المبحث الرابع : تكوين العقد

تمهيد :

يمكن أن نقسم حياة العقد إلى مرحلتين رئيسيتين مرحلة التكوين ومرحلة ثانية قد تكون مرحلة تنفيذ العقد وترتيب آثاره أو قد تكون مرحلة لزوال العقد وانحلاله قبل ترتيبه لآثاره أو قبل الانتهاء من ترتيبها .وإن تحديد طبيعة المرحلة الثانية يتوقف على مدى النجاح في إنجاز المرحلة الأولى ، لأنه إذا تم تكوين العقد بشكل صحيح فإن ذلك سيكسبه قوته الإلزامية ويكون بمثابة شريعة للمتعاقدين يعملون على تنفيذه وفق ما اشتملت عليه بنوده .

وللحصول على عقد سليم قابل للتنفيذ وترتيب الآثار بالشكل الذي يريده المتعاقدين لا بد من توفير أركانه أولا ، هذه الأركان التي يحصرها بعض الفقه في ركن التراضي فقط على اعتبار أن التراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وللالتزام ركنان هما المحل والسبب [1]، بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن للعقد ركنان هما التراضي والسبب على اعتبار أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد والحديث عن محل العقد فيه تجاوز لأن العقد في رأيهم [2] ليس له محل وإنما يرتب آثار تتمثل في إنشاء التزامات وهذه الأخيرة هي التي لها محل .ولكن أغلبية الفقهاء اعتبروا أن التراضي والمحل والسبب هم أركان العقد الرضائي وأن الشكل هو ركن رابع يضاف إلى هذه الأركان لتكوين ما يعرف بالعقد الشكلي .

وسنحاول أن نتناول بالتفصيل هذه الأركان ، بداية بركن التراضي مرورا بركني المحل والسبب وانتهاء عند ركن الشكل .

المطلب الأول: شروط العقد (الاركان)

أولا: التراضي (الرضا) – التوافق -

ما يلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد جارى القانون المدني المصري في خطأه فسمى التراضي بالرضا وهذا غير سديد لأن الرضا يصدر من جانب واحد بينما التراضي يكون من جانبين وهو ما انصرف إليه قصد المشرع ، أي أن التراضي كركن في العقد يصدر من طرفين مختلفين [1].

---

[1] – أنور سلطان ، المرجع السابق ،ص 23.

[2] – أخذ بهذا الرأي كل من الأستاذ علي علي سليمان والأستاذ عبد الرزاق السنهوري والأستاذ سليمان مرقص.ويقول أيضا في هذا الصدد الأستاذ سمير عبد السيد تناغو المحل ركن في الالتزام ،ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام العقدي لأن محل الالتزام غير العقدي يتولى القانون تحديده .ولذلك يدرس محل الالتزام كركن من أركان العقد . راجع/ القانون والالتزام للمؤلف والصادر عن دار المطبوعات الجامعية ،ص 19 .

[1] – الأستاذ علي علي سليمان ،ص

- تسمى العقود الرضائية بالعقود التوافقية .

ولقد نصت المادة 59 ق م على مايلي يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين (والأصح ارادتيهما) دون الإخلال بالنصوص القانونية .وهذا النص يقابله نص المادة 89 من القانون المدني المصريٌ يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ،مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقدً .
يتضح من نص المادة 59 م ج أن التراضي يتم بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما في إطار شروط معينة (توفر الأهلية .مطابقة الإيجاب للقبول).

وتعد الإرادة ضمن هذا الاتفاق عنصر جوهري لا بد من دراسته بمزيد من التفصيل.

أ) تعريف الإرادة

هي عبارة عن ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن الحي المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و اعتبارات معقولة ، مما يستدعي وجود الإدراك و حسن التدبير عند صاحب الإرادة و إن كانت للإرادة عدة صور فإن الصورة التي يعتد بها القانون هي الإرادة الجدية ، و هي التي تصدر من شخصية قانونية مؤهلة وترغب في إحداث آثار قانونية .بعيدا عن كل إرادة هازلة أو مجاملة [1] أو متعلقة بمحض المشيئة[2] أو مقترنة بتحفظ ذهني .

ب)صور الإرادة

تمر الإرادة كظاهرة نفسية بالعديد من المرحل بداية من مرحلة التصور والتدبر مرورا بمرحلة الحسم واتخاذ القرار وصولا عند المرحلة النهائية وهي مرحلة التعبير عنه فإذا ما وصلت الإرادة إلى هذه المرحلة الأخيرة فإنها تصبح ظاهرة اجتماعية بعدما كانت ظاهرة نفسية[3] . ولكن قد يحدث هناك خلل في هذه العملية بأن لا تتطابق الإرادة كظاهرة نفسية وهي الإرادة الباطنة مع الإرادة كظاهرة اجتماعية وهي الإرادة الظاهرة .وهنا يطرح السؤال التالي : أي الإراديتين يعتد بها ؟ وأيهما يرتب آثاره القانونية ؟

- إن مبدأ الرضائية كان مبدأ مفروضا لدرجة أن واضعي القانون المدني الفرنسي لم يرو ضرورة لتأكيده صراحة .

[1] – الأستاذ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ص 24.

- ويقول في هذا الصدد الدكتور حمدي عبد الرحمن أن اتفاق النقل المجاني ما هو إلا عمل من أعمال المجاملة لا يقصد به إنشاء التزام قانوني، وبالتالي لا يقصد منه تحمل التزام قانوني .

[2] – ويقول في ذلك الأستاذ علي فيلاليً هي إرادة لا تنتج آثارها وقت صدورها ، ولكن ذلك يتوقف على الرغبة المستقبلية لصاحبها كأن يقولً أبيع بيتي إذا أردتً .

[3] - راجع سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، 34 .

وللإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتين فقهيتين ، إحداهما اعتنقتها المدرسة الفرنسية وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة والأخرى اعتنقتها المدرسة الألمانية والتي تأخذ بالإرادة الظاهرة .

ب-1 : نظرية الإرادة الباطنة :

وهي نظرية مصبوغة بالنظرة الذاتية التي ميزت المدرسة الفرنسية ،وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس البشرية ، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا قرينة بسيطة لدلالة عليها وهي قابلة لإثبات العكس .فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية. فعلى القاضي هنا أن يبحث في نفسية المتعاقد الذي صدر منه التعبير لاستخراج الإرادة الحقيقية وله في **ذلك كل السلطة التقديرية .**

ب-2 :نظرية الإرادة الظاهرة :

هي نظرية مصبوغة بالنظرة المادية التي ميزة المدرسة الجرمانية ، وهي تعتد بالإرادة الظاهرة بمعنى أن التعبير عن الإرادة ينتج آثاره بمجرد انفصاله عن صاحبه بغض النظر عما كانت تنصرف إليه نية هذا الأخير . فالعبرة عندهم بالمظهر الخارجي للإرادة بعيدا عن نفسية الأشخاص ، وذلك من أجل استقرار المعاملات .

ج) كيفية التعبير عن الإرادة

تنص المادة 60 ق م على ما يلي : " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا "

ج -1 : التعبير الصريح عن الإرادة .

فإرادة المتعاقدين لا بد أن تأخذ مظهرا خارجيا حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر ، و يتمثل هذا المظهر الخارجي إما في الألفاظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا و إما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصد الإدارة ، و في هذه الحالات الأربع تكون الإرادة صريحة .

الحالة الأولى : التعبير بالألفاظ : الأصل في التعاقد هو أن يتم بالألفاظ لأنها الأكثر تعبيرا عما يريده الإنسان لأنها تعكس حالته النفسية مما يمكننا من معرفة انفعالاته وميولاته على عكس الأحرف المكتوبة والتي هي عبارة عن أحرف مادية عقيمة ميتة تقل قيمة التعبير فيها عن قيمة الألفاظ[1] إلى درجة أن هناك من لا يعترف بها كوسيلة للتعبير في بعض العقود كما هو الأمر بالنسبة

[1] – راجع وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، ص 275 .

لفقهاء الشريعة والذين يرو عدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج .
وحتى تؤدي هذه الألفاظ دورها في عملية التعاقد يجب أن تكون مفهومة وواضحة لدى كل من المتعاقدين .
ويستوي أن يكون التعبير بالألفاظ وجها لوجه أو بواسطة رسول غير موكل .

الحالة الثانية : التعبير بالكتابة (بالحرف):

وهو التعبير الذي تحل فيه الكتابة والأحرف محل اللفظ لنقل الإرادة من مظهرها النفسي إلى مظهرها الاجتماعي وهو المظهر الذي يدخلها ضمن دائرة القانون .والكتابة التي نصت عليها المادة 60 تكون في مرحلة متقدمة من حياة العقد ، وبالتالي لا يمكن أن نتصور هذه الكتابة إلا حاملة إيجابا أو قبولا لا أكثر ولا أقل وينتهي دورها عند تنفيذ هذه المهمة وهي صالحة لأن تتم بأي طريقة كانت و يستوي أن تكون هذه الكتابة بخط اليد أو بالآلة الراقنة وباللغة العربية أو بأي لغة أخرى يفهمها الأطراف ويستوي أيضا أن تتم على الورق أو على أي سطح آخر يصلح للكتابة ولو كان سطح الماء أو الرمل[1] .وتكون هذه الكتابة إما موجهة لشخص معين في شكل خطاب أو مجموعة من الأشخاص في شكل إعلانات .وكون هذه الكتابة تتم في مرحلة متقدمة قد لا تنتهي إلى إبرام العقد أصلا كما لو كان الرد على الكتابة الحاملة للتعبير سلبيا وهو ما يعني أنه لا مجال للحديث عن الكتابة الرسمية أو العرفية والتي تأتي في مرحلة لاحقة لهذه المرحلة .

الحالة الثالثة : التعبير بالإشارة المتداولة عرفا :

لقد اعتاد الناس على التواصل فيما بينهم باستعمال إشارات معينة ، فمثلا هز الرأس عموديا يعني الموافقة أما هزه أفقيا فيدل على عدم الموافقة ،أو أن يتم ذلك عن طريق تحريك إصبع اليد بشكل أفقي تعبيرا على الرفض والإشارة المتداولة عرفا قد تكون هي الأصل وهي لغة التخاطب والتعبير عن الإرادة كما هو الحال بالنسبة للبكم (الذين لا يتكلمون) .وكذلك في بعض أوساط التجارة ، كما هو الحال في البورصة حيث تستخدم إشارات معينة بدلالات متعارف عليها أو في بعض البيوع التي تجري بالمزاد العلني [1] وبالتالي فإن مثل هذه الإشارات صالحة لإبرام العقد .

الحالة الرابعة : اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المقصود منه : وتتحقق هذه الحالة عندما يكون الموقف المتخذ كاشف بوضوح وبطريقة مباشرة عن مقصد

---

[1] – وحيد الدين سوار 276 .
[1] – راجع حمدي عبد الرحمن المرجع السابق ، ص 140.

صاحبه من اتخاذ هذا الموقف .وحتى يتحقق ذلك لا بد من وجود فعل إيجابي ، مثال ذلك أن عرض السلع في واجهة المحل مرفوقة بأثمانها [1]يدل على أن صاحبها يقصد بيعها وكذلك توقيف صاحب سيارة الأجرة السيارة في المحطة يدل على أن صاحبها يقصد إبرام عقد نقل . و يقوم هذا الموقف مقام الإرادة الصريحة .

ج- 2 : التعبير الضمني عن الإرادة

يكون في حالة اتخاذ موقف لا يكشف بذاته[2] عن مضمون الإرادة واتجاهها، إذ أنه يحتمل معاني كثيرة لا يرجح أحدها على الآخر إلا بمرجح ، يكون عبارة عن ظرف معين يدل على وجود هذه الإرادة واتجاهها إلى معنى محدد[3] . فمن يبيع شيئا مملوكا لغيره لا يكشف تصرفه بذاته عن اتجاه إرادته ولكنه عندما يتخذ هذا الموقف بعد أن عرض عليه المالك الحقيقي أن يبيعه هذا الشيء وسلمه إليه ، فإن تصرفه يعني تعبيرا عن إرادته في الشراء وهو تعبير ضمني يستنتج من قيامـه بالتصرف في الشيء تصـرف المالك .

ملاحظة :

أولا : التعبير الضمني عن الإرادة غير قاطع الدلالة على المقصود فيجوز إثبات عكسه .

ثانيا : لا يعتد بالتعبير الضمني إذا اشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا م 505 ق.م (تنازل عن الإيجار ، إيجار في الباطن) كما يمكن للأطراف أيضا اشتراط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا عملا بالمبدأ القائل العقد شريعة المتعاقدين .

ج- 3 : إمكانية اعتبار السكوت تعبيرا عن الإرادة :

إن التساؤل الذي يطرح في هذا الموضع هوَ هل السكوت دليل عن الإرادة ؟

أول ما يمكن قوله أن هذا التساؤل لا يطرح بصدد الإيجاب لأنه من المستحيل أن يكون السكوت إيجابيا . و إنما يعرض هذا التساؤل بمناسبة القبول . و لكن قبل الحديث و الإجابة عن هذا التساؤل نحاول أولا أن نحدد مفهوم السكوت ثم نميز بينه وبين التعبير الضمني عن الإرادة الذي سبق الحديث عنه .

---

[1] – راجع / خليل أحمد حسن قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع . ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 28.

[2] – وهنا يكمن الفرق بين الحالة الخامسة سالفة الذكر والتي تعد تعبيرا صريحا عن الإرادة وبين هذه الحالة والتي يعد التعبير فيها تعبيرا ضمنيا لأن الموقف المتخذ في هذه الأخيرة بحاجة إلى الاقتران بظروف أخرى حتى يتبين مدلوله .

[3] - راجع الدكتور حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق ،ص 142.

أولا السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة وهو قد يكون ساكنا في ظاهره وباطنه ، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه ويدعى عندها بالسكوت المجرد .وقد يكون ساكنا في ظاهره ، متجها لإحداث أثر ما في باطنه ويدعى هنا بالسكوت الملابس وهذا الأخير هو الذي يمكن الاعتداد به في التعبير عن الإرادة [1].
فالتعبير الضمني موقف إيجابي يفيد معنى معين سواء كان إيجابا أو قبولا أما السكوت باعتباره موقفا سلبيا فالأصل فيه عدم الصلاحية للتعبير [1] فلا يدل على قبول و لا على رفض لأن القاعدة الفقهية تقول : لا ينسب لساكت قول .
و عليه فالسكوت في الأصل لا يدل عن التعبير عن الإرادة و لكن هناك استثناءات قد يصحب فيها السكوت باعتباره موقفا سلبيا ظروف وملابسات تحمله على معنى بذاته وقد قيل في معرض هذا الاستثناء ً السكوت في معرض الحاجة بيانً .
وقد اعتنق القانون المدني هذه الفكرة والتي أخذت بها المادة 68 منه [2]و أوردت بعض الحالات على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر . و تتمثل في ما يلي :
الحالة الأولى : طبيعة المعاملة أو العرف التجاري : و مثل ذلك أن تاجر الجملة يرسل البضاعة دوريا إلى تاجر التجزئة مرفوقة بثمنها . فسكوت تاجر التجزئة يعد قبولا .أو ما تقوم به المصارف بإرسال كشف دوري للحساب في نهاية كل شهر فإذا ما سكت العميل اعتبر ذلك تعبير ضمني منه بقبول ما جاء في الكشف
الحالة الثانية : اتصال الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين : مثال ذلك ما تعود عليه تجار التجزئة بإرسال طلباتهم إلى تاجر الجملة فإن سكوت هذا الأخير يعد قبولا لطلب تاجر التجزئة على اعتبار انهم سبق لهم وأن تعاملوا معه بهذا الأسلوب وهذه الطريقة .
الحالة الثالثة: إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه : ومثال ذلك سكوت الموهوب له في الهبة بدون عوض يعد قبولا منه للهبة ، لأن الهبة في هذه الحالة تصب في مصلحته المحظة .

---

[1] [1] – راجع وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 264 .
[1] – راجع الدكتور حمدي عبد الرحمن ، المرجع السبق ، ص 144.
- إن أول من صاغ المبدأ في عبارة لا ينسب لساكت قول هو الإمام الشافعي رحمه الله .
[2] [2]- راجع المادة 68 من القانون المدني .