجد أن العقد الإداري يقوم على مبدأ الكفاءة بين الأطراف، العلانية في المناقصات والمساواة بين المتنافسين¹.

3- العقد التجاري: إن مصطلح العقود التجارية يرمز إلى الدقة والتحديد رغم أنه شائع الاستعمال بين رواد القانون والأصل فيها هو الخضوع للقانون المدني إلا ما يتعارض مع ما جاء به القانون التجاري تطبيقا للمبدأ القائل أن الخاص يقيد العام، ونكون بصدد عقود تجارية إذا توفرت معايير معينة مثل أن يكون موضوعها أعمال تجارية - المادة 02 و03 من ق م ج - سواء كانت بطبيعتها أو وقعت منفردة وقد تصير تجارية أيضا إذا صدرت على وجه المفاوضة، بالإضافة إلى ذلك فيمكن أن تكتسب صفتها هذه بالتبعية وذلك إذا صدرت من تاجر ويمكن أن يكون العقد تجاري لطرف ومدني للطرف الأخر حينئذ نكون بصدد عقد مختلط².

ومنه يمكن أن نعرف العقود التجارية بأنها تلك العقود التي تخضع في تنظيمها إلى قواعد القانون التجاري ويكون موضوعها أعمال تجارية سواء بطبيعتها أو بطريق التبعية. وتتمثل أهمية التصنيف بين العقود التجارية والعقود المدنية في عدة جوانب لعل أبرزها هو الإثبات، إذ نجد أن المشرع يفرض قيودا على الإثبات في العقود المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج أو كانت غير محددة القيمة وكذا عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة وكذا إلزامية ثبوت تاريخ العقد بطرق معينة للاحتجاج به على الغير بخلاف الإثبات في العقود

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 502.

2- حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 2007، 12، ص 224.

التجارية فهو حر، وبالتالي يمكن إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بكل أدلة الإثبات وذلك يعود إلى أن الحياة التجارية تقتضي السرعة والائتمان والتبسيط في الإجراءات¹.

وكذا نجد أهمية التمييز بين العقدين في القواعد الخاصة بالتنفيذ التي يختص كل منهما بها، فنجد في العقود التجارية أن الإعذار يخرج عن أصله المتعارف عليه في القانون المدني والمتمثل في إلزامية وروده في محضر رسمي إذ نجده في الجانب التجاري يمكن أن يكون بأي وسيلة كانت سواء كان برقية أو بريد الكتروني أية وسيلة أخرى².

بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد أهمية التقسيم تتجلى في حالة الإعسار والإفلاس إذ يعتبر الإعسار هو النظام الخاص بالعقود المدنية والتي أشارت إليه المواد 191 و196 من ق م ج، إلا أن في العقود التجارية يعتبر الإفلاس هو الوضعية القانونية لتاجر توقف عن الوفاء بديونه وهو النظام الخاص بالديون التجارية³.

أما بالنسبة للجزء الخاص بالرهن الحيازي فنجد أن العقدان يختلفان من حيث تنفيذه ففي المواد المدنية أقرت للدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون في المزاد العلني أو تملكه الشيء وفاء للدين بخلاف الإجراءات في المواد التجارية والتي مكنت الدائن المرتهن من البيع العلني لأشياء خلال خمسة عشر يوم من تبليغ المدين⁴.

1- حورية لشهب، المرجع السابق، ص 230.

2- جلال وفاء محمددين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 71.

3- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 217.

4- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 501.

الفصل الثاني

الجهات المختصة في تكييف العقد

من الحقائق المسلم بها أن القانون وجد للتطبيق على أرض الواقع ولكن يبقى هذا التطبيق رهينا بعملية ذهنية وفنية تتمثل في عملية التكييف الصحيح للوقائع ومطابقتها مع مفترض نص قانوني معين، ويعتبر التكييف عملية أولية وضرورية لتحديد الإطار العام للواقعة محل النزاع المعروضة على القاضي وتحليلها وبالتالي إخضاعها للنظام القانوني الذي يحكمها.

وتعرف عملية تكييف العقد بأنها ربط العقد بفئة قانونية من العقود بهدف تبيان المادة القانونية الواجبة التطبيق عليه، وبالتالي تحديد النظام القانوني الذي ينتمي إليه هذا العقد والذي يحكم قيامه وآثاره وانقضاءه، ولولا هذا النظام الخاص بالعقد لما ظهرت الحاجة إلى عملية التكييف لأن جميع العقود تلحق بالنظرية العامة للعقد وتطبق عليها القواعد العامة.

وتعتبر عملية تكييف العقد عملية قانونية بحتة يعتبر القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل فيها فهو غير ملزم بالتكييف الذي يعطياه المتعاقدان للتصرف لإمكانية ما قد يشوبه من أخطاء أو إعطاء تكييفاً صورياً يخالف مضمون العقد بقصد التهرب من تطبيق القانون أو غير ذلك من الأسباب التي تدفع المتعاقدان إلى هذا التصرف.

وبناء على التكييف الذي يأخذ به القاضي يتم تحديد الآثار العملية التي تقع على عاتق طرفاه من الالتزامات وحقوق، بل يتعدى ذلك إلى تحديد جواز بعض الآثار من عدمه، فالتكييف عملية يتم من خلالها تقدير مدى صحة العقد أو بطلانه، فهي عملية نوعية تصعب على غير المختص القيام بها لذا أقر المشرع للقاضي سلطة التدخل في العقد من خلال عملية التكييف، لذلك سيتم التطرق في هذا الفصل إلى القاضي كصاحب اختصاص أصيل في عملية تكييف العقد في (المبحث الأول) والجهات المختصة في تكييف العقد على سبيل الاستثناء في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القاضي كصاحب اختصاص أصيل في عملية تكييف العقد

من المسلم به أن القانون وجد لكي يطبق تطبيقا صحيحا على أرض الواقع فهو وجد لكي ينظم علاقات الأفراد ويقرر الالتزامات والحقوق، وهذا التطبيق غالبا ما يكون مرتبط بعملية ذهنية وفنية تتمثل في عملية تكييف العقد ومن خلال استقراء الكثير من الأحكام والقرارات القضائية والبحث في الآراء الفقهية المختلفة نجد أن هذه العملية تجد أساسها مبدئيا في الفقه والقضاء، إذ تعتبر هذه الجهات هي السابقة في ممارستها فالفقه كثيرا ما قرر أطر قانونية للعقود التي دأب الأشخاص على ممارستها وخلق لها قواعد عرفية فنقحها الفقهاء وخط لها نظام خاص يحكمها ألزم المشرع بعد ذلك بتبنيها وتقنينها في عقود مسماة.

كما أن القضاء كثيرا ما يمارس هذه السلطة بحثا عنه لحل النزاع فنجد أنه يفسر العقد ويحاول تكييفه ليحدد أي القواعد القانونية الأقرب إليه، إلى أن جاءت المادة 29 من القانون رقم 09-08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لتؤكد هذه السلطة وتضع لها أساسا قانونيا تشريعا صريحا إذ تضمنها الفصل المعنون ب " في سلطات القاضي " تم فيه تبيان السلطات الممنوحة للقاضي، ونجد أنها جاءت لتأكيد مجمل القواعد المستقر عليها في قضاء محكمة القانون والتي تتمثل في أن أي واقع يطرح على قضاة الموضوع فلهم كامل الصلاحية في تكييفه تكييفا قانونيا صحيحا وإلحاقه بالنظام القانوني المناسب له.

وكذا تبيان القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه فيمكن القول أن للمادة السالفة الذكر أثر كاشف لقاعدة مستقر عليها في الممارسات القضائية الميدانية، لذلك سيتم في هذا المبحث تبيان سلطة القاضي في تكييف العقد وحدودها في (المطلب الأول)، ورقابة المحكمة العليا على عملية تكييف العقد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي في تكييف العقد وحدودها

تكييف العقد هو عملية ذهنية دقيقة تسبقها عمليات عقلية كالتقدير والتقرير ويصعب على غير المختص القيام بها إذ ينجر عن التكييف الغير صحيح مجموعة من المنازعات لصعوبة تنفيذ الآثار المرجوة منه، لذا يتدخل القاضي كصاحب سلطة أصيل لإعادة تكييف العقد وإعطائه وصفه القانوني الصحيح وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، مما يؤدي إلى تحقق آثار العقد كما ارتأها المتعاقدان. وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب من خلال تبيان سلطة القاضي في تكييف العقد في (الفرع الأول)، وكذا حدود هذه السلطة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تكييف العقد وإعادة تكييفه

تعتبر سلطة تكييف العقد سلطة ممنوحة للقاضي يستأثر بها فهو صاحب الاختصاص الأصيل تدخل ضمن مهامه وهذا ما أكد عليه المشرع بنص صريح، لذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تبيان سلطة القاضي في تكييف العقد (أولاً)، وسلطة القاضي في إعادة تكييف العقد (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في تكييف العقد: تنص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

"يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقييد بتكييف الخصوم"¹، وتعتبر هذه المادة الأساس القانوني لإلزام القاضي بإعطاء التكييف الصحيح للعقد بعد ما كان هذا الإلزام يجد مصدره في الفقه والقضاء فقط، وتعتبر مسألة التكييف مهمة ودقيقة إذ لا عبرة للألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه²، فإمكانية وقوعهما في الوصف الخطأ واردة، وقد يتعمدان إخفاء العقد الحقيقي تحت مسمى عقد ظاهر.

والقاضي لا يمكنه إصدار حكم في نزاع معين إلا إذا كَيَّف العقد وأعطاه الوصف الصحيح بعد البحث في كل الركائز التي قام عليها العقد من شروط وأركان، وعليه أن يقوم بهذه العملية من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى إذن من هيئة ما، كما أنه يقوم بهذه العملية حتى ولو لم يحصل نزاع بين ذوي العلاقة حول الوصف القانوني الصحيح للعقد، فهي تعتبر من صميم عمله وتهدف للوصول إلى حسن تطبيق

1- قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

2- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع 6، 2002، ص 6.

القانون ولذلك هي تثار غالبا عند الشروع في تطبيق أي قاعدة قانونية، والعبارة في ذلك هي بالتكييف القانوني الصحيح لوقائع النزاع الذي أعطاه القاضي وليس التكييف الذي يقترحه أحد الأطراف¹. فتكييف العقد هي من صميم فعل القاضي وهو غير ملزم فيه بتكييف المتعاقدين إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة، ففي حالة إعطاء وصف للعقد لا يتفق مع حقيقته عن جهل أو عن عمد، فيمكن للقاضي أن يقوم بإعادة التكييف وإعطاء الوصف القانوني الصحيح دون الأخذ بعين الاعتبار لوصف الأطراف هذا تطبيقا لأحكام المادة 29 من ق إ م إ، وبالتالي فالقاضي غير ملزم بتكييف الخصوم ولا سلطة لهم في ذلك.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية بتاريخ 03 ماي 1972 بقولها: "المناط في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها، ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ضمنوها من عبارات إذا تبين أن هذه الأوصاف تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منه"، وبذلك فعملية التكييف هي مسألة قانونية بعيدة عن سلطان إرادة أطراف العقد، يستقل بها القاضي ويقوم بها تلقائيا، لأنه لا يمكن له الفصل في النزاع دون تكييف، ويتم ذلك بعد التقصي عن مقاصد إرادة الأطراف.

فالتكييف حق للقاضي يقوم به على ضوء عمليتي التفسير والتقدير لمقاصد المتعاقدين دون أن يلتزم بتسميتهم إذا كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة، يقول في ذلك الفقيه "علي دانون": "إذا أعطي المتعاقدان للعقد وصفا معينا بعبارات وألفاظ واضحة، فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بهذا الوصف ويستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيفه به المتعاقدان"².

ويستند القاضي في هذه العملية الذهنية إلى عوامل يقدر أثرها في تحديد الوصف الصحيح للعقد، مثل مركز المتعاقدين الاجتماعي والأحكام القانونية التي تقف دون إجرائهم تصرفا من نوع خاص، وكذا البحث عن الأسباب الحقيقية وراء لجوؤهم لطرق غير مباشرة تمكنهم من إجراء تصرفات التي يتعذر عنهم قانونا إجرائها، وكذا كيف القاضي العقد وفقا للالتزامات الخاصة التي أرادها المتعاقدون فيما بينهم دون إلزامية إدخالها في إحدى الأطر العامة التي حددها وصاغها المشرع للعقود، وبذلك ليس لتكييف المتعاقدين أي أثر قانوني، طالما أن القاضي لا يتقيد به باعتباره مسألة قانونية بحتة خاصة أن عمليتي التكييف تقوم على عملية التفسير وتلها.

1- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص

415

2- بليشير هجيرة، المرجع السابق، ص 41.

ومع ذلك يرى الأستاذ "أحمد شوقي" أن: "الشرط الوارد في العقد بإعطائه وصفا قانونيا معيناً يؤثر على حرية القاضي في التفسير حيث أنه يمثل شرطا مكتوبا ولا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، وعلى ذلك فإن تغيير القاضي للتكييف الوارد في العقد يلزم أن يقوم على عناصر مستمدة من العقد ذاته، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في تعديله للتكييف على عناصر خارجة عن العقد، ولا يمكن بالتالي تغيير الوصف القانوني عند خلو العقد من عناصره الداخلية التي تؤكد وصفا قانونيا مختلفا"¹.

فيما سبق يمكن القول أن القاضي غير ملزم مطلقا بما يضيفه الأطراف من وصف للعقد الذي تم إبرامه فقد يخطئان أو يعمدان إلى ستر عقد بأخر ومتى كان ذلك فلا يتقيد القاضي به، هو وحده ملزم بأعمال القانون في حدود الوقائع المعروضة والثابتة لديه وتطبيقه تطبيقا صحيحا، ويتم التكييف طبقا للأحكام الواردة في القانون ولو كان لخلاف تكييف المتعاقدين مدام لا يخرج عن نطاق نيتهم المشتركة².

فعملية التكييف تسند إلى القاضي باعتباره العضو المكلف بتطبيق القانون في المجتمع، وأي تكييف يقوم به غيره يعد باطلا وغير قانوني وقد عرف الفقه هذه العملية بأنها إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني وبتصنيفها في فئة قانونية تليق بها وتنطبق عليها، ويعتبر المبدأ القائم على إسناد العملية للقضاء هو الأمر الأقرب إلى المنطق إذ أنه يتفق مع الغاية من الالتجاء إليه للفصل في النزاعات، ويمكن القول أن التكييف من أهم الضمانات للوصول السليم إلى الحقيقة، بحيث يقوم القاضي بإجراء مقارنة بين عنصر الواقع الذي طرحه أحد الخصوم وبين كل عنصر نموذجي يتضمنه مفترض القاعدة القانونية.. وتعتبر هذه العملية الذهنية معقدة يصعب على غير القاضي القيام بها ولذلك تعطى سلطة التكييف للقاضي فقط وينفرد بها ويصعب على غير القاضي في الهرم القضائي القيام بها.

ولكن هذه السلطة التي ينفرد بها القاضي لا تعني إمكانية تحريف المستند أو العقد الذي تم فيه إثبات توافق الإرادتين وفي حالة كانت بنود العقد صريحة وواضحة امتنع التأويل، واعتبار عملية التكييف مسألة قانونية وأن للمحكمة سلطة تكييف العقد هو أمر كرسته محكمة النقض الفرنسية، إذ نجد في أحد قراراتها أنها نقضت قرارا لمحكمة الاستئناف لأنها تبنت تكييف الطرفين للعقد على أساس أنه عقد تنازل عن الكراء وليس بعقد كراء من الباطن وذلك لسبب وحيد هو أن الطرفين

ومما سبق يمكن القول أن:

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 49.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، ط 4، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 290.

1- العبرة في تكييف العقد هي بحقيقته والنية والقصد المشترك بين عاقيه وللقاضي سلطة تقديرية في تفسير العقد الغير واضح البنود وفي حالة وضوحه فإنه لا يجوز الانحراف عنه، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في القرار رقم 15487 لسنة 88 جلسة 2008/10/26 ص 59 ق 899 ق 141 المناطق في تكييف العقود هو بما عناه المتعاقدان دون الاعتداد بما أطلقاه عليهما من تسمية، متى تبين أن هذه الأوصاف تخالف حقيقة التعاقد وقصد المتعاقدين، وأنه وإن كان التعرف على هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع وصولاً منها للتكييف القانوني الصحيح إلا أن هذا التكييف لقصد المتعاقدين وإنزال حكم القانون على العقد هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض¹.

ونجد في الطعن رقم 4657 لسنة 62 جلسة 1994/12/29 ص 44 ع 3 ص 578 ق 387 أن تكييف العقد تكون العبرة بعباراته وحقيقة الواقع والنية المشتركة للمتعاقدين إذ أن تكييف العقد هو بالوقوف على نيتها المشتركة دون الاعتداد بما أطلقوه من أوصاف أو ما ضمنوه من عبارات إذ ما تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده المتعاقدان منه².

ونجد أيضاً في قرار للمحكمة النقض المصرية رقم 4275 لسنة 62 قضائية جلسة 1993/12/29 أنها أكدت هذا المبدأ حيث أقرت أن تكييف العقد يكون بالتعرف على قصد المتعاقدين من سلطة محكمة الموضوع، والمناطق في تكييف العقد هو بالوقوف على نيتها المشتركة دون الاعتداد بما أطلقوه عليه من أوصاف إذا تبين أن هذه الأوصاف تحالف حقيقة التعاقد³.

إذ نجد في هذا القرار أن الطاعن تبرع للمطعون ضده بصفته بحق الانتفاع بشقة في العقار الذي سيتم تشييده مستقبلاً أي أن إرادته انصرفت لهبة الانتفاع بمال مستقبلي لم يتحقق وجوده لكن رغم أن المادة 131 من ق م م، أجازت أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً إلا أن المشرع المصري استثنى من هذه الإجازة بعض من المعاملات في الشيء المستقبلي إذ جاء في المادة 492 ورتب على ذلك بطلانها ومن بينها هبة الأموال المستقبلية يعتبر تصرف باطل لما له تعلق بالنظام العام فلا يمكن إجازته، وبذلك فإنه خالف الحكم المطعون هذا العقد وكيفه أنه هبة غير مباشرة لمال تحقق وجوده كما كيفه المتعاقدان فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه .

1- موقع محكمة النقض المصرية متاح على الموقع الإلكتروني <https://www.cc.gov.eg> ، تم الاطلاع يوم 17 جوان 2023 على الساعة: 15:30.

2- المرجع نفسه.

3- القرار 4257 لسنة 62 ق جلسة 1993/12/29 مكتب في 44 ح 3 ق 387 ص 578 جلسة 29 ديسمبر سنة 1993 المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.mohamah.net/law>، تم الاطلاع يوم: 17 جوان 2023، على الساعة: 15:37.

2- المحكمة ملزمة بتكييف العقد تكييفاً صحيحاً بناءً على وقائع القضية وأنها غير ملزمة بتكييف المتعاقدان بل يجب على القاضي الأخذ بالتكييف الذي يتماشى مع عناصر العقد وكذا حقيقته القانونية وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 1459 لسنة 58 القضائية، إذ جاء فيه أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تكييف العقود وإنزال حكم القانون عليها من مسائل القانون التي تفصل فيها محكمة الموضوع بما تستخلصه بما عناه العاقدان والتعرف على حقيقة مرامهم دون الاعتداد في ذلك بما أطلقوه عليها من أوصاف وما ضمنوه من اعتبارات¹.

3- أن تكييف العقد يكون من خلال شقين أو جزئيتين تتمثل أولهما في معرفة حقيقة التعاقد وهذا يتم عن طريق تحليل وتفسير بنوده، أما ثانيهما فيتم من خلال التحقق من إبرام هذه العناصر والمعطيات الواقعية وفق الإطار القانوني الذي وضعه المشرع.

4- يعتبر تاريخ التعاقد وإبرام الاتفاق من أهم العناصر المعتم عليها في عملية تكييف العقد والذي كرسته العديد من المحاكم العربية في كثير من قراراتها إذ نجد مثلاً محكمة التمييز العراقية وفي قرار لها جاء فيه: "إقرار بدين عليه لزوجته يؤدي لها بعد مماته يعبر صحيحاً ومضافاً إلى أجل يجلب بالوفاء ولا يعتبر وصية مادام المقرر ليس مريضاً مرض الموت"².

نلاحظ في هذا القرار أن محكمة التمييز العراقية قد حللت العقد من خلال تحديد شروطه وعناصره وتوصلت إلى كون الإقرار ليس وصية لأنه لم يتم في مرض الموت، وهذا يعتبر شرطاً أساسياً لقيام عقد الوصية، وقد أكدت المحكمة ذاتها ذلك في قرار آخر جاء فيه: "إذا كان تصرف المريض مرض الموت صادراً على سبيل التملك اعتبر وصية دون حاجة لتسجيله لدى كاتب العدل وإن تعلق بعقار"³.

ثانياً: سلطة القاضي في إعادة تكييف العقد: إن الفقه الفرنسي ذهب إلى اعتبار القاضي ملزم باستعمال سلطته في تكييف العقد حتى إذا لم يصبغه عاقدية بصيغة قانونية أو تم وصفه وصفاً خطأً، وبالتالي فإن عملية تكييف العقد تعتبر صلب اختصاص القاضي في كل الحالات كأصل عام، حتى وإذا كان الأمر لا يتعلق بالنظام العام مستندين في ذلك على المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لكن

1- القرار رقم 1459 جلسة 28 من مايو سنة 1992 لسنة القضائية 58.

2- القرار رقم 35 هيئة 76 تاريخ القرار 19/03/1977 منشور بمجموع الأحكام العدلية ع 01، السنة الثمانية 1977، قضاء محكمة التمييز، ص 12.

3- القرار رقم 221 هيئة عاة أولى، 977 الصادر بتاريخ 30/12/1972، منشور بمجموعة الأحكام الحالية، العدد الرابع، السنة السابعة، 1976، قضاة محكمة تمييز، تموز - اب 1976.

رغم من هذا الاتفاق في الأصل العام لسلطة القاضي في عملية تكييف العقد إلا أنه قد ظهر جدل فقهي كبير حول إلزامية إعادة القاضي لتكييف العقد من عدمها أو اعتبارها عملية ممكنة وليست واجب.

إذ نجد الفقيه غستان قد تبني الرأي القائل أن عملية التكييف لا تكون إجبارية إلا إذا كانت تتعلق بأمور قانونية، أما مسألة إعادة تكييف العقد فهي مسألة ليست بالإجبارية معللا ذلك بأن القاضي لا يمكن ولا بأي سبب أن يرفض الحكم في نزاع معروض أمامه لذا يجب عليه تكييف العقد أما عملية إعادة تكييف العقد فهي عملية غير إجبارية ولا يقوم بها من تلقاء نفسه¹.

ويرى أيضا هذا الفقيه أن المحاكم ملزمة بإثارة كل الوسائل التي تعتبر قانونية مهما كانت طبيعتها رغم ما جاء به القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية في 14 فبراير 1985 يخالف هذا الاقتراح إذا تم تحليله، ويقول أنه لا يمكن الاستدلال بهذا القرار الصادر عن محكمة النقض إذ أن محكمة الموضوع هنا لم تقم بتحديد طبيعة الكراء لأن المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تمنعهم من الأخذ بالوقائع التي لم تثر في النقاش فالأطراف هم ملزمين بإثبات دعواهم والقاضي يمنع عليه أن يغير خارطة الدعوى أو خلق أدوات إثبات لأحد الأطراف لأن هذا يعتبر خروج عن مبدأ الحياد².

وصدر عن نفس المحكمة قرار آخر مؤرخ في 16 أبريل 1991 مؤسسا على المواد 105 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و12 من القانون المدني الفرنسي إذ ألزمت هذه المواد القاضي على أن يعطي للوقائع والعقود المثار حولها النزاع تكييفًا حقيقيًا أو يتم تصويب التكييف المعطى من المتعاقدين إذا كان على خطأ وكذا له الإمكانية في إثارة الوسائل القانونية البحتة مهما كان الأساس القانوني الذي استند عليه الأطراف في تقديم دعواهم. وقد استعملت محكمة النقض مصطلح "يجب" عندما تحدثت عن التكييف أو تصويب التكييف الخاطئ للأطراف ولكن بالمقابل استعملت كلمة "يمكن"، فيما يخص أثار المسائل القانونية بشكل تلقائي وهذا ما يعلل القرار الذي جاءت به وتركها إمكانية إثارة كل الوسائل القانونية لتقدير قضاة الموضوع، وهذا ما تبناه فريق من الفقه المعاصر والقول بأنه لا يمكن أن يعاب على القاضي عدم تطبيقه تلقائيا لقاعدة قانونية لم يتمسك بها المتقاضون³.

1- جاك غستان، المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره-، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 380.

2- محمد الإدريسي، تكييف العقود في القانون المدني: على ضوء التشريع والقضاء المغربي، دار القلم، ج 1، ط 1، الرباط، المغرب، 2011، ص 41.

3- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 105.

ويؤكد "غستان" أنه بمجرد ما يطلب المتقاضين من المحكمة البت في تكييف العقد يفقد القاضي حريته ويصبح ملزماً بالقيام بهذه العملية وكذا البت في النزاع المعروض أمامه وفي حالة رفضه ذلك يعتبر متنكراً لمضمون النزاع ويعتبر خرق واضح لما جاءت به المادة 04 من القانون المدني الفرنسي. وتعتبر عملية إعادة تكييف العقد حسب نفس الفقيه غير ملزمة للقاضي إلا إذا تعلق بالنظام العام ومعنى أنه غير ملزم بإعادة تكييف العقد يعني أنه غير ملزم بإثارة تكييف العقد والعلة في ذلك أنه ليس محل طلب من قبل الأطراف¹.

وهذا ما تبنته بعض المحاكم العربية فنجد محكمة التمييز الأردنية في قرار أصدرته بتاريخ 2000/1/29² إذ أنها أكدت فيه أن لمحكمة الموضوع كامل الصلاحيات في تأويل وتفسير العقد واستخلاص ما هو أوفى بمقصود عاقدتها مستعينة في ذلك بكل وقائع الدعوى، ونجد أيضاً الكثير من القرارات التي صدرت عن هذه المحكمة تكرر لمبدأ أن المحكمة ملزمة بتكييف العقد طالما أن هناك نزاع حول طبيعته القانونية من الطرفين كالقرار الصادر في 1988/6/6³، والقرار 26 الصادر في 1999/07/25⁴. وفي هذا الصدد أيضاً نجد أن المجلس الأعلى المغربي ومحاكم الموضوع المغربية قد تبنت نفس الاتجاه في العديد من قراراتها فعلى سبيل المثال نجد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الغرفة التجارية بتاريخ 1993/07/20 تمسك فيه المدعى بتكييفه للعقد الذي تم إبرامه بينه وبين المدعى عليه الذي يعتبر محله كراء حمام على أنه عقد تسيير حر في حين رد المدعي عليه بأن العقد المبرم بينهما هو عقد كراء محل تجاري وأنه كان يملك الأصل التجاري للمحل المذكور قبل أن تنتقل ملكية المحل المشار إليه إلى المستأنف عليه، وقد قامت المحكمة بتكييف العقد المتنازع فيه على أنه كراء محل تجاري⁵. تجد فكرة إلزام القاضي بالتكييف أساسها في القضاء كما ظهرت في العديد من الاجتهادات القضائية وسنعرض فيما يلي عدد من القرارات التي أظهرت ذلك:

القرار الصادر في 1983/50/70 عن المحكمة العليا الذي قرّر بأنه يتعين على قضاة الموضوع البت في مسألة تنازع الأطراف حول تكييف العقد، إذ اختلفا في تحديد طبيعة تكييف العقد الذي يربطهما، فأحدهما يكيّفه على أساس أنه عقد تسيير حر في حين الآخر ينازعه في ذلك، حيث أبرم الطرفان عقداً في

1- ghestin .op.cit . p138

2- تمييز حقوق رقم 2000/1508 القرار المؤرخ في 2000/11/29 منشور بالمجلة القضائية، السنة الرابعة، ع 11، أكتوبر 2000، ص 150.

3- ينظر: تمييز حقوق رقم 98/983 القرار المؤرخ في 1998/06/06، منشور بالمجلة القضائية، السنة الثانية، ع 6، يونيو 1998، ص 315.

4- ينظر: تمييز حقوق رقم 98/2347 القرار المؤرخ في 1999/01/25، منشور بالمجلة القضائية، السنة الثالثة، ع 1، يناير 1999، ص 187.

5- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 105.

1972/20/70 فاختلفا حول تحديد تكيّفه، فالسيد (ب ع) يعتبره عقد تسيّر حر، حيث نظم المشرع أحكام التسيّر الحر وتأجير التسيّر في المادة 203 ومختلف التصرفات ذات الطبيعة التجارية، أما الطرف الآخر ينازعه في التكيّف المتمسك به، باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترطه المادة 203 فقرة 30 فمحكمة بئر مراد رابيس رفضت الطلب الرامي إلى خروج (ب ع) لكنها حكمت عليه بدفع 900 دج كبديل إيجار متأخر¹.

وبعد رفع الاستئناف أمام مجلس قضاء الجزائر بالطعن في حكم 1979/06/04 الذي قرر بأن التنبيه بالإخلاء الموجه في 1977/10/62 غير مستوفي للشروط المنصوص عليها في المادة 173 ت. وتبيّن بذلك أن قضاة المجلس القضائي لم يثبتوا في مسألة تحديد طبيعة العقد والتكيّف القانوني الصحيح، التي تعتبر مسألة أساسية يتوقف عليها مصير النزاع القائم بين (ب ع ك) و(ب ع ق)، وبذلك جاء قرار مجلس قضاء الجزائر ناقص التعليل ولم يبيّن أساسه القانوني، وبالتالي لم يتمكن المجلس الأعلى المحكمة العليا حاليا من مراقبة مدى تطبيق القانون ما تعين نقضه².

عادة ما يصعب ضبط مفهوم خاص بالنظام العام باعتباره أحد المصطلحات الفضفاضة والمرنة والتي تتغير بتغير الزمان والمكان إذ يقول القضاة الانجليز: "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنما تتركب حصانا جامحا لا تدري على أرض سيلقي بك"³، وكذا تميزه باتساع مجاله الذي يعرف تطورات مستمرة ومتعددة وبذلك يصعب تكييف النظام العام نفسه ونتساءل حول كيفية اعتبار قاعدة ما أنها من النظام العام؟، وهل كل قواعد النظام ذات طبيعة واحدة؟، وكيف تأثر هذه القواعد على عملية التكييف؟.

في البداية يمكن القول أن معظم التشريعات تتدخل غالب الأحيان لتحديد بعض القواعد وتصنفها أنها من النظام العام وبالتالي فإن القاضي هنا ملزم بهذا التصنيف وهذا التكييف القانوني للقاعدة وفي حالة غياب هذا التكييف القانوني فإنه له صلاحية وسلطة التكييف وإلحاق القاعدة المعروضة أمامه والتي لم يتم تحديد طبيعتها الأمرة أو المكملة أو تمت الإشارة إلى ذلك بشكل غير كافي. وبالتالي يمكن القول أنه إذا لم ينص المشرع على طبيعة القاعدة فإن للقاضي كل السلطة في تحديدها وبالتالي تعتبر سلطة القاضي هنا سلطة ممتدة لسلطة المشرع إذ نجد مثلا في النظام القانوني

1- المجلة القضائية، ملف رقم 28766، ع 01، سنة 1989 قضية (ب ع ك) ضد (ب ع ق)، ص 135.

2- المرجع نفسه، ص 135.

3- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد - الالتزامات -، موفم للنشر، ط3، الجزائر، 2013، ص 278.

الفرنسي أن القاضي هو من طبع المواد 263 وما يليها وكذا المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي¹ بطابع النظام العام وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بشكل صريح على استقلالية النظام العام في علاقته بالقانون.

ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أنه يمكن للمحكمة العليا أن تمارس رقابتها في هذه الجزئية فمسألة تحديد النظام العام تظهر كمسألة قانون خاضعة لرقابة المجلس الأعلى، لكن هناك جانب آخر له وجهة نظر مختلفة إذ لا يعتبر تحديد قواعد النظام العام مجرد مسألة قانون لعدة أسباب لعل أبرزها أن للنظام العام طابع متقلب الظروف فهو يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى آخر، بالإضافة إلى الارتباط الوثيق بين قواعد النظام العام وقواعد الأخلاق، وهذه الأخيرة يصعب ضبطها وتحديدتها فهي مفهوم متغير ولا يمكن تحديدها إلا بالتجربة، وبالتالي يتطبع النظام العام هنا بالطابع التجريبي والتي تصلح كأساس له ومن هنا نقول إن النظام العام يرتبط إلى حد ما بتفسير التصرفات القانونية التي تحدده².

وفي ظل ذلك فإن للقاضي الحرية الواسعة عندما يتعلق الأمر بتكييف قاعدة ما أنها من النظام العام أم لا وبالتالي يحدد طبيعتها، وأكد الفقيه غستان على إلزامية إثارة المسائل التي من النظام العام تلقائيا من طرف القاضي سواء كانت هذه المسائل مصدرها القانون أو القضاء³.

ورغم الإشكالات التي تثار في حالة تكييف قاعدة ما أنها من النظام العام أم لا فإن مشكل التكييف يطرح أيضا في حالة تكييف تصرف قانوني مبرم من قبل الأطراف إذ يعتبر هذا الأخير عمليا ونظريا خطوة سابقة على تطبيق قاعدة قانونية ما أنها من النظام العام، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين عدة افتراضات واقعية فمثلا في حالة ما إذا تم التأكد أن قاعدة القانونية لها طابع النظام العام فذلك يعني أن مجال تطبيقها قد يكون ضيقا أو متسعا.

وتظهر الأهمية البالغة لعملية تكييف العقد وخاصة في الحالة التي تخص فيها قواعد النظام العام بعض العقود بحد ذاتها دون غيرها، أما في حالة ما إذا كانت هذه القواعد شاملة فتصبح عملية تكييف العقد غير مجدية لأن التصرف غير صحيح وباطل بطلان مطلق لمخالفته النظام العام، وبالتالي فإن القاضي قبل خوضه في عملية التكييف يلزم البحث حول ما إذا كان العقد مشمول بقاعدة من النظام العام أم لا وعنده تصبح لعملية تكييف العقد أهمية.

1 - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, Op,cit.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 58.

3-ghestin .op.cit . p 141

وينتج عن وسيلة قواعد النظام العام نتيجتين أولاً إلزام القاضي بإثارته تلقائياً من خلال تحديد العناصر القانونية للعقد، وثانياً إلزامه بتطبيق القاعدة المثارة، فأما الأولى فتجد مستقرها في العديد من التشريعات كالتشريع الفرنسي والمصري¹، وتجد مبررها في الرغبة في تجنب تعدد الطعون المتعلقة بالنقض المبني على عدم إثارة الأسباب القانونية من طرف القاضي، ولكن رغم هذا التبرير إلا أن هذه الآلية أثارت جدلاً فقهيًا واسعاً في تفسير مضمونها وكيفية العمل بها، إذ يرى جانب من الفقه أن هذه الرخصة المعطاة للقاضي لا يعني أنها تكون بتقدير من القاضي في إثارته من عدمه بل هو ملزم بتطبيق القانون سواء كان من النظام العام أم لا.

ويجب على القاضي تبرير هذه الإثارة وتسبب حكمه وكذا الحرص على تطابق الوقائع مع النموذج الموصوف في القاعدة، في حين يرى جانب آخر أن السماح للقاضي بتقدير إمكانية إدخال أي من القواعد في النقاش يعتبر دعم ضمني لطرح أحد الأطراف على حساب الآخر، وبالتالي يخلق عدم مساواة بين المتقاضين وهو ما يتنافى ومبدأ حيادية القاضي²، وتعتبر هذه الرخصة غير إجبارية لكن أثارت القواعد الخاصة بالنظام العام في إثارة إجبارية.

ومما سبق يمكن القول أن القاضي ملزم بتكييف العقد تكييفاً صحيحاً وكذا إعادة تكييفه بالإضافة إلى أنه يملك رخصة إثارة الأسباب القانونية وخاصة تلك المتعلقة بقواعد النظام العام فهو ملزم بإثارته تلقائياً ذلك كله يتم باحترام القواعد القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري، سواء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمبادئ التي جاء به، وكذا ما جاء في القانون المدني فهو يعتبر الشريعة العامة، وبالتالي سلطة القاضي في تكييف العقد أو إعادة تكييف ليست مطلقة بل تكون في حدود معينة، سيتم التطرق إليها في الفرع الموالي.

1- إذ نجد في هذا الصدد أن محكمة النقض المصرية قد قضت في قرار صدر ضمن مجموعة النقض 07، ص 250، في 9 فبراير 1956 بأنه متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن التصرف الصادر من الموروث للورثته كان في الحقيقة وصية مستقرة في عقد البيع، فإنه لا يقبل منه إثارة ذلك أول مرة أمام محكمة النقض ولا يغير من ذلك القول بأن تكييف التصرف بحسب وصفه القانوني على التصرف لا يستبين إلا بتحقيق عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه وهو ما يتصل بوقائع الدعوى التي يجب أن يطرحها الخصوم على محكمة الموضوع.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 69.

الفرع الثاني

حدود سلطة القاضي في تكييف العقد

إن القاضي يقوم بمهامه عامة وبعملية تكييف العقد أو إعادة تكييفه خاصة في ظل ما جاء به التشريع الجزائري، ملزما بكل المبادئ التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 فلا يمكن لهم التحجج بعملية التكييف لتجاهل أو إنكار مبدأ الوجاهية أو الخروج عن مبدأ الحياد (أولا) والذي يعتبر أبرز المبادئ التي يقوم عليها التقاضي، كما سيتم التطرق إلى أحد القيود الواردة على سلطة القاضي في تكييف العقد وهو التقييد الاتفاقي (ثانيا).

أولاً: إلزامية احترام مبدأ الوجاهية ومبدأ الحياد

يعتبر مبدأ الوجاهية إضافة إلى باقي المبادئ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أهم وأبرز مستلزمات تحقيق العدالة ومقتضياتها والتي نصت عليها أي معظم المعاهدات والمواثيق الدولية، لذلك حصر المشرع الجزائري على تفعيلها أثناء المحاكم أو في مرحلة التقاضي بشقيه وهذا بحثاً وتحقيقاً للنزاهة، ويعتبر مبدأ الوجاهية مبدأ دستوري يقضي بأحقية أطراف الدعوى على ما يحمله ملف الدعوى وكذا تبليغ المستندات والأوراق للطرف الثاني بهدف بعث الأمان والطمأنينة وتحقيق الاستقرار خلال سير الدعوى¹.

ويربط بعض الفقه مبدأ الوجاهية بمبدأ ملكية الأطراف للدعوى وهي عبارة عن حماية للأطراف من الوقوع في الأخطاء القضائية ويسمح لكل طرف من تقديم كل الوسائل الواقعية الداعمة لوجهة نظره، ويتجلى مبدأ الوجاهية في عدة مواضع منها منع القاضي من إصدار حكم ضد شخص لم يتم استدعائه أو الاستماع عليه وكذا منع القاضي من الأخذ بوسائل إثبات لم يتم طرحها بشكل قانوني للنقاش أو كان طرحها بشكل شخصي للقاضي، وغيرها من الممنوعات التي تحد من سلطة القاضي تسيير الدعوى والنزاع المعروض أمامه².

ورغم التسليم الكلي بأهمية هذا المبدأ في عملية تحقيق العدالة إلا أنه يطرح جدل فقهي كبير حول إمكانية إثارته في التكييف الجديد الذي أتى به القاضي بناء على بحثه في الوقائع المطروحة أمامه

1- أحمد مرابط، تكريس مبدأ الوجاهية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون والتنمية المحلية، جامعة أحمد درارية -أدرار-

، ص 05، ع 01، 2023، ص 29.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 95.

والتي من خلاله يطبق القانون، إذ يرى جانب منه أنه يمكن إدخال هذه التكييفات في النقاش بين الخصوم ويكون الخصوم على علم بكل المعطيات القانونية التي تسير عليها الدعوى.

وبالتالي أعمال مبدأ الواجهية على الأسباب القانونية التي يثيرها القاضي لان سلطة إعادة التكييف تستلزم إثارة شروح الخصوم فالقاضي عندما يثير هذه المسائل بشكل تلقائي لا يمكنه التمسك بها إلا بعد دعوة الخصوم بالإدلاء بشروحيهم وإلزامهم على إكمال واجهم في إظهار الحقيقة، وقدم هذا الجانب من الفقه عدة تبريرات لهذا الرأي منها أن إعطاء السلطة للقاضي لإثارة بعض المسائل القانونية بشكل تلقائي وحرمان الأطراف من تقديم شروحيهم ومبرراتهم يعتبر إخلال بمبدأ المساواة التي هي حق مكفول للمتخاصمين تبعاً له حياد القاضي فلا يقدم أي حجج لطرف على حساب طرف آخر أو حتى تصحيح التكييفات فهو طرف محايد لا يتدخل في الخصومة ولا بأي شكل.

ويعتبر الحق في محاكمة عادلة أبرز مطالب الخصوم ولا تتحقق إلا إذا تمت بحيادية واستقلالية تامة وقد ثار نقاش وجدل فقهي كبير في الأوساط القانونية حول طبيعة الحياد الذي يجب على القاضي أن يتصف به وهذا يرجع لدقة وخطورة المبدأ فهو قد يتحول من وسيلة لتحقيق العدل إلى آلية قد تضلل العدالة وتكون حجرة عثر في طريقها¹.

ويعتبر الطلب المقدم للقاضي من طرف الخصوم وعدم التدخل في تغييره أحد أبرز مظاهر الحيادية، إذ يعتبر القاضي ملزم بالفصل في حدود طلبات الأطراف فالقاضي لا يحكم بما لم يطلب منه أو أكثر مما طلب، كما لا يمكن تغيير ما طلب منه وتحويله فيبت في حدود ما يرتضيه الأطراف من طلبات ولا يمكن اعتبار التكييف وتطبيق القانون ستارا لتجاوز حدود الطلب².

ومما سبق يمكن القول أن سلطة القاضي في تكييف العقد وكذا إثارته للمسائل القانونية اللازمة للتكييف الصحيح يكون في ظل احترام باقي المبادئ المقررة في التشريع الجزائري وذلك بحثاً عن تحقيق العدالة، بالإضافة إلى هذه الحدود نجد حدود من نوع آخر أعطاها الفقه تسمية الحدود الاتفاقية تجد مستقرها أول مرة في المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ويصطلح عليه قانونياً بمبدأ الاختصاص المقيد وسيتم تبيانته بشيء من التفصيل فيما يلي.

1- رزق فايدة، مبدأ حياد القاضي في الإثبات على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر، مج 08، ع 02، 2022، ص ص 207، 208.

2- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر، ط3، الجزائر، 2011، ص 37.

ثانيا: التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد

يعتبر التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في عملية تكييف العقد أحد أبرز ما جاء به قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 12 منه إذ تسمح هذه المادة للأطراف بتقييد القاضي بالتكييف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد، ولهذه السلطة مجال محدد لممارستها فهم لا يمكنهم تقييد القاضي إلا بالنسبة للحقوق التي يملكون حق التصرف فيها وإذا كان محل الاتفاق أو العقد حقوق من النظام العام فتعد هذه السلطة غير نافذة لكن يفصل الفقه الفرنسي في هذا الصدد أكثر.

إذ يعتبر أي تكييف يخالف قواعد النظام العام التي تهدف إلى توجيه الحياة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية تكييف غير مشروع بالإضافة إلى تكييف يخالف قواعد النظام العام الإجرائي التي تحدد إجراءات معينة كإجراءات التقاضي مثلا أو تلك القواعد التي تحدد جهة الاختصاص حتى لو كانوا يملكون حق التصرف في جوهر الحق¹، فمثلا إذا تم الاتفاق على تقييد القاضي بتكييف العقد على أنه عقد تجاري وهو عقد مدني مما ينتج عنه إلحاق الاختصاص بمحكمة غير مختصة فإن هذا الاتفاق باطل.

وتنحصر هذه السلطة أيضا كي يتم تفعيلها بأن لا يكون التكييف المعطى للعقد من طرف الأطراف متعارضا مع ادعاءات أحد المتقاضين فالتكييف يجب أن يكون متطابقا مع الوقائع والادعاءات كلا الطرفين، ولممارسة هذه السلطة تستلزم التعبير عن الرضا بشكل صريح في بنود العقد وكذا الاتفاق على إلزام القاضي بالتكييف المعطى، وللإشارة فإن المشرع الجزائري لم يتبنى هذه النظرية وليس هناك نص تشريعي صريح مطابق لما جاءت به المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أو حتى مشابه لها لذا تعتبر على الصعيد النظري والعملي غير مطبقة في الجزائر.

وخلاصة لما سبق يمكن القول أن القانون والقضاء والفقه قد أقر بأن القاضي هو صاحب السلطة الأصلية في عملية تكييف العقد تكييفا قانونيا صحيحا وهو غير ملزم بتكييف الخصوم ولكن هذه السلطة ليست مفتوحة بل لها حدود وقيود تحددها منها ما هو مصدره القانون كاحترام المبادئ التي

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 149.

نص عليها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثل مبدأ الوجاهية ومبدأ الحياد باعتبارها أبرز الركائز التي تقوم عليها المحاكمة العادلة ومنها ما يجد مصدره في اتفاق المتخصصان.

المطلب الثاني

رقابة تكييف العقد من طرف المحكمة العليا

تعتبر عملية التكييف عملية قانونية وبذلك أي خطأ في تكييف العقود أو التصرفات القانونية هو خرق للقانون لعدم تطبيقه بشكل صحيح مما يستوجب الرقابة من طرف المحكمة العليا فهي جهة تراقب مدى تطبيق قضاة الموضوع للقانون بشكل صحيح، وبهذا فإن كل تكييف يقوم به القاضي لرقابة وقد حددت العديد من النظريات حدود هذه الرقابة فهناك من ضيق من نطاقها وهناك من جعلها شاملة وعمامة لكل التكييفات.

لذلك سيتم عرض هذه النظريات في (الفرع الأول) من هذا المطلب، أما (الفرع الثاني) فسيتم عرض تطبيقاتها في القضاء الجزائري.

الفرع الأول

النظريات المفسرة لمبدأ رقابة التكييف

تتوسط عملية تكييف العقد مراحل تطبيق القانون من طرف القاضي فهي تأتي بعد ملاحظة الوقائع المعروضة على القاضي وبين تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذه الوقائع، ورغم ما لقضاة الموضوع من سلطة كاملة في تكييف الوقائع والتصرفات المعروضة أمامهم إلا أن هناك استقرار فقهي وقضائي حول لزوم إخضاع هذا التكييف إلى رقابة محكمة القانون.

لذلك ارتأينا تبيان محتوى النظريات المفسرة لمبدأ الرقابة (أولاً)، وموقف بعض المحاكم المقارنة من هذا المبدأ على غرار محكمة النقض الفرنسية والمصرية والمجلس الأعلى المغربي ومحكمة التمييز السورية (ثانياً).

أولاً: محتوى النظريات المفسرة لمبدأ الرقابة

إن النظريات الفقهية المفسرة لمبدأ رقابة المحكمة العليا على عملية التكييف تسير في اتجاهين مختلفين، فالأول يحاول تضييق نطاقها والاتجاه الثاني يرمي إلى فرض هذا المبدأ على جميع التكييفات فأما الأول فقد حاول تبيان وجهة نظره من خلال تقسيم معطياته إلى ثلاثة طوائف وهي نظرية المفاهيم المعرفة والغير معرفة والتي تؤكد على ضرورة مراقبة تطبيق المفاهيم التي حددها المشرع دون مراقبة الحالات التي لم يضع لها المشرع مفهوماً بل اكتفى بوضع التسمية فقط¹.

أما النظرية الثانية هي نظرية التقدير القانوني والتقدير المادي أو المعنوي والتي تميز بين التقدير القانوني والذي يلزم إخضاعه لرقابة المحكمة العليا وبين التقدير المعنوي والمادي والذي يخضعان في وجودهما لتقدير قضاة الموضوع، وأخيراً نظرية التكييفات العامة والخاصة وتعتبر أحدث نظرية في هذا الجانب ظهرت في أواسط القرن العشرين، ويقر أصحابها بضرورة مراقبة عملية التكييف من طرف المحكمة العليا في التكييفات العامة دون الخاصة، ووفقاً لهذه النظرية فإن القاضي يقوم بالتكييف العام في حالتين: تتمثل الحالة الأولى عندما يقوم القاضي بتعريف مصطلحاً أو لفظاً استخدمه المشرع دون أن يحدد معناه كتعريف مثلاً الفعل الفاضح، أما الحالة الثانية فتكون عندما يقرر القاضي بشكل عام أن هذا المصطلح يدخل ضمن حيز طائفة من الوقائع أم لا².

أما في الجهة المقابلة نجد أن التكييف الخاص يتم عندما يخصص أو يقرر على وقائع محددة وملموسة ومحاولة تحليلها وتقديرها وإحاقها بطائفة قانونية وبالتالي يكون التكييف غير خاضع لرقابة المحكمة العليا، انتقدت هذه النظرية في أساسها والمتمثل في الفصل بين التكييفات وتقسيمها إلى عامة وخاصة ولكن عملياً يصعب تحقيق ذلك لأن كل التكييفات تعتبر خاصة لأنها تلحق واقعة ما بمفهوم قانوني، وبالتالي استثناء التكييفات الخاصة من الرقابة يعتبر إقرار عام بعدم الرقابة على عملية التكييف³.

وبعد هذه النظريات التي تناولت عملية الرقابة على التكييف في معطيات مختلفة تبناها الفقه وتسمى النظرية الشاملة في رقابة التكييف أو نظرية الرقابة العامة للتكييف، وتقرر هذه النظرية بالإلزامية

1- زرقون نورالدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر، 2012-2013، ص 196 .

2- زرقون نور الدين، المرجع نفسه، ص 196 .

3- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 185،

بسط المحكمة العليا أو محكمة النقض رقابتها على كل أنواع التكييف حتى تتمكن من ضمان وحدة القانون والذي تعتبر أبرز مهامها وكذا من أجل تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القضاء وتبني هذه النظرية على أربعة¹ أفكار أساسية هي:

يتمثل الأساس الأول في اعتبار أن أي عملية تكييف هي عملية قانونية وهذا ما تم الإجماع عليه من قبل الفقهاء، وبالتالي فإن أي تمييز بين التكييفات وتقسيمها إلى مادية ومعنوية خاصة وعمامة هو تقسيم لا جدوى منه لأن للمحكمة العليا أو محكمة النقض الرقابة على هذه العملية القانونية باعتبارها محكمة قانون فهي تراقب مدى تطبيق القاضي الموضوع للقانون وإلحاق الوصف القانوني الصحيح بالواقعة المادية المعروضة أمامه.

أما الأساس الثاني فيتمثل في التسليم بأنه لا يوجد أي فكرة قانونية لا يمكن تعريفها حتى رغم صعوبة العملية إذ تبقى ممكنة، فكثيرا ما كان الفقه المقيد لرقابة المحكمة العليا على عملية التكييف يجد مصطلحات يصعب تحديد مفهوم لها، وبالتالي لا يمكن للمحكمة ممارسة الرقابة عليها إلا أننا نجد أمثلة واقعية مخالفة لهذا المعتقد فمثلا فكرة المناورات الاحتياطية فرغم صعوبته إلا أننا نجد محكمة النقض الفرنسية قد حددت لها، تعريف فهي حالة يتم فيها الاستعانة بطرق خارجية كما حددت أيضا عناصر تكوينها كتدخل الغير مثلا.

أما عن الأساس الثالث فهي تنطلق من منطلق أن التكييف ينتج عنه بطريقة غير مباشرة تعريفا للفكرة المطروحة أمام القضاء رغم ما يشوبه من تعقيد وازدحام بالحالات الخاصة التي تتماثل أو تشبه الحالة المعروضة لكن بالنهاية يبقى تعريفا، وفيما يخص الأساس الرابع والذي يعتبر الأساس الرئيسي لهذه النظرية فإنه يقر أن حرمان محكمة النقض من ممارسة الرقابة العامة والشاملة على جميع التكييفات التي يقوم بها قضاة الموضوع على ما يعرض عليهم من تصرفات ووقائع يعتبر حد من مهام محكمة النقض الأساسية والمتمثلة في ضمان وحدة الموضوع.

ولكن رغم أن هذا الطرح متبني من الفقه القانوني إلا أنه لا يمكن التسليم به بشكل مطلق إذ نجد أن الفقه استنبط بعض الحدود لهذه النظرية مثل المادة 353 ف 1 من القانون المدني الفرنسي التي

1- زرقون نورالدين ، المرجع السابق ، ص 196.

تقر بإمكانية تفعيل القاضي لسلطته التقديرية في تحديد ما إذا كان المتقدم بطلب التبني تتوفر فيه شروط القانونية لقبول طلبه أم لا، وكذا تحديد المعايير المطلوبة لحماية مصلحة الطفل المتبنى¹. ولكن نجدها في الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن حكم القاضي في هذه الحالة لا يلزم التسبب مما دفع بجانب من الفقه للقول أن عدم إلزام القاضي بتسبب حكمه يعتبر أحد حدود ممارسة رقابة التكييف، لكن ورغم ذلك تبقى هذه النظرية هي الأرجح حسب ما قاله الفقه القانوني كما أنها أكثر نظرية متبناة من طرف مختلف التشريعات إذ أعطت للقاضي سلطة تكييف وإعادة تكييف الوقائع المعروضة أمامه تكييفاً قانونياً صحيحاً.

ثانياً: موقف بعض المحاكم من النظريات المفسرة لعملية التكييف

بصفة عامة يمكن القول أنه عندما يمارس قضاء النقض رقابته على عملية التكييف فإنه يتخذ بإحدى النتيجتين تتمثل الأولى في الأخذ بتكييف قاض الموضوع وبالتالي رفض الطعن أو عدم الموافقة عليه، وهنا يتم نقض القرار المطعون فيه ولذلك سيتم تبيان أكثر لبعض مواقف الصادرة من المحاكم مسألة التكييف من خلال عرض بعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية والمصرية في بعض المحاكم التي لها تجارب رائدة في المجال (1)، أو في القضاء الجزائري (2)، مع تبيان أيضاً موقف كل من هذه المحاكم في عملية تكييف العقد (3).

1- في القوانين المقارنة: بالنسبة للقوانين المقارنة فسوف يتم التطرق إلى موقف محكمة النقض

الفرنسية، محكمة النقض المصرية، المجلس الأعلى المغربية، ومحكمة التمييز السورية فيما يلي:

أ- **موقف محكمة النقض الفرنسية:** إن شراح القانون في فرنسا يقرون بأن المحكمة الفرنسية لم تتبنى أي من النظريات الفقهية التي تمت الإشارة إليها في الفرع الأول من هذا المطلب، فرقابتها على عملية التكييف شهدا اختلافات وتطورات بشكل مستمر ودائماً ما كانت تتجه إلى التوسع لكن لم تصل بعد إلى تطبيق ما جاءت به النظرية العامة أو شاملة للتكييف العقد إذ نجد في أحد قراراتها الصادرة في 1825 أنها مارست رقابة كاملة على حكم صدر عن مجلس قضاء والذي رفض الاعتراف بالوقائع التي تثبت العناصر التي تقوم ليها جريمة إهانة موظف أثناء تأدية عمله، والتي تنص عليها المادة 222 من قانون العقوبات

1- زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص 200.

الفرنسي¹ بأن المتهم لم يقدّم بغيره وشتم الضحية أثناء تأدية عمله وبالتالي فإن أحد أركان الجريمة تسقط مما يستوجب الحكم ببراءة المتهم.

لكن محكمة النقض الفرنسية ارتأت غير ذلك فقد استنتجت من الوقائع المعروضة أمامها أن

الضحية تلقى عبارات السب والشتم أثناء تأدية عمله وعليه نقضت القرار وسببت قرارها بما يلي: "إذا كانت معاينة الوقائع من طرف قضاة الموضوع هي من المسائل التي لا يمكن الرقابة عليها، فإن تكييف تلك الوقائع واستخلاص النتائج القانونية المترتبة عنه يدخل في مهام محكمة النقض، هذه الأخيرة هي المكلفة قانوناً بمنع المخالفات التي يمكن أن ترتكب ضد القانون، ولها أيضاً الصفة في الحكم على تقدير الوقائع المحددة وعلى نتائجها المستخلصة، لأن هذا الحكم هو الذي يشكل أساس تطبيق القانون"².

لكن رغم هذا التسبب الصريح لإلزامية ممارسة الرقابة الشاملة إلا أننا نجد في قرارات أخرى أنها تبنت بعض النظريات الأخرى كتلك المتعلقة بالمفاهيم القانونية وارتباطها الوثيق بعملية التكييف، حيث أكدت في أحد قراراتها أن في كل مرة يحدد فيها التشريع العناصر والخصائص المكونة للعقد فإن قضاة الموضوع ملزمون باستخراجها وتطبيقها على العقد المسمى الذي حدده المشرع، وفي حال ما إذا استخرجوا عقد آخر من هذه العناصر يعتبر خرق صريح للقانون وقراراتهم معرض للنقض³.

فمحكمة النقض تراقب مدى تطابق الآثار المترتبة على التصرف الذي أبرم من طرف عاقيه وما ارتأوه من التزامات والتصنيف القانوني الذي حدده القانون فهي مثلاً تمارس رقابتها في مجال العقود من خلال تحديد إذا كان هذا العقد عقد معاوضة أم عقد تبرعي أو ما إذا يدخل العقد في حيز العقود الملزمة لجانبين أو لجانب واحد وغيرها من التكييفات.

أما فيما يخص نظرية التمييز بين التكييف المادي والمعنوي والتكييف القانوني فنجد أن محكمة النقض الفرنسية لم تتبناها ولم تعتمد عليها كأساس للممارسة رقابتها على التكييف، لكنها أصدرت بعض القرارات رفضت فيها ممارسة رقابتها دون أن تظهر ذلك صراحة حيث قررت الغرف المجتمعة في أحد القرارات أنها رفضت ممارسة رقابتها على استخلاص قضاة الموضوع للمكونات التبدلي وتحدد جسامتها، ومما سبق نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية ليس لديها موقف ثابت بالنسبة للنظريات الفقهية المفسرة لمبدأ رقابة التكييف فكل مرة كانت تأخذ بنظرية مختلفة فهي لم تنحاز إلى أي واحدة منها.

1 - Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (J.O.R.F. n°169 du 23 juillet 1992, p. 9875).

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 204.

3- زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص 203.

والمستقرى للتطبيقات الواقعية التي مارستها محكمة النقض الفرنسية على قضاة الموضوع في جزئية التكييف يجد أن هناك عدة معايير عامة تحدد أصناف التكييفات التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، فمثلا نجد أن هناك مواضع تصبح الرقابة غير ملائمة وليس لها مبرر¹، وذلك لأن قاضي الموضوع هو الأقرب لأرض النزاع وبالتالي له الأحقية في ممارسة مهمته باستقلالية فهو له سلطة تقدير الوقائع فمثلا تترك له محكمة النقض سلطة تقدير مدى وجود العرف أو العادة العرفية خاصة في المناطق التي يعمل أفرادها بهذه الآلية وغير من مواضع يقدر فقط قاضي الموضوع تقدير القانون الواجب التطبيق وتكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً².

ونجد أيضاً تلك الرقابة السابقة لأوانها خاصة عندما يتعلق الأمر بمفاهيم قانونية متغيرة ومتقلبة كموضوع النظام العام والآداب العامة فيجب على محكمة النقض التريث في إعطاء رأيها حتى تستقر هذه المفاهيم إلى حد ما ويعطى لها الطابع القانوني الصحيح بعد خوض غمار التجربة بشكل كافي لتحديد ذلك، وبالتالي فإن قضاة النقض غالباً ما لا يراقبون مثل هذه المفاهيم.

وفيما يخص تكييف العقود بشكل مباشر نجد قرار الغرف المجتمعة 26 يوليوز 1823 الذي نص على أن: "محكمة النقض لها الحق في تقدير أهلية قرارات المحاكم عندما يتعلق الأمر بخصائص العقود وفي علاقتها مع القانون وأن تنقض القرارات التي أعطت تكييفات خاطئة للعقود"³.

ومنذ ذلك الحين استقرت محكمة النقض على بسط رقابتها على عملية تكييف قضاة الموضوع لمجمل العقود سواء كانت هذه العقود عقود مسماة أم غير مسماة، وتكون هذه الرقابة منطلقة أو مستندة على التعاريف القانونية لهذه العقود وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن محكمة النقض الفرنسية تمارس رقابتها فيما يخص أيضاً رفض تطبيق العقد وتعتبره خروج عن القاعدة المشار إليها في القانون المدني الفرنسي وكذا مبدأ القوة الملزمة للعقد⁴.

ب- موقف محكمة النقض المصرية: تعتبر أحد أبرز المحاكم التي ساهمت في إرساء الاجتهاد القضائي الرصين وهي من أكثر المحاكم الرائدة في العالم العربي وقد اعتبرت هذه المحكمة التكييف مسألة

1- زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص 208.

2- محمد نور عبد الهادي شحاتة، المرجع السابق، ص 295.

3- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 205.

4- شيراز عزيز سليمان، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية -دراسة مقارنة-، مجلة قهلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، كوردستان، العراق، -، مج 05، ع 03، 2020، ص 368.

قانونية¹، وأن الخطأ في التكييف يستتبع النقض بخلاف مسألة التفسير التي تخرج من نطاق المراقبة إلا إذا جاءت بشكل مخالف للقيود التي وضعها.

إذ كرست هذا الطرح في العديد من قراراتها كالقرار الصادر في 02 مارس 1933 الذي نص على: "أن من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبته من حكمها من الوقائع، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقا للقانون أو مخالفا له، كما أن من حقها أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها وكان لها تأثير في مصير الدعوى"².

وقد أكدت محكمة النقض المصرية على مبدأ رقابة التكييف في كثير من القرارات نذكر منها القرار 29 سبتمبر 1955 حيث تم النص على: "العبارة في تكييف الدعوى ليس بما يصفه الخصوم بل ما تتبينه المحكمة من وقائع الدعوى ومن تطبيق القانون عليه، فإذا كان النزاع الذي فصل فيه الحكم لم يكن حول انتهاء أو قيام الحراسة بوصفها إجراء لازما لصون حقوق الخصوم إنما كان مثار النزاع هو نتيجة الحارس بوصفه حارسا وتعيين بدله في الحراسة بسبب ما وجه إلى إدارته من مطاعن و إلى شخصه من تجريح فلا يعيب الحكم أن الدعوى كما انتهى إليها المدعيان لم تعد طلب عزل الحارس المنظم تبعا لها"³، وبهذا الشكل كيفت المحكمة الدعوى تكييفا سليما مستندة على الوقائع وأكدت في ذلك محكمة النقض تكييف قضاة الموضوع بعدما راقبت صحته.

ونجد أيضا أن محكمة النقض المصرية كرست مبدأ الرقابة في قرارا آخر صادر في 21/12/1961 والذي نص على: "أن العبارة في التكييف القانوني يتم بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه الخصوم"⁴، وغيرهم من القرارات التي يستنتج منها أن محكمة النقض المصرية لم تتقيد بالنظريات الفقهية بل وسعت من نطاق رقابتها لتبسطها على تكييف قضاة الموضوع بحيث أكدت أن قضاء الموضوع ملزم بإعطاء الصبغة القانونية الصحيحة للدعوى وتكييفها تكييفا صحيحا دون الأخذ بتكييف الخصوم.

1- أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 234

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 211.

3- نقض 29 سبتمبر 1955 طعن رقم 165 سنة 27 قضائية، المنشور في المجلد 03 لمجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين سنة عاما، الجزء الأول، سنة 1986، ص 3296.

4- نقض 21/12/1962 مجموعة أحكام النقض سنة قضائية 12 ص 810.

وقد أشارت محكمة الموضوع في تكييفها للخطأ المتعلق بتخلف المكتتبين عن تغطية رأس المال بأنه يعتبر خطأ تعاقدية واضحة أنها التزمت صحيح القانون¹، وكما نجد أنها راقبت محكمة الاستئناف في القرار الصادر في 22 أبريل 1980 المتضمن تكييف واقعة الدعوى بأنها تعتبر دعوى استحقاق بحيث أنها نقضت هذا التكييف وأقرت بأنه خطأ في تطبيق القانون²، ويعتبر عدم إلزامية الأخذ بتكريس الخصوم أحد أبرز القواعد التي تم تكريسها من طرف محكمة النقض المصرية في مجال التكييف الصحيح على أن تبقى سلطة محكمة الموضوع دائما مقيدة بالوقائع وطلبات الخصوم³.

ومن الواضح أيا من خلال هذه القرارات السابقة الذكر وغيرها بأن محكمة النقض المصرية تبسط رقابتها على جميع التكييفات سواء كان موضوع هذه التكييفات دعوى أم وقائع وعقود، فهي إلى حد كبير تتبنى النظرية الشاملة للتكييف فهي تراقب مدى توافر العناصر القانونية للعقود وتبحث في مدى وجودها في العقد محل الدعوى أم لا، لتنتهي في آخر هذا البحث إلى صحة تكييف قضاة الموضوع أم لا بل يتعدى ذلك إلى إعطاء التكييف المناسب وتبيان أركانه وشروطه القانونية.

ت- موقف المجلس الأعلى المغربي من الرقابة على التكييف: يعتبر المجلس الأعلى المغربي أحد الجهات القضائية التي تبنت الاتجاه الكامل أو النظرية الشاملة في مسألة الرقابة إذ مدد سلطته الرقابية على جميع أنواع التكييفات وعلى كثير من المفاهيم المعرفية أو الغير معرفة، وهذا حرص من المجلس الأعلى على تطبيق قضاة الموضوع للقانون من خلال تفسيره تفسيرا صحيحا، وكذلك توحيد الاجتهاد القضائي مما يضمن المساواة أمام القانون⁴.

ويؤسس هذا الحرص الكبير على ما لعملية التكييف من أهمية لأن أي خطأ في تكييف العقد يؤدي حتما إلى تطبيق قواعد قانونية مغايرة غير التي وجب تطبيقها، وكذا تغيير قواعد الاختصاص فمثلا إذا كيف العقد بأنه عقد مدني سيخضع في منازعاته إلى القضاء العادي ونفس الشيء بالنسبة لحالة تكييف العقد عقد إداري فسيخضع هو الآخر في منازعاته للقضاء الإداري وكذا في حالة العقود التجارية التي تخضع لاختصاص المحاكم التجارية، وكما هو متعارف عليه فإن الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على خلافه.

1- نقض 27 نوفمبر 1979 مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض سنة 30، العدد 03، ص 80.

2- نقض 22 أبريل 1980 الطعن رقم 443 لسنة 46 قضائية.

3- نقض 9 أبريل سنة 1974، الطعن رقم 287 لسنة القضائية 39 و نقض 9 أبريل سنة 1974 الطعن رقم 42 لسنة 38، مجموعة المكتب

الفني لسنة 25 قضائية، ص 694.

4- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 241

وهذا ما يؤكد أهمية التكييف والآثار المترتبة عن حالة التكييف الغير صحيح له، وقد أكد المجلس الأعلى المغربي على مبدأ الرقابة في العديد من قراراته كالقرار الصادر بتاريخ 29 أبريل 1973¹ ويتضمن هذا القرار أن المدعي أبرم عقد مؤرخ في 1965/08/04 هو عقد غير محدد المدة مع تعاونية بيع الحلي بمراكش، تكلف بمقتضاه بجمع وتوزيع منتجات التعاونية من حليب وجبن مقابل عمولة، وأثناء قيامه بالمهمة المتفق عليها توصل من التعاونية بإنذار بفسخ العقد المذكور في أجل أقصاه أول أكتوبر 1968، وعلى إثر اقتناع التعاونية بفداحة الأضرار التي سيلحقها الفسخ المذكور بالمدعى تخلت عن تنفيذ مضمون الإنذار مدة 06 أشهر.

وأخيرا توقفت عن الاستمرار في تنفيذه الأمر الذي جعل هذا الأخير يلتجئ للمحكمة للمطالبة بالتعويض عن الفسخ التعسفي للعقد، وقضت المحكمة الابتدائية بمراكش وفق الطلب، وبعد الاستئناف قضت محكمة الاستئناف بمراكش بإلغاء الحكم الابتدائي، بحجة أن العقد المذكور هو عقد شركة يخضع للفصل 1057 من ق ل ع واستمرار المدعي في تنفيذ هذا العقد مدة 6 أشهر بدون تحفظ بعد انتهاء أجل الإنذار لا يعتبر تجديدا ضمنيا للعقد الرابط بين الطرفين، وقد تم الطعن بالنقض في هذا القرار واستجاب المجلس الأعلى لهذا الطلب بصيغة نموذجية.

وعليه فإن الخطأ في التكييف أدى إلى فساد التعليل من جهة كما أدى إلى التخلي عن الفصول الواجبة التطبيق الشيء الذي يعتبر خرقا للقانون من جهة أخرى، أن قصر التجديد الضمني للعقد على كونه لا يكون إلا بالكتابة مع أنه يكون بكل قرينة قامت على عدول من قام بالإنذار عن إنذاره لا يرتكز على أساس، كما تم ذكره سابقا فإن مبدأ الرقابة ينتج عنه حلين إما موافقة محكمة النقض أو المجلس الأعلى على تكييف محكمة الاستئناف أو تنقض ذلك وهذا ما نستنتجه من المعطيات السابقة، إذ نجد أن المجلس الأعلى راقب التكييف المعطى من طرف محكمة الاستئناف وأقر بنقض الحكم والتكييف المعطى للعقد بحيث أعاد تكييف العقد تكييفا صحيحا، إذ اعتبر العقد عقد إجارة خدمة خاضع في معطياته للفصل 723 من قانون المدني المغربي وليس بعقد شركة وقد مد سلطته في الرقابة أيضا على تكييف التجديد الضمني للعقد لا يتم إلا من خلال الكتابة.

1- قرار المجلس الأعلى عدد 73/132 الصادر بتاريخ 24 أبريل 1973 في الملف المدني رقم 38367 منشور بمجلة المحامي العدد الأول، ص 37.

ونجد عقد آخر قام المجلس الأعلى المغربي بمراقبته أيضا وهو عقد الكراء إذ صدر قرار مؤرخ في 1979/07/22¹، حيث أعتبر أن مجرد استمرار المشغل في اقتطاعه لمبلغ مالي من معاش تقاعد العامل المستحق لورثته بدون وجود أي عنصر آخر للإثبات لا يعتبر حجة لإنشاء علاقة كرائية بين المشغل كطرف والورثة كطرف آخر، وإنما يعتبر تعويض عن مقابل لانقضاء الورثة بالمحل موضوع النزاع، وبالتالي يعتبر التكييف الذي أعطى من طرف محكمة الاستئناف تكييفاً غير صحيح.

ث- موقف محكمة التمييز السورية: تعتبر محكمة النقض السورية من المحاكم التي تبنت مبدأ الرقابة على تكييف العقد إذ جاء في قرار صادر منها مؤرخ في 1963/10/05²، والذي نص على: "إذا قدم أحد الشركاء عقاره إلى الشركة للانتفاع به كحصة في رأس المال، ثم تنازل عن حقوقه في الشركة لشريك آخر لقاء مبلغ من المال، فإنه يصبح بحكم المؤجر وتمتنع عليه المطالبة باسترداد العقار".

ونستنج من هذا القرار أن محكمة النقض أعطت مركز قانوني واضح للمتنازل على عقار كراس مال الشركة بأنه مستأجر والعقد الجديد الذي يربط بينه وبين العقار هو الإيجار، وراقبت محكمة التمييز السورية تكييف العقد في قرار صادر في 1987/03/25 أين اعتبرت أن العقد هو عقد بيع تام وليست تصرف مضاف إلى ما بعد الموت كما مدت سلطتها أيضا لمراقبة تكييف قضاة الموضوع لمرض الموت وهو قرار كرس العديد من المبادئ المتعلقة بتكييف العقد كرقابتها لمدى صحة تكييف قضاة الموضوع للعقد، وكذا مراقبة العناصر القانونية التي أعتمد عليها قضاة الموضوع في تكييفهم³.

ورغم أن المشرع السوري لم يعرف مرض الموت إلا أن محكمة التمييز راقبت تكييف قضاة الموضوع بناء على التعريف القضائي الذي تبنته ذات المحكمة في قرارات سابقة، وبالتالي يستنتج أنها لم تبني النظرية المقيدة وكثيرا من القرارات التي نجد فيها أن محكمة التمييز السورية بسطت رقابتها على كل العناصر اللازمة في تكييف العقد ولم تقيد بالمفاهيم المعرفة والغير معرفة من طرف المشرع، وكذا بالوقائع القانونية أو الوقائع المادية والمعنوية بل غالبا ما تبنت النظرية الشاملة لمبدأ الرقابة على تكييف العقد.

1- قرار المجلس الأعلى عدد 213 الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 1979/07/22، ملف إداري عدد 60007 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد سبتمبر-أكتوبر 1988، ص 89.

2- قرار رقم 460 تاريخ 1963/10/05 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 70-71 يونيو 1964، ص 455.

3- صدر القرار من محكمة النقض في القضية رقم 740 لعام 1987 برقم 522 وبتاريخ 1987/03/25 منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 10 أكتوبر 1989، ص 241.

الفرع الثاني

موقف المحكمة العليا الجزائرية من مبدأ رقابة التكييف وكذا أبرز تطبيقات

يعتبر تطبيق القانون الغاية الأساسية من وظيفة القاضي فهو غير مقيد بتكييف الخصوم لأن أي خطأ في التكييف يؤدي حتما إلى خطأ في تطبيق القانون سواء من حيث المواد القانونية والنظام القانوني الواجب التطبيق أو من حيث الجهة القضائية التي لها الولاية للفصل في النزاع، ولهذه الاعتبارات يلزم إخضاع هذه العملية لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون تبحث في مدى صحة تطبيق قضاة الموضوع للقانون من عدمها، وقد أكد المشرع على هذا في المادة 06 من القانون 22-89¹.

وبالتالي يمكن القول أن هذه المادة تعتبر التأسيس القانوني لقضاة المحكمة العليا في ممارسة مبدأ الرقابة على التكييف القانوني الصحيح للوقائع، إذ نجد أن المحكمة العليا قد راقبت قضاة الموضوع في قرار صدر منها بتاريخ 1983/05/07 جاء فيه: "يستخلص من النقاشات التي جرت أمام المجلس القضائي بالجزائر بأن الطرفين غير متفقي بخصوص تكييف العقد المبرم بينهما في 07 فيفري 1972، ذلك أن السيد (ب.ع) يكيّفه على أساس أنه تسيير حر تمكنه المادة 203 وما يلها من القانون التجاري في حين ينازعه السيد (ب.ع.ق) في هذا التكييف، لكون أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط ذلك ف 03 من نفس المادة وحيث أنه كان على قضاة المجلس البت في هذه المسألة ذلك فإن قرارهم ينقصه التعليل ولم يبين على أي أساس قانوني ويتعين بالتالي نقضه"².

ونجد في تطبيق آخر لمبدأ الرقابة على التكييف قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 23 جانفي 2008 جاء فيه: "إن الالتزام ببذل عناية هو بذل للجهد الصادقة التي تتحقق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية"³، ويتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد بسطت رقابتها وسمحت لنفسها بمراقبة تكييف لمفاهيم قانونية غير معروفة من طرف المشرع

1- نصت المادة 06 من القانون رقم 22-89 (المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتضمن صلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها، ج ر، ع 53، المؤرخة في 13 ديسمبر 1989)، على: "أن المحكمة العليا بصفتها مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم ووفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبب أحكام القضاء وتمارس رقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية".

2- قرار صادر من الغرفة التجارية والبحرية المؤرخ في 07 ماي 1983، ملف رقم 28766، المجلة القضائية، ع 01، 89 قضائية، ص 136.

3- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 23 جانفي 2008 ملف رقم 399828، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2008، ص 177.

مثل تكليف التزام بذل عناية في المسؤولية الطبية¹، وكمفهوم فهو لم يتطرق إليه المشرع الجزائري ولا بأي نص نظرا لصعوبة ضبطه وتفرع الآراء حوله².

وكما تم تأكيده فيما سبق فإن أي خطأ في التكليف يؤدي إلى التطبيق الخطأ للقانون وهذا ما تمت الإشارة إليه من طرف المحكمة العليا في أحد قراراتها المنشورة في 2006/01/04 نصت فيه على: "إن إلزام صاحبة السيارة المسروقة مودعة من دون علمها في حظيرة بدفع مبالغ مالية على سبيل الإيجار يعد خطأ في تطبيق القانون لانعدام علاقة الإيجار"، وتتلخص وقائع القرار في أن الطاعنة (إ.ز) لها سيارة من نوع 205 أخذت عنوة وضعت في حظيرة المطعون ضده (ق.س) بدون علمها ولم يكتشف أمرها إلا بعد شكاوى متكررة للمصالح المعنية³.

ويتأكد مبدأ الرقابة على تكليف العقد من قبل محكمة القانون أيضا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 بأن قضاة الموضوع أعطوا تكليف خاطئ للوقائع المعروضة أمامهم، إذ اعتبروا التصرف الذي لم ينفذ إلا بعد وفاة المورث الواهب هو عقد هبة في حين أنه يأخذ حكم الوصية مما جعل الحكم الصادر عنهم معرض للنقض والإلغاء⁴.

وتتلخص وقائع الحكم في أن الوارث الطاعن وهو يعتبر الوارث الوحيد بإبرام عقد الهبة بتاريخ 1994/11/29 وتم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية في 1999/02/07 لفائدة (د.ع) وتوفي الواهب المورث بتاريخ 1998/09/19، أي أن الشهر تم بعد واقعة وفاة الواهب، ونتيجة لذلك فإن ملكية العقار الموهوب لم تنتقل إلى الموهوب لها عند وفاة الواهب ولم يتم تنفيذ التصرف إلا بعد وفاة المورث وكما هو معلوم فإن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد شهر التصرف في المحافظة العقارية، ويعرف هذا الإجراء

1- المسؤولية الطبية أو المسؤولية المهنية للطبيب تنشأ من مخالفة هذا الأخير لكل الالتزامات المهنية وهي مسؤولية لم تعد تخضع للقواعد التقليدية لكل من المسؤولية المدنية والعقدية والتقصيرية لأنها تربط بين الطبيب والمريض حتى في غياب العقد وهي تشمل كل أصول وقواعد مهنة الطب. ينظر: بلمختار سعاد، الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مع 15، ع 1، 2022- ص 783.

2- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 19.

3- قرار محكمة عليا، الغرفة التجارية والبحرية، المؤرخ في 04 جانفي 2006، ملف رقم 364686 مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2006، ص 359.

4- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 307934، مؤرخ في 2005/10/19، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02، ص 195.

بالأثر العيني للشهر وهذا ما تأكده المادة 793 من ق م ج و المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/18 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

ويعتبر هذا النقض أحد أبرز أوجه الرقابة التي تمارسها المحكمة العليا على قضاة الموضوع في مجال تكييف العقود، ومما سبق يمكن القول أن رقابة المحكمة العليا على عملية تكييف العقد ما هي إلا رقابة على الخطأ في تطبيق القانون من طرف قضاة الموضوع، وهذا الخطأ هو نتيجة لإعطائهم تكييف غير صحيح للوقائع والتصرفات المعروضة أمامهم فالقاضي لا يخطأ في تطبيق القانون لكن يمكن أن يخطأ في تكييف العقد، وهذا الخطأ يعتبر أحد الصور الواسعة لمخالفة القانون.

وبهذا ومن خلال استقراء للقرارات السابقة الذكر وغيرها، نستنتج أن المحكمة العليا تتبنى إلى حد كبير النظرية الشاملة لمبدأ الرقابة بحيث أنها تبسط رقابتها في كل المعطيات التي تخرج بتكييف صحيح للعقد، وبالتالي ضمه إلى مجموعة قانونية ينتمي إليها وتبيان الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليه والجهة القضائية المختصة في ذلك.

1- الأمر رقم رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، المؤرخة في 1975.

المبحث الثاني

الجهات المختصة في تقديم التكييف على سبيل الاستثناء

كما رأينا سابقا فإن القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل في عملية تكييف العقد إلا أنه قد تظهر هناك أطراف فرضها الواقع العملي كجهات تمارس سلطة تكييف العقد على سبيل الاستثناء، إذ نجد مثلا أن الأطراف وفي محاولة منهم للحفاظ على حقوقهم قد يلجؤون إلى ضابط عمومي لوضعها في قالب الشكلي المطلوب قانونا، إلا أنهم قد تنقصهم الثقافة القانونية الجيدة التي تجعلهم يأترون التزاماتهم بالأطر القانونية المناسبة لها مما يلزم الشخص المختص بإبرامها - الموثق - بتقديم النصح لهم وتوجيههم نحو الصبغة القانونية الصحيحة لعقدهم، وهذا لما للنظام التعاقدي أهمية ومكانة في مختلف التشريعات.

وأیضا لأهميته الاقتصادية للأفراد إذ يعتبر أحد المحركات للنشاط الاقتصادي بين أشخاص القانون الخاص، لذا تم إقرار مجموعة من القواعد القانونية والأحكام التي تنظمه، ومن هنا الموثق يقوم بإعلام الناس بها فهو الجهة القانونية المخولة لإبرامه، لذا ألزمه المشرع وبالإضافة إلى تحرير العقد أيضا عدة التزامات من بينها تقديم واجب النصح والإعلام لمعامله وتبيان لهم القواعد القانونية الصحيحة التي تنظم عقدهم فتبرز عملية تكييف العقد في أبرز صورة لها.

ونجد جهة أخرى فرضتها أيضا المعاملات الواقعية والتي تمارس عملية التكييف بشكل يومي تقريبا - مديرية الضرائب- وذلك بإلحاق كل عقد بمجموعته الضريبية الصحيحة بهدف محاربة الغش الضريبي الذي يمكن أن يمارسه بعض الأفراد هروبا من دفع المستحقات الضريبية، لذلك خصص هذا المبحث لتفصيل أكثر في هذه المعطيات وتوضيح أكثر لصلاحيات هذه الجهات في تكييف العقد وتبيان كيفية القيام بذلك تم التطرق إلى الموثق كجهة مختصة في تكييف العقد في (المطلب الأول)، ومديرية الضرائب كجهة مختصة في تكييف العقد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموثق وواجب النصح

إن مهنة التوثيق هي إحدى أبرز وأهم المهن باعتبار أن القائم بها يسعى إلى إعطاء الصفة الرسمية المطلوبة قانوناً أو تلك التي يطلبها أصحابها للعقود، وقد أولت المنظومة القانونية لمهنة التوثيق أهمية بالغة، إذ خصص لها المشرع قانون خاص ينظمها لما لها من أهمية. لذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم العقد الرسمي وجزء تخلف ركن الشكلية فيه (الفرع الأول)، وأخيراً سيتم تبيان الأساس القانوني لواجب النصح الذي يقدمه الموثق وتبيان أهميته في إعطاء الصبغة القانونية الصحيحة للعقد ومدى اعتبار ذلك تكييفاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم العقد الرسمي

عرفت المادة 324 من ق م ج العقد الرسمي بأنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."¹ ويقابلها نص المادة 390 من القانون المصري والمادتين 1317 و1318 من التقنين المدني الفرنسي.

وتكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها، ولهذا فقد أحاطها المشرع بعناية خاصة فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار المترتبة على تخلف شروطه وحججه بين الأطراف واتجاه الغير. - والعقود الرسمية نوعان⁽²⁾:

- 1- تعاقدية: تتوفر فيها إرادتين متبادلتين أي إيجاب من الطرف الأول وقبول من الطرف الآخر كالبيع، الهبة، الإيجار، الشركة.
- 2- تصريحية: ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل طلب إعداد فريضة، شهادة توثيقية، تصريح شرقي أو إقرار بالزواج من طرف واحد.

1- المادة 324 من الأمر 75-58 المتضمن بالقانون المدني، المرجع السابق.

2- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية "في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 107.

وبالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني يتبين أن الشروط التي يجب توافرها ليكون السند الرسمي صحيحا هي:

أولاً: صدور الورقة الرسمية من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:
والموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها¹.

ويشمل تعريف الموظف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية والخارجية، الولاية بجميع مصالحها الإدارية، البلدية بجميع مصالحها، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة والولاية والبلدية والتي تخضع للقانون 03/06 المنظم للتوظيف العامة، ويخرج من مفهوم الموظف جميع عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري وغيرها من المؤسسات التي تخضع لأحكام القانون العام ويخضع العاملون فيها لأحكام القانون رقم 90-11² المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم بالأمر رقم 21/96.

أما الضابط العمومي: مثل الموثق، المحضر القضائي، المترجم. وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظف عام بل يكفي أن يكون مكلف بخدمة عامة ومثال المكلفين بالخدمة العامة الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون، والسبب في إعطاء هذه الأهمية في الإثبات للمحركات التي يصدرها هؤلاء الموظفون والمكلفون بالخدمة هو الثقة التي توحىها مهمتهم بالنسبة لعموم الناس ومن ثمة فإنه لا يمكنهم تفويض سلطتهم إلى غيرهم.

ثانياً: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسم: لا يكفي أن يكون السند صادرا عن موظف أو ضابط عمومي ليكون رسميا بل لابد أن يكون هذا الموظف أو الضابط العمومي قد تصرف في حدود سلطته واختصاصاته والمقصود بالسلطة - كما يعرفها فقهاء القانون- هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته³.

1- مفهوم الموظف العمومي محدد بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتوظيف العمومية و هو مكرس خاصة في النصوص التطبيقية للقانون العام للعمال لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 85-59 المؤرخ في: 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية.

2- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، ع 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر، ع 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991، والأمر رقم 96-21 المؤرخ في 09 يوليو 1996، ج ر، ع 43، المؤرخة في 10 أبريل 1996.

3- زينوني عمر، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، ع 3، 2001، ص 42.

- الولاية: يجب أن تكون ولاية الموظف أو الضابط العمومي قائمة وقت تحرير السند الرسمي فلو قام الموظف قبل تعيينه بتحرير سند رسمي فإنه يكون باطلا

- الأهلية: يجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل في اختصاصه.

اختصاص الموظف أو الضابط العمومي إقليميا في إصدار أو تحرير السند الرسمي: يرتبط الاختصاص الإقليمي لكل موظف عمومي في السلك الإداري بدائرة الاختصاص للهيئة الإدارية التابع لها فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى مجموع إقليم البلدية واختصاص مدير أملاك الدولة يمتد إلى كامل إقليم الولاية وهكذا. غير أن الاختصاص الإقليمي للموثق يخرج عن هذه القاعدة ليمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني وهو ما نصت عليه المادة 2 من القانون رقم 06-02¹ المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ويتعلق الاختصاص الإقليمي عموما بأحد الأمرين:

- 1- موطن الأطراف أو محل إقامتهم أو الموطن المختار من طرفهم لإبرام العقد أو مكان حصول الواقعة القانونية كما هو الحال في عقود الزواج وسائر عقود الحالة المدنية.
- 2- موقع ومحل وجود الأموال موضوع العقد لاسيما في المعاملات الواردة على الأموال العقارية والمحلات التجارية والأموال المرهونة.

ثالثا: مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون: إن هذا الشرط مكرس بموجب المادة 324

من ق م ج وتحدد النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة عادة كيفية تحرير السندات الرسمية، فتحدد العناصر والبيانات التي يجب أن تشتمل عليها والشكليات التي يخضع لها كل عقد مثلما هو الحال بالنسبة لقانون الموثق الذي حدد في الفصل الخامس أشكال المطوية في العقود التوثيقية وكذا مضمونها وكيفية تحرير العقود، إذ نجد أن المواد 26 و 27 نصت على أن: "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام...".

1- تنص المادة 02 من القانون رقم 06-02 (المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر، ع 14، المؤرخة في 08 مارس 2006) على أنه: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، وتسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعول به، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني.."

وأيضاً: "يجب ألا تتضمن العقود أي تحرير أو كتابة بين الأُسُطر أو إضافة كلمات..."، وكذا المرسوم رقم 76-63¹ المتعلق بتأسيس السجل العقاري المادة 61، إن بعض النصوص التشريعية لا تكتفي بتحديد تلك العناصر والشكليات بل تحيل على التنظيم مهمة إصدار نماذج كاملة للسندات كما هو الحال في القانون رقم 11-04 المتعلق بالنشاط الترقية العقارية الذي تلاه صدور مرسوم تضمن نموذج عقد بيع على التصاميم و نموذج عقد حفظ الحق 13-413².

أما بالنسبة للعقد الرسمي الناقل للملكية العقارية فإن المادة 324 مكرر 4 من ق م ج أضاف شروط أخرى والتي تتمثل في:

- أن يكون العقد محرراً أمام الموثق بالنسبة للعقارات التابعة للأفراد وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذا الأخير.

- أن يكون مكرس لاتفاق الطرفين أي أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول جميع المسائل الجوهرية في العقد.

- أن يكون مبرم بين الطرفين يحوزان أهلية التعاقد: أي بالغين لسن الرشد المدني وهو 19 سنة وغير محجور عليهما طبقاً للمادة 40 من ق م ج.

- أن يحتوي على أصل الملكية: وذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية وهذا من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير.

- محدد للعقار تحديداً نافياً للجهالة من ناحية موقعه، رقمه، مساحته ومعامله الحدودية.

- مراعيًا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 302³ وما بعدها من ق م ج والمادة 61 وما بعدها من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

1- تنص المادة 61 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري على أن: " كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ". المرسوم المؤرخ في 25 مارس 1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 30، المؤرخة في 28 مارس 1976.

2- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نمودجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر، ع 66، المؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

3- المادة 324 مكرر 2 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني تنص على أن: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر."

ويترتب على مخالفة الأوضاع أو اختلال شرط من الشروط السالف ذكرها بطلان السند الرسمي وفقد قرينة الرسمية التي يتمتع بها، وبالتالي فقدان حجيته كسند رسمي ولو كان التصرف القانوني موضوع السند في حد ذاته صحيحاً¹، يتمتع السند الرسمي بافتراض تفيد صحته قانوناً كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك وهذه القاعدة مكرسة بنص المادة 324 مكرر 5 من ق م ج والتي تنص: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

وهذه القرينة التي تتمتع بها الورقة الرسمية لا تحدث أثرها إلا إذا اتسمت بحالة ظاهرة من الصحة والمشروعية كما تقدم فإذا ظهر على شكلها أنها مشوبة بعيب ظاهر للعيان كأن تكون مشتملة على حشو أو محو أو تشطيب فإن من حق المحكمة وبدون أن يطعن فيها بالتزوير مسبقاً أن تستبعداها من النزاع إذا تراءى للقاضي أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره²، وهذا طبقاً لنص المادة 181 من ق م ج³.

وقد أقرت المادة 324 مكرر 1 من ق م ج أنه: "يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود"، وبذلك يكون البطلان هو الجزء المنطقي والأكثر انسجاماً مع طبيعة الشكل ودوره في إبرام العقد فإذا تخلف هذا الركن في العقود التي ألزم المشرع توفرها أصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويعرف البطلان المطلق بأنه هو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبه المشرع في العقد، وهو وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيناً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية يؤدي إلى عدم نفاذه ويترتب على بطلان العقد أو فسخه زوال كل آثاره، والعقد الباطل مثله مثل العقد غير النافذ لا يسرى في حق الغير ولا يمكن الاحتجاج به لدى الغير، والسبب في عدم نفاذ العقد هو تخلف ركن من أركانه وهو الشكلية⁴. ومن خصائص هذا البطلان أنه لا يتقادم ولا يقبل الإجازة، ولا يتخلف عنه التزام طبيعي، وسنسلط الضوء على هذه الخصائص تباعاً فيما يأتي:

1- زيتوني عمر، المرجع السابق، ص 42.

2- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط2، 1988، ص 118.

3- نصت المادة 181 من ق م ج إ على أنه: "إذا أثار أحد الخصوم الادعاء الفرعي بالتزوير ضد عقد رسمي، جاز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك، إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد المطعون فيه، وإذا كان الفصل في الدعوى يتوقف عليه، يدعو الخصم الذي قدمه للتصريح عما إذا كان يتمسك به".

4- بلحاج العربي. النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 63.

4- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 248.

1- إن بطلان العقد لتخلف الشكل لا يزول بالتقادم؛ إن بطلان العقد لتخلف الشكل هو بطلان مطلق، وهذا البطلان يجعل العقد في نظر المشرع الجزائري معدوما وليس له وجود قانوني، ولذلك يجوز إقامة دعوى البطلان مهما طال الأمد، إذ أن الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجودا ولكن الرغبة في حماية الأوضاع المستقرة مدة من الزمن قد حملت بعض القوانين ومن بينها القانون الجزائري على أن يقرر إسقاط دعوى البطلان بمرور الزمن¹.

وهذا لا يعني مطلقا أن العقد الباطل قد تحول إلى عقد صحيح لأن المشرع قد أقر أنه إذا كان هناك عقد باطل لعيب في الشكل لم يتم تنفيذه وطالب أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لكان من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات والدفع ببطلان العقد، وطبقا لنص ف 02 من المادة 102 ق م ج تسقط دعوى البطلان إذ مضى على إبرام العقد 15 سنة غير أن الدفع ببطلان العقد لا يسبق².

2- إن بطلان العقد لتخلف الشكل لا يقبل الإجازة: إن جزاء تخلف الشكل في التصرفات الشكلية لا يخرج عما هو مقرر في البطلان المطلق من عدم إمكانية إجازته، إذ يعتبر التصرف الباطل هو تصرف معدوم، والعدم لا يمكن إجازته وذلك لأنه ليس له وجود في نظر المشرع ولو كان له ظهور ووجود مادي ملموس في الواقع، وهذه القاعدة تعد من المبادئ المسلم بها في التشريعات المدنية، وبذلك يعد البطلان لتخلف الشكل بطلان مطلق لا يمكن إجازته³.

وتتمثل أحكام البطلان المطلق في جانبين أولا في من له الحق في التمسك بالبطلان الناشئ عن

تخلف الشكل، وثانيا في كيفية تقرير هذا البطلان:

1-2- من له حق التمسك بالبطلان: إن البطلان المترتب على تخلف الشكل في التصرفات الشكلية هو بطلان مطلق يكون لكل ذي مصلحة حق التمسك به ويراد بالمصلحة هنا كل حق يؤثر فيه صحة العقد أو

1- هجيره تومي. نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري. المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة الجزائر، مج5، ع1، ص253.

2- تنص المادة 102 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة.

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد."

3- إيمان بن دايمي، البطلان المطلق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج 14، ع 3، 2022، ص 95.

بطلانه، وعلى ذلك فمجرد المصلحة دون قيام الحق غير كاف لتمكين أصحابها من التمسك ببطلان العقد، وأصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان هم أطراف التصرف ودائهم¹.

2-2- **كيفية تقرير البطلان:** إن العقد الباطل لتخلف الشكل هو عقد معدوم في نظر المشرع، فالإظهار المادي للإرادة خارج دائرة الشكل المفروض لا يعتد به هنا مهما كانت صورة هذا الشكل، ومن هنا كان بطلان العقد المترتب على عدم إتباع الشكل المطلوب بطلانا مطلقا، وكان من ثم لمن له مصلحة في التمسك به التصرف على أساس عدم وجود هذا العقد، ولهذا فلا حاجة لرفع الدعوى، وعلى الرغم من ذلك فإن الاعتبارات العملية قد تدعو إلى اللجوء إلى القضاء في شأن العقد الباطل أما بصورة دفع أو بصورة دعوى².

والعقد التوثيقي حسب الفقه التقليدي هو حجة لأطرافه وهو ما يعرف بالأثر النسبي للعقد والذي يعني أن القوة الملزمة له لا تتعدى أطرافه فهو تصرف قانوني بالنسبة لهم وبالتالي تنتج آثاره فقط في مواجهتهما، أما الغير فهو لا يتحمل التزامات ولا يتلقى حقوقا فهو ليس بطرف فيه وبذلك يبقى بعيدا عن التأثير به، ولكن أقر الفقه الحديث بعدم التسليم بهذا المنطق بشكل مطلق فالعقد كواقعة قانونية لا يمكن إنكارها وما ينتج عنها من آثار تتسبب في تغيير للمراكز القانونية للغير .

وهذا فإن آثار العقد تنصرف كأصل عام إلى المتعاقدين ذلك تطبيقا للمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولكن يمكن الخروج على هذا المبدأ إذ يمكن أن يلحق الغير آثار هذا العقد وذلك على سبيل الاستثناء عن مبدأ نسبية العقد، وقد أكد مبدأ الأمن التعاقدى أن كل تصرف قانوني قام به الشخص هو حجة له في مواجهة الغير من وقت إبرامه، ويعتبر القضاء هو الوسيلة الأكثر فعالية التي تضمن تحقيق ذلك وهذا إعمالا بمبدأ الأمن القضائي³.

1- إيمان بن دايعي. المرجع السابق، ص 95.

2- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 526.

3- الأمن القضائي: يعتبر استقلال القضاء وحياده ونزاهة القضاة وجودة أحكامه وأبرز الشروط الضرورية لبناء دولة القانون وكذا تحقيق الأمن القضائي، وبالتالي سيادة الديمقراطية وحماية الإنسان وكذلك الحريات العامة وإذا كان العدل أساس الملك، ولا يمكن للعدل أن يتحقق إلا إذا تمتع القضاء بالاستقلال إذا يمكن القول أن استقلال القضاء هو الركيزة الأساسية لضمان الأمن القضائي هذا وبالإضافة أيضا إلى جودة الأداء العملي في قطاع العدالة والتي يعنى بها المحاكمة العادلة والعدالة التي تكون أقل من التكلفة - إذ نجد أن أبرز مقومات الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية هو مجانية القضاء، ينظر: إبراهيم رحمانى وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، إصدارات مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، سامي للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01، جامعة الوادي - الجزائر -، 2019، ص 20.

ويعتبر الأمن التوثيقي مكتملاً للأمن التعاقدى الذي يعطي حصانة كبيرة لكل المعاملات القانونية¹.
وبهذه المفاهيم الجديدة أخرج العقد من إطاره الكلاسيكي وأصبح الفقه والقضاء بل والتشريع - التشريع
الفرنسي نموذجاً - يقرون بمبدأ الحجية المطلقة للتصرف القانوني².

الفرع الثاني

واجب النصح ومدى اعتباره تكييفاً

اكتفى القانون المنظم لمهنة الموثق بالإشارة إلى واجب النصح والإعلام دون التطرق إلى تعريف له إذ نصت المادة 12³ منه على أنه: "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود التوثيقية وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم على القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم ويبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها، الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم"، وحسب هذه المادة فإن الموثق بصفته ضابط عمومي ليس بمحرر للعقود أو مجرد كاتب فقط بل هو رجل قانون ومهني له من الدراية القانونية الكثير فهو ملم بجميع النصوص والأحكام القانونية مما يلزمه بتقديم النصح للأطراف بهدف تحقيق التطابق بين اتفاقاتهم وعقودهم من جهة، ومن جهة أخرى النصوص القانونية المنظمة لها وكذا السارية المفعول. وبهذا عرف الفقه التزام الموثق بواجب تقديم النصح بأنه: "قيام الموثق أثناء عملية تحرير وتوثيق العقد باطلاعهم على مضمون التصرف وآثاره العقدية والقانونية المترتبة عنه، وبأن يبين بوضوح حقوقهم والتزاماتهم الشخصية والمالية المتبادلة بشكل يمكنهم من أخذ الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها كل طرف لضمان تنفيذ التزامه في المستقبل، وحتى تكون للعقد المحرر حجية كاملة تجاه الغير"⁴.

1- صفاي العيد، توثيق العقد وحجيته، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)، مج 5، ع 01، 2022، ص 2334، 2335.

2 يعتبر الأمن القانوني المصطلح العام الذي يدخل في طياته كل من الأمن التعاقدى والأمن التوثيقي والأمن القضائي وهو من المصطلحات الأكثر انتشاراً حديثاً في المجال القضائي والقانوني أيضاً ويصعب تحديد مفهوم جامع ومانع له فهو متشعب وقد عرف بأنه: "حق كل فرد في الشعور بالأمان من القانون أو القاعدة القانونية، وحقه في استقرارها وعدم تعرضها للتغيير المفاجئ". ينظر: بلحمري فهيمة، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن باديس مستغانم، الجزائر - 2017/2018، ص 29

3- المادة 12 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المرجع السابق.

4- طراد إسماعيل، التزام الموثق بتقديم النصيحة والإعلام ومدى مسؤوليته، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، مج 04، ع 02، جوان 2018، ص 400.

إلا أننا نرى بالإضافة إلى كل هذه النقاط التي يمكن للموثق تقديم النصح فيها للمتعاقدين فهو أيضا يمكنه إعطاء التكليف الصحيح للعقد المراد إبرامه وذلك في حالة ما تبين أن المتعاقدان قد أعطياه تكييفاً غير صحيح لنقص ثقافتهم القانونية مثلاً، فهو أدري بالإطار القانوني الصحيح الذي يندرج ضمنه التصرف والذي يأطره ويمكن بذلك تحقيق آثاره القانونية المرجوة منه، فلا يقتصر واجب النصح فقط في تبيان الالتزامات المالية والشخصية بل يجب أيضاً تبيان النظام القانوني الذي يحكم عقدهم فهل هو بيع أو وعد بالبيع هل هو هبة أم وصية وغيرها من العقود التي يحدث لبس بينها عند المتعاقدين .

تعتبر المادة 12 من القانون رقم 02/06 المنظم لمهنة الموثق الأساس القانوني للالتزام الموثق بتقديم واجب النصح والإعلام للمتعاقدين لكن في الفقه ظهر اختلاف حول الأساس الذي يقوم عليه هذا الواجب فهناك جانب يعتبر هذا الالتزام التزام أدبي يقع على عاتق الموثق بحكم مهنته ويجد أساسه في طبيعة مهنة التوثيق نفسها، إذ يجب على الموثق التدخل في العقد لتحقيق الأمن القانوني في الاتفاق المبرم بين الأطراف من خلال تحقيق الأمن التوثيقي والذي يعتبر من أبرز الأهداف المرجوة من إفراغ الإرادة في قالب الرسمي، فهو يعتبر واجب أدبي تفرضه الأعراف المتداولة في المهنة، إذ نجد أن الموثق غالباً ما يقدم واجب النصح حتى للأشخاص الذين لا يودون إبرام العقود وإنما يطلبون استشارة قانونية منه بحكم وظيفته ودرايته بالقانون.

فقد يلجأ الزبون إلى الموثق لمعرفة نوع العقد الذي يجب إبرامه لتحقيق آثار معينة أو المادة القانونية التي تحكمه وكيفية إبرامه وغيرها من المعطيات التي تظهر عملية التكليف في أوضح صورة لها، وباعتبار أن الدولة قد منحت بعض من صلاحياته للموثق فهو ملزم بالقيام بها على أكمل وجه وذلك لأنه أحد ضامني الأمن القانوني والتعاقد في المجتمع¹.

أما الجانب الآخر فيرجع أساس التزام الموثق بالنصح والإعلام إلى وجود عقد ضمني بين الزبون والموثق ليلتزم فيه الموثق بتقديم النصح حول المسائل الضرورية المتعلقة بالعقد مقابل أتعاب معقولة، ويقوم هذا العقد الضمني بمجرد اقتران الإيجاب والقبول بين الموثق والمتعاقدين ويكون إيجاب الموثق بمجرد فتح مكتب عمومي للتوثيق ووضع لوحة اشهارية خارج مكتبه وداخله فذلك يعتبر دعوة لعامة الناس لمن يرغب في الظفر بالخدمات المقدمة من طرفه، وإضفاء الشكلية الرسمية على العقود التي يودون إبرامها، أما قبول أطراف العقد فيتجسد في اللجوء إلى الموثق لطلب خدماته وبالتالي يتضح أن شروط العقد قائمة خاصة وأن المشرع قد حدد الأتعاب والرسوم التوثيقية المستحقة في كل عقد سلفاً.

1-بلحو نسيم، الطبيعة القانونية لمسؤولية الموثق المدنية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص333.

لكن رغم عدم وضوح الطبيعة التعاقدية في عمل الموثق إلا انه يبقى مسؤولاً في حالة امتناعه عن توثيق عقد طالما لم يكن هذا العقد مخالفاً للنظام العام والآداب لعامة كذا النصوص القانونية. ويثار الجدل غالباً حول حدود ونطاق هذا الالتزام فهل هو التزام مطلق يكون حول جميع العناصر الجوهرية والفرعية للعقد أم أنه يقتصر فقط على جانب معين دون الآخر، لكن أقر الفقه كأصل عام أن الموثق يلتزم بالتدخل وتقديم النصيحة قبل توقيع العقد، وقد أقرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية أن الموثقين دورهم هو إضفاء الصفة القانونية والصبغة الرسمية لاتفاق الأطراف، كما أنهم ملزمون بالشرح للزبائن والنتائج والآثار التي ترتب على عقودهم¹.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن واجب النصح مرتبط بمدى خبرة الزبون في المعاملات القانونية بغض النظر على مستواه الثقافي والتعلّيمي، إلا أن هناك جانب آخر أكد على أن الموثق لا يعفى من هذه المسؤولية حتى بحضور مستشار قانوني أو موثق آخر مع الزبائن وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إذ أقرت أن حضور مستشار شخصي إلى جانب الزبائن لا يعفى الموثق من التزام النصح.

أما الرأي السائد في الفقه فإنه يرى أن التزام الموثق بالنصح والإعلام هو التزام ببذل عناية ويستند أصحاب هذا الرأي على عدة أسس لعل أبرزها يتمثل في أن التزام ببذل عناية هو التزام تكون فيه النتيجة غير محققة الوقوع² أي احتمالية ونفس الشيء بالنسبة للالتزام الموثق بالنصح والإعلام فهو يهدف من وراء هذا الالتزام إلى تجنب ما يقع من خطورة إبرامه لهذا العقد، ولكن لا يضمن بشكل مطلق تحقق هذه النتيجة، وكذا فإن التزام الموثق بالنصح والإعلام يقتصر على الإدلاء بكل المعلومات والبيانات الموضوعية والهادفة عن محل العقد وأيضاً بنوده، وما سيتم إبرامه وبالتالي فهو لا ينتظر من الطرفين ضمان النتيجة النهائية للعملية التعاقدية بل تبقى احتمالية.

وبهذا يمكن القول أن التزام الموثق يستجمع شروط التزام ببذل عناية ويكون الموثق قد حقق هذا الالتزام إذا بذل عناية الرجل العادي، ويتمثل مضمون التزام الموثق بالنصح والإعلام في ضمان صحة العقود التي يتلقاها (أولاً)، هذا من جانب أما من جانب آخر فيلتزم بضمان فعالية هذه الاتفاقات (ثانياً)

1- طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 403.

2- عبد الخالق الناجي، تكييف التزامات الموثق ودورها في حماية حقوق الزبائن، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد أكتوبر 2017، ص 04.

من خلال وضع الاتفاق المراد إبرامه في إطاره القانوني الصحيح، وبالتالي ينتج عنه الأثر القانوني المراد من إفراغ الإرادة في الشكلية الرسمية المقررة قانوناً.

أولاً: التزام الموثق بضمان صحة العقود التوثيقية: يقصد بالتزام الموثق بإسداء النصح للمتعاقدين هو أن يقوم أثناء عملية إبرام العقد بتبيان مضمون العقد لطرفيه وكذا آثاره وفيما تتمثل الالتزامات والحقوق الملقاة على عاتق كل متعاقد، بالإضافة إلى ذلك فيجب مراعاة بعض الضوابط القانونية كتلك المتعلقة بملائمة العقود مع العملية القانونية، إذ يعتبر الموثق رجل قانون ومن أكثر الأشخاص دراية به خاصة لأن تحسين معلوماته ومداركة القانونية بشكل دوري منصوص عليه قانوناً في المادة 18¹ من القانون 02/06 المنظم لمهنة الموثق.

لذلك يجب عليه أن يلتزم بمطابقة المعاملات التوثيقية والتي تلقاها من ذوي الشأن مع النصوص والأحكام القانونية المناسبة لها، والبحث في مدى صحة السندات المعروضة أمامه وكذا الشروط القانونية التي تتطلبها المعاملة المعروضة لتقوم صحيحة وأيضاً توضيح القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل التعاقد فهو يلتزم بالتحقق من محتوى العقد وطبيعته والبحث في مدى وجود ركائز قيامه - أركان وشروط - .

ثانياً: ضمان فعالية هذه الاتفاقات: يعتبر الموثق أحد ضامني فعالية العقود التي يحررها، إذ يجب عليه البحث عن إرادة أطرافها وما اتجهت إليه، فالعقد الفعال حسب ما عرفته المحاكم هو العقد الذي يتوافر على إرادة المتعاقدين ويحققها²، وهو مصطلح يستخدم لوصف اتفاق يتم تنفيذ التزاماته فوراً بمجرد توافر جميع العناصر اللازمة لتكوينه وهو نوع من العقود يعزز سرعة تنفيذ الالتزامات ويقلل من فترة الانتظار بين توقيع العقد وتنفيذه .

فالموثق ليست مهمته تحرير وكتابة العقود الصحيحة فقط ولكن يجب عليه تحرير عقود ذات فعالية تحقق اثر شخصي ومادي، فيلتزم الموثق بالبحث في النوايا الحقيقية للمتعاقدين وكذلك العمل على إفراغها في قالب رسمي يتطابق مع النصوص التشريعية، وبذلك يكون قد حقق حماية لأطراف العقد عن طريق تبيان كل ما يترتب عن عقدهم من نتائج وآثار، وفعالية العقود كالتزام يتحقق إذا قام به الموثق

1- تنص المادة 18 من القانون رقم 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على أن: "يجب على الموثق أن يحسن مداركه العلمية، وهو ملزم بالمشاركة في أي برنامج تكويني، وبالتخلي بالمواظبة والجدية خلال التكوين.

يساهم الموثق أيضاً في تكوين الموثقين ومستخدمي مكاتب التوثيق."

2- طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 410.

كـمـسـتـشـار قـانـونـي لـلـمـتـعـاقـدـين إذ يـلـتـزم بـتـقـديـم النـصـح لـكـلا الطـرفـين دـون تـمـيـيز طـرف عـن آخـر و يـلـتـزم أـيـضـا بـالـبـحـث فـي جـدوى العـقـد و فـعـالـيـتـه و ذـلـك عـن طـريـق البـحـث عـن نـيـة الأـطـراف الحـقـيـقـيـة.

و بـالـتـالـي اـكـتـشـاف كـل ما يـهـدـف إـلـيـه طـرف قـبـل كـتـابـة ذـلـك فـي العـقـد و بـذـلـك يـكـون القـالـب الرـسـمـي الـذي تـوضـع فـيـه الإـرـادـة مـعـبرا و كـاشـفا لـهـدـف و سـبـب العـقـد، فـالمـوثـق قـاضـي و دـي لـلـعـقـود أو كـما يـعـرف بـأنـه قـاضـي الإـرـادـة¹، و لـذـلـك يـمـكـن القـول أن شـراـح القـانـون لـم يـشـيـروا بـشـكـل صـريـح لإـمـكـانـيـة قـيـام المـوثـق بـتـكـيـف العـقـد إلا أنـه غـالـبا ما يـقـال بـأن المـوثـق يـضـع إـرـادـة الأـطـراف فـي إـطـار قـانـونـي يـنـظـمـها و كـذا يـصـبـغـها بـصـبـغـة قـانـونـيـة خـاصـة تـوضـح المـادـة القـانـونـيـة الـتي تـحـكـمـها و هـذه العـمـلـيـة تـعـتـبر تـكـيـف لـلـعـقـد فـي أـوضـح صـورـها.

المطلب الثاني

إدارة الضرائب وواجب تكييف العقد

يـتمـثـل تـكـيـف العـقـد فـي إعـطـاء صـبـغـة قـانـونـيـة لـه و بـالـتـالـي تـحـدـد القـاعـدـة القـانـونـيـة الـواجـبـة التـطـبـيـق عـلـيـه و هـو يـعـتـبر عـمـل قـانـونـي بـحـث لا دـخـل لـلـأطـراف فـيـه فـهـما يـحـدـدان الأثـار الـتي يـهـدـفا إـلـي تـحـقـيـقـها، فـبـمـجـرد تـحـديـدهـا يـلـحـقـها الوـصـف القـانـونـي المـنـسـجـم مـعـها، و يـنـصـب دور مـديـريـة الضـرائـب فـي عـمـلـيـة التـكـيـف مـن خـلال قـيـام مـفـتـش الضـرائـب بـتـبـيـان الوـصـف الصـحـيـح لـلـعـقـد مـن خـلال اسـتـقـراء بـنـودـه و بـذـلـك يـتم تـحـديـد الثـمـن المـحـدـد قـانـونـا.

و لـذـلـك سـيـتم التـطـرق إـلـي الأـسـاس القـانـونـي لـسـلـطـة إـدـارـة الضـرائـب فـي تـكـيـف العـقـد فـي (الـفـرع الأـوـل)، و كـذا تـبـيـان الحـالـات الـتي يـمـكـن لـلـإـدـارـة التـدخـل فـيـها لـتـكـيـف العـقـد و الإـشـكـالـات المـطـروـحـة فـي حـالـة إـعـادـتـها لـتـكـيـف عـقـد تم تـكـيـفـه مـن قـبـل القـضـاء فـي (الـفـرع الثـانـي).

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة إدارة الضرائب في تكييف العقد

لـقـانـون التـسـجـيـل رـقـم 105-76 المـؤـرخ فـي 09 دـيـسـمـبر 1976² أـهـمـيـة كـبـيـرة فـي التـشـريـع الجـزائـري فـهـو يـعـد أـدـاة قـانـونـيـة مـهـمـة تـسـاهـم فـي تـأمـين و تـوثـيـق العـقـود و المـعـامـلـات القـانـونـيـة و المـالـيـة، كـما يـسـاهـم فـي حـفـظ الحـقـوق و التـزـامـات الأـفـراد و المـؤـسـسـات و تـنـظـيـم العـمـلـيـات المـالـيـة و الإـدـارـيـة إذ يـعـد أـسـاسا قـانـونـيا مـهـمـا فـي الحـفـاظ عـلى النـظـام و العـدـالـة فـي المـجـتـمـع، و كـذا تـحـقـيـق التـنـمـيـة الـاـقـتـصـادـيـة و الـاجـتـمـاعـيـة.

1- طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 410.

2- الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المعدل والمتمم، المتضمن قانون التسجيل، ج، ر، ع، 81، المؤرخة في 22 ديسمبر 1976.

وبلعب قانون التسجيل دورا مهما في تكييف العقد سواء بالنسبة لوضعه في سياقه القانوني أو الاقتصادي، فهو يساهم في توثيق وتحديد شروط العقد وتحديد الحقوق والالتزامات للأطراف، فبمجرد تسجيل العقد وتوثيقه بالطابع الرسمي يكون للعقد قيمة قانونية رسمية فهو كأساس قانوني له دور كبير لتحقيق فعالية العقود إذ نجد أنه:

1- تأمين العقود: أي أن القانون يحمي العقود المسجلة من أي محاولات غير مشروعة لتعديلها أو تجاوزها بطرق قانونية.

2- إثبات الحقوق: يسهل تسجيل العقد إثبات الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة في حال نشوء نزاع قانوني.

3- حماية الأطراف: يعزز تسجيل العقد الثقة بين الأطراف المتعاقدة ويحميهم من الاحتيال والمخاطر القانونية.

4- الالتزام الضريبي: يسهل تحصيل الضرائب المستحقة عند تسجيل العقود المالية والتجارية.

5- التنظيم الاقتصادي: يساهم في تنظيم السوق وتنظيم المعاملات الاقتصادية بطريقة قانونية ومنصفة.

وبشكل عام يساهم قانون التسجيل في تعزيز النظام القانوني والتجاري ويعمل على تكييف العقود بما يتماشى مع المتطلبات القانونية والاقتصادية لدولة ويعتمد مفتش الضرائب على هذا القانون في تكييف العقد لأغراض ضريبية، فعندما يتم تسجيل العقد وتوثيقه يصبح له قيمة قانونية رسمية وكذا قيمة اقتصادية ويتم تطبيق الأنظمة الضريبية المعمول بها على أساس محتوى العقد وبياناته المسجلة، ومن خلال عملية التسجيل لهذه العقود يمكن لمفتش الضرائب الاطلاع على تفاصيل المعاملات المالية والتجارية بين الأطراف، وذلك لتحديد الالتزامات الضريبية وفقا للقوانين والأنظمة الضريبية المعمول بها، وعند التحقق من صحة توثيق العقود وتسجيلها يتم ضمان التزام الأطراف بدفع الضرائب المستحقة على أساس المعاملات الواردة في العقد.

بالإضافة إلى كل هذا فإن قانون التسجيل يسهل تتبع المعاملات والتحقق من صحة البيانات

المالية المسجلة في العقود، وهو ما يسهل عملية التفتيش الضريبي ويحافظ على نزاهة وشفافية النظام الضريبي، وبشكل عام يمكن القول أن مفتش الضرائب يعتمد على قانون التسجيل لضمان التزام المتعاقدين بالقوانين الضريبية وتحصيل الضرائب المستحقة، وقد تغير مفهوم الضريبة عما كان متعارفاً عليه سابقا خاصة بعدما اعتمدت الجزائر وتبنت نظام توجيه السوق العقارية بهدف تمويل الخزينة

العمومية وذلك بفرض ضرائب على كل التصرفات التي ترد على العقار، إذ تعتبر رسوم التسجيل بشكل خاص والجبائية العقارية بشكل عام من أهم الموارد الأساسية لميزانية الدولة.

والتسجيل هو إجراء قانوني قد فرضه المشرع على جميع التصرفات الرسمية خاصة تلك المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية العقارية، وكذا يفرض هذا الإجراء على كل العقود والاتفاقات الرسمية وبموجبه تستوفي ضريبة تسمى رسم التسجيل وهو عبارة عن مبلغ مالي تم تحديده بموجب قوانين التسجيل والمالية يدفع لصالح الخزينة العامة، وتطبيقا لما جاءت به المادة 82 من قانون التسجيل¹ فإن الموثق هو من يتولى تحصيل الرسوم والحقوق المالية لصالح الدولة بمختلف أنواعها من المتعاقدين أو الأطراف الملزمين بدفعها، إضافة أيضا لكتاب الضبط والمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزايدة وكتاب الإدارات المركزية أو المحلية إذ يتم بعد ذلك صحتها مباشرة لدى الجهات المختصة - قباضات الضرائب-.

بالإضافة إلى هذا الدور الفعال لقانون التسجيل بصفة عامة وإجراء التسجيل بشكل خاص فإن لهذا الأخير أيضا أهمية قانونية كبيرة في انتقال الملكية العقارية فهو يعتبر أحد أبرز مراحل قيام هذه الأخيرة كما يعتبر إجراء ملزم لأن رسوم العقود يتم استخلاصها قبل إتمام إجراء التسجيل طبقا لما جاءت به المادة 81 من قانون التسجيل²، وكما رأينا سابقا فقد ألزام المشرع الجزائري إخضاع العقود القابلة للتسجيل لرسم جبائي وتختلف نسب تقديره باختلاف الطبيعة القانونية للعقد محل التسجيل³.

1- نصت المادة 82 من الأمر 105-76 المتضمن قانون تسجيل على أن: "مع مراعاة أحكام المادة 81 من هذا القانون، تسدد حقوق العقود المطلوب تسجيلها عن طريق:

- الموثقين بالنسبة للعقود التي يبرمونها، - كتاب الضبط بالنسبة للعقود والأحكام باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 94 وتلك التي يحررونها أو يتلقونها لكتابات الضبط، - المحضرين القضائيين بالنسبة للعقود شبه القضائية والعرائض التي يحررونها، - محافظي البيع بالمزايدة بالنسبة للمحضر وغيرها من العقود التي تخضع لإجراء التسجيل، كتاب إدارات المركزية أو المحلية بالنسبة لعقود تلك الإدارات التي تخضع لإجراء التسجيل باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 94."

2- نصت المادة 81 من الأمر 105-76 المتضمن قانون تسجيل على أن: "إن رسوم العقود وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والحصص المحددة بموجب هذا القانون، ولا يمكن لأحد أن يخفض من الدفع ولا أن يؤجله تحت ذريعة النزاع في الحصة ولا لأي سبب كان ماعدا اللجوء إلى الاسترجاع عند الاقتضاء."

3- نصت المادة 206 من الأمر 105-76 المتضمن قانون التسجيل رقم على أن: "تسجيل العقود المنصوص عليها في المواد 208 إلى 212 من هذا القانون وتدفع الرسوم حسب الحصص المحددة بموجب المواد المذكورة."

قد تم تحديد الرسوم في الباب السابع من القانون نفسه إذ يمكن أن يكون الرسم ثابت تطبيقاً لما جاء به نص المادة 206 من القانون السالف الذكر وهي رسوم تطبيق على العقود التي لا يكون ملحقها نقل ملكية أو حق انتفاع بأموال عقارية أو منقولة أو قسمتها، ولا تتعلق أيضاً بحصة في شركة وتعرف بأنها تلك الرسوم التي تكون فيها الحصة ثابتة بالنسبة لكل العقود التي لم يشار إليها برسم نسبي أو تصاعدي. إذ نجد على سبيل المثال العقود الخاضعة لرسم ثابت قدره 1.500 د.ج كل العقود التي لم تحدد تعريفها بأي مادة من هذا القانون، والتي لا يمكن أن يترتب عنها تحصل رسم نسبي وقد حددت المادة 209 و210 من القانون ذاته هذه العقود كعقود التنازل والحلول وإعادة البيع وإلغاء إيجارات الأموال من كل نوع، تحويل الملكية مجاناً المتمم من قبل الولايات أو المجالس الشعبية البلدية باسم هيئات السكن المعد للكراء، شهادة الملكية المثبتة لنقل ملكية الاسمية، العقود التي تتضمن أعضاء الشركات التعاونية للسكن المعتدل الكراء وغيرها من العقود المذكورة في المواد السالفة الذكر.

ونجد أيضاً العقود الخاضعة لرسم ثابت قدره 3000 د.ج والمتمثلة في عقود حل الشركات التي لا تتضمن أي نقل لأموال منقولة أو عقارية بين الشركات والأشخاص الآخرين، كما نجد أن القانون نص أيضاً على عقود خاضعة لرسم ثابت قدره 5 مليون د.ج تطبيقاً لما نصت عليه المادة 212 و212 مكرر، وقد يكون الرسم نسبي حسب المادة 216 من القانون ذاته فإن: "تسجيل العقود ونقل الملكيات المعددة في المواد من 217 إلى 264 من هذا القانون وتدفع الرسوم عنها حسب المعادلات المحددة بموجب المواد المذكورة." وهو يكون في حالة نقل الملكية أو حق الانتفاع وكذا التمتع بأموال عقارية أو منقولة، ويكون الرسم نسبي أي في حالة العقود المشار إليها في المادة 221.

وكذا العقود المثبتة لقسمة مال عقاري أو حصة في شركة ونقصد بالرسم النسبي أن كل التصرفات الخاضعة له يترتب عنها ارتفاع تعريفه بارتفاع القيمة وذلك تبعاً لنوع العقد فنجد على سبيل المثال أن المشرع قسم العقود التي تخضع إلى الرسم النسبي إلى أقسام، فنجد القسم الخاص بالعقود التي يتم التنازل فيها عن الأسهم والحصص في الشركات إذ تخضع لرسم قدره 2.5 بالمئة كالتنازل مثلاً عن

الأسهم العينية الذي يتم من خلال فترة عدم قابليتها للتداول، فيعتبر من الناحية الجبائية كأنه يتناول أموالا عينية مقدمة بموجب السندات المتناولة عنها.

ولقد أقر قسما آخر للإجارة جاء فيه على سبيل المثال أنه يخضع لحق التسجيل قدره 5 بالمئة كل تنازل عن حق الايجار¹، وغيرها من التصرفات التي لها علاقة بالإجارة إذ حدد هذا القسم رسومها في المواد 221 و222 من القانون نفسه، وقد تطرق أيضا في أقسام أخرى لعقود تخضع لرسم نسبي كالقسم الحادي عشر الذي حدد رسوم المبادلات العقارية- المواد 229 و230-، والقسم الثالث عشر المحدد لرسوم بيع العقار الشائع- المواد 229 و230-.

كما قد أعطى المشرع بعض العقود الناقلة للملكية من تقديم رسوم كالعقود المذكورة في المادة 239 و240، وبموجب المادة 257 من القانون السالف الذكر أعطى كل ممتلكي السكنات التي تم إنجازها في إطار بناء سكنات تستفيد من الدعم المالي للدولة من الدفع بمرأى وبين يدي الموثق المكلف بتحرير العقد المتضمن نقل الملكية بغض النظر عن الأحكام المذكورة في المادة 256، وأيضا تعفى البنوك والمؤسسات المالية من الدفع بمرأى وبين يدي الموثق المكلف بتحرير العقد المتضمن نقل الملكية إلى زبائنها الذي تم إعداده في إطار عقد تمويل بصيغة المرابحة² هذا وغيرها من الإعفاءات المذكورة في قانون التسجيل.

1- نصت المادة 221 من الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل، المرجع السابق.

2- إن النظام المصرفي في الجزائر قد انفتح على الصيرفة الإسلامية رسميا في 14 نوفمبر 2018 تحت عنوان الصيرفة التشاركية وهذا بإصدار البنك المركزي ممثلا عن السلطة النقدية في الجزائر لنظام 02-18 والذي تم إلغائه لاحقا، وهذا النظام يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية ثم بعد ذلك جاء لفظ "إسلامية" بشكل صريح في منتصف شهر مارس 2020 إذ قامت نفس الجهة بإصدار نظام 02-20 المحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية"، ثم تم صدور في آخر مارس 2020 نظام 02-20 في الجريدة الرسمية والذي كان تحت عنوان "العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من البنوك والمؤسسات المالية"، وقد جاء مفصلا في نظام المرابحة بشكل كبير إذ تعتبر من أحد أهم المعاملات الإسلامية التي يتم تأطيرها في نظام الصيرفة الإسلامية، وتعتبر المادة 04 من النظام 02-20 أساسها القانوني إلى إشارات العمليات البنكية التي لها علاقة بالصيرفة الإسلامية ومنها المرابحة، وبعدها عرفت المادة 05 من نفس النظام المرابحة وحددت طبيعة عمل هذه الصيغة إذ نصت على أن: " المرابحة هي عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزيون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش من الربح المتفق عليه مسبقا ووفقا لشرط الدفع المتفق عليه بين الطرفين". ينظر عبد

وتتم عملية تكييف العقود من طرف إدارة الضرائب من خلال تحديد حقيقة الواقعة التي يقع عليها العقد وذلك بتحليل بنوده بهدف إلحاقه بالإطار القانوني المناسب لمضمونه وكذا إعطاء الوصف الصحيح له، وفي ظل هذا الوصف يتحدد الرسم المقرر ويتضح أي مجموعة يدخل ضمنها العقد فهل هو عقد ذو رسم نسبي أو ثابت، أو هو عقد يدخل ضمن العقود التي أعفاها المشرع من تقديم الرسوم. وبهذا يمكن القول أن مديرية الضرائب تعتمد على أسس معينة وضوابط خاصة لتكييف العقد تختلف على تلك التي يعتمد عليها القاضي في جزء جوهري تتمثل في إلزامية تحديد رسم التسجيل الواجب أدائه المحدد في قانون التسجيل رقم 105-76 والذي يأتي لزاما بعد تحديد طبيعة الوقائع القانونية التي يتضمنها العقد من خلال استقصاء الطبيعة القانونية للعقد الحقيقي المقدم لتسجيل والذي انصرفت إلى إبرامه إرادة الأطراف، وهنا يمكن القول أن لمصلحة الضرائب الصلاحية والسلطة الكاملة للممارسة عملية تكييف العقد تحقيقا للمساواة بين الخاضعين في تحمل أعباء الرسوم الضريبية وكذا صيانة الحقوق للأفراد والخزينة.

الفرع الثاني

سلطة مديرية الضرائب في تكييف العقد

تعتبر ضرورة التصدي لحالات الغش الضريبي أحد الأسباب المباشرة لتشريع ضرورة تسجيل المعاملات التعاقدية بين الأفراد وهذا لمحاولة الحد من التهرب الضريبي التي يتم من خلال إعطاء أوصاف مخالفة للطبيعة الحقيقية للعقود، لذلك يمكن تحديد بض الحالات التي تتدخل فيها إدارة الضرائب لإعادة تكييف العقد وهذا لإلزام المتعاقدين بأداء واجباتهم الضريبية الصحيحة وتتمثل هذه الحالات في: **أولا: حالات تدخل إدارة الضرائب بإعادة التكييف:** إن عملية تحرير العقد من قبل الموثق ليست كافية للأطراف لتحسين عقودهم بشكل نهائي وإنما يجب إلحاقها بمجموعة من الإجراءات لها طبيعة الإلزام لكي يكون له أثر في مواجهة الغير، فضلا عن أنها تحقق مصلحتين عامة للمجتمع والدولة وكذا للأفراد المتعاقدة على حد سواء، ومن ضمن هذه العمليات نجد إجراء التسجيل والطابع والتي يكون الهدف منها تمكين إدارة الضرائب من بسط رقابتها على كل العمليات التي تتم في الملكية الخاصة وكذا

الرحيم قاري، الإطار القانوني لعقد المراهبة، مجلة المعارف، مج 17، ع 01، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، جوان 2022، ص 141، والنظام رقم 02-202 المؤرخ في 20 رجب 1441 الموافق لمارس 2020 المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصرافة الإسلامية.

تقييمها من خلال أن تحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عليها إعادة تقويمها من خلال وقبل ذلك إعطاء التكييف الصحيح لهذه التصرفات في حالة ما إذا كان هناك حالة الخطأ في تكييف العقد أو حالة انعدام تكييف أو حالة المنازعة في تكييف.

1- حالة الخطأ في التكييف العقد: يظهر التكييف الصحيح للعقد في حالة تطابق تسميته مع

مضمونه كأن يسمى الطرفان العقد بأنه عقد هبة وتتجه نية وإرادة الواهب إلى القيام بهذا التصرف التبرعي، إلا أنه يمكن أن يعطي الطرفان وصف غير صحيح للعقد من خلال وصفه بعقد غير مسمى في حين هو له اسم معين أو أن يتم الحاقه بعقد مسمى فإذا هو عقد آخر مسمى¹.

وبذلك تتأثر الأرباح الضريبية العقارية أو بما يعرف بواجبات التسجيل فيلزم المفتش باستخلاص العقود وطبيعتها وكذا البحث في الالتزامات الملقاة على الطرفين وأثار هذا العقد وقيمة الأموال المنصبة عليها، وفي حالة كان هذا الأمر غامضاً يتعين على المسؤول البحث في نية الأطراف المشتركة من تكييفه تكييفاً صحيحاً وهذا ما يعطي لمديرية الضرائب الحق في تكييف العقد وإحاقه بمجموعته الضريبية هل هو عقد ذو رسم ثابت أو ذو رسم نسبي المشار إليها سابقاً وغيرها من المجموعات المقررة في الباب السابع من قانون التسجيل رقم 76-105².

2- انعدام التكييف: تعتبر هذه الحالة نادرة الحدوث في أرض الواقع وتبنى على عدم تكييف الطرفين

للعقد المبرم بينهما وإعطائه التسمية الصحيحة فهل هو عقد بيع أو هبة أو مبادلة وغيرها من العقود سواء كان هذا بسبب الجهل في إلزامية ذلك أو إهمالهم لهذه الجزئية المهمة، وبذلك يمكن للشخص المسؤول بإحاق البنود بوصف قانوني كتلك العقود المدرجة في القانون المدني أو في أي من القوانين الخاصة السالفة الذكر في عنصر المصادر المعتمد عليها في عملية التكييف، ويمكن أن تكون هذه البنود غر واضحة أو يشوبها شيء من النقص فله أن يبحث في نية الأطراف لكن في حدود القصد اللفظي لهذه التعابير .

3- المنازعة في التكييف: يمكن أن يحدث في حالات معينة أن يتم تحريف طبيعة الاتفاقات الواقعي

التي تم إبرامها بين المتعاقدين الخاضعين للضريبة وهذا للتهرب من أداء الالتزامات المستحقة، وفي هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بأن تبحث على الطبيعة الحقيقة للاتفاق كالتصريح الأطراف بعقد هبة وهو في

1- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، البوكلي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1997، ص 79

2- الامر 76-105 يتضمن قانون التسجيل، المرجع السابق.

الأصل عقد بيع وغيرها من الأمثلة، غير أنه هناك إمكانية حدوث منازعة على هذا التكييف إذا تشبثت الإدارة الضريبية بتكييفها وكذا تشبث الأطراف بتكييفهم.

ثانياً: إشكالية تكييف الإدارة الضريبية لعقود سبق للقضاء تكييفها: تعتبر المادة 29 من ق إ م الأساس القانوني لسلطة القاضي في تكييف العقد وهو لا يلتزم بتكييف الأطراف، وإنما يخضع في فصله للنزاع للقانون الواجب التطبيق على ملف الدعوى وبالتالي الوصول إلى حقيقة النزاع لذلك يعتبر هو الجهة المؤهلة قانوناً لتكييف العقد، فقد اتفق الفقه والقضاء والتشريع على ذلك فعملية تكييف العقد تعتبر من صميم عمل القاضي كما رأينا سابقاً ذلك فالقاضي له كل الصلاحيات لتكييف أو إعادة تكييف العقد بالوصف الذي يناسب الآثار المرجوة منه، وأيضا يناسب الظروف التي تم فيها إبرام العقد وفي حالة امتناعه عن قيامه بهذه المهمة المأسسة قانوناً يعتبر منكراً للعدالة.

ويعتبر عدم التزام القاضي بتكييف الطرفان للعقد القاعدة العامة أو القاعدة الأصلية لإمكانية

إطلاقهم لوصف غير صحيح سواء عن قصد أو عن جهل، واتفق الفقه عليها لكن الإشكال ثار حول إمكانية قيام مديرية الضرائب بتكييف عقود قد سبق وأن أسبغها القضاء بصبغة معينة إذ يذهب جانب من الفقه للقول أنه لا مانع من إمكانية وجود تطبيقات واقعية، لذلك تطبيقاً لما يعرف بمبدأ نسبية الأحكام فهي أحكام تلزم الخصوم أما من ليس بطرف في الدعوى فهو غير ملزم بها ولا تسري في حق الغير هذه الحجية¹.

إذ يعتبر الأصل العام في حجية الأحكام النسبية فالحكم لا يضار به ولا فيد منه إلا من كان طرفاً في الدعوى التي صدر فيها، والحجية لا تجوز إلا بين خصومها وبالتالي فإن الغير لا يحتج به عليه ولا تتأثر حقوقه وذلك لعدة اعتبارات لعل أبرزها أن الغير لم تسمح له الفرصة لمناقشة الأدلة التي قدمت للقضاء واعتمد عليها للنطق به، خاصة وأن للغير منازعة صحة الوقائع المثبتة وله أيضاً تقديم أدلة أخرى قد تثبت عدم صحتها².

غير أن هناك جانب من الفقه اعتبر أن التسليم بهذا القول يعتبر تقليلاً من شأن قيمة الأحكام القضائية بالإضافة إلى أن مديرية الضرائب تمارس هذا الحق تحت رقابة القضاء³، وهو الرأي السائد

1- شريف مريم، آثار الحكم القضائي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -، الجزائر، مج 07، ع

02، نوفمبر 2021، ص 385.

2- المرجع نفسه، ص 387.

3- أحمد أمين شكراد، تكييف الإدارة الضريبية للعقود، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، الرباط، ع 2020.

فقد أقر الفقه أن المنطق لا يقبل تكييف إدارة الضرائب لعقود تم تكييفها من قبل القضاء لأن القاضي ملزم بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، وبالتالي إرساء التكييف الصحيح للوقائع والعقود التي يقوم عليها النزاع مستقلاً في ذلك عن تكييف طرفا العقد أو اقتراحهم لتغيير قاعدة قانونية غيرها لأنه يلتزم بتطبيق القانون ولا يأخذ بتكييف الخصوم، وللقضاء السلطة الكاملة في تبيان الإطار القانوني الذي تدخل ضمنه الواقعة أو الذي يلحق به العقد .

وكما تم التطرق سابقاً فإن عملية تكييف العقد عملية ذهنية يصعب على غير المختص القيام بها وهي عملية تمر بثلاثة مراحل أولها هو معرفة مضمون العقد من خلال تحديد الالتزامات التي يتحملها طرفاه وكذا الآثار المرجوة من إبرامه ويتم ذلك عن طريق تفسير وفهم العقد، أما ثانيهما فيتمثل في إلحاق الواقعة بقالب قانوني معين معد له سلفاً وهذا هو التكييف، أما المرحلة الأخيرة فهي مرحلة تطبيق الآثار القانونية الناتجة عن هذا التكييف وهي عملية تخضع لرقابة المحكمة العليا والتي تعتبر محكمة قانون، وبالتالي يصعب أو مستبعد أن يقع القاضي في خطأ في التكييف أو يطبق القانون بشكل غير صحيح، وبهذا فإن مديرية الضرائب لا يمكن لها ولا بأي شكل من الأشكال أن تقوم بإعادة تكييف العقد قد تم تكييفه من جهة قضائية ولذلك يستحيل حدوث مثل هذه النزاعات.

خلاصة الباب الأول:

يرتبط التكييف بكل فروع القانون وهي من المتغيرات اللازمة لتطبيقه تطبيقاً صحيحاً، وهو عملية ذهنية يقوم بها المختص في حالة وجوده أمام حالة قانونية غير واضحة المعالم ولم يتبين القانون الواجب التطبيق عليها ولها أهمية بالغة في كل فروع القانون وخاصة في القوانين المنظمة للعلاقات الخاصة، إذ تعتبر من أبرز المراحل التي يلتزم القاضي بالقيام بها لحل النزاع المعروض أمامه وكذا معرفة النظام القانوني المؤطر للعقد محل النزاع معتمداً في ذلك على مصادر تشريعية تتضمن مجمل العقود الواضحة المعالم كمصادر الأصلية المتمثلة في التقنينات الداخلية وكذا المصادر التفسيرية كالفقه والقضاء، بالإضافة إلى أن القاضي يحتاج إلى عمليات قانونية موجودة مسبقاً تتمثل في تقسيمات العقود ليعلم أي قسم هو الأقرب إلى مضمون العقد المتنازع فيه وبالتالي يمكن إلحاقه به وتطبيق أحكامه عليه .

وعملية تكييف العقد هي عملية قانونية بحتة يصعب على غير المختص في القانون القيام بها، لذا يعتبر القاضي صاحب الاختصاص الأصيل للقيام بها فهو غير ملزم بتكييف المتعاقدين بل مكلف بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً فله كل الصلاحية في تكييف العقد أو إعادة تكييفه إذا كان مشوباً بأخطاء أو له تكييف صوري يخالف مضمونه بهدف التهرب من تطبيق القانون أو غير ذلك من الأسباب التي قد تدفع

بالأطراف بإعطاء تكييف خاطئ أو صوري لتصرفهم، وتتم هذه الآلية تحت رقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون.

ولكن يمكن القول أن هناك جهات فرض عليها الواقع العملي والممارسات الواقعية تفعيل هذه الآلية كالموثق والذي يعتبر الوجهة الأولى التي يتجه لها الأفراد لتفريغ تصرفاتهم في عقود تضمن حقوقهم، لذا ولأهمية هذا العقد وقوته القانونية ألزم المشرع الموثق بتقديم واجب النصح للمتعاملين وإعلامهم بالإطار القانوني الذي يحكم تصرفهم والأقرب إلى مضمون عقدهم وهنا نرى بأن عملية تكييف العقد تتجلى في أوضح صورة لها.

وبالإضافة إلى الموثق فإن مديرية الضرائب تمارس هذه الآلية بشكل يومي من خلال إلحاق العقد بمجموعته القانونية التي تحدد الرسوم الضريبية المطبقة عليها، ويتم ذلك في حالات معينة كإعادة تكييف لعقد صوري كان يهدف أطرافه إلى التهرب من الضرائب فتمت إعطائه وصف آخر، وبهذا يمكن القول أن القاضي ورغم استئنائه بهذه العملية إلا أن الواقع العملي جعل جهات أخرى تمارسها وذلك بهدف تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً

الباب الثاني:

أسس ومعايير

التكليف

العقد هو اتفاق بموجبه يلتزم شخص أو عدة أشخاص على القيام بعمل أو الامتناع عن فعل شيء ما، وكنتيجة للتطورات الحاصلة أدت إلى ظهور أنواع عديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل، الأمر الذي جعل هناك تزايد كبير في البحث عن الطبيعة القانونية للعقود المبرمة أو بالأحرى محاولة إيجاد النظام القانوني الذي يمكننا من إدراجها ضمنه، الأمر الذي لم يكن سهلا في كثير من الأحيان نظرا لتداخل العلاقات القانونية من جهة، ومن جهة أخرى أن معظم هذه العقود يغلب عليها الطابع الذهني والفردى، نتيجة لتدخل الأطراف وإحداث الكثير من التعديلات والتغييرات.

فعملية تكييف العقود يستلزم توافر عدة عناصر، حيث أن هذه الأخيرة تكون إما ذات طابع ذاتي أو طابع موضوعي، فحتى نستطيع تكييف العقد لابد من أن يتم اجتماع هذه العناصر فعلى سبيل المثال، فإن عقد البيع وحتى يكون موجود فإنه ينصب على ثلاث عناصر أساسية لا يتصور وجوده بدونها، وهي أن ينصب هذا البيع على نقل شيء معين وأن يكون هذا النقل مقابل ثمن معين لتنتقل بعدها الملكية في نهاية المطاف، فباجتماع هذه العناصر الثلاثة حدد العقد على أنه عقد بيع، وتمثل لنا هذه العناصر الأخيرة (نقل الملكية، وأداء الثمن، والشئ المباع) العناصر الموضوعية التي يعتمد عليها في تكييف التصرف الوارد أمامنا على أنه عقد بيع.

ومثال آخر ألا وهو الرهن الرسمي فبالإضافة إلى الشروط الموضوعية العامة الواجب توافرها في جميع العقود فإن المشرع الجزائري اشترط وجوب الكتابة الرسمية في العقد، فبغياى الشكل الرسمي للعقد تنتفي صفة الرهن الرسمي ويقع العقد باطلا، وهناك عقود أخرى تحتل فيها العناصر المعنوية حيزا مهما في تكييف العقد من بينها عقد الهبة حيث تعتبر نية التبرع عنصرا أساسيا لتكييف العقد على أنه عقد هبة.

فتعتبر جميع هذه العناصر دعامات أساسية لتكييف العقد، فبالتالى لابد من اتحادها فيما بينها برابط معين يوجد فيما بينها ليشكل منها بنية منسجمة أو غير منسجمة، فكما سبق ذكره حتى نكون أمام عقد بيع يتطلب الأمر وجوب توافر العناصر الثلاث حيث تترابط هذه الأخيرة بعلاقة معينة (عقد البيع). وتبرز أهمية هذه العناصر خاصة إذا كنا أمام عقد من النوع الغير بسيط، فتكييف هذه العناصر المجتمعة فيما بينها بعلاقة معينة يؤدي إلى إدخال العقد المراد تكييف في إحدى القوالب القانونية المحددة سلفا من قبل المشرع.

إلى جانب العناصر المكونة لأسس التكييف، فإن بنية العقد تعتبر هي الأخرى أساساً رئيسياً في التكييف، فهذا الأخير لا يتكون من عناصر غير متجانسة فقط بل إن هذه العناصر تجتمع فيما بينها وترتبط برابطة تسمح بالنظر إلى العقد على أنه كيان قائم بذاته، غير أن هذه الرابطة تختلف من عقد إلى آخر وبالتالي نكون بحاجة إلى الأخذ بمعيار آخر، فالقوالب القانونية المعدة سلفاً من قبل المشرع تصبح غير كافية لتسمية العقود وبالتالي عدم كفاية التكييفات مع تنوع الحالات التي يجب تكييفها.

وإذا كانت التشريعات قد سعت في الكثير إلى محاولة تنظيم بعض العقود المسماة، فإن هناك عقود غير مسماة يثور إشكال تكييفها، فنجد في هذه الحالة عقود يقابلها تكييف قانوني ملائم ومجموعة من العقود قابلة لعدة تكييفات ذلك لأنها تشكل وحدة معقدة ومركبة، وعليه فإن الارتكاز على بنية العقد كأساس للتكييف يؤدي بنا في نهاية المطاف إلى الأخذ بإحدى التكييفات الموحدة أو التوزيعي وغيرها بما يتناسب مع بنية العقد مسمى أو غير مسمى.

وفي النهاية سنحاول في هذا الباب إلى التطرق بالتفصيل إلى دور عناصر العقد وكيف سيكون لها أثر على عملية التكييف (الفصل الأول)، بالإضافة إلى تركيبة وبنية العقد ودورها في تكييف العقود (الفصل الثاني).

الفصل الأول

عناصر العقد في تكييف العقود

إن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، فالقوة الملزمة للعقد تلعب دورا محوريا فهي تقيّد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوا به وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، والبنود أو العناصر المتواجدة في العقد لا تلزم الأطراف فقط بل كذلك القضاة وذلك من خلال ضرورة الفصل بين مختلف النزاعات المعروضة أمامهم خصوصا تلك المتعلقة بالكم والكيف الهائل من العقود.

ويظهر هذا التنوع من خلال تنوع الالتزامات التي يتضمنها العقد والتي تقع على عاتق الأطراف المتعاقدة، وهذه الأخيرة بدورها يختلف مركزها باختلاف مجالات التعامل ومن حالة إلى أخرى، فالعقود قد تكون بسيطة أو مركبة، كما قد تتجاوز في هذا الأخير عدة عمليات في عملية واحدة أو تمنح عدة أحكام فيعقد واحد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لمصالح المتعاقدين، مما يصعب عملية تكييف العقد نظرا لتنوع العناصر الداخلة في تكوينه.

وعليه فإن عملية التكييف الصحيحة والفعالة تتطلب منا وجوبا الاستناد على مجموعة من العناصر المرتبطة بالعقد بصفة وثيقة والتي أصبحت تشكل جزءا كبيرا منه، وبالتالي تسمح لنا من تحديد نوع العقد وصنفه من خلال تبيان الالتزامات المترتبة على العقد سواء كانت هذه التزامات أصلية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالعقد وهي تعتبر أساس قيام الأطراف بالتعاقد، أو تبعية ناتجة عن العقد الأصلي لا تهم الأطراف كثيرا في التعاقد.

كما تحتل صفة الأطراف المتعاقدة والشكل الذي يتخذه العقد نصيب في عملية التكييف، اعتبار أن الأشخاص المتعاقدة ليس لها نفس الصفة، خصوصا مع التقسيم المفروض لمختلف فروع النشاط وتزايد موجة التخصص في مختلف المجالات التي تفرضها الحياة العصرية، حيث يتم التركيز على هذين العنصرين، وهذا ما يطلق عليه بالعناصر الموضوعية.

وإلى جانب العناصر الموضوعية فإن بعض العقود في سبيل تكييفها لا يكفي فيها توفر العناصر السابقة الذكر، إذ يفترض توافر عناصر ذاتية مرتبطة أساسا بمبدأ سلطان الإرادة، فعلى سبيل المثال في عقد الهبة فإن جانب العناصر الموضوعية يشترط إلزاما توافر نية التبرع التي تعتبر عنصر ذاتي.

ويمكن أن نقول كخلاصة لتكييف العقد أن ما يحدد طبيعة العقد هو مضمونه وهذا المضمون يجب أن تتجه إليه إرادة الطرفين، وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل مبحثين نعرض في العناصر الموضوعية في تكييف العقود (المبحث الأول)، قبل أن نتطرق إلى العناصر الذاتية في تكييف العقود في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

العناصر الموضوعية لتكييف العقود

تستمد العناصر الموضوعية طبيعتها من الطابع الموضوعي الذي تتناوله، إذ تحتل هذه العناصر مكانة هامة في تكييف العقود نظرا لدور الإرادة المحدود فيها مقارنة مع العناصر الذاتية التي يلعب فيه مبدأ سلطان الإرادة دورا محوريا فيه، إذ تعتبر العناصر الموضوعية ضمانا لإرادة الأطراف في مواجهة سلطات القاضي.

وتنقسم العناصر الموضوعية إلى عناصر مادية وعناصر شكلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن تقسيمها بحسب الأهمية التي تمثلها في عملية التكييف إلى عناصر ذات أهمية دائمة وحيوية في تكييف العقد، ونقصد بها الالتزامات التي يرتبها كل عقد والتي تعتبر في الوقت نفسه ضوابط في تكييف العقد وعناصر ذات أهمية ثانوية في تكييفه، وهي أيضا صفة المتعاقدين التي قد تلعب دورا كبيرا في تكييف بعض العقود، ومن الأمثلة على ذلك في بعض العقود التجارية التي تكتسب هذه الصفة لإبرامها من طرف تاجر، وأيضا شكل العقود في بعض العقود الشكلية.

وعليه سنتناول بالدراسة في هذا الصدد كل من الالتزامات الأصلية والتبعية ودورها في تكييف العقد كعناصر موضوعية دائمة موجودة في كل العقود وتساهم بشكل كبير في تكييفها سواء كانت هذه العقود بسيطة أو مركبة، مسمأة أو غير مسمأة في (المطلب الأول)، أما (المطلب الثاني) إضافة إلى هذه العناصر الدائمة التي تعتبر الركيزة الأساسية للعقود فإن هناك عناصر عرضية تساهم في تكييف العقد إذ أن بعض العقود لا يمكن تكييفها إلى عن طريق الاعتماد على هذه العناصر.

المطلب الأول

دور العناصر الدائمة في تكييف العقود

إن الالتزامات التي يرتبها العقد والتي اتجهت إليها إرادة الطرفين تعتبر العنصر الأساسي الذي يؤخذ بعين الاعتبار في تكييف مختلف العقود، على خلاف شكل العقد وصفة أحد طرفيه التي تعتبر معيارا استثنائيا وعرضي في تكييف العقد، فالعنصر الأساسي والمهم في تكييف مختلف العقود هي طبيعة الالتزامات المترتبة على العقد سواء كانت هذه الالتزامات أصلية أو تبعية والتي تعتبر عنصرا دائما في تكييفه.

لذلك سوف يتم البحث في الالتزامات الضرورية لعملية التكييف من خلال كل الالتزامات التي يتضمنها العقد، وبالتالي فإن العناصر التي يعتمد عليها القاضي في عملية تكييف العقد المعروض عليه يمكن تقسيمها إلى نوعين، الالتزامات الأصلية كعنصر أساسي لتكييف العقد (الفرع الأول)، أو الالتزامات التبعية كعنصر ثانوي للتكييف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الالتزامات الأصلية

يقوم العقد في أساسه على مجموعة من الالتزامات التي يمكن أن يستند عليها في عملية التكييف بصفة عامة، والالتزامات الأصلية بصفة خاصة إذ تعتبر الركيزة الأساسية للعقود حيث لا يكفي التأكيد على وجود التزامات أصلية في العقد بل يجب أن تكون محددة بدقة.

وعليه سنحاول في هذا الصدد تبيان العناصر الأساسية في الالتزام (أولا)، وبعد ذلك نتطرق إلى تأثير تخلف الالتزامات العقدية على مسار التكييف (ثانيا).

أولا: تحديد العناصر الأساسية في الالتزام

إن الالتزامات العقدية من العناصر الأساسية حيث تعتبر من الالتزامات المميزة لكل عقد ويتولى كل من القانون والقضاء تحديد هذه الالتزامات، وعلى هذا الأساس يتم تحديد ما هو التزام أصلي وما هو

من دون ذلك، ولا يكفي التأكيد على أن كل عقد مهما كان صنفه يحوي على التزامات أصلية، بل ينبغي أن تكون هذه الالتزامات محددة بدقة، وإلا كان التكييف مستحيلاً¹.

وعلى هذا الأساس فإن الالتزامات الأصلية في العقود يتم تحديدها من قبل المشرع، وقد يصعب في بعض الحالات تحديدها من طرفه نظراً للتطورات الحاصلة في مختلف العقود فيتدخل القضاء لمحاولة تحديد هذه الالتزامات، ولذلك قبل تحديد الالتزام الأساسي يقتضي في المقام الأول التطرق لتعريفه على الرغم من أن كل من الفقه والاجتهاد القضائي لم يقدم تعريفاً دقيقاً له.

1/ المقصود بالالتزام الأصلي

يعتبر مصطلح الالتزام الأصلي أو ما يطلق عليه في بعض الأحيان بالالتزام الجوهرية من بين أقل المصطلحات ضبطاً في الحقل القانوني، فكل من الفقه والقضاء لم يتوصلا إلى تعريف جامع ومانع لهذه الالتزامات رغم توسعها يوماً بعد يوم.

وقد اعتبر الفقيه "Pothier" من الأوائل الذين تطرقوا إلى محاولة تعريف الالتزام الجوهرية، حيث يرى أنه ذلك الالتزام الذي لا يتصور وجود العقد بدونه فهو يعبر عن طبيعته ويؤدي غيابه إلى بطلان العقد، ويمكن في بعض الأحيان أن يدخل في نطاق عقد آخر².

بينما تطرق كل من الأستاذ "Picard" والأستاذ "Prudhomme" إلى تعريف الالتزام الجوهرية إلى أنه: ذلك الالتزام الذي يكون وجوده ضرورياً لإنشاء العقد³، بينما الأستاذة "Nélia Cardoso-Roulot" ترى بأن الالتزام لكي يكون جوهرية لا بد له من أن يتضمن (03) أوصاف ضرورية، بأن يكون موضوعياً، مجرداً، ومتعددًا حيث أكدت على ضرورة الالتزام لوجود العقد وتعريفه حيث لا يتصور قيام العقد أو تكييفه أو تصنيفه بدونه⁴.

1- بليشير هجيرة، المرجع السابق، ص 69.

2-Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit.vol.55.n°4, 2014, p.927.

3- Ibid, p 928.

4-N. Cardoso-Roulot, les obligations essentielles en droit privé des contrats, thèse de doctorat publiée, L'Harmattan, paris, 2008, pp.34-36.

وأخيرا فإن الأستاذ "Fréchette" يرى بأن الالتزامات الأصلية هي ذلك الالتزام الذي يضي معنى للعقد حيث بدونه لا يكون للرابطة العقدية أي معنى بالنسبة للمتعاقدين¹.

2/ كيفية تحديد العناصر الأساسية

تحدد العناصر الأساسية للالتزام الأصلي إما عن طريق التشريع (أ)، أو عن طريق القضاء (ب).

أ/ التحديد التشريعي للالتزامات الأصلية

إن المشرع عند تنظيمه للعقود المسماة يقع على عاتقه أيضا تحديد الالتزامات الجوهرية التي تكون عموده الفقري والتي لولا وجودها ما كان سينعقد العقد، فتنشأ هذه الالتزامات التي تميز هذه العقود كل حسب نوعها، فسواء كان العقد ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين وإن كان العقد الملزم لجانبين ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة، فيكون هناك تقابل وارتباط بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر.

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، فيكون أحد طرفيه دائنا وليس مدينا ويكون الطرف الآخر مدينا وليس دائنا مثل الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب بشيء، وكذلك كما في الوديعة بغير أجر يلتزم فيها المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع ولا يلتزم المودع بشيء².

والأمر نفسه ينطبق على عقد البيع حيث تطرق المشرع وهو بصدد تعريفه لعقد البيع لأهم الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق كل من البائع والمشتري حيث عرفه على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فبالتالي نجد فيه التزامين متقابلين يمثلان أساس عقد البيع وهو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه للمشتري، كما يتعين على هذا الأخير الالتزام بدفع الثمن.

1- P. Fréchette, La qualification des contrats : aspects pratiques, Les cahier de droit, vol51, p 375-377 .

2- عبد المنعم فح الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 69.

أما المشرع الفرنسي فعرف عقد البيع في المادة 1582 من التقنين المدني الفرنسي بأنه: "اتفاق بين شخصين بموجبه يلتزم أحدهما بتسليم شيء والآخر بدفع ثمنه"¹.

وللوصول للتكييف الدقيق للعقد وجب التأكد من مدى توافر الالتزامات الأصلية والتي لها الدور الرئيسي في تحديد طبيعة العقد ومنه عملية تكييف العقد، ففي عقد البيع مثلا يكفي التأكد من وجود التزام بدفع الثمن نقدا، والتزام بنقل ملكية الشيء المبيع حتى يكيف العقد بأنه عقد بيع، وهكذا فهو عقد ملزم للجانبين البائع والمشتري معا.

والعكس تماما حيث أنه في حالة عدم دفع المشتري للثمن النقدي الذي يعتبر التزام أصلي يقع على عاتق المشتري يترتب عليه استبعاد وصف البيع على المعاملة الحاصلة بين الطرفين وقد يكون وصف العقد في هذه الحالة عبارة عن عقد هبة، أما إذا التزم المشتري بأداء شيء ما فنكون أمام عقد مقايضة حسب المادة 413 من ق م ج، أما إذا التزم بأداء خدمة معينة فنكون أمام عقد غير مسمى².

وبالنسبة للإيجار التمويلي، فقد نصت المادة 01 من الأمر 96-09³ بأنه: "يعد الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية، أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة، مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، أشخاصا طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.

تكون هاته العملية التجارية والمالية قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن حق الخيار، بالشراء لصالح المستأجر وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة، ذات الإستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية".

ومن خلال استقراء النص السابق ذكره نلاحظ ما يلي:

1- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع: دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 13.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 71.

3- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 والمتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر، ع 03، المؤرخة في 14 جانفي 1996.

- اعتمد المشرع الجزائري على الصفة الإيجارية لهذا العقد فبالتالي قد جار المشرع الفرنسي، فإذا كانت أي عملية أخرى غير الإيجار فلا نكون أمام عقد اعتماد إيجاري، والجدير بالذكر أن الإيجار هنا يختلف عن الإيجار المعروف في القواعد العامة.

- حصر المشرع الجهات المخولة لها القيام بعمليات الاعتماد الإيجاري في البنوك و المؤسسات المالية، إضافة إلى شركات التأجير المرخص لها بممارسة هذه المهام ولا يمكن أن يكون المؤجر شخصا طبيعى وهذا هو موقف المشرع الجزائري والفرنسي، عكس المشرع المصري الذي أجاز للأشخاص الطبيعية أن تقوم بالتأجير التمويلي، كما اشترط أن يكون المستأجر متعامل اقتصادي أي صاحب مشروع، لكي يكون التمويل علي عملية إنتاجية وليست استهلاكية¹.

- إن العلاقة بين المؤجر والمستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري هي علاقة تأجير بغض النظر سواء كانت مقرونة بخيار الشراء للمستأجر أو غير مقرونة، الأمر الذي يدل على أن المشرع حاول قدر الإمكان الاستفادة من النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني².

- أضفى المشرع الجزائري على عملية الإيجار التمويلي الصفة التجارية، فهي تعتبر عمليات تجارية تهدف إلى تحقيق الربح وكذلك هي عملية مالية لأنها تعطي للمستفيد إمكانية الحصول على تمويل من البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات التأجير المالي من أجل اقتناء الآلات والمعدات اللازمة لمشروعه³. وعليه فعقد الاعتماد الإيجاري هو عقد مركب ينتج عدة التزامات أساسية على الطرفين، وهذه الالتزامات يجب أن تجتمع كلها حتى نكون أمام عقد اعتماد إيجاري بحيث إن تخلف أحدهما قد يؤدي بالضرورة إلى انتفاء هذا التكييف وبالتالي عدم تطبيق الأحكام المتعلقة به.

وقد أصدرت في هذا الصدد محكمة النقض الفرنسية في غرفتها التجارية في قرارها الصادر أن الكراء من الباطن المبرم من طرف مشتري بالإيجار للغير لا يمكن تكييفه على أنه عقد ائتمان إيجاري، لأن

1- بن زيوش مبروك، الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الإيجاري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري- قسنطينة، 2008/2007، ص18.

2- ليلي بعناش، عقد الإعتماد الإيجاري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري- قسنطينة، الجزائر، ع 33، 2010، ص 217.

3- عمر عمور، العقود المركبة بين النظرية والتطبيق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة علوم في الحقوق، نخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 24 أكتوبر 2019، ص 209.

المؤجر لا يعتبر مالكا للمال الذي قام بتأجيره حتى ولو كان المستأجر من الباطن ملزما بالوفاء بالتزامات المشتري بالإيجار، لأن أحد الالتزامات الأساسية التي يرتبها عقد الاعتماد الإيجاري غائبة وهي ملكية المال من طرف المالك¹.

ويجب الأخذ بعين الاعتبار أنه إذا تغير أحد الالتزامين سواء الواقع على البائع أو المشتري فإن الوصف المتعلق بالعقد يتغير، ويدور الوصف بين المقايضة والهبة والمقاوله والإيجار وغيرها من العقود، ونفس الشيء بالنسبة للإيجار فلا يكون هنا كعقد إيجار إذا كان بدل الإيجار غير جدي.

فالأجرة التافهة تستوفي الحكم مع انعدام الأجرة حيث يعمل القضاء الفرنسي في هذا الصدد على تطبيق انعدام السبب كركن في العقد للحكم ببطلانه، فإذا انعدمت الأجرة نكون أمام عقد عارية، فالإيجار والعارية يشتركان في قصد التمكين من الانتفاع، ويختلفان من حيث أنه في الإيجار المستأجر يدفع مقابل يسمى ببديل الإيجار من يوم التوقيع وليس من يوم الانتفاع، أما المستعير لا يدفع مقابل الانتفاع هو إذا كانت الأجرة صورية فإننا نكون أمام عارية مستورة في صورة إيجار².

كما يعتبر الالتزام بضمان سلامة المسافرين من الالتزامات القانونية التي حددها المشرع الجزائري في المادة 62 و63 من القانون التجاري حيث يقع على عاتق الناقل ضمان سلامة الأشخاص المسافرين في عقد نقل الأشخاص يتحمل الناقل المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة الراكب³.

ب/ التحديد القضائي للالتزامات الرئيسية

في بعض الحالات قد يغفل المشرع عن تحديد الالتزامات الرئيسية لعقود ما، مما يجعل الأمر متروكا للقضاء، الذي يتدخل بدوره هذا الأخير في تحديد الالتزامات الناجمة عن عقد من العقود، ففي إطار بيع محل تجاري اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ بتاريخ 1986/10/25 أن تسليم الشيء المبيع لا يعتبر شرطا من شروط تمام العقد بل هو التزام ينشأ عنه استنادا إلى المادة 361 من ق م ج، التي تلزم

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 68-69.

2- بليشير هجيرة، المرجع السابق، ص 71.

3- هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1983/03/30 حيث اعتبرت الشركة الوطنية للسكك الحديدية مسؤولة عن سلامة المسافرين إلى حين خروجهم من محطة القطار وهذا الالتزام قانوني وارد في المواد 62-63 المجلة القضائية، 1989، ع 01، ملف رقم 27429 قضية (ش ز) ضد مدير الشركة الوطنية للسكك الحديدية، ص 42.

البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المباع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا¹.

وأن ما قام به البائع من إجراءات التقاضي لإخلاء المحل المبيع من محتليه تمهيدا لتسليمه خاليا من أي حق مرتب عليه، يدخل في إطار القيام بما هو لازم و ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري. لما اعتبر قضاة مجلس قضاء سكيكدة أن عقد البيع العرفي غير تام لعدم تسليم المبيع وقضوا بفسخ العقد وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الاتفاق، فإن بقرارهم هذا الصادر بتاريخ 1984/05/20 يكونوا قد خرقوا القانون ما يستوجب نقضه، خاصة وأن التأخر في التسليم يرجع إلى البائع الذي تقاعس في تنفيذ التزامه، لذلك نقض قرار مجلس قضاء سكيكدة الصادر بتاريخ 1984/05/20 وإعادة الأطراف والقضية إلى ما كانت عليه قبل صدوره، وإحالة القضية إلى مجلس قضاء قسنطينة للفصل فيها من جديد طبقا للقانون².

ثانيا: تأثير تخلف الالتزامات العقدية على مسار التكييف

تعتبر الإرادة المحرك الأساسي لجميع العقود على اعتبار أنها الآلية الهامة لترتيب الالتزامات الناتجة عن العقود وعليه معرفة تكييف العقد المبرم بشكل كبير، لكن في بعض الحالات قد تتخلف الالتزامات الأصلية، نتيجة عدم التطرق للمسائل الجوهرية أو التفصيلية للعقد فيتغير التكييف إما بتصحيحه أو بطلانه، أو قد يتم إبطال العقد إبطالا جزئيا أو يتم الإنقاص من التزاماته.

1/ تغيير التكييف والبطلان

إن بطلان العقد بطلانا مطلقا يتعلق بأركانه كتخلف ركن التراضي أو المحل أو السبب والشكلية في العقود التي يتطلب إبرامها وفق شكل معين، الأمر الذي نص عليه المشرع في المواد 92 إلى 98، بالإضافة إلى المادة 418 من ق م ج غير أنه في بعض الأحيان قد يكون البطلان نتيجة لتخلف الالتزامات العقدية بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص الالتزامات الأصلية خاصة إذا ما كان هذا الالتزام يستغرق كل العقد فبالتالي يؤدي تخلفه إلى بطلانه.

1- المجلة القضائية، ع 02، 1989، ملف رقم 42369 قضية فريق (ش ر) ضد (ق ع)، ص 132.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 73.

وأحسن مثال في هذا الصدد، هو الوعد بالتعاقد سواء كان وعدا بالبيع أو بالشراء... إلخ، فالوعد بالتعاقد يعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد ذلك أنه يرتب التزاما في ذمة الواعد يتمثل في البقاء على وعده، بإبرام العقد محل الوعد حتى يبدي الطرف الثاني رغبته في إتمام العقد وذلك في المدة المحددة المطروحة من قبل الواعد، ففي حالة لم يلتزم الواعد بوعده في هذه المدة يستحيل تكييف العقد المطروح أمامنا على أنه وعد بالتعاقد¹.

الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 2007/02/21² حيث أن عقد الوعد بالبيع المنصب على نصيب الواعد في ملكية شائعة عقد صحيح، في حالة استيفاء مقتضيات المادتين 71 و94 من ق م ج وما ذهب إليه القضاة برفض إتمام إجراءات البيع والتوجه إلى الموثق من أجل تنفيذ عقد البيع الرسمي الذي تم بين (ل ز) و (ب ب) على أساس أن العقار الموعود بيعه لم يتم تحديده تحديدا دقيقا كونه من المسائل الجوهرية التي يقوم عليها عقد البيع، جاء مخالفا للقانون لأن عقد الوعد بالبيع تضمن المسائل الجوهرية و أن أساس تحديد النصيب هو الميراث و هو قابل للتحديد و التعيين، مما يتعين نقض القرار محل الطعن بالنقض.

أما في حالة عدم بقاء الواعد على وعده بالرغم من استيفاء الشروط القانونية وأخل بالتزامه، فإن العقد هنا يكتف على أنه وعد بالبيع قائم إلا أنه لا يتم، و لكن يسأل الواعد عن هذا الإخلال من طرف الموعود له إذا تمسك بإبرام العقد محل الوعد حيث يتمتع بحق شخصي باعتبار أن الواعد ملزم بالتزام شخصي³.

جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في 2007/01/24⁴ أن تصرف الواعد، بعقد بيع مشهر، في العقار محل البيع، ينشئ للموعود له حقا في التعويض، حيث أنه بالرغم من توفر كل الشروط اللازمة لعقد الوعد بالبيع وحدد أجل ثلاثة أشهر لإتمام العقد النهائي، إلا أن المطعون ضده الأول (ع ط) تصرف

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 76.

2- مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2007، الغرفة المدنية، ملف رقم 354333، قرار بتاريخ 2007/02/21 قضية (لز) ضد (ب ب)، ص 249.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 138.

4- مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2007، الغرفة المدنية، ملف رقم 352043 قرار بتاريخ 2007-01-24 قضية (ع م ومن معه) ضد (ع ط ومن معه)، ص 142.

في العقار محل الوعد بالبيع إلى المطعون ضده الثاني (ب ج ط و)، انتقلت الملكية إليه بشهر البيع في المحافظة العقارية وبالتالي فطلب الطاعن الرامي إلى إتمام إجراءات البيع أصبح مستحيل التنفيذ، هذا ما دفع بقضاة الموضوع التصريح للطاعنين (ع س ع) والمولودة (م ف) بالقيام بما يروونه مناسباً من أجل التعويض عن الضرر الذي لحقهما، وهذا ما أكدته المحكمة العليا وبالتالي رفض الطعن.

أما إذا فاتت المدة المعينة لإتمام الإجراءات ولم يعلن المعني عن رغبته في إتمام الوعد وتم التصرف في العقار محل الوعد فإن التصرف سليم من الناحية القانونية، يستفاد من القرار المطعون فيه أن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات المدة المتفق عليها لم يعلن المشتري رغبته في إتمام الشراء فقامت المطعون ضدها بالتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهذا تصرف سليم قانوناً¹.

وقد نواجه في بعض الأحيان غياب الالتزام الأصلي الذي يرتكز عليه العقد المراد إبرامه لكن في الوقت ذاته إرادة الأطراف المتعاقدة تتوافق فتنتج أثراً قانونياً، ففي هذه الحالة يأخذنا البحث عن تكييف يتوافق مع الإرادة التي توجهها إليها الأطراف المتعاقدة وكذلك مع مضمون العقد، ونتيجة لهذا الأمر المعقد الذي كيف العقد في الوهلة الأولى بطريق خاطئة كان لابد عدم الأخذ بهذا التكييف الخاطئ وتصحيحه.

فعلى سبيل المثال في عقد البيع يتمثل الالتزام الأساسي للمشتري بدفع الثمن، فعدم ذكره أو حتى الإشارة إليه يجعل إعطاء وصف البيع على العقد أمراً مستحيلاً، الأمر نفسه ينطبق على حالة كون الثمن تافهاً فيكون عقد البيع في هذه الحالة باطل لتفاهة الثمن، يقوم القاضي انطلاقاً من مجموع العناصر المتوفرة في العقد بإعطاء التكييف الملائم للعقد ويتماشي مع القانون، ففي حالة غياب الثمن يكون البيع باطلاً، إلا أن القاضي بتحليله للعقد وما يتضمنه من عناصر يتوصل إلى تكييف العقد على أنه هبة كونها لا تشترط الثمن حتى وإن كانت في بعض الأحيان بمقابل².

1- القرار المؤرخ في 2000/05/24، المجلة القضائية، ع 01، 2001، ملف رقم 223852، قضية (م ع) ضد (ج أ ح) و(م ع ق)، ص 138.

2-Christian LARROUMET, Droit civil, T 03, Les obligations, Le contrat, 3e éd, DELTA, Economica, 1996, n°635 et 574, p 663 et 560.

2/ البطلان الجزئي واللجوء إلى الإنقاذ

يعتبر الإنقاذ بطلان جزئي للعقد، في بعض الأحيان قد يكون العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله، الأمر الذي أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 104 من ق م ج. من خلال استقراء النص العام المنظم لإنقاذ العقد، نجد أنه يشير بوضوح إلى أنه في حالة ما إذا اعتري البطلان شق من العقد وليس كله سواء كان بطلان الشق منذ البدء أو كان قابلا للإبطال وتقرر إبطاله فيما بعد، فإن القاعدة العامة تقضي قصر البطلان على ذلك الشق فقط دون المساس بالشق الآخر¹.

وعلى سبيل المثال فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بصدد القرض الاستهلاكي بأنه: "من المقرر قانونا أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك طبقا للمادة 454 من ق م ج، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الاتفاق على تحديد فائدة أو أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل، فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده، وبما أن قضاة الاستئناف قرروا رفض الدعوى برمتها، ولم يفرقوا بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين وبين المسألة المتعلقة بالفائدة، فإنهم عرضوا حكمهم للإبطال"².

وفي تطبيق قضائي آخر لفكرة الإنقاذ قضت المحكمة العليا في قرار لها بصدد عقد الهبة ما يلي: "يجوز بطلان شق من العقد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال"، حيث ورد فيه على وجه الخصوص "وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أن المرحوم (م. ع) وهب إلى بنتيه (م. و) و (م. ف) القطع الأرضية التي أصبح يملكها بموجب عقد الشهرة المؤرخ في 1991/02/06.

في حين توصل المطعون عليه إلى إبطال عقد الشهرة المذكور أعلاه، على اعتبار أن القطع الأرضية محل عقد الشهرة يملكها مع الواهب في الشيوخ، وبالتالي لا ينفذ عقد الهبة إلا في نصيبه، ويبقى نافذا في

1- بوشعرة مونية، إنقاذ العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية،

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2013/2014، ص 10.

2- قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية المؤرخ في 1994/04/20 ملف رقم 106745، المجلة القضائية، ع 02، 1994، ص 22.

حصّة الواهب، حيث أن قضاة الموضوع عندما أبطلوا عقد الهبة، قد أخطئوا في تطبيق أحكام المادة 104 من ق م ج بل كان يتعين عليهم أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون عليه (م ش) في الشروع مع الواهب ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في القطع، مما يعرض حكمهم للنقض¹.
ويجب أن يكون الشق الباطل غير مؤثر في العقد، إلا إذا كان هذا الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد من طرف أحد المتعاقدين أو أحدهما فإن بإبطاله يؤدي إلى المساس بإرادة المتعاقدين وبالتالي يبطل العقد كله وعليه لا يكون هناك مجال في هذه الحالة إلى إعمال الإنقاص، فيظهر هنا تأثير الإرادة في تكييف العقد².

الفرع الثاني

الالتزامات التبعية في تكييف العقود

سنحاول أن نبين مفهوم الالتزام التبعي (أولا)، قبل أن نبين تأثير هذه الالتزامات على تكييف العقد وتحديد طبيعته القانونية (ثانيا).

أولا: مفهوم الالتزام التبعي

إن مفهوم التابع في المبدأ القانوني يعني أن التابع يتبع الأصل *Accessorium sequitur principale* ويعبر عن النتيجة، والتابع يتمظهر في شكلين حسب ما إذا تعلق الأمر بعقد بسيط أو مركب، ففي العقود البسيطة فإن التزامات الأطراف تنتهي إلى فئة واحد وبالتالي فإن تحديد الالتزامات التبعية يكون أمرا سهلا، أما في العقود المركبة فإن التزامات الأطراف تستند إلى عدة عقود مرجعية، بمعنى آخر فإن العقود المركبة تكون التزامات الأطراف متعددة ومرتبطة بعدة فئات قانونية، وهذه الالتزامات إذا كانت تبعية في العقد المركب فإنها التزامات أصلية في عقد بسيط معين³.

وسنحاول أن نعرض لمفهوم الالتزام التبعي في كل من العقود البسيطة (أ)، والعقود المركبة (ب)،

مع الإشارة أن الالتزامات الطبيعية لا تظهر أهميته إلا في هذه الأخيرة.

1- قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية المؤرخ في 2006/01/18، ملف رقم 324515 مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2006، ص 217.

- ينظر أيضا: قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية المؤرخ في 1990/07/09 ملف رقم 62096 غير منشور.

2- بليشير هجيرة، المرجع السابق، ص 81.

3- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 9.

1/الالتزامات التبعية في العقود البسيطة

لقد ميز الفقه الفرنسي بين نوعين من الالتزامات التبعية في العقود البسيطة، فهناك الالتزامات أو العناصر الطبيعية (أ)، وهناك العناصر العرضية (ب).

أ/الالتزامات التبعية الطبيعية

فالالتزامات الطبيعية هي تلك الالتزامات المرتبطة بعقد معين والتي يمكن للأطراف أن لا ينصبوا عليها أصلا في عقودهم دون أن تتأثر طبيعته القانونية، ومن الأمثلة على ذلك في عقد البيع يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط الضمان حسب المادة 377 من ق م ج والتي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه، أو يسقطاه...".

فعقد البيع الخالي من التنصيص على هذا الضمان يبقى صحيحا قانونا، ومنتجا لآثاره القانونية كما أن طبيعته القانونية لا تتأثر من عدم النص على الضمان لكون هذا الالتزام طبيعي ويترتب بقوة القانون عن عقد البيع، فالالتزام بالضمان في عقد البيع هو التزام تبعي طبيعي ولا يؤثر على تكييف العقد، بخلاف الالتزام بنقل الملكية الذي يعتبر ضابطا أساسيا والالتزام رئيسي في عقد البيع وانتفاؤه يؤدي بالضرورة إلى انتفاء عقد البيع¹.

وكما تعتبر الالتزامات الطبيعية التزامات أجنبية عن تكييف العقد لأنها لا يمكن أن توجد في غياب التزام أساسي تضاف إليه، وبالتالي فهي لا تأثير لها على اختيار الطبيعة القانونية للعقد، كما لا يمكن أن تكون هذه الالتزامات ضابطة في تكييف العقد لأنه ببساطة لا يمكن تصور وجوده مستقلا ومنفردا عن الالتزام الأصلي، ومن المهم ملاحظة أن الطابع التبعي للالتزام يفسر بكون هذا الأخير بدون تأثير على تكييف العقد فهذا التكييف مرتبط بشكل حصري بالالتزامات الرئيسية².

1- بلبيشير هجيرة، المرجع السابق، ص 83.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 93-94.

ب/الالتزامات التبعية العرضية (الطارئة)

أما الالتزامات العرضية فهي تلك الالتزامات التي يمكن للأطراف أن يضيفوها إلى عقودهم دون أن يتأثر العقد بها، ومن الأمثلة على ذلك التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) الذي لا تأثير له على الطبيعة القانونية للعقد، يعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الذي يرد في العقود المختلفة لكفالة احترامها وضمنان تنفيذها فإذا بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر¹.

فالشرط الجزائي لا يرتبط بعقد معين ولا يمكن أن يضاف إلى أي عقد وهو في العادة يرد في العقد الأصلي، لكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه لاحقا لكن يشترط أن يكون الاتفاق عليه سابق لإخلال المدين بالتزامه.

والجدير بالذكر أن الشرط الجزائي يأخذ جميع أحكام العقد الأصلي والعكس غير صحيح، فعلى سبيل المثال إذا كان العقد الأصلي باطلا يكون الشرط الجزائي بطبيعة الحال باطلا، أما إذا كان الشرط الجزائي باطلا فإن العقد الأصلي يبقى صحيح في جميع مراحلها، وما قلناه بشأن الالتزامات الطبيعية ينطبق عن الالتزامات العرضية التي يمكن للأطراف إضافتها إلى العقود دون أن يكون لها تأثير على تكييف هذه العقود، فهي بطبيعتها تؤدي إلى تغيير النظام دون أن تؤثر على التكييف.

1- عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1983، ص 95.

2/ الالتزام التبعية في العقود المركبة

نكون أمام عقد مركب عندما يتضمن عدة التزامات ترتبط كل واحد منها بعقد خاص، فالعقد المركب هو الذي يشمل على عدة عقود امتزجت جميعها وأصبحت عقدا واحدا، ويقول الفقيهين الفرنسيين "مالوري واينس" أن العقد المركب هو أن نجد في علاقة تعاقدية نوعين من العقود المتناقضة، ويميز الفقه المعاصر بين ما إذا كان هذا الجمع للعقود قد أدى أو لم يؤدي إلى ظهور مجموع موحد، ففي الحالة الأولى نتكلم عن عقد مركب أما في الحالة الثانية فإننا نتكلم عن سلسلة من العقود، إن الالتزام التبعية في العقود المركبة لا يصبح له أي تأثير على عملية التكييف فهو يظل مرتبطا دائما بالالتزام الذي تم تكييفه على أنه التزام رئيسي¹.

ثانيا: تأثير العناصر الثانوية في تحديد القواعد القانونية

على الرغم من أن الالتزامات الثانوية تعتبر ناتجة عن المسائل الرئيسية في العقد، لا تؤثر في الآثار القانونية المترتبة عنه ولا حتى في وجوده إلا إذا اتفقا المتعاقدان على اعتبارها أساسية وضرورية لانعقاده، كما يمكن لهم استبعادها وعدم الأخذ بها، ذلك أن الالتزام التبعية يظل بدون تأثير على التكييف في الحدود التي يظل فيها عنصر أجنبيا عن تكييف العقد.

1/ العقد شريعة المتعاقدين بشأن المسائل الثانوية

عالج المشرع المسائل التفصيلية في العقود بقواعد قانونية مكملة، الأمر الذي فتح للإرادة مجالا واسعا من الحرية في هذا المجال، ففي حالة ما اتفق الطرفين على استبعاد القواعد القانونية المكملة فنتيجة لذلك يتم الاتفاق على استبعاد الالتزامات الثانوية حيث لا يكون له أي تأثير على وصف العقد، فالعقد في هذه الحالة انعقد صحيحا مرتبا لكامل آثاره.

إلا أنه يستبعد تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالمسائل التفصيلية التي أستبعدتها المتعاقدان، ويحل محلها البند أو البنود التي اتفق عليها المتعاقدان باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وهكذا تكون

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 95.

الالتزامات المتفق عليها والواردة في العقد بمثابة القانون من حيث الإلزامية، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للقاضي بشرط مراعاة النظام العام والآداب العامة طبعاً وعدم مخالفتها للقانون¹.

وبالتالي فإن الإرادة تلعب دوراً في تحديد ما تلتزم به فيما يتعلق المسائل التفصيلية دون أن يتأثر تكييف العقد، إلا أنه إذا كانت النية من وراء هذا التحديد غير مشروعة فإن الإرادة تقيد ويبطل مفعولها في حدود ما يخالف القانون وذلك لضمان التطبيق السليم للقانون، أما إذا تأثر تكييف العقد من جراء استبعاد التزام ما فيه، فإن هذا الالتزام يكون أساسياً وجوهياً بالنسبة لعملية التكييف ويتربط على ذلك آثار مختلفة عن تلك المترتبة عن استبعاد التزام ثانوي².

2/ تطبيق القواعد المكملّة للإغفال المسائل الثانوية

ينعقد العقد بمجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية -المسائل الأصلية- حتى ولو لم يتطرقا إلى المسائل التفصيلية، فبعض العقود نجدها خالية من تبيان ما تتضمنه من التزامات وحقوق للطرفين، هكذا تثار مشكلة تكملة العقد، فبالرجوع إلى نص المادة 107 في ف 02 من ق م ج نجد أنها منحت للقاضي مهمة تكملة العقد إلا في حالة قصور الإرادة، أي عدم تطرقها لمسألة من المسائل فأولاً يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة، فإذا ما عجز عن ذلك يلجأ إلى تحديد مستلزمات العقد وفقاً للقانون، العرف، العدالة، وطبيعة الالتزام³.

وفي حالة تخلف الالتزامات الثانوية وعدم الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية، لا يؤثر في تكييف العقد وتحديد القواعد القانونية المطبقة عليه، وإنما المشكل يكمن في تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذه المسائل الثانوية، بالتالي يكون الحل باللجوء إلى تطبيق القواعد القانونية المكملّة التي تعتبر في هذه الحالة ملزمة للطرفين كالقواعد الآمرة بالضبط، لأن القواعد المكملّة في هذا السياق تلعب دوراً مكملًا لإرادة الأطراف المتعاقدة⁴.

1- بليشير هجيرة، المرجع السابق، ص 87.

2- المرجع نفسه، ص 87.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 296-297.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 365.

وهكذا فإن الالتزامات التبعية بالنسبة إلى الالتزام الأصلي ليس لها دور محدد في تكييف العقد، وتصبح القاعدة العامة القائلة بأن التابع يتبع الأصل منتجة لمفعولها، فهذه الالتزامات تؤدي فقط إلى تغيير نظام جزء معين في مسرى العقد، دون المساس بالتكييف¹.

المطلب الثاني

العناصر العرضية في تكييف العقود

إذا كانت الالتزامات التي يرتبها العقد هي الأساس في تحديد طبيعته القانونية وإعطائه الاسم القانوني الذي يلائمه وبمعنى أصح تكييفه فإن ثمة عناصر أخرى قد تؤثر في عملية التكييف هاته وهذه العناصر متعددة نذكر منها صفة الطرفين المتعاقدين (الفرع الأول)، وأيضا شكل العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صفة المتعاقدين

إن صفة الأطراف المتعاقدة أحيانا تكون عنصرا محددًا في تكييف العقد (أولا)، لكن في أحيان أخرى تكون فقط محددًا استثنائيا في تكييف العقد (ثانيا)، الأمر الذي سنتطرق إليه تباعا.

أولا: صفة المتعاقدين كمحدد أساسي لتكييف العقد

تلعب صفة المتعاقدين أحيانا دورا حاسما في تكييف العقود، ذلك أنه يتعذر فهم بعض العقود إلا بالاستناد إلى صفة المتعاقدين²، لأنها تساهم في تحديد الطبيعة القانونية للعقود، فعقد النقل مثال على تأثير صفة المتعاقدين على طبيعة العقد، حيث تعرف المادة 36 من القانون التجاري الجزائري عقد النقل بقولها: "عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين".

فمن المعايير الأساسية لتكييف عقد النقل أن يكون الشخص الذي قام بعملية النقل ناقلا، وإذا كان المشرع لم يبين مفهوم الناقل، على اعتبار أن مسألة التعاريف هي أمر متروك للفقهاء والقضاء، فإن هذا الأخير تصدى لتعريف الناقل، وهكذا ذهب القضاء الفرنسي إلى أن سائق السيارة، لا يعد ناقلا إلا إذا

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 88.

2- عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص 352.

احترف النقل، وبهذا تصبح صفة المتعاقد عنصرا محددًا في تكييف العقد حيث يؤدي غيابه إلى انتفاء تكييف العقد بكونه عقد نقل¹.

ومن الأمثلة الأخرى التي يمكن إيرادها علاقة العمل القائمة بين الهيئة المستخدمة وعامل أجنبي، حيث تعتبر علاقة عمل محددة بقوة القانون استنادًا إلى صفة العامل وهذا حسب ما نصت عليه المادة 04 من القانون رقم 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، فتسلم رخصة عمل مؤقتة يمارس نشاط مدفوع الأجر لمدة محددة للذي يستوفي الشروط القانونية ووفقًا للقانون².

الأمر الذي يعتبر استثناءً عن القاعدة التي يخضع لها العمال الجزائريين حيث أن العقود التي يبرمها هذه الأخيرة كقاعدة عامة تكون مدة غير محددة واستثناءً يمكن إبرامها لمدة محدد وفقًا للقانون³، فهنا صفة الأجنبي في عقود العمل يعتبر معيار حاسم لتكييف العقد على أنه عقد عمل محدد المدة ولو تم تجديد هذا العقد لعدة مرات متتالية.

ويعتبر عقد السمسرة عقد بمقتضاه يتعهد شخص مقابل عمولة معينة بالسعي إلى تقريب طرفين أو أكثر كي يتعاقدوا⁴، فمن بين المعايير الأساسية التي يتم تكييف عقد السمسرة على أساسها أن يقوم بهذه الأعمال المادية المتعلقة بالبحث عن شخص آخر لإبرام عقد، شخص يدعى السمسار فصفة المتعاقد هنا لها دور محدد وأساسي في تكييف العقد وإذا كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف عقد السمسرة إلى أنه نص في المادة الثالثة من القانون التجاري على أن القيام بأعمال السمسرة والوساطة يعتبر من الأعمال التجارية⁵.

كما أن شاغل الأماكن المستأجرة بحسن نية يعد مكتسبًا لصفة المستأجر، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 16/05/1983 ذلك أن مجرد قيام شخص معين بدفع بدل الإيجار لا يمكن أن يحرم صاحب حق الإيجار من صفته كمستأجر لصالح من تولى تسديد الإيجار الذي يتصرف

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 110.

2- قانون رقم 81-10 المؤرخ في 11 يوليو 1981 المتعلق بتشغيل الأجانب، ج ر، ع 28، المؤرخة في 14 يوليو 1981.

3- المواد 11 و12 و12 مكرر من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المرجع السابق.

4- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 06، الجزائر، 2004، ص 71.

5- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 111.

باعتباره وكيلا أو مدير أعمال، فقيام (ب ع) بتسديد الإيجار وتزكية ذلك من طرف ديوان السكن ذي الكراء المعتدل لا يحرم (ب م) الذي صدرت الإيصالات باسمه من حق الإيجار، فهو شاغل الأمكنة بحسن النية¹.

ومن الأمثلة التي يوردها الفقه الفرنسي، نذكر عقد الاندماج الزراعي، فحسب المادة 17 ف 01 من قانون 06 يوليو على أنه تعتبر عقود اندماج زراعي كل العقود أو الاتفاقات المبرمة بين منتج زراعي أو مجموعة منتجين، وبين واحد أو عدة مقاولات صناعية أو تجارية².

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية قبل صدور قانون التوجيه الفلاحي³ المؤرخ في 04 يوليو 1980 إلى أن: "الشركات التعاونية الفلاحية تشكل فئة خاصة متميزة عن الشركات المدنية والتجارية وعقد الاندماج لا يمكن أن يتواجد إلا بين منتج زراعي ومقاول صناعية أو تجارية وقد أصابت محكمة الاستئناف صحيح القانون، دون أن يكون عليها مضمون العقد المعين بأن « B » لا يمكن أن يكون مرتبطا بالتعاونية الفلاحية ل « V » بواسطة عقد اندماج، وهكذا صفة التعاقد كمنتج زراعي تعتبر الأساس في تكييف العقد على أنه عقد اندماج زراعي⁴.

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد الذي يبرمه بائع المواشي لا يمكن اعتباره عقد اندماج زراعي، لأن بائع المواشي ليس بمنتج زراعي، وبالتالي ليس بتاجر في حين اعتبر أن مربى المواشي يعتبر منتجا زراعيا، وتبعاً لذلك يعتبر العقد الذي يبرمه عقد اندماج زراعي⁵.

وفي الأخير نجد أن صفة المتعاقد تكون في بعض الأحيان مؤثرة وحاسمة في تكييف العقد الذي يتوقف تكييفه على معرفة صفة أحد المتعاقدين، وعلى الرغم من أهمية هذا المعيار إلا أنه ليس الضابط الوحيد في تكييف العقد لأنه لا بد من توافر ضوابط أخرى لاسيما تلك المتعلقة منها بالالتزامات الأساسية المترتبة على العقد، ونظرا للدور الكبير الذي تلعبه صفة المتعاقدين في العقد من أهمية كبرى في تكييف

1- المجلة القضائية، ع 01، 1989، ملف رقم 30618، المؤرخ في 16/05/1983، قضية (ب ع) ضد (ب م)، ص 180.

2- J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, ; 2éd ; LGDJ ; Delta, n° 65, p75.

3- القانون رقم 08-16 المؤرخ في 03 غشت 2008، يتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر، ع 46، المؤرخة في 10 غشت 2008.

4- J. Ghestin et autres, Op,cit, p75.

5- بلبلشير هجيرة، المرجع السابق، ص 90.

العقود إلا أنها في حالات أخرى لا تكتسب هذه الصفة الأساسية والمهمة فيتراجع دورها في عملية التكييف، فبالتالي تلعب دورا غير مباشر فيها¹.

ثانيا: صفة المتعاقدين كمحدد استثنائي في عملية التكييف

إن صفة المتعاقدين في هذه الحالة ما هي إلا عنصرا عارضا في عملية التكييف، الأمر الذي يعني أن هذه الصفة ليست معيارا للوصف إلا استثناء² حيث أنها لا تكتسب نفس الأهمية في أحوال أخرى، فعلى سبيل المثال في مجال عقود الائتمان الإيجاري، ذهب القضاء الفرنسي إلى أن صفة البنك أو المؤسسة المالية للممول الإيجاري غير محددة في تكييف العقد المذكور، حتى ولو كانت مقاولات الائتمان الإيجاري تخضع لنظام خاص وأمر.

والقانون الجزائري كرس ما استقر عليه القضاء الفرنسي، حيث أن صفة الممول الإيجاري غير ذات أثر على تكييف العقد، الذي يحدد بطبيعته الالتزامات المترتبة عليه، وذلك بغض النظر عن صفته بحيث يكفي أن يكون مالكا للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات موضوع عقد الائتمان الإيجاري المنقول، وعلى الرغم من أن صفة المتعاقدين غير محددة في تكييف العقد، فإنها على العكس من ذلك تكون مؤثرة في تحديد مضمون الالتزامات المترتبة على العقود التي يبرمها المهنيون، وهكذا فإذا أخذنا نموذج عقد البيع فإن صفة المهني أو المحترف في التشريع الفرنسي تؤدي إلى تشديد الالتزام بالضمان وتمنعه من التنصل من الضمان القانوني³.

وفي قرار أصدره مجلس قضاء الأغواط استنادا إلى الوثائق المقدمة (سجل تجاري) من طرف (المطعون ضده) التي تثبت صفة التاجر التي يتمتع بها، أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية. على عكس الطرف الآخر (الطاعنات) لم تقدم ما يثبت صفة الحر في للمطعون.

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 114.

2- عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص 341.

3- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 115.

حيث صفة الحرفي تكتسب طبق للقانون الأساسي للحرفي رقم 82-12¹ المؤرخ في 28 غشت 1982 بتوفر شروط منها أن يكون الحرفي مسجلا في سجل الصناعات اليدوية والحرف لدى البلدية المقيم فيها، وأن تكون له المؤهلات المهنية المثبتة بالشهادة التأهيلية المسلمة له من مركز تقني أو مهني حسب ما جاء في المرسوم رقم 88-230² المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 الذي يحدد كيفية اكتساب صفة الحرفي، وعلى ذلك قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990/05/20 في شأن هذه القضية، أن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون³.

كما يعتبر عقد القرض العام، عقد قرض بالنظر إلى الالتزامات التي يتضمنها، فصفة الطرف في تكييف العقد بأن قرض أو شركة أو غيره، بل العقد يعتبر قرضا إلا أنه بالنظر إلى الصفة الإدارية للإدارة أصبح قرض عام، وبذلك يخضع العقد لقواعد التقنين الإداري التي تختلف عن قواعد التنظيم المدني، ويتوقف ذلك على تضمن العقد للشروط غير المألوفة في المعاملات الخاصة⁴، لأن العقود التي تبرمها الإدارة العامة بالشروط العادية المألوفة بين الأفراد، تعتبر عقودا عادية تخضع للقانون الخاص لا عقود إدارية⁵.

1- الأمر رقم 82-12 المؤرخ في 28 غشت 1982، المتضمن القانون الأساسي للحرفي، ج ر، ع 35، المؤرخة في 31 غشت 1982.

2- المرسوم رقم 88-230 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن تنظيم سجل الصناعات اليدوية والحرف، ج ر، ع 46، المؤرخة في 09 نوفمبر 1988.

3- المجلة القضائية، ع 02، 1992، ملف رقم 66988، ص 93.

4- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ع 04، 2007، ص 219.

5- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 91.

الفرع الثاني

شكل العقد

لابد من التذكير في بادئ الأمر أن معظم العقود المنصوص عليها في القوانين المعاصرة تقوم أساسا على مبدأ الرضائية، وعليه فإن العناصر الشكلية ليست كقاعدة لا تعتبر عنصرا من عناصر تكييف العقد، فبالتالي فإن شكل العقد أي وجود محرر مكتوب يعتبر فقط وسيلة من أجل الإثبات دون أن يكون لها أي تأثير على تكييف العقد، لكن في بعض الأحيان يكون وجوب توفر العنصر الشكلي أساسيا في تكييف العقد، ومثال ذلك عقد الهبة الظاهرة إذ يشترط المشرع الفرنسي بضرورة وجود عقد رسمي، زيادة على ذلك فإن الرهن الرسمي حتى يسري في مواجهة الأطراف يستلزم إفراغه في محرر مكتوب، بالإضافة إلى عقد بيع العقار يشترط فيه الرسمية تحت طائلة إبطال العقد¹.

وعليه فإن أي اشتراط شكل معين في تحرير العقد فإنه يعد جزءا لا يتجزأ من التصرف القانوني حيث أنه لا يتصور وجود العقد في غياب الشكل المحدد قانونا، وبالتالي يصبح عنصرا إلزاميا من أجل انعقاد العقد، لأن هذه الشكلية تعتبر شكلية انعقاد العقد ومن ثم يتم نفاذ التصرف القانوني. لذلك سنتناول بالدراسة عرض شكل العقد الذي نادرا ما يكون عنصرا من عناصر تكييف العقد (أولا)، بالإضافة إلى الحالات التي يكون فيها الشكل ضابطا من ضوابط تكييف العقد سواء كان هذا العنصر قانونيا أو اتفاقيا (ثانيا).

أولا: شكل العقد نادرا ما يكون عنصرا في تكييفه

إن مبدأ الرضائية يعتبر المهيم على التشريع الجزائري، ذلك أنه يجعل من الشكل عنصرا غير ذي تأثير سواء من ناحية وجود العقد أو إثباته أو نفاذه تجاه الأغيار، فالعقد يعتبر موجودا من الناحية القانونية بمجرد تراضي الطرفين دون حاجة إلى إفراغه في شكل خاص، كما أن إثباته لا يخضع كمبدأ لشكل معين ويعتبر نافذا تجاه الغير دون الحاجة إلى شكلية محددة، الأمر الذي أقره المشرع في عدة قوانين فبالعودة إلى نص المادة 30 من القانون التجاري نجد أنه منح حرية الإثبات في المواد التجارية².

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 117.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 121.

فالأصل في انعقاد واثبات العقد هو الرضائية، وهناك حالات استثنائية نص فيها القانون على شكل معين لإثبات العقد دون تأثير على وجود العقد وتكييفه، فبالرجوع إلى نص المادة 333 من ق م ج حيث نص أنه إذا تجاوز المبلغ 100.000 د.ج لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فهنا الكتابة (الشكلية) لإثبات التصرف القانوني وغيرها الكثير من الأمثلة.

وإلى جانب شكلية الإثبات فإن هناك حالات اشترط فيها المشرع اتخاذ شكلا معيناً لتنفيذ التصرف القانوني في واجهة الغير وهو ما يسمى بشكلية النفاذ، ومن بين الأمثلة على ذلك اشتراط وجوب القيام بعملية شهر عقد الشركة حتى يعتد به فيما بعد في مواجهة الغير المتعاملين مع هذه الأخيرة.

ثانياً: شكل العقد كعنصر في تكييف العقد

طورت في الوقت المعاصر الشكلية وعلى الرغم من توسعها وانتشارها إلى أنها لا تنفي مبدأ الرضائية في العقود، بل أصبحت كل من الشكلية والرضائية يتماشوا مع بعضهم البعض، فتكييف هذا الأخير يرتبط دائماً بطبيعة الالتزامات المترتبة على العقد، والشكل لا يتدخل إلا بتبيان هذه الالتزامات، فحسب رأي الفقيه "فرانسوا تيري" فالعناصر الشكلية دورها كقالب للإرادة الفردية. فهذه الأخيرة لا تظهر إلا باعتبار أن الرضا يجب أن يكون مغلفاً بغلاف محدد بشكل دقيق من طرف القانون، فعندما لا يتم احترام هذه الشكليات فإن الإرادة تفتقر إلى الفعالية القانونية، وبالتالي غيابها يجعل من العقد غير قادر على إنتاج الأثر القانوني، وقد يكون مصدر هذه الشكلية إما القانون أو الاتفاق وهذا ما سنعرضه تباعاً¹.

1-TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE YVES, (Droit civil, les obligations), 7ème édition, 1999, Dalloz, p160.

1/ الشكلية القانونية

إن المشرع الجزائري يشترط في بعض الأحيان الشكلية كعنصر في إثبات العقود، وهذه الشكلية هي شكلية إثبات فقط لا تمنع من اللجوء إلى الإقرار أو اليمين الحاسمة، أما الشكلية المطلوبة هنا هي الشكلية التي تعتبر كعنصر من عناصر تكييف العقد وغيابها يؤدي على الأرجح إلى بطلان العقد وهي على الأغلب تكون في شكل محرر مكتوب، فالمشرع الجزائري اشترط في العديد من النصوص أن تبرم التصرفات وفق شكليات معينة تحت طائلة البطلان، فمثلا إذا ورد البيع على عقار أو تم التصرف فيه بأي شكل من الأشكال وجب أن يتم إفراغها في قالب معين مكتوب محرر بتاريخ ثابت ولا يكون له أي أثر إلا إذا تم تسجيله ونشره وفق ما يقتضيه القانون¹.

والأمر نفسه ينطبق في بعض التصرفات التجارية إذ فرض المشرع أن تتم وفق شكليات محددة وإلا لا تكون نافذة، ومن بينها عقد بيع الأصل التجاري وتأجير وتقديمه كحصة في الشركة أو تخصيصه بالقسمة أو المزداد، إذ اشترط المشرع ضرورة تحريره في عقد رسمي لصحة التصرف القانوني مع وجوب إشهاره، ففي جميع الحالات السابقة الذكر تعتبر هذه العناصر الشكلية عنصرا أساسية في تكييف العقد بحيث أن انتفاءها يؤدي بالضرورة إلى انتفاء التكييف.

2/ العنصر الشكلي الاتفاقي

إن الأطراف يمكنهم إنشاء عناصرهم الشكلية وجعلها لازمة لتصرفاتهم، والحال أنها غير مشترطة في القانون، وهذه الإمكانيات يستمدتها الأطراف من نص القانون، فإذا اتفق الطرفان على إفراغ العقد في شكل خاص لم يكن خاضعا له واعتبروا أن تمام العقد لا يكون إلا بهذا الشكل المعين، فإن الالتزام في هذه الحالة لا يكون موجودا إلا إذا حصل في هذا الشكل المتفق عليه لأنها تصبح أساسية في تكييف العقد بمجرد الاتفاق عليها، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن عقد البيع لا يعتبر تاما إلا بتسليم الشيء المبيع فبالتالي يصبح التسليم لازما في هذه الحالة من أجل تماما تنفيذ العقد².

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص126.

وتعتبر العناصر الشكلية الاتفاقية التي أنشأها الأطراف لا تعتبر عقود شكلية للإثبات فقط وإنما اعتبرت شكلية انعقاد، لأنها من العناصر المؤسسة للعقد وهو الأمر الذي سار عليه القضاء الفرنسي، فالأطراف أحرار في إنشاء شكلية معينة وجعلها لازمة لانعقاد تصرفاتهم، وعلى الرغم من الحرية الممنوحة للأطراف في الاتفاق على ما يتناسب مع عقودهم إلى أن هذه الحرية مقيدة إذ يجب أن تحترم هذه الشكليات النظام العام والآداب العامة.

وهكذا ذهبت محكمة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 1927/11/15 إلى أن المسحوب عليه لا يمكن أن يفرض تبليغ إصدار الشيك حتى ولو كان هناك اتفاق مع الساحب، وهذا العائق يجد سنده في رغبة المشرع الفرنسي في حرية تداول السندات¹.

وفي الأخير يمكن القول أن العناصر الشكلية الاتفاقية تعتبر هشة مقارنة مع العناصر الشكلية التي سنجدها في القانون، وذلك بالنظر إلى مصدرها الاتفاقي حيث أنه يمكن للأطراف أن يتحللوا منها بالاتفاق على عناصر شكلية جديدة فهذه لا تعبر إلا على مبدأ سلطان الإرادة، فلا بد أن تكون إرادة الطرفين واضحة فيما يتعلق بهذه العناصر الشكلية حتى تكون لازمة.

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 130.

المبحث الثاني

العناصر الذاتية في تكييف العقود

إن العناصر الذاتية أصبحت تحتل مكانة متزايدة باعتبارها عنصر من عناصر تكييف العقود، إذ أن تكييف العقد في معظم الأحيان يرتبط كثير بعنصر محدد من العناصر الذاتية إذ لها أهمية كبيرة إلى جانب العناصر الموضوعية.

واعتبارا لطبيعة العقد الذي كما رأينا إنشاء آثار قانونية بناء على توافق إرادتين، فإن تكييفه ليس فقط عملية موضوعية تتم بالاستناد إلى العناصر الموضوعية والالتزامات التي يتضمنها، ولكن أيضا يتضمن عناصر ذاتية وفضلا على هذه العناصر سواء الذاتية أو الموضوعية التي تشكل أساسات تكييف العقد، فإن هذه الإرادة تلعب دورا حاسما في تحديد هذه العناصر ذاتها وقد سمينا هذا الدور بالإرادة كعامل خارجي أو كإطار في تكييف العقد.

فلتكييف العقد لا يكفي فقط تحديد الالتزامات المترتبة عن مختلف العقود ومعرفة العناصر الموضوعية والذاتية التي كانت الأساس في التكييف، بل لابد من عمليات أخرى مركبة ولا تقل صعوبة وهي تحليل وتفسير العقد موضوع التكييف، أي معرفة مضمون الالتزامات المترتبة عن العقد والبحث فيما عن العناصر التي تسمح بتكييفه¹.

وهنا يثار إشكاليين أساسيين يتعلق بالأول بمعرفة دور الإرادة في تكييف العقد، وسنتناول في هذا الصدد مسألتين مهمتين وهما الرضا والباعث، بالإضافة إلى كل من الإرادة الباطنة والظاهرة وأي إرادة يتم الأخذ بها في عملية التفسير (المطلب الأول)، والإشكال الثاني كيف يتم استخلاص إرادة المتعاقدين، وهو ما سنتطرق فيه بدراسة تفسير العقد والغاية التي يسعى الأطراف إلى تحقيقها (المطلب الثاني).

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 20.

المطلب الأول

دور الإرادة في تكييف العقود

تكييف العقد لا يرتبط أحيان فقط بالعناصر الموضوعية، لكن يستلزم في بعض الأحيان المرور أيضا إلى العناصر الذاتية، لأن كل عنصر ذاتي هو عنصر من عناصر الإرادة فهي مرتبطة بالإرادة بشكل أو بآخر، وهذا ما سنحاول تبينه في هذا المطلب.

سنحاول معالجة كل من الرضا والباعث (الفرع الأول)، ثم نتطرق لدراسة الإرادة الظاهرة والباطنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرضا والباعث

إن العنصر الذاتي الصادر عن الطرفين المتعاقدين قد يحدد تكييف العقد وطبيعته القانونية، وهنا تأتي أهمية استنباط هذا العنصر الذاتي قصد معرفة الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين الطرفين، وعليه سنحاول في هذا الإطار التطرق إلى عنصر من العناصر الذاتية وتبيان مدى تأثيرها على تكييف العقد.

أولاً: الرضا

سننتقل في هذا الصدد إلى الرضا وعلاقته بتكييف العقد، بتبيان إلى أي مدى يرتبط التكييف الممنوح للمحتوى الموضوعي مع رضا المتعاقدين، وبعبارة أخرى تأثير رضا الأطراف بالطبيعة القانونية للعقد أي بتكييفه على وجود العقد وعلى التكييف المعمول به، خاصة عندما يكون الأطراف أو أحدهم ضحية غلط في الطبيعة القانونية للعقد المبرم¹.

وقد ذهب الفقيه "جابيو" في موضوع الغلط المنصب على طبيعة العقد، إلا أن هذا الغلط حول الطبيعة القانونية يؤدي إلى الغياب المطلق للرضا، ومع ذلك يرى الفقيه إلى أن هذا الغلط لا يمنع الأطراف من الاتفاق على معظم الآثار التي يرغبون في إنتاجها، وهكذا فإذا سلم شخص شيئاً لشخص بنية إبرام

1-Ripert et Boulanger, traité élémentaire de droit civil de Planiol, 4^{ème} édition, t. II, N52, p20.

عقد وديعة والجال أن الأمر يتعلق بعارية الاستهلاك، ووقع اتفاق بين الطرفين حول معظم بنود العقد الشيء الذي سينصب عليه العقد، مدة الحيازة التزام برد الشيء.

ففي كل هذه العناصر هناك إرادة كاملة لمسلم الشيء وهذه الإرادة متطابقة مع إرادة المتعاقد الآخر، ولكن الملتزم لم يأخذ بعين الاعتبار بأن تسليم الشيء كان من أجل الاستعمال وأنه أعطى للمستلم حق استخدام الشيء، بحيث انصب الغلط على هذه النقطة الوحيدة والجال أنها غير مؤثرة بحيث أنه ربما أن المسلم لم يعر اهتماما لواقعة استعمال الشيء من طرف المستلم عندما يتعلق الأمر بشيء لا يؤدي استعماله إلى تدميره أو إتلافه، وبالتالي فالرضا يكون قائما¹.

وقد ساير الفقيه "فرانسوا تيري" هذه النظرية وميز بين عدة حالات، فإذا كان الغلط قد انصب على تسمية العقد ولم ينصب على مضمونه أو البنود الواردة فيه، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي يرى بأن الغلط غير مؤثر وأن تكييف العقد يجب أن يصحح ليعكس مضمونه، أما في الحالة المعاكسة أي إذا كان الغلط في تكييف العقد في النتيجة لغلط في جوهر الالتزامات فإن الأمر هنا يتعلق بغلط حول طبيعة العقد، والجزاء المقرر هو البطلان النسبي كنتيجة للغلط في الجوهر وقد ذهبت القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي إلى إبطال هذه العقود لعللة الغلط في طبيعة العقد مستندة على الغلط في الجوهر².

لا يعتد بالغلط في طبيعة العقد إلا إذا ورد هذا الغلط حول مضمون الالتزامات الواردة فيه بحيث لتحديد طبيعة العقد لابد من أن تكون بنوده واضحة، وفي حالة عدم وضوح بعض البنود نكون أمام غلط في طبيعة العقد، وبالتالي يرتب القاضي الأثر القانوني على ذلك على ضوء هذه الحالات، فإما يبطل العقد أو يكيّفه التكييف الصحيح الذي يناسب بنوده بحسب ما إذا كانت الإرادة لم يعبر عنها التعبير الصحيح أو معيبة وفي هذا فالأمر مسألة واقعة.

وهنا يبدو الترابط بين طبيعة العقد والتكييف كما يرى هذا الفقيه بحيث يصبح الغلط في تكييف العقد مرتبا لأثاره القانونية ولكن يختلف باختلاف الحالات، فإذا ورد على تسمية العقد والجال

1-JAPIOT(René),Des nullités en matières d' actes juridiques Essai d' une théorie nouvelle, thèse Dijon, 1909,p 190-198.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 138.

أن بنوده واضحة كان على القاضي أن لا يعتد بهذا الغلط الذي يصبح غير ذي تأثير بخلاف ما إذا ورد على مضمون العقد بحيث يؤدي إلى بطلان العقد لوجود غلط¹.

وإذا رجعنا للمشرع الجزائري نجد أنه نص على أن إبرام العقد بين الطرفين لا يتم إلا عن طريق التراضي بين الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط التي يعتبرها الطرفان الأساسية كما نصت المادة 81 من ق م ج أن المتعاقد الذي وقع في غلط يجوز له أن يطالب بإبطال العقد، والغلط حسب المشرع نوعان غلط في القانون وغلط في الواقع.

وفي جميع الحالات التي يكون فيها الرضا معيب بغلط فإن العقد يكون قابلاً للإبطال وليس باطلاً، وهو قابل للإبطال لمصلحة الطرف الذي يثير ذلك، وقد حدد المشرع الجزائري حسب نص المادة 83 أنه يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين 81 و82 من القانون السابق الذكر، وبالتالي فإن مبدأ الغلط في القانون لا يخول إبطال الالتزام إلا إذا تحقق شرطين:

- أن يكون هذا الغلط جوهري،
 - أن يكون الغلط هو السبب الرئيسي والوحيد الذي دفع المتعاقد من أجل التعاقد.
- أما إذا وقع الغلط في الواقع، فقد نص المشرع الجزائري على أن هذا الغلط يجب أن يتحقق فيه هو الآخر شرطين، حتى يعتد بهما قانوناً:

- أن يقع الغلط في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه،
- أن يكون هو السبب الدافع للتراضي.

فالتكييف هو مسألة خاضعة لرقابة المحكمة العليا وبالتالي فالغلط في التكييف يجب أن ينظر إليه في علاقته بالغلط في القانون وليس الواقع، وبالتالي فلا بد من التحقق من أن يكون الغلط هو السبب الوحيد والأساسي فإذا وقع أحد الطرفين في غلط حول طبيعة العقد المبرم وهل هو عقد عارية أم عقد وديعة، أي أنهما أبرما عقد عارية وقد أغفلا عن الإشارة إلى تضمين بعض الالتزامات الأساسية المميزة لعقد العارية عن عقد الوديعة².

1-TERRE François, op, cit, p 219.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 140.

فهنا نقول أنه في حالة ما اتفق الطرفين على إبرام عقد بكافة الالتزامات المنصوص عليها قانوناً وأخطأ في تسمية العقد، فإنه لا بد من الإقرار بأن الجزاء هو التكييف الصحيح للعقد، ففي هذه الحالة فإن المسألة هنا لا تطرح من باب الغلط، ولكن من باب جزاء التكييف الخاطئ للعقد من طرف المتعاقدين.

ولكن في الحالة الثانية وهي التي يرد فيها الغلط على مضمون العقد ذاته، فإن الجزاء ليس هو دائماً البطلان النسبي، ولكن لا بد أن يكون هذا الغلط هو السبب الوحيد أو الأساسي للعقد، ويمكن القول بأن الإبطال للغلط في طبيعة العقد أو في بنوده هو أمر استثنائي طالما أن المشرع والقضاء حاولوا التقليل من حالات إبطال العقد للغلط¹.

وفي الأخير يعتبر الرضا شرط صحة الاتفاق الذي لا يتم إلا بتراضي المتعاقدين، وهذا الرضا إذا كان يهم بشكل مباشر وجود العقد فإنه يهم بشكل غير مباشر تكييفه، ففي حالة وجود غلط للمشتري في جوهر المادة، فإن الأمر لا يعدم تكييف العقد الذي يظل عقد البيع لتوافر كافة شروطه، وبالتالي نلاحظ أن تكييف العقد لا يرتبط بالرضا إلا بشكل غير مباشر.

ثانياً: الدواعي والبواعث

إن تكييف العقد يرتبط أحياناً بالدواعي والمرامي الأكثر بعداً عن النية، فصحيح كما يقال بأن نية التبرع تكون داعي، ولكن إذا حاولنا التمييز بين النية من جهة وبين الدواعي والأسباب من جهة أخرى فإنه يرى بأن النية تظل أكثر قرباً من الإرادة النهائية أكثر من الدواعي والمرامي، فكلما ابتعدت العناصر الذاتية عن العقد النهائي أكثر من الدواعي والمرامي فكلما ابتعدت العناصر الذاتية عن العقد النهائي، فالنية تشكل بهذا الغاية النهائية التي يريد المتعاقدان تحقيقها من خلال التعاقد، بخلاف المرامي والدواعي التي تكون دون هذه الغاية أي أنها أقل منها، وهذا ما يفسر ارتباط التكييف بها أكثر من النية².

ونجد الفقه الفرنسي ميز بين نوعين من البواعث، فهناك من يتوجه إلى الماضي وهذه الدواعي بالمعنى الحقيقي للكلمة، وهناك على العكس من ذلك من يتوجه إلى المستقبل، وهذه هي البواعث بحصر

1-TERRE François, op cit, p 220.

2-TERRE François, op cit, p 227.

المعنى، إذن الدواعي تتميز عن البواعث بكون الأولى تنصرف إلى أفعال قائمة سابقة على التعاقد وهي التي أدت إلى إبرامه، أما الثانية فهي تنصرف إلى أفعال تكون مستقبلا، أي أنها بهذا المعنى تقترب من النية دون أن تمتزج بها¹.

وقد أقر الفقيه "بوايي" وهو يميز بين المصطلحين بأنه في الواقع النفساني، فإن الدواعي والمرامي تمتزج بشكل ضيق ويؤثر بعضها على بعض بشكل متبادل، وهذا المزج والاختلاط كان له تأثير على تكييف العقد، حيث يستعمل المصطلحين بمعنى واحد ويصعب التمييز بينهما.

أما الفقيه "فرانسوا تيري" يقول بأن هناك حالات يرتبط فيها تكييف العقد بالبواعث، بحيث يصبح لزاما تحديد خصائص العقد المتوقعة من طرف المتعاقدين أي ما أرادوه في المستقبل، وفي هذه الحالة فإن النظرية المتحركة للباعث تكون مناسبة في اختيار التكييف المناسب للعقد، ولكن هذا لا ينفي دور الداعي الذي يكون ذا فائدة في تكييف العقد، عندما يتعلق بحالة الأشياء التي تمت والتي ستغير²، أما من الناحية العملية فإن الدواعي والبواعث مرتبطة فيما بينهما وذات أهمية على تكييف العقد.

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 151.

2- المرجع نفسه، ص 153.

الفرع الثاني

الإرادة الظاهرة والباطنة

هنا يطرح سؤال جد مهم، أي إرادة يأخذ بها في تفسير العقد هل الإرادة الباطنة أم الإرادة الظاهرة؟ والإجابة عن هذا التساؤل كان لابد لنا أن نتطرق بالتفصيل إلى كل من الإرادة الظاهرة (أولا)، ثم بعد ذلك إلى الإرادة الباطنة والدور الذي تلعبه في عملية التفسير (ثانيا).

أولا: الإرادة الظاهرة

سنتطرق في هذا العنصر إلى أساس الالتزام بالإرادة الظاهرة (1)، ثم العبرة بالإرادة الظاهرة عند اختلاف الإرادة معها (2).

1/ أساس الالتزام بالإرادة الظاهرة

وتتمثل فيما يلي:

أ/ أساس الإرادة الظاهرة

في منتصف القرن التاسع عشر ظهر الفقه الألماني بنظرية جديدة، فكان قيامها بناء على نقد نظرية الإرادة الباطنة وقولهم فيها أنها ظاهرة نفسية، لا يعتد بها القانون ما دامت كامنة في نفس صاحبها، ولا أثر لها في القانون إلا في مظهرها الخارجي، أي لا يمكنها إحداث آثار قانونية إلا في مظهرها الاجتماعي، ويكون ذلك بالتعبير عنها.

إذا فالعبرة بهذا المظهر المادي المحسوس الذي بإمكان القانون أن يرتب عليه أحكامه، دون الرجوع إلى ما يكمن في النفس من نيات، لأن القانون يهتم بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية، والإرادة الباطنة شيء معنوي كامن في النفس، فإذا أردنا أن يكون لها أثر اجتماعي يلزم أن نأخذ بمظهرها المادي والمتمثل في التعبير عن الإرادة الذي يمكن إدراكها والعلم به، و في هذا بعث للثقة في نفس المتعاقد واستقرار للتعامل¹.

وتستند هذه النظرية على أساس فقهي يقوم على مبدئين اثنين:

1- جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخ: عقود ومسؤولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، الجزائر، سنة 2012/2013، ص 71.

المبدأ الأول: اختلاف إرادة التعبير عن إرادة الأثر، فهذا الاتجاه اعتبر أن التعبير عن الإرادة هو أساس التصرف القانوني وليست الإرادة التي تكمن خلفه إلا أنهم يعتقدون بإرادة التعبير وليس بإرادة الأثر، فيشترطون أن يكون وراء المظهر الخارجي إرادة كامنة بأن تكون هذه الإرادة مقصورة على إرادة التعبير في ذاته، لا إرادة إحداث الأثر القانوني فمن يقبل العقد مزاحا فقد أراد التعبير عن القبول لكنه لم يرد الالتزام بهذا العقد، وعليه فإن أصحاب هذه النظرية يهدرون التعبيرات الصادرة عن عديبي الأهلية كالصغير والمجنون لأن إرادته معدومة ولهذا فإن التعبير تكفي وتلزم للانعقاد، أما حدوث الأثر القانوني فهو مسألة موضوعية يكون للقاضي فيها سلطة في تحديد الأثر¹.

المبدأ الثاني: أن الإرادة المنفردة هي الأصل في التصرف القانوني والذي يترتب عليه أن التعبير عن الإرادة المنفردة هو الأساس في التصرف القانوني، وذلك استنادا إلى المذهب المادي الذي فسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن، حيث أن الالتزامات التي تنشأ دون دائن تقع كثيراً في الحياة العملية، فمن ذلك التزام الواعد والتزام المتعهد لمصلحة الغير فلو أن الالتزام ليس في جوهره إلا رابطة شخصية بين دائن ومدين².

والأخذ بالإرادة المعبر عنها يرتكز أساساً على اعتبار الاستقرار في التعامل، لأن المتعاقد لا يستطيع أن ينفذ إلى الإرادة الباطنة إذا طلب منه ذلك فسوف يعد هذا الطلب مستحيلاً، والوسيلة الوحيدة التي بإمكانه التعرف على إرادته الداخلية، هي التعبير الذي يعد جسم الإرادة³.

ب/ حدود مبدأ نظرية الإرادة الظاهرة

تعتبر الإرادة مصدر للحقوق والواجبات وهي التي تنشئ التصرف القانوني وتحدد آثاره، فهذا الاتجاه يجعل للإرادة الدور الأساسي في التصرف القانوني من لحظة إنشائه إلى لحظة نفاذه⁴.

1- نجيب أسعد عوده، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 1995، ص 65.

2- المرجع نفسه، ص 66.

3- علي حسين نجيبه، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 55، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص 11.

4- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، ع 03، السنة 27، سبتمبر 2003 ص 73.

بالنسبة لنظرية الإرادة الظاهرة أو ما يسمى بنظرية التعبير فإن الإرادة يقتصر دورها على إرادة التعبير فقط دون إرادة إحداث الأثر القانوني، فوفقا لهذه النظرية فإن تحديد مضمون التصرف يرجع فيه إلى القانون، فمضمون التصرف القانوني يتحدد أساسا وفقا للإرادة الظاهرة، أي التعبير عن الإرادة في حد ذاته¹.

يقول الأستاذ "رينو" في شرحه لنظرية التعبير "أن مقتضى هذه النظرية اعتبار العقد واقعة اجتماعية معلومة في وسط اجتماعي معين يعول عليها كل من علم بها"، ونبني على ذلك أن المتعاقد يمكن أن يتحمل أكثر مما أراه بالفعل، فهو إذ يعبر عن إرادته يتعين عليه أن يتحمل نتائج هذا التعبير لا على المعنى الذي يكون له عنده بل على معناه الموضوعي الذي يكون له في الجماعة، ولذلك يمكن أن ينتج هذا التعبير أثارا تزيد على نوايا صاحب التعبير الحقيقية.

وفي هذا المعنى يقول سافيني: "إن صاحب التعبير، لمجرد تعبيره، يتحمل خطرا تعاقديا هو أن تعبيره يحمل على معناه الموضوعي ولو جاوز هذا المعنى ما أراه صاحب التعبير"، وعلى هذا التصوير يقترب التصرف القانوني من الواقعة القانونية إذ أن التصرف القانوني لا يستمد قوته من حرية إرادة صاحب التصرف بقدر ما يستمدها من الوسط الاجتماعي والنتائج التي يرتبها هذا الوسط على مجرد التعبير عن الإرادة، في صورتها الموضوعية"².

ج/ نتائج الأخذ بالإرادة الظاهرة

1. **الغلط لا يفسد الرضا:** إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ولم يقع فيه المتعاقد الآخر، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه، فإن العقد يكون صحيحا - لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول- فإن هذه الإرادة قد شابهها غلط فجعلها فاسدة ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمئن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه³.

1- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 73.

2- المرجع نفسه، ص 73.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 01، القاهرة، مصر، 1949، ص 48.

وقد أشار المشرع إلى هذا الأمر بموجب نص المادة 85 ف 01 من ق م ج على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، وباستقراء نص المادة السابقة الذكر يتبين لنا أن كل من وقع في غلط لا يجوز له أن يتمسك به، وهذا في حالة ما إذا كان الشخص الآخر المتعاقد معه لا يمكن له أن يعلم بوجود هذا الخطأ وقد رتب أوضاعه على أساسها، ويأتي هذا الحكم كنتيجة على الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة للمتعاقد لأن إرادته الحقيقية معيبة.

II. **الوفاء لا تؤثر على صلاحية التعبير الحاصل قبل الوفاة:** بحيث ينجز أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، فقد نصت المادة 62 من ق م ج على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

يظهر من هذا النص حرص المشرع على حماية مصلحة المجتمع على حساب مصلحة الفرد، فموت صاحب التعبير أو فقدانه لأهليته لا يؤثر على صحة التعبير، فينتج أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه غير أن هذا الحكم يستبعد في حالة تعارض طبيعة التعامل مع هذه القاعدة كأن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار أو إذا كان هذا التعبير يتضمن ما يخالف مع هذه القاعدة¹.

III. **العبارات الواضحة تلزم القاضي والأطراف بعدم البحث عن النية المشتركة:** لقد نصت المادة 111 من ق م ج ف 01 على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."، وهذا يكون على أساس أن هذا التعبير الواضح يعكس وضوح الإرادة ويتطابق معها².

2/ العبرة بالإرادة الظاهرة عند اختلاف الإرادة معها

إن التلازم بين الإرادة والتعبير لا يكون في جميع الأحوال محققا فمن الممكن أن ينفصل عن بعضهما البعض، وبالتالي تكون العبرة بالإرادة الظاهرة في مرحلة تكوين التصرف القانوني، في هذه المرحلة بالتحديد قد يكون فيها الاختلاف إراديا إما بقصد أحد المتعاقدين أو كلاهما، وقد يكون لا إراديا كأن

1- علي فلالي، المرجع السابق، ص 101.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 77.

يصدر تعبيراً عن إرادة قصد إحداث آثار قانونية وبدون قصد يخالف الإرادة الحقيقية للتعبير، مثل ذلك حالة الغلط في التعبير، وعيوب الإرادة.

أ/ الاختلاف الإرادي: ويكون هذا في حالة التحفظ الذهني، أو الصوري.

➤ **التحفظ الذهني:** ويقصد بالتحفظ الذهني أن يضمّر الشخص خلاف ما يظهر، ولا يهتم فيما إذا كان صاحبه حسن النية أو سيئ النية وكذلك مهما كان الطرف الآخر يعلم بهذا التحفظ أو لا يعلم، واعتبر البعض أن هذه النتيجة مخالفة لمبادئ العدالة المقررة خاصة إذا كان الطرف الآخر حسن النية فهذه الأوضاع تمس باستقرار المعاملات وكان الحل تعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية أخذاً بالإرادة المعبر عنها دون إرادته الباطنة، أما بالنسبة للمشرع الجزائري، لا يوجد نص قانوني يتعلق بالتحفظ الذهني¹، فالإرادة المقترنة بالتحفظ الذهني لا يعتد بها وخاصة إذا كانت هذه التحفظات تمنع ترتيب أي أثر كان في مواجهة الكل².

➤ **الصورية:** تعرف الصورية على أنها وضع ظاهر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين، وهي على هذا النحو تفترض تصرف ظاهر واتفق مستر ويكون شأن الاتفاق المستر إما محو كل أثر للتصرف الظاهر وإما تعديل بعض أحكامه، ويتعين لتحقيق الصورية أن تتوافر على الأقل معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستر، وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق³.

وبالتالي فإن الصورية هي إنشاء عقد ظاهر يخالف عقد مستر بهدف تضليل الغير، وفي هذا النوع من الحالات وجب التمييز بين حالة طرفي العقد والغير:

• **حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام:** اعتمدت معظم التشريعات في بيان آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام على مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بهذا المبدأ أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء العقود كافية لتحديد آثارها، وبعبارة أخرى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في

1- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 80-81.

2- علي فلالي، المرجع السابق، ص 88.

3- سلطان أنور، أحكام الالتزام "الموجز في النظرية العامة للالتزام"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1980، ص 152.

تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية وأساسه أن الأفراد أحرار ويترتب على ذلك تنفيذ ما تم عليه بين المتعاقدين ما لم يخالف القانون والنظام العام¹. ونتيجة لذلك فإن العقد الصوري لا يرتب أي أثر بين المتعاقدين وخلفهم العام، وذلك لأن إرادة الطرفين المشتركة انصرفت إلى العقد الحقيقي وليس العقد الصوري بعبارة أخرى فإن العقد الصوري لا وجود له بين المتعاقدين والخلف العام.

إلا أن هذا الحل فيه إهمال كبير لمصالح المتعاقدين وهدر لمبدأ حرية التعاقد، لكن بالنظر إلى أغلب التطبيقات التشريعية في القوانين المختلفة سواء اللاتينية أو الجرمانية لا نجد إعمالاً لنظرية الإرادة الظاهرة، أي اعتماد العقد الصوري بل إعمال الإرادة الحقيقية وبطلان الصورية فيما بين طرفي العقد والخلف العام².

• **حكم الصورية بالنسبة للغير:** منحت التشريعات للغير الحرية في التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر، فأثار العقد المستتر لا تمتد إلى الغير وعلى اعتبار أنه لم يكن طرفاً في العقد منح له هذا الخيار بما يتناسب مع مصلحته، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 198 على أنه: "إذا أبرم عقد صوري، فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، وما يستقرأ من نص المادة السابق الذكر أنه أهمل حالة تعارض المصالح بين الغير والأطراف المتعاقدة، فدائني كل طرف من المتعاقدين يكون من مصلحتهم التمسك بالعقد الذي يكون في مصلحته فتكون الأولية لمن تمسكوا بالعقد الظاهر وهو العقد الصوري.

ب/ **الاختلاف غير الإرادي:** ويكون هذا الاختلاف في حالة ما إذا كان هناك غلط في التعبير أو عيوب الإرادة:

➤ **الغلط:** هو ذلك الوهم الذي يقوم في ذهن الشخص ويعتبر من أكثر العيوب الذاتية، كما أنها ترتبط بالإرادة كظاهرة نفسية، كما يجب أن يكون هذا الغلط مشتركاً بين المتعاقدين فالغلط الفردي لا يكفي، الأمر الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 82 ف 02 حيث تم ربط الغلط الجوهري بالنظرية

1- أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، ط 01، عمان، الأردن، 1999، ص 24.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 81.

المشتركة للمتعاقدين، وهذا دعما لاستقرار المعاملات ومنعا لاستعمال التعسف في الحق لمن وقع في غلط¹، وبالتالي الغلط الجوهرى لا يكفي لإبطال العقد إلا إذا كان:

● **الغلط المشترك:** وهذا يعنى أن الغلط لا يأخذ به في حالة طلب إبطال العقد إلا إذا كان الغلط مشترك بين المتعاقدين، وهذا ضمانا لاستقرار المعاملات وتقليصا في الأخذ بالنظرة الذاتية وبالتالي لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الغلط المشترك².

● **الغلط الفردي:** لا يجوز لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به أو كان من السهل عليه أن يعلمه، وفي هذا لا يشترط أن يكون الغلط مشتركا وإنما أخذ بنظرتيها المشتركة للصفة الجوهرية للغلط³.

➤ **التدليس والإكراه:** نص المشرع الجزائري في المادة 87 من ق م ج على أنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"، كما أضافت المادة 87 من القانون السالف الذكر أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

من خلال تحليل واستقراء نصوص المواد السالفة الذكر والمتعلق بكل من التدليس والإكراه الذي يقع فيه المتعاقدان ولا يكون لهما دخل فيه، أي بعبارة أخرى التدليس والإكراه الواقع من الغير ففي هذه الحالة يعتبر العقد صحيح، لكن في حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه أو التدليس، وليس بمقدوره في الوقت نفسه أن يعلم بذلك، وهذا على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر لأنها محل ثقته في إبرام العقد من جهة، والمحافظة على استقرار التعامل من جهة أخرى⁴.

1- محمد الصبري سعدي، المرجع السابق، ص 176-177.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 81.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

4- علي فلالي، المرجع السابق، ص 93.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري وفي سبيل المحافظة على استقرار التعاملات اعتمد على المعيار الموضوعي من أجل التقليل من حالات إبطال العقود¹، فالعقد يكون صحيحا لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر².

ثانيا: الإرادة الباطنة

يقصد بالإرادة الباطنة تلك الظاهرة النفسية الداخلية التي تظهر فيها إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وتسمى بالإرادة الباطنة لأنها تتقصى حقيقة الإرادة الكامنة في النفس، وبالتالي فهي بهذا المعنى ظاهرة نفسية إلا أنها تصبح بعد إعلانها ظاهرة اجتماعية، ولما تكتسبه هذه الإرادة الباطنة من أهمية سنحاول في هذا الصدد تبيان الأساس التي تقوم عليه والنتائج المترتبة على الأخذ بها، بالإضافة إلى أنه يمكن في بعض الأحيان أن يكون هناك اختلاف بين الإرادة الباطنة والتعبير وقت انعقاد التصرف فالتلازم الحاصل بينهما لا يكون محققا في جميع الأحوال.

1/ أساس الالتزام بالإرادة الباطنة

ويتمثل فيما يلي:

أ/ أساسها (مبدأ سلطان الإرادة)

كما عرفنا أن العقد ينشأ عن طريق توافق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني معين، وعليه فإن الإرادة تلعب دورا مهما فبغياها لا يوجد عقد وعليه تعتبر الإرادة هي المنشئ الأساسي للعقد والتي تحدد آثاره، ويرى أصحاب هذه النظرية المستمدة من مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة النفسية أي الكامنة في النفس هي الأصل، بل هي الروح وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلا مجرد ثوب ترتديه للتعرف عليها.

1- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 01، الجزائر، 1991،

ص 58.

2- عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 84.

فالتعبير عن الإرادة ما هو إلا مجرد وسيلة مادية لا بد منها للكشف عن الإرادة، وبالتالي لا يؤثر بأي شكل كان على مضمونها فالمعنى إذ تحمله الكلمة أو اللفظ المستعمل تعبيرا عن الإرادة يعتبر قرينة بسيطة على أنه المعنى الحقيقي الذي انصرفت إليه نية المعبر، وعليه يمكن إثبات عكس ذلك إذا اقتضى الأمر وبعبارة أخرى إذا كانت الإرادة النفسية تختلف عن تلك التي تتضمنها الكلمة أو الإشارة المستعملة نتيجة الاستعمال المفرط أو غير الدقيق للألفاظ أو الكلمات أو الإشارة، فلصاحبها أن يثبت ذلك لأن العبرة هي بالإرادة الكامنة في النفس أي بالإرادة الباطنة¹.

وينتج عن هذا المبدأ ما يلي:

- **من حيث الموضوع:** إن مبدأ سلطان الإرادة يظهر أثناء تكوين وتنفيذ التصرف القانوني، فالفرد يعتبر حرا في التعاقد فيمكن له أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي حالة التعاقد له الحرية المطلقة في وضع الشروط الذي يحتويه العقد الذي يكون طرفا فيه كما له سلطة مطلقة في إنهائه كما يظهر سلطان الإرادة كذلك بعد تكوين العقد، فلكل طرف التمسك بالعقد ورفض كل تدخل للغير².

- **من حيث الشكل:** بمجرد توافق إرادة الطرفين ينشأ العقد، وقوام قيامه هو قوة الارتباط الحاصل بين إرادة الطرفين دون أي تدخل من أطراف خارجية، فالرضائية تعتبر المنشأ الأساسي لجميع العقود وهذه الأخيرة ما هي إلا مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة.

ب/ **حدود أثر الإرادة الباطنة:** لا يقتصر دور الإرادة على التعبير فقط بل تمتد في بعض الأحيان إلى إحداث أثر قانوني وهذا ما يسمى بإرادة الأثر.

• **إرادة التعبير:** أن الشخص الذي تصدر منه عبارة معينة أو فعل معين، أو يتخذ موقفا معيناً من شأنه أن ينتج آثار قانونية، يجب أن يفعل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به³.

1- علي فلالي، المرجع السابق، ص 89.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 33.

3- عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 171.

• **إرادة الأثر:** والمقصود بها في هذه الحالة هو نية المتعاقدان على إحداث أثر قانوني، فالأنصار المؤيدون للإرادة الباطنة لا يقفون عند المظهر الخارجي الذي أراد الشخص أن يصدر عنه، بل كذلك تنصرف إرادته الكامنة إلى إحداث هذا الأثر القانوني الذي من شأن هذا المظهر أن يحدث¹.

ج/ نتائج الأخذ بالإرادة الباطنة: إن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يترتب عليها العديد من النتائج المهمة المتمثلة فيما يلي:

- **الغلط عيب من عيوب الرضا وهو مبطل للعقد:** كما سبق الإشارة إليه سابقا أن الغلط هو كل وهم يقع في المتعاقدان فيجعل الأمر يبدو على خلاف حقيقته ما دفعه إلى التعاقد، وهذا الغلط يصيب الإرادة حيث يؤثر فيها عند اتخاذ القرارات مما يؤدي إلى عدم مطابقتها كل من التعبير مع النية الحقيقية، والجدير بالذكر وحسب نظرية الإرادة الباطنة فالغلط يكفي أنه وقع في إرادة واحدة حتى يعتبر العقد باطلا وعكس ذلك يؤدي إلى تحمل أحد المتعاقدين التزامات لم تتجه إرادته إليها، وبالتالي فغلط أحد المتعاقدين يكفي لإبطال العقد².

- **وفاة أو نقص أهلية المعبر:** تسقط الإرادة ولو صدرت قبل وفاته أو حدوث نقص في أهليته، فهذا الأمر يؤدي إلى عدم إتمام إبرام العقد الذي يكون قوامه توافق إرادتين وعليه فإن إرادة الشخص تكون غير موجودة نتيجة نقص أهليته أو وفاته.

- **تأويل العبارات الغامضة عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.**

2/ العبرة بالإرادة الباطنة عند اختلاف التعبير معها وقت انعقاد التصرف القانوني

في حالة الاختلاف بين التعبير والإرادة قد يكون ذلك مقصودا أو غير مقصود.

1- نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 30.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 35.

أ/ الاختلاف المقصود:

1. **التحفظ الذهني:** هو عدم الرغبة في ترتيب أية آثار قانونية على التعبير التعاقدى، أي أن صاحب التعبير يعتمد في نفسه عدم إعطاء تعبيره أية قيمة خداعاً للموجه إليه، أي يضمراً وأما ويعلن عن أمر آخر، فالتحفظ الذهني يهدف صاحبه إلى خداع من وجه التعبير إليه¹، وأصحاب هذا الاتجاه يعترفون بهذا التحفظ حتى ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم لأن أصحاب هذا الاتجاه يأخذون بالإرادة الباطنة حتى ولو كان التعبير مخالف لها وسواء كان الشخص المتحفظ حسن أو سيئ النية.

وقد اعتبر البعض أن كل تطبيق لعملية التحفظ الذهني تعتبر باطلة لعدم تطابقها مع تلك الإرادة وقد أوجدوا الحل في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من خارج أحكام العقد، وتطبيق هذه المسؤولية قد يكون فيها جبر للضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر وذلك بناء على أن صاحب التحفظ قد ارتكب خطأ بإخفاء غير ما أظهر².

II. **الصوروية:** كما سبق القول فإن الصورية هي وجود اتفاقين متزامنين ذهنياً، الأول هو التصرف الصوري أو الظاهر وفيه التعبير يختلف عن الإرادة الحقيقية والثاني هو التصرف المستتر، والنقطة الأساسية في الصورية هي قيامها باتفاق طرفي التعاقد لأجل تضليل الغير بخصوص القصد الحقيقي الذي هو من وراء التصرف الظاهر³.

وحسب نظرية الإرادة الباطنة فإنه يجب الاعتداد بالعقد المستتر وهو العقد الحقيقي الذي اتجهت الإرادة الباطنة إلى تحقيقه، وحسب الأستاذ "سافيني" يجب إعمال الإرادة الحقيقية لأطراف التصرف دون الوقوف عند ظاهر الكلمات، وعليه يعتبر العقد الصوري باطلاً، أما ما يتعلق بمصالح الغير نحو هذا العقد الظاهر الذي أصبح باطلاً، لهم في المسؤولية التقصيرية مصدر لحماية مصالحهم⁴.

1- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1983، ص 22.

2- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 40.

3- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 20.

4- جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص 41.

والمشروع الجزائري في مسألة تنظيم الصورية فقد أخذ بمذهب الإرادة في الصورية وهذا ما يستشف من نص المادة 199 من ق م ج التي نصت على أنه: " إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"، وعليه فإن موقف المشروع الجزائري واضح فالعقد الصوري ليس له أي أثر بالنسبة للمتعاقدين، لأن إرادتهما لم تنصرف إليه بل إلى العقد المستتر.

ب/الاختلاف غير المقصود: في بعض الحالات قد يكون هناك اختلاف غير مقصود بين التعبير والإرادة، ويكون هذا الاختلاف عن طريق صدور تعبير يخالف الإرادة الحقيقية وذلك بسبب عيب من عيوب الإرادة الذي قد يصيب التعبير مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

● الغلط: كما عرفنا سابقا فالغلط هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، فبالتالي هو تصور خاطئ للأمور والأشياء حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك¹، وعليه فالغلط يؤثر على الإرادة في اتخاذ قرارها.

وقد نص المشروع الجزائري على الغلط في نص المادة 81 من ق م ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، كما أضاف في المادة 82 من القانون السابق الذكر على أنه: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". ومن خلال استقراء المادتين السابقتين نجد أن المشروع اشترط حتى يتمكن المتعاقدان من إبطال العقد المبرم أن يكون هذا الغلط الذي يصيب الإرادة جسيما.

والغلط الجسيم هو ذلك الذي يبلغ درجة من الخطورة، أما تقدير جسامه الغلط فهو أمر نسبي يختلف من شخص إلى آخر فما هو جسيم في نظر متعاقد قد يعتبر هينا في نظر متعاقد آخر، وهكذا يتم النظر إلى جسامه الغلط إلى العوامل الذاتية والشخصية للمتعاقد الذي وقع في الغلط، فالمشروع أخذ بمعيار ذاتي لتقديره لجسامه الغلط²، ومن جهة أخرى أن يكون الغلط مؤثرا بحيث يكون هو الدافع إلى

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 157.

2- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 1995، ص 154.

التعاقد فالعبرة في صحة العقد بسلامة الرضاء وبالتالي فمتى وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري فمن حقه طلب إبطال العقد.

● **التدليس:** هو تضليل المتعاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى إبرام العقد، بحيث لو لم تكن لما قام بالتعاقد، أو هو استعمال طرق احتيالية بهدف إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره إلى التعاقد¹، وعليه يعتبر التدليس غلط مستثار أي مدبر فهو توهم الواقع على خلاف حقيقته وبالتالي فهو يعيب الإرادة ولا فرق في ذلك إذا صدر التضليل من المتعاقد الآخر أو من الغير فلا فرق بين الحالتين لأن هذا الوهم قد أثر على إرادته وبالتالي لا يلتزم بهذه الإرادة المعيبة.

وقد نصت المادة 86 من م ج م ج على التدليس كعيب في الإرادة بما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد."، وعليه فإن التدليس يقوم على 3 عناصر وهي:

- العنصر الأول: استعمال طرق احتيالية لتضليل المتعاقد بها.
- العنصر الثاني: هذه الطرق الاحتيالية هي الدافع للتعاقد.
- العنصر الثالث: أن تكون الطرق الاحتيالية مؤثرة.

● **الإكراه:** أقر المشرع الجزائري في المادة 88 من م ج م ج إلى جانب عيب الغلط والتدليس، عيبا ثالثا يتمثل في الإكراه، وعلى عكس المتعاقد الذي يقع في غلط أو المدلس عليه فإن المكره يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيب²، فالإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص مما يؤدي إلى اندفاعه إلى التعاقد، وما يفسد الرضا ليست الوسائل المستعملة فيه وإنما الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد³.

فالخوف والرهبة الذي يقوم في نفس المتعاقد المكره هو الذي يعيب رضاه فلا فرق بين الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر أو الغير، فهو في كلتا الحالتين عيب يصيب الإرادة فلا يطابق ما صدر من تعبير الاتجاه الحقيقي الذي أرادة الطرف المتعاقد، والإكراه يتكون من عنصرين:

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 109.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 185.

3- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 360.

العنصر الأول: بعث الرهبة الدافعة للتعاقد: إن ما يعيب الإرادة ليس الإكراه في حد ذاته وإنما ما تولد في نفس الشخص من رهبة، والخطر الجسيم الذي أصابه فمجرد التهديد الذي ليس فيه خطرا لا يعتد به إكراها¹.

العنصر الثاني: الرهبة غير مشروعة: يشترط المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 88 من ق م ج أن تكون الرهبة التي تحت ضغط سلطانها إذا أبرم المتعاقد العقد كانت دون وجه حق، يعني غير مشروعة، أما إذا كان الهدف من الإكراه مشروعاً فلا يمكن أن يؤدي إلى الإبطال مثل تهديد المدين من طرف الدائن بالتنفيذ الجبري على أمواله².

المطلب الثاني

كيفية استخلاص إرادة المتعاقدين

إن دور القاضي في استخلاص الرقابة على تطبيق القانون يقتصر على خطوات مهمة، إبتداءً من الملاحظة والكشف عن الوقائع، ويعتبر دور القاضي في هذه المرحلة في معرفة الوقائع عن طريق تحديد مضمون الالتزامات المترتبة على العقد وهو ما يتم عن طريق التفسير.

أما المرحلة الثانية فيلتزم القاضي بوضع العقد في الإطار القانوني المعد سلفاً عن طريق المشرع وذلك عن طريق إعطائه الاسم وهذا ما نقصده بالتكييف، أما أخيراً فيتم تطبيق الآثار القانونية الناتجة عن العقد الذي تم تكييفه، وعليه فإن عملية تكييف العقد تمر عبر مرحلة جد مهمة وأساسية وهي تفسير مضمونه لمعرفة طبيعته القانونية، وبالتالي يعتبر كل من التفسير والتأويل مرحلة أساسية ولازمة في عملية التكييف .

ويعتبر تفسير العقد من طرف القاضي مسألة تقديرية خاضعة لسلطته ولرقابة المحكمة العليا عليه فيما يخص عملية التفسير، غير أنه في بعض الأحيان تخضع عملية التفسير إلى الرقابة من قبل المحكمة العليا فالمبدأ السابق الذكر لم يعد مطلقاً إذ أصبح تحده قيود معينة.

1- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص110.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص119.

وعليه فإننا سنتطرق هنا إلى فرعين سنتناول في (الفرع الأول) تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أما (الفرع الثاني) فخصصناه إلى حدود رقابة التفسير على المحكمة العليا.

الفرع الأول

تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

يرم العقد بين أطراف العلاقة العقدية، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل لتفسيره، وهذه الحالة سماها المشرع الجزائري بتأويل العقد أو تفسيره.

فتعتبر عملية تفسير العقد من المهام المناطة بالقاضي، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود، سوف ندرس من خلال هذا الفرع إلى مفهوم التفسير كعملية فنية بتعريفه (أولاً)، وتمييزه عن بعض الأنظمة المقاربة لها، ثم إلى النية المشتركة للمتعاقدين (ثانياً)، كما سنتطرق إلى القواعد الأصولية في عملية التفسير (ثالثاً).

أولاً: مفهوم تفسير العقد

سنحاول تبين تعريف التفسير بالإضافة إلى أقسامه:

1/ تعريف تفسير العقد

لقد تعددت تعاريف التفسير بحسب وجه النظر إليه، فهناك من استند في تعريفه إلى الغرض من عملية التفسير باعتبار أن التفسير هو: "تأويل العقد إلى أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إرادة المتعاقدين إليه بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة"¹، كما عرّف أيضاً: "التفسير هو البحث عن المعنى الموجود في ثنايا العقد من خلال التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ينصب التفسير على تعبير كل من الطرفين عن إرادته للوصول إلى مقصده من إبرام العقد"².

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 382.

2- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 325.

وجانب آخر عرف تفسير العقد على أساس الباعث أي البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين والغاية من شروطهم وتعهداتهم على أنه: "أن تفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين"¹.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى تفسير العقد في نصوص ق م ج وبالتحديد في المواد 111 و112، وقد استعمل المشرع مصطلح التأويل للدلالة على تفسير العقد وذلك على غرار التشريعات العربية، أما في النص الفرنسي فقد استعمل المشرع مصطلح "interpretation" والذي يعني التفسير والأرجح أن نستعمل التفسير بدلا من التأويل.

وتعتبر عملية التفسير من المهام المعقدة التي يقوم بها القاضي، حيث يكمن دور هذا الأخير في البحث عن المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة وغير الدالة على وضعها الصحيح، وعليه يمكن للقاضي أن يقوم بالتفسير بناء على مفهومه الخاص الأمر الذي يترك له سلطة إقرار حسن النية في البحث عن التأويل الصحيح لإرادة المتعاقدين في العقد عن طريق التعبير عنه بشكل واضح ورفع الغموض واللبس والإبهام، وهذا عن طريق البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين².

كما تقتضي عملية التفسير التي يقوم بها القاضي التأكد من توافر بعض الشروط، إذ يجب أن يكون العقد صحيحا فالقاضي عليه التأكد أولا من صحة العقد من خلال توفر أركانه وشروط صحته إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان العقد صحيحا حتى يكون قابلا للتنفيذ³.

فالعقد لا يكون موجودا إلا إذا توفر على جميع أركانه من رضا ومحل وسبب، وكذلك الشكلية بالنسبة للعقود التي أوجب القانون إفراغها في قالب رسمي، أما فيما يتعلق بشروط الصحة فإن العقد بتخلفه يكون قابلا للإبطال، وهذه الأخيرة متعلقة بصحة الرضا الذي يمسه عيب من عيوب الرضا

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 238.

2- كرومي نذير وخليفي مريم، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفق مقتضيات حسن النية، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد-النعامة-، مج 08، ع 01، 2022، ص 510.

3- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، المرجع السابق، ص 441.

كالغلط والإكراه أو الاستغلال، فلا بد على القاضي أن يبحث في تكوين العقد أولاً فلا جدوى إذا كان العقد باطلاً إذ لا يمكن تنفيذه¹.

كما يجب أن يكون العقد غامضاً، ذلك أنه يفترض في القاضي البحث عن النوايا المشتركة للطرفين بدلاً من التوقف عند المعنى الظاهر لعبارة العقد، وبالتالي فالعبرة تكون في هذه الحالة بالإرادة الحقيقية فهي تعتبر الضابط الأساسي في تفسير غموض العقد أو بمعنى أدق العبارات الغامضة، فالقاضي يلجأ إلى الأخذ بالنية المشتركة للطرفين في تفسيره وبالتالي يتعين عليه الأخذ بالإرادة الباطنة لا الظاهرة حتى يستطيع التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين².

2/ أقسام التفسير

إن التفسير ينقسم إلى ثلاثة أقسام، تفسير قضائي، وتفسير آخر قانوني، وتفسير شخصي وتنتظر إليها كما يلي:

أ/ **التفسير القضائي**: نسبة إلى الجهة القضائية التي يصدر منها، ويعتبر التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة النزاع المطروح عليه من قبل المتعاقدين عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين³.

ب/ **التفسير التشريعي**: وهو الذي يصدر من المشرع في صياغته القانونية مثل قوله في النصوص القانونية "ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، فمثلاً هذه العبارة جاءت في نص المادة 107 من ق م ج.

ج/ **تفسير المتعاقدين للعقد**: قد يلجأ المتعاقدان في بعض الأحيان إلى إبرام اتفاقات تفسيرية للعقد الذي سيبرمونه سواء كانت قبل إبرام العقد أو لاحقة لهذه العملية، ويكون الغرض منها منع أي نزاع من شأنه أن يثور في المستقبل، وتكون هذا النوع من اتفاقات التفسير في العقود الدولية خصوصاً⁴.

ثانياً: تمييز التفسير عن بعض المفاهيم المشابهة

1- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 455.

2- Carbonnier (J) : droit civil (les obligations), PUF Paris, 1998, p 214 et 257.

3- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2003، ص 17.

4- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 17.

لتوضيح مفهوم تفسير العقد سنحاول تبين أوجه الاختلاف والاتفاق مع بعض المفاهيم المقاربة والتي تم اختيارها على أساس سلطة القاضي وسلطته فيها، وهذا في سبيل رفع الخلط الحاصل بين هذه المفاهيم.

1/ التفسير وتكملة العقد

يختلف تكميل العقد عن تفسيره من حيث الأساس، حيث يقصد بتكملة العقد سد النقص الذي يعترى العقد نتيجة إرجاء تنظيم المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق¹، على خلاف التفسير الذي يقصد به بيان ما قصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين وبالتالي تحديد ما يريده المتعاقدان معا، لا ما يريده كل طرف ولم يقبله الطرف الآخر².

وعلى الرغم من الاختلاف بين تفسير العقد وتكملته -سندرسه فيما بعد- إلا أنه هناك الكثير من النقاط يلتقيان فيها :

- يرد كل منهما على عقد صحيح، إذ يساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير الغامض، ثم يأتي بعد ذلك التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه ولكنه لم يذكر أيا كان السبب بمعنى يبدأ دور القاضي في تكملة العقد حين ما ينتهي من تفسيره³.
 - بالإضافة إلى أنهما يلتقيان من حيث المصادر التي حددها المشرع للرجوع لها من قبل القاضي، فجعلها أحكام القانون والعرف والعدالة بالنسبة للتكملة، وزيادة عليها طبيعة التعامل والثقة والأمانة بالإضافة إلى العرف الجاري في المعاملات بالنسبة للتفسير⁴.
- أما جوهر الاختلاف بينهما يكمن في عدة نقاط أهمها:

1- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام "دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994، ص 236.

2- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخ: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2016/2015، ص 20.

3- ابتسام ذيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 01، ع 12، ج 01، 2018، ص 141.

4- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 1993، ص 102.

- بالنسبة للمصادر التي حددها المشرع للقاضي سواء فيما يتعلق بالتكملة أو بالتفسير، فهناك من يرى أنها وردت على سبيل المثال بالنسبة للتفسير في حين أنها وردت على سبيل الحصر بالنسبة للتكملة¹.
- يلجأ القاضي إلى التفسير إذا كان هناك غموض يحيط بأحد بنود العقد بهدف الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، على خلاف تكملة العقد الذي يقوم فيها القاضي بإضافة البنود التفصيلية الناقصة إلى العقد بالاعتماد على مصادر خارجية.
- إن القاضي في تفسير النزاع المعروض عليه يعمل على استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال العبارات الغامضة في العقد سواء من خلال الوسائل الداخلية أو الخارجية بهدف الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، بينما تكملة العقد تفرض نقصاً في تنظيم العقد وعليه يعتمد القاضي هنا على المصادر التي حددها المشرع له من أجل سد النقص الموجود فيه².
- سلطة القاضي في تكميل العقد تعتبر سلطة تقديرية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، أما التفسير فيتضمن ناحيتين، ناحية قانونية يخضع القاضي فيها عند استخلاصه للنية المشتركة للمتعاقدين لرقابة المحكمة العليا وناحية واقعية لا يخضع فيها في عند استخلاصه لهذه النية للرقابة³.
- فالمشرع وضح هنا مدى استخدام القاضي للوسائل الخارجة التي منحها له والتي تعتبر ظروفًا مادية لا تتعلق بالقانون فلا رقابة للمحكمة العليا عليه، أما إذا كان الأمر متعلقاً بالأسباب التي يبني عليها القاضي حكمه من حيث كفايتها أو قصورها أو انعدامها فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا⁴.

1- عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني- دراسة مقارنة -، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط 01، 2015، ص 55.

2- سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد "دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه و القضاء المصري و المقارن"، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2008، ص 36.

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 102.

4- يمينة حوحو، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ع 01، 2013، ص 75 و76.

2/ تكييف العقد والتفسير

بالنسبة لتكييف العقد فيعرف على أنه: العملية التي يقوم بها القاضي بقصد إعطاء الواقعة القانونية المتنازع عليها الاسم والوصف القانوني الصحيح من أجل تحديد القواعد القانونية التي تنطبق عليه وتحكمه¹.

وعليه فالتكييف يهدف إلى معرفة الطبيعة القانونية للعقد من خلال النظر في الوقائع وتقصي ما وراءها ومن ثم يكيف العقد ويحكم فيه ويخضع هذا الحكم لرقابة المحكمة العليا، أما الخطأ في التفسير فيعتبر خطأ في الوقائع لذلك هو من شأن قاضي الموضوع فلها أن تقرر معناها على أي وجه تفهمه وتراه متفق مع قصد المتعاقدين ولا رقابة للمحكمة العليا عليه مادامت عبارة العقد تحمل المعنى الذي أخذت به.

بينما يعتبر الخطأ في التكييف خطأ في القانون لأنه ليس للمتعاقدين إنزال حكم القانون على الوقائع من حيث الوصف القانوني، فمثلا إذا تمت تسمية العقد هبة وكانت الوقائع تقول خلاف ذلك كالبيع أو القرض تكون للمحكمة العليا رقابة على مدى تطبيق القانون².

وهذا فإن الفرق بين التفسير والتكييف يكمن في أن: التكييف يهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد الطرفان إبرامه، والقواعد القانونية التي تطبق عليه والآثار التي تترتب على هذا التصرف، أما التفسير فيستعمل لمعرفة حقيقة ما أراده الطرفان من خلال الألفاظ التي استعملها.

3/ تفسير العقد وتفسير القانون

يعتبر تفسير القانون عملية اجتهادية من أجل إيجاد مضمون النص التشريعي وبمعنى آخر هو توضيح معنى القاعدة القانونية وكذلك نطاق تطبيقها¹، والحقيقة أن هناك عدة فروقات بين تفسير العقد وتفسير القانون نعرضها فيما يلي:

1- جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، ع 05، جانفي 2018، ص 418.

2- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، ج 01، 2005، ص 140-141.

- يقتصر الأثر القانوني في تفسير العقد على المتعاقدين فقط أو على الغير الذي له مصلحة، على خلاف تفسير القانون الذي يعني كل الأفراد سواء جماعة أو طائفة أو منظمة معينة².
- تعتبر إرادة الأطراف هي المرجع الأول في تفسير العقد ذلك أنه يتم الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض العقد على اعتبار أن الإرادة تعتبر الركيزة الأساسية في العقد³، أما تفسير القانون يتم فيه الاعتماد على نية المشرع بالأخذ بعين الاعتبار جميع الدلالات التي تشير إلى ذلك (الأعمال التحضيرية) في حالة ما إذا كان النص يحتاج إلى ذلك⁴.
- لما كان سرعان القانون يطول به العهد، فإن المحاكم يمكنها أن تستقر عند تفسير نصوص القانون الغامضة، وهذا الأمر على غير الحال في العقود التي تختلف فيها الأوضاع والعبارات على مدى الظروف وطول الأيام⁵.
- يمكن للقانون في حد ذاته أن ينص على شروط وضوابط تتعلق بتفسير العقد، غير أن هذا الأمر لا يوجد عند تفسير النصوص القانونية الأمر الذي يثقل على كاهل القضاة⁶.

1- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، المطبعة الجهوية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 23.

2- مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير، وتطبيقها في المنازعات العمل والضمان الاجتماعي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، جامعة وهران، 2009/2008، ص 27.

3- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ط 01، القاهرة، مصر، 1949، ص 107-108.

4- مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 27.

5- حسين عامر، المرجع السابق، ص 108.

6- مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 29.

ثالثا: القواعد الأصولية في التفسير

قبل البدء في عملية التفسير يجب على القاضي التأكد من مدى توفر شروط العقد وصحته، وبعد ذلك يتطرق للبحث عن مضمون محتوى العقد الذي يجب تنفيذه، والجدير بالذكر أن المشرع لم يترك له كامل الحرية للقاضي في تفسير العقد، بل ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على أهدافه الأصلية.

فالقاضي عندما يكون بصدد تفسير العقد يجد نفسه أمام حالتين، الأولى تحديد ما إذا كانت عبارات العقد غامضة وثانيتها تحديد ما إذا كانت عبارات العقد واضحة، لا يمكنه تفسير العبارات إذا كانت واضحة الدلالة، وأما إذا استقر في الحالة الأولى إلى أن عبارات العقد غامضة لا تعبر عن إرادة المتعاقدين وتؤكد غموضها فإنه ينتقل إلى المهمة الثانية وهي تفسيرها، فالقاضي الذي يقوم بمهمة التفسير يكون ملزما بالبحث عن النية المشتركة من خلال كشف ما تخفيه عبارات العقد¹.

1/ التفسير في حالة وضوح العبارة

ويتمثل فيما يلي:

أ/ تعريف وضوح عبارة العقد

يقصد بوضوح العبارة هو ذلك التطابق الذي يتم بين التعبير عن الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، بمعنى آخر أن الألفاظ أو الكلمات المستعملة أو الإشارات المستعملة قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة العاقدين.

كما قد يكون المقصود بوضوح العبارة وضوح العبارة المستعملة في حد ذاتها، أو وضوح بنود العقد كل بند على حده، إلا أن هذا التأويل غير صحيح، لأن العبارة الواضحة في حد ذاتها قد لا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين، وقد تتناقض مع عبارات أخرى، وقد يكون البند واضحا في ذاته إلا أنه متناقض مع بند آخر²، ووضوح عبارة العقد ليس وضوح كل جملة على حدة، بل هو وضوح دلالة العقد من مجموع ما جاء

1- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 149.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 384.

فيه من عبارات، لأن الأصل أن يعتبر العقد وحدة متصلة الأجزاء متكاملة الأحكام كلما دعت الحاجة إلى تفسيره أو تطبيقه¹.

2/ مدى جواز تفسير العبارات الواضحة للعقد

تباينت آراء القضاء في هذه الحالة من موقف يمنع القاضي من التفسير ويلزمه بظاهر النص، أما الموقف الثاني يقوم بتفسير النصوص لتحقيق العدل والإنصاف بين طرفي العلاقة التعاقدية، والتي سنقوم بتوضيحها فيما يلي:

أ/ الموقف الأول من تفسير عبارات العقد الواضحة

لا يجوز لقاضي الموضوع أن ينحرف عن المعنى الظاهر في العبارات إلى معنى آخر، فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفا وتشويها لها مما يوجب نقض الحكم لأن حالة وضوح العبارة تمنع القاضي من الاجتهاد والتفسير، حيث عليه في هذه الحالة أن يأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة².

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بإلزام القاضي بظاهر النصوص ورفض التفسير ولا رقابة في ذلك طالما أن هناك تطابق مع إرادة الطرفين، الأمر الذي أكدته القرار المؤرخ في 1808/02/02³، وساندت محكمة النقض المصرية هذا القرار بنصها أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، للتعرف على إرادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضي في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك⁴.

وأكدت محكمة النقض المصرية على القرار السابق بقرار آخر بتاريخ 1984/06/12 "يجب على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، ولا يجوز له تحت ستار تفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر

1- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 233..

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 278.

3- Terre François, Droit civil, les obligations; 9 édition, 2005, p 461.

4- معوض عبد التواب، المرجع في تعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، ط 04، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 489.

بصدق عما تقصده الإرادة، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد معنى عبارات العقد ووضوحها كما لو أن يستبعد عبارات العقد الغامضة¹.

أما بالنسبة إلى المحكمة العليا الجزائرية فقد استقرت على أن قاضي الموضوع لا يعتبر ملزماً بتبرير حكمه في حالة ما أخذ بالعبارات الواضحة، فيكفي أن تشير في حكمها أنه أخذت بها فقط، وعليه فإن المحكمة هنا أخذت بنفس اتجاه محكمة النقض الفرنسية والمصرية فيما يخص تفسير عبارات العقود الواضحة².

ب/ الموقف الثاني من تفسير عبارات العقد الواضحة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المشرع عندما نص على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة إنما قصد وضوح الإرادة لا اللفظ، وإنه ليس المقصود بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدى، بل وضوح دلالة العقد وبصورة عامة³.

حيث يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: "لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها حتى تكون في غير حاجة إلى تفسير، وإنما يجب أن تكون فوق ذلك واضحة بالنسبة إلى دلالتها على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة إذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعترضها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها"⁴.

وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 30 نوفمبر 1977 بأن القاضي ملزم بأن يأخذ بعبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداه الواضح إلى معنى آخر، ولكن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة⁵.

1- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 489.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 280-286.

3- عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 39.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل، القاهرة، مصر، 1981، ص 305.

5- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 477.

وباستقراء نص المادة 111 من ق م ج نجد أن المشرع منع على القاضي الانحراف عن عبارات العقد الواضحة بحجة تفسيرها وفي سبيل استخلاص مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة ودالة على ما قصده المتعاقدون.

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/09/1991 إلى عدم السماح للقاضي بتفسير نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، وذلك بأن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر، فإن قضاة الموضوع قاموا بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من القانون التجاري لم تحترم، فخرقوا القانون وخرجوا عن مضمون العقد¹.

فالقاضي يمكن له أن يقوم بتفسير العبارات الواضحة في حالة ما إذا كانت لا تعكس النية الحقيقية للأطراف، فالظاهر هنا لا يقف مانعاً أمام القاضي من أجل القيام بعملية التفسير غير أن المحكمة العليا لا تقر ذلك إلا إذا أعطى الأسباب المقبولة كالمعقولة لقيامه بهذا الإجراء لأن عمل القاضي بذلك يؤثر على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

2/ التفسير في حالة غموض العبارات

ويتمثل فيما يلي:

أ/ مفهوم غموض عبارات العقد

يقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بوضوح عن الإرادة الحقيقية للطرفين، ليتخبط العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل، ويتعذر ترجيح وجه على آخر².

وبالعودة إلى نص المادة 111 في فقرتها الثانية والتي تنص على: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع

1- القرار المؤرخ في 16/09/1991 ملف رقم 80.816 م.ق، 1993، ص 151، مأخوذ عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون

المدني الجزائري، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 41.

2- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 261.

الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

ومن خلال استقرار النص السابق الذكر نجد أن المشرع أورد استثناء على تفسير العبارات وذلك في حالة ما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، ففي هذه الحالة منح المشرع الحق للقضاة من أجل تفسير العقد عن طريق البحث عن النية المشتركة للطرفين، وهو الحال في قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 1997/07/23 الذي أيد قرار المجلس الذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض، إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر ويتبين أن قضاة الموضوع قد استعملوا حقهم في التأويل مادام العقد غامضا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها¹.

فالقاضي يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد وهو بصدده تفسيره للعبارات الغامضة الواردة فيه، ومن أجل ذلك فهو يعتمد على معايير موضوعية وبالتالي لا يعتد بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما الإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها².

كما يمكن في بعض الحالات أن العبارات المستعملة من قبل الأطراف المتعاقدة يشوبها نوع من الغموض فلا يتبين معناها من النظرة الأولى أو تكون تحتل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات³.

ب/ حالات غموض عبارات العقد

ليس هناك معايير محددة لتمييز العبارات الواضحة عن العبارات الغامضة، لكنه تم حصر العيوب التي تؤدي إلى غموض العقد فمن بينها نجد العبارات المهمة أو المتناقضة، والنقص، والخطأ.

• **العبارات المهمة أو المتناقضة:** هي الحالة التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بوضوح عن الإرادة الحقيقية للطرفين فيكون العقد قاصرا لاحتمال وجود عدة تفسيرات كما يتعذر ترجيح وجه

1- القرار المؤرخ في 1997/07/23، المجلة القضائية، ع 02، لسنة 1997، تحت رقم 149300 بتاريخ 1997/07/23، ص 51.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 286.

3- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 265.

على آخر، فالتناقض في هذه الحالة يكون في العبارة التي تحمل أكثر من دلالة ويكون الإشكال إذا تعارضت هذه العبارات في المعنى الواحد، فالعبارة المهمة لا يعرف منها أي معنى يستقيم بها العقد، وبالتالي يكون من الأحسن الرجوع إلى المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا¹.

● **النقص:** وهو إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل المهمة التي لولاها لما استقام المعنى والحكم، وعلى سبيل المثال ذلك ما جاء في القرار الذي صدر من المحكمة العليا بتاريخ: 1983/04/13 حيث يتضح من "أن المتعاقدين في عقد بيع السيارات لم يشير إلى الرسم الذي هو إجباري في العلاقة بين البائع ومصالحة الجمارك في عملية استيراد السيارات، وبذلك أصبح الأمر من صلاحية القاضي فله سلطة تقديرية في تفسير علاقة البيع"².

ج/ قواعد التفسير: القاضي لكي يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته، وعوامل أخرى خارجية عن العقد.

1. العوامل الداخلية

➤ **حسن النية:** يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي تسيطر على العقود سواء في إبرامها أو عند انقضائها³، وقد تطرق المشرع الجزائري في نص المادة 111 من ق م ج إلى القواعد المتاحة لوصول القاضي إلى القصد الذي يريده المتعاقدين غير أن المشرع لم يتطرق إلى حسن النية كما فعل القانون المصري، لكنه بين أنه يجب على المتعاقدين أن يتحلوا بحسن النية عند تنفيذ العقد باعتباره محرك العلاقة العقدية وهذه النية تكون مفترضة لكل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك⁴.

➤ **الشرط المألوف:** يعتبر ذلك الشرط الذي يشيع ورودها في العقود ذات الطبيعة الواحدة⁵، وقد يستعين به القاضي في عملية التفسير لأنه يعتبر من القواعد المكملة فوظيفته تكميل العقد وليس

1- عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، ج 02، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر، 1992، ص 940.

2- القرار المؤرخ في 1983/04/13، المجلة القضائية، ع 01، 1990، ملف رقم 31315، ص 19.

3- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 282.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 368.

5- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات "دراسة فقهية وقضائية"، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 83.

تفسيره، فالشرط المألوف إذ كان واضحاً فإنه يعكس إرادة الطرفين طالما لم يوجد أي تنازع بينهما حول هذا الشرط، وفي حالة حدوث خلاف فإن القاضي يقوم بتفسير آخر من أجل تشخيص مضمون إرادة الطرفين¹.

➤ **طبيعة التعامل:** يقصد بطبيعة التعامل الطبيعية القانونية لنوع العقد الذي قصده المتعاقدان إبرامه أو بمعنى آخر التنظيم القانوني للموضوع الذي عالجه المتعاقدان في العقد بينهما²، فعلى سبيل المثال إذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى فهنا احتمال كبير أن نية المتعاقدين انصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل، وبالتالي تفسير العقد على أساس طبيعة العقد واستبعاد كل ما يتعارض مع طبيعة التعامل المتفق عليه، ففي حالة خلو العقد من تنظيم مسألة ما يتم الرجوع إلى طبيعة العقد أو موضوعه، فمثلاً إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الثمن في عقد البيع رجعنا إلى قواعد عقد البيع وما هو معروف من طبيعة العقد³.

ii. **العوامل الخارجية:** هي تلك القواعد التي لا تتعلق بالعقد ذاته، وإنما يتم الرجوع إلى ظروف خارجية عن العقد ذاته وعن عباراته، وتمثل هذه العوامل في العرف الجاري في المعاملات بالإضافة إلى الظروف المحيطة بالعقد.

➤ **العرف التجاري في المعاملات:** وهي تلك العادات والمعاملات الجارية بين الناس في حياتهم وما استقروا عليه بالعمل في مختلف المعاملات⁴، ولقد منح المشرع في نص المادة 11 ف 02 سلطة للقاضي فيما يتعلق بالتفسير وفقاً لما يقتضيه العرف الجاري العمل به في المسألة التي ثار النزاع بشأنها، إذا كان هناك لبس أو غموض في عبارات العقد أو كان هناك احتمال وجود ذلك، وللقاضي سلطة واسعة في

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، "دراسة مقارنة"، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، مطبوعة جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 572.

2- عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 228.

3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات "دراسة فقهية وقضائية"، المرجع السابق، ص 32.

4- وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة لعقد والاستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 165.

تطبيق هذا الأمر متى رأى أن بنود هذا العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف لأنه يفترض علم المتعاقدان به ويكون قد ارتضياه في التعاقد، وإلا لصرحا في العقد باستبعاده ومخالفته¹.

➤ **ظروف المتعاقدين والوقائع المحيطة بالعقد:** ويقصد بهذه الظروف حالة المتعاقدين وقت إبرام العقد، وينظر هذه الظروف من عدة نواحي، تساعد القاضي للوصول إلى تفسير العقد مثلا مرحلة التفاوض التي تسبق العقد والتي قد تساعد في تفسير إرادة المتعاقدين وكذلك حالة المتعاقدين الشخصية وقت إبرام العقد².

كما يمكن للقاضي الاعتماد على ظروف موضوعية من أجل تفسير العقد، وقد تمثل هذه الظروف على سبيل المثال في محررات قد تبادلها المتعاقدان قبل التعاقد أو عقود سابقة قد أبرمها الطرفان يمكن أن يستند من خلالها على ما قصده المتعاقدان في العقد المراد تفسيره، أو قد تكون الظروف الموضوعية عبارة عن مجرد وقائع مادية³.

1- كرومي نذير، خليفي مريم، المرجع السابق، ص 512.

2-E.ALLAN FARNSWORTH L'interprétation des contrats internationaux revue de droit des affaires internationales volume 3-4 année 2002, p 276.

3- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 121.

الفرع الثاني

حدود التفسير

إن العقد ملزم لعاقديه وهو في نفس الوقت ملزم للقاضي وبالتالي لا يمكن تغيير بنوده وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي، فتطبيق العقد يدخل ضمن رقابة المحكمة العليا، أما في حالة غموض العقد فالقاضي له سلطة تقديرية في تفسير العقد أي في تحديد وجود ومضمون الالتزامات المترتبة عليه. غير أن السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة الموضوع في تفسير العقد عرفت تطورا تاريخيا من خلال موقف محكمة النقض الفرنسية والتي كرست المبدأ ووضعت عليه قيود وهو ما سنتطرق إليه، حيث سنعرض (أولا) رقابة المحكمة العليا على عملية التفسير، ثم نتناول بعد ذلك التحريف كقيد على قضاة الموضوع (ثانيا).

أولا: رقابة المحكمة العليا على عملية التفسير

إن المحكمة العليا في إطار رقابتها على قضاة الموضوع تصطدم بقاعدة عدم جواز التعرض للوقائع وبحث الموضوع من جديد فهي لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، فرقابتها تقتصر على المسائل القانونية دون أن تتعرض إلى الوقائع وعلى الرغم من هذه القاعدة لم تمنع المحكمة العليا من فرض سلطتها على عمل القاضي في تفسير العقد، حيث تمارس رقابتها إذا تعلق الأمر بمبادئ النظام العام أو عندما يعطي القاضي وصفا أو تكييفا قانونيا لواقعة أو عقد ليستخلص منها آثار قانونية محددة¹.

1- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، المرجع السابق، ص 447-448.

1/ التمييز بين الواقع والقانون

ويتمثل فيما يلي:

أ/ معايير التمييز بين الواقع والقانون

على الرغم من أن مسألة التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون لوهلة الأولى تبدو أنها سهلة التحديد نظرياً أو بشأن حالة معينة مطروحة، إلا أنها صعبة من الناحية الواقعية حيث يصعب تحديد معيار يمكن تطبيقه بسهولة إذا كنا بصدد معرفة أننا أمام مسألة قانون أو مسألة واقع، فالخط الذي يفصل بينهما رقيق جداً إذ يمكن أن يختلطا في كثير من الأحيان¹.

يقصد بالواقع كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية يرتب عليه القانون أثراً، وهذه الوقائع القانونية قد تكون واقعة أو تصرفاً مادياً، أما القانون فيقصد به مجموع القواعد القانونية سواء كانت موضوعية أم إجرائية، وسواء كانت وطنية أو أجنبية².

ولقد لجأ الفقه بصفة عامة للتمييز بين الواقع والقانون إلى عدة طرق منها:

1. **الطريقة الأولى:** وهذه الطريقة التي وضعها الأستاذ "Bonnier" وتتلخص في تتبع المراحل التي يمر بها النزاع أمام القاضي عن طريق استخراج كل ما يتعلق بالواقع وما يتعلق بالقانون، فيقوم في المرحلة الأولى بالتحقيق من وجود وقائع الدعوى وتعتبر من مسائل الواقع، فالقاضي عندما تطرح عليه الدعوى أمامه يجري فحص لوقائع الدعوى، لينتهي بعد ذلك إلى ثبوت بعضها بأدلة التي يراها مقنعة في الكشف عنها وإبطال بعضها لعدم كفاية الأدلة³.

وتلها المرحلة الثانية وهي مرحلة التكييف أو مرحلة البحث في تعريف القانون للوقائع، ففي هذه المرحلة يقوم القاضي بتكييف هذه الوقائع وذلك بإعطائه الوصف المناسب الذي أوجبه القانون⁴. أما

1- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 483.

2- مقفي بن عمار، المرجع السابق، ص 467.

3- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 484.

4- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 469.

المرحلة الأخيرة، فهي تعتبر مرحلة استخلاص النتائج بعبارة أخرى الوصول إلى الآثار القانونية المترتبة على هذا التطبيق بإنزال حكم القانون على ما ثبت من وقائع¹.

2. **الطريقة الثانية:** اعتمد على هذه الطريقة كل من الألمان والإيطاليين، وتقوم على أساس أن كل حكم يصدر في الدعوى أو في جزء منها يفترض فيه أنه طبق قاعدة قانونية معينة على وقائع محددة ثابتة لدى القاضي، فمتى توافرت شروط هذه القاعدة القانونية بجميع عناصرها وجب على القاضي تطبيق تلك القاعدة وإعمال حكمها.

فإذا أخطأ القاضي في عملية التطبيق فمثلا لم يستدل على القاعدة الواجبة التطبيق أو تم تطبيقها بطريقة معينة، فإننا نكون في هذه الحالة بصدد مسألة قانون لورود خطأ في تطبيق القانون، أما إذا كان الخطأ بسبب ظروف ليست جديدة، فإن ذلك يعد من مسائل الواقع التي يترك أمرها لتقدير قاضي الموضوع، والجدير بالذكر أن الخطأ في الواقع لا شأن للمحكمة العليا به².

3. **الطريقة الثالثة أو ما يسمى بطريقة الاستدلال القضائي القياسي:** لقد اعتمد بعض الفقه على انتهاج فكرة الاستدلال والقياس، فاعتبر حكم صدر في دعوى أو مسألة منها هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس تتكون من مقدمتين "إن مجموع الوقائع وهي المقدمة الصغرى، والقاعدة القانونية وهي المقدمة الكبرى، والحكم أو القرار القضائي تعتبر منطقية لهذا القياس أو الاستدلال القضائي³، ويترتب على ذلك إذا كان الخطأ واقعا في المقدمة الكبرى أي القاعدة القانونية يستوجب إعمال رقابة المحكمة العليا، أما إذا وقع الخطأ في نتيجة القياس نكون أمام خطأ في الوقائع يستوجب رقابة المحكمة.

1- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 484 .

2- هيثم عصام عيسى، دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين، قدمت الأطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017، ص 97-99.

3- مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 472.

2/ خضوع القواعد القانونية عند تفسيرها للرقابة من طرف المحكمة العليا

إن المحكمة العليا تفرض رقابتها على قضاة الموضوع عندما يتعلق الأمر بتفسير العقد، فهي لها حق الرقابة خاصة إذا ما كانت بنود العقد واضحة¹.

كما وضع المشرع عدة قواعد يجب على القاضي الالتزام بها عند تفسير العقد وذلك من خلال نص المادة 111 من ق م ج، وعليه فالقاضي عند تفسيره للعقد فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن التطبيق من مسائل القانون لا من مسائل الواقع، لذلك وجب عليه الالتزام بالقواعد المقررة وإلا كان حكمه معرضاً للنقض².

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا الأمر، إذ اعتبرت أن تفسير قضاة الموضوع لبنود العقد تفسيراً خاطئاً على خلاف تفسيره الحقيقي يستوجب خضوعه لرقابة محكمة النقض وهذا ما أكدته القرارين الصادرين عنها في 02 فبراير 1808 و 03 أوت 1809 قالت فيهما: "إن العقد هو عمل قانوني خاص وليس قانوناً، وعلى الرغم من أن المادة 1134 قد شبهته بالقانون بين المتعاقدين إلا أنه لا يمكن له أن يصل إلى درجة القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية والتي تطبق على جميع الأشخاص في الدولة³.
على الرغم من السلطة الواسعة للقاضي في التفسير، سواء كان تفسير شخصي أو موضوعي إلا أنه في جميع الأحوال يخضع للرقابة من طرف المحكمة العليا حيث تحرص هذه الأخيرة دائماً على محاولة التطبيق السليم للقواعد القانونية لتفادي خروج القضاة عن الوجهة التي رسمها المشرع أثناء تفسيرهم للعقود⁴.

الأمر كذلك بالنسبة للعبارات الواضحة فالمحكمة العليا تفرض رقابة على القضاة عن طريق تسبيب الحكم الصادر منهم، فمتى التزمت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 280.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193.

3- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، ج 2، د دن، بيروت، 1998، ص 249، 298.

4- عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 77.

حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح¹، وهو الذي يعبر عن قصد المتعاقدين، وقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1991/06/16 أين قامت بنقض قرار قضاة الموضوع الذين فسروا نوعية العقد بصفة مخالفة للصفة التي أعطيت لهذا العقد من طرف المتعاقدين². وإذا لجأت محكمة الموضوع إلى مخالفة قواعد الإثبات تحت حجة التفسير، كأن تعتمد على أدلة وقرائن غير مستمدة من المستند الخطي الذي يثبت العقد لتفسير نية المتعاقدين، أو تعتمد على مستند خطي غير صادر عنها أو عن أحدهما ففي هذه الحالات تكون محكمة الموضوع لجأت إلى استعمال وسائل إثبات لا يقرها القانون، ولذلك اعتبر أن استخلاص نية المتعاقدين المشتركة تعتبر من الأمور الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع والتي تخضع لسلطته³.

ثانيا: التحريف كقيد على قضاة الموضوع

إن التحريف يأخذ حيز كبير في مجال تفسير العقود إذ يعتبر من أهم الموضوعات الواردة فيه نتيجة تعدد جوانبه ودقة مسائله العملية، فالقانون حول لقضاة الموضوع السلطة التامة في مجال تفسير العقود في سبيل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، غير أن هذه السلطة لا تكون مطلقة إذ أن هناك قيود تفرض على القضاة لا يجوز تجاوزها تحت طائلة تحريف محتوى العقد وبالتالي تعديل مضمونه⁴.

ويقصد بالتحريف تجاهل المعنى الواضح والمحدد للتعبير من أجل أن يسند إليه معنى مغاير للحقيقة، فالقاضي في هذه الحالة يعدل عن المعنى إلى معنى آخر لا يعبر عن الإرادة المشتركة، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ سنة 1871 في قرارها الذي جاء فيه: "أنه ليس لقضاة الموضوع تحريف الالتزامات التي ترتبها العقود عندما تكون ألفاظها واضحة ومحددة"⁵.

1- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص 70.

2- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/16، المجلة القضائية، ع 04، 1993، رقم الملف 80816.

3- دالي بشير، المرجع السابق، ص 71.

4- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، المرجع السابق، ص 451.

5- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 542.

ويحصل أيضا التحريف كذلك إذا اغتنم القاضي فرصة تفسير عبارة غامضة ليغير عبارات واضحة الدلالة، أو إعفاء الأطراف من تنفيذها، فالتحريف يخص بالخروج عن إرادة المتعاقدين لا بالرجوع عن حرفية النص¹.

ومن مبررات هذا المبدأ احترام القانون من قبل القاضي ومنعه من التعسف في التفسير رغم وضوح الإرادة إضافة إلى الطبيعة الخاصة لبعض العقود، وكذا الحرص على احترام حرية التعاقد واحترام قضاة الموضوع لإرادة الطرفين المشتركة التي يقوم عليها العقد².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يبني الطعن إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:

- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
- وما نصت عليه المادة 111 من ق م ج: " أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها...".

ومن خلال استقراء النصوص السابقة يتضح أن قيام القاضي بتفسير العبارات الواضحة في العقد يعتبر انتهاكا وتحريفا لمضمونها الواضح والدقيق مما يستوجب نقضه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر حيث بينت فيه موقفها من تحريف العقد وذلك في قرارها الصادر في 2002/01/16 مفاده "أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، ولذلك برفض الدعوة الرامية إلى إلغاء عقد الوصية ما دام قصد المورث أن ينصرف إلى توزيع أمواله على الورثة أثناء حياته"³.

وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، "العقد والإرادة المنفردة"، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 167.

2- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، المرجع السابق، ص 451.

3- ملف رقم 2780004، القرار المؤرخ في 2002/01/16، المجلة القضائية، ع 01، 2003، ص 367.

الأطراف الصريحة بما يتنافى معها، ومتى كان ذلك يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعنين بمخالفة أحكام هذا المبدأ".

فرقابة المحكمة العليا للقضاة بشأن تفسير العقد أصبحت بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقصورة على تحريف المضمون الواضح لوثيقة معتمدة في الحكم طبقاً لنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها 12، ولكن يشترط أن تكون واضحة المضمون ولا تحتمل التأويل وأن تكون مكتوبة وفي هذا الطرح يكون المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي فيما يخص الكتابة¹.

1- بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، المرجع السابق، ص 452.

الفصل الثاني

تركيبة وبنيان العقد ودورها في تكييف العقود

إن المعاملات اليومية التي يقوم بها الأشخاص والغير محدودة جعلت من العقود التي يبرمونها متنوعة وكثيرة فهي لا تكون دوما عقود بسيطة ومسماة، فقد ينطوي العقد الواحد على عدة عمليات قانونية معقدة تخرج من نطاق العقود المسماة، وعليه تتنوع الأحكام القانونية المتعلقة بها والالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها وتتداخل فيما بينها.

ونتيجة هذا التداخل في العقود المتنوعة تثور نزاعات كثيرة بين الأطراف المتعاقدة، والتي تحول دون تنفيذها على النحو الذي تم الاتفاق عليه وخاصة في الحالة التي يكون فيها كل طرف من المتعاقدين قد اتجهت إرادته لإبرام عقد مختلف على الذي كان يقصد الطرف الآخر إبرامه، مما قد يخلق نزاع بين الطرفين، فالقاضي عندما يقوم بعملية التكييف لا يلتزم بالوصف الذي يعطيه الأطراف لعقودهم، لكنه يبدأ بالعمليات القانونية التي تداخل لإنشاء هذا العقد والغرض الذي يريد المتعاقدان تحقيقه من وراء هذا العقد سواء بالنظر إلى الأحكام والالتزامات المشكلة له، أو النظر إليها منفصلة عن بعضها البعض.

فالقاضي يلجأ في مرحلة أولية إلى مطابقة اتفاق الأطراف مع أحد النماذج الواردة في العقود المسماة فإذا كان هناك تطابق طبق القاضي أحكام هذا العقد وهذه العملية لا تثير أي إشكال، خاصة إذا ما تضمن هذا الاتفاق العناصر الجوهرية التي تقابل العناصر القانونية المميزة لعقد من العقود المسماة، لكن قد تتعدد الأمور عندما يجد القاضي نفسه أمام عقد غير مسمى يتضمن العديد من العناصر القانونية المتداخلة في تركيبته، فتقوم مسؤولية القاضي في هذه الحالة في اختيار النظام القانوني ووضع العقد في الإطار الخاص به وذلك لانقاد العقد من الخروج عن الغاية التي أبرم من أجلها.

وعليه وبالنظر إلى ما يتكون منه العقد في حد ذاته من عناصر موضوعية وعناصر ذاتية، تتحد فيما بينها لتحديد طبيعة العقد، والتي تفرضها طبيعة مكونات العلاقة التعاقدية نفسها التي تربط الأطراف المتعاقدة، فإن عملية التكييف ما تزال بالأمر الصعب ومحل جدل كبير سواء على المستوى الفقهي والقضائي الأمر الذي لم يحسم بشكل نهائي، وبالرغم من كل هذا تم وضع بعض الأسس والقواعد التي تسهل من عملية التكييف سواء بالنسبة للعقود المسماة أو غير مسماة.

سنتطرق في هذا الإطار إلى تكييف العقود المسماة (كمبحث أول)، وبعد ذلك سنمر إلى محاولة تبيان أم أن التكييفات الواردة على العقود غير مسماة (كمبحث ثاني).

المبحث الأول

تكييف العقود المسماة

نتيجة تطور وانتشار مبدأ سلطان الإرادة أصبح الأفراد يرمون ما يشاؤون من العقود في حدود النظام العام والآداب العامة، لذلك أصبحت العقود متعددة ومتنوعة فبدأ الفقهاء يقسمون العقود حسب موضوعها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، والعقود المسماة هي العقود التي تولى المشرع الجزائري تنظيمها في أحكام القانون المدني، ومثاله عقد البيع عقد الإيجار عقد الوكالة...إلخ.

ويبدو أن كل من الفقه قد استقر طويلا على اعتبار أن العقد يكون مسمى بوجود هاذين الضابطين أي تسميته من طرف المشرع وتخصيص تنظيم خاص به، غير أن الفقه الحديث بدأ يجادل في هذه الضوابط حيث أن هناك اتجاه ذهب أن معيار العقد المسمى هو التنظيم فقط فمتى نظم المشرع عقدا معيناً إلا وكان عقدا مسمى حتى ولو لم يسميه وسمته مثلا الممارسة أو السلطة التنظيمية، في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول أن المعايير السابقة الذكر غير مهمة لوجود العقد المسمى، واعتبروا أن العقد مسمى حتى ولو لم ينظمه المشرع ولم يسميه وإنما سمته الممارسات التعاقدية¹.

وقد اختلفت العقود المسماة في الوقت المعاصر عن تلك التي كانت سائدة في العصر الروماني، كما أن أهميتها قد اختلفت عن تلك التي كانت في ظل هذا الأخير، وإلى جانب هذه العقود ظهرت عقود جديدة مركبة أو بسيطة أعطى لها المشرع تسميات خاصة ونظمها بموجب أحكام خاصة بها مستقلة عن القانون المدني، فتداخلت هذه العقود فيما بينها.

الأمر الذي أدى إلى خلق إشكالات تتعلق بهذه العقود لاحتوائها على أكثر من تكييف مرجعي، لذلك كان ولا بد من تحديد الطريقة المثلى لتكييف هذا النوع من العقود سواء باللجوء إلى تطبيق التكييف الموحد (المطلب الأول)، أو إلى تطبيق تكييف توزيعي يتم من خلاله تطبيق كل نظام قانوني على الجزء الخاص به (المطلب الثاني).

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 325.

المطلب الأول

التكييف الموحد

إن تطبيق نظامين قانونيين على العقد الواحد من شأنه أن يخلق فوضى في العلاقات العقدية ويجعل القواعد القانونية عديمة القيمة، فكل طرف من الأطراف المتعاقدة يحاول جعل العقد يخدم مصلحته، لذلك وجد نظام التكييف الموحد كوسيلة للحفاظ على وحدة العقد وعدم تجزئته في سبيل تطبيق نظام قانوني واحد على العقد محل التكييف.

وعليه سنتناول في هذا الإطار الأساس الذي يقوم عليه التكييف الموحد (الفرع الأول)، بالإضافة إلى النتائج المترتبة على تطبيق هذا النوع من التكييف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس التكييف الموحد

يتميز التكييف الموحد بخاصية الحصرية، والتي يترتب عليها أن طبيعة الالتزامات الناتجة عن هذا العقد تكون أصلية، وعليه فإن هذا التكييف يقوم على أساس الاكتفاء بعنصر واحد يكون أساسيا وأصليا في العقد، أما باقي العناصر فتكون تابعة له، فتحدد طبيعة العقد القانونية انطلاقا من هذا العنصر الأساسي فيه¹.

فالعناصر المترابطة في العقد تسمح له بتشكيل بنية معينة فهذا الترابط هو الذي يضمن تكييفا موحدا ومحددا للمجموعة، إذ أن العناصر الموحدة والغير قابلة للانقسام هي التي تضمن تكييفا موحدا وبالتالي تماسك جميع عناصر هذه المجموعة بصفة عامة والعقد بصفة خاصة².

والتكييف الموحد أساسه الالتزام الغير قابل للانقسام، ويرد هذا الالتزام على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا تبين أن غرض طرفي العقد أن ينفذ الالتزام المتفق عليه في العقد دون أن ينقسم، أو إذا انصرف نية الأطراف المتعاقدة إلى ذلك³.

1- Daniel Mainguy, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 6e éd, 2008, n° 11, p18.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 97.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

يعرف الالتزام غير القابل للانقسام بأنه ذلك الالتزام الذي لا يمكن الوفاء به إلا جملة واحدة¹، وبالتالي مضمون عدم القابلية مما يؤدي إلى تشكيل بنية موحدة للالتزامات المنبثقة عن العقد. وفي هذا الصدد يمكن أن تكون عدم القابلية للانقسام موضوعية (أولاً)، كما يمكن أن تكون عدم القابلية للانقسام ذاتية (ثانياً).

أولاً: عدم القابلية للانقسام الموضوعي

يعتمد المشرع على عدم القابلية للانقسام الموضوعية كمعيار للتكييف، عندما لا يكون للأطراف دور فيها، وتتجلى هذه الانقسامية الموضوعية بصورة أوضح في العقود الملزمة لجانبين ذلك أنها تنصهر بقوة في ارتباط معين أين يوجد تقابل وتبادل في الالتزامات²، بالإضافة إلى علاقة سببية بين هذه الالتزامات التي يحملها كل متعاقد، وعلى هذا الأساس يستوجب توافر ما يلي³:

- أن تنشأ هذه الالتزامات في وقت واحد، أي وقت إبرام العقد،
- أن تكون هذه الالتزامات من مصدر واحد، أي من نفس العقد،
- أن يكون تنفيذ التزام المتعاقد متصلاً ومقابلاً لتنفيذ الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر.

وعلى سبيل المثال، فيما يتعلق بعقود الاندماج في الزراعة هي العقود التي تحوي التزامات متبادلة في تقديم المنتوجات والخدمات، ووجود مجموعة الالتزامات المتبادلة بين المنتج الزراعي والمندمج هو الذي يتيح وصف عقد الاندماج، وتبادل الالتزامات وارتباطها إظهار للانقسامية الموجودة بين الالتزامات المختلفة التي يضطلع بها كل فريق⁴.

1- محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 252.

2- عبد الرزاق أيوب، التكييف القانوني - الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، 2004/2003، ص 366.

3- علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 58.

4- منصور القاضي، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد وآثاره)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 2000، ص 124.

نفس الأمر ينطبق على كل من المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار، فالمؤجر يلتزم في عقد الإيجار بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وضممان الانتفاع خلال مدة العقد ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة، وبالمحافظة على العين المؤجرة وردها عند انتهاء مدة العقد. فهذا الترابط بين الالتزامات المختلفة يسمح لنا بتبني تكييف موحد لمجموع هذه الالتزامات، على أنه عقد إيجار، و يخضع للقواعد الخاصة بهذا النوع من العقود¹.

أما عقد البيع على التصاميم نص المشرع الجزائري عليه في المادة 28 من القانون 11-04² على أنه: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بنائية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

ونص عليه المشرع المغربي في الفصل 1-618 من القانون رقم 44.00 يتم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود³ على أنه: "يعتبر بيع العقار فيطور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال، يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال". باستقراء نص المادة السابقة الذكر، يتضح لنا أن هذا العقد يتضمن التزامين جوهرين يقع على عاتق المرقى العقاري، فالالتزام الأول يتعلق بتشييد العقار محل البيع أما الالتزام الثاني فيتمثل في نقل ملكية هذا العقار، ونتيجة لهذه الازدواجية بشأن طبيعة هذا العقد وخاصة أنه يخضع لأحكام قانونية مختلفة، عقد المقاوله فيما يتعلق بتشييد العقار، ونقل الملكية يخضع لقواعد عقد البيع.

ولكن الإشكال الذي يطرح حول ما إذا كانت هذه الالتزامات المترتبة على هذا العقد ترتبط كلها بعقد البيع ارتباطا يظهر بشكل مطلق اللانقسامية الموجودة بينها والتي تشكل معيارا للتكييف الموحد، أم

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص ص 98، 99.

2- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11 أبريل 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج ر، ع 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

3- الفصل رقم 1-618 من قانون رقم 44.00 يتم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، ج ر، ع 5054، المؤرخة في 07 نوفمبر 2002، ص 3183.

أن اللانقسامية تقف عند حدود التزامات البائع والمشتري، دون أن تمتد إلى تلك الناتجة عن خصوصية الالتزامات التي يتحمل بها البائع، باعتباره أولا وقبل كل شيء مرقي عقاريا وملتزمًا بإنجاز البناء.

يرى جانب من الفقه والقضاء أنه يجب تكييف العلاقة التي تربط كل من المشتري والمرقي العقاري بالنظر إلى النية المشتركة بينهما، وبالتالي البحث عن الغاية التي توخاه كل منهما عند إبرام العقد¹، وعليه فإن عقد البيع على التصاميم لا يخرج عن أمرين:

1- أنه عقد بيع: إذا تبين من خلال النية المشتركة للمتعاقدين أن جوهر العلاقة العقدية هو نقل الملكية العقارية فإن العقد يكيف على أنه عقد بيع، حيث أنه لا دور للمشتري في تحديد مواصفات العقار محل العقد ولا في الرقابة على تشييده بل يقتصر دوره في الحصول على العقار فقط، فعملية البناء في هذه الحالة لا تتم من قبل المشتري بل أنها تقع على عاتق المرقي العقاري باستعماله لجميع وسائله المادية².

فالبائع في البيع التقليدي لا يضمن إلا العيوب الخفية وهي العيوب التي لا يستطيع المشتري أن يكتشفها لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي. أما العيوب الظاهرة، وهي تلك العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يكتشفها لو أنه فحص العقار المبيع بعناية الرجل العادي فلا يلتزم بضمانها، وضمان البائع لهذه العيوب لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على زيادته، أو إنقاصه، أو إسقاطه.

أما في بيع العقار بناء على التصاميم، فإن البائع يخضع لنظام الضمان الذي يخضع له المهندس المعماري والمقاول، ولا يضمن العيوب الخفية فقط، بل يضمن كذلك العيوب الظاهرة، وأن هذا الضمان يعد من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على إعفاء المرقي العقاري منه من الضمان وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا ولا أثر له³.

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 268.

2- B. Kohl, La vente immobilière, Larcier, Belgique, 2011, p 34.

3- عياشي شعبان، الطبيعة القانونية لعقد البيع العقاري بناء على التصاميم، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، ع 37، 2012، ص 132.

2- أنه عقد مقاولة: فدور المرقى العقاري في هذه الحالة لا يخرج عن كونه المسؤول عن بناء العقار محل التعاقد، أما عندما يكون المشتري هو من يصنع التصاميم ويحدد مواصفات العقار، زيادة على ذلك رقابته الدائمة على المرقى العقاري، ففي هذه الحالة فإن المرقى العقاري لا يكون إلا مقاولا حتى ولو كانت القطعة الأرضية التي سيشتد عليها العقار ملك لهذا المرقى، ففي هذه الحالة يقع على عاتق المرقى العقاري بناء العقار ونقل ملكيته، إضافة إلى نقل ملكية القطعة الأرضية التي تم البناء عليها¹.

والجدير بالذكر أنه لا يمكن أن تطبق أحكام عقد المقاول على عقد البيع بالتصاميم وذلك نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا الأخير، ففي عقد البيع على التصاميم يمكن للمشتري أن يتنازل عن العقد لمصلحة شخص آخر ويصبح هذا الأخير (المتنازل له) طرفا أصليا في العقد في مواجهة المرقى العقاري، على خلاف عقد المقاول التي لا يمكن أن نتصور فيه هذا الوضع، زيادة على ذلك فإن عقد البيع على التصاميم يخضع لقواعد الغبن المنصوص عليها في القانون المدني والمتعلقة بالعقارات، كذلك ثمن العقار المطلوب بناءه من قبل المرقى العقاري يكون محددًا سلفًا وإلا اعتبر العقد باطلا، على خلاف عقد المقاول التي لا تتأثر صحته بعدم وجود الثمن².

وفي الأخير وباستقراء نصوص القانون 04/11 نجد أن المشرع الجزائري قد غلب عنصر عقد البيع على هذا النوع من العقود وبالتالي تبني تكييفًا موحدًا لمثل هذه الحالة، أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 30 من القانون رقم 07/86³ المتعلق بالترقية العقارية، أكد على ضرورة الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على جميع المسائل الجوهرية للعقد، وأن يذكر في العقد تحت طائلة البطلان كل ما تم الاتفاق عليه حول سعر العقار المقرر بناؤه ونوعه ومساحته وأجال التسليم وعقوبات التأخير.....

1- بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود و مسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009، ص 15.

2- عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 129.

3- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، ج ر، ع 10، المؤرخة بتاريخ 05 مارس 1986، ثم ألغي هذا العقد بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93، المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، (ج ر، ع 14، المؤرخة بتاريخ 03 مارس 1993)، ثم أعاد المشرع الجزائري تنظيمه مرة أخرى بعد إلغائه بمقتضى القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11 أبريل 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقاري.

وهو نفس الشأن بالنسبة للوعد بالبيع، حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة 71 ق م ج ، على أن: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها"¹.

ثانياً: عدم القابلية للانقسام الذاتي

تسمى اللانقسامية ذاتية عندما تنتج عن إرادة الطرفين، وهي تجري تقليصاً بين التزامات واتفاقات متنوعة اتجاه عقد مسمى عادي، كما أنها تنتج آثاراً متكافئة بشكل واضح، بالإضافة إلى أنها لا تفترض بل تتوقف على إرادة الطرفين وليس على طبيعة العقد وبالتالي فإن الإرادة تؤثر على طبيعة التكييفات²، وبالعودة إلى المشرع الجزائري نجده منح لإرادة المتعاقدين دوراً في جعل التزام ما غير قابل للتجزئة، حسب ما نصت عليه المادة 236 فقرة 02 من التقنين المدني.

وإظهار اللانقسامية الذاتية نادراً فيما يتعلق بوصف العقد، ذلك أنه غالباً ما يكون من المستحيل التكرار لأحدى التزامات الناشئة عن العقد، أو أبعاد اتفاقية هي جزء من مجموعة أوسع وتكون عدم القابلية للانقسام بصفة أساسية أداة لتحديد امتداد إبطال العقد أو مجموعة العقود وبالتالي يتجه القاضي نحو تكييف توزيعي³.

الفرع الثاني

نتائج التكييف الموحد

إن الأطراف عند إبرام أي عقد أو تصرف قانوني لمحاولة إخضاع هذه الاتفاقات لقواعد قانونية موحدة، تطبق على العقد كاملاً في جميع جوانبه من الإنشاء إلى غاية التنفيذ والانقضاء، وينتج عن تطبيق خاصية التكييف الموحد العديد من النتائج.

1- كثره مخناش، الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، ع 50، المجلد أ، ديسمبر 2018، ص 425.

2- منصور القاضي، المرجع السابق، ص 126.

3- Jacque GHESTIN, op, cit, p 103-104.

وستنطبق في هذا الإطار إلى أهم النتائج التي تترتب على تطبيق خاصية التكييف الموحد ابتداء من قاعدة أن التابع أو الفرع يلحق بالأصل (أولاً)، مروراً إلى أم نتيجة وهو إعطاء العقد الناشئ طبيعة جديدة (ثانياً).

أولاً: التابع يلحق بالأصل

إن العقد يستمد طبيعته القانونية في التكييف من خلال أعمال قاعدة جد مهمة ألا وهي قاعدة التابع يتبع الأصل، وعلى هذا الأساس فالقاضي يقوم بتغليب أحد العناصر الأصلية أو الأساسية في العقد، وما عداه من المسائل يعتبر ثانوياً لا يؤثر عدم تطبيق أحكامها على العقد، فعلى سبيل المثال الاتفاق الذي يتم مع متعهد لنقل الأثاث يمكن تغليب عقد النقل على عقد المقاول أو العكس بحسب أهمية كل منهما. وفي عقد المقايضة بمعدل نقدي يعتبر العقد بيعاً إذا كان المبلغ الذي سماه المتعاقدان يمكن اعتباره العنصر الغالب في العقد¹.

إذا كان العقد يمزج بين البيع والإيجار وكان يشكل بصفة أساسية بيع فإن القاضي سيخضعه كلياً لنظام عقد البيع بالرغم مما أصبح به من إيجار، وكذلك الحال بالنسبة للقسمة بمعدل فإن الأمر يتوقف على أهمية وطبيعة المعدل للبت ما إذا كان بيعاً أو قسمة².

من أجل تحديد طبيعة العقد لابد من البحث عن العناصر المهمة في العقد وفق معيار اقتصادي، بعبارة أخرى الأهمية الاقتصادية المرجوة من هذا العقد، فعلى سبيل المثال إذا كان محل العقد تعهد بصنع شيء والتزم المقاول في نفس الوقت بتقديم المواد اللازمة لذلك، فهنا تختلف طبيعة العقد إذا كان مقاولاً أو عقد بيع.

فلتحديد طبيعة هذا العقد يجب النظر إذا كانت المواد المقدمة من المقاول والمستعملة في صنع الشيء تفوق في أهميتها عنصر العمل الذي قام به كان العقد بيعاً، والعكس صحيح إعمالاً لقاعدة تبعية الفرع للأصل، وعلى الرغم من ذلك تلعب إرادة الطرفين دوراً مهماً فقد يتبين أن العنصر الأساسي في

1- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، (البيع- التأمين، الضمان، الإيجار)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 17.

2- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (البيع)، مرجع سابق، ص 17، 18.

العقد هو العمل فيعتبر العقد أنه مقاولة، كما يمكن أن تتجه إرادة الطرفين أن العنصر الأساسي هو المواد التي سيصنع منها الشيء فيعتبر العقد أنه عقد بيع¹.

ومن الأمثلة التي غلب فيها الفقه والقضاء أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي نذكر الأمثلة التالية: عقد الاشتراك في الهاتف حيث تم تغليب عقد المقاول، إذ العبرة في هذا العقد هي بالتزام الهيئة بتمكين المنخرط من الاتصال الهاتفي، أما الأجهزة فهي وسيلة لتحقيق ذلك.

عقد بيع عقار من أجل بناء محطة بتزين وسكن المشرف عليها، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن السكن ليس إلا ثانويا بالنسبة للعمل التجاري (محطة بتزين)، وبالتالي فهو غير خاضع لقانون المتعلق ببيع العقارات في طور البناء.

ثانيا: إعطاء العقد طبيعة جديدة

في بعض الأحيان قد يلجأ القاضي إلى محاولة إعطاء وصف أو تكييف جديد على العقد في حالة ما إذا كان هذا العقد له طبيعة مختلفة عن طبيعة مكوناته، فالقاضي في هذه الحالة يكف عن البحث عن العنصر الرئيسي في العقد وإعمال قاعدة التابع يتبع الأصل، فيظهر وتضفي على العقد طبيعة جديدة². فعلى سبيل المثال عقد التمويل الإيجاري أو ما يسمى بالليسنغ، فهذا العقد في الحقيقة هو عبارة عن مجموعة من العمليات التمويلية لكنه يتم بوسائل قانونية تقليدية، ذلك أنه يستمد خصائصه من عدة صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون لنا عقداً آخر مختلف الصيغة.

كما أن هناك جانب من الفقه ذهب إلى تبني كيبف موحد للعلاقة العقدية التي تربط بين وكالات السياحة والسفر وزبائنهم، فتخضع هذه العلاقة لنظام قانوني واحد ومبسط مستوحى من فئة عقدية منفردة وهي طريقة مفيدة وتعبر عن حقيقة وواقع الأداء الذي تقدمه وكالة السفر لزبائنهم.

فالوكالة تجتهد فيما تقدمه لعملائهم في خلق كائن جديد من جملة الأداءات التي تتضمنها الرحلة المنظمة، وأنها تقدم عملاً شخصياً من نتاج أفكارها، لا مجرد تجميع لخدمات وأداءات مقدمة من غيرها من محترفي السياحة، كالناقلين وأصحاب الفنادق والمطاعم وقاعات الحفلات. فينظر الزبائن إلى هذه

1- محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 47.

2- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 18.

الخدمات المقدمة من وكالات السياحة والسفر على أنها كل واحد تقدمه مؤسسة سياحية واحدة، لا مجرد خدمات متفرقة¹.

ذهب القضاء الفرنسي إلى تكييف مجمل الروابط التي تقوم بين وكالات السياحة والسفر وزبونها تكييفاً موحداً، بالنظر إلى الغاية الأساسية من العلاقة بين الطرفين، والدور الرئيسي الذي تقوم به الوكالة لمصلحة زبونه، وفي قضية متعلقة برحلة حجل إحدى المواقع الدينية، إلى اعتبار وكالة السياحة والسفر لمتقدم خدمة النقل فقط بل السكن والغذاء وغيرها - بحسب طبيعتها- التي تختلف عن النقل قطعياً، وبأن العلاقة بين الوكالة وزبونها عموماً تشمل على عدد من العقود الخاصة التي تختلف بحسب محلها.

ففي بعض الحالات تمارس الوكالة دور الوكيل وفي البعض الآخر تمارس دور أمين النقل، وتوصلت المحكمة إلى القول أنه في عملية يكون الهدف الأساسي هو الحج وليس ما يقتضيه من الانتقال الذي هو أمراً ثانوياً، وبذلك يرجح الدور الرئيسي على الدور الثانوي ويكيف العقد في نهاية المطاف على أنه عقد وكالة، وهذا التكييف الموحد يمكن أن يميل نحو اعتبار العقد مقاولة أو نقلاً أو بيعاً، بحسب الالتزام الرئيسي إذا ما كان تنظيم الرحلة وإدارتها أو تقديم خدمة النقل أو تسويق وبيع رحلات منظمة مسبقاً².

على الرغم من أن التكييف الموحد يحمل في طياته العديد من المزايا بالنسبة للعقود، إلا أنه في بعض الأحيان يصعب الأخذ به نتيجة الانحرافات التي يمكن أن تشوب العقد فالأخذ بهذا النوع من التكييف يمكن أن يسبب ضرراً للأطراف لأنه يخرج عن ما تم الاتفاق عليه والآثار القانونية المرجوة منه، خاصة أن التكييف الموحد قائم في بعض الحالات على إلغاء عناصر مادية موجودة في العقد أو اعتبارها ثانوية، لتفادي تطبيق عدة أنظمة قانونية في نفس الوقت على العقد الواحد فيؤدي كل هذا إلى الانحراف عن الهدف الذي يرمو إليه أطراف العلاقة التعاقدية³.

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 101.

2- عدنان إبراهيم سرحان، العلاقة بين وكالات السياحة والسفر وعملاءها، الطبعة القانونية، الإبرام، التنفيذ والمسؤولية المدنية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 31، ع 03، 2007، ص ص 413، 414.

3- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 102.

لذلك هناك بعض الحالات يستحيل فيها تبني نظام التكييف الموحد و ذلك لأهمية العقد بجميع الأجزاء المتفق عليها سواء ما كان منها عنصراً رئيسياً أو ثانوي، لذلك كان لابد من اللجوء إلى طريقة أخرى من أجل التكييف حتى يتمكن القاضي من إعطاء لكل جزء في العقد الأهمية التي يستحقها دون إقصاء أو تغليب أي عنصر على حساب الآخر وتتمثل في تبني التكييف التوزيعي.

المطلب الثاني

التكييف التوزيعي

يقصد بالتكييف التوزيعي هو أن يطبق على كل التزام جوهرى القواعد الخاصة به المستنبطة من العقد البسيط، وهذا النوع من التكييف يمكن تبريره من الناحية القانونية، فللأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد التي تحكم العقود التي أبرموها حتى ولو كانت هذه القواعد تنطوي تحت أنظمة عقدين مختلفين أو أكثر، فمبدأ سلطان الإرادة يمنح الأطراف الحق في استبعاد أي قواعد مكملة يتضمنها العقد و استبدالها بقواعد مكملة أخرى، مع اشتراط عدم مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة¹.
ولذلك سنتطرق في هذا الصدد إلى تحديد مضمون التكييف التوزيعي (الفرع الأول)، وفي (الفرع الثاني) صور التكييف التوزيعي.

الفرع الأول

تحديد مضمون التكييف التوزيعي

على الرغم من الامتيازات الكثيرة التي يحضى بها نظام التكييف الموحد باعتبار أنه يقوم على تطبيق نظام قانوني موحد ومتجانس على العقد الواحد، إلا انه لا يمكن تطبيقه في بعض الحالات وذلك بالنظر إلى التغيرات الكثيرة التي تطرأ على العقد، فالعقد أحيانا يكون مكونا من عناصر مختلفة تخضع لأنظمة قانونية متعددة، فيتعذر تغليب عنصر على حساب عنصر آخر لأنه لو حدث يتم الانحراف بالعقد و الابتعاد عن الغاية المرجوة منه، و بالتالي عدم جدوى أعمال التكييف الموحد، و هكذا يتم اللجوء إلى التكييف التوزيعي².

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 142.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 103.

فالعقد المركب يتخذ أكثر من وصف قانوني نتيجة تضمينها لتزامات متنوعة ومتعددة بحيث لا يمكن إلحاقها لنوع معين من العقود، الأمر الذي يجعل القاضي في حيرة عندما يكون أمام مهمة تكييف هذا النوع من العقود¹، وتتجلى أهمية هذا النوع من العقود المركبة لكونه يتضمن في طياته مختلف العقود التي يتكون منها هذا العقد²، وبالتالي فتفسير الذي قد يعتمد عليه القاضي في تكييفه للعقد المركب هو المنهج التوزيعي نظرا لكافة أنواع العقود المرتبطة ومتكونة في عقد واحد. وعليه يكون التكييف توزيعيا بالنظر إلى الالتزامات التي يتضمنها العقد، ذلك انه تضمن العديد من الالتزامات في عقد واحد وهذه الالتزامات ترجع إلى عدد من العقود المختلفة التي لا يمكن أن نخضعها إلى نظام قانوني واحد.

وبالتالي يستحيل اللجوء إلى التكييف الموحد سواء عن طريق إهمال بعض العناصر الثانوية أو عن طريق ضم مختلف عناصر العقد، ذلك أنه يتم التنسيق بين مختلف القواعد القانونية التي يتشكل منها العقد محل التكييف، والجدير بالذكر أنه يعتبر عدم وجود تضارب في المصالح بين الأطراف المتعاقدة أمرا ضروريا لإعمال هذه القاعدة، وهكذا يخضع كل جزء من المعاملة لنظام قانوني مناسب³. وعلى سبيل المثال عقد الفندقية هو مزيج من عدة عقود، عقد الكراء بالنسبة للسكن وبيع بالنسبة للمأكل وعقد عمل بالنسبة للخدمة وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة، ونفس الأمر ينطبق على عقد النقل عبر القطار الذي يلتزم فيه الناقل بتأمين المأكل والمبيت، وبالتالي هو مزيج منعقد النقل وعقد الإطعام وعقد المضايقة، وعقد الاستشفاء يتضمن عقد المضايقة وعقد العلاج، وقس على ذلك عقود أخرى⁴.

وإذا كان من الممكن لإرادة الطرفين أن يكون لها تأثير أساسي في تحديد التابع، وأن الفقه والقضاء وأحيانا المشرع نفسه يميلون إلى تبني تكييفها موحدا وعدم إخضاع العقد لأنظمة قانونية مختلفة، إلا أن

1- عبد القادر عرعاري، مصادر التزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دار الأمان للنشر والتوزيع، ط 04، الرباط، المغرب، 2014، ص 53.

2- عبد رحمان لشرقاوي، العقد السياحي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01، الرباط، 2012، ص 107.

3- Pascal PUIG, Contrats spéciaux, op,cit, p28.

4- عبد الرزاق أيوب، المرجع السابق، ص 368.

الوضع قد لا يغدو مقبولا من الناحية الفنية على الأقل، ذلك أن عمل محاكم الموضوع في تقليص بعض الالتزامات تحت غطاء التفسير بغية الوصول إلى تكييف موحد، قد يكون مخالفا للحقيقة ومبالغا فيه. لذلك يصبح التكييف التوزيعي أو المختلط مفضلا ومقبولا من الناحية الموضوعية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: لم تعلق المحكمة تقديرها القاضي بأن العقود المختلفة هي موضوع عقد واحد، وبالتالي فإن الاتفاقية الحاصلة تتملص من القواعد التي تحكم هذه العقود المختلفة بعد أن بينت العناصر المميزة لها¹.

والواقع أن عمل القضاة يعمل في بعض الأحيان على تقليص العناصر المادية بغية الوصول إلى تكييف موحد، وهو عمل تشويهي بالدرجة الأولى، لذلك يتعين دائما البحث عن الهدف الذي يتوخىه أطراف العلاقة التعاقدية مادام أن الانقسامية المادية لا تتعارض لا مع البنين التكويني للعقد ولا مع النظام العام².

1- المرجع نفسه، ص 369.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الثاني

صور التكييف التوزيعي

نظرا إلى أن العقد يتخذ أكثر من وصف قانوني بحيث أصبح لا يمكن إدراجها في تصنيف معين، فأصبح القضاة يلجؤون إلى التكييف التوزيعي لمحاولة إضفاء وصف قانوني على العقود، الذي بدوره يتخذ عدة صور فقد يكون بالتجزئة عن طريق إخضاع كل جزء إلى النظام القانوني الخاص به (أولا)، أو يكون بالتتابع (ثانيا).

أولا: التكييف التوزيعي بالتجزئة

ويقصد بالتكييف بالتجزئة هو أن يخضع كل عنصر من عناصر العقد في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة، فعلى سبيل المثال العقد الذي يمزج بين كل من البيع و المفاوضة، فالبايع يلتزم بتسليم الشيء المبيع (بيع) ويقوم بتنفيذ عمل لحساب المتصرف إليه (مفاوضة) كشخص يشتري قطعة قماش ويلتزم البائع بتفصيلها لها، ففي هذه الحالة التزامات البائع تخضع لأحكام عقد البيع، والتزامات المفاوضة تخضع لأحكام عقد المفاوضة ويسمى العقد في هذه الحالة عقد استصناع¹.

العقد الذي يربط الزبون بمصالح السيارات، حيث يقوم المصالح بتصليح السيارة مع تقديم قطع الغيار فهو يجمع بين المفاوضة بالنسبة لتصليح السيارة فتسري عليه أحكام عقد المفاوضة، والبيع بالنسبة لقطع الغيار حيث تسري على آثاره قواعد عقد البيع من ضمان العيوب الخفية وغيرها ويكون ذلك في نفس الوقت، على أن تكون قيمة قطع الغيار تافهة الثمن بالمقارنة مع الخدمة التصليح التي هي العنصر الأساسي في العقد، أو أن يكون تقديم قطع الغيار هو العنصر الأساسي في العقد حيث التصليح بواسطة تركيبها على السيارة لا يتطلب جهد كبير و مهارة عالية².

1- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، العراق، مج 02، ع 6، 2010،

ص170.

2- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص104.

أما بالنسبة لتكييف عقد الفندق فقد تناوله المشرع الجزائري بالتعريف بموجب المادة 07 من القانون 99-101¹ المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة على ما يلي: " يقصد بعقد الفندق، في مفهوم هذا القانون، كل عقد يلتزم بمقتضاه الفندقي، الذي يمارس نشاطه بمقابل، بإيواء الزبون مؤقتا دون أن يتخذ هذا الأخير الفندق مسكنا له، والمحافظة على أمتعته التي يودعها في المؤسسة، وتقديم خدمات إضافية له عند الحاجة مقابل موافقة الزبون على تعليمات النظام الداخلي ودفعه مبلغا تقدر قيمته حسب نوعية الخدمات".

وعقد الإقامة في الفندق يعد من العقود المركبة التي تحتوي على عدة عقود امتزجت لتصبح عقدا واحدا، ومن هذه العقود هو عقد الإيجار بالنسبة إلى الغرفة التي يقيم بها النزيل، وعقد البيع بالنسبة إلى الطعام والشراب الذي يقدم للنزيل وعقد الوديعة بالنسبة إلى أمتعة النزيل²، كما قد يضم أحيانا عقد توريد خدمات في حالة ما إذا كان الفندق يتوفر على قاعة رياضية أو ينظم سهرات فنية. ونتيجة التنوع الكبير في الالتزامات التي يتضمنها عقد الفندق بحيث أصبح لا يمكن تغليب عنصر من عناصر هذا العقد على آخر نظرا لكون عقد الفندق وحدة متكاملة، الأمر الذي صعب من تحديد طبيعته القانونية، فعقد الإيجار العادي يختلف عما هو عليه في عقد الفندق، فصاحب الفندق يكون مسؤولا عن ضمان سلامة النزيل حتى نهاية العقد.

فهذا الالتزام يعد من أهم التزاماته لأنه لا يكون ملزما فقط بتوفير مكان الإقامة للنزيل فقط بل أن تكون هذه الإقامة آمنة وهادئة المستأجر في عقد الإيجار يقوم بدفع فواتير الكهرباء، الماء، الغاز، وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي، أما في الفندق فلا يتحمل شيئا مما سبق، إذ يقتصر التزامه على دفع الأجرة اليومية للغرفة التي استأجرها³.

كما تختلف مدة الانتفاع بالعين المؤجرة بين العقدين، ففي عقد الفندق و على عكس الإيجار عادة ما تكون هذه المدة قصيرة لا تتجاوز يوم أو بضعة أيام بل قد تحسب أحيانا بالساعات فقط، كما أن

1- القانون رقم 99-01 المؤرخ في 06 جانفي 1999، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، ج ر، ع 02، المؤرخة في 10 جانفي 1999.

2- حسين عبيد شعوط، تكييف عقد الإقامة في الفندق، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، مج 05، ع 01، 2021، ص

التزام صاحب الفندق لا يقتصر على حفظ الأمتعة المقدمة إليه فقط بل يتعداه ليشمل كذلك الأمتعة المتواجدة داخل الغرفة المسلمة للنزيل وبالتالي يعتبر مسؤول عن أي حادث يحدث¹.

كما يتعين على الفندق قبول إيداع أغراض الزبون كالثائق الهامة و الأشياء الثمينة والمبالغ المالية في خزانة المؤسسة الفندقية مقابل وصل يحمل اسم المودع و طبيعة الشيء وقيمتة، عند الاقتضاء و كذا ساعة و تاريخ الإيداع²، كما أضافت المادة 17 من القانون رقم 01/99 أنه للفندقي الحق في فحص الأشياء التي تسلم له لإيداعها كما له الحق أن يطالب بوضعها في علبة مغلقة أو مختومة، كما منح المشرع للفندقي رفض قبول ودائع الزبائن إذا كانت من الأشياء المضايقة أو التي يرى أنه غير قادر على حمايتها.

وفي الأخير تطبق على عقد الفندقية جميع أحكام العقود التي دخلت في تكوينه كل واحد على حدى دون ترجيح عقد على آخر، فعقد الفندقية يكيف على أنه من العقود المركبة الذي يتطلب من أجل تحديد النظام القانوني المطبق عليه أن يكون التكييف توزيعي بالتجزئة، وبالتالي تطبق عليه أحكام العقود المكونة له بمختلف أجزائه فتطبق على كل جزء النظام القانوني الخاص به، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذا العقد لكونه يدخل ضمن الخدمات السياحية³.

ثانيا: التكييف التوزيعي بالتتابع

وهو أن يخضع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة، وخاصة إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ⁴.

وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بإنجاز شيء مع تقديم المواد اللازمة لذلك، عقدا مختلطا حيث يؤخذ بصده بالتكييف التوزيعي، فيخضع لأحكام عقد البيع والمقاولة وذلك إما بالنظر إلى لحظة تنفيذ العقد، حيث يخضع العقد حتى التسليم لقواعد المقاولة، وبعد ذلك يخضع لقواعد البيع، إما بالنظر محل الالتزامات الناشئة عن العقد، فيخضع المقاول لقواعد عقد

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 123.

2- المادة 27 من القانون رقم 99-01 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقية، المرجع السابق.

3- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص 107.

4- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 19.

المقابلة فيما يقوم به من العمل، و يخضع لقواعد عقد البيع فيما يخص توريد المواد اللازمة لصنع الشيء¹.

أما بخصوص عقد الرحلة السياحية فهو من العقود التي يتضمن العديد من العمليات، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 14 من القانون 99-06² على أنه: "كل اتفاق يبرم بين الوكالة السياحية والزبون والمتضمن وصفا لطبيعة الخدمات المقدمة وحقوق والتزامات الطرفين، خاصة فيما يتعلق بالسعر وإجراءات التسديد ومراجعة الأسعار المحتملة و الجدول الزمني وشروط بطلان وفسخ العقد"، ومن خلال هذا التعريف ونظرا لإمتزاج هذا العقد بالعديد من العمليات العقدية وانصهارها في قالب واحد فإن عملية تكييفها أثارت جدلا كبيرا.

إن عقد الرحلة السياحية تتشكل من عدة عقود منفصلة يمكن إجمالها في أربع عقود، وهي عقود الوكالة، عقد النقل، البيع و المقابلة، و بالتالي فإن مسألة تكييفه تتعدد بتعدد هذه العقود، فالعقد السياحي لا يخضع إلى أحكام وقواعد موحدة بل يتم النظر إلى كل التزام على حدى، ومن ثم تكييف كل التزام تبعا للعقد المتولد عنه³.

وعليه فإن التزام وكالات السياحة و السفر بحجز التذاكر على وسائل النقل المختلفة أو بحجز الفندق أو قاعات التسلية والترفيه يعتبر وكالة، أما التزامها بنقل زبائنها بوسائل مملوكة أو مستأجرة لها يمثل عقد نقل، في حين التزامها بتقديم كافة الخدمات السياحية في رحلة شاملة بأدوات مملوكة أو مستأجرة يعتبر مقابلة⁴.

1- بلبشير هجيرة، المرجع السابق، ص ص 107-108.

2- القانون 99-06 المؤرخ في 04 أفريل 1999، المحدد للقواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، ج ر، ع 24، المؤرخة في 17 أفريل 1999.

3- جدو وسيلة، مسؤولية وكالة السياحة والسفر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2013، ص 45.

4- بلعوز رابع، النظام القانوني لعقد السياحة والأسفار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005، ص 61.

وبالتالي يترتب على أخذ بفكرة التكييف التوزيعي بالتتابع في تكييف العقد السياحي، هو قيام مسؤولية الوكالة السياحية في مواجهة العميل أو السائح بجميع الالتزامات التي ينشئها كل عقد من العقود التي تدخل في نطاق هذه الرحلة.

فعلى سبيل المثال إذا وقع حادث لأحد العملاء ترتب عنه ضرر جسدي في أي مرحلة من مراحل الرحلة فإن القضاء في هذه الحالة ينظر إلى المرحلة التي تم فيها الحادث، فإذا كانت لحظة وقوع الحادث أثناء قيام وكالة السياحة والسفر بعملية النقل تعد هذه الأخيرة ملتزمة اتجاه السائح المتضرر بالالتزامات الناقل ومن أهمها ضمان سلامته¹.

وذهب القضاء الفرنسي إلى تبني تكييف مركب في قضية للعلاقة ارتبط بها زوجان بوكالة السياحة والسفر وهي قضية مازيرون ضد وكالة الإرساليات البحرية من أجل تنظيم رحلة إلى أمريكا الجنوبية اشتملت على السفر بحرا إلى الجهة المقصودة كما تتضمن ممرات من جهة مقصودة، ثم التنقل في القارة برا و جوا. حيث اعتبرت الغرفة السابعة لمحكمة باريس الإستئنافية أن الوكالة السياحية قد تصرفت بصفة مزدوجة، كناقل بحري و كوكيل عن الزوجين فيما يخص السفر عبر دول القارة، حيث طبقت على العلاقة العقدية أحكام العقدين معا².

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 379.

2- عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 415.

المبحث الثاني

تكييف العقود غير مسماة

إن المتعاقدين عندما يريدون تحقيق هدف معين فإنهما يستعملان وسائل وتقنيات عديدة وعلى الرغم من اختلاف هذه الوسائل إلى أنها تهدف إلى تحقيق نتيجة واحدة، حيث أنه في بعض الحالات الوصول إلى الهدف المراد تحقيق لا يمكن إلا عن طريق استعمال تقنية واحدة ووحيدة.

وإن كان تكييف العقود يطرح إشكالات متعددة في حالة العقود المسماة، فإن الأمر يبدو أكثر تعقيدا في حالة العقد غير مسمى حيث أفرزت الممارسات التعاقدية أنواعا جديدة من العقود لم تتصورها التشريعات سواء المشرع الجزائري أو التشريعات المقارنة.

وهذه العقود غير بسيطة إما تظهر على شكل عقود مركبة أو تظهر على شكل عقود مركبة أو تظهر على شكل مجموعة العقود، وفي كل الحالات يثار إشكال القواعد القانونية لهذه النوع من العقود غير مسماة والقواعد الواجب إعمالها وهو ما لا يمكن أن يتم إلا عن طريق معرفة القواعد القانونية لهذا العقد أو معرفة اسمه الذي حدده له القانون أي بعبارة أخرى معرفة تكييفه¹.

فبالتالي يجد رجال القانون أنفسهم عاجزين على إعطاء الوصف الدقيق لعقد من العقود، وعاجزين عن تحديد القواعد التي يخضع لها هذا العقد، نظرا لعدم إمكانية قياسه على أي من العقود المسماة، سواء باستعمال تقنية التكييف الموحد أو التكييف التوزيعي، الأمر الذي يبقى عليه إدخاله ضمن دائرة العقود غير المسماة²، وهذا ما يتطلب تحديد المقصود بالعقود المسماة (المطلب الأول)، ومعرفة نظام تكييف العقد غير مسمى (المطلب الثاني).

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 322.

2- عمر عمور، المرجع السابق، ص 157.

المطلب الأول

ماهية العقود غير مسماة

قبل التطرق إلى آليات تكييف العقود غير مسماة كان من اللازم الإحاطة بجميع جوانب هذا النوع من العقود لأن في الكثير من الأحيان يقوم الأطراف بالقيام باتفاقات في ظل ظروف لم يتطرق إليها المشرع، ولكن لها تأثير كبير على المراكز القانونية التي تنشأها .

والعقود غير مسماة كانت محل جدل منذ العصور القديمة إذ لم يكن هناك هذا النوع من العقود، لذلك كان ولا بد من دراسة التطور التاريخي لهذه، حتى تعريفها ثارت حوله الكثير من الإشكالات (الفرع الأول)، وحتى نكون أمام عقد غير مسمى يجب توافر شروط محددة (الفرع الثاني)، وفي نتطرق إلى أهم ما يميز العقد غير مسمى عن العقود المسماة (الفرع الثالث). وفي الأخير نخلص التمييز بين العقد غير مسمى والعقد من نوع خاص (الفرع الرابع).

الفرع الأول

المقصود بالعقود غير مسماة

سنحاول في هذا الإطار تبيان نشأة وتطور العقود غير مسماة (أولاً)، بالإضافة إلى تعريف هذا النوع من العقود (ثانياً).

أولاً: تطور العقود غير مسماة

يرجع أصل فكرة العقود غير المسماة إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر العقود غير المسماة استثناء على العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية التي كانت تمثل العقود المسماة المعروفة في القانون الروماني. وكانت هذه العقود غير المسماة في القانون الروماني عقوداً لا تتمتع بصفة الإلزام ولم يكن للطرف الذي قام بتنفيذ التزاماته أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل.

فالقضاء في هذه المرحلة أصبح يقبل دعاوى الاسترداد في حالة ما إذا تم التنفيذ الجزئي للاتفاقات التي لا تدخل في دائرة العقود المسماة، الأمر الذي أدى إلى ظهور هذا النوع من العقود الغير مسماة حيث توسع مفهوم الالتزام بصفة عامة، ففي ظل قانون جستنيان ظهر ما يسمى بدعوى تنفيذ الأداء والتي كان

تطبيقها قاصرا على العقود الغير مسماة التي تم تنفيذها جزئيا، الأمر الذي مهد إلى منح كل الاتفاقات التي يجريها الأفراد قوة إلزامية . لذلك يمكننا القول أنه في هذه المرحلة برزت النواة الأولى لمبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر اللبنة الأولى التي فتحت الباب أمام العقود الغير مسماة¹.

حيث أنه في ظل التطورات الحاصلة أصبح المتعاقدون غير ملزمون بالتقيد بنمط معين من العقود، إذ منحت لهم الحرية في أن يختاروا أن يفرغوا اتفاقاتهم في شكل عقود مسماة أو يتم استبعاد هذه الأخيرة لا تحقق رغبتهم واستبدالها بعقود مسماة.

وكنتيجة للتطورات الحاصلة في المجال التعاقدى فقد أصبح كل من الفقه والقضاء يتجه إلى إدخال العقد ضمن دائرة العقود الغير مسماة كل ما أصبح لا يمكن إفرغها في قالب من القوالب العقدية التي نص عليها المشرع، فالعقود الغير مسماة تنشأ عادة إما عن طريق الجمع بين عدة عقود في اتفاق واحد، أو عن طريق استحداث عقود جديدة².

وقد قسم القانون الروماني العقود غير المسماة إلى أربعة أصناف³:

- الصنف الأول: عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فينشأ التزام على عاتق الطرف الآخر بنقل حق عيني كذلك كالمقايضة.

- الصنف الثاني: عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كالهبة بعوض.

- الصنف الثالث: عقود يقوم فيها الطرف الأول بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء أيضا، مثل من يسلم حيازة شيء إلى شخص آخر على أن يرد لها له عند أول طلب.

- الصنف الرابع: عقود يلتزم فيها الطرف الأول بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني مثل عقد المحاسبة الذي يسلم فيه التاجر بضاعة إلى تاجر آخر يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه إذا باع البضاعة أو ردها إلى صاحبها إذا لم يقم ببيعها، وهو عقد يدور عدة عقود هي البيع والوكالة والعمل.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، ط 03، بيروت، لبنان، 2007، ص 120-121.

2- عمر عمور، المرجع السابق، ص 158.

3- أحمد أدريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، البوكيلي للطباعة والنشر، ط 01، القنيطرة، المغرب، 1997، ص 21، 22.

وقد أنكر بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول في البداية وجود هذا النوع من العقود، بناء على أن أغلب هذه العقود كانت معروفة بالاسم (الأصناف السابقة الذكر)، ولكنها دعيت كذلك لأنها لا تدخل في نوع العقود المسماة التي نص عليها القانون الروماني، وكل ما في الأمر أن هذه العقود كانت تفتقر للقوة الإلزامية لأن مبدأ سلطان الإرادة لم يكن قويا في ذلك الوقت، وبعد انتشار هذا المبدأ وأضحى الركيزة الأساسية لجميع التصرفات القانونية المبرمة بين الأفراد فإن كل العقود التي يبرمها الأفراد أصبحت ملزمة لذلك مصطلح العقود الغير مسماة أصبح بدون قيمة قانونية في الوقت الراهن ومن الخطأ القول بأن كل العقود المستحدثة و المركبة هي عقود مسماة، ذلك أن هذه العقود تشكل أنواعا جديدة في الميدان التعاقدى.¹

غير أن هذا الطرح هجر تماما لأنه لا يتماشى مع الواقع و التطور الحاصل في مجال العقود، فالفقه و القضاء يلجأ دائما إلى إدخال العقد ضمن دائرة العقود الغير مسماة كلما استحال إفراغها في قالب من قوالب العقود التي نص عليها المشرع.²

ثانيا: تعريف العقود الغير مسماة

عرفت العقود المسماة على أنها تلك الطائفة من العقود التي لم يخصصها المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمها، فتخضع من حيث تكوينها وآثارها للقواعد العامة في نظرية الالتزام مع مراعاة احترام إرادة الأطراف المتعاقدة فيما تراضوا عليه ما لم يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة، وعليه فإن أساس اعتبار العقد عقدا غير مسمى هو عدم تنظيم المشرع لأحكامه تنظيما مفصلا من تسمية وأركان وآثار.

ويرى الكثير من الفقهاء أن تعريف العقود غير مسماة ولد ميتا، حيث أنه بمجرد ما يتم الاعتراف بخصوصية عقد ما فإن القضاء لابد أن يحدد نظامه القانوني وبالتالي سيطبق لاحقا على جميع العقود المشابهة له وعليه يتحول العقد من عقد غير مسمى إلى عقد مسمى، غير أن هذا الرأي غير صحيح من

1-M.Planiol, Classification synthétique des contrats, revue critique de législation et jurisprudence, 1904, p.486.

2- عمر عمور، المرجع السابق، ص 159.

الناحية العملية لأنه يهدم مفهوم العقود غير مسماة من أساسه فيتحول هذا الأخير بطبيعته إلى عقد مسمى.

من هنا يتم إجبار المتعاقدين على نمط معين من العقود وبالتالي التضييق من حريتهم في الاتفاق على ما يشاؤون، فجوهر العقود غير مسماة يكمن في منح الأطراف الحرية في إبرام ما يشاؤون من عقود بالكيفية التي يريدونها والتي تتلائم مع متطلباتهم دون التقيد بأي نظام تم إقراره مسبقاً¹.

وفي الأخير فإن العقد غير مسمى يتحول إلى عقد مسمى بمجرد تنظيمه من قبل المشرع لأنه يعتبر الجهة الأصيل التي تملك إمكانية وضع القواعد القانونية التي تتلائم مع المستجدات الحديثة في المجال التعاقدية، ولا يبقى للقاضي في هذا الصدد إلا التطبيق السليم للقواعد التي وضعها المشرع.

ومثال على العقد غير مسمى، عقد أبرمه صاحب مستودع سيارات مع شخص آخر يقيم معه في نفس الجهة، مفاده أن يقوم هذا الطرف الثاني في العقد بنقل سيارة صاحب المستودع من مكان اقتنائها إلى المستودع، على أن يكون له الحق في استغلالها لأغراضه الشخصية إلى غاية توصيلها، دون تحديد المسلك الواجب إتباعه أو المدة التي يجب أن يوصل فيها السيارة. فهذا العقد يعتبر من العقود المركبة غير مسماة فيقع على عاتق صاحب السيارة التزام بتمكين المتعاقد من الانتفاع بالسيارة، ويقع على عاتقه هذا الأخير توصيل السيارة إلى المكان المتفق عليه².

1-F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, DALLOZ, paris , 9e édition, 2011, pp.951.952

2- عمر عمور، المرجع السابق، ص 97.

الفرع الثاني

جدية العقد غير مسمى

لكي يكون هناك عقد غير مسمى، يجب أن يكون هذا العقد جديدا بالفعل بالنسبة للعقود المقبولة سلفا من قبل المشرع أو المكروسة من قبل الاجتهاد لا القضائي، وهذا يعني أن تكييف العقد غير المسمى يفرض وجود موضوع جديد للعقد وضرورة إحكام الالتزامات الناشئة عنه في إطار موضوع العقد¹.

وقد لاحظت الأستاذة جريلي بونتن Grillet-Ponton: أن التكييف غير المسمى للعقد يفرضه استقلالية بعض العمليات الجديدة من زاوية محل الالتزامات ومن زاوية موضوع العقد. ومن المرجح جدا أنه إذا كان بإمكان المتعاقدين اكتشاف عقود جديدة، فإنه يجب أن تكون محل هذه الأخيرة مشروعة وإلا كانت باطلة².

والجدير بالذكر أن الجمع بين العقود المختلفة لا يمكن أن يؤدي بالضرورة إلى إنشاء عقد جديد غير مسمى، إذ أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار قوة هذا العقد بعد الجمع والأثر الذي يحدثه في تكييف التصرف القانوني الذي يحويه، ففي حالة ما إذا كان هذا التجميع مجرد تركيب للعقود دون أن يشكل وحدة متكاملة فإنه لا يدخل ضمن نطاق العقود الغير مسماة وبالتالي إخضاع كل جزء إلى الأحكام الخاصة به³.

والحكم نفسه يأخذه العقد المجمع الذي يكون فيه أثر أحد العقود المتكونة أكبر من باقي العقود، ففي هذه الحالة تخضع أحكامه طبقا للقاعدة الشهيرة الفرع يتبع الأصل، وبالتالي نكون أمام عقد رئيسي

1- عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص 371.

2-« nombre de contrats nouveaux qui apparaissent hétérodoxes par les obligations qui en résultent sont repoussés dans l'innomé, bien qu'ils demeurent à l'intérieur de la zone de qualification diffuse tracée autour de chaque contrat nommé par le concept d'objet du contrat. Au contraire, on s'élève d'un degré dans l'innomé lorsque l'autonomie d'une opération nouvelle apparaît tout à la fois sous l'angle de l'objet des obligations et sous celui de l'objet du contrat ». Grillet-Pontin, Essai sur le contrat innomé, These de doctorat, université de Jean Moulin, Lyon III, 1982, n° 132, p.144

3- عمر عمور، المرجع السابق، ص 159.

يكون هو محور العلاقة التعاقدية وهو الذي يحقق المنفعة الاقتصادية، أما العقود الأخرى فهي تعتبر عقود ثانوية تساعد على تحقيق هذه المنفعة الاقتصادية فقط¹.

ونكون أمام عقد غير مسمى بمعنى الكلمة إذا نتج عن جمع هذه العقود فيما بينها إذ أصبحت وحدة واحدة بالقدر الذي لا يمكن أن انفصلهم عن بعضهم البعض، وعليه فإنه في هذه الحالة لا يخضع لأحكام العقود الداخلة في تكوينه لأنه يتضمن عناصر جديدة وغايات اقتصادية أخرى.

وعلى سبيل المثال يعتبر كل من عقد تنظيم المعارض وعقد المضاربة في البورصة أحسن مثال في هذا المجال، ذلك أن عقد تنظيم المعارض وعلى الرغم من أنه يتضمن العديد من العقود (وكالة، ودیعة، إيجار) إلا أنه يعتبر عقد غير مسمى والسبب في ذلك أن كل عقد من العقود السالفة الذكر لا يمكن بمفرده أن يحقق المنفعة الاقتصادية المرجوة وهذا ما ذهبت إليه محكمة Lisieux في حكمها الشهير الصادر في 1929/02/26.

ونفس الأمر بالنسبة إلى عقد المضاربة في السوق المالية فهو يتضمن العديد من العمليات من بيع وشراء الأسهم و السندات سواء بثمان مؤجل أو في نفس الوقت فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن هذه العقود تعتبر عقود غير مسمّاة².

الفرع الثالث

التمييز بين العقد غير مسمى والعقد المسمى

سنتطرق بالدراسة في هذا الإطار إلى تمييز العقد غير مسمى عن العقد المسمى من حيث التسمية (أولاً)، و من حيث التنظيم (ثانياً).

أولاً: من حيث التسمية

إن القول بأن العقود المسمّاة هي التي ميزها المشرع باسم خاص، يترتب عليه استبعاد عدة عقود استقرت الممارسات التعاقدية على إعطائها أسماء خاصة بها وبل على إعداد صيغ نموذجية لها وهذا شأن

1- عمر عمور، مرجع السابق، ص 159.

2- المرجع نفسه، ص 160.

جدا في العقود التجارية وفي عقود الممارسة المهنية، فضلا على ذلك فإن هناك عقود أخرى غير مسماة لا في التشريع ولا في العرف ولا حتى فيما جرى به التعامل، وهذه العقود غير مسماة بالمعنى الضيق حيث يتعين على المتعاملين بها أن يبين وبدقة وبتفصيل مختلف أحكامها، لأن إرادتهما تعتبر المرجع الأساسي لهذا النوع من العقود¹.

أما العقود المسماة فيكتفي المتعاقدان فيها بالاتفاق على الأمور الأساسية وترك المسائل التفصيلية التي تكفل بها المشرع أو استقر التعامل بها أو كرست فقها أو قضاء، فالطرفان يكفي أن يحددا الشيء المبيع والثمن الواجب دفعه أي الأمور الأساسية لكي ينعقد عقد البيع.

ثانيا: من حيث التنظيم

أخضع المشرع العقد غير مسمى للقواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة، وهذا ما يستشف من نصوص القانون المدني فيما يتعلق بالعقود والالتزامات حيث اعتبرت الأهلية والتعبير الصريح عن الإرادة، والشيء المحقق الصالح لأن يكون محلا للالتزام والسبب المشروع هي الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة دون تمييز بين تلك الناشئة عن عقد مسمى أو غير مسمى².

غير أنه تكمن أهمية التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القواعد التي يطبقها القاضي لحل النزاع المعروض عليه بصدد عقد من العقود، فالعقود المسماة يرجع في أمرها - بعد إرادة المتعاقدين- إلى النصوص الخاصة بكل عقد ثم القواعد العامة في نظرية الالتزام، أما العقود غير المسماة فإن القاضي يرجع في شأنها - بعد إرادة المتعاقدين- مباشرة إلى القواعد العامة في نظرية الالتزام، وفي كلا نوعي العقود يرجع القاضي عند الضرورة بعد القواعد العامة للالتزام إلى أحكام العقد المسمى الأقرب للعقد المعروض عليه النزاع بشأنه عن طريق القياس.

1- أحمد ادريوش، المرجع السابق، ص 23.

2- عبد الرازق أيوب، المرجع السابق، ص 372.

الفرع الرابع

التمييز بين العقد غير مسمى والعقد من نوع خاص

إن التمييز بين العقد غير مسمى وبين العقد من نوع خاص لم يكن محط إجماع الفقهاء والاجتهاد القضائي، وهكذا فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن العقد من نوع خاص هو مرادف للعقد غير المسمى، أي أنه العقد الذي لم يسميه المشرع ولم يفصل أحكامه¹.

في حين رأى آخرون أن العقد من نوع خاص يتميز عن العقد غير المسمى لأن هذا الأخير هو مزج بين عدة طوائف لعقود مسماة، أما العقد من نوع خاص فهو لا يرتبط بأي عقد خاص، وذهب اتجاه ثالث إلى القول بأن العقد من نوع خاص تقريبا عقد مسمى مع بعض الخصوصيات. وذهب اتجاه رابع إلى أن مفهوم العقد غير المسمى له دور سلبي ذلك أنه يتجلى في إخراج الاتفاق من النظام القانون للعقد الخاص واعتبره بمثابة رفض في التحليل، ورأى أن مفهوم العقد غير مسمى أو غير مسمى².

وفي نفس الاتجاه تقريبا ذهب الفقيه "غيستان" في تحديده لمفهوم العقد من نوع خاص، حيث اعتبر أن العقد من نوع خاص ليس بالضرورة عقدا غير مسمى، حتى ولو كان بالإمكان ملاحظة أن التعبير الروماني لعقد من نوع خاص تعني من الناحية الاشتقاقية العقد المزدوج بنوع خاص، والذي يبدو متوافقا مع وجود حقيقة عقدية جديدة، فالأمر من وجهة نظره يتعلق فقط بنموذج خاص، سواء كان منصوص عليه في القانون أو محدد من طرف المتعاقد والذي لا يتشابه مع أي عقد من العقود المسماة واللجوء إليه يبرر حسب هذا الفقيه رفض مماثلته مع الصنف المجاور له من أجل تأكيد استقلالية نظامه القانوني³.

فالعقد من نوع خاص إذن من وجهة نظر "غيستان" كما قد يكون عقد مسمى فإنه قد يكون عقد غير مسمى فهذا الأخير هو العقد المجهول في التصنيفات الموضوعية سابقا ويعتبر العقد غير مسمى سواء لكون نظامه القانوني تم استنباطه من عقد أو عدة عقود مسماة، أو لكونه غير خاضع لأي نظام

1- V.F.GENY, Sciences et techniques en droit privé positif, T. III, N 209, p136.

2-P.ENGEL, Traité des obligations en droit Suisse, 1973, p 127-130.

3-GHESTIN Jaques, Traité de droit civil, les effets du contrat, 2ème édition, L.G.D.J, 1996, p185

قانوني لأي عقد مسمى، ففي الحالة الأولى نحن أمام عقد غير مسمى من نوع خاص. وهذا النموذج الأخير لا يمكن تلقيه إلا إذا كان الطرفين المتعاقدين قد حددا بكل دقة النظام القانوني لاتفاقهما¹.

ونرى أن العقد من نوع خاص لا يمكن أن يكون إلا عقد غير مسمى بالمفهوم الذي حددناه للعقد غير مسمى أي العقد الذي لم تفصل أحكامه ولم يعطيه المشرع أو الممارسة اسما، فهو عقد غير مسمى من نوع خاص وهي درجة من درجات العقد غير مسمى، بحيث أن العقد قد يكون غير مسمى ولكنه ليس بعقد من نوع خاص، ومثاله العقد الطبي الذي سندرسه لاحقا وإن كان المشرع لم ينظمه ولم يسميه ولكن الممارسة التعاقدية والاجتهاد القضائي أعطاه اسما وفصل أحكامه، وبالتالي فلا يمكن اعتباره عقدا من نوع خاص فالعقد من نوع خاص على هذا المعنى لا يمكن أن يكون إلا ذلك العقد الذي لم يحظ بأي اسم أو تنظيم مهما كانت مصادر هذا التنظيم أو الاسم².

المطلب الثاني

نظام تكييف العقد غير مسمى

كما هو معلوم فإن العقد غير مسمى يتكون من مجموعة من العقود المتسلسلة في عقد واحد جمعت من أجل تحقيق الغرض الذي يريده الأطراف فأصبحت لا تعد ولا تحصى (الفرع الأول)، وبالتالي فإن هذا النوع من العقود يكون غير قابل للانقسام أو التجزئة فيجعل القاضي في حيرة من أمره عندما تطرح أمامه صور عن هذا النوع، ويتعلق الأمر في مسألة التكييف بحيث يقوم بمجموعة من العمليات من أجل التوصل إلى حل للنزاع المطروح (الفرع الثاني).

1- منصور القاضي، المرجع السابق، ص 87.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 419.

الفرع الأول

آلية تكييف العقد غير مسمى

يرمون الأفراد ما يشاؤون من العقود لكنهم يهدفون في النهاية إلى إخضاع هذه العقود إلى أنظمة قانونية موحدة تضمن لهم الحفاظ على المراكز القانونية وتطبق على العقد برمته، الأمر الذي يقتضي تكييف العقد تكييفاً يتلائم مع الجانب الموصي والذاتي له، وهذا لا يتم إلا عن طريق مجموعة من الآليات من بينها التكييف غير الدقيق (أولاً)، تكييف الرّفص أو الاستبعاد (ثانياً)، تكييف عن طريق استعمال القياس (ثالثاً).

أولاً: التكييف غير الدقيق

كما سبق الإشارة أن التكييف يعتبر ترجمه لقصد الأطراف المتعاقدة، فالقاضي لكي يقوم بعملية التكييف على أكمل وجه يجب عليه أن يقوم باستخلاص من إرادة المتعاقدين المقصود الحقيقي للعقد والغرض منه الأمر الذي يستخلص من ظروف التعاقد لكن قد يكون هذا التكييف في بعض الأحيان غير دقيق سواء بفعل الأطراف المتعاقدة أو بفعل القاضي أو بفعل المشرع¹.

فقد يلجأ الأطراف في بعض الحالات إلى إعطاء وصف غير دقيق للعقد المبرم ذلك أن استعمال هذا الوصف قد لا يترجم الواقع الاقتصادي المراد من هذا العقد، وقد يعود سبب هذا الأمر إلى جهل المتعاقدان بطبيعة هذا العقد المبرم، وفي أحيان أخرى قد يكون هذا الخطأ عمدياً غير مبرر الهدف منه التحايل على القواعد القانونية، ففي الحالة الأولى يتعين على القاضي إعطاء العقد الوصف الصحيح بغض النظر عن موقف الأطراف لأن التكييف يعتبر مسألة قانونية يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه². أما الحالة الثانية والتي يقوم فيها المتعاقدان عمداً بإعطاء وصف غير صحيح لعقدهم بقصد التحايل على القانون بأن يكون هناك عقدان عقداً حقيقياً وآخر ظاهر في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بالصورية إلا إذا تمسك بها أصحاب المصلحة في العقد³.

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 19.

2- عامر عاشور عبد الله، المرجع السابق، ص 90.

3- إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963، ص 21.

وفي بعض الحالات قد يعطي القاضي وصف غير دقيق للعقد الغير مسمى، فقد جرى القضاء الفرنسي لزمّن طویل على إعطاء عقد الخزينة وصف عقد الإيجار بدون فائدة، ثم عدل بعد ذلك عن هذا الوصف وتم إعطائه وصف عقد الحراسة، فلقاضي يهدف في بعض الأحيان إلى إعطاء وصف غير دقيق للعقد في سبيل إخضاعه لنظام قانوني معين وبذلك يكون النظام القانوني للعقد مختلف عن طبيعته القانونية، كما يمكن له أن يمنح وصفا تقريبا أو مترددا في حالة ما إذا قام الأطراف بتغيير العنصر الأساسي للعقد¹.

ثانيا: تكييف الاستبعاد (الرفض)

في بعض الأحيان نجد أن خصوصية العقد غير مسمى تمنع من أن يتم تصنيفه ضمن أي من العقود المتداولة كما تمنع أيضا من إخضاعه لأي صنف من العقود الخاصة، فيتم في هذه الحالة اللجوء إلى رفض التكييف إلا على سبيل الاحتياط عندما يستحيل فعلا إدخال العقد في أي من الطوائف الموجودة في السابق، فهذا لا يعتبر من العقود المسماة بل تغلب عليه فكرة العقد ذو الطبيعة الخاصة حيث أن هذه الأخيرة تلعب دورا سلبيا إذ تجعل الاتفاق يفلت من النظام القانوني خاصة إذا ما كان له طابع الأمر².

ثالثا: دور القياس في تكييف العقد غير مسمى

وستتناول بالدراسة في هذه النقطة إلى مضمون هذا المبدأ بالإضافة إلى كيفية القيام بعملية القياس في العقود غير مسماة.

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 11-12.

2- عامر عاشور عبد الله، المرجع السابق، ص 173.

1/مضمون مبدأ القياس

بشكل عام فإن المتعاقدين لا يحددان النظام القانوني الذي سيخضع له العقد الذي أبرموه، وبالتالي لا يمكن حل النزاع الذي قد يثار بالطريقة السلبية التي شرحناها سابقا، وهكذا يصبح مبررا اللجوء إلى طريق القياس الذي يلبي حاجة الأمن القانوني بإتاحة امتداد القواعد المبينة التي تخضع لها العقود المسماة لتلك التي تفرزها الممارسة.

وليس المقصود من اللجوء إلى منهجية القياس تطبيق القواعد العامة للعقود، لأن هذه تطبق دائما كما مر بنا على جميع الاتفاقات التعاقدية، وإنما المقصود هنا تطبيق القواعد الخاصة التي تنظم العقد المجاور والذي يمثل الصلة الأقرب للعقد المسمى¹.

تعتبر عملية القياس ليست عملية فقهية محضة بل نجد المشرع اعتمد عليها في العديد من الحالات، على سبيل المثال نجد الأحكام الخاصة بعقد المقايضة حيث أن هذا الأخيرة يعتبر أهم عقد مركب نضمه المشرع يعتبر المبادئ التي تحكم هذا العقد المرآة التي تعكس نظرة واضعي القانون المدني والتي تعتبر أن العقود البسيطة تكون دائما بمثابة المرجع للعقود المركبة بصفة عامة والعقود غير مسماة على وجه الخصوص².

وعليه فإن أحكام أي عقد غير مسمى يخضع في تكييفه إلى الوضعيات القانونية البسيطة المشابهة له، وهذا الحكم ليس جديدا ذلك أن هنالك قاعدة تقضي بأنه تطبق على الاتفاقات غير مسماة أحكام الاتفاقات المسماة الأكثر مشابهة لها.

فيقصد بالقياس في هذه الحالة تكييف العقد غير مسمى بناء على قياسه على أحد العقود المسماة المشابهة له، وعملية القياس ما هي في الحقيقة إلا تحويل لعقد مسمى لذا يمكن اقتباس قواعد هذه الأخيرة وتطبيقه عليها، فعندما يتعلق الأمر بعقد مركب غير مسمى فعملية القياس في هذه الحالة تتطلب منا البحث عن العقد الذي تكون له الأولوية والريادة بعبارة أخرى العقد الذي يحقق أكبر قدر

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 430.

2- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 55.

يمكن من المنفعة الاقتصادية التي يريدها المتعاقدون تحقيقها، ويعتبر هذا الأمر اختصاصاً أصيلاً للقاضي فقط¹.

وعملية القياس تؤدي إلى تطبيق القواعد المقتبسة من العقد الأساسي تطبيقاً انتقائياً يتماشى مع جوهر العقد المركب دون إهمال باقي القواعد التي تخضع لها العقود المتداخلة مع العقد الأصلي، وهذا يعني تحديد القواعد الواجبة التطبيق من جهة وتحويل هذه الأخيرة من جهة أخرى².
والملاحظ أن العقود الغير مسماة عادة ما يتم فيها اقتباس القواعد المنظمة للعقود المسماة بنسب متفاوتة، ذلك أنه في الغالب يتم استبدال القواعد الجوهرية الأمرة مع الإبقاء على القواعد الثانوية المكملة كلما كانت هذه الأخيرة تعبر عن الغاية الاجتماعية للعقد، وبمجرد تحديد هذه القواعد يتم تحويلها تتماشى مع كامل العقد³.

2/ كيفية استعمال القياس في العقود غير مسماة

لتكييف العقد في هذه الحالة يتعين الإبقاء على بعض العناصر الداخلة في العقد وإعطائها الأهمية الكبرى، وفي المقابل يتم استبعاد عناصر أخرى حيث لا يكون لديها أي تأثير في العقد كما هو الأمر بالعناصر الثانوية في العقود البسيطة⁴.

والجدير بالذكر أن العناصر المستبعدة وإن كانت تتساوى مع العناصر الثانوية في العقود البسيطة إلى أنه تختلف مبررات استبعاد كل منهما، ذلك أن العناصر الثانوية في العقود البسيطة تتميز بالصفة الوظيفية فهي تعتبر مجرد عناصر وظيفية فقط على خلاف العناصر المستبعدة عند تكييف العقد غير مسمى حيث أنه يتم استغراقها من قبل العناصر الرئيسية المتواجدة في العقد بسبب الترابط والتفاعل المتواجد ما بين عناصر العقد الواحد، فبالتالي ترجيح العناصر الرئيسية يجعل من العناصر الأخرى مجرد أجزاء بسيطة لا تساهم في تكوين العقد⁵.

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 172

2 -Grillet-Pontin, Essai sur le contrat innomé ,These de doctorat,université de Jean Moulin, Lyon III , 1982,n°367 , p 417-418.

3- عمر عمور، المرجع السابق، ص 173.

4- المرجع نفسه، ص 173.

5-Grillet-Pontin ,op.cit, n°368,pp.420.421

وتعتبر عملية القياس ليست متاحة دائما، ففي بعض الأحيان يستحيل تحديد العقد الذي يستغرق مجمل المنفعة الاقتصادية للعقد ذلك أن العناصر المشكلة للعقد تكون متساوية فيما بينها ولا يفضل بعضها عن بعض ولا يمكن استبعاد أي عنصر منها، حيث أن عملية التركيب ينتج عنها ميلاد عقد غير مسمى لا يمت بأي صلة للعناصر المشكلة له، وبالتالي يتطلب تكييفه بعيدا عنها فنكون أمام تكييف قانوني جديد¹.

فالترباط بين العناصر الداخلة في العقد يترتب عليه أن هذا الارتباط يكون غير قابل للتجزئة فجميع العناصر تمتاز بنفس القيمة القانونية وتخلف أي عنصر من العناصر يؤدي إلى فقدان العقد لصفته المميزة، لذلك يلجأ القضاء في هذه الحالة عادة إلى تطبيق طريقة التكييف التوزيعي بأن يطبق على كل جزء من العقد النظام الذي أخذ منه، غير أن هذه الطريقة أثبتت عدم جدتها وذلك بالنظر إلى أن العقد غير مسمى يقوم أساسا على وجود تلاحم بين مكوناته بغية تحقيق غاية واحدة².

وكنتيجة للصعوبات التي تواجه تكييف العقد غير مسمى فإنهم عادة ما يلجأون إلى معاملة هذا النوع من العقود معاملة خاصة مع الأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر التي ساهمت في تكوينه، فالقضاء وهو يقوم بعملية تكييف العقد غير مسمى على أنه عقد أحادي لا يقبل التجزئة ولا يقوم بخلق قواعد قانونية جديدة وإنما يقومون فقط بعملية القياس، وفي سبيل ذلك يقتبسون من مختلف العقود المسماة ما يتناسب مع العقود غير مسماة المطروحة أمامهم³.

ويمكن القول أنه إذا كانت طريقة القياس تسدي خدمة جليلة في ميدان تطبيق القانون في مجال العقود غير المسماة فإنه مع ذلك لابد من الإقرار بأن هذه المنهجية عندما يتعلق الأمر بتطبيق القواعد الخاصة قليلة الاستعمال من طرف القضاء، لأنها لا تتوافق مع خصوصية العقد غير مسمى، على الأقل فيما يتعلق بتطبيق بعض القواعد الخاصة التي ليس لها من محل في النهاية سوى تنظيم العقد الخاص، حيث تفضل المحاكم بعد إعطائها اسما للعقد، تحديد طبيعة الالتزامات التي يضعها⁴.

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 174 .

2- المرجع نفسه، ص 175.

3-Grillet-Ponton ,op.cit, n°373.pp.429

4- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص 431.

وهكذا فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في الغرفة المدنية الأولى في قرارها الصادر بتاريخ 1988/12/13 إلى أن: "عقد التدريب لحصان السباق لا يتضمن عدا شرط مخالف سوى التزاما بوسيلة فيما يتعلق بأمن الحيوان"، فمحكمة النقض في هذا القرار لم تكييف العقد وإنما حددت طبيعة الالتزام الناتج عن هذا العقد حيث اعتبرته التزاما بوسيلة، وهو أمر نراه قلبا لمنهجية التكييف التي تقتضي تكييف العقد وتحديد طبيعته القانونية لترتيب الأثر القانوني على ضوء ذلك ومعرفة طبيعة الالتزامات الناتجة عنه.

ويبدو أن محكمة النقض اعتبرت العقد المذكور أي عقد تدريب الحصان السباق عقدا غير مسمى وبالتالي حاولت تحديد الطبيعة القانونية للالتزامات الناتجة عن هذا العقد، وتفادت قواعد العقد المرجعة أو المجاور بإعمال منهجية القياس وذلك لخصوصية العقد واستقلاليتها¹.

الفرع الثاني

تطبيقات على تكييف العقد غير مسمى

بعد أن تناولنا في المطلب الأول المقصود بالعقود غير مسماة وتطورها التاريخي وبيننا أهم العناصر الواجب توافره فيها والأحكام المطبقة عليها، بالإضافة إلى آليات تكييف هذا النوع من العقود فكان لابد أن نبين أهم العقود غير مسماة والشائعة من الناحية القانونية.

وفي سبيل ذلك اخترنا عقد النشر كأول نموذج على العقود الغير مسماة التي تتداخل فيه الأحكام القانونية (أولا)، ثم عقد الإعاشة كعقد غير مسمى مستحدث (ثانيا)، وأخير العقد الطبي الذي تتنوع فيه الالتزامات وتختلف النظم القانونية المطبقة (ثالثا).

أولا: عقد النشر

ويعرفه الفقيه الفرنسي جانرول بقوله بأنه: "ذلك العقد الذي بمقتضاه يتنازل صاحب المصنف الأدبي أو الفني، إلى شخص يسمى الناشر، عن الحق في إنتاج عدد غير محدد أو محدد من نسخ هذا المصنف على أن يلتزم هذا الأخير بالطبع وعرضه على الجمهور²."

1- محمد الإدريسي، المرجع السابق، ص432.

2- Jean Raul; Le contrat d'édition en droit Français ;1927 ;p130.

وعليه فإن عقد النشر يخضع إلى نوعين من القواعد القانونية التي تميزه ابتداء من وقت إنشائه إلى غاية تنفيذه وانتهاء العقد، حيث يخضع عقد النشر في كثير من جوانبه إلى القواعد العامة في نظرية العقد ويخضع في جوانب أخرى للقواعد الخاصة المنصوص عليها في القوانين المنظمة لحق المؤلف.

فمن ناحية يخضع عقد النشر إلى القواعد العامة في القانون فيما يتعلق بإبرام العقد والأركان الواجب توافرها فيه، الأمر الذي جعل البعض يكيف عقد النشر على أنه عقد بيع انطلاقاً من أن الناشر هذه الأعمال هو الذي يتولى مهمة طبع المصنف وتوزيعه وتعود له سائر الحقوق المالية الناجمة عنه مقابل مبلغ يدفعه إلى المؤلف أو نسبة من الأرباح يتفق عليها فيما بينهم.

كما يعتبره البعض عقد مقابلة لاقترابها من عقد النشر في كثير من جوانبه سواء من حيث المضمون أو من حيث المسؤولية الملقاة على عاتق الأطراف، كما كيفه البعض على أنه عقد وكالة انطلاقاً من أن الناشر ينوب على المؤلف في نشر مؤلفاته مقابل نسبة من الأرباح¹.

ومن ناحية أخرى أخضع عقد النشر إلى قواعد خاصة به في كثير من الجوانب، فعلى سبيل المثال اشتراط كتابة العقد المبرم بين المؤلف والناشر وهذه الكتابة للانعقاد لا للإثبات تحت طائلة بطلان العقد، بالإضافة إلى منح المؤلف حق تتبع حقه المالي عندما تكون قيمة المقابل المالي المتفق علي مجحفة في حقه، وغيرها من القواعد التي تحكم عقد النشر في مرحلة تنفيذه و الآثار القانونية التي تترتب عليه، فتشكل هذه القواعد الخاصة تنظيمياً قانونياً خاصاً يجعل من عقد النشر عقداً متميزاً عن العقود الأخرى التي تشبهه.

ثانياً: عقد الإعاشة

يعتبر عقد الإعاشة من العقود التي يبرمها المسنون التي لديهم مداخل ضئيلة وليست لديهم عائلة من أجل ضمان التكفل بهم إلى غاية مماتهم مقابل نقل حق عيني سواء لشخص طبيعي أو معنوي، فهذا النوع من العقود يتضمن التزامين جوهريين يولدان التزامين متقابلين على عاتق كل طرف حيث أن

1- عبد الله عبد الكريم الزعبي، الأحكام القانونية لعقد النشر (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، قسم القانون الخاص، جامعة اليرموك، الأردن، 2011، ص 37.

الطرف الأول يلتزم بأن يمد للمتعاقد الآخر بكل المستلزمات الضرورية للحياة مقابل أن يلتزم بنقل ملكية شيء محدد للطرف الأول¹.

وهذا العقد يشبه إلى حد كبير عقد إيداع مرتب مدى الحياة، وهذا ما جعل بعض الفقهاء إلى اعتبار أن العقدين يشكلان نوعاً واحداً غاية ما في الأمر أن هناك اختلاف بسيط يتمثل في أن الأقساط في عقد مرتب لدى الحياة تدفع نقداً، في حين أنها لا تدفع نقداً في عقد الإعاشة².

وعقد الإعاشة يدخل ضمن دائرة العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، ذلك أنه في حالة وقوع خلاف بين طرفيه فإن التنفيذ العيني للالتزام بالرعاية الصحية يصبح مستحيلاً وفي هذه الحالة ليس هناك حل إلا اشتراط من البداية في العقد أن يتم تحويل الالتزام بالرعاية إلى مرتب مدى الحياة، في حالة الخلاف ومحكمة النقض الفرنسية تعطي الحق للقضاة بأن يقضوا من تلقاء أنفسهم بتحويل هذا الالتزام في حالة عدم فسخ عقودهم³.

وهذا التحويل للعقد لا يمكن أن يمس بتكييف العقد، ذلك أن عملية التكييف يتم النظر إليها وقت إبرام العقد وليس وقت تنفيذه وبالتالي فإن عقد الإعاشة يعتبر من عقود المعاوضة الملزمة لجانبين، والالتزام بنقل الملكية يخضع لأحكام عقد البيع.

ثالثاً: العقد الطبي

عرف الأستاذ "سافيتي" العقد الطبي بأنه: "اتفاق بين طبيب من جهة والمريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض عند طلبه المشورة والعناية الصحية"⁴. وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي وفقاً لهذه التعريف هو العقد القابل للتنفيذ من طرف الطبيب أو الجراح، وكذلك كل المساعدين الطبيين الذي هم تحت مسؤولية الطبيب المشرف على علاج

1- عمر عمور، المرجع السابق، ص 99-100.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 1060.

3- عمر عمور، المرجع السابق، ص 101.

4- عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 06، 2008، ص 133.

المريض، بالإضافة إلى أنه عقد يرد على جسد الإنسان¹. فالعلاقة التي تربط كل من المريض والطبيب هي علاقة تعاقدية الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1936/05/20 والذي اعتبر أن ما يربط الطبيب بالمريض هو عقد حقيقي².

ومع سكوت التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري في القانون المدني، اختلف الفقهاء حول تكييف هذا العقد خاصة بعد التقاء بعض عناصر العقد الطبيب بعناصر بعض العقود اشتراكه معها في بعض خصائصها، ثار جدلا بينهم بشأن الوصف القانوني الواجب إعطاؤه للعقد الذي يبرمه المريض مع الطبيب وتشابهه مع مختلف العقود المعروفة في القانون المدني، فانقسموا إلى عدة اتجاهات.

فمنهم من يرى أن مهنة الطبيب تسمو عن باقي المهن الحرة، لا تكون الخدمات الطبية محلا للمعاملات المالية، وبالتالي فهذا العقد عقد وكالة، ويرى اتجاه آخر أن تعاقد الطبيب لأداء خدمة مقابل أجر معلوم يجعل من هذا العقد عقد عمل، في حين يرى البعض الآخر أن استقلالية الطبيب في أداء عمله وحصوله على الأجرة يجعل منه عقد مقاول³.

ويقوم هذا العقد على توافق إرادتي الطبيب والمريض على إنشاء التزامات معينة، وأن هذا العقد يختلف عن العقود الأخرى، إذ وإن كان الطبيب يلتزم بالقيام بالعمل فتكون طبيعة التزامه هي بذل العناية وليس تحقيق نتيجة، وأنه يقوم على الثقة التي يضعها العميل في الطبيب، وأنه عقد متتابع من العقود المدنية، كما يتميز هذا العقد عن العقود الأخرى بأنه ينشأ شفاهة أو ضمنا، وأن مجاله ليس الحقوق المالية بل حقوق شخصية بامتياز⁴.

1- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين قانونا وفقها. واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 12.

2- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013/2014، ص 15.

3- نسيمة موسى، التكييف القانوني للعقد الطبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور - الجلفة، -، مج 16، ع 01، 2023، ص 75.

4- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 433.

بالإضافة إلى علاقة الثقة التي تربط الطبيب بالمريض، هذا الجانب الذي يكفي وحده ليجعل العقد الطيب عقد منفرد في صنفه، حيث وجد لإزالة الألم أو التخفيف منه على الأقل، فمن هذا الارتباط المقدس ينشأ الالتزام بتجديد الحصول على رضا المريض عن كل عمل طبي قد يكون خطرا عليه¹.
والجدير بالذكر أن العقد الذي يربط المريض بالطبيب الذي محله الخدمات الطبية، يظل عقد مدني من جانب المريض ومن جانب الطبيب صاحب المهنة الحرة، وأعمال المهن الحرة تظل مدنية حتى ولو كانت ممارستها على سبيل التكرار واستخدام معاونين مأجورين، أي بوجود مشروع أو تنظيم، ويرجع ذلك إلى أن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، فقصد الربح من ممارسة هذه الأعمال ليس بالعنصر الغالب فيها².

وفي الأخير فإن العقد الطبي يتميز بطبيعة خاصة، فالمشرع الجزائري لم يتطرق لتنظيمه من قبل المشرع الجزائري من خلال أحكام خاصة في القانون المدني فهو يعتبر من العقود غير مسماة، يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين طرفيه ومن قواعد الشريعة العامة، واللوائح المنظمة للمهنة والتشريع الخاص بحماية الصحة و ترقيتها والعادات والتقاليد المهنية³.

1- نسيمه موسى، المرجع السابق، ص 88.

2- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مج 01، المناقولة والوكالة والوديعة والحراسة، ج 07، ط 03 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 46.

3- نسيمه موسى، المرجع السابق، ص 88.

خلاصة الباب الثاني:

إن التكييف هو الدعامة الأساسية في تكييف العقود فهو يعتبر جوهر العمل القضائي، لذلك قد حاولنا دراسة أحد الفروع القانونية التي لا يستغنى عنها لفك النزاعات الناشئة بين الأطراف ففي غالب الأحيان تقوم الأطراف المتعاقدة بإطلاق تسميات محددة على العقد الذي تدعي إبرامه وتحدد نوعه وبالتالي القواعد القانونية التي يخضع لها ولكن هذه التسمية لا تكون دائما موفقة.

فالتكييف بشكل عام وتكييف العقود بشكل خاص يشكل واحد من أهم متغيرات القانون، فالقاضي يقع على عاتقه على تحديد نوع العقد من بين العديد منها، مما يسمح بإدخاله ضمن فئة معينة من أجل تطبيق الأحكام القانونية المناسبة بالطريقة المناسبة.

وقد حاولنا في هذا الإطار أن نعرض قواعد تكييف العقود بالإعتماد على أحكام القانون المدني والإجتهاد القضائي الصادر عن مختلف المحاكم القضائية، وخاصة المحكمة العليا، وقد أبرزنا الأسس التي يقوم عليها تكييف العقد وهي تتكون أساسا من عناصر وبنية، فالعقد يتكون من عناصر عديدة تشكل ماهيته وتصلح دعامة لتكييفه، وهذه العناصر عديدة تتوزع بين ما هو موضوعي كالالتزامات الناشئة عن مختلف العقود والتي تختلف حسب نوعية العقد، ومنها ما هو ذاتي والمتجلية في الإرادة بمفهومها الواسع والتي تلعب دورا مهما في تكييف العقد سواء باعتبارها عنصرا في تكييفه أي موضوعا له بحيث أن الإرادة هنا تختصر كعنصر من عناصر العقد شأنها شأن باقي العناصر، وأبرز مثال يمكن طرحه في هذا الصدد نية التبرع في عقد الهبة، ثم الإرادة باعتبارها إطارا في تكييف العقد بحيث أن مختلف العناصر حتى تكون مؤثرة في تكييف العقد فلا بد من انصراف الإرادة إليها.

وتعتبر هذه الضوابط أساسية في تكييف مختلف العقود وهي التي تميز بعضها عن البعض، ولكن هذه الضوابط ليست وحدها مؤثرة في عملية التكييف بل هناك العلاقة التي تجمع بين هذه العناصر، وهذه العلاقة ما يطلق عليها بنية العقد وخلالها فإن الاختيار يكون ما بين العقود البسيطة والتي تأخذ أشكال متعددة من العقود المركبة إلى مجموعة من العقود المتسلسلة أو ما يطلق عليها سلسلة العقود، وفي كل الحالات السابقة الذكر يطرح أشكال التكييف والمنهاج الواجب الأخذ به، بحيث يتم الاختيار بين مناهج التكييف التوزيعي ومناهج التكييف الشامل أو الموحد.

زيادة على ذلك فقد تطرقنا إلى العلاقة بين العناصر المكونة للعقد والدور الذي تلعبه في تكييفه، حيث نجد أن كل من الفقه والقضاء يأخذ بمعيارين لا ثالث لهما المعيار الأول يتمثل في الالتزام الأساسي التبعية حيث أن بمقتضاه يتم استبعاد الالتزامات التبعية المترتبة على العقد ولا يتم أخذها بعين الاعتبار في التكييف إلا الالتزامات الرئيسية أو الأساسية التي تحدد تكييف العقد، أما المعيار الثاني هو معيار عدم القابلية للتجزئة ، فالعقد عبارة عن وحدة متكاملة إذا أخذنا بمنهج التكييف الموحد، أما إذا أخذنا بمنهج التكييف التوزيعي فإنه لا يكون وحدة واحدة.

فالعقد يعتبر أحد أهم المجالات التي تبرز فيها معالم الترابط بين الفئات القانونية، وهذا الترابط هو ما دفع القضاء مدعما بالفقه إلى البحث عن العناصر التي تساهم في تكييف العقد. وإذا كانت صفة المتعاقد وشكل العقد تشكل عناصر قد يكون لهل، أحيانا، تأثيرا مباشرا في تكييف العقد، فإن دورها يبقى في أغلب الحالات سلبيا في هذا التكييف مقارنة بالعناصر الأخرى.

الخاصة

حاولنا في هذه الأطروحة التأصيل لعملية تكييف العقد باعتبارها أحد أبرز الجزئيات القانونية، وواحد من أهم متغيرات القانون التي لا غنى لرجل القانون عنها، فهي وسيلة المنطق المطبق وآلية يتم من خلالها إعطاء الصبغة القانونية الصحيحة والوصف القانوني الدقيق للعقد محل النزاع، إذ بها تلحق الآثار القانونية التي خطها العاقدان بنظام قانوني معين يضمن تطبيقها بالشكل المناسب.

وبذلك يمكن القول أن تكييف العقد هو الآلية التي يتم بها تحديد الإطار العام للعقد وبالتالي تحديد طبيعته القانونية، وكثيرا ما يشبه الفقهاء التكييف بصفة عامة أو تكييف العقد بشكل خاص بعملية التشخيص التي يقوم بها الطبيب قبل تقديم العلاج، وكذا يتم تشبيهها بالعملية التحليلية التي يقوم بها الكيميائي، بل تخطى ذلك وتم تقريب وصفها إلى التجربة التي يقوم بها العالم فيقال أن رجل القانون عند قيامه بعملية التكييف فكأنه يقوم بعدة تجارب ليصل إلى النتيجة المرجوة والمضبوطة.

ومن المسلم به أن كل التكييفات القانونية تتصل بشكل مباشر بكل الوقائع الاجتماعية، ولذلك فهي تتأثر بها بشكل كبير وبمرونتها وقابليته للتطور والتغير، ولأن تكييف العقد عملية ذهنية دقيقة يصعب على غير المختص القيام بها فهي تساعد على تطوير القانون ليس فقط من خلال سد مختلف الفراغات التشريعية التي تظهرها الممارسات العملية.

وإنما توضح أيضا المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية مما يسهل معرفتها وهذا يدل على الأهمية العملية والحقيقية للتكييف بصفة عامة أو تكييف العقد بشكل خاص، ففهم القانون فهما صحيحا يستلزم إدراك جميع القواعد والركائز القانونية اللازمة لقيام عملية التكييف ويجعل تطبيق القانون بمنأى عن أخطار الإخلال بالأمن التعاقدي.

وبهذا حاول رواد القانون تبيان مكانة تكييف العقد في الجانب المدني والمعملاقي بين أشخاص القانون الخاص وحفظ الحقوق وتقرير الالتزامات، الأمر الذي جعلنا نبحت في هذه الدراسة حول مدى إمكانية تفعيله دون المساس بإرادة أطراف العقد، وقد تم ذلك من خلال تحديد الإطار العام لعملية تكييف العقد من حيث تبيان ماهيتها وتوضيح المفهوم الصحيح لها إذ تم تبيان خصوصيتها عن بعض العمليات المشابهة لها من تحديد مضمون وكذا توضيح الفرق الجوهرية بين الصورية في العقد والخطأ في تكييفه خاصة ما لهذه الأنظمة من أوجه تشابه كثيرة.

حاولنا تحديد أهم المصادر القانونية التي يمكن الاعتماد عليها للقيام بعملية التكييف فهي ليست بعملية ارتجالية وإنما يجب أن تستند وتعتمد على مصادر قانونية، ويمكن القول أن هذه المصادر هي

ذاتها مصادر القانون لأن العلاقة بين القانون المنظم للعقد والقانون بصفة هي علاقة احتواء أو علاقة الجزء من الكل فقانون العقود هو جزء من القانون بصفة عامة يأخذ سماته وله نفس مصادره لذلك تطرقنا إلى المصادر الأصلية والمتمثلة في التشريع كمصدر قانوني لقانون لعقود.

واقترنت دراستنا هنا على تبيان القانون المدني كشرعية عامة تنظم جل العقود الخاصة، بالإضافة إلى الإشارة إلى بعض التقنيات الأخرى كالقانون التجاري وقانون الترقية العقارية وقانون الاستهلاك، ورغم تحفظ بعض من رواد القانون وشارحيه على إقحام المصادر الاحتياطية - كمبادئ الشريعة العامة والعرف-، والتفسيرية - القضاء والفقه- في عملية تكييف العقد إلا أننا نرى أنه يمكن الاستعانة بها في حالة غياب نص قانوني واضح في المصادر الأخرى، خاصة وأن العقود المسماة المنظمة من طرف المشرع ما هي إلا عقود غير مسماة في الأصل تداول الأفراد على العمل بها مما جعلها عرفاً فحدد الفقه إطاراً لها فتبناها المشرع وحدد لها طبيعة قانونية مما أحقها بركب العقود المسماة.

وقد حاولنا أيضاً في هذه الدراسة تبيان العمليات القانونية التي تتطلبها عملية تكييف العقد، فالجهة المختصة لا يمكن لها القيام بهذه العملية بمنأى عن النظرية العامة للعقد فيجب أن تكون مطلعة على معنى العقد، أساس قوته الملزمة أبرز نتائج مبدأ سلطان الإرادة والمتمثل في المبدأ القائل أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذا تبيان الاستثناءات التي ترد عليه كل هذا تذكيراً بأهمية هذا المعلومات المهمة مع الخوض بشيء من التفصيل في تقسيمات العقود سواء كانت هذه التقسيمات تشريعية تقليدية أم تشريعية حديثة، وكذا التقسيمات الفقهية للعقود فالفقه كما تم ذكره سابقاً هو أحد أهم أبرز مصادر القانون بصفة عامة ومصادر قانون العقود بشكل خاص.

بالإضافة إلى كل هذه المعطيات النظرية المهمة ارتأينا تحديد الجهات المختصة في عملية تكييف العقد، ومما مسلم به قانوناً أن القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل في هذه العملية، فهي عملية دقيقة ومعقدة تحتاج إلى مكنات عقلية جيدة للقيام بها، لذلك تم استعراض سلطة القاضي في تكييف العقد وإعادة تكييفه خاصة وأن القاضي غير ملزم بتكييف الخصوم إضافة إلى تبيان حدود هذه السلطة، ولأن عملية التكييف هي عملية قانونية بحتة لذا تستلزم رقابة المحكمة العليا عليها باعتبارها محكمة قانون، لهذا تم البحث في النظريات المفسرة لهذه الرقابة، حيث تم تخصيص فرع خاص بموقف المحكمة العليا الجزائية من هذه الرقابة وإعطاء أمثلة عن أبرز تطبيقاته الواقعية وذلك من خلال تحليل بعض من القرارات الصادرة عنها.

ورغم الاستثثار الواضح لهذه السلطة من طرف القاضي إلا أننا نرى أن هناك جهات أخرى فرض عليها الواقع العملي ممارسة هذه السلطة كمديرية الضرائب ومفتشية التسجيل تحديداً، مثلاً إذ نجد أنها وفي خضم ممارسة مهامها فإنها تلحق العقد المقدم أمامها بنظامه القانوني الصحيح وذلك لمعرفة أي نوع من الرسوم الضريبية، بما فيها رسوم التسجيل المطبقة عليه والمقررة في قانون التسجيل وفي قانون الضرائب المباشر والرسوم المماثلة، واللذان يعتبران الأساس القانوني لإقرار هذه السلطة، لهذا حاولنا في هذه الدراسة توضيح بشيء من التفصيل لهذا الأساس واستقراء مواده لتأكيد ذلك، وكذا تبيان أهم الفرضيات التي يمكن أن تتدخل فيها مديرية الضرائب سواء لتكييف العقد أو إعادة تكييفه.

بالإضافة إلى الجهة المذكورة هناك جهة أخرى لا تقل أهمية عن الجهات المذكورة، وهو الموثق إذ يعتبر أول جهة يتجه إليها المتعامل لإفراغ إرادته في قالب شكلي يضمن به حقوقه، فللعقد الرسمي أهمية بالغة في حماية أصحاب الحقوق واستقرار مراكزهم القانونية، لذا أحاطه المشرع بتأطير كبير من تحديد تعريف له وكذا شروط قيامه صحيحاً وتحديد جزاء تخلفه، وغالباً ما ينقص المتعاملين الثقافة القانونية الدقيقة لإعطاء تصرفهم الصبغة القانونية الصحيحة التي تنطبق عليه.

لذا ألزم المشرع الموثق بتقديم واجب النصح للمتعامل وكذا إعلامه بكل المعطيات القانونية حول تصرفه وما هو النظام القانوني الذي يحكمه، وهذا هو تكييف العقد فهو كما تعرفنا عليه سابقاً تعتبر عملية يتم من خلالها تحديد الطبيعة القانونية للعقد، لذا خصصنا لهذه الجهة جزء من هذه الدراسة بينا فيه كل المعطيات السابقة الذكر من تحديد إطار مفاهيمي للعقد الرسمي، حجيته دوره في تحقيق الأمن القانوني وكذا شرح واجب النصح وأساسه القانوني، وبهذا الجزء من الدراسة أصلنا بشكل مفصل لتكييف العقد وحددنا له الإطار العام.

وتم تخصيص للأسس المعتمد عليها في عملية تكييف العقد، فهي عملية تستلزم توفر عدة معطيات وعناصر صحيحة، سواء منها تلك العناصر الذاتية في العقد أم تلك الموضوعية والتي تبرز أهميتها خاصة عندما يكون العقد محل النزاع عقد غير بسيط، إذ تستلزم هذه الحالة دراسة متأنية في كل هذه المعطيات وذلك بهدف إلحاق العقد بأحد القوالب القانونية المعروفة

تنوع الحياة اليومية للأفراد وتطورها السريع فرضت أنواع أخرى من العقود إذ نجد أن المتعاقد قد يرغب بإبرام عدة عمليات قانونية في وقت واحد، وهذه العمليات غالباً ما تكون معقدة وغير واضحة تخرج من العقود المسماة الواضحة المعالم، لذا تتنوع القواعد القانونية التي تحكمها مما يجعلها محل

جدل والبحث دائما عن طبيعتها القانونية، لذا إرتأينا عرض حول كيفية تكييف العقد المسمى باعتباره الأصل العام وذلك من خلال التطرق إلى العملية في ذلك سواء كان ذلك باللجوء إلى تطبيق التكييف الموحد أم التكييف التوزيعي، أما فيما يخص تكييف العقود غير المسماة فحاولنا أولاً تحديد مفهوم لها ثم بعد ذلك تحديد نظام التكييف فيها.

وبهذا يمكن القول أن تكييف العقد هي آلية مقننة جدا لا يقوم بها القاضي أو الجهة المختصة بشكل اعتباطي وإنما هي تقوم على مصادر وعمليات قانونية لازمة، وكذا أسس وركائز تساعد على تطبيق القانون بشكل صحيح، تؤطر وتساعد على تحقيق إرادة الأطراف فهي عملية يمكن لصاحب الاختصاص تفعيلها دون المساس بإرادة الأطراف وذلك بشرط تقريرها وفقا للمعطيات السابقة الذكر، لذا يمكن الخروج في ختام هذه الدراسة بالنتائج التالية:

1. تكييف العقد أو ما يعرف بتبيان الطبيعة القانونية للعقد ما هي إلا عملية فنية يقوم بها صاحب الاختصاص مستندا في ذلك على مضمون العقد، وتتم أيضا بعد البحث في نية المتعاقدين المشتركة دون أن يتقيد في ذلك بوصفهم.

2. تكييف العقد، تفسير العقد، تحديد مضمون العقد: هي كلها أنظمة متشابهة تتداخل فيما بينها خاصة إن صاحب الاختصاص وفي ظل بحثه عن الطريقة الصحيحة لتطبيق القانون قد يفعلها كلها مما يشكل تداخل بينها إلا أن الباحث في القانون يمكنه تمييزها عن بعضها لامتياز كل واحدة منها بخصائص خاصة، وقد اختلف الفقه والقضاء حول ترتيب هذه الآليات وأيهما أسبق للأخرى إلا أن الواقع العملي قد أثبت أن تفعيلها يكون حسب النزاع المعروض، فكل نزاع يشكل حالة خاصة بذاته وليس هناك قاعدة تطبق على الجميع.

3. عملية تكييف العقد عند تفعيلها يلتزم صاحب الاختصاص في ذلك بالعودة إلى المصادر القانونية الأصلية منها والتفسيرية، وذلك لعدة اعتبارات منها العلاقة الوطيدة بين القانون المنظم للعقد والقانون بصفة عامة، فهي علاقة جزء من الكل أين يتأثر قانون العقود بالقانون فيأخذ صفاته وكذا له نفس المصادر، فالقاضي حين يقوم بعملية التكييف مثلا فإنه يبحث عن أحد العقود المقننة الموجودة في أحد المصادر ليسقط عليها العقد محل النزاع، ويحتاج أيضا إلى توفر عمليات قانونية مسبقة تتمثل في تقسيمات العقود وذلك لما لهذا العنصر من أهمية.

4. كأصل عام يعتبر القاضي هو صاحب الاختصاص الأصيل في هذه العملية إلا أن الواقع العملي قد فرض على بعض الجهات ممارستها، إذ نجد أن الموثق وبعدهما توجه الواقع القانوني الجديد إلى الفرض عليه واجب ضمان فعالية العقود التي يقوم بتحريها فإنه أصبح ملزماً بتبيان، أي الأطر القانونية التي تظم إرادة المتعاملين المتوجهين إلى مكتبه وخاصة في حالة ما إذا كانت ثقافتهم القانونية بسيطة، فالموثق لا يقتصر عمله فقط على تحرير العقد وإنما يقع على عاتقه أيضاً ضمان فعاليته.
5. وقد فرض الواقع العملي والمعاملاتي أيضاً على إدارة الضرائب القيام بهذه العملية وذلك لتحقيق التحصيل الضريبي المنصوص عليه قانوناً على كل عقد، وهذا جاء بعد كثرة المعاملات القائمة على الغش الضريبي، فأصبحت تمارس عملية تكييف العقد لإلحاق كل عقد بمجموعته الضريبية الصحيحة.
6. تعتبر العناصر الموضوعية سواء منها الدائمة أم العرضية متساوية التأثير في عملية تكييف العقد، فالقاضي وفي حالة تفعيله لهذه الآلية وخلال بحثه عن مضمون العقد فإنه يستند على هذا العناصر بشكل متساوي ولا يأخذ بعضها ويترك البعض الآخر .
7. إن العناصر الذاتية لها نفس أهمية العناصر الموضوعية فلا يمكن للقاضي إغفالها فلإرادة الأطراف دور هام لمعرفة الطبيعة القانونية للعقد محل النزاع، خاصة وأن عملية التكييف أساساً تُفعل لضمان تحقيق إرادة الأطراف في إطار قانوني سليم لذا يجب استخلاصها بخطوات سلسلة تؤدي في النهاية إلى تطبيق القانون بشكل صحيح.
8. خلقت المعاملات المستحدثة بين الأفراد العديد من العقود المركبة التي يصعب تحديد طبيعتها إلا بالبحث في كل مكونات هذه العلاقة التعاقدية لذا كثيراً ما يواجه صاحب الاختصاص صعوبة كبيرة في إصباغها بصبغة قانونية موحدة إلا إن الممارسات الميدانية والتحليلات الفقهية قد خلقت بعض الأسس التي يمكن الاعتماد عليها في ذلك حفاظاً على إرادة الأفراد وعدم المساس بها كإعمال آلية التكييف الدقيق وكذا تكييف الرفض والاستبعاد بالإضافة إلى التكييف عن طريق استعمال القياس.
- وبناء على هذه النتائج المهمة المتوصل إليها في دراستنا هذه يمكن تقديم بعض التوصيات للجهات المختصة فيما يلي:
1. تعتبر الإرادة هي المرجع الرئيسي لكل المعطيات التعاقدية لذا يجب على صاحب الاختصاص وهو يفعل آلية تكييف العقد التقيد بها، وعدم المساس بها، والارتكاز على كل الأدوات والأسس السابقة الذكر لتحقيق في الواقع بشكل لا ينافي القانون.

2. موضوع تكييف العقد موضوع مهم فيه من الجزئيات ما يستلزم الدراسة الكاملة وإثرائه من طرف رواد وشرح القانون سواء منهم الجزائريين أم العرب لذا نوصي بتسليط الضوء عليه أكثر خاصة وأنها عملية ذهنية دقيقة تحتاج لفهم نظري أكثر ثم تطبيق ذلك واقعيًا.
3. موضوع تكييف العقود قد يمس بإرادة الأفراد المتعاقدة لذا نرى وجوب مراجعة قانون التسجيل وتحديد العقود بدقة ورسم التسجيل لكل عقد، ولا يكتفي بكلمات عام مثل العقود ناقلة للملكية والعقود الواردة على حق الانتفاع، وهذا ما أدى إلى توسع في عملية التكييف من طرف إدارة التسجيل وتفرض رسوم حسب فهمها هي للنصوص القانونية.
4. تقنين آلية تكييف العقود في القانون المدني لكونه الشريعة العامة وتحديد العناصر التكييف الواجب مراعاتها في هذه العملية مثلها مثل عملية التفسير وتحديد نطاق العقد، من أجل وضع خارطة طريق للقاضي المعروض عليه النزاع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

◆ المصادر

- 1- القرآن الكريم.
- 2- السنة النبوية الشريفة.
- 3- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 03، 1994، مج 06.

◆ المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ. الكتب

- 1- إبراهيم عبد العزيز النجار، الأزمة المالية وإصلاح النظام المالي العالمي، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 2- إبراهيم رحمانى وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، إصدارات مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، سامي للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01، جامعة الوادي-الجزائر، 2019.
- 3- أحمد أدريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، البوكيلي للطباعة والنشر، ط 01، القنيطرة، المغرب، 1997.
- 4- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، "العقد والإرادة المنفردة"، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 5- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 6- أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، ط 01، عمان، الأردن، 1999.
- 7- إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963.
- 8- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، ج 2، د دن، بيروت، 1998.

- 9- أنور سلطان، أحكام الالتزام "الموجز في النظرية العامة للالتزام"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1980.
- 10- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 11- الجصاص، أحكام القران، دار الفكر، ط 1، بيروت، لبنان، 2001، ص 22.
- 12- برهان رزيق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، سوريا، د ط، د س.
- 13- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 14- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني، (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 15- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 16- جلال علي العدوى، مصادر الالتزام "دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني"، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.
- 17- جلال وفاء محمد، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
- 18- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، ط 01، القاهرة، مصر، 1949.
- 19- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية " في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام"، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 20- خليفة الخروبي، القانون المدني، العقود المسماة (الوكالة-البيع والمعاوضة-الإكراء-الهبة)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.
- 21- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 01، ط 04، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

- 22- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 02، ج 01، 2005.
- 23- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 01، الجزائر، 1991.
- 24- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام-، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 25- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 26- سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد "دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه و القضاء المصري و المقارن"، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2008.
- 27- سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، المنشورات الحقوقية، ط 05، بيروت، لبنان.
- 28- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع: دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، الأصل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 29- شوقي بناسي، دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي -المعدل- والفقه الإسلامي، ج 1 عموميات في العقد، بيت الأفكار للنشر، ط 1، دار البيضاء الجزائر، 2022.
- 30- عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني- دراسة مقارنة -، دار الحامد للنشر و التوزيع، ط 01، 2015.
- 31- عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 02، دار الفكر والقانون، د ب ن، 1999.
- 32- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 33- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.

- 34- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، "دراسة مقارنة"، المصادر الإرادية للعقد والإرادة المنفردة، مطبوعة جامعة الكويت، الكويت، 1982.
- 35- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مج 01، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ج 07، ط 03 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 36- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 01، القاهرة، مصر، 1949.
- 37- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 02، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، مصر، 1992.
- 38- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، ط 03، بيروت، لبنان، 2007.
- 39- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل، القاهرة، مصر، 1981.
- 40- عبد القادر عرعاري، مصادر التزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دار الأمان للنشر والتوزيع، ط 04، الرباط، المغرب، 2014.
- 41- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة للنشر، ط 3، الجزائر، 2011.
- 42- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 43- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 44- عبد رحمان لشرقاوي، العقد السياحي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01، الرباط، 2012.
- 45- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد - الالتزامات -، موفم للنشر، ط 3، الجزائر، 2013.
- 46- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 1993.
- 47- علي فلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط 2، الجزائر، 2010.

- 48- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 49- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 50- محمد الإدريسي، تكييف العقود في القانون المدني: على ضوء التشريع والقضاء المغربي، دار القلم، ج 1، ط 1، الرباط، المغرب، 2011.
- 51- محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 52- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، (البيع- التأمين، الضمان، الإيجار)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 53- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 54- محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 55- محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الجزائر، الكويت، 2004.
- 56- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، ط 4، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 57- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، المطبعة الجهوية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 58- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر ولتوزيع، الجزائر، 2017.
- 59- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانونا وفقها. واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

- 60-محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد: مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط03، القاهرة، 1994.
- 61-معوض عبد التواب، المرجع في تعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، ط 04، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 62-منصور القاضي، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد وآثاره)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، لبنان، 2000.
- 63-نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري - الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري -، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط 06، الجزائر، 2004.
- 64-نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 65-نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (البيع)، ط 1، الجزء الأول، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997.
- 66-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 01، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 67-وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة لعقد والاستثناءات الواردة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 68-يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 2، 1988.

II. الأطروحات والمذكرات

أ- الأطروحات

- 1- بلحمري فهيمة، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017/2018.

- 2- بن زيوش مبروك، الاحتفاظ بملكية المنقول المادي في عقد الاعتماد الايجاري، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري-قسنطينة، 2008/2007.
- 3- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015.
- 4- زرقون نورالدين، رقابة المحكمة العليا على القاضي المدني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر، 2013-2012.
- 5- سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخ: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2016/2015.
- 6- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2003.
- 7- عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1983.
- 8- عبد الرزاق أيوب، التكييف القانوني - الأسس النظرية والجوانب العملية-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، 2004/2003.
- 9- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخ: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة مولود معمري -تيزي وزو -، 2014.
- 10- عمر عمور، العقود المركبة بين النظرية والتطبيق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 24 أكتوبر 2019.

11- مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير، وتطبيقها في المنازعات العمل والضمان الاجتماعي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، جامعة وهران، سنة 2009/2008.

ب- المذكرات

- 1- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 1995.
- 2- بلشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2013/2012.
- 3- بلعزوز رايح، النظام القانوني لعقد السياحة والأسفار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005.
- 4- بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2009.
- 5- بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2014/2013.
- 6- جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخ: عقود ومسؤولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، بن عكنون، الجزائر، سنة 2013/2012.
- 7- جدو وسيلة، مسؤولية وكالة السياحة والسفر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخ: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2013.
- 8- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، رسالة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر ، 2013/2012.

- 9- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2013.
- 10- عبد الله عبد الكريم الزعبي، الأحكام القانونية لعقد النشر (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، قسم القانون الخاص، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.
- 11- عدنان عبد الهادي حسن حسان /يونس محي الدين فايز الاسطل، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006.
- 12- العرفات نواف فهمي مرداوي، الصورية في التعاقد -دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية -نابلس، فلسطين، 2010.
- 13- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2008/2007.
- 14- مهند نظمي عبد الله إسماعيل، سلطة القاضي في تكييف الدعوى، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2018.
- 15- نجيب أسعد عوده، القانون المدني الأردني بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 1995.
- 16- هيثم عصام عيسى، دور القاضي في تفسير العقود وفقا للتشريعات النافذة في فلسطين، قدمت الأطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017.

III. المقالات

- 1- ابتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر01، ع 12، ج 01، 2018.

- 2- إبراهيم رحمانى وآخرون، الأمن القضائى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، إصدارات مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادى-الجزائر -، سامى للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة 01.
- 3- أحلام لونس، جمال بدري، مقومات الامن القانونى عزيز لاستقرار العقد، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مج 05، ع 02، 2022.
- 4- أحمد مرابط، تكريس مبدأ الوجاهية فى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون والتنمية المحلية، مج 05، ع 01، جامعة أحمد درارية-أدرار-، 2023.
- 5- أحمد أمين شكراد، تكييف الإدارة الضريبية للعقود، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، الرباط، ع 2020.
- 6- إيمان بن دايمى، البطلان المطلق فى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات فى العلوم الإنسانية والاجتماعية، مج 14، ع 3، 2022.
- 7- بلحمري فهيمه، الأمن القانونى للحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن باديس مستغانم، الجزائر - 2018/2017.
- 8- بلمختار سعاد، الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج 15، ع 1، 2022.
- 9- بن سالم أحمد عبد الرحمن، تقنية البلوك تشين والعقود الذكية، مقارنة تحليلية للأطر القانونية والتكنولوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، مغنية، مج 8، ع 2، 2022.
- 10- بن عبد الله زهرة، رقابة المحكمة العليا على التكييف القانونى للوقائع الإجرامية، مجلة القانون الدولى والتنمية، مج 07، ع 01، جوان 2019.
- 11- بوزيد عدنان ونضيرة قمارى بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، مجلة الحوار المتوسطى، جامعة الجيلالى لىابس-سيدي بلعباس، مج 11، ع 03، ديسمبر 2020.
- 12- جيلالى بن عيسى، سلطة القاضي فى تكييف العقد ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، ع 05، جانفى 2018.

- 13- حسين عبيد شعواط، تكييف عقد الإقامة في الفندق، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، مج 05، ع 01، 2021.
- 14- حسين فريجة ، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه ، مجلة الاجتهاد القضائي-مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع -، جامعة محمد خيضر ،بسكرة ، الجزائر ، ع 01.
- 15- حورية لشهب ، النظام القانوني للعقود التجارية ، مجلة العلوم الإنسانية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ع 12، 2007.
- 16- حيدر فليح حسن ومالك رحيم حمادي ، مفهوم مدة العقد ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، كلية القانون –جامعة بغداد – العراق ، مج 07 ، ع 02 ، 2021.
- 17- دحماني محمد الصغير ، مدى تطبيق "مبدأ حرية الإثبات" في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات الميدانية، مج 01، ع 01 ، 2014.
- 18- دخنيسية أحمد ، مبدأ الامن القانوني في النظام القانوني الجزائري وآثاره على جودة النصوص القانونية ، مجلة صوت القانون ، جامعة الجزائر ، مج 09 ، ع 2 ، 2023.
- 19- دزيري ابتسام، سلطة القاضي في تكملة العقد ، مجلة بحوث، ع 12 ، الجزء الاول، 2018.
- 20- رزق فايدة، مبدأ حياد القاضي في الاثبات على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر، مج 08، ع 02 ، 2022.
- 21- زرقون نور الدين ، سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية الملزمة لحل النزاع ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، ع 02، جامعة ورقلة –الجزائر - ، 2013.
- 22- زناندة عبد الرحمن، التكييف في تنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر ، 2021.
- 23- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 04، الجزائر، 2007.
- 24- شيراز عزيز سليمان، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسها القانونية -دراسة مقارنة-، مجلة قهلاي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية ، أربيل، كوردستان، العراق -، مج 05 ، ع 03، 2020.

- 25- صفاي العيد، توثيق العقد وحجته، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)، مج 5، ع 01، 2022.
- 26- طراد إسماعيل، التزام الموثق بتقديم النصيحة والاعلام ومدى مسؤوليته، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر -، مج 04، ع 02، جوان 2018.
- 27- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقد في القانون المدني، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع 06، 2002.
- 28- عبد الخالق الناجي، تكييف التزامات الموثق ودورها في حماية حقوق الزبائن، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد أكتوبر 2017.
- 29- عبد الرحيم قاري، الإطار القانوني لعقد المراهقة، مجلة المعارف، مج 17، ع 01، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، جوان 2022.
- 30- عبد الرزاق أيوب، تكييف العقود في القانون المدني المغربي والقانون، مجلة طنجيس، عدد خاص، رقم 07، 2007.
- 31- عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع 06، 2008.
- 32- عدنان إبراهيم سرحان، العلاقة بين وكالات السياحة والسفر وعملاءها، الطبيعة القانونية، الإبرام، التنفيذ والمسؤولية المدنية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 31، ع 03، 2007.
- 33- علاء حسين على، رياض احمد عبد الغفور، العرف العقدي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الامرات العربية المتحدة - ع 60، 2020.
- 34- علي حسين نجيده، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 55، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985.
- 35- عياشي شعبان، الطبيعة القانونية لعقد البيع العقاري بناء على التصاميم، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، ع 37، 2012.

- 36- فاطنة شرشاري، النظام القانوني لعقد المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مج 02، ع 11، 2020.
- 37- قرواز فرحات، الشروط الاستثنائية غير مألوفة ودورها في تكييف العقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 07، ع 01، جوان 2022.
- 38- كرومي نذير وخليفي مريم، خصوصية تفسير العقد وتحديد مضمونه وفق مقتضيات حسن النية، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد - النعامة، مج 08، ع 01، 2022.
- 39- كنزة مخناش، الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، ع 50، المجلد أ، ديسمبر 2018.
- 40- ليلي بعناش، عقد الاعتماد الإيجاري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري - قسنطينة، الجزائر، ع 33، 2010.
- 41- لحاق عيسى وزروق مروان، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد الاقتصادي، ع 30 (2)، 2017.
- 42- محبوب غفران، مكيد نعيمة، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في القانون الفرنسي الجديد، مجلة صوت القانون، جامعة البلدية 02 - الجزائر، مج 08، العدد خاص، 2022.
- 43- محمد برجي بن جلول، سلطان العرف وتأثيره على القوانين، مجل التراث، كلية الحقوق جامعة سوسة، تونس، مج 09، ع 01، 2019.
- 44- منى نعيم جعاز، فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحة العقد - دراسة في القانون الفرنسي، مجلة بحوث الشرق الأوسط، مصر، ع 62، أبريل 2021.
- 45- مروان عضيد عزت حمد، الوعد بالتعاقد و تطبيقاته في القانون المدني العراقي - دراسة مقارنة - مجلة أفاق العلوم، جامعة صفاقس - كلية الحقوق - تونس، مج 05، ع 04، 2020.
- 46- معداوي نجيبية، العقود الذكية والبلوك تشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر، مج 4، ع 02، 2021.

- 47- منصور داوود، الجوانب القانونية لتطبيقات العقود الذكية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة الوادي ، الجزائر ، مج 12، ع 2، 2021.
- 48- نايلي بلال وفتاك علي، حدود تدخل القاضي في مضمون العقد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، مج 08، ع 02، جوان 2023.
- 49- نجيمة علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حويليات جامعة الجزائر 1، مج 34، ع 04، 2020.
- 50- نسيمة موسى، التكييف القانوني للعقد الطبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور - الجلفة-، مج 16، ع 01، 2023.
- 51- نورية شبورو، التكييف وتنازع القوانين، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة سيدي بلعباس -الجزائر-، مج 05، ع 01، 2020.
- 52- هجير تومي. نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري. المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة الجزائر، مج 5، ع 1، 2020.
- 53- يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، ع 03، السنة 27، سبتمبر 2003.
- 54- يمينة حوحو، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ع 01، 2013.

IV. النصوص القانونية

■ النصوص القانونية الوطنية

أ- النصوص التشريعية

- 1- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، ع 47، المؤرخة في 09 جوان 1966، الملغى بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج ر، ع 48، المؤرخة في 17 جويلية 2022.

- 2- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-88 المؤرخ في 03 ماي 1988، ج ر، ع 18، المؤرخة في 04 ماي 1988، وبالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، ع 44، المؤرخة في 26 جوان 2005، وبالقانون 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
- 3- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، ع 101، المؤرخة في 19 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- 4- الأمر رقم رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، المؤرخة في 1975.
- 5- الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر، ع 81، المؤرخة في 22 ديسمبر 1976.
- 6- القانون رقم 10-81 المؤرخ في 11 يوليو 1981 المتعلق بتشغيل الأجانب، ج ر، ع 28، المؤرخة في 14 يوليو 1981.
- 7- الأمر رقم 12-82 المؤرخ في 28 غشت 1982، المتضمن القانون الأساسي للحرفي، ج ر، ع 35، المؤرخة في 31 غشت 1982.
- 8- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، ع 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005.
- 9- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، ج ر، ع 10، المؤرخة بتاريخ 05 مارس 1986، ثم ألغي هذا العقد بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93، المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، (ج ر، ع 14، المؤرخة بتاريخ 03 مارس 1993)، ثم أعاد المشرع الجزائري تنظيمه مرة أخرى بعد إلغائه بمقتضى القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11 أفريل 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقاري.
- 10- القانون رقم 22-89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتضمن صلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها، ج ر، ع 53، المؤرخة في 13 ديسمبر 1989.

- 11- الأمر رقم 09-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 والمتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر، ع 03، المؤرخة في 14 جانفي 1996.
- 12- القانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، ع 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل بالقانون رقم 29-91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر، ع 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991، والأمر رقم 21-96 المؤرخ في 09 يوليو 1996، ج ر، ع 43، المؤرخة في 10 أبريل 1996.
- 13- القانون رقم 01-99 المؤرخ في 06 جانفي 1999، يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، ج ر، ع 02، المؤرخة في 10 جانفي 1999.
- 14- القانون 06-99 المؤرخ في 04 أبريل 1999، المحدد للقواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، ج ر، ع 24، المؤرخة في 17 أبريل 1999.
- 15- الأمر 03-03 المؤرخ في 2 يوليو 2008، المتضمن قانون بالمنافسة، ج ر، ع 36، المؤرخة في 7 يوليو 2008.
- 16- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 41، المؤرخة في 25 يونيو 2004.
- 17- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر، ع 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.
- 18- القانون رقم 16-08 المؤرخ في 03 غشت 2008، يتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر، ع 46، المؤرخة في 10 غشت 2008.
- 19- القانون رقم 03-09 المؤرخ في 8 مارس 2009، المتضمن حماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، ع 15، المؤرخة في 12 مارس 2009.
- 20- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11 أبريل 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج ر، ع 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

د- النصوص التنظيمية

• المراسيم الرئاسية

- 1- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 30، المؤرخة في 28 مارس 1976.
- 2- المرسوم رقم 230-88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن تنظيم سجل الصناعات اليدوية والحرف، ج ر، ع 46، المؤرخة في 09 نوفمبر 1988

• المراسيم التنفيذية

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأجير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر، ع 66، المؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

7. الاجتهادات القضائية

1. القرار المؤرخ في 30/03/1983 صادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع 01، 1989.
2. القرار المؤرخ في 13/04/1983، المجلة القضائية، ع 01، 1990.
3. القرار المؤرخ في 07/05/1983، المجلة القضائية، ع 01، 1983.
4. القرار المؤرخ في 16/05/1983، المجلة القضائية، ع 01، 1989.
5. القرار المؤرخ في 25/10/1986 صادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع 02، 1989.
6. القرار المؤرخ في 20/05/1990، المجلة القضائية، ع 02، 1992.
7. القرار المؤرخ في 16/06/1991، المجلة القضائية، ع 04، 1993.
8. القرار المؤرخ في 16/09/1991، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 1993.
9. القرار المؤرخ في 20/04/1994، المجلة القضائية، ع 02، 1994.
10. القرار المؤرخ في 23/07/1997، المجلة القضائية، ع 02، 1997.
11. القرار المؤرخ في 06/06/1998، المجلة القضائية، ع 6، 1998.
12. القرار المؤرخ في 25/01/1999، المجلة القضائية، ع 1، 1999.

13. القرار المؤرخ في 24/05/2000، المجلة القضائية، ع 01، 2001.
14. القرار المؤرخ في 16/01/2002، المجلة القضائية، ع 01، 2003.
15. القرار المؤرخ في 04 جانفي 2006، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2006.
16. القرار المؤرخ في 18/01/2006، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2006.
17. القرار المؤرخ في 24/01/2007، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2007.
18. القرار المؤرخ في 21/02/2007، مجلة المحكمة العليا، ع 01، 2007.
19. القرار المؤرخ في 23/01/2008، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2008.

ثانيا: باللغة الأجنبية

I. livres

- 1- B. Kohl, La vente immobilière, Larcier, Belgique, 2011.
- 2- Carbonnier (J) : droit civil (les obligations), PUF Paris, 1998.
- 3- Christian LARROUMET, Droit civil, T 03, Les obligations, Le contrat, 3e éd, DELTA, Economica, 1996.
- 4- GHESTIN Jaques, Traité de droit civil, les effets du contrat, 2ème édition ,L.G.D.J, 1996.
- 5- Daniel Mainguy, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 6e éd, 2008
- 6- F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, DALLOZ ,paris , 9e édition, 2011.
- 7- J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat ; 2éd ; LGDJ ; Delta, n° 65.
- 8- Jacque GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3e éd ,LGDJ, DELTA, paris, 1993.
- 9- Grillet-Pontin, Essai sur le contrat innomé ,These de doctorat, universite de Jean Moulin, Lyon III , 1982·n°367 .
- 10- JAPIOT(René), Des nullités en matières d' actes juridiques Essai d' une théorie nouvelle, thèse Dijion, 1909.
- 11- M.Planiol, Classification synthétique des contrats, revue critique de législation et jurisprudence, 1904.

- 12- N. Cardoso-Roulot, les obligations essentielles en droit privé des contrats, thèse de doctorat publiée, L'Harmattan, paris, 2008.
- 13- Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, 2e édition, 2007.
- 14- Ripert et Boulanger, traité élémentaire de droit civil de Planiol, 4^{ème} édition, t. II, N52.
- 15- V.F.GENY, Sciences et techniques en droit privé positif ,T. III, N 209.
- 16- P.ENGEL, Traité des obligations en droit Suisse, 1973.
- 17- Terre François, Droit civil, les obligations; 9 édition, 2005.
- 18- TERRE François, SIMLER Philipe et LEQUETTE YVES, (Droit civil, les obligations), 7^{ème} édition, 1999, Dalloz.
- 19- Grillet-Pontin, Essai sur le contrat innomé ,These de doctorat ,université de Jean Moulin, Lyon III , 1982.

II. -Articles

- 1- Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit.vol.55.n°4, 2014.
- 2- P. Fréchette, La qualification des contrats : aspects pratiques, Les cahier de droit, vol51.
- 3- E.ALLAN FARNSWORTH L'interprétation des contrats internationaux revue de droit des affaires internationales volume 3-4 année 2002.

III. Texte juridique

- 1- Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (J.O.R.F. n°169 du23 juillet 1992, p. 9875).
- 2- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016- texte n° 26.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

- 1 -<https://www.cc.gov.eg> .
- 2 -<https://www.mohamah.net/law>

فهرس المحتويات

| الصفحة | العنوان |
|--------|---|
| 08 -1 | مقدمة |
| 10 | الباب الأول القواعد العامة لتكييف العقد |
| 12 | الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لتكييف العقود |
| 13 | المبحث الأول: ماهية تكييف العقد |
| 14 | المطلب الأول: مفهوم تكييف العقد |
| 14 | الفرع الأول: تعريف التكييف القانوني وأهميته |
| 14 | أولاً: تعريف التكييف القانوني |
| 17 | ثانياً: أهمية التكييف القانوني |
| 19 | الفرع الثاني: تعريف تكييف العقود وتمييزه عن العمليات الشبيهة له |
| 20 | أولاً: تعريف تكييف العقود |
| 23 | ثانياً: تمييز عملية تكييف العقود عن العمليات المشابهة |
| 31 | المطلب الثاني: المصادر المعتمد عليها في عملية تكييف العقد |
| 31 | الفرع الأول: المصادر الرسمية الأصلية (التشريع) |
| 32 | أولاً: التشريع كمصدر رئيسي لقانون العقود |
| 38 | ثانياً: المصادر الاحتياطية |
| 41 | الفرع الثاني: المصادر التفسيرية |
| 41 | أولاً: القضاء |
| 42 | ثانياً: الفقه |

| | |
|----|---|
| 44 | المبحث الثاني: العمليات القانونية التي يطلبها تكييف العقد |
| 44 | المطلب الأول: ماهية العقد |
| 45 | الفرع الأول: مفهوم العقد |
| 45 | أولاً: تعريف العقد |
| 58 | الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد |
| 59 | أولاً: معنى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين |
| 62 | ثانياً: الاستثناءات الواردة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين |
| 63 | المطلب الثاني: تصنيفات العقود |
| 63 | الفرع الأول: التصنيفات القانونية للعقد |
| 63 | أولاً: التصنيفات الكلاسيكية للعقد |
| 68 | ثانياً: التصنيفات الحديثة للعقد |
| 75 | الفرع الثاني: التصنيفات الفقهية للعقد |
| 75 | أولاً: من حيث تكوين العقد وتنفيذه |
| 79 | ثانياً: تصنيف العقود بالاعتماد على مدى خضوع البنود للمناقشة |
| 80 | ثالثاً: تصنيف العقود بناء على الأخذ بالاعتبار الشخصي للمتعاقد من عدمه |
| 81 | رابعاً: تصنيف العقود من حيث الوجود |
| 82 | خامساً: تصنيف العقود من حيث القواعد المطبقة |
| 86 | الفصل الثاني: الجهات المختصة في تكييف العقد |
| 87 | المبحث الأول: القاضي كصاحب اختصاص أصيل في عملية تكييف العقد |
| 88 | المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف العقد وحدودها |
| 88 | الفرع الأول: سلطة القاضي في تكييف العقد وإعادة تكييفه |

| | |
|-----|---|
| 88 | أولاً: سلطة القاضي في تكييف العقد |
| 93 | ثانياً: سلطة القاضي في إعادة تكييف العقد |
| 98 | الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في تكييف العقد |
| 98 | أولاً: إلزامية احترام مبدأ الوجاهية ومبدأ الحياد |
| 100 | ثانياً: التقييد الاتفاقي لسلطة القاضي في تكييف العقد |
| 101 | المطلب الثاني: رقابة تكييف العقد من طرف المحكمة العليا |
| 102 | الفرع الأول: النظريات المفسرة لمبدأ رقابة التكييف |
| 102 | أولاً: محتوى النظريات المفسرة لمبدأ الرقابة |
| 104 | ثانياً: موقف بعض المحاكم من النظريات المفسرة لعملية التكييف |
| 111 | الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا الجزائرية من مبدأ رقابة التكييف وكذا أبرز تطبيقاتها |
| 114 | المبحث الثاني: الجهات المختصة في تقديم التكييف على سبيل الاستثناء |
| 115 | المطلب الأول: الموثق وواجب النصح |
| 115 | الفرع الأول: مفهوم العقد الرسمي |
| 116 | أولاً: صدور الورقة الرسمية من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة |
| 116 | ثانياً: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي |
| 117 | ثالثاً: مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون |
| 122 | الفرع الثاني: واجب النصح ومدى اعتباره تكييفاً |
| 125 | أولاً: التزام الموثق بضمان صحة العقود التوثيقية |
| 125 | ثانياً: ضمان فعالية هذه الاتفاقات |
| 126 | المطلب الثاني: إدارة الضرائب وواجب تكييف العقد |
| 127 | الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة إدارة الضرائب في تكييف العقد |
| 132 | الفرع الثاني: سلطة مديرية الضرائب في تكييف العقد |

| | |
|-----|---|
| 132 | أولاً: حالات تدخل إدارة الضرائب بإعادة التكييف |
| 133 | ثانياً: إشكالية تكييف الإدارة الضريبية لعقود سبق للقضاء تكييفها |
| 135 | خلاصة الباب الأول |
| 137 | الباب الثاني أسس ومعايير التكييف |
| 139 | الفصل الأول: عناصر العقد في تكييف العقود |
| 140 | المبحث الأول: العناصر الموضوعية لتكييف العقود |
| 141 | المطلب الأول: دور العناصر الدائمة في تكييف العقود |
| 141 | الفرع الأول: الالتزامات الأصلية |
| 141 | أولاً: تحديد العناصر الأساسية في الالتزام |
| 147 | ثانياً: تأثير تخلف الالتزامات العقدية على مسار التكييف |
| 151 | الفرع الثاني: الالتزامات التبعية في تكييف العقود |
| 151 | أولاً: مفهوم الالتزام التبعية |
| 154 | ثانياً: تأثير العناصر الثانوية في تحديد القواعد القانونية |
| 156 | المطلب الثاني: العناصر العرضية في تكييف العقود |
| 156 | الفرع الأول: صفة المتعاقدين |
| 156 | أولاً: صفة المتعاقدين كمحدد أساسي لتكييف العقد |
| 159 | ثانياً: صفة المتعاقدين كمحدد استثنائي في عملية التكييف |
| 161 | الفرع الثاني: شكل العقد |
| 161 | أولاً: شكل العقد نادراً ما يكون عنصراً في تكييفه |
| 162 | ثانياً: شكل العقد كعنصر في تكييف العقد |
| 165 | المبحث الثاني: العناصر الذاتية في تكييف العقود |
| 166 | المطلب الأول: دور الإرادة في تكييف العقود |
| 166 | الفرع الأول: الرضا والباعث |

| | |
|-----|---|
| 166 | أولاً: الرضا |
| 169 | ثانياً: الدواعي والبواعث |
| 171 | الفرع الثاني: الإرادة الظاهرة والباطنة |
| 171 | أولاً: الإرادة الظاهرة |
| 178 | ثانياً: الإرادة الباطنة |
| 184 | المطلب الثاني: كيفية استخلاص إرادة المتعاقدين |
| 185 | الفرع الأول: تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین |
| 185 | أولاً: مفهوم تفسير العقد |
| 188 | ثانياً: تمييز التفسير عن بعض المفاهيم المشابهة |
| 192 | ثالثاً: القواعد الأصولية في التفسير |
| 200 | الفرع الثاني: حدود التفسير |
| 200 | أولاً: رقابة المحكمة العليا على عملية التفسير |
| 204 | ثانياً: التحريف كقيد على قضاة الموضوع |
| 207 | الفصل الثاني: تركيبة وبنیان العقد ودورها في تكييف العقود |
| 208 | المبحث الأول: تكييف العقود المسماة |
| 209 | المطلب الأول: التكييف الموحد |
| 209 | الفرع الأول: أساس التكييف الموحد |
| 210 | أولاً: عدم القابلية للانقسام الموضوعي |
| 214 | ثانياً: عدم القابلية للانقسام الذاتي |
| 214 | الفرع الثاني: نتائج التكييف الموحد |
| 215 | أولاً: التابع يلحق بالأصل |
| 216 | ثانياً: إعطاء العقد طبيعة جديدة |
| 218 | المطلب الثاني: التكييف التوزيعي |
| 218 | الفرع الأول: تحديد مضمون التكييف التوزيعي |

| | |
|-----|--|
| 221 | الفرع الثاني: صور التكييف التوزيحي |
| 221 | أولاً: التكييف التوزيحي بالتجزئة |
| 223 | ثانياً: التكييف التوزيحي بالتتابع |
| 226 | المبحث الثاني: تكييف العقود غير مسماة |
| 227 | المطلب الأول: ماهية العقود غير مسماة |
| 227 | الفرع الأول: المقصود بالعقود غير مسماة |
| 227 | أولاً: تطور العقود غير مسماة |
| 229 | ثانياً: تعريف العقود الغير مسماة |
| 231 | الفرع الثاني: جدية العقد غير مسعى |
| 234 | الفرع الثالث: التمييز بين العقد غير مسعى والعقد المسعى |
| 232 | أولاً: من حيث التسمية |
| 233 | ثانياً: من حيث التنظيم |
| 234 | الفرع الرابع: التمييز بين العقد غير مسعى والعقد من نوع خاص |
| 235 | المطلب الثاني: نظام تكييف العقد غير مسعى |
| 236 | الفرع الأول: آلية تكييف العقد غير مسعى |
| 236 | أولاً: التكييف غير الدقيق |
| 237 | ثانياً: تكييف الاستبعاد (الرفض) |
| 237 | ثالثاً: دور القياس في تكييف العقد غير مسعى |
| 241 | الفرع الثاني: تطبيقات على تكييف العقد غير مسعى |
| 241 | أولاً: عقد النشر |
| 242 | ثانياً: عقد الإعاشة |
| 243 | ثالثاً: العقد الطبي |
| 246 | خلاصة الفصل الثاني |
| 248 | الخاتمة |

| | |
|-----|------------------------|
| 255 | قائمة المصادر والمراجع |
| 276 | فهرس المحتويات |

ملخص

إن عملية تكييف العقد هي آلية يتم من خلالها تحديد مضمون العقد فتحدد إطاره القانوني وتجد هذه العملية مستقرها في مسألة تقسم العقود إلى مسماة وغير مسماة وما ينتج عنها من قابلية خضوع الأولى لتنظيم تشريعي دون الأخرى.

وعندما يفعل صاحب الاختصاص هذه الآلية يجب عليه ان يستند على مصادر التشريع وذلك لإلحاق كل عقد بإطاره القانوني الصحيح وكذا ضرورة توفر عمليات قانونية مسبقة تتمثل في تقسيمات العقود والتي يعتبرها الفقهاء المرجعية الأساسية لعملية تكييف العقد.

وتستلزم هذه العملية توفر عدة عناصر لتقوم صحيحة كي لا تحيد عن إرادة الأفراد، وقد تكون هذه العناصر دائمة أم عرضية، بالإضافة إلى البحث في بنیان العقد وتركيبته والذي له دور فعال في معرفة القانون الواجب التطبيق خاصة إذا كان العقد محل النزاع مركبا.

Résumé

The process of adapting a contract is a mechanism through which the content of the contract is determined and its legal framework is determined. This process finds its basis in the issue of dividing contracts into named and unnamed and the resulting possibility of the first being subject to legislative regulation without the other.

When the competent person implements this mechanism, he must rely on the sources of legislation in order to attach each contract to its correct legal framework, as well as the necessity of providing prior legal processes represented in the divisions of contracts, which jurists consider to be the basic reference for the process of adapting the contract.

This process requires the availability of several elements in order for it to be correct so that it does not deviate from the will of individuals. These elements may be permanent or occasional, in addition to research into the structure and composition of the contract, which has an effective role in knowing the applicable law, especially if the contract in dispute is complex.

Abstract

Le processus d'adaptation d'un contrat est un mécanisme par lequel le contenu du contrat est déterminé et son cadre juridique est déterminé. Ce processus trouve son fondement dans la question de la division des contrats en nommés et non nommés et la possibilité qui en résulte que le premier soit soumis à réglementation législative sans l'autre.

Le processus d'adaptation d'un contrat est un mécanisme par lequel le contenu du contrat est déterminé et son cadre juridique est déterminé. Ce processus trouve son fondement dans la question de la division des contrats en nommés et non nommés et la possibilité qui en résulte que le premier soit soumis à réglementation législative sans l'autre.

Lorsque la personne compétente met en œuvre ce mécanisme, elle doit s'appuyer sur les sources de la législation pour rattacher chaque contrat à son propre cadre juridique, ainsi que sur la nécessité de prévoir des procédures juridiques préalables représentées dans les divisions des contrats, que les juristes considèrent comme étant la référence de base pour le processus d'adaptation du contrat.