

## المبحث الثاني: تكوين العقد.

يجمع الفقه والقضاء والتشريع على أن العقد يقوم بتوافر أركان ثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، تلك هي الأركان المشترطة في جميع العقود، أيا كان نوعها أو طبيعتها، ويضاف الى هذه الأركان الثلاثة، ركن رابع هو الشكلية المطلوب توافره في العقود الشكلية، عنصر الزمن في العقود الدورية، كما أن للتسليم أهمية عملية في بعض العقود العينية.

والجدير بالملاحظة، أنّ المشرع الجزائري على عكس التشريعات العربية الأخرى، قد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان <<شروط العقد>> وذلك في المواد 59- الى 98 م ج.

والملاحظ أنه، قد وقع في لبس وخلط بين أركان العقد وشروطه: إذ أنهما مسألتان مختلفتان، فالركن هو مسألة أساسية تتعلق بوجود أو قيام العقد، ويترتب على تخلفه بطلان العقد، في حين أنّ الشروط تخص صحة التراضي ويترتب على الإخلال بأحد هذه الشروط أن يكون العقد قابلا للإبطال.

أولاً: التراضي

ثانياً: المحل

ثالثاً: السبب

رابعاً: الشكلية

خامساً: جزاء الإخلال بأحد أركان العقد أو شرط من شروط صحته.

أولاً: التراضي

يعتبر التراضي ركناً أساسياً في العقد، فهو جوهر العقد لا يقوم بدونه، ولقيام ركن التراضي يجب توافر شرطين أساسيين:- أن يكون التراضي موجوداً.

-أن يكون التراضي صحيحاً

1-وجود التراضي:

يقوم التراضي بوجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين تطابقاً تاماً على إحداث أثر قانوني معين.

ويجب التأكيد في هذا المجال، على مصطلح التراضي وليس الرضا، لأن الرضا يصدر من جانب واحد، بينما التراضي هو المقصود كركن في العقد لأنه يجسد توافق الإرادتين وتطابقهما تطابقاً تاماً على إنشاء عقد.

وقد نصت المادة 59 م ج على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

وطبقا لنص المادة 59 يتم التراضي بإيجاب وقبول متطابقين، يتجهان الى إحداث أثر قانوني، إما إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه. ويجب أن يصدر الايجاب والقبول من طرفين تتوافر فيهما أهلية التصرف، ويكون القبول مطابقا للإيجاب (م 66 م ج).

وبناء على ما تقدم، يقتضي البحث في وجود التراضي دراسة المسائل الآتية:

أ-التعبير عن الإرادة.

ب-تطابق الارادتين.

ج -صور خاصة من التراضي.

### أ-التعبير عن الإرادة:

إنّ الإرادة عمل نفسي داخلي لا يعتد به القانون الا اذا أخذ مظهرها خارجيا، والتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي وتطبيقا لمبدأ الرضائية الذي يعتبر المبدأ العام في ابرام العقود، فان المشرع الجزائري لا يشترط مظهرها خاصا أو طريقة معينة، يتم بها التعبير عن الإرادة. فلكل متعاقد الحرية الكاملة في التعبير عن ارادته على النحو الذي يراه مناسبا له، ما لم ينص القانون أو اتفاق المتعاقدين على خلاف ذلك<sup>(1)</sup>.

وطبقا لنص المادة 60 م ج، يكون التعبير عن الإرادة باللفظ، أو بالكتابة، أو الاشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالاته على مقصود صاحبه وهذا هو التعبير الصريح. كما قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا.

### \*التعبير الصريح:

ان التعبير الصريح هو التعبير الذي يفصح بذاته وبطريقة مباشرة عن مدلول الإرادة، والمظهر الأول للتعبير الصريح هو التعبير بالألفاظ المؤدية الى المعنى الذي تقصده الإرادة المشتركة للطرفين بأية لغة كانت هذه الألفاظ بشرط أن يفهمها الطرفان، والمظهر الثاني للتعبير الصريح للإرادة يكون بالكتابة، سواء كانت هذه الكتابة عرفية أو رسمية، ما دامت واضحة ولا تدع مجالا للشك في دلالتها على المقصود منها.

فقد يكتفي القانون بالكتابة العرفية احتراما لمبدأ الرضائية في العقود، كما هو الشأن في عقد الكفالة<sup>(2)</sup>، وقد يشترط القانون، في بعض العقود، حماية للمصلحة العامة، أن تكون الكتابة رسمية كما هو الحال في العقود الواردة على عقار<sup>(3)</sup>، وكذلك الأمر في عقد الرهن الرسمي<sup>(1)</sup>.

(1)

- V.A.VIALARD, p.33.

(2) المادة 645 مدني جزائري.

(3) المادة 324 مكرر1 مدني جزائري.

أما المظهر الثالث للتعبير الصريح عن الإرادة، فيكون بالإشارة المتداولة عرفاً بين الناس، كإشارة الأخرس بهز الرأس عمودياً دلالة على القبول، أو أفقياً للدلالة على الرفض، أو يكون باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود، كوقوف سيارة الأجرة في المكان المعد لركوب الركاب، أو عرض التاجر بضاعته على الجمهور مع تحديد أسعارها.

### \*التعبير الضمني:

إن التعبير الضمني عن الإرادة هو التعبير الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، وقد أجازته المشرع الجزائري في المادة 2/60 م ج ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك، ومثاله أن يتصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتريه، فتصرفه هذا يدل ضمناً على قبوله، ومثاله إبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار<sup>(2)</sup>.

### \*التعبير عن الإرادة بالسكوت:

إنّ التعبير عن الإرادة، كما سبق القول، يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، ولكن يجدر التساؤل عن حالة خاصة للتعبير الضمني عن الإرادة وهي السكوت، فهل يمكن اعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة؟ وهل يعتبر قبولاً أم رفضاً.

إنّ التعبير عن الإرادة قد يكون إيجابياً وقد يكون قبولاً، والسكوت هو موقف سلبي، لا يمكن التعبير به عن الإيجاب. ولذلك يثور التساؤل عن السكوت، في جانب الشخص الموجه إليه إيجاب معين بغرض إبرام عقد، فهل يمكن اعتباره قبولاً؟

الأصل أن السكوت عدم، فلا يترتب عليه أي أثر قانوني فلا يعتبر قبولاً ولا رفضاً، وتطبيقاً للمبدأ العام في الشريعة الإسلامية >> لا ينسب لساكت قول<< وهو المبدأ، الذي قال به جمهور الفقه<sup>(3)</sup> وعمل به القضاء وأخذت به التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري. غير أن المبدأ ليس مطلقاً، إذ أورد القانون استثناء على هذا الأصل، فيعتبر السكوت الملابس، في بعض الحالات الخاصة، قبولاً، وقد نصت المادة 68 م ج على بعض الأمثلة على السكوت الملابس الذي يكون دليلاً على القبول، وهي حالات منصوص عليها على سبيل المثال، وليس على سبيل الحصر، وهي كالاتي:

\*إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، يقضي باعتبار السكوت قبولاً، ومن أمثلة طبيعة المعاملة، أن يرسل تاجر بضاعة لمن طلبها ويضيف في الفاتورة شروطاً جديدة ولم يبادر المشتري برفضها، فيعتبر السكوت هنا قبولاً.

(1) المادة 883 مدني جزائري.

(2) المادة 509 مدني جزائري.

(3) حسين حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.32.

ومن أمثلة العرف التجاري، ما جرت عليه عادة المصاريف من إرسال بيان لعميلها كل مدة معينة بحسابه الجاري لديها، فيعتبر سكوته بعد مدة معينة قبولا لهذا الحساب.

\*اذ كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وضرر عن أحدهما ايجاب جديد، فالسكوت عن الرد عليه هو بمثابة قبول ومثاله ما تعود عليه تجار الجملة من ارسال البضائع المطلوبة الى تاجر التجزئة مع إرفاقها ببيان عن سعرها الجديد بمثابة قبول.

\*اذا كان الايجاب في مصلحة من وجه اليه، فسكوت الموهوب له يعتبر قبولا، ومثاله أن يهب شخص لآخر شيئا منقولا بدون مطالبته بمقابل، فسكوت الموهوب له يعتبر قبولا الهبة في مصلحته<sup>(1)</sup>.

و تجدر الملاحظة أن هذه الحالات أوردها المشرع على سبيل المثال، وليس على سبيل الحصر، فكل السكوت ملابس في غير هذه الحالات يمكن إعتباره قبولا، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة لاستخلاص القبول من أي سكوت ملابس بظروف تدل على إعتباره قبولا. ولكن الاشكال يكمن في تحديد المعيار، الذي يتم بموجبه تقدير الايجاب النافع لمصلحة المعروض عليه.

### \*الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة:

الأصل أن يكون التعبير مطابقا للإرادة المقصورة، فتكون الإرادة الظاهرة بالتعبير مطابقة للإرادة الباطنة، أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. وفي هذه الظروف لا يثور أي إشكال، ما دام هناك تطابق تام بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة غير أنه، قد يحدث في بعض الحالات، أن تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، كأن يريد التاجر بيع البضاعة معينة بثمن معين ولكنه يخطئ، فيذكر في الفاتورة مبلغا أقل مما يقصده، فهل نأخذ بالإرادة الظاهرة، فينعدد البيع بالثمن الأقل المعلن عنه، أم أن العقد لا يقوم لعدم تطابق الإرادة الظاهرة مع الباطنة؟

إنّ هذه المسألة تنازعها نظريتان، نظرية الإرادة الباطنة التي تعدد بالإرادة الحقيقية استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر أساس العقد، فالتعبير الظاهر ما هو الا مظهر أو ثوب ترتديه الإرادة الحقيقية، ومن ثم فهو قرينة على تطابقه مع ما قصدته الإرادة الحقيقية، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس. وهذه النظرية تبنتها القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>.

أما نظرية الإرادة الظاهرة التي أخذت بها القوانين الجرمانية، فهي ترى أن التعبير عن الإرادة هو جسم الإرادة، لا مجرد دليل عليها، ومن ثم، يجب الاعتراف بالإرادة للظاهرة، لأن في ذلك ضمان سلامة المعاملات واستقرارها<sup>(3)</sup>.

(1) نفس المرجع السابق، ص34.

(2)

- B.JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, Paris 2001, p.122.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص32 وما بعدها.

والواقع أنه، لا يمكن من الناحية العملية الأخذ بإحدى النظرتين على إطلاقهما دون الأخرى، وهو ما فعله المشرع الجزائري، حيث أخذ بالنظرتين معا على أساس أنهما متكاملتان. فالمادة 1/111 م ج مثلا تنص على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين وهذا دليل على الأخذ بالإرادة الظاهرة، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فجاء فيها: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ..".

وهو دليل على الأخذ بالإرادة الباطنة متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره.

طبقا لنص المادة 61 م ج، لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره، إيجابيا كان أو قبولا إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه اليه، فيصبح له وجود قانوني. أما قبل هذا التاريخ فليس له إلا وجود فعلي، لا يرتب أي أثر قانوني، ومن ثم يجوز العدول عنه. ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م 61 م.ج.).

#### \*أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

طبقا للنص المادة 62 م ج، 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 الاتصال بالتعبير بعلم من وجه اليهم ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بالعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

ويستفاد من هذا النص، أن التعبير عن الإرادة، متى صدر من صاحبه ووصل الى علم من وجه اليه، أصبح له وجود قانوني، ومن ثم، يرتب آثاره القانونية حتى بعد موت صاحب التعبير أو فقده أهليته قبل أن ينتج العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل.

ويستفاد من هذا لنص، أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه ووصل الى علم وجع اليه، أصبح له وجود قانوني ومن ثم يرتب آثاره القانونية حتى بعد موت صاحب التعبير أو فقده أهليته .

والجدير بالملاحظة أنّ التعبير المقصود هنا هو التعبير الصادر من القابل لا التعبير الصادر من الموجب، لأنه طبقا للمادة 63 م. ج. لا يكون الايجاب ملزما إلا إذا عين ل له أجل.