الجـــــــمهـــــــورية الجـــــــــزائـــــــرية
الـــــــــديمقراطيـــــة الشـــــــــعبية
وزارة التعـــــــليـــم العـــــــــالي و البـــــــحث العلمي
جـــــــامعة أبـــو بـــــــــكر بـــــــلقـــــــايد
كلية الحقوق

مـبدأ تأويل العـــقـــد
(دراسة مقارنة)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

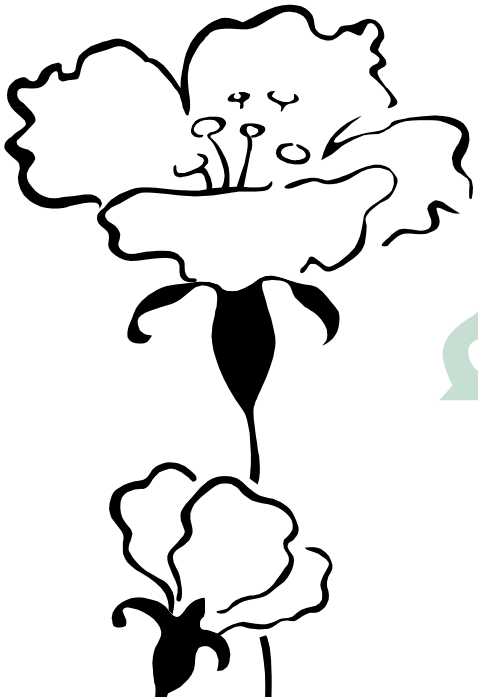
إعداد الطالب:
دالي بشير

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د. كحلولة محمد

أعضاء اللجنة:

أ.د.بن عمار محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسـا.
أ.د. كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا و مقررا.
د.دايم بلقاسم	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشـا.
د.بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشـا.

السنة الجامعية :2007-2008



إهداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي إلى:

-الوالدين العزيزين بصبرهم على إكمال هذا المشوار المتعلق بالبحث .
- جميع إخوتي و أخواتي .
-كما أهدي هذا العمل إلى جميع الأصدقاء و الأحباب الذين تابعوني بإهتمام، في إتمام هذا العمل .

بـشيـر

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المحترم **"كحلولة محمد"** على نصائحه و توجيهاته القيمة و مساعدته في إنجاز هذا العمل المتواضع .

الشكر الجزيل إلى جميع طاقم لجنة المناقشة على قبولهم تقويم هذا البحث .

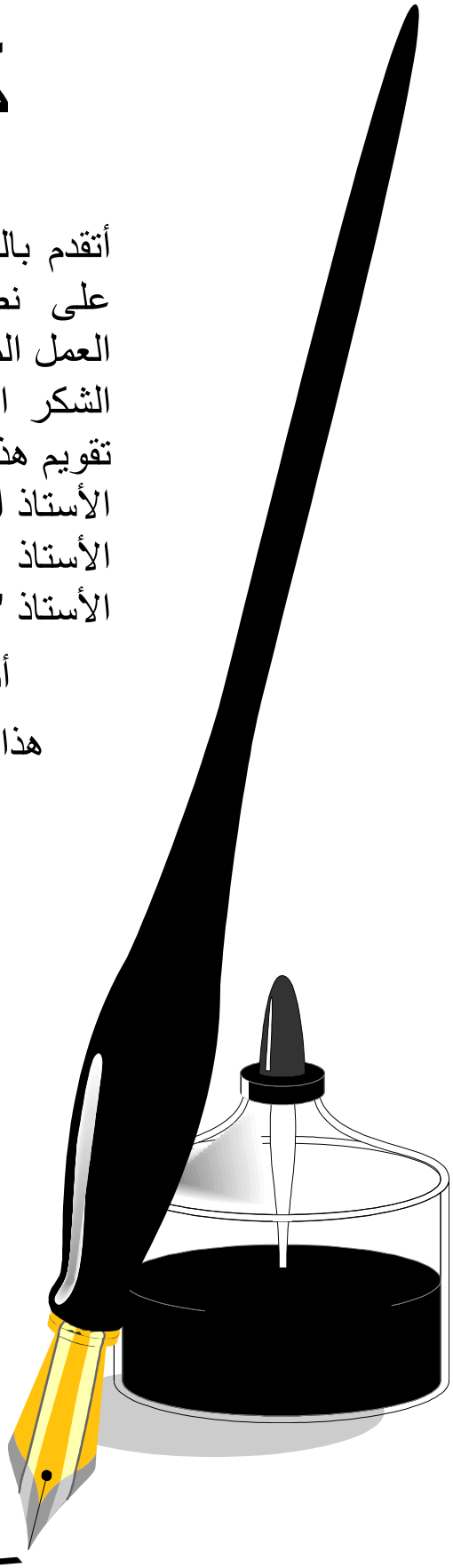
الأستاذ الدكتور **"بن عمار محمد"** رئيس لجنة المناقشة

الأستاذ **"دايم بلقاسم"**

الأستاذ **"بن مرزوق محمد"**

أشكر أيضا كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاح هذا العمل خاصة موظفي مكتبة جامعة تلمسان.

بـشيـر



قائمة المختصرات

أ– باللغة العربية

ج.ر = الجريدة الرسمية

ف = الفقرة

ق.ت = القانون التجاري

ق.م.ج = قانون مدني جزائري

ق.م.ف = قانون مدني فرنسي

ق.م.م = قانون مدني مصري

ص = صفحة

ط = طبعة

م.ق = مجلة القضائية

ب– باللغة الفرنسية

art = article
c.c.f = code civil français
Civ = arrêt dune chambre civile de la cour de cassation
Obs = observation
Op.cit = oeuvre précitée
P = page
rep = répertoire

المقدمة

يخضع العقد في تكوينه لمبدأ سلطان الإرادة ، بحيث يكون لإرادة الأطراف دورا بارزا في إبرامه . وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من العيوب، فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية، ملزمة للدائن و المدين والتي يعبر عنها المشرع بالعقد شريعة المتعاقدين (م.1134ق.م.ف، م.148ق.م.م، م.106ق.م.ج.).

فالتعبير الصادر عن الأطراف له دور في إعطاء الوصف القانوني للعقد ، فإذا كانت العبارة غير دالة على وصفها الصحيح، يمكن للقاضي أن يصفها على مفهومه الخاص، أو المفهوم المستخلص من العقد، و ذلك ما يجعله يقوم بمهمته في تأويله .

فعملية تأويل العقد التي يقوم بها القاضي تعتبر من المهام المعقدة،و هي ما اهتم بها المشرع الفرنسي والقضاء على السواء، وخصص لها جانبا كبيرا من النصوص القانونية[1]،كما كان للفقهاء[2] دور في تعميق فكرة تأويل العقد Interprétation du contrat.

حيث عملية التفسير اهتم بها الفقه الفرنسي ، وأعطى لها جانب كبيرا من الأبحاث ، وكان الفقيه الفرنسي Marty من بين الفقهاء الأوائل الذين بينوا طريقة التفسير، حتى أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بآراء هذا الفقيه ، و اعتبرتها طريقة يسترشد بها قضاة الموضوع في تأويلاتهم للعقود .

[1]- أنظر ، م .1154 إلى 1164 (ق. م. ف.) ، و تقابلها نص م .148 و 149 (ق.م. م.) و نص م .111 ، 112(ق.م.ج.) .
2 - و من بينهم: Marty ، Dereux ، و Geny.

والتفسير الفقهي هو الذي يصدر عن الفقهاء الذين يهتمون بدراسة القانون بحكم تخصصهم ، لكن غالبا ما يكون تفسيرهم نظريا ، بعكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا.

وضرورة تأويل العقد من طرف القاضي عملية بالغة الأهمية في الحالات التي تكون فيها شروط العقد تحتاج إلى تفسير. فبعد أن يتم العقد بين الطرفين، والذي يعتبر قانون المتعاقدين[1]، يمكن للقاضي أن يتدخل ليحدث فيه تغييرا، وبذلك يشعر أحد الأطراف أن العقد الذي أبرمه لم يكن كما أراده . لأن تفسير أيّ عقد من العقود له عدّة تطبيقات، و مفاهيم خاصة به، فلا يمكن إعتبار تفسير تصرف عقدي هو نفسه تفسير عقد آخر، فكل عقد له منهج مغاير و مدلول خاص به إلا أنه تبقى القواعد العامة في تأويل العقد هي المستخدمة من طرف القاضي .

كما يجب على القاضي أن يتجه إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في تكوين العقد ولا يقتنع بالمظهر الخارجي المتمثل في التعبير عنها. ويجب عليه عندما يفسّر العقد أن يأخذ بالإرادة الحقيقية وقت نشأة العقد بغض النظر عما طرأ بعد ذلك من ظروف ، وإذا استعصى على القاضي استخلاص الإرادة الحقيقية فإنه يستند في تفسير العقد إلى إرادة المتعاقدين المفترضة.

ونلاحظ أن المشرع الفرنسي أخذ بالإرادة الباطنة حيث أن العقد قوامه الإرادة ولذلك وجب الأخذ بالإرادة الحقيقية لأنها وحدها هي التي تلزم الأطراف .أما المشرع الألماني أخذ بالإرادة الظاهرة حيث أنه إذا كان قوام العقد هو الإرادة ،فإن العبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة في التعبير،لا بالإرادة الكامنة في النفس، لأن ذلك يضمن سلامة وإستقرار المعاملات.والمشرع المصري أخذ بالإرادة

[1]- أنظر ، القرار المؤرخ في 1990/01/15 ، ملف رقم 52061 ،المجلة القضائية، 1990 العدد الأول، ص.113 .

الباطنة كأصل عام ، أما المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة (م.59 ،81 ،97 ،98 ،111 ق.م.ج.) ،وأخذ بالإرادة الظاهرة (م.60، 61، 62 ،111 ق.م.ج.)[1] .

فعند تأويل[2] العقد قد يأخذ القاضي بالإرادة الظاهرة أو الباطنة ، فإذا أخذ بالإرادة الظاهرة فلا يمكن أن يلجأ إلى الإرادة الباطنة ، فهو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة و يفسر العقد تفسيرا متعارفا عليه على أساس العرف الجاري ، و طبيعة التعامل، فيكون تفسيره تفسيرا موضوعيا ، أما إذا لجأ القاضي إلى الإرادة الباطنة فإن تقديره الشخصي هو الذي يطغى على التفسير .

فالعقد أصلا يبرم بين أطرافه ، و لا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه، إلا أنه تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل ، كحالة الظروف الطارئة في حالة تعديل العقد ، أو الحالات التي ذكرتها م.111 و 112 (ق.م.ج.)، كما أن عملية التأويل ترجع بالدرجة الأولى إلى دور القاضي و خبرته في تفسير العقد ، فالقاضي في إجهاده في الموضوع المطروح عليه له أن يلتزم بالعدالة كما يلزم أن يكون هذا الاجتهاد صادرا عن اعتبارات موضوعية عامة و ليس عن مجرد اعتقاد شخصي فالقاضي عليه أن يأخذ الواقع بعين الاعتبار و طبيعة العقد المعروض عليه ، كما يمكن للقاضي أن يتطرق إلى معاملات الأطراف، التي عن طريقها يمكن تأويل العقد[3] .

كذلك يجب تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية ، لأنه في حالة وقوع حادث غير متوقع فإن الغالبية العظمى للعقود ، تتوقف على المقدار الذي يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها على عنصر الزمن ، وفي بعض الأحيان تنفيذ هذه العقود يرجع لصعوبات كلما ابتعدنا عن لحظة إبرام العقد والتوازن الأصلي للعقد وحدوث وقائع خارجة عن إرادة المتعاقدين أثناء مرحلة التنفيذ . فيجب تنفيذ العقد متى انعقد صحيحا . في جميع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية، فإذا امتنع

[1] -أنظر، علي فلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، ط. 2001، ص. 77، 78 .
[2]- مصطلح "تأويل " إستعمله المشرع الجزائري في المادتين 111 و 112 (ق. م .ج.)، كما إستعملته المحكمة العليا في أحكامها القضائية (أنظر القرار المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني 1997، ص .51 ، القرار المؤرخ في 2000/01/16 ملف رقم 228004 ، المجلة القضائية 2001، العدد 367.) .
[3]- أنظر، محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزامات، (مصادر الالتزام)، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط . 2006، ص .33 .

المدين عن تنفيذ ما التزم به ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته العقدية ، وعلى الدائن في هذه الحالة أن يقوم بإجبار المدين على تنفيذ ما التزم به .

فالقاضي وهو يقوم بعملية التأويل ملزم بالرجوع إلى مرحلة تكوين العقد، والبحث عن قصد المتعاقدين في إبرامه. كما أن تعديل العقد هو وسيلة لحمايته من مخاطر عدم الإستقرار في المعاملات بين الأفراد ، وهو وسيلة ايجابية كذلك ، حيث يستعمله القاضي أو الأطراف للحفاظ على الاختلال في التوازن العقدي ، رغم خرقه لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، حيث تتمثل ايجابيته في المحافظة على بقاء العقد .

فالبحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاد العقد و البحث في صحته، إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا ، حتى يكون قابلا للتنفيذ ، كما أن تفسير العقد من آثار هذا الأخير ،حيث يمكن من خلاله استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، و الوقوف على معنى الإرادة الظاهرة و الباطنة[1] .

كذلك يمكن الوقوف على العوامل التي يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد نفسه و سمّاها بالعوامل الداخلية[2] و إلى عوامل خارجية يفسّر بها العقد و هي خارجة عنه والمعمول بها كثيرا هي العوامل الموضوعية و العوامل الذاتية ، لأن القاضي يطمئن إليها في تفسير العقد ، نظرا لإستقرار التعامل،و هي مسألة نفسية خفية ، بعوامل مادية ظاهرة [3] .

فما هي المعايير المعتمدة من طرف القاضي في تأويل العقد ؟ و ما هو دوره في ذلك ؟ و ما هو موقف الجهة القضائية العليا من رقابة تأويل العقد ؟.

[1]- أنظر، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، " المجلد (1) ، منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، لبنان ، ط . 1998 ، ص . 679 .
[2]- أنظر ، م .1157 و 1161 و 1164 (ق.م ف.) .
[3]- أنظر ، عبد الرزاق السنهوري ،" الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق، ص . 676 .

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين . نخصص الفصل الأوّل إلى التعرف عن حالات تأويل العقد ومجالاته، لنتطرق بعد ذلك إلى دراسة آثار تأويل العقد وموقف القضاء من رقابة التأويل في الفصل الثاني.

ولمعالجة هذا الموضوع إرتأينا أيضا إعمال المنهج المقارن للوقوف على أهم الممارسات القضائية بين القضاء المقارن من الناحية العملية ، إضافة إلى المنهج التحليلي في عرض المفاهيم القانونية.

الفصل الأول

حالات تأويل العقد و مجالاته

المبحث الأول : حالات تأويل العقد

المبحث الثاني: مجال تأويل بعض العقود

الفصل الأول

حالات تأويل العقد و مجالاته

الأصل أن يبرم العقد بين أطراف العلاقة العقدية ، و لا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين م.1134(ق.م.ف.)،م.106(ق.م.ج.)، إلاّ أنّه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخّل لتفسيره ، و هذه الحالة سمّاها المشرع الجزائري بتأويل العقد .

فتعتبر عمليّة تأويل العقد من بين المهام المناطة بالقاضي ، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود ، التي حظيت بإهتمام كبير من المشرع الفرنسي والقضاء على حدّ سواء ، كما أن الفقه الفرنسي كان له إسهام كبير في إرساء قواعد تفسير العقد.

فتفسير العقد إهتم به المشرع الفرنسي و خصص له فصلا كاملا من م.1154 إلى 1164 إضافة إلى م.1134 و م.1135 (ق.م.ف.) تحت عنوان Interprétation du contrat، و تلاه المشرع المصري بالمواد 150، 151 (ق.م.م.)، ثم المشرع الجزائري بمادتين فقط م.111 و112 (ق.م.ج.) .في حين ساير المشرع اللبناني نظيره المشرع الفرنسي في قانون الموجبات والعقود بصدد تفسير العقد في المواد من 366 إلى 377.

و عمليّة تأويل العقد "هي أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عن الإرادة الباطنة أو الظاهرة"[1] .

لهذا سوف نتعرض في هذا الفصل إلى حالات تأويل العقد (المبحث الأول) ، ثم الوقوف على أهم تفسيرات القضاء في بعض العقود (المبحث الثاني).

[1]- علي فلالي، المرجع السابق، ص . 306 .

المبحث الأول

حالات تأويل العقد

للإرادة دور في وضوح العبارة و غموضها ، فالتعبير عن الإرادة إذا كان صريحا سهّل للقاضي مهمة البحث عن التعبير الحقيقي للأطراف ، و إذا كانت العبارة غامضة تجعله يلجأ إلى وسائل أخرى لاستنباط الإرادة الحقيقية. و قد يحدث تناقض بين العبارات الواضحة و التعبير عنها فرغم وضوح العبارة إلاّ أنّ المتعاقدين أثناء استعمال التعبير الواضح قد يخلقون تناقضا من شأنه أن يؤدي إلى غموض التصرّف.

إذن هل يمكن تفسير العبارة الواضحة ؟ و ما هي العبارة الغامضة؟ و متى يمكن تفسيرها ؟ و ما هو رأي الفقه و القضاء بخصوص تفسير هذه العبارات ؟.

و من خلال ذلك سوف نتطرق في ثلاث مطالب إلى سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة (المطلب الأول) ، وكذا سلطته في حالة غموضها (المطلب الثاني) ، مع الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين (المطلب الثالث).

المطلب الأول

سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة

نتطرق في هذا العنصر إلى مفهوم وضوح عبارة العقد (الفرع الأول)، ثم إلى موقف الفقه والقضاء من عملية تأويل عبارات العقد الواضحة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

ماهية وضوح عبارة العقد

سوف نعالج في هذا الفرع تعريف العبارات الواضحة (أ)، والبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين (ب) .

أ- تعريف العبارات الواضحة

تعددت التعاريف فيما يخصّ وضوح العبارة. فهناك من عرفها على أساس وضوح الإرادة و هناك من عرفها على أساس التطابق الكلّي بين الإرادة و التعبير . فإذا كانت العبارة واضحة وجب أن تدل على التعبير الصادق المنبعث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين و لا يجوز الإنحراف عن هذه العبارة عن طريق التفسير أو التأويل ، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة .[1]

و عرفها جانب من الفقه[2] بأنها " تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين ، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة . و يحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظا واضحة و لكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية " .

فالعبارة الواضحة هي التي لا يجوز الانحراف عنها عن طريق التأويل ، و قد يكون المقصود بوضوح الإرادة التطابق الكلّي بين التعبير عن الإرادة و الإرادة الباطنة ، أي أنّ الألفاظ أوالكلمات أو الإشارات المستعملة عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[3] .

و لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدى ، بل وضوح منطوق العقد بصورة عامة ، إستنادا لمجموع ما جاء في عباراته لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء ،متكاملة الأحكام[4].

---

[1]- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة ، الاسكندرية ط .2005 ، ص . 327 .

[2]- عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط . 2002 ،ص . 251 .

[3]- علي فلالي، المرجع السابق، ص.307 .

[4]- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، مفاعيل العقد ، الجزء الثاني ، بدون دار النشر ، ط . 1998 ، ص . 118 ، 119 .

و قد تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، فلا تحتاج عندئذ إلى تفسير،بل يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارة العقد دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الآخر بحجة التفسير ، و إلاّ شكّل ذلك تحريفا لما قصده المتعاقدان و يكون سببا لنقض الحكم ، بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع للرقابة.

ب–البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف

إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذّي اختاره الطرفان ، فلا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى بفرض أنّها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، لأنّه لا سبيل لعرض إرادة على متعاقدين عن تلك الإرادة التي إكتشفها من تفسيرهما . فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ، فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد و بيان مدلولها .فتفسير العقد هو تحديد لما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1] .

والأصل في التفسير أنه لا يجب تحديد هذا المعنى بما يريده أحد أطراف العقد و إنما يجب تحديد معنى العقد على ضوء الإرادة المشتركة للمتعاقدين معا ، و استخلاص هذه الإرادة إنما يتم عن طريق تفسير عبارات العقد فضلا عن الظروف و الملابسات التي صاحبت انعقاده ، و عبارة العقد التي تعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد تكون عبارة واضحة في الدلالة على هذه الإرادة المشتركة. و قد تكون عبارة غامضة تحتاج إلى تفسير ، وقد يثير الشك في تبين هذه الإرادة إذا أجري هذا التفسير و كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى[2].

فالبحث عن ارادة الأطراف نصت عليها م.1156 (ق.م.ف.)[3] التي تعد جوهر تفسير العقد طبقا لقاعدة :[4]

« On doit rechercher la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes » .

1- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 327 .
2- أنظر، نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، دار المعرفة الجامعية ط.1994
3- Art .1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de arréter au sens litteral des termes » , c. c.f , Dalloz , édition 2004, p . 1000 .
4 - ALAIN Benbent ,Droit civil ,les obligation ,7 édition, Mont chrestien, E.J.A, paris, 1999, p. 183 .

فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها أو تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، و لا شك أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يترتب عليه العقد من آثار ، و هي قاعدة تقتضي من أجل إستقرار التعامل حرصا بالغا في مراعاتها ، و ذلك ما أشار إليه المشرع المصري في المادة 150 (ق. م. م.) حيث نصت أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق التفسير ".

وأشار المشرع الجزائري إلى نفس الحكم في المادة 111 (ق.م.)التي نصت أنه :" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها ....".

و قد يتسم العقد بالغموض بالرغم من وضوح عباراته و يستدعي التفسير البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. كما لو ذكر في عبارة العقد أن المدين يلتزم بدفع فوائد الدين ومعدلها 4% ، ثم ذكر في نفس العقد أنه يلتزم بفائدة قدرها 5%، فإن كلا من العبارتين واضحة، ومع ذلك يظهر الغموض في الدلالة على ما تقصده الإرادة المشتركة. فيقع على القاضي عبئ تفسير العبارتين بحثا عما قصدته الإرادة المشتركة في ضوء طبيعة التعامل و ظروف العقد الجاري و مبادئ العدالة و حسن النية .[1]

و لا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة[2] ، و كذلك عندما تكشف الإرادة الظاهرة عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية . فالمعنى الظاهر الذي تبينه هذه الألفاظ ليس هو مقصود الطرفين، إذ يقصدان أمرا لكنهما يعبران عنه بألفاظ لا تتماشى مع إبراز هذا الأمر.[3]

[1]- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 219 .
[2]- عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص . 256
[3]-.الياس ناصيف ،المرجع السابق، ص . 219 .

الفرع الثاني

موقف الفقه و القضاء من عملية تأويل العبارات الواضحة

سوف نعالج في هذا العنصر موقف الفقه من تفسير العبارات الواضحة ، و ذلك بين مؤيد و رافض(أ)، و موقف القضاء المتجدد من خلال بعض القرارات والأحكام (ب) .

أ- موقف الفقه

إن تفسير العبارات الواضحة في العقد عرف انقساما في الفقه .حيث أن البعض منه يؤيّد تأويل العبارات الواضحة في العقد إذا لم تفصح عن النية المشتركة للمتعاقدين (1) ، أما البعض الآخر عارض فكرة تأويل عبارات العقد الواضحة بذاتها (2) .

1- الآراء المؤيدة لتأويل العبارات الواضحة

ذهب جانب من الفقه إلى وجوب تفسير العبارات الواضحة.

فرأى Patrick canin بوجوب تفسير العبارات العقدية مستندا على أن القانون المدني الفرنسي أعطى للقاضي سلطة التفسير بموجب المواد من 1156 إلى 1164(ق.م.ف)[1]. التي جاءت بمجموعة من قواعد التفسير يستند عليها القاضي .

و رأى السيد rieg بأن كل شرط واضح و دقيق يجب تفسيره حسب المعنى الموضوعي الذي يتضمنه في القضية ، و بالتالي ساند هذا الفقيه رأي تفسير وضوح العبارة مرتكزا على التفسير الموضوعي وليس التفسير الحرفي للنص .[2]

ورأى جانب آخر من الفقه أن القاضي له السلطة المطلقة في تفسير صيغة العقد و الشروط و القيود الواردة عليه في ضوء ظروف الدعوى و ملابستها، على أن يأخذ بالإرادة الظاهرة عند وضوح العبارة [3].

---

[1] -Patrik canin,droit civil, les obligations ,hachette supérieure, édition , 2002 , p. 65 .

[2]-جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، ط .2000 ، ص . 67 .

[3]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 119 ، 220 .

و ذهب البعض الآخر[1] إلى جواز تفسير العبارات الواضحة إذا اتضح من صلب العقد أو ظروف الواقعة الخارجية أنها لا تعبر بصدق عن النية المشتركة للطرفين ، وإذا كانت عبارة من عبارات العقد واضحة في ذاتها و لكنها متناقضة فيما بينها .هذا ما ذهب إليه كذلك البعض من الفقه المصري[2] استنادا إلى حجّة تشريعية تنحصر في المادة 90 (ق.م.م.):وهي أنّ " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا " [3].

و هو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 60 (ق.م.ج.) بأنه " يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتحاد موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ". ويمكن كذلك تفسير عبارة العقد رغم وضوحها ، إذا كان هناك ما يدل على أن المتعاقدين قصدا بالعبارة الواضحة معنى آخر غير معناها الظاهر[4] ، فقد يكون هناك محل لتفسير عبارة العقد رغم وضوحها وذلك ما نص عليه كل من المشرع المصري في م. 150 ف. 2(ق.م.م.) و المشرع الجزائري م.111(ق. م.) [5] .

2– الآراء المعارضة لتأويل العبارات الواضحة

ذهب بعض الفقه[6] إلى معارضة مبدأ تفسير وضوح العبارة ، على أساس أنه يعدّ خرقا لالتزامات المتعاقدين .

ففي حالة صحة الشرط و موافقة الأطراف عليه و كان واضحا و دقيقا ، فلا يجب تحريفه فالمبدأ أنه لا يمكن الكشف عن العقد . و لا يمكن التحجج بالإنصاف و العدالة و حسن النية و لا يمكن استعمال الترخيص من طرف القاضي بتفسير العقد الواضح و الصحيح[7] .

و أكد جانب آخر من الفقه ، بأنه يجب احترام واضع القاعدة القانونية ، و الحث على عدم إعطاء سلطة التفسير لغير واضع لهذه القاعدة [1] .

---

[1]- ومن بينهم، talamon ، colmet de santerre ، carre ، أشار إليهم ،عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص 256.

[2]- ومن بينهم ، توفيق حسن فرج ، أنور سلطان ، عبد الرزاق السنهوري ، مأخوذ عن عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 256 .

3 - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص . 256 .

[4]-.جلال علي العدوي، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني، دار الجامعة ط . 1994، ص . 233.

[5]- م.150 (ق. م. م .) :"يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي.. " و تقابلها المادة 111 ف . 2(ق. م .ج) "...فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ....."

[6]- ومن بينهم، talamon ، colmet de santerre ، carre ، أشار إليهم ،عبد الحكم فودة،المرجع السابق،ص.85،86

[7] - Bruno Oppetit , philosophie du droit , Dalloz , 1999 , p. 389 .

ويرى نبيل إبراهيم سعد بأن العبارة الواضحة لا تحتاج إلى تفسير، طالما أن معناها الظاهر لا يختلف عما قصده المتعاقدان منها[2] .

كما ذهب البعض من الفقه المصري[3] إلى عدم جواز تفسير العبارات الواضحة معتمدا على نص م.150.ف1(ق.م.م.) التي تحضر الانحراف عن العبارات الواضحة بدعوى التعرف على إرادة المتعاقدين. حيث نصت هذه المادة على ما يلي :" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها ....".

و هو ما أشار إليه المشرع الجزائري في م.111 الفقرة 1 (ق .م.ج.) "...لا يجوز الانحراف عن طريق التأويل... ". فيجب على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها .

ويجب النظر إلى العقد كوحدة واحدة لا إلى كل جملة أو عبارة في العقد بمفردها فعبارات العقد وحدة متكاملة الأحكام، متصلة الأجزاء ، فطالما كانت إرادة المتعاقدين قد وضحت عبارات العقد وجب التقيّد بها، ولزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادتهما المشتركة بعيدا عن كلّ تفسير أوتأويل[4].

ب– موقف القضاء من وضوح عبارات العقد

أخذ القضاء بشأن تفسير العبارات الواضحة موقفين ،مفاد الموقف الأول أنّ يلتزم القاضي بظاهر النصوص ، و رفض تأويلها . أما الموقف الثاني ، فمفاده أن القاضي لا يلتزم بظاهر النصوص في حالة العدل والإنصاف .

1–الموقف الأول للقضاء

---

[1] -Nouhad Rizhallah : introduction à l'étude du droit et des grands systèmes de droit contemporaines , tome première M. A .J.O. , 1 édition ,Beyrouth , 1984 , p.389 .

[2]- أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ، ص212.

[3]- ومن بينهم ، محمود أبوعاقبة ، أحمد زكي الشتي ، محمود جمال الدين زكي ، أشار إليهم ،عبد الحكم فودة ،المرجع السابق ، ص . 257 .

[3]-بلحاج العربي،النظرية العامة للإلتزمات في قانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط . 1999 ، ص . 293 .

قررت محكمة النقض الفرنسية فيما يخص تفسير العبارات الواضحة بإلزام قاضي الموضوع بظاهر النصوص و رفض تأويلها، فلا رقابة عليه في ذلك طالما أن ظاهر النصوص ينطبق مع إرادة الطرفين .**ففي قرارها الصادر في 02 فيفري 1808** ذهبت إلى " إنه من المقرر لقاضي الموضوع سلطة تفسير الشروط المدرجة في عقد الشركة ، و في حالة تفسير إرادة الأفراد المفرزة من ذلك القرار، يأخذ القضاء بعدم الرجوع والخروج و بالتالي الموافقة على التفسير العقدي المدرج في الإتفاق "[1].

و كذلك ما قررته محكمة النقض المصرية في 1990/6/16،ملف (رقم 199)" 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 ذلك"[2].

وأكّدت على ذلك بقرار آخر بتاريخ 1984/06/12 " يجب على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة بإعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الإنحراف عنها بدعوى تفسيرها ، و لا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر . والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ . إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة . و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد معنى عبارات العقد ووضوحها كما له أن يستبعد عبارات العقد الغامضة"[3]

2-الموقف الثاني للقضاء

قد يقوم القاضي أحيانا باستبعاد الشروط الواضحة و الحقيقية و النص عليها بأنها شروط تبعية و أن الأطراف لم يتضمنوها جديا[4] .

فإذا كانت إرادة الأطراف واضحة فالقاضي لا يمكن له إبعادها عند التطبيق ، و لا يمكن له إبعاد أسباب العقد و لا يمكن تعديلها إلا في حالة العدل و الإنصاف[5].

[1] -François Terre , droit civil, les obligations, 9 édition , 2005, P. 461.

[2]- معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط الرابعة ، 1998 ، ص. 489 .

[3]- معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص .489 .

[4] -Civ 26 Avril 1939 GA Z Pal 1939

[5] François terré, op.cit, p.386.

و من ثم فإن محكمة النقض المصرية على خلاف م.150 (ق.م.م.) لا تحظر تفسير العبارات الواضحة كمبدأ عام ، و إنما تحضر تفسير الإرادة الواضحة المستمدة من التعبير بمفهومه الواسع ، طالما يقوم من الظروف الخارجية ما يناقض التعبير المادي .

و هذا 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 الإنحراف 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 الإرادة [1].

و طبقا لـ م.111 (ق.م.ج.) فإن المشرع الجزائري منع على القاضي الإنحراف على العبارات الواضحة في العقد، بحجة تفسيرها و استخلاص مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة و دالة على ما قصده المتعاقدين، و ذلك ما بينته المحكمة العليا الجزائرية في تفسير عقد الوصية بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الخروج عن معناها[2] .

ففي قرار مؤرخ 1991/06/16 ذهبت المحكمة العليا الجزائرية إلى عدم السماح للقاضي بتفسير نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له ، و القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، و ذلك بأن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر ، فإن قضاة الموضوع قاموا بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات م. 203 (ق.ت .) لم تحترم ، فخرقوا القانون و خرجوا عن مضمون العقد[3].

وما يمكن استخلاصه، أنه يمكن للقاضي تفسير العبارة الواضحة ، إذا كانت في ظاهرها واضحة ومحدّدة ، ولكنها لا تعكس النية الحقيقية للأطراف ، فإن ذلك الظاهر لا يقف مانعا أمام القاضي للقيام بتفسير العقد ، غير أن محكمة النقض لا تقر ذلك إلا إذا أعطى الأسباب المقبولة والمعقولة لقيامه بهذا الإجراء .

---

[1]-معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص .477 .

2- أنظر، القرار المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300 .م، ق.سنة 1997 ، العدد الثاني، ص .51 .

3- قرار مؤرخ في 1991/06/16، ملف رقم 80.816 .م، ق.سنة 1993 العدد الرابع، ص 151 مأخوذ عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون المدني الجزائري ، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية ، ط. 2001 ، ص. 41 .

4- Jean pierre scarano : Dictionnaire de droit des obligations, Ellpeses, 1999, P. 124 .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في حالة غموض العبارة

إذا كانت العبارة غير دالة على مفهومها الصحيح فهنا نعبر عنها بغموض العبارة، فيمكن للقاضي البحث بدقة في هذه الحالة عن الغموض المحيط بالعلاقة العقدية [1] .

إذن، فما هو مفهوم العبارة الغامضة ؟ و كيف يتم تأويل عبارات العقد الغامضة ؟

و هو ما سوف نجيب عليه في فرعين الفرع الأول ماهية غموض العبارة ، و الفرع الثاني الغرض كدافع لتأويل العقد .

الفرع الأول

ماهية غموض العبارة

قد تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشوبها غموض ،فلا يكون معناها بيّن لأول وهلة أو يشوبها إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى ، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من إلتزامات[2].

ويقصد بغموض العبارة ، عدم الإفصاح عن إرادة الطرفين ، فيصبح العقد بين عدة وجوه للتفسير ، وكل منها محتمل التأويل، و يتعذر ترجيح وجه على آخر الذي يبعث على الشك المبرر للتفسير[3] .

فأول إجراء يتخذه القاضي هو الإبتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ ، و التعلق بالمعنى الحقيقي المتفق مع النية المشتركة للطرفين .

فعلى القاضي أن يقف على ما قصده المتعاقدين، لا أن يقف على معنى النص الحرفي،والقانون العراقي الذي يقضي عملا بمبادئ الفقه الإسلامي، بأن العبرة في العقود بمقاصد المعاني لا للألفاظ و المباني، و القانون الكويتي الذي يرى بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فإنه يجب الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين من مجموعة الوقائع وظروف إبرام العقد، دون الوقوف

---

[2]- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ،الأزاريطة ،ط . 2004 . ص . 265.

[3]- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص .262 .

على مجرد معاني الألفاظ و العبارات، و تلاه القانون التونسي الذي قضى بأن العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ و التراكيب[1].

والمشرع الجزائري لم يعمل على تعريف العبارات الغامضة ، فحاول الفقه و القضاء حصر بعض حالات غموض العبارة ، مثل العبارات المبهمة و هي العبارة التي لا تفيد شيئا فيصعب الإطلاع على إرادة الأطراف [2].

و تبين من خلال ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يشوبها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء الذي عليه الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الأخذ بالإرادة الفردية لكل من طرفي العقد ، فتفسير العقد يقضي باستخراج الإرادة المشتركة .

أ– مبررات غموض العقد

أسباب غموض التعبير عديدة منها ما يرجع إلى المتعاقدين ، ويتمثل في إساءة إستخدامهما للألفاظ المعبرة عن إرادتيهما الحقيقية، و قد تكون العبارة لها أكثر من معنى متميز و متعارض ، بحيث لا يعرف ما هو المعنى المقصود منها ، أو يكون ذلك بإستخدام تعبير قانوني في غير معناه الصحيح[3] .

و قد يرجع غموض التعبير إلى الإيجاز الشديد أو الإفراط اللفظي الشديد بإدخال شروط تقليدية مؤلوفة لا يعرفها أحد المتعاقدين ، أو لا يعلم بقدر ما ستؤول إليه بإستعمال هذه العبارة.

ب– العبارة التي تتحمل أكثر من دلالة

هي عبارة غير واضحة إلى درجة أن متفحصها لا يمكن أن يعرف المعنى الذي إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين فإذا حملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فمن الأحسن الرجوع إلى المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا ثم من بين المعاني التي تجعلها تنتج هذا الأثر تحمل على المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد[4] .

[1]-أنظر، إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 221 .
[2]- على فيلالي ، المرجع السابق ، ص . 310 .
[3]- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص . 262 .
[4]- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 940 .

و نص المشرع الفرنسي على هذه القاعدة في م.1157 (ق.م.ف.)[1] ، بنص صريح مفاده إذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة ، أي أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا .

و إذا تضمّنت عبارة العقد أكثر من معنى واحد ، و كان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثرا قانونيا ، حملت العبارة على هذا المعنى. فمن يوصي لأولاد فلان و ليس لهذا إلا أولاد أولاده . حمل المعنى عليهم صونا للفظ. و ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فلو ترك الشفيع شفعته بنصف الدار و طلب النصف الآخر سقطت شفعته في كل الدار، لأنّ الحق في طلب الشفعة لا يتجزأ،أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله، فلو أبرأ الدائن مدينه من نصف الدين برئ من المدين من هذا النصف فقط[2] .

ومن العوامل التي يسترشد بها القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين قاعدة "إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى فإنه يجب أن تتحمل على هذا المعنى الذي يجعل بهذه العبارة أثرا قانوني منتجا متفقا مع روح العقد والمقصود منه. فمثلا إذا ورد في عقد بيع منزل أن هذا البيع يشمل المنزل وما به من منقولات ، فإن لفظ المنقولات لا يجوز حمله على ما في المنزل من قيم منقولة كالأسهم والسندات وإنما يحمل على أثاث المنزل فقط وإلا حمل اللفظ معنى لا يستقيم مع طبيعة العقد وقصد المتعاقدين ، ومن هذه العوامل كذالك المفاوضات السابقة على التعاقد فهي تعين في الكشف عن إتجاه إرادة المتعاقدين إلى غاية معينة يجب أن تفهم على أساسها عبارات العقد ، وكذالك فإن طريقة تنفيذ العقد تفيد في الكشف عن مضمون عبارات العقد الحقيقية إذا كان قد بدء في تنفيذ هذا العقد[3] .

أما إذا كانت العبارة لا تحمل أي معنى ينتج أثرا و ظهر أن هذه هي نية المتعاقدين ، فلا يستطيع القاضي أن يجاوز هذه النية بقصد تصحيح العقد ، و إلا كان العقد من عمله هو، لا من عمل المتعاقدين .

و إذا كان هناك للنص معنيان أحدهما يؤدي إلى جعل النص ذا أثر، و الأخر إلى جعله دون أثر فإنه يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا أثر و في كل الأحوال إلى بنود الاتفاق الواحد تنسق

[1] -ART . 1157 : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens , on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet , que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » , c.c.f. , op.cit. , p .1154 .

[2]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 230 .

[3]-رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 208 .

وتفسر بعضها بعضا بالنظر إلى مجمل العقد. أما إذا وجد شك في التفسير ، أي إذا كان هناك تفسيران و لا يدري أيهما الأصح فيفسر النص لمصلحة المدين على الدائن [1].

وفي هذا المعنى نصت م.367 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على أنه "إذا وجد نص يمكن تأويله إلى معنيين وجب أن يؤخذ أشدهما إنطباقا على روح العقد و الغرض المقصود منه، و لابد أن يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول، على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول ، فهذا النص يوجب ترجيح المعنى الذي يجعل النص منتجا و ذا أثر ، على المعنى الذي يؤدي إلى إهماله ، وعلى ترجيح فكرة الإعطاء على فكرة الحرمان ، كما في الوقف. و هذا ما يتفق مع القاعدة الشرعية التي أخذت بها بعض القوانين العربية وهي "إعمال الكلام خير من إهماله".[2]

فمثلا إذا نص في عقد الإيجار على أنه مؤبدا ، و حملت هذه العبارة على معناها الظاهر كان عقد الإيجار باطلا لضرورة توقيت المدة ، و لكن من الجائز تصحيح العقد على إعتبار أن المتعاقدين أرادا به بيعا بثمن هو إيراد مؤبد ، فعلى القاضي أن يتبين نية المتعاقدين ، فإذا وجد أن عبارتهما تتحمل هذا المعنى الأخير بيع بإيراد مؤبد فالعقد يكون بهذا المعنى لا بمعنى الإيجار[3] .

في حين لم يتطرق المشرع المصري و لا الجزائري إلى هذه الطريقة في التفسير ، ما عدا المشرع اللبناني الذي تعرض إليها في م .367 قانون الموجبات اللبناني ، مساندا بذلك المشرع الفرنسي .

ج- موضوع العقد هو محل التأويل

يمكن الرجوع إلى موضوع العقد لتفسير و استخلاص مضمونه ، فلا يمكن للقاضي استنتاج مضمون العقد إلا بالرجوع إليه و إعادة دراسته من جديد ، هذه القاعدة نص عليها المشرع الفرنسي في م.1163 (ق.م.ف.)[4].

فإذا كانت عبارة العقد عامة فيستوجب الرجوع إلى موضوع العقد الذي تم التعاقد فيه فمن الغير المتصور أن يتعاقد المتعاقدين على موضوع غير محدّد أو أنهما يرغبان في الخروج عن هذا

[1]- إلياس ناصيف ،المرجع السابق ، ص . 231 .
[2]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 230 .
[3]عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، المرجع السابق ، ص . 940 .
[4]- ART. 1163 :"Quelques généraux que soient les termes dans les quels une convention est conceu …elle ne comprend que les choses sur les quelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter " , c.c.f , op.cit , p . 1159 .

الموضوع[1]. فلو كان العقد يتضمن أنه عقد شركة، و تبين للقاضي أنه لا يحتوي العناصر الأساسية لعقد الشركة، فلا يحتوي مثلا على نية العمل لأجل الشركة ، و لا على قسمه الأرباح و تحمل الخسائر، بل يكتفي بتحديد الأجرة عن أتعاب أحد الأطراف ، يفسر العقد بمقتضى الأحكام الواردة في بنوده، أنه عقد إجار أو عقد عمل و ليس عقد شركة .

و في هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بمصر بتاريخ 4 ماي 1899، بأنّ إستعمال المتعاقدين عبارة البراءة العامة بعد أن حصروا موضوع التخالص و حددوه فيما هو مبين بالعقد إنما يفيد عموم البراءة في نوع الحقيقة التي كانت هي الغرض الوحيد من التعاقد ، فلا يجوز أن تتعدى إلى غيرها مما لم تتجه إليه أفكار المتعاقدين ، و لم يذكروا فيه شيئا من إتفاقهم لا تصريحا و لا تلميحا مهما كان اللفظ عاما .لأن القاعدة القانونية التي لم تكن م.534 (ق.م.م.) إلا جزء منها تقضي بأن العقود لا يصح التوسع في معنى عباراتها، و لا يجوز مهما كانت ألفاظها عامة أن تتناول غير الموضوع الذي كان هو الغرض من إنشائها[2] .

ونصت م.368 من قانون العقود و الموجبات اللبناني على أن بنود الإتفاقات الواحدة تنسق و تفسر بعضها بعضا ، بالنظر إلى مجمل العقد، و في هذا المعنى نصت م.1161 (ق.م.ف.) على أنّ عبارات العقد يفسر بعضها بعضا بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن سائر العبارات. بل يجب تفسيرها على اعتبار أنها جزء من كلّ هو العقد. فالتفسير يقوم على مجمل بنود العقد ، أو على مجمل بنود عدّة عقود دائرة على موضوع واحد، و ذلك للتوفيق بينهما على وجه يؤدي إلى استخراج المعنى المقصود من مجموعها كوحدة متماسكة، بحيث يفسر بعضها البعض الآخر أو يكمله محددا مدى أبعاده وغاياته الحقيقية . فلو أشار عقد بيع عقار إلى بيان محتوياته وحدوده ، أولا، ثم إلى تحديد المبيع لمساحة معينة على أساس الوحدة القياسية، فالعبارة الأخيرة تفسر الأولى و تعين بالنتيجة موضوع العقد[3] .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ، و المشرع المصري ، لم يشرا إلى هذه القاعدة ، بنص صريح يفسر نية المتعاقدان بالرجوع إلى موضوع العقد ، كما فعل المشرع الفرنسي، وسانده في ذلك المشرع اللبناني .

---

[1]- بن حيارة عباس ،مبدأ إستقرار المعاملات و العقد القابل للإبطال ، .مذكرة ماجيستير، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس، 2003-2004 ،ص .174 .

[2]-عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 941 .

[3]- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 232 .

الفرع الثاني

الأخذ بالغرض كدافع من أجل تأويل العقد

قد يضع الطرفان شرطا يسعيان من خلاله تحقيق غرض معين ، فإذا كان هذا الشرط غامضا فيجب تفسيره على أساس المغزى الذي يسعيان له من خلال النص عليه .

و قد إستعان كل من القضاء في فرنسا و مصر بالغرض المقصود من التعاقد كأساس يبنى عليه لإجلاء غموض الشرط[1].

أ – موقف القضاء الفرنسي من الغرض

أخذ القضاء الفرنسي بوجوب استخلاص الغرض المقصود من التعاقد ، و من العبارات التي صيغ بها العقد .

فالتصريح بالإرادة ليس مفترض ، فالتعبير عنها يكون غير واضحا في حالة وجود النص الغامض ومبهم،وبالتالي القاضي له سلطة التفسير و له أن يحصل على الدوافع المفرغة أو المبعدة في النص[2].

ب- موقف القضاء المصري من الغرض

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 78 .

[2]- Mazeaud Henri , Jean Mazeaud , par François Chabas : leçons de droit civil , Tome II , premier volume : les obligations , 9ème édition , Monchertien , delta 2000 , Paris , p . 335.

أخذ القضاء في مصر بالغرض كدافع من أجل تأويل العقد في قرار أصدرته محكمة الإستئناف بالإسكندرية **في** 27 أبريل 1899 . ويتعلق هذا القرار بتفسير عقد بيع قطعة أرض ورد فيه شرط يلزم المشتري بإقامة منزل حسن البناء من الناحية الهندسية ، و قد تبين للمحكمة أن الهدف من هذا الشرط هو إنشاء حي جميل البنيان في المنطقة، و خاصة أن العنصر الذي يملكه البائع يلاصق الأرض المبيعة ، و ان الإهتمام يتجه إلى سرعة البناء لتجميل قصره ، و رفع قيمة الأرض التي لم يتم بيعها . و تحقيقا لهذا الهدف فسرت المحكمة غموض الشرط من حيث تحديد مدة الشروع و الإنتهاء من البناء ، ورفضت إدعاء المشتري بأنه حر في إختيار الوقت الذي يتيح له إقامة البناء و الإنتهاء منه، وعلى ذلك فقد ألزمت المحكمة المشتري بإقامة البناء خلال مدة معقولة حددتها بثلاث سنوات [1].

و قد قضت أيضا في قرار آخر بأن الإتفاق على توريد بنزين لمصنع دون تحديد لكميته يجب تفسيره وفقا للغرض الذي يقصده المتعاقدان ، و تتحدد بالتالي الكمية بما يلي إحتياجات المصنع[2] .

ج - موقف القضاء الجزائري

من الممكن أن نبين موقف القضاء الجزائري من الغرض كدافع من أجل تأويل العقد من خلال الحيثية التالية التي تضمنها القرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2002/01/16[3] :"حيث أن الإدعاء بأن القرار المنتقد تناقض في حيثياته فتارة أشار إلى هذا العقد على أساس يمثل الوصية وأخرى على أساس يمثل الهبة لكن حيث أن نية المورث الموصي (ب،ع) ترمي و حسب ظاهر العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته ، و حسب المقاييس و الإعتبارات التي يراها هو ، و بناء عليه فإن هذا العقد لا يمكن المساس به أو إلغاءه طبقا لأحكام المادة 111 (ق.م.ج.) مهما حمل من أوصاف أو عناوين لأن الهدف و القصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته وأولاده ، و هذا ما وقع تجسيده فعلا و في حياته الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين معه رفضهما ، و تبعا لذلك رفض الطعن ".

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 79 .
2- أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص . 79 .
3- القرار المؤرخ في 2002/01/16، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص. 367 .

يتبين هكذا أن المحكمة أشارت إلى أنّ العقد تارة يمثل وصية وتارة أخرى هبة لكن نية المورث الموصى ترمي و حسب هذا العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته .

بالتالي يكون القضاء قد أخذ بقصد المالك الذي إنصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته، و بالتالي رفضت الدعوة الرامية إلى إلغاء عقد الوصية .

وما يمكن إستخلاصه في الأخير هو أنه يمكن للقاضي الوقوف على تفسير العبارات الغامضة وذلك بالرجوع إلى الغرض الذي نشأ من أجله العقد ، أو الرجوع إلى موضوع العقد . وفي حالة وجود أكثر من معنى لتفسير العقد ، يجب الوقوف على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا متفقا مع مقصود العقد .

المطلب الثالث

النيـة المشتركة L'intention commune

قد يلجأ القاضي إلى التعرّف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1]، و ذلك من خلال الوقوف على المعايير التالية : طبيعة التعامل ، الأمانة و الثقة، العرف ، و هو ما أشار إليه كل من المشرع الفرنسي في م.1156(ق.م.ف)[2] ، والمشرع المصري في م.150ف.2(ق.م.م.) . والمشرع الجزائري في م.111 (ق.م.ج.)[3].

الفرع الأول

طبيعة التعامل La nature de l'affaire

يراد بطبيعة التعامل ، طبيعة التصرف المتفق عليه، أي طبيعة العقد و موضوعه . بحيث يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته، ما لم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك . فيفسر العقد ، مثلا ، بأنه عارية استعمال و ليس عارية استهلاك إذا اشترط المعيرأن يرد المستعير الشيء أو مثله. وإذا إستدان شخص مبلغا من المال لمدة سنة ، وبعد إستحقاقه إستدان مبلغا آخر إضافة للأول ، وأشير

[1]- طرحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها في 20 جانفي 1970 مستندة على المادة 1156 ،" مبدأ مفاده أنّ تفسير العقد يجب أن يتم بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين المشتركة ، و بالتالي لا يسع قضاة الموضوع من اجل تفسير الإتفاق أن يأخذوا فقط بإرادة أحد الأطراف و حسب بدون التعرض للنقض ". جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط .2000 .، ص .55 .

[2] -ART. 1156 , « …..recherche quelle a ' été la commune intention des parties…….. », c.c.f ، op.cit., p . 1000 .

[3] - المادة 111. (ق.م.ج.) " إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوفر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " .

في السند إلى أن المدين يدفع مجموع الدينين بالاستحقاق وعلى شروط الدين الأول ذاتها . فإنه يجب أن يفهم من هذا الإتفاق أن الدينين تأجلا لمدة مماثلة لأجل الدين الأول ، أي سنة من تاريخ القرض الثاني .[1]

و بالرجوع إلى العقد يمكن للقاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في ضوء طبيعة التعامل، و استخراج النية العامة المنبعثة من الإرادة الحقيقية للأطراف ، و كذا جميع المعطيات

الخارجية للعقد ما عدا الاعتقاد الراسخ للقاضي من الملفات العقدية، ملفات الإشهار، وجميع المعطيات المحيطة بالعقد [2].

فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى ، فهناك إحتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل[2] . فقد يتضمن عقد شركة التضامن مثلا شرطا يقضي بقابلية إنتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث ، و قد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة إستثنائية تسمح بإنتقال حصص الشركاء ، و قد يفهم منه أيضا أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة ، وبالرجوع إلى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر إنسجاما مع طبيعة عقد شركة التضامن[3].

---

[1]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص .228 .

[2]- Jean –Pierre Scarano, op. cit P. 124.

[2] – وهو ما إتجهت إليه محكمة النقض المصرية في 1962/1/4 "بأن إستخلاص نية المتعاقدين في العقد من المسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ...." .محمد قمر موسى، التعليق على نصوص القانون المدني، ط 2002. ، ص.983.

و بتاريخ 1993/6/8 ، ص 983 ، " لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير عبارات العقود و تفهم نية المتعاقدين لإستنباط حقيقة الواقع فيها و التكييف الصحيح ، و لارقابة لمحكمة النقض عليها في ما تراه صائغا و لا يتنافي مع نصوص العقد ." و في موسوعة نصيف إلياس : نقض بتاريخ 1955/5/11 حيث جاء فيه : " إذا لم يكن هناك إلتباس في نية المتعاقدين فعلى قضاة الموضوع أن يأخذوا ببنودالعقد الصريحة المظهرة لهذه النية ، أما إذا وجد إلتباس في بنود العقد، فيعود لهم الحق بتفسيرها و إستخلاص النية للمتعاقدين الحقيقية بها شرط عدم إفساد معناها ."، إلياس ناصيف ،المرجع السابق ، ص.229.

[3]- علي فلالي، المرجع السابق، ص.313 .

4- Jean- Pierr scarano، op.cit, p124

5-ART. 1158 " les termes susceptibles de deux sens doivent etre pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat". c.c.f. op.cit , p. 1154 .

[6]- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص .281 .

ولقد أشار بعض الفقهاء إلى أن القاضي يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل و لو كان المعنى لا يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين ، و ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 09 نوفمبر 1993 [4].

كما تطرق المشرع الفرنسي إلى طبيعة التعامل في م.1158(ق.م.ف.)[5]، و إنتهج المشرع المصري و الجزائري نفس النهج .وطبيعة التعامل هي في الأصل مستوحاة من نص Pothier ورد به المعيار تحت إسم طبيعة العقد ، بيد أن هذه التسميات كلها في الحقيقة تؤدي إلى معنى واحد و هو الرجوع إلى الأحكام القانونية التي وضعها المشرع لتنظيم مادة التعاقد[6].

كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعا معينة بالنسبة لبعض العقود ، فتسري على الكافة دون تمييز ، وتفرض بالتالي إرادة مشتركة يتعين التسليم بقيامها ، رغم أنها قد لا تكون قائمة بالفعل في عديد من الحالات . مثال ذلك عقود النقل المتمثلة في شكل تذاكر يحملها المسافرون تتضمن العديد من الشروط ، كشروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إذ يطالعها بعض المسافرين بينما يغض النظر عنها البعض الآخر ، و رغم ذلك فإنها تسري في حق الكافة ، إذ تقتضي ظروف التعاقد وطبيعة التعامل إفتراض أن الكافة يعلمون بها[1] .

وفي قرار بتاريخ 29 جوان 1967، قضت محكمة النقض المصرية بأن الشروط التي تضمنها هذا العقد محل النزاع تجعل منه عقد إيجار من الباطن ، و لا يغير من هذا النظر ما يقوله الطاعن من أن وصف المبلغ الذي تعهد المطعون ضده بأدائه شهريا للطاعن بأنه عمولة ، يجعل العقد بيعا بالعمولة ، ذلك أن القانون لا يعرف البيع بالعمولة ، وإنما هناك وكالة بالعمولة في البيع، و هي تقتضي أن يبيع الوكيل بالعمولة باسمه و لحساب الموكل ما يوكله الأخير في بيعه ، و هي صورة مختلفة تماما عما إتفق عليه في العقد ، و هو أن يبيع بضاعته في المحل باسمه ولحساب نفسه ،كما أن النص في العقد على تحمل الطاعن أجرة المحل التي يدفعها للوزارة المؤجرة الأصلية لا يتنافى مع تكييف العقد بأنه عقد تأجير من الباطن ، إذ ليس ثمة ما يمنع من تحديد الأجرة التي يدفعها المطعون ضده للمستأجر من الباطن للطاعن المؤجر له بالمبلغ الذي تعهد الأول بدفعه شهريا[2] .

[1]- عبد الحكيم فوده ، نفس المرجع ، ص .281 .
[2]- نقض مدني مصري في 29 جوان 1967 ،رقم617 ، مأخوذ عن عبد الحكم فودة ، المرجع السابق . 282 .

الفرع الثاني

الأمانة و الثقة La loyauté et la confiance

من خلال بحثه عن النية المشتركة يستنتج القاضي الأمانة و الثقة الموجودة بين المتعاقدين. فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . و من حق الموجب له أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، معتبرا أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب. وهذا ما يوطد الثقة المشروعة، التي تنطوي على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد [1].

وينبغي أن يتوافر في التعامل من أمانة وثقة . فتقضي الأمانة أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته بما يفرضه التعامل من أمانة ، فإذا تبين له أن هناك خطأ في التعبير ، فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ ، بل يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الحقيقي المراد من التعبير طالما أن الطرف الأخر أمكنه أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك . أما الثقة فتقضي أن من يتلقى تعبيرا عن الإرادة فإن من حقه أن يفهمه على معناه الظاهر طالما أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك[2] .

و حسب قرار للغرفة الإجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 نوفمبر 1964 فإنه : " لا يمكن للمحكمة بالأحرى أن تحل محل العاقدين، و هكذا ألا تستطيع، في حالة النزاع على بدل إيجار يلى تنظيم عقدين مختلفين أن تحدد الثمن بأن تأمر في الشأن بإجراء خبرة (و إنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمنين الواردين في العقدين تبعا لنية المتعاقدين) و ذلك بأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أنها تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار "[3] .

فسلوك المتعاقدين أمر هام في التوصل إلى إرادتهما الحقيقية ، فيجب عليهما أن يتحليا بالأمانة و الثقة فهذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر ، بمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش و الحيل و الهزل في المعاملات ، و يلتزم بالتعاون مع المتعاقد الآخر[4] .

Le devoir de la loyauté s'imposant au débiteur mais aussi au créancier[5].

مبدأ حسن النية : Bonne foi

[1]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 229 .
[2]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص . 208 .
[3]- جاك غستان ، مفاعيل العقد ، المرجع السابق ، ص . 55 .
[4]- علي فلالي ، المرجع السابق ، ص . 315 .
[5] -(V.Civ 3e 8e Avril 1987) , Patric Canin، op.cit, p64 .

من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود سواء في إبرامها ، أو تنفيذها ،مبدأ حسن النية ، فهو بيان مهم في تفسير العقد خلال تكوينه في مراحله الأولى ، وفي إتمام الإلتزامات العقدية .

C'est la bonne fois dynamique qui ,s'intéressant au devenir du contrat glisse de l'interprétation a la révision[1] .

فيرى بعض الفقه أن "حسن النية متطلب في إبرام العقود، حتى و لو لم يكن منصوص عليه صراحة في أي نص " [2] .

و يطبق القانون الفرنسي بدقة فكرة أن "الاتفاقات يجب أن تعقد و تنفذ بحسن النية. وأن النص النهائي للمادة 1134 (ق.م.ف.)[3] إنحصر في الشأن التنفيذي، لأسباب شكلية و حسب ، وكان الفضل بما يقارب المأتي سنة للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتصحيح هذا الخروج عن القياس للتاريخ ، و بالتكريس الصريح لموجب التعاقد بحسن النية. و هكذا أصبحت الأمور أكثر وضوحا ، وفي الوقت نفسه أكثر تماسكا . فما الفائدة في الواقع من تطلب حسن النية في تنفيذ العقد ، إذا لم تفرضه في المرحلة الأولى الحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد ؟ إن العقد يشكل بالتأكيد جسما وحيدا، و من الحيوي أن يرويه حسن النية تماما" [4] .

و قد أدلت المحكمة الإبتدائية لباريس ،في حكم صادرلها في 4 مارس 1981 بأن" القضاة عندما إستندوا إلى المبادئ العامة للقواعد القانونية المطبقة عموما في التجارة الدولية ، أخذوا بحسن النية ، الذي يجب أن يسود في تكوين العقود و تنفيذها" . "وأكدت أن حسن النية هذا يعبر على وجه الخصوص عن إسناده إلى العادات و إلى قاعدة المسلك، يمكن تقريبها من المبدأ العام لتبعة المسؤولية "[5] .

---

[1] - Philipe leTourneau . Bonne foie . Contrat et obligation , Rep. , DALLOZ , 1999 , p. 5 .

[2]-Mester أشار إليه جاك غستان، ، تكوين العقد ، المرجع السابق ، ص .268 .

[3]- ART .1134 « ……Elle doivent être exécutées de bonne fois . ».c.c.f , op،cit , p. 921.

[4]-جاك غستان، ، تكوين العقد ، المرجع السابق ، ص . 269 .

[5]-جاك غستان ، تكوين العقد ، نفس المرجع ، ص . 266 .

كما تم الاعتراف بحسن النية في تنفيذ العقد ، أيضا ،كمبدأ من مبادئ القانون الخاص في العلاقات الدولية ، و عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية فى الحكم الصادر في 26 أكتوبر 1979 إنه "وفقا لمبدأ حسن النية لقانون التجارة ، بحثت المحكمة عما إذا كان وقف التوكيل في الحالة الراهنة كان ينسب إلى مسلك أحد الأطراف، و عما إذا كان قد سبب للطرف الآخر ضررا يكون هكذا غير مطبق ، بالتالي الإنصاف يفرض التعويض عنه "[1].

فحسن النية هو المبدأ الذي ينبغي أن يسود في تنفيذ العقود جميعها ، ولم يعد القانون الحديث يميز كما فعل القانون الروماني ، بين العقود حرفية التنفيذ، وبين عقود حسن النية . ومن نتائج مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام بحسن النية فمن الضروري مراعتها . فسائق سيارة الأجرة الذي يلتزم بتوصيل الراكب إلى مكان معين ، يجب عليه توصيله من أقصر طريق طالما كان ذلك ممكنا ، وأيضا فإن المؤمن له من الحريق عليه أن يبذل ما في وسعه لعدم تفاقم نتائج الحريق عند وقوعه،كما يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بكل ما يلزم تدخله لإجراء إصلاحات ضرورية بالعين المؤجرة [2] .

وحسن النية في تنفيذ العقد مبدأ لا يقتصر مراعاته على المدين وحده ، بل يجب على الدائن أيضا أن يكون حسن النية في استعمال حقه غير متعسف فيه ، كما يقتضي حسن النية وجوب التعاون بين طرفي العقد على تنفيذه ،خاصة في العقود المستمرة التنفيذ ، كعقد الشركة،الوكالة وكذا عقد التأمين . ويعتد القانون بحسن النية في تقريره لبعض الأحكام القانونية ، من ذلك ، منح المدين نظرة الميسرة (أي منحه أجلا للوفاء بالدين) إذا كان في عدم التنفيذ للالتزام حسن النية ، وبالعكس يسأل المدين عن تعويض الدائن عن الأضرار التي تصيبه ، إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سوء نية المدين ، بل أن القانون يتشدد في تقدير هذا التعويض ، فيجعله يشمل الضرر غير المتوقع إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[3] .

و قد كرس المشرع المصري هذا المبدأ في م.150 (ق.م.م.) في صورة عاملي الأمانة والثقة حين يستلهمها القاضي في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين.

[1]-جاك غستان ، تكوين العقد ، المرجع السابق ، ص . 266 .
[2]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص . 218 .
[3]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص . 218 ، 219 .

فالمادة 150 تتطلب من المتعاقد أن يكون أمينا من تحصيله لمعنى التعبيرات التي يوجهها إليه المعبر، إذ عليه الإبتعاد عن رصد الأخطاء التي يقع فيها المعبر ، ليجني من وراء ذلك منفعة لاحق له فيها . إذ أن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية ، الذي يجب أن يكون رائدا للمعاملات [1].

ويجب أن يكون المدين أمينا ، و يعلم الطرف الآخر ، و أن يبتعد عن طريق الحيل والتدليس في التصرفات العقدية التي تنقص من ثقة المتعاقد الآخر و التي تغير منحى العقد.[2]

كما يجب أن تكون النية المشتركة للمتعاقدين متفقة مع مقتضيات مبدأ حسن النية والقاضي له السلطة أن يرد أحد الأطراف إذا إنحرف عن هذا المبدأ ضمانا لإستقرار المعاملات[3].

وأشار المشرع الجزائري في م.107 (ق.م.ج.) إلى أنّ تنفيذ العقد يجب أن يتمّ طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية .

الفرع الثالث

ا لعرف كعامل لتأويل العقد

إذا لم يوجد نص في القانون ، يرجع القاضي إلى العرف و يعتمد عليه في تحديد نطاق العقد. كما له سلطة تفسير العقد وفقا لما يقتضيه العرف الجاري في المعاملات ، و إن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأنّ العرف المعمول به يفترض في المتعاقدين أن يكونا على علم به، و أن يكونا قد رضيا به في التعاقد ،و إلاّ لصرحا بمخالفته. و أكثر ما تظهر أهمية العرف في القضايا التجارية، و المعاملات البحرية ، و غيرها من المعاملات التجارية، حيث يتوجب على القاضي، عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المعمول به، إلا إذا أظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف ، أو كان العرف متعارضا مع النصوص الشرعية الإلزامية ، على أن يعتبر العرف الخاص و العرف المحلي مرجحين على العرف العام[4] .

---

[1]- عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص. 283 .

[2]- Bruno Oppetit , op.cit. , p. 383.

[3]- و جاء في موسوعة محمد قمر موسى ،إجتهادا لمحكمة النقض بتاريخ 1991/5/27 ، ص. 1090 ،"بحث حسن النية في تنفيذ العقد من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها " .
وفي حكم أخر ب 1977/05/16 " تفسير العقد طبقا لما إشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية وحسن النية من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان محكمة الموضوع ". معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص .467 .

[4]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 235 .

فيفترض في العرف الذي جرى عليه العمل أن يكون المتعاقدين عالمان بهذا العرف و قد رضيا به.و إلا صرحا بمخالفته ، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف ، وهو ما ذهبت إليه محكمة إستئناف مصر "بأنه يجب في تفسير المشارطات إتباع العرف،وهو يقضي بأنه إذا دفع المشتري مبلغا بصفة عربون ،و عدل عن الشراء ، فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ وأن مثل هذا الشرط كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون ، يجوز عدلا أن يستفيد منه المشتري ، للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون" [1] .

و عادة ما يكون اللجوء إلى العرف تكملة للقانون ، كتحديد نطاق الإلتزام في ملحقات المبيع حيث يمكن تحديدها على ضوء العرف ، و يتصل به في هذا الشأن ما يسمى بالشروط المألوفة[2].

و العرف الذي يعتبر مكملا لإرادة الطرفين ليس له قوة القانون ، و لا حتى قوة الاتفاق، ولذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني ، أو في حال سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية ما فيما تعاقدوا عليه، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير، على أن العرف يظل صحيحا ، و يمكن اعتماده في التفسير إذا خالف نصوصا شرعية غير إلزامية [3].

فالمتعاملين الدوليين قد درجوا على إتباع عادات في تعاقداتهم ذات الطابع الدولي . وتحولت مع مرور الوقت إلى أعراف ملزمة لهم في كثير من المجالات ، و بالتالي تكون المسائل التي ينظمها عرف معين داخل مجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود ، مسائل يفترض في المتعاقدين أن يعلموا بها ويرتضون بها من أجل تفسير إراداتهم .[4]

فالقانون الفرنسي يحدد عرف الجهة التي نشأ فيها العقد م.1159(ق.م.ف.)[5] على إعتبار أن العقد ينفذ في الجهة التي ينشأ فيها، فإذا إختلفت الجهتان فإن القاضي ينظر إلى أي عرف أحق بالتطبيق و قد يرى هذا في عرف الجهة التي ينفذ فيها العقد .

---

[1] - نقض مدني مصري ،في27 نوفمبر سنة 1923 أشار إليه ، عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 944 .

[2]- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية ، الأزارطة ، ط. 2006 ، ص . 362 .

1-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 236 .

[4] -بن أحمد الحاج ، النظام التعاقدي في القانون المدني الجزائري و متطلبات التجارة الدولية ، مذكرة ماجيستير ، جامعة جيلالي اليابس بلعباس ، الجزائر، 2002-2003 ، ص . 165.

[5] -ART. 1159 « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé . » , c.c.f., ، op.cit. , p. 1155 .

و تطرق المشرع الجزائري إلى العرف في م. 111ف.2 (ق.م.ج.) ، بحيث يمكن للقاضي اللجوء إليه في حالة عدم وجود نص واضح كطريقة لتفسير العقد ، حيث نصت هذه المادة أنه " ... يجب البحث عن النية المشتركة ... وفقا للعرف الجاري في المعاملات ."

فالعرف الذي يكون عاملا من عوامل تفسير العقد ، غير العرف الذي يكون مصدرا من مصادر القانون ، فإن القاضي إذا خالف العرف الأول ، لا يكون حكمه عرضة للنقض ، أما العرف الثاني فهو القانون إذا خالفه القاضي ، كان حكمه قابل للنقض[1].

و يتصل بالعرف كذالك ما يسمى بالشروط المألوفة ، حيث تضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد ، حتى أصبح يؤخذ بها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة ، مثل ذلك النسبة المئوية التي تضاف للخدمة في الفنادق و المطاعم و المقاهي ، وفي فرنسا يميزون بين العرف و العادة ويعتبرون الأخيرة (العادة) هي وسيلة تفسير العقد . بخلاف الحال في إنجلترا حين يستعملون لفظي Custan أو Usage بمعنى واحد[2] .

أ- طبيعة العرف

يرى أغلب الفقه[3] في فرنسا بأن مخالفة العرف (العادة) لا يعطي مبررا للنقض، و لكن الرأي الصحيح حسب الأستاذ Gabriel Marty: أنه تجب التفرقة بين التثبت من العرف وتفسيره من جهة ، و بين تطبيقه من جهة أخرى [4] .

و قد نقضت محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي 1988 ،إستنادا إلى المواد 1134 و 1156 و 1159 (ق.م.ف.) حكما استند فقط إلى العادات لتفسير العقد " حيث أن المحكمة بتفسيرها

---

[1]-نقض فرنسي 12جوان 1903 ، دالوز 1903 ،أشار إليه ، عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 945 .

1-عبد الرزاق السنهوري ،نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 945

[3] - ومن بينهم ، chevallier , fabreguette ، أشار إليهم ، عبدالحكم فوده ، المرجع السابق ، ص . 174 .

3- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص . 174 .

4- جاك غستان، مفاعيل العقد، المرجع السابق، ص 55 .

5- نقض مدني مصري في 1967/4/5: "لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف لتحلل من التزامات يفرضها عليه المتعاقد التي تم بينه و بين الطرف الآخر في العقد قد لا يوجد ما يمنع مع أن ينفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري و يكون اتفاقهما ملزما لهما "، مأخوذ عن، محمد قمر موسى، المرجع السابق، ص. 1099 .

[6]- عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص . 174 .

الشرط المتنازع فيه حسب إحدى العادات، بدون التثبيت من أن المتعاقدين توخيا الأخذ بها صراحة، لم تعط قرارها الأساس القانوني "[1].

فبالنسبة للوقوف على العرف و تحديد ماهيته و مضمونه ، يترك أمر ذلك لقاضي الموضوع ليكوّن عقيدته ، من طرق الإثبات المختلفة للعرف المدعي بوجوده[2]،كالإستناد إلى شهادة الشهود أو الشهادات الصادرة من الغرف التجارية و النقابات المهنية. فقد لا يقتنع القاضي بتوافره على نحو ما يدعي به الخصم ، وقد يقتنع بتوافره على نحو معين من مستند دون آخر، أومن أقوال شاهد دون آخر ،فهذه مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع بالبحث فيها دون رقابة من محكمة النقض ، سواء تعلق الأمر بالعرف العام أو بالعرف المحلي ، وسواء كان العرف مدنيا أوتجاريا [3].

أما بالنسبة لتطبيق العرف فإنه مسألة قانون ، لا يستقل بها قاضي الموضوع ، و إنما تخضع لرقابة محكمة النقض . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يكفي أن تطلق المحكمة القول بوجود عرف ما و تطبيقه على وقائع الدعوى ، دون أن ينقضي هذا العرف من حيث عموميته و ثباته ، فإذا هي أغفلت ذلك فإن حكمها يكون مفتقدا لأساسه القانوني[4] .

ب- عرف بلد الإبرام

طبقا لنص م.1159(ق.م.ف.) ، يجب على القاضي أن يستند في تفسيره للعقد الغامض إلى عرف البلد الذي أبرم فيه هذا العقد . و ذكر ذلك على إعتبار أن العقد ينفذ في الجهة التي نشأ فيها ، فإذا إختلفت الجهتان فإن القاضي ينظر أي عرف أحق بالتطبيق ، و قد يرى هذا في عرف الجهة التي ينفذ فيها العقد[5] .

وهذه القاعدة التي وضعتها م.1159(ق.م.ف.) ليست ملزمة للقاضي ، بمعنى أنه إذا تغير العرف في محلي الإبرام و التنفيذ فليس لزاما عليه أن يطبق العرف الأول . بل قد يتضح له من ظروف الدعوى أن الطرفين فهما ضمنا الخضوع لعرف بلد التنفيذ ، و من ثم فحكم هذه المادة لا يجب أن

---

[1]- عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص .174 .
[2] - عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 94 .

يعمم على كافة الحالات ،إذ لو كان مقبولا بالنسبة للمنقولات كعقد إيجار سيارة مثلا فهو ليس مقبولا بالنسبة للأعيان الثابتة .[1] و يقرر القضاء في هذا الشأن" أن المفروض طبقا لعقد الإيجار أن ينتهي بنهاية الشهر و لكن عرف مدينة باريس إستقر على أن لمستأجر الشقة التي تزيد أجرتها السنوية على 400 فرنك ، الحق في أن يحتفظ بالإنتفاع بها حتى الخامس عشر من الشهر التالي ، ليتمكن من إخلاء الشقة " [2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فإنه لم يأت بنص صريح ، مثل ما فعل المشرع الفرنسي ، ولكن بالرجوع إلى نص م.18(ق.م.ج.) ، فإننا نجد في ف.3 منها أنه يطبق قانون محل إبرام العقد على الإلتزامات التعاقدية [3] ، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم إتيانه بنص واضح كما فعل المشرع الفرنسي ، الذي أتى بنص بيّن فيه للقاضي إمكانية تفسير العقد وفقا للعرف السائد في مكان الإبرام .

و لا يقتصر أمر الغموض في هذا الصدد على إزدواج المعنى ، و إنما الغموض هنا عماده الشك الذي يمكن أن يثور حتى مع الألفاظ الواضحة إذا ما تعارضت مع عناصر خارجية أفقدتها قرينة الدلالة على نية الطرفين المشتركة، حينئذ يتعين اللجوء للعرف لإستجلاء هذا الغموض، فالوضوح الظاهري للألفاظ لا يحجب إمكانية تطبيقه[4] .

وما يمكن استخلاصه ، أنه يمكن استنباط النية المشتركة للمتعاقدين ، من طبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف ، فهذه العوامل تساعد القاضي على تأويل العقد .

[3]- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص . 95 .

[2] - Trib. Seine , 8 Juin 1909, 19 M 259.

[3] -قانون رقم 05-10 ، المؤرخ في 26يونيو 2005 ، المتضمن تعديل وتتميم القانون المدني الجزائري ، ج.ر .عدد44 ، ص .20 .

[4]- عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص . 177 .

المبحث الثاني

مجال تأويل بعض العقود

كان للقضاء دور كبير في كيفية تفسير بعض العقود من بينها عقد الإذعان و عقد البيع وعقد التأمين ، و سوف نتعرض في هذا المبحث لكيفية تفسير هذه العقود .

نتيجة لعدم تساوي الأطراف و تساوي الإلتزامات، قد يلجأ الطرف القوي إلى إملاء متطلباته على الطرف الضعيف ، فما هو الحل في هذه الحالة ؟و كيف يمكن للقاضي أن يتدخل من أجل تساوي الحقوق ؟ و ذلك ما سوف نعالجه في ثلاث مطالب :

المطلب الأول : تأويل عقد الإذعان ، المطلب الثاني : تأويل عقد التأمين ، أما المطلب الثالث: تأويل عقد البيع

المطلب الأول

تأويل عقد الإذعان

سوف نتعرض في هذا العنصر إلى تبيان طبيعة ومفهوم عقد الإذعان (الفرع الأول) . ثم نتطرق بعد ذلك إلى قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

طبيعة عقد الإذعان

المعروف أن Saleilles هو أول من لفت الإنتباه في فرنسا إلى طبيعة هذا العقد، عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع أحد الأطراف على الآخر الذي يكتفي بإعطاء إنضمامه. و هذه العقود التي سبق أن كانت شائعة في بداية القرن، هي اليوم بالنسبة إلى الأفراد الطريقة العادية لعقد الإتفاق. فعمليات التامين و النقل و تقديم الخدمات التي يقدمها أصحاب وكالات السفر أوالفنادق ، تمثل بصورة عامة عقود الإذعان[1] .

و قد عرفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الإبتدائية عقود الإذعان بأنها " هي العقود التي يملى فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري و البحري و عقود توريد المياه والنور إلى المستهلكين و هذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وصفت لجميع العملاء " [2] .

فعقد الإذعان إذن هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ، و يوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الإنضمام إليها ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة [3] .

---

[1]- جاك غستان ،تكوين العقد ، المرجع السابق ، ص . 95 .

[2]- أشار إليه لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ،المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، ط . 1999 ،ص .29، 31 .

[3]- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص . 75 .

ويختلف عقد الإذعان عن باقي العقود الأخرى لأنه غالبا ما يعمد فيه الطرف القوي إلى إملاء شروطه على الطرف الضعيف ، و لا يخضع في مثل هذه العقود إلى مساومات كما يحدث في عقود أخرى، فالطرف الضعيف في عقد الإذعان يكون دوره سلبيا فيخضع للإلتزامات ويتحمل النتائج ،أي يقبل العقد بدون مساومة و دون نقاش و يكون مضطرا إلى التعاقد ، نظرا لأهمية هذه العقود ، و عدم إمكانه الإستغناء عنها ، رغم الشروط القاسية التي يضعها الطرف القوي أو الموجب .

و يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه إنضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب و ينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله [1].

والفقه اليوم[2] ،يميز بين مفهومين لعقد الإذعان ، مفهوم تقليدي يسير الفقه نحو هجره. ومفهوم حديث ناتج عن التطورات الإقتصادية المعاصرة .

فالمفهوم التقليدي مفاده أن: "عقد الإذعان هو الذي يخضع أحد أطرافه للشروط التي ينفرد بوضعها الطرف الآخر ، و يستطيع الطرف القوي بحكم وضعه الفعلي أو القانوني ، أن يفرض على الآخر شروط العقد في جملتها ، دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها ".

والمفهوم الحديث مفاده أننا في الواقع نكون : " بصدد متعاقد محترف و متخصص ، يتمتع بخبرة نتيجة قيامه في السوق بعمليات متكررة و متشابهة ، ما يمّكنه من وضع الشروط التي تتفق مع مصلحته، و إقتصاديات المنافسة في السوق ، و لا يكون بوسع المستهلك سوى قبول تلك الشروط دون مناقشتها ".

و الجدير بالذكر أنّ هذا المفهوم الحديث لعقود الإذعان قد تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة من 03 الحالة 04، الفقرة الأولى من قانون 04-02، القانون المطبق على الممارسات التجارية، حيث نصت أنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: "...عقد: كل إتقان أو إتفافية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" .

و ينطبق ذلك المفهوم على العقود التي يكون المستهلك طرفا فيها ،حيث تتمثل في نماذج معدّة مسبقا دون أي مفاوضة أو مناقشة، حيث تفرضها شركات الإنتاج و التوزيع و يكفي ذلك

[1]-جاك غستان ، تكوين العقد ، المرجع السابق ، ص. 95 ،96 .
[2]- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام ،المرجع السابق ، ص. 75 .

لتوافر علاقة الإذعان ، ولا محل لإشتراط توافر الإحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قوي إقتصاديا و طرف ضعيف . بل يكفي مجرد إستقلال شخص محترف أومنتج بإعداد العقد مقدما ويفرض شروطه على عملائه ، لأن تلك الشروط تتفق غالبا مع شروط منافسيه في السوق ولايكون أمام المستهلك سوى قبول هذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف [1].

الفرع الثاني

تفسير الشك لصالح الطرف المذعن

في عقود الإذعان يؤول الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا و يتحمل واضع الشروط في العقد مسؤولية ذلك . فما هي حالة الشك ؟و كيف يفسر الشك لصالح الطرف المذعن ؟ و متى يؤول الشك لمصلحة المدين ؟.

أ- مفهوم حالة الشك

تقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين،كأن يكون محل التأويل عبارات ذات دلالات منعدمة ، و لا يمكن ترجيح إحداها فيحدث تردد في إختيار المعنى الذي تحمله العبارة [2] .

و يفترض أن يكون الشك مما يتعذر إستنتاجه ، لأنه لو توصل القاضي إلى إكتشاف النية المشتركة لوجب عليه أن يفسر العقد بمقتضى هذه النية ، و لو كان التفسير في غير مصلحة المدين. أما إذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فسره لمصلحته في العقد الملزم لجانب واحد ، و لمصلحة أي من المتعاقدين يكون مدينا في العقد الملزم للجانبين ،أي أن التفسير في هذا العقد يكون لمصلحة أحد المتعاقدين في بعض البنود و لمصلحة الآخر في بنود أخرى[3] .

1- تأويل الشك في مصلحة الطرف المذعن

لا يمكن أن يفسر عقد الإذعان كما في العقود الأخرى، و ذلك لعدم وجود الإرادة المشتركة للأطراف في العقد ، و لذلك يقضي القضاء بأنه يجب تفسير عقد الإذعان ليس على أساس القصد

[1]- محمد حسين منصور ،النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص. 75 .
[2]- علي فلالي ، المرجع السابق ، ص . 315 .
[3]- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ،ص.239 .

المشترك للمتعاقدين ، بل على حسب الغرض الذي سعي إليه الأطراف ، و بذلك يتوصل في أغلب الأحيان إلى تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن [1].

فتفسر العبارات الغامضة في عقود الإذعان إستثناءا على القاعدة ، الشك يفسر في مصلحة المذعن ، أي ضد مصلحة الدائن ، حتى و إن كان هو الطرف القوي في العقد . لأن القانون يفترض بأن يكون الدائن هو الذي وضع شروط العقد و مشتملاته ، و فرضها على المدين، الذي لا خيار له إلا في القبول بشروط العقد جميعا . أو برفضها جميعا دون أن يكون له حق قبول بعضها و رفض البعض الآخر . مما يعني أن الدائن الذي يملي شروط العقد غالبا ما يضع هذه الشروط في مصلحته . و لذلك يتم تفسيرها ضده[2] .

2- تأويل الشك لمصلحة المدين

قاعدة ترجيح مصلحة المدين عند قيام الشك تفترض أن يكون هنالك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين. و يتمثل هذا الشك في إمكانية تفسير العقد بين وجوه متعددة جميعها محتملة دون ترجيح لوجه على آخر . أما لو إستحال التفسير لدرجة لم يستطيع معها القاضي أن يتبين أي وجه من الوجوه لتفسير العقد ، لكان هنالك قرينة على إنتفاء النية المشتركة للمتعاقدين بحيث يكون كل منهما قد أراد شيئا لم يرده الآخر ، و بالتالي لم ينعقد العقد [3].

الأصل طبقا للمبادئ العامة في الإثبات هو براءة الذمة ، والاستثناء هو الالتزام ، ومن المعلوم أن الاستثناء لا يجب أن يتوسع في تفسيره ، كما أن نية الملتزم هي في أنه يلتزم في أضيق نطاق ممكن أن تتحمله عبارات العقد والبحث في هذا النطاق الضيق هو الذي يوجد التوافق بين الإرادتين [4].

فإذا كان الشرط الغامض محل التفسير يفرض التزاما على أحد المتعاقدين ، أو يشدد من مسؤوليته عن عدم التنفيذ بما يجاوز ما تفرضه القواعد العامة ، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة هذا المتعاقد ، فهو الطرف المدين بالالتزام وهو الذي يقع عليه عبئ تنفيذ الشرط الغامض .[5]

[1]- لعشب محفوظ ، المرجع السابق ، ص. 145 .
[2]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 242 .
[3]-إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 238 .
[4]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص. 210 .
[5]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص. 210 .

أما إذا كان الشرط الغامض يعفي أحد المتعاقدين من التزام تفرضه القواعد العامة، أويخفف من مسؤولياته في تنفيذ هذا الالتزام ، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة المتعاقد الذي يضار من هذا الشرط ، وهو الدائن بالالتزام . إلا أنه هو المدين في الشرط محل التفسير، مثال ذلك أن يرد في عقد الايجار شرطا يخفف من مسؤولية المؤجر عن ضمان التعرض، فالشرط هنا يقع عبئه على المستأجر فهو إذن المدين في الشرط برغم أنه هو الدائن أصلا في الالتزام بالضمان ، فيجب أن يفسر الشك لمصلحته ، أما إذا ورد في العقد شرطا يشدد من مسؤولية المؤجر في هذا الضمان ، فالمؤجر هنا هو المدين في الشرط وهو المدين في الالتزام أيضا ، فيجب أن يفسر الشك لمصلحته هو[1] .

وإستخدم القضاء المصري التفسير في صالح الطرف المذعن ، حيث أن الطرف المذعن يستفيد من غموض الشرط ، و أن هذا الغموض يقع على واضع الشرط ، و يكون تطبيقه في غالب الأحيان في عقود التأمين .

والمشرع المصري نص على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في عقد الإذعان بموجب المادة 151 من القانون المدني وهو ما إعتمده المشرع الجزائري أيضا ، بموجب نص المادة 112 من القانون المدني .

ويكون تأويل الشك مثلا فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة تأخير تنفيذ الإلتزام ، أو في حالة عدم التنفيذ فقط .و المقصود بالمدين التي أشارت إليه م.112 (ق.م.ج.) هو المدين الذي يتحمل الإلتزام محل التأويل أو محل الشك و بالتالي فإن التأويل قد ينصرف لصالح أي من المتعاقدين حسب الإلتزام محل التأويل و من يتحمله . أما في العقود الملزمة لجانب واحد ، فإن الملتزم هو الذي يستفيد من تأويل الشك دائما[2] .

ب– دور القاضي في الكشف عن الشرط التعسفي في عقد الإذعان

إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة[3]. و هذه

[1]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص. 210 .
[2]- علي فيلالي ، المرجع السابق، ص . 316 .
[3]- م .149 ق.م.م " إذا تم العقد بطريق الإذغان ، و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أوأن يعفي الطرف المذغن منها ..." و تقابلها م 110 ق.م.ج " إذا تم العقد بطريقة الإذغان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذغن منها" .

القاعدة تضع في يد القاضي سلطة تقديرية واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، التي تفرضها عليه الشركات الإحتكارية [1] .

و من أهم مظاهر حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان ، ما يتمتع به القاضي من حرية وسلطة في أن يعدل الشرط التعسفي أو يعفي الطرف المذعن منه . و سلطة القاضي في ذلك لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، أو على إستبعادها ، لأنها تتصل بالنظام العام . و لكن لا يكون ذلك إلا بطلب الطرف المذغن هذه الحماية ، و إلا أعتبر راضيا بالشرط التعسفي[2] .

فإذا كشف القاضي بسبب سلطته التقديرية شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فله أن يعد له بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه و لم يرسم المشرع للقاضي حدود في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة .

و قد وضع المشرع الفرنسي بالموازاة في قانون Scrivener الصادر بتاريخ 10جانفي، 1978 ، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك من الشروط التعسفية ، إجراء يهدف إلى أن تستبعد في عقود الإذعان الشروط غير المألوفة أي الشروط التي تبدوا أنها مفروضة على المستهلكين عن طريق إساءة إستعمال القوة الإقتصادية للطرف الآخر ، والتي منحت هذا الطرف ميزة فاحشة ، أو أن الشروط تؤدي إلى إختلال التوازن بين إلتزامات الطرفين[3] .

و المشرع الجزائري هو الآخر و في سبيل حماية الطرف المذعن منّ الشروط التعسّفية، بتوضيح مفهوم الشرط التعسّفي، فنصّ بموجب المادة 03 الحالة 05، من القانون رقم 02/04، المتعلق بالممارسات التجارية (المؤرخ في 27 يونيو سنة 2004)، بأنه "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي :... شرط تعسّفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أوشروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " .

و ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1991/04/22 رقم (1320) من أنّ " تقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقد الإذعان شرطا تعسفيا أم لا ، يملك القاضي تعديله بما يزيل

[1]- نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دراسة تحليلية و تطبيقية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، ط.2002 ، ص . 245 .
[2]- محي الدين إسماعيل ،نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية ،بدون تاريخ ، ص . 204 .
[3]- جاك غسان ، تكوين العقد ،المرجع السابق، ص. 260 .

أثر التعسف أو يلغيه فيعفي الطرف المذعن منه ، في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملا بنص م.149 من (ق.م.م.) ،وذلك من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع"[1] .

و من هنا يتضح مدى تأثير السلطة التقديرية التي يقوم بها القاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان ، و الواقع أن سلطة القاضي التقديرية تقوم بمعالجة حالة الإذعان التي يوجد فيها الطرف المذعن في مثل هذه العقود، و ذلك عن طريق ما يملكه القاضي من أدوات لعلاج أثار هذا الإذعان .[2]

وما يمكن استخلاصه ، أنه يمكن للقاضي تفسير عقد الإذعان ، وذلك بالقيام بتفسير الشك لصالح الطرف المذعن ، وهو ما استقر عليه القضاء من أن الطرف المذعن يستفيد من غموض الشرط ، كما أن القاضي بسبب سلطته التقديرية يمكن له تفسير الشرط التعسفي في عقد الإذعان، وأن يزيل منه أثر التعسف .

المطلب الثاني

تأويل عقد التأمين

سوف نعالج في هذا المطلب تأويل عقد التأمين ، الذي يعتبره الفقه نوعا من أنواع عقود الإذعان ، ونظرا لإهتمام الفقهاء و كثرة الإجتهادات فيما يخص تأويله ، سوف نتطرق في الفرع الأول إلى مفهومه ، و في الفرع الثاني إلى تأويل عقد التأمين لصالح المؤمن له .

الفرع الأول

مفهوم عقد التأمين

عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في م.619 (ق.م.ج.) على أنه" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه ، مبلغا من المال أوإيرادا أو أي عوض مالي آخر ، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن" .

من خلال التعريف ، يظهر أن هناك ثلاث أطراف معنيين في عقد التأمين ، وهم المؤمن ، المؤمن له والمستفيد .

[1]- معوض عبد التواب ، المرجع السابق، ص. 473 .
[2]- نبيل إسماعيل عمر ، المرجع السابق، ص. 245 .

فالمؤمن[1] : هو إحدى شركات التأمين أو الجمعيات التعاونية للتأمين ، و يتم إبرام العقد عادة من خلال وسيط إما أن يكون وكيلا مفوضا أو مندوبا .

المؤمن له : يمكن أن يبرم العقد بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه نيابة قانونية أو إتفاقية ، و هنا تنصرف آثار العقد مباشرة إلى الأصيل طبقا للقواعد العامة . و يكفي في من يبرم العقد توافر أهلية مباشرة عقود الإرادة لأن التأمين من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر .

أما المستفيد : فهو من يقبض مبلغ التأمين من الشركة عند حلول الخطر.

أ– عقد التأمين من عقود حسن النية

إن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود في كافة العقود ، طبقا لنص م.1134(ق.م.ف.) "... يجب أن تكون منفذة بحسن نية" [2].

وهو ما أشار إليه المشرع المصري في م.148 (ق.م.م.) التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ،والمشرع الجزائري في م.107 (ق.م.ج.)التي تنص على أنّه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية ".

وإعتبار عقد التأمين بأنه من عقود حسن النية له معنى خاص ، يرتب على عاتق المؤمن له إلتزام بتقديم بيانات صحيحة و واضحة ، و كل كتمان أو تصريح كاذب بشأن هذه البيانات من شأنها أن تبطل عقد التأمين من طرف المؤمن الذي له الصلاحية في ذلك[3].

و دور حسن النية في عقد التأمين هو مبدأ يجب أن يسود في العقد عند تكوينه و خلال تنفيذه ،و ينتج عن هذا الإعتبار إلتزام المؤمن له بأن يقدم إلى المؤمن (شركة التأمين) بيانات حقيقية عن الخطر المؤمن منه ، و كل كتمان في هذا الشأن يبطل العقد ، كما يلزم المؤمن له بأن يتخذ كل

[1]-محمد حسين منصور ، مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ط . 1999 ، ص . 83 .
[2] - ART. 1134 « …elles doivent être exécutées de bonne foi. »c.c.f,op..cit. , p . 921.
[3]- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، ط . 2006 ، ص . 199 .

الإحتياطات المناسبة لمنع تحقيق الخطر أو الإنقاص من آثاره الضارة عند تحقيقها والمحافظة على حقوقه تجاه الغير المسؤول الذي كان متسببا في الضرر[1]. إلا أن هذا المبدأ يلعب في عقد التأمين دورا هاما و حاسما سواء في تكوينه أو عند تنفيذه .

فالمؤمن لا يكون لديه حقيقة الخطر المؤمن منه إلا من خلال البيانات الأمينة التي يستدل بها من المؤمن له ، و يظل هذا الأخير ملتزما بالإقناع عن القيام بكل ما من شأنه زيادة الخطر ، و إذا طرأ ما يؤدي إلى ذلك ينبغي عليه إبلاغ المؤمن فورا ، هذا بالإضافة إلى العمل على حصر نطاق الخطر و ما يترتب عنه من أضرار في أضيق نطاق ممكن .كل تلك الإلتزامات تعتمد في تنفيذها على حسن النية ، ويتعرض المؤمن له عند مخالفته ، للعديد من الجزاءات التي قد تصل إلى حد سقوط حقه في قبض مبلغ التأمين .[2]

و إذا كان المؤمن له حسن النية في التصريح بالأشياء المؤمن عليها، فعندئذ يكون عقد التأمين صحيح في حدود قيمته للأشياء المؤمن عليها الحقيقية ، أو باطلا في الزيادة ، و كذلك في حال تعدد التأمينات على الشيء الواحد ، و ضد نفس المخاطر، فإن حسن النية يلعب دورا هاما، فإذا أمن شخص على الشيء لدى أكثر من مؤمن بقصد الحصول على تعويض يزيد على القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه عند تحقق الخطر ، فيجوز إبطال هذه العقود جميعها بطلب من المؤمن .

ب– عقد التأمين من عقود الإذعان

يعتبر عقد التأمين ، عقد إذعان بالنسبة للمؤمن له ، فهو الطّرف الضّعيف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يمليها المؤمن ، و التي ترد مطبوعة بالوثيقة ، و معروضة على الناس كافة فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب و القبول .إلا أن المؤمن له ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما يملكه هو قبول الشروط النمطية التي يمليها المؤمن أو رفضها[3] .

وجاءت م .5 من توجيه المجموعات الإقتصادية الأوربية CEE رقم 93-13 لمجلس المجموعة الأوربية بتاريخ 1993 على أنه " في حالة الشك في معنى شرط ما يتوقف التفسير الأمني للمستهلك ".[4]

[1]- عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 195 ، 196 .
[2]- محمد حسين منصور ، مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ط . 1999 ، ص . 83 .
[3]-معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص .473 .
[4]- جاك غيستان ، مفاعيل العقد ، المرجع السابق ، ص .61 .

كما إستقر الإجتهاد الفقهي و القضائي في الفترة الحالية على أن عقد التأمين هو نموذج حي ومتجدد على عقود الإذعان ، و ساير الإجتهاد القضائي الأردني هذا التوجه ، و إستقرت مبادئه على ذلك ، و مما قررته محكمة النقض الأردنية :"أن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم المؤمن لوحده بطباعة نماذج العقد ، و يضع في البوليصة شروطا لا يقبل بها نقاشا "[1] .

الفرع الثاني

تأويل عقد التأمين لصالح المؤمن له

يفسر الغموض الموجود في العقد لصالح المؤمن له . فواضع الشرط الغامض هو الذي يتحمل تبعات هذا الشرط ، مادام أنه هو الذي وضعه و هو المسؤول عنه .

فقيام المؤمن مثلا (شركة التأمين) بطباعة نماذج العقد ، فهذه النماذج تضم شروطا ليس للمؤمن له فيها نقاشا أو مساومة ، بإعتباره الطرف الضعيف أو المذعن[2] .

و قد يوجد تعارض بين نسخة العقد الموجودة بيد المؤمن له ، و النسخة الموجودة بيد المؤمن ، و في هذه الحالة يتعين تغليب النسخة التي بيد المؤمن له ، بإعتبار أن المؤمن هو الذي حررها فتكون حجة عليه ، و أن المؤمن له لم يتوافر له العلم بما تتضمنه النسخة التي في طرف المؤمن ، إلا بمناسبة التمسك بها في النزاع بين الطرفين[3] .

---

[1]- الإذعان و عقد التأمين ورقة عمل مقدمة في مؤتمر " القضاء و التأمين "في 28-2002/08/30 w.w.w lac.com, jo/resear 26 htm .

[2] -w.w.w lac.com jo/resear 26 ht m .

[3]- مصطفى محمد جمال،:أصول التأمين (عقد الضمان) ، دراسة مقارنة ، للتوزيع و الفقه و القضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط . 1999، ص . 223 .

و يقسم الفقه عادة شروط التأمين إلى شروط عامة مطبوعة لا تختلف من عقد لآخر من عقود التأمين ، و شروط خاصة تكتب باليد أو بالآلة الكاتبة تتعلق بالتعاقد مع شخص معين بذاته و تعطي لهذا المتعاقد ذاتيته المميزة . و الشروط العامة هي التي تجعل من عقد التأمين عقدا من عقود الإذعان يخضع للأحكام الخاصة بهذه العقود[1] .

وفي حالة التناقض بين شرط ضمن الشروط العامة ، و شرط ضمن الشروط الخاصة فمحاكم الموضوع الفرنسية ، أخذت بتفضيل الصنف الثاني ، أي الشروط الخاصة[2] .

و ترجيح الشروط الخاصة على الشروط العامة، كما و لو كان عقد الضمان يتناول المسؤولية في حالة الحريق في نطاق الشروط العامة ، ونص بصورة خاصة على المسؤولية في الحوادث الناشئة عن الاحتراق بسبب التهاب المواد كالبنزين[3] .

وقد قضي بصدد نفس هذا المعنى ، أنه إذا إستخلص من مقابلة الشروط العامة المدرجة في وثيقة الضمان من جهة، و الشروط الخاصة من جهة ثانية، أن الطرفين حددا في الشروط العامة، من جملة ما حدداه من أنواع الأضرار التي يضمنها الضامن دون غيرها، و إن التحديد ذاته ورد في الشروط الخاصة، فإنه يجب القول أن تحديد الأضرار الواردة في الشروط الخاصة هو وحده الواجب اعتماده لإعطاء الضمانات للمضمون، لأن الأولوية تعطي كما ورد في الشروط الخاصة، و إذا لم يذكر في الشروط الخاصة أن الطرفين اتفقا على التعويض عن الأضرار الجزئية فيكون طلب التعويض عنها مردودا[4] .

فإذا وجد هناك شرط مخطوط باليد، و شرط مكتوب بالآلة ، فالقاضي يفضل الشرط الأول المخطوط باليد [5].

وما يمكن إستخلاصه أن عقد التأمين يعتبر عقد من عقود الإذعان ،نظرا لعدم تساوي أطرافه ، كما أن عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له ، لأن المؤمن هو من وضع شروط التأمين ، وبالتالي يتحمل تبعات هذه الشروط ، كما ينبغي أن يسود هذا النوع من العقود مبدأ حسن النية.

---

[1]- مصطفى محمد جمال ،المرجع السابق ، ص . 223 .

[2] -Claud J Berr , Hubert Groutel , droit des assurances , 9éme édition , Dalloz , p .116 .

[3]- نقض مدني فرنسي في 1963/10/7، مأخوذ عن أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،المرجع السابق ،ص 101.

[4]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص .234 .

[5] -Brigitte Hess –Fallon , Aide mémoire , droit civil , 8 édition , 2005 , p . 183.

المطلب الثالث

تأويل عقد البيع

يعتبر عقد البيع من بين العقود التي إهتم بها المشرع الفرنسي بصفة خاصّة حيث خصص لكيفية تفسيره مادتين 1162 و م.1602 (ق.م.ف.)[1] ، وبالنظر إلى تطوّر مادة البيع ظهرت إلتزامات جديدة من بينها الإلتزام بالإعلام .

و لذلك يطرح السؤال ضدّ من يفسر عقد البيع ؟ وما موقف التشريعات من تفسيره ؟

الفرع الأول

تأويل الشك لصالح الملتزم

يفسر عقد البيع كغيره من العقود، في حالتي وضوح و غموض عبارات العقد ، و في حالة عدم التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين يفسّر العقد لمصلحة الملتزم ،و تفرض محكمة النقض الفرنسية في ، المقام الأول، على قضاة الموضوع الرجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة. وتفرض في المقام الثاني ، الأخذ في الحسبان شروط العقد جميعا .و في، المقام الثالث ، تفسير عقد البيع ضد البائع[2].وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في م.151 ف.1 (ق.م.م.) ويعتبر كلا من البائع والمشتري ملتزما في عقد البيع .

أما المشرع الفرنسي فقد إنتهج نهج آخر، فوثيقة عقد البيع الغامضة و المبهمة تفسر دائما ضدّ البائع ، سواء كان دائنا أو مدينا ، لأن البائع هو الذي حرّرها[3] ، ففي حالة الغموض يفسر العقد لصالح المشتري و هو ما أشارت إليه في م.1602 (ق.م.ف.) و لكن المشرع الفرنسي أورد على هذه القاعدة قيدين[4] .

---

[1]- Art . 1162 : « Dans le doute , la convention s'interprète contre celui qui a stipulé , et en faveur qui a contracté l'obligation » , c.v.f , op.cit , p 1002.
Art . 1602 : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige . Tout pacte obscur ou ambigu . s'interprète contre le vendeur », c.v. f , op.cit, p. 1158 .

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص . 54 .

[3] -Denis Berthian . Droit des obligations , Hachette supérieur ,édition ,2000 , P. 64.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق، ص. 54.

الأول هو أنه لا تسري القاعدة إلا إذا أخذ القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع . والثاني هو أنه لا يسري إلا في تفسير الشروط الطبيعية والمألوفة في عقد البيع ، فإذا وضع المشتري شروطا إستثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة ، و تفسير هذه الشروط لمصلحة البائع .

و تحتوي م.1602 (ق.م.ف.) على حكم مقرر لصالح المشتري ، فالبائع ملزم بأن يشرح ما يلتزم به بوضوح ، و كل إتفاق غامض أو ملتبس يفسر ضده ، فالقاضي مطلوب منه تنفيذ المواد 1162 و1602 فيما يخص تفسير عقد البيع ، و مراعاة دائما مصلحة المشتري[1] .

و في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 31 جانفي 1975 ذهبت المحكمة إلى أن المسؤولية تقع على بائع الشيء ،في حالة عدم إعلام المستهلك بمخاطر الشيء المبيع[2].

La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue .

وإذا كان الغموض أو الإلتباس أو أي عيب آخر في التعبير له مفعول سوء نية أو خطأ من عليه شرح نيته ، يكون التفسير ضده إذ كان عليه أن يشرح بوضوح ما يتوخاه . و هكذا عندما يستخدم البائع تعبيرا ملتبسا حول صفات الشيء المبيع فإن التفسير يكون ضده[3] .

و قد حمّلت م.1602 البائع الإلتزام بالإيضاح ، une obligation de claireté إضافة إلى أن كل تصرف مبهم أو غامض يفسر ضد البائع ، و هو في الغالب من يكتب العقد[4].

أما المشرع الجزائري لم يأت بنص واضح يفسر فيه عقد البيع ، عكس ما وضعه المشرع الفرنسي الذي جاء بنص واضح ضمن نصوص تفسير العقد ،ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة يفسر العقد على أساس وضوح و غموض عبارات العقد.

الفرع الثاني

موقف القضاء من تأويل عقد البيع

إستند القانون الفرنسي في قاعدته العامة في تفسير عقد البيع إلى نص م.1162(ق.م.ف.) لكن بصفة إستثنائية يجب على البائع أن يعمد إلى إيضاح ما يلتزم به م.1602(ق.م.ف.) [1]. و أن

[1] - Denis Berthian , op.cit. , p . 64 .
[2] - Frençois Terre ، Op.cit, P. 386 .
[3] - جاك غستان ، مفاعيل العقد ، المرجع السابق ، ص .51 .
[4] - بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دار الفجر للنشر و التوزيع ،ط.2007، ص . 82 .

كل شرط في عقد البيع به غموض أو لبس يجب تفسيره ضد البائع ، وبناء على ذلك تفسر جميع شروط عقد البيع عند الشك ضد البائع و لمصلحة المشتري .

Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur .[2]

إنّ الفكرة التي كانت سائدة عند الرومان إلى وقت وضع التقنين المدني الفرنسي وهي أن البائع هو الذي يملي عادة شروط العقد على المشتري qui vend le pot , dit le mot فإذا ما وجد غموض أو لبس في هذه الشروط وجب أن يتحمل البائع تبعية ذلك[3] .

كما إتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 20 فيفري 1975 أن " إعادة النظر في تفسير الشروط الغامضة المدرجة في سبب العقد، ضمن م. 1162، و التي توضح تفسير عقد البيع"[4] .

يضاف إلى ذلك م .133 –2 من قانون الإستهلاك التي تقضي بأن شروط العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين يجب أن تقدم و تكتب بشكل واضح و مفهوم . و إنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك أو غير المحترف[5] .

وأخذ القضاء المصري بنفس قواعد التفسير من أمانة و ثقة، و إستخلاص نية المتعاقدين المشتركة، و في أحد إجتهاداتها ، ذهبت محكمة النقض المصرية[6] ،إلى أن القانون يشترط في بيع العقار شهر العقد لإنتقال ملكية العقار المبيع ، من البائع إلى المشتري ، و لما كان نظام الشهر العقاري يفرض إجراءات طويلة لإمكان إعداد العقد الصالح للشهر ، جرى العمل على أن يحرر المتعاقدان عقدا إبتدائيا بالبيع يكون منتجا ، من وقت إبرامه ، جميع آثار البيع عند إنتقال الملكية ثم يشرعان في

---

[1] - سليمان مرقس :الوافي في شرح ق.م في العقود المسماة ، (عقد البيع و الكفالة)، ط. الخامسة، 1998 ،المنشورات الحقوقية ، ببيروت – لبنان، ص . 165، 166 .

[2] -Cass.civ .1er ch .,13 oct.1993 ,Denis Berthian، op.cit , P . 64 .

[3]- سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص . 166 .

[4] -Cass.civ ., 20 Février 1975, c.c.f., op.cit. , P . 1002 .

[5] -بودالي محمد ،المرجع السابق ، ص . 82 .

[6]- نقض مدني مصري ، 9 جانفي 1957 ، أشار إليه سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص . 167.

إجراءات إعداد العقد النهائي الذي يصلح للشهر و كثيرا ما يضمّن العقد الإبتدائي شروطا لا يرى العاقدان محلا لإيرادها في العقد النهائي بمجرد إعداده ، و في هذه الحالة يحجب العقد النهائي العقد الإبتدائي،و يكون هو المعول عليه في إستخلاص نية الطرفين المشتركة .

أ- إفتراض علم البائع

إستقرت محكمة النقض الفرنسية على أن إفتراض العلم يعد قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

وتطبيقا لقاعدة تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية،فإن البائع ملزم بتسليم المشتري مبيعا خاليا من العيوب ، و هو ملزم بإخطار المشتري بكل عيب يصيب المبيع .

والبائع المهني عند تسليم الشيء المبيع ملزم بإعطاء المشتري المعلومات الضرورية لاستعماله الشيء المبيع. كما عليه إعطاءه المعلومات التي تتيح له استعمال المنتوج متوافقا مع مقصده وضمن الشروط التي تستبعد أي فشل .

ب- من واجبات البائع القيام بالإعلام

رأت محكمة النقض الفرنسية بأن هناك علاقة بين تفسير عقد البيع وواجب الإعلام، و من واجبات البائع القيام بالإعلام و هو أمر يقع على عاتقه .

كما رأت بأن هناك علاقة بين م.1602 المتعلقة بتفسير عقد البيع و واجب الإعلام Obligation de l'information.

و في هذا الصدد قرّرت محكمة باريس، الغرفة الخامسة، في حكمها الصادر بتاريخ 23 أفريل 1980 أنّه " يتطلب في أغلب الأحيان إعلام المشتري خطيا وهو ما يشكل الأسلوب الأكثر فعالية و ينتج إثبات ذلك، يمكن بالتالي أن يكون الإعلام واردا على المنتوج عن طريق لصق صفيحة على آلة

أو على محتواها أو في حالة عدم القيام بذلك على التوضيب، و يمكن كذلك أن يكون له مكان و مستند متميز كالملخص أو طريقة الاستعمال أو كسب التعليمات"[1].

و يرى جانب من الفقه إستنادا على م .107 ف.2 (ق. م .ج.) بأن إلتزام الصانع أوالبائع المهني بإعلام المشتري يعد من مستلزمات العقد. فالقاضي يضيف الإلتزام المذكور إلى مضمون العقد لفرض حماية الطرف الضعيف ، تحقيقا للتوازن بين المصالح المختلفة عن طريق الحشو بالتزامات جديدة[2] .

بالإضافة إلى ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 352 (ق.م.ج.) بأن على المشتري أن يكون عالما بالمبيع علما كافيا بكل ما يتعلق بالشيء المبيع . و لقد خصت المادة 4 من قانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أسعار السلع و الخدمات وشروط البيع بالإعلام الإجباري بقولها " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات و شروط البيع "[3] .

ج- الأخذ ببعض طرق الإثبات في تفسير عقد البيع

أخذ القضاء الفرنسي في تفسير عقد البيع ببعض طرق الإثبات، ومن بينها الشهادة والقرائن. وذلك ما أجازته محكمة النقض الفرنسية ، في تحديد الأشياء المبيعة ، فيما يتعلق بجزء من الأرض حيث لم تتضمن عبارة العقد تحديدا كافيا ، و قبلت بالتالي الشهادة و القرائن لتفسير الصفة و ذلك ببيان كيفية تنفيذه . و ما إذا كان المشتري يباشر على هذه الأرض سلطات الإستغلال الخاصة للمالك .

فقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 جانفي 1874 ، "بأن النص في عقد البيع على أن العقار المبيع لم يتعلق به حق لأحد . لا يجوز للبائع عند الرجوع عليه بالضمان أن يثبت بالشهادة أن

[1] - جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص . 67 .
[2] -بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان سنة 2005-2006، ص . 27.
[3] - قانون رقم 02/04 المؤرخ في 5 جمادي الأولى 1425 الموافق لـ 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج .ر.، رقم 41 ، 2004 .

المشتري كان يعلم بحق إيجار يتعلق بالعقار المبيع ، و أن هذا الإيجار كان محل إعتبار في تحديد الثمن ، و إستندت المحكمة في ذلك إلى أن عبارة العقد قد حددت بصورة قاطعة حقوق وإلتزامات أطراف العقد ، و أنه لا يجوز نقضها أو تعديلها عن طريق الشهادة"[1] .

واتجهت محكمة النقض في قرار آخر ،إلى أنه إذ نص في عقد البيع على أنه لا يتضمن أموالا معينة ، فلا يجوز الشهادة لإثبات أن العقد يشتمل أيضا، على هذه الأموال، طالما أن عبارة العقد إتسمت بالوضوح والتحديد. و لم تدع مجالا للشك يمكن إستخلاصه عن طريق الشهادة . و على ذلك فإن قبول الشهادة لإثبات دخول هذه الأموال ضمن الأشياء المبيعة يتعارض مع الدليل الكتابي،وهو أمر غير جائز قانونيا [2].

وما يمكن إستخلاصه، هو أن المشرع الجزائري لم يضع مادة قانونية واضحة لتفسير عقد البيع ، كما فعل المشرع الفرنسي الذي تكلم عن تفسير عقد البيع ضمن الفصل الخاص بالتفسير وأيّده في ذلك المشرع اللبناني.

1 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،المرجع السابق، ص.119.
2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ،المرجع السابق، ص.119.

الفصل الثاني

آثار تأويل العقد وموقف القضاء من رقابة التأويل

المبحث الأول : آثار تأويل العقد

المبحث الثاني : دور القضاء في عملية التأويل

الفصل الثاني

آثار تأويل العقد و موقف القضاء من رقابة التأويل

بعد عملية تأويل العقد التي يقوم بها القاضي ، والتي رأيناها في الفصل الأول، نأتي في هذه المرحلة لنتحدث عن الآثار الواردة بعد خضوع العقد للتأويل، حيث يقوم القاضي بتكييف العقد و ذلك بتصنيفه إلى عقد من العقود أو إدماجه في عقد معين.

وقد يقوم القاضي بتحريف العقد [1] ، و هذا وجه يمكن أن يكون سلبيا نسبيا ،كما قد يلجأ في بعض المراحل إلى تكملته ، و ذلك بالاستناد على معايير سوف يتم التطرق إليها ، أو في بعض الأحيان يقوم بتعديله أو إنهائه[2] .

فماذا يقصد بتكييف العقد ؟ و متى يلجأ إليه القاضي ؟ و ما معنى تحريفه؟ ومتى يلجأ إلى تكملته ؟ و ما هي الطريقة المخولة له من أجل تعديله ؟ و هذا ما سوف نجيب عليه فى العنصرين الموالين .

للاجابة على هذه التساؤلات ، نأتي على تبيين آثار تأويل العقد (المبحث الأول). ثم نعرض لموقف القضاء من رقابة التأويل ، وذلك من خلال إستبيان موقف محكمة الموضوع فموقف محكمة النقض (المبحث الثاني) .

[1]- أنظر، م .111 ف.1 (ق.م.ج.) و تقابلها م 150 ف .2 (ق .م . م .) .
[2]- أنظر ،م .107 (ق.م.ج)، وم. 110 (ق.م.ج.) و تقابلها م 148 (ق.م. م .) .

المبحث الأول

آثار تأويل العقد

بعد عملية تأويل العقد قد يلجأ القاضي إلى تكييفه (المطلب الأول)، أو قد يلجأ إلى تحريفه أوإلى تكملة العقد بإحدى العوامل المقررة طبقا للقانون (المطلب الثاني)، أو يقوم بتعديل العقد (المطلب الثالث) و هذا ما سوف نتطرق إليه في العناصر الآتية تباعا .

المطلب الأول

تكييف العقد Qualification du contrat

القاضي من خلال عملية التفسير و البحث عن قصد المتعاقدين ، يقوم بتكييف العقد طبقا لإرادة الأطراف، وذلك إذا تبين له أنّ التكييف الذي كانا يقصدانه، لا يتفق مع حقيقة العقد أومدلوله.

و نظرا للأهمية البالغة لعملية التكييف، سوف نتطرق في الفرع الأول إلى ماهية التكييف، وفي الفرع الثاني إلى العبرة في التكييف بما قصده المتعاقدان.

الفرع الأول

ماهية تكييف العقد.

تكييف العقد[1]، هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه ولايستطيع القاضي الفصل في النزاع المعروض عليه،بصدد عقد من العقود إلا إذا قام بتكييف هذا العقد ، و إعطائه الوصف الصحيح الذي يتفق مع الهدف الحقيقي لارادة المتعاقدين . يقوم القاضي بتحديد طبيعة ونوع العقد المعروض عليه ككونه عقدا مسمى أو غير مسمى، أو عقد بيع أم هبة[2] .

[1]- و المقصود بتكييف العقدهو إعطاؤه وصفا قانونيا صحيحا لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف "La qualification juridique" ،بلحاج العربي، المرجع السابق، ص . 243 .
كذلك يقصد بتكييف العقد "تصنيفه و تعيين نوعه من بين العقود المسماة هل هو عقد بيع أو عقد إيجار أو مقايضة"، علي فيلالي ، المرجع السابق، ص. 318 .

[2]- محمد حسين منصور، " النظرية العامة للالتزام "، المرجع السابق، ص .361 .

تعرّف عملية تكييف العقد أيضا بأنها " إعطاء الوصف القانوني للعقد ، الذي يتحدد بالآثار الأساسية التي اتجه طرفاه إلى تحقيقها ، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد و من هنا ارتباطه بتفسير العقد، و تحديده ، هذه المقاصد يجب أن تكون بيانا للغايات العملية التي إتجه طرفا العقد إلى تحقيقها بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أوعلى العقد في جملته "[1] .

ويقصد به كذلك استخلاص الطبيعة القانونية للإتفاق المبرم بين الطرفين ، أو هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للآثار الأساسية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من إتفاقهما ، وقاضي الموضوع ملزم دائما بتكييف العقد حيث يتوقف على ذلك معرفة أحكام القانون التي تنطبق على هذا العقد . و لا يعد القاضي في مسلكه هذا متجاوزا لوظيفته و قائما بتغيير سبب ، طالما أنه لم يضف إلى الوقائع المعروضة عليه أي شيء جديد فهو ملزم بعدم الخروج عن وقائع الدعوى[2] .

و التكييف من مهمة القاضي حيث يقوم بإعطاء الوصف القانوني الوارد على العقد، من خلال ما استنتجه من مضمونه و الإرادة المشتركة للمتعاقدين. كما أن القاعدة في تكييف العقد هي العبرة بالغرض الذي إتجه إليه المتعاقدان، و ليس بالوصف الذي كان يحمله العقد. بحيث يقوم القاضي باستخلاصه من عبارات العقد[3] .

و عملية التكييف يقوم بها القاضي بعد التفسير، و يمكن القول بأن عملية تكييف العقد و التفسير هما عمليتان متكاملتان ، فلا يمكن للقاضي أن يتطرق إلى تكييف العقد إلا بعد تفسيره و رأى بأن العقد لا بد من تكييفه تكييفا صحيحا[4] .

وتعتبر عملية تكييف العقد عملية قانونية يقوم بها القاضي ، حتى يتمكن من تعيين النصوص المكملة والنصوص الآمرة الواجب تطبيقها . ويساعد تكييف العقد على تأويله ، حيث تتبين طبيعة التعامل ، وهذا يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة ، ويسمح تكييف العقد كذلك بتحديد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب اتباعه[5] .

[1] - htt://arabadvocates.4t.com/10.htm ,op . cit. ,P.3.

2- رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص . 196 .

[3]- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص .243 .

[4] - François Terré, op. cit, p. 463.

[5]- علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص . 318 .

أ – أهمية تكييف العقد

تظهر أهمية تحديد التكييف القانوني للعقد ، من كونها مسألة أساسية و ضرورية لتحديد ما إذا كان العقد مسمى قد سمى القانون شروطه و ظروفه القانونية وفق نصوص محدّدة ،أم كان عقد غير مسمى لم يسمه القانون بوضع معين من النصوص . و تكمن الأهمية لعملية التّكييف ، في تعيين القواعد واجبة التّطبيق عليه ، حال عرضه على القضاء أوالنزاع بشأنه كعقد ما في خصومة معروضة على القضاء. والتّكييف يجري و يتم على أساس تحري المقاصد العملية لأطراف العقد، ومطابقة هذه المقاصد على النظام القانوني للعقود المعروفة ، ليحدد الوصف القانوني للإتفاق[1] .

و القاضي غير مقيد بتكييف المتعاقدين للعقد، كما عليه أن يتمسك بالأوصاف القانونية المقرّرة لكل صنف، فالتكييف هو تطبيق للقانون، و في حالة إساءة تطبيق التكييف، فإن هذا الأمر يعتبر خطأ في تطبيق القانون [2] .

و ما يستنتجه القاضي من مضمون العقد ، وطبيعة الالتزامات ، و كافة القواعد والضوابط التي تستخلص من تفسير العملية المقصودة ، فمثلا لو كان العقد قد وصف بأنه عقد بيع، و نصّ فيه أن يحتفظ البائع بحيازة العين المبيعة و الإنتفاع بها ، مع حرمان المشتري من التصرف بها ، فللقاضي أن يلجأ للإرادة المشتركة للمتعاقدين للكشف عليها[3].

كما أنه من المهم أن يبين إرادة المتعاقدين ،و هذه الإرادة يقررها على الوجه الملائم ويكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد في ذلك بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية ، وهو خاضع في التكييف القانوني وما رتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض لأنه يطبق القانون على الوقائع ، وتطبيق القانون مسألة قانونية لا موضوعية[4] .

ب– تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي

عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضي الذي يتعين عليه القيام بتكييف العقد المتصل بالنزاع المعروض عليه ، وهو يقوم بذلك من تلقاء نفسه ولولم يطلب الخصوم منه ذلك ،لأنه لا يستطيع الفصل في النزاع بدون هذا التكييف ، كما يقوم به إستثناء من أجل الوصول إلى حقيقة

[1]- مصطفى عطية المحامي ،" مقال حول تكييف و تفسير العقد في 2004/12/30، htt://arabadvocates.4t.com/10.htm
[2]- علي فيلالي ، المرجع السابق، ص . 318. .
[3] Bocona, « le clair et l'obscur dans l'interprétation judiciaire des clauses ». Jcp, 1978, 1,2910 : p 409.
نقض مدني فرنسي، مأخوذ عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص .242. .
[4]- عبد الرزاق السنهوري، " نظرية العقد "، الجزء الثاني،المرجع السابق، ص. 927، 928 .

ماقصده المتعاقدان ، بعد إستخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين [1] .

فالتكييف حق للقاضي ، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين ، و لكنه لا يلتزم برغبة المتعاقدين ، إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة ،فإن سميا العقد تسمية لا تتفق مع حقيقته عن جهل أو عمد ، كان للقاضي أن يصحح هذه التسمية ، من تلقاء نفسه ، ودون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح ، فقد يجد القاضي أن العقد بيع و أنّ المتعاقدان سمياه إيجار[2]، وقد يجد أنه عقد شركة وأنهما سمياه قرضا ، كما أن التكييف عملية قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض[3] .

و متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملتزما في ذلك بالقواعد القانونية ، كيّفها بعد ذلك التّكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التّكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف و ما رتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض ، لأنه يطبق القانون على الواقع وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية ، أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو هذه السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين و استخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى[4] .

و يقول حسن علي الذنون " إذا أعطى المتعاقدان للعقد وصفا معينا بعبارات و ألفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بهذا الوصف، و يستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيفه به المتعاقدين، و هذه هي مسألة تحول العقد"[5] .

كما أن القاضي مطلوب منه تقدير التكييف المأخوذ من الأطراف ، و أحيانا دراسته على أساس الإرادة الحقيقية التي اتجهت إليها في إنشاء العقد [6] .

ومن أجل تكييف العقد وإعطا ئه الوصف القانوني ، للقاضي أن يستند في عمله إلى قرائن يقدر أثرها في وصف العقد ، كإستناده إلى مركز ذوي الشأن ووضعهم الإجتماعي، والأحكام القانونية التي تحول دون إجرائهم تصرفا من نوع معين ، ولجوئهم إلى طريقة غير مباشرة تمكنهم من

[1]- محمد حسين منصور، " النظرية العامة للإلتزام "، المرجع السابق، ص. 362 .

[2]- و يرى الفقيه الفرنسي، Bidan أنه يمكن تكييف البيع الابتدائي بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من المتعاقدين أن يبرم البيع النهائي في ميعاد معين.

[3] - htt://arabadvocates.4t.com/10.htm ,op . cit P3.

3- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، المرجع السابق، ص .664.

[5] -صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص . 120.

[6] - Jean- Pierre Scarano, op. cit, p. 125 .

إجراء التصرفات التي يتعذر عليهم ، قانونا ، إ جرائها . فإذا كان التصرف لا يصح للوارث مثلا لأنه يصطدم بقاعدة لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ،فيفسر على أنه بيع أو هبة[1].

و يعود للقاضي تكييف العقود وفقا لواقع الالتزامات الخاصة، التي رضي بها المتعاقدان دون ضرورة لإدخالها في إحدى الإطارات العامة التي وضعها المشرع للعقود ،و إخضاعها لأحكام هذه الإطارات ، فإذا تبين للمحكمة أن حقيقة ارتباط المتعاقدان لا تدخل في أي من العقود التي سماها المشرع و نظمها، أو انه يدخل في أكثر من واحد منها، لزم إعطاء العقد المختلط تكييفا واقعيا خاصا متفقا مع ما إنتهت إليه إرادة المتعاقدان فيه و ما تضمنه من التزامات [2] .

و يرى أحمد شوقي محمد عبد الرحمن أن البعض يقول بأن تكييف المتعاقدين للعقد ليس له أثر قانوني ، طالما أن القاضي لا يتقيد بهذا التكييف ، باعتباره مسألة قانونية ، خاصة أن التكييف يلي التفسير و يقوم عليه ، و مع ذلك ، فيرى أحمد شوقي أن الشرط الوارد في العقد ، بإعطائه وصفا قانونيا ، يؤثر على حرية القاضي في التفسير ،حيث أنه يمثل شرطا مكتوبا ، و لا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة ، و على 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 خارجية عن العقد ، و لا يمكن بالتالي تغيير الوصف القانوني عند خلو العقد من عناصر داخلية تؤكد وصفا قانونيا مختلفا[3].

الفرع الثاني

العبرة في تكييف العقد بما قصده المتعاقدان

يقوم القاضي ، عند تكييف العقد ، بالمقابلة بين الآ ثار التي إتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة كما إستخلصها من عبارات العقد ، وبين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه القانون.لذلك فإن عملية التكييف تعتبر مسألة قانونية يخضع قاضي الموضوع في القيام بها للرقابة[4].

[1]- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 242، 243 .
[2]- إستئناف مدني فرنسي : الغرفة الثالثة قرار رقم 165 بتاريخ 1970/02/05 ،مأخوذ عن إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 280 .
[3]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ،ط 2004. ، ص . 174 ،. 175 .
[4]- محمد حسين منصور، " النظرية العامة للإلتزام "، المرجع السابق ،ص . 364 .

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض بمصر في أحد اجتهاداتها بأن " العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة ما أراده المتعاقدان منها ، و التعرف على هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها ، فإن عليها تكييفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح، غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين "[1] .

كما ذهبت محكمة النقض بدبي بأن " تكييف العقود مناطه ما عناه المتعاقدان، والتعرف على العقد من سلطة محكمة الموضوع في تكييف العقد و إنزال حكم القانون عليه ،مع خضوعه لرقابة محكمة النقض "[2] .

فالمدعي قد يكيف دعواه بما يتفق مع مصلحته، غير أن المدعي عليه لا يقبل هذا التكييف بحيث يبين للمحكمة إسناده الصحيح، و يكيف الدعوى تكييفا آخر، بما يتفق و مصلحته والقاضي وحده المسؤول عن تكييف وقائع الدعوى، لا يتقيد فيها بتكييف الخصوم، فهو الذي له السلطة على الدعوى، و السلطة في توجيهها و ما يتعلق بها من أدلة بما تراعي التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا إلى الحكم العادل، و هذا ما يتفق مع الاتجاه الحديث الذي يميل إلى تكييف العقود وفقا للمصلحة العامة التي تقتضيها الظروف السياسية و الاقتصادية[3] .

والمتعاقدان لهما حق تحديد الآثار العملية التي يرغبان في تحقيقها بموجب العقد ، فإذا تحددت هذه الآثار ، يكون وصف هذا العقد عملا قانونيا محضا ، لأنه يعني إدخال صورة الآثار كما حددها المتعاقدان في إطار قانوني معين ، لذا فالتكييف حق للقاضي ، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين ، و لكنه لا يلتزم فيه برغبة هذين المتعاقدين ، إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة ، فإن سميا العقد تسمية لا تتفق مع حقيقته عن جهل أو عن عمد ، كان للقاضي أن يصحح هذه التسمية ، من تلقاء نفسه ، و دون حاجة إلى موافقتهما على هذا التصحيح ، بل و دون أن يطلب أي منهما إجراء هذا التصحيح ، فقد يجد القاضي أن العقد بيع وقد سماه المتعاقدان إيجارا ، و قد يجد أنه عقد شركة و قد سمياه قرضا[4] .

---

[1]- رمضان أبو السعود، " النظرية العامة للالتزام "، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، ط .2002، في الهامش ، ص. 207 .

[2]- دائرة العدل ، دبي ،" مجموعة أحكام المبادئ القانونية الصادرة في المواد التجارية و العمالية و الأحوال الشخصية ، العدد الثالث عشر، عام 2002، ص . 804.

[3]- صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص . 117، 118 .

4 - htt://arabadvocates.4t.com/10.htm ,op . cit., P.3

العبرة كذلك في تكييف العقد بحقيقة الواقع[1] ،و النية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، دون الأخذ بالألفاظ التي صيغت في هذه العقود ، وبالتكييف الذي طرحه الطرفان على العقد. فإذا كانت نصوص العقد قد بينت انه أبرم بين صاحب العمل و عامل متفرغ لأداء خدمة هي مساعدة صاحب العمل في إدارة أعماله المبينة بالعقد، بالتالي يقتضي تبعية العامل[2] لرب العمل و إشراف صاحب العمل عليه و توجيهه له في مهمته، و ذلك مقابل أجر معلوم محدّد إلى جانب مكافأة العامل عن نهاية العمل، كما أبانت عن حقوقه في التعويض عن فسخ التعاقد قبل نهاية مدته ، و في الإجازات على اختلاف أنواعها فإن كل ذلك يبين أن المتعاقدين قد اتجهت نيتهما إلى إبرام عقد عمل فردي و قد أفرغا في العقد كل عناصره[3] .

كما أن العبرة في تكييف العقد بالتعرف على حقيقة معناه، وبما احتواه من نصوص، إذ يجب في تفسيره إعمال الظاهر الثابت به، و لا يجوز العدول عنه إلا إذا ثبت ما يدعو إلى ذلك باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين[4] .

وقد قضت محكمة النقض بمصر بتاريخ 02-01-1969 بأنه " لا تستطيع محكمة الموضوع البت في أمر صحة و نفاذ العقد الصادر من المورث ، سواء باعتباره بيعا أو باعتباره وصية ، إلا بعد ان تحدد نوعه،إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة و النفاذ . ولا يجوز للمحكمة حتى يفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحالتين أن تقضي بنفاذه قبل أن تبث في أمر تكييفه، هل هو بيع أو وصية "[5] .

ويقصد كذلك بالتكييف تفسير الإرادة الحقيقية، التي تؤدي إلى نتيجة وجود الإرادة غير الواضحة بسبب التعبير المستعمل ، و التي تسمى بتسمية الغلط ،و أن المعنى الحقيقي للإرادة لا يمكن بيانه إلا عن طريق التفسير ضد هذه الألفاظ، فمهما يكون الأمر حول تأويل أو تفسير ضد اللفظ الصريح واللذان يكشفان بدورهما عن الإرادة الحقيقية ،رغم أن هذا التفسير يجري ضد ألفاظ مستعملة ، على أنه يجب أن يكون هذا التصرف ليس باطلا على الإطلاق ، لأن تسمية الغلط لا

[1]-" العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا للقانون ، لا بما يصفه الخصوم "، طعن رقم 446 بتاريخ 1991/12/21،أشار إليه قمر محمد موسى ، المرجع السابق، ص .991 .

[2] - و تعتبر المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في م 136. (ق.م.ج.) .

[3]- محمد قمر موسى ، المرجع السابق ، ص . 993 .

[4]- أنظر، قرار النقد المدني المصري المؤرخ في 28-05-1990 .

[5]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص .196 .

تؤدي إلى بطلان التصرف ، فالتصرف صحيح و سيبقى باعتباره كذلك، و إنما يصحح القاضي الاسم الغلط الذي استعمله الطرفان لذلك الغرض [1].

وفي هذا الشأن ذهبت محكمة النقض بمصر في تكييف عقد الإيجار بأنه عقد وديعة بدلا من عقد إيجار، حيث أن إيداع سيارة بمستودع عمومي " Parking " لحفظها لقاء مرتب معين تكييفه الصحيح عقد وديعة بأجر وليس عقد إيجار [2] ،حيث أن عقد الإيجار و الوديعة ماهية كل منهما إيداع سيارة بمستودع عمومي لحفظها لقاء مرتب معين ، و اعتباره عقد وديعة بأجر، معناه عدم خضوعه لأحكام عقد الإيجار، وقيام الطاعن بوضع سيارته بمستودع عمومي لقاء مرتب شهري ،يؤدي إلى انتهاء الحكم المطعون فيه إلى أن العلاقة بين الطاعن و المطعون ضده مجرد عقد وديعة بأجر ينحصر عنها وصف العلاقة الايجارية [3].

وأخيرا ،فإن ما يمكن إستخلاصه ، هو أن عملية تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي وذلك بقيامه بتصنيف العقد إلى عقد من العقود آخذا بعين الإعتبار ما قصده المتعاقدان ، وآخذا بحقيقة الواقع والإرادة الحقيقية للأطراف .

المطلب الثاني

تحريف وتكملة العقد

قد يقوم القاضي باستعمال سلطته في تأويل العقد بتحريفه[4]، و ذلك بإخراجه عن موضعه الأصلي، و قد يقوم بتكملة العقد مستندا في ذلك على معايير حددها له القانون[5]، تتمثل في طبيعة الالتزام، و العرف و العدالة العقدية .

لذلك سوف نتطرق في الفرع الأول إلى تحريف العقد ،و في الفرع الثاني إلى تكملته ، لنتمكن من فهم ماهية تحريف العقد ؟ والمقصود من فكرة تكملته؟ ومتى يلجأ إليهما القاضي .

---

[1]- صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص . 122 .

[2]- عقد الإيجار هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ، وهو بهذا الوصف يختلف عن عقد الوديعة الذي بمقتضاه يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع ، فالغرض الأساسي من عقد الإيجار هو الانتفاع بالشيء .

[3] - قرار، مؤرخ في 1997/03/19 ، رقم 6181، أشرف أدوارد حنا ،" الحديث في قضاء النقض المدني "، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، شركة ناس للطباعة ،ط. 1999، ص.256.

[4]- أنظر ، م .111 (ق.م.ج.)، و تقابلها م. 150(ق.م.م.)، و م .1134 (ق.م . ف.) ، و م .366 قانون الموجبات والعقود اللبناني

[5]- أنظر، 107 ف.2 (ق.م.ج.) و تقابلها م .148 (ق.م،م.)، و م .1134 (ق.م .ف.) .

الفرع الأول

تحريف العقد عن موضعه الأصلي Dénaturation du contrat

إذا قام القاضي بتأويل عبارة واضحة ففي هذه الحالة يكون قد وقع في تحريف العقد حيث أن تحريف الوقائع هو انتهاك لمقصود المتعاقدين ، و كذلك يمكن أن نكون بصدد التحريف إذا اغتنم القاضي فرصة تأويل عبارة غامضة ، ليغير عبارات واضحة الدلالة ، أو يعفي الأطراف من تنفيذها فيكون قد وقع في تحريف الوقائع و خرج عن إرادة المتعاقدين[1] .

فإذا كانت العبارة واضحة فلا يجوز للقاضي الانحراف عن هذا الوضوح ، بحجة تأويل العقد إلا في حالة ما إذا كانت العبارة لا تعبر عن مقصود الطرفين ، رغم وضوحها ، ففي هذه الحالة يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود ، شرط أن يبين القاضي أسباب هذا العدول ، و بالتالي يخضع في ذلك إلى رقابة الجهة العليا [2] .

كذلك لا يكون هناك محل للتفسير في الحالة التي يثبت فيها أن عبارة العقد الواضحة تعبر عن إرادة المتعاقدين ، لا لأن العبرة بإرادة المتعاقدين الظاهرة ، إنما لأنه لم يثبت أن هذه الإرادة الظاهرة مخالفة للإرادة الحقيقية [3] .

والقاضي لا يمكنه أن ينحرف عن عبارة العقد الواضحة إلى معنى آخر، و عليه إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها ، أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا الاتجاه[4].

كما أن شروط العقد إذا كانت واضحة و دقيقة لا يمكن لها أن تفسر، و لمحكمة النقض أن تقرر هل العقد الذي قام بتفسيره قاضي الموضوع واضح أم لا ؟ و إذا كان محرفا يكون معرضا للنقض[5] .

---

[1]- علي فيلالي ،المرجع السابق ،ص . 319 .
[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص . 239.
[3]- أنظر، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ،ص . 239 .
[4]- دائرة العدل ،دبي ، مجموعة الأحكام ، المرجع السابق، ص .886 .
[5] - Christian Lopoyade des cones, « Droit des obligations . » op.cit., p. 109 .

ويجب على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة بإعتبارها تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فلا يجوز الإنحراف عنها بدعوى تفسيرها ، ولا يجوز له تحت حجة التفسير الإنحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر ، والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة [1] .

ويجب التفرقة بين التحريف المراقب و التفسير الخاطئ ، فكلتا الحالتين يوجد فيها عملية فكرية تكون دائما بحث عن معنى الأحكام المتنازع فيها ، فالاختلاف يكمن في موضوع العملية التي تطبق، فالعقد يكون غامض في حالة التفسير، و يكون واضحا في حالة التحريف ، أيضا فإن رقابة التحريف ليست إلا شكل خاص لرقابة التسبيب وفق هذا التحليل .و قضاة الموضوع يمكنهم إعطاء العقد معنى مختلف عن الذي ينتج عن رسالته الواضحة و المحددة بداية،عندما يظهرون بأنها لا تتوافق مع الإرادة الحقيقية للأطراف، و على أية حال محكمة النقض ترفض لقضاة الموضوع سلطة تفسير عقد واضح بأي سبب كان[2] .

فذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد اجتهاداتها ، إلى منع قضاة الموضوع من تحريف العقد[3]،حيث قالت أنه: " من الغير المسموح به للقضاة عندما تكون تعابير الاتفاق واضحة ودقيقة أن يحرفوا الإلتزامات الناجمة عنها ، و أن يعدلوا الشروط التي تضمنها"[4] .

ولم تتأثر محكمة النقض الفرنسية بالانتقادات التي قدمها الفقه[5]،و طبقت دائما نظرية التحريف باللجوء إلى معايير وضوح العقد . كما ينبغي على المتقاضي الذي يقوم بالطعن أن يقوم بالكشف عن العمل الذي مسه التحريف ، لأنه ليس في استطاعة محكمة النقض إثارته تلقائيا [6] .

و رقابة التحريف من اختصاص محكمة النقض، التي تقوم بمراقبة التفسير الذي قام به القاضي ، بمعنى هل خرج عن المفهوم الحقيقي للعقد مما يكون التحريف الذي قام به معرضا للنقض؟ [7] .

---

[1]- محمد حسين منصور ، "النظرية العامة للالتزام" ، المرجع السابق ، ص . 350 ، 351 .

[2] - Henri espotan , François Terré , Yeves lequette, « les grands arrêts de la jurisprudence civile . » Tome 2, obligations contra spercause sûretés , Dalloz, 11ème éditions 2000, p. 108 .

[3]- و كما عرف Boré تحريف العقد بأنه " تنكر قاضي الموضوع لمعنى مستند خطي واضح و دقيق " .

[4]- نقض مدني فرنسي، مؤرخ في 15 أفريل 1872 .رقم 72.1.232.، ماخوذ عن جاك غستان ، مفاعيل العقد أواثاره ،المرجع السابق ، ص 38 .

[5]-عارض الفقهاء، Bardes، Boudry ، Derreux ، نظرية التحريف و رأوا بأنها غير منطقية و لا حاجة للقاضي بممارستها و عليه أن يرجع في تفسير العقد إلى نية المتعاقدين .

[6]- جاك غستان : مفاعيل العقد أو آثاره ، ص . 38، 39 .

[7] -François terré ، Op . cit. ,p. 34.

الفرع الثاني

تكملة العقد

القاضي يلجأ إلى القوانين المكملة لتحديد نطاق العقد وإستكماله ،فالمتعاقدان يتركان المسائل التفصيلية دون تحديد . وعندئذ تكون القوانين المفسرة مساعدة للقاضي في إستنتاج هذه المسائل[1] .

فالقضاء يجب عليه تكملة مضمون العقد بالرجوع إلى قواعد القانون المكملة لإرادة المتعاقدين وما يقضي به العرف[2]. و يمكن أن تضاف إليها قواعد الإنصاف و العدالة . لاستكمال مضمون العقد ، كما أن القانون لم يفصل بين تفسير العقد و استكماله [3] .

و إذا اختلف المتعاقدان حول المسائل التفصيلية التي احتفظا بها لإتفاق لاحق، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإنه يجب أن يستكمل القاضي ما تعرض إليه العقد بتحديد مسائله التفصيلية[4] ، وفقا للأسس التي نص عليها المشرع .

كما أن الحكم لا يختلف إذا كان المتعاقدان قد سكتا عن بعض المسائل التفصيلية في العقد فلم يتعرضا لتحديدها و لم يحتفظا بها لاتفاق لاحق، ففي هذه الحالة أيضا ينعقد العقد ويكون على القاضي أن يكمله بتحديد مسائله الجوهرية ،إما بالرجوع للقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين التي نظم بها المشرع العقد المسمى المتفق عليه ، وإما لطبيعة المعاملة و العرف و العدالة . ومن أمثلة ذلك

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، ط .2004 ، المرجع السابق ، ص .283.

[2]- نص المشرع المصري، في م. 148 (ق.م،م .) "على القاضي أن يكمل العقد " و يقابله المشرع اللبناني في م. 370 موجبات لبناني بصريح العبارة على انه " إذا وجدت نواقص في نص العقد وجب على القاضي أن يسدها ، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى ، و إما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره ". و يقابله نص م . 107 ف. 2 (ق.م.ج.) "...و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام "، و كما تنص م . 1135 ،(ق.م.ف.) "أن العقد لا يلتزم بما يحتويه فقط بل كذلك تأخذ بالالتزام طبقا لطبيعته ما تقتضي به العدالة و العرف والقانون" .

ART. 1135 «L es obligations obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites l'équite, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » c.c.f., op. cit, p. 921.

[3]- جلال علي عدوي ، المرجع السابق ،ص .236 .

[4]- كما أن القاضي لا يمكن له اللجوء إلى تكملة العقد إلا بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العدالة و في حالة عدم التطرق إرادة المتعاقدين لمسألة من مسائل القانون .

و هناك من يخلط بحيث يعتبر أن تفسير العقد هو تكميل العقد ، حيث أن هذا الأخير يفترض نقصا في تنظيم العقد يتعين إدراكه ، أما تفسير العقد فهو يفترض تعبيرا صدر عن المتعاقدين و إن كان تعبيرا غير موفق .

تسليم ملحقات الشيء المبيع و خاصة ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة و قصد المتعاقدين [1] .

و لذلك سوف نتطرق إلى القواعد المكملة للعقد و هي القانون (أ)، و العدالة العقدية (ب) ،العرف كعامل لتكملة العقد (ج) ، و طبيعة الالتزام(د) .

أ- القوانين المكملة للعقد

لا يمكن لأطراف العقد التطرق إلى كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد ، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة[2]، التي وردت في موضوع العقد. باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها ، و لذلك لجأ المشرع الجزائري بالنص عليها صراحة في م.107ف.3 بأنه على القاضي أن يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد و طريقة تنفيذ العقد التي أخذ بها المتعاقدان[3] .

ب- العدالة العقدية

تعتبر قواعد العدالة بالنسبة للقاضي هي المرجع في تحديد مضمون الالتزام ، إذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف. ومن ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل الصناعية و التجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل ، و ما قرره فيما يتعلق بعقود نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود الالتزام بضمان السلامة[4] .

وقد يأخذ القاضي بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه ، فبائع المحل التجاري يلتزم نحو المشتري بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لإنتزاع عملاء المتجر ، والعامل الذي يطلع على أسرار المصنع بحكم عمله يلتزم بعدم إفشاء أسرار المصنع ، ولو لم يشترط عليه ذلك . والمؤمن على منزله من الحريق يلتزم عند وقوع الحادث بالقيام بكل محاولة جديدة في سبيل الحد من تفاقم

[1]- أنظر، جلال علي عدوي ، المرجع السابق، ص. 237 .

[2]- "كان يطلق على القواعد المكملة اصطلاح القواعد المفسرة ، و حين يفرض القاضي التزاما لم يتفق عليه المتعاقدان ، باعتباره أثرا من آثار عقدهما ، كثيرا ما كان يسوغ ذلك بأن إرادة الطرفين قد انصرفت إليه ضمنا و هو افتراض لا أساس له من الواقع لأن الطرفين كثيرا ما يكونا على جهل تام بها " محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مطبعة رياض ، دمشق ط .1980 –1981، في الهامش، ص . 325،324 .

[3]- أنظر، أنور سلطان " المبادئ القانونية العامة "، المرجع السابق، ص . 332 .

[4]- أنظر، أنور سلطان، " المبادئ القانونية العامة"، المرجع السابق، ص.332 .

الحادث ، ولو لم يذكر ذلك في العقد . مثل هذه الإلتزامات يفترض دخولها في نطاق العقد ، حتى ولو لم يرد بشانها نص في القانون أولم يتفق عليها . وذلك أن العدالة تقتضي تقريرها[1] .

وما يستنبطه العامل من اختراعات في اثناء عمله يكون من حق صاحب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الإبتداع ، و لو لم يشترط صاحب العمل في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات ، و في عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة [2] .

ج- العرف كعامل لتكملة العقد

إذا كان العرف عاملا لتأويل العقد[3] ، فهو كذلك عاملا لتكملته، حيث نصت على ذلك م.1135 (ق.م.ف.)، وتقابلها نص م.148 (ق.م.م.) ،وم.107 ف.3 (ق.م.ج.) و من هذه المواد نلاحظ بأن العرف يكمل العقد كما يكمل قواعد القانون[4].

ويسهم العرف كذلك في تحديد مضمون العقد ، كما أسهم في تفسير هذا العقد . والعرف يجري مجرى القانون ويكمل نطاق العقد ،وذلك بوجه خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية . كما يؤخذ به على وجه الخصوص في أعمال البنوك والعقود التجارية .

ويتصل العرف بالشروط المألوفة[5] ، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها صراحة . ومثال ذلك النسبة المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي بالإضافة إلى حساب العميل [6] .

---

[1]-نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ط.2004 ،284 .

[2]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص . 694 .

[3]- العرف تطرقنا إليه في الفصل الأول كعامل لتأويل العقد في م .111(ق.م.ج.) ، و لكن في هذه الحالة يكون العرف كعامل لتكملة العقد و هو ما نص عليه المشرع الجزائري . في م. 107. ف2 .

[4]- أنظر، عبد الرزاق السنهوري ، " نظرية العقد"، المرجع السابق، ص .951 .

[5]- و الشروط المألوفة (clauses de style)" هي التي جرت العادة بإدراجها في العقد،وإن لم تدرج بالفعل، و لكن الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد هي أكثر تحديدا من العرف فهناك من العقود ما أصبح مألوفا أن يشتمل على عبارات معينة حتى صار تكرار هذه العبارات تكرارا لا فائدة منه ، و أصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضي به هذه الشروط و لو لم تذكر، لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد " عبد الرزاق السنهوري، "نظرية العقد"، المرجع السابق، ص. 945، 946.

[6]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص . 369.

د- طبيعة التزام العقد

يرجع القاضي إلى طبيعة الإلتزام لتحديد مضمون العقد، فمثلا في بيع منزل يعتبر من مستلزمات البيع مفاتيح المنزل و مستندات الملكية ، و الحقوق المرتبطة به ، كحقوق الارتفاق المقررة له[1] .

كما تملي طبيعة الالتزام على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون و العرف و العدالة ، فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية و كل ما أعد بصفة دائمة لإستعمالها طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء[2] .

ويستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة الإلتزام لإستكمال نطاق العقد . فمن يبيع سيارة، مثلا يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التي لا تسير السيارة بدونها . ومن يبيع محلا تجاريا يجب عليه أن يسلم للمشتري الدفاتر والسجلات التي تبين المركز المالي للمحل التجاري ماله من حقوق وما عليه من ديون ، وكل ما يتصل بالعملاء من بيانات مفيدة . ومن ذلك أيضا أن القضاء يدخل في عقد نقل الأشخاص ، إلتزاما على الناقل بضمان سلامة الوصول ،إذ المفروض من طبيعة الإلتزام بالنقل أن يضمن الناقل تحقيق نتيجة محدّدة ، وهي وصول الشخص سالما معافا إلى مكان الوصول .كما أن القضاء إعتبر" أن عقد الفندقة يتضمن إلتزاما بسلامة النزيل يقوم على عاتق صاحب الفندق . وهذا الإلتزام يعتبر إلتزاما ببذل عناية"[3].

كما يلجأ القاضي إلى تكملة العقد إذا لم يقم المتعاقدان بتحديد المسائل التفصيلية المحيطة بالعلاقة العقدية وذلك ما تطرق إليه المشرع في م.107 ف3 .(ق.م.ج.).

و في الأخير فإن ما يمكن إستخلاصه، هو أنه إذا خرج القاضي عن معنى العبارات الواضحة ففي هذه الحالة يقع في تحريف العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في م.111(ق.م.ج.) وبالتالي يكون حكمه معرضا للنقض .

[1]- أنظر،أنور سلطان، " المبادئ القانونية العامة "، المرجع السابق، ص .331 .
[2]- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص . 691 .
[3]- نقض مدني مصري المؤرخ في 23-01-1980 رقم 31 مأخودعن نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق ،ص . 283 .

المطلب الثالث

تعديل العقد و الطرق المتبعة من طرف القاضي

العقد يلزم أطرافه ، و له القوة الملزمة لتنفيذهم ما اشتمل عليه ، و لا يستطيع أحد الأطراف نقضه أو تعديله ، فهو يعد بمثابة قانون يطبق في علاقة الأطراف .

في الأصل لا يستطيع القاضي القيام بتعديل العقد، إلا أنه لإعتبارات موضوعية و أخذ المصلحة العامة بعين الاعتبار ، يمكن للقاضي في بعض الحالات و هي السلطة المعطاة له بتعديل العقد أو إنهائه[1].

الفرع الأول

لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين

العقد شريعة المتعاقدين ، حيث لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، و لا يجوز نقض العقد و لا تعديله من جهة القاضي ، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينقض عقدا صحيحا ويعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها ، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .[2]

فالقاضي لا يجوز له أن يقوم بنقض العقد أو التعديل في أحكامه تحت أي حجة ،كما لا يجوز للمتعاقدين من ناحية أخرى إجراء هذا النقض أو التعديل إذا إجتمعت إ رادتهم على ذلك .

---

[1]- أنظر، م. 119 ف. 2 ، (ق.م.ج.) . و م. 281 ف. 2، ف .3(ق.م.ج.) . و م .110 (ق.م.ج.). و م 107. (ق.م.ج.).

[2]-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص . 698 ، 699 .

فقد لا يتضمن العقد عند إبرامه ما يخول أحد عاقديه أن يتحلل منه ، أو يعدل في أحكامه ، ثم يتفق أطرافه بعد ذلك على التحلل من العقد ، كإتفاقهم بإعتبار البيع الحاصل بينهما كأن لم يكنأو يسهم هذا الاتفاق على منح أحدهما الحق في تعديل حكم من أحكام العقد [1] .

و لا يجوز للمتعاقدين تعديل العقد أو طلب نقضه إلا إذا اتجهت إرادتهم المشتركة إلى نفس المسلك، و قد يمنح القانون الحق في نقض العقد أو تعديله لأحد المتعاقدين، و من ذلك مثلا أن القانون يمنح المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد إذا لم يوفي المتعاقد الآخر بالتزامه [2] .

فالعقد هو منشأ توافق إرادتي الأطراف ، و لذلك لا يجوز لأحد المتعاقدين تعديله إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر و هو ما نص عليه المشرع الفرنسي في م. 1134 ف.2 (ق.م.ف.) والمشرع الجزائري في م. 10 7(ق.م.ج.) ، فتعديل العقد يجب أن يكون بإرادة الأطراف مجتمعة أو إعطاء هذا الحق لأحد الأطراف ، والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد ،هي نفسها التي تطبق في حالة حله أو تعديله[3] .

و مادام أن العقد قد انعقد بالتراضي، فإنه يمكن تعديله بالتراضي . و كون هذا الأخير يخضع لما اتفق عليه المتعاقدان ، و أن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقد جديد تطبق عليه القواعد العامة للعقد ، شأنه في ذلك شأن أي عقد من العقود ، كذلك تعديل العقد[4] يكون القيد الأول الذي يرد على قوة العقد الملزمة من حيث الموضوع[5] .

و قد قررت المحكمة العليا الجزائرية بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون م.106(ق.م.ج.).

من خلال قراءة هذا القرار يتضح أن أطراف العقد اتفقوا على جهة أجنبية للفصل في أي نزاع قد يحدث بينهم لكن القضاة اتجهوا اتجاه آخر مغاير لإرادتهم فذهبت المحكمة العليا إلى أنه "حيث يظهر من العقد المبرم بين أطراف الخصومة أنه نص فيه صراحة على أن المحكمة – أرسلو –

[1]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص . 217 .
[2]- رمضان أبو سعود ، " النظرية العامة للالتزام " المرجع السابق، ص .217 .
[3] - عبد الرزاق السنهوري ،" نظرية العقد " ،المرجع السابق، ص . 952 .
[4] -و من أهم الأسباب التي أقرها القانون لتعديل العقد، انعقاد العقد بطريق الإذعان، و الحالة الاستثنائية الخاصة،الحالة الظروف الاستثنائية العامة.
[5]- أنظر، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ،ص . 239 .

هي وحدها ستكون مختصة في أي نزاع قد يحدث بين أطرافه حيال تنفيذ العقد و أن البند الصريح غير منازع فيه ولا ينكره أي طرف من أطراف العقد .

و حيث أنه يجوز للأطراف اختيار محكمة اختصاصهم إذا كان الاختصاص غير الإختصاص النوعي و لا يتعارض مع النظام العام .

و حيث أن أطراف الخصومة الحالية كانوا قد اختاروا بإرادتهم الحرة اختصاص محكمة " أرسلو " وحدها دون غيرها، فكان على قضاة الموضوع احترام ما اتفق عليه الأطراف تطبيقا لأحكام م.106 (ق.م.ج.) الناصة على العقد شريعة المتعاقدين .

و إذ يترتب على ما تقدم أعلاه ، التقرير بأن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون وخرجوا على ما اتفق عليه الأطراف في اختيار محكمة الاختصاص خلافا لأحكام م.106 (ق.م.ج.)" [1].

أ- جواز الاتفاق على تعديل العقد صراحة أو ضمنيا

يجوز نقض العقد اوتعديله باتفاق المتعاقدين ، فيكون ذلك من عمل المتعاقدين معا ، إما بإتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما ، أو يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل [2] .

كما أن حرية الأطراف في تعديل العقد ليست مطلقة ، بل مقيدة بعدم التعسّف في استعمال الحق و الكتابة في بعض العقود التي تكون فيها ركن للانعقاد، و تثار الصعوبة في التعديل الإتفاقي كون حرية الأطراف في تفسير عناصر العقد الأصلي سواء بالزيادة أو الإنقاص يترتب عنها تفسير في مضمون العقد ، و بالتالي تغيير مصير العقد الأصلي[3] .

وإتجهت محكمة النقض بمصر إلى أنه " من المقرر و على ما جرى به قضاة المحكمة، وإن كان الأصل في العقود أن تكون ملزمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر ،إلا انه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد،و قد يتم ذلك بإيجاب

[1]- قرار، مؤرخ في 17/12 ،1997 ملف رقم 1154656 غير منشور ، مأخوذ عن عمر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص. 38،39.
[2]- عبد الرزاق السنهوري ،" نظرية العقد " ،المرجع السابق، ص . 699.
[3]- خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة ماجستير، (فرع العقود و المسؤولية) ،. كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، سنة 2001 ، ص . 110 .

و قبول صريحين يصح أن يكونا ضمنيا، كما أن على محكمة الموضوع إن هي قالت بأن التعديل الضمني لم يتم، أن تورد من الوقائع و الظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتين في العقد في هذا الصدد ، و إن يقيم قضاءها على أسباب جدية، و أن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها"[1].

وذهبت المحكمة العليا الجزائرية أيضا في قرار لها صادر في 01/01/ 1990، إلى القول بأنه" من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين ، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

و لما كان من الثابت في القضية المطروحة أن قضاة الموضوع خالفوا إرادة المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة من المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين بخمسة أشهر، يكونوا قد خالفوا القانون "[2] .

ب–العقد قانون المتعاقدين

متى إنعقد العقد صحيحا إلتزم كل من طرفيه بتنفيذه ، فلا يستطيع أي منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة ، إلا في الحدود التي يسمح بها القانون . ويكون تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون ، وذلك أن العقد يعتبر قانونا للمتعاقدين في حدود ما جاء به . وليس المقصود بهذا أن العقد يشبه القانون من جميع الوجوه ، بل يقصد فقط أن الإلتزام الذي ينشأ عنه له قوة الإ لتزام الناشئ من القانون ، أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة مايفرضه القانون نفسه[3] .

كما أن القاضي لا يملك التعديل أو التغيير في العقد ، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون، فلا يصح للقاضي أن يعدل عقدا صحيحا بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة . فالعدالة تكمل إ رادة المتعاقدين .ولكنها لا تنسخها إلابناء على أحكام القانون [4] .

و لا يمكن للقاضي تعديل العقد إذا كانت إرادة الأطراف واضحة Claire، فالقاضي لا يمكن له إبعادها عن التطبيق ، و لا يمكن له إبعاد أسباب العقد ، و لا يمكن له تعديلها إلا في حالة العدل والإنصاف[5] .

[1]- نقض مدني مصري، ، المؤرخ في 1996/02/13، رقم1 810 .
[2]- أنظر، القرار المؤرخ في 1990/01/15، ملف رقم 061 52 ، م.ق 1993، العدد الأول ،ص . 113 .
[3]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص . 219.
[4]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص .219 .
[5] - Bruno Oppetit ، op.cit , p386 .

كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضا الخروج عنه أو تعديله ،فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل. كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما ، لأنه من يملك الكل يملك الجزء. وفي بعض الحالات يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال في الوكالة و الوديعة و العقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة[1] .

وقد يمنح القانون الحق في نقض العقد أو تعديله، للمتعاقدين أو أحدهما ،من ذلك مثلا أن القانون يمنح المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد ، إذا لم يف المتعاقد الأخر بإلتزامه ، وكذلك يجعل القانون لأحد المتعاقدين في بعض الأنواع من العقود الحق في الإستقلال بإنهائها ،كما هو الحال في عقد الوديعة والوكالة ،أو بنص القانون على جواز تعديلها[2] .

وهناك أحوال إستثنائية ينص فيها القانون على تخويل القاضي سلطة تعديل العقد ، وذلك إستجابة لإعتبارات العدالة، ومن هذا القبيل سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ، وهو التعويض الإتفاقي ، إذا كان مبالغا فيه ولم يوضع إلا على سبيل التهديد لإكراه المدين على الوفاء ، وسلطته في منح المدين أجلا للوفاء بإلتزاماته [3].

إن تحقيق سلطة التعديل ، تسمح من جهة أخرى بإعطاء الأساس القانوني لكل الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي في هذا المجال ، دون أن يحاول البحث دائما عن تبرير قانوني لحكمه[4].

ومن أهم الحالات التي خول القانون فيها للقاضي سلطة تعديل العقد إستثناءا من قوته الملزمة حالتان، الحالة الأولى: خاصة بعقود الإذعان ، حيث يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد ، بل وأن يعفي الطرف المذعن منها . والحالة الثانية: هي حالة الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضي أن يعدل العقد ويرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول [5].

[1]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص. 219. .
[2]- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 217 .
[3]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص. 220،219.
[4]- حميد بن شنيتي ، رسالة دكتوراه ، سلطة القاضي في تعديل العقد ،الجزائر ،سنة 1996 ، ص. 185.
[5]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص. 220 .

و التعديل وسيلة لحماية العقد من مخاطر الفسخ و مخاطر عدم التنفيذ ، و ما يترتب عنهما من عدم استقرار في المعاملات بين الأفراد، كما أنه وسيلة إيجابية للوقوف على الاختلال في التوازن العقدي، قد يستخدمه المشرع أو الأطراف أو القاضي، كلما إقتضت اعتبارات الواقع ذلك، و تتمثل إيجابيته في أهمية العملية في المحافظة على بقاء العقد ، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة، لأن التعديل يسعى إلى تحقيق المصلحة الاقتصادية بما تقتضيه مبادئ العدالة[1].

ج- دور القاضي في استبعاد الشرط الباطل

يقوم القاضي بتصحيح العقد باستبعاد الشروط الباطلة للحد من بطلانه الكلي، و هو بهذه الحالة يقوم بتجزئته ، أو ما يسمى بإنقاص العقد [2] ، لإبعاد الشروط الباطلة ، و هو ما نص عليه المشرع المصري في م.313 (ق.م.م.) و نص عليه المشرع الجزائري في م.104 (ق.م.ج.)، بأن يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد و يقع عبء إثبات ذلك على من يتمسك بهذا الاستثناء، المدعي الذي يطلب الإبطال الكلي أو المدعى عليه الذي يرد على طلب المدعي بطلب الإنقاص ،وصورته في ذلك ما قرره الفقه من أن يهب زوج كهل زوجته الشابة العذراء ، شريطة ألا تتزوج من بعده أحدا ، فترفع الأرملة الشابة دعوى تطلب فيها إنقاص العقد ، بإلغاء الشرط الباطل الذي ينطوي على المساس بحريتها الشخصية، كما أن مسألة الإنقاص للعقد إذا توافرت شروطها فإن واجب القاضي هو احترام العقد وإبقاءه نافذا بعد إنقاصه، فالأمر واجب على القاضي في إطار سلطته التقديرية ، و ليس هو رخصة له[3].

الفرع الثاني

الشرط الجزائي

[1]- خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص. 112.

[2]- عملية إنقاص العقد هي إنقاص شقه الباطل و إبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر و نصت م .104 (ق.م.ج.) " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " .

[3]-فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطة، ط. 2004، ص. 441.

قد يضع المتعاقدان في الإتفاق شرطا ، يحددان فيه مقدار التعويض المستحق للدائن ، عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخير في هذا التنفيذ ، و التعويض الإتفاقي يطلق عليه الشرط الجزائي [1].

و قد يرد الشرط الجزائي في العقد ذاته ، أو في اتفاق لاحق، و قد أجازته م.223 (ق.م.م.) فقررت أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أوفي الاتفاق اللاحق". و تقابلها نص م. 183(ق.م.ج.) :" للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو اتفاق لاحق ..." . والاتفاق اللاحق لا يكون شرطا جزائيا إلا إذا كان سابقا على الإخلال بالالتزام ، أما إذا كان تاليا له ، فإن هذا الاتفاق يكون صلحا . ويتقيد المتعاقدان بالشرط الجزائي في جميع العقود حتى لو كان العقد تعهدا عن الغير .

أولا– مدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي.

تتجه النية المشتركة للمتعاقدين بناء على الشرط الجزائي إلى تحديد التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن ، نتيجة إخلال المدين بالتزامه، و على ذلك فإن سلطة قاضي الموضوع في هذا الشأن تقوم على إعمال الصفة التعويضية للشرط الجزائي، و بناء على ذلك فإنه للقاضي سلطة استبعاد الشرط الجزائي أو تخفيضه أو زيادته .

وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية ، في قرارها بتاريخ 1970/03/26:" العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، و يصبح قانون المتعاقدين، وإذا تبين من العقد النهائي أنه قد خلا من الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الإبتدائي ، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط ،و إنصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه" [2] .

أ– سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي.

لا يستحق الدائن التعويض الإتفاقي في حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فحيث يثبت أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحديد التعويض ، و أن هذا الأخير لا يكون إلا جبرا للضرر، لذلك إذا لم يصب الدائن بأي ضرر فإنه لا يستحق تعويضا إعمالا للنية المشتركة للمتعاقدين .

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن " شرح النظرية العامة للالتزام " الناشر منشأ المعارف بالإسكندرية ،ط . 2001، ص . 34.

[2]- عبد المعين لطفي جمعة ،" موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية " ،الناشر ،عالم الكتب القاهرة ، ط. 1979 ، ص . 194.

ب- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي .

يتقرر للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين :

- ✓ تنفيذ البعض من الالتزام
- ✓ تقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه.

1- تنفيذ البعض من الالتزام

يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الإتفاقي، إذا أثبت المدين أن الإلتزام في الأصل قد نفذ في جزء منه، و يتماشى هذا الحكم مع النية المشتركة للمتعاقدين ، حيث تتجه إلى تحديد التعويض عن الإخلال بالإلتزام برمته ، و على ذلك ، إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي لالتزامه، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين ، و التخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي ، فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلبي حاجيات الدائن[1] .

2- تقدير الشرط الجزائي بأكثر من المتفق عليه

للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي ، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فحيث أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن ، فإن الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود ، إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الإتفاق وينقلب وضعه بالتالي إلى تهديد مالي لا يقصده المتعاقدان .

و سلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض ، ليس إلى الحد الذي يجعله متساويا مع الضرر ، و لكن بالقدر الذي يتناسب معه .

ج- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص م .225 (ق.م.م.) على أنه :"إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غِشاً أو خطأ جسيما"، ويقابلها نص م .185 (ق.م.ج.) .و يتأسس هذا الحكم على أن ثبوت زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي، يتضمن اتفاقا على الإعفاء من المسؤولية عند عدم صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين م. 217 (ق.م.م.)، و تقابلها نص م. 182 (ق.م.ج.) و على ذلك فإن القاضي يتعين

[1] -فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص .39.

عليه، في هذه الحالة أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر و الأحكام الواردة بشأن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتعلق جميعها بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على خلافها ، و يقع بالتالي باطلا كل اتفاق مخالف لنص م . 224(ق.م.م.) والتي تقابلها نص م. 183 (ق.م.ج.) [1].

د–رأي الفقه حول الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو مجرد تقدير للتعويض الواجب أداؤه ، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب التعويض، بل للوجوب مصدرا آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، و قد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى ، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، و هي الخطأ ، الضرر و الإعذار.

و الشرط الجزائي يقوم على تحديد مقدار التعويض، الواجب أداؤه مقدما قبل إستحقاقه سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في إتفاق لاحق، و هو بهذا يفترق عن الصلح و التجديد ويفترق كذلك عن العربون[2]. فالعربون لا يكون بمثابة تقدير للتعويض على وجه الإطلاق ، بل يكون وسيلة لإثبات خيار العدول ، أو مبلغها يعجل للإفصاح عن إتمام العقد نهائيا ، و يبتغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزائية، لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض إتفاقي يجوز انتقاصه ، و لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحا [3].

ولقد قيد القانون المدني من سلطان الإرادة في حالة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، و يزيد كثيرا على الضرر الذي وقع فعلا[4] .

---

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، " شرح النظرية العامة للالتزام "، المرجع السابق ، ص . 38،39.

[2]- العربون كما ورد في نص م. 1590 (ق. م .ف.) " هو فدية يقتدي بها أحد المتعاقدين ذمته من العقد Moyen de délit إذ العقد بعربون هو عقد مصحوب بخيار النقض .

[3]- أنظر،عبد المعين لطفي جمعة ، المرجع السابق ، ص .195 .

[4]- أحمد عيسى، مقال حول، " الدولة بين الفرد و الجماعة في المجال التعاقدي " جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04، ط. 2007، ص . 57.

الفرع الثالث

دور القاضي في نظرية الظروف الطارئة

مقتضى هذه النظرية انه إذا طرأ بعد إبرام العقد و قبل تمام تنفيذه [1]حوادث لم تكن متوقعة،ترتب عليها إختلال التعادل بين إلتزامات الطرفين إختلالا فادحا ، بحيث أصبح إلتزام أحدهما مرهقا يهدده بخسارة جسيمة ، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد ، لا لإحلال المدين من إلتزامه ، وإنما لتعديل إلتزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، مثل ذلك عقد توريد حدد فيه سعر السلعة التي تعهد المتعاقد بتوريدها على أساس الظروف الإقتصادية القائمة وقت إبرام العقد ، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلا،يترتب عليها إرتفاع فاحش في الأ سعار بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يتهدده بخسارة فادحة،تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار[2] .

وكان القضاء المدني الفرنسي يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بسبب أن القاضي سيعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضاء الطرف الآخر ، ممّا يشكل خرقا للقوة الملزمة للعقد . ولكن في الأخير تدخل المشرع الفرنسي ، و أخذ بنظرية الظروف الطارئة بنصوص خاصة، وعلى العكس إزدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري، و أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي[3] .

وتطرق المشرع المصري لهذا المبدأ في م.138 (ق.م.م.) على أنه "... و مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف

[1]- كما أن القضاء الفرنسي و القضاء المصري لم يكن يأخذ بنظرية الظروف الطارئة من قبل،و لكن مؤخرا أخذ بها المشرع المصري ،و نص عليها في م .138(ق.م.م .).
[2]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق،، ص . 222، 223.
[3]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص . 222 .

و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" و يقابله نص م.107(ق.م.ج.)، "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا ،صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة،جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

أ- تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ

يجوز للقاضي أن يوازن تبعا للظروف بين مصلحة الطرفين و أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و القاضي في الأصل لا يملك إلا أن يفسر عبارات العقد الغامضة أو يحدد نطاقها في الحدود التي رسمها القانون ، و لا يجوز له في الأصل أن يأخذ بالتعديل على ما اتفق عليه .

أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وهي سلطة تقديرية واسعة ، يستطيع القاضي بموجبها إختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام [1] .

وطبق المشرع السوري هذا المبدأ في القانون المدني على عقد الإيجار م.575 (ق.م.)، فاعتبر أنه "إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا أوجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا" [2] .

و قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار أصدرته بتاريخ 1999/10/24 أنه "من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد المراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك .

و المستفاد من القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع لما أقرو زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا لأحكام م. 107 ف.3 (ق.م.ج.)، إذ ما طرأت حوادث استثنائية

[1]- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص . 226.
[2]- أحمد عيسى ،المرجع السابق، ص . 56،57 .

ذات طابع عام و غير متوقعة، من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطؤاو في تطبيق نص م.107 (ق.م.ج.) " [1].

ب- سلطة القاضي التقديرية

القاضي له الحق في زيادة الالتزام مقابل الالتزام المرهق، حيث يتحقق التوازن الإقتصادي بينهما فإذا تعهد شخص مثلا بتوريد قمح بسعر ، ثم ارتفع السعر بسبب حادث طارئ [2]، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، و يراعي في ذلك عدم الاعتداد بالزيادة المألوفة. أي أنه يرفع السعر في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين[3].

و القاضي عندما يرفع السعر ، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد ، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين . إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ .

كما يقوم القاضي بإنقاص الالتزام المرهق بدلا من زيادة الالتزام المقابل، فمثلا أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الخشب ثم يرتفع السعر ارتفاعا باهظا بسبب كوارث طبيعية جعلت قطعه متعذرا، وهنا تنقص الكميات الموجودة في السوق ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها ، و ذلك في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام ميسورا غير مرهق[4] .

و قد يلجأ القاضي لوقف تنفيذ العقد [5] ،حتى يزول الحادث الطارئ ، إذا ظهر له أن هذا الحادث زمني مما يقدر له الزوال في وقت قريب ، و مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، و ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا باهظا بسبب حادث طارئ، فإذا قدرالقاضي أن هذا الارتفاع زائل في وقت قصير، لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلا،فهو يقضي بوقف تنفيذ التزام المقاول في الموعد المتفق عليه ، حتى يتيسر للمقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق ، ويشترط ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى.

---

[1]- أنظر، القرار المؤرخ في 1999/10/24 ، ملف رقم 191705 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999، ص . 95 .

[2]- كما حددت م. 148 (ق.م. م.) و تقابله م .107 (ق.م.ج.) الشروط الخاصة بالظرف الطارئ :
أ-أن يكون الالتزام تعاقديا، (أي تحدث الظروف ما بين انعقاد العقد و تنفيذه) .
ب-.أن يكون الظرف الطارئ ناشئا عن حادث إستثنائي عام غير متوقع .
ج-.أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا و ليس مستحيلا .

[3]- يحكم بالفسخ بناء على طلب المدين ، " نقض مدني مصري، المؤرخ في 24 ديسمبر 1985"، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص . 226 .

[4]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص.226 ، 227 .

[5]- كما أن القاضي قد يحكم بوقف تنفيذ العقد، لحين زوال الظرف الطارئ، كما لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بناءا على طلب المدين، قرار سابق و مشار إليه.

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 1993/10/10 ، بأن تنفيذ الإلتزام التعاقدي في حالة الحادث الاستثنائي، يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وجاء ت في حيثيات هذا القرار " من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ،لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف ، و بعد المراعاة لمصلحة الطرفين،أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

و لما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) ، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي ، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا ، يجب الأخذ به "[1] .

ج–الاستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية

لا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين ، و ذلك لأن الهدف المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو توزيع تبعة الحادث على الطرفين.و في حالة الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وتحميل الدائن وحده الخسارة كلها .كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم بفسخ العقد دون تعويض ، إذا لم يشأ أن يقبل تعديله . إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة ، و خاصة و أنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر، بل يكون هذا في صالحه إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ [2].

د– القاضي لا يملك تعديل العقد

إذا كان على القاضي ألا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وتطبيقه ، فإنه لايجوز له أن يغفل إرادة المتعاقدين مادامت في حدود ها ، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لاتنسخها . وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين ، شأنها في القانون لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أوفي العقد ، بدعوى انه يتناقض مع العدالة . على أن هناك أحوالا إستثنائية يملك القاضي فيها حق تعديل العقد ، خضوعا

[1]- أنظر، القرار المؤرخ في 1993/10/10 ،ملف رقم 99694 م.ق .1994 ،العدد الأول، ص . 217 . مأخود عن عمر سعيد ، المرجع السابق ص .39، 40 .
[2]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ،ص.227 .

لإعتبارات عادلة ، كما في جواز تعديل الشرط الجزائي ، وفي جواز إعطاء مهلة للمدين (Délai de grâce)، وفي جواز تعديل أجرة الوكيل، وفي نظرية الحوادث الطارئة[1] .

وجاء في قرار لمحكمة النقض بمصر، مؤرخ في 09-01-1980 " إذا إستقر الرأي بين الطرفين فيصبح قانون المتعاقدين ، العقد النهائي ، دون العقد الإبتدائي ، و من ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الإبتدائي ، أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط ، و انصرفت نيتهما عن عدم التمسك به أو تطبيقه" .

وما يمكن إستخلاصه في الأخير ، أنه لا يجوز للأطراف نقض العقد أوتعديله إلا بإتفاق الطرفين لأن العقد يعتبر قانون المتعاقدين كأصل عام ، ولكن إستثناءا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد كحالة الظروف الطارئة طبقا لنص م.107(ق.م.ج.) .

[1]- عبد الرزاق السنهوري ،" نظرية العقد"، المرجع السابق، ص .951 .

المبحث الثاني

دور القضاء في عملية التأويل

يلتزم القاضي عند تفسيره للعقد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، كما له أن يأخذ بالعبارات الواضحة ، حيث أن الخروج عن المعنى الظاهر للعبارة ، يؤدي إلى تحريف العقد ، وبالتالي يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض ، وذلك ماسوف نتطرق إليه عن طريق شرح دور قاضي الموضوع (المطلب الأول) ، ثم بعد ذلك نبين موقف قضاء النقض (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

دور قاضي الموضوع

إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن قاضي الموضوع هو قاضي الأساس في تفسير العقد، ولا يمكن أن يخضع لأي رقابة في إبطال سلطته.ولذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى دوره في تفسير العقود (الفرع الأول) ، و إلى سلطته المطلقة(الفرع الثاني) .

الفرع الأول

سلطة محكمة الموضوع في تفسير جميع العقود

لمحكمة الموضوع الحق في تفسير جميع العقود و الشروط بما تراه ملائما أو في مصلحة الأطراف المتعاقدين ، كما لها الحق في العدول عن المعنى الظاهر لهذه الصيغ إلى معنى آخر ، بشرط

أن تبين موقفها تجاه هذا العدول عن المعنى الظاهر، و كيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتنعت به، و رجّحت أن المقصود من العقد هو ما قصده المتعاقدان [1].

وإعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مسألة تفسير العقود هي مسألة واقعية لا علاقة لمحكمة النقض بها ، غير أن هذا الإجتهاد وضع لهذا المبدأ بعض التحفضات التي كان لا بد من إبدائها ، وهي تستند بصورة خاصة إلى ضرورة إحترام محكمة الموضوع للقانون ، ولما يقضي به هذا الأخير. فالقانون يلزم المحكمة بأن تراعي في حكمها المتعلق بعقد ما نية المتعاقدين . فإذا فرض أن بنود العقد كانت صريحة لا تحتاج إلى تفسير وأنه ، رغم هذه الصراحة ، وجدت محكمة الموضوع سبيلا للحكم بما لا يتوافق مع صراحة بنود العقد ، فإن محكمة النقض تعتبر أن محكمة الموضوع تكون خالفت في هذه الحالة القانون ، بتشويهها نية المتعاقدين ، وبالتالي رفضت القضاء بما أراده المتعاقدان عند إنشاء العقد ، وهذه مخالفة لأحكام القانون التي تحتم عليها أن تحترم إرادة المتعقادين[2] .

كما أن تفسير العقد هو من شأن محكمة الموضوع ، فلها أن تقرر معناه على أي وجه تفهمه من صيغته ، و تراه متفقا مع قصد المتعاقدين، و لا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به .ولها الحق في تفسير و استخلاص ما يمكن استخلاصه من العقود،بشرط بيان الاعتبارات المعقولة المؤدية للتفسير الذي أخذت به.[3]

ولمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود و استخلاص نية المتعاقدين فيها ، و لا سلطان لرقابة محكمة النقض عليها في ذلك مادام الرأي الذي انتهت إليه مقبولا بمقتضى الأسباب التي تبنيه عليها، كما أن لمحكمة الموضوع أن تحصل على المعنى الذي قصده المتعاقدان من العقد، مسترشدة في كل دعوى بالملابسات و الشواهد، ولها أن تحصل على المعنى الواقعي مرتكزة في ذلك على أسباب مقبولة لا تتنافى مع ما هو ثابت في الأوراق، و بالتالي لا تكون في رقابة من طرف محكمة النقض.

[1]- فؤاد محمد معوض ، عبد التواب ، المرجع السابق، ص. 476، 477.
[2]- جورج سيوفي ، المرجع السابق ، ص . 275 ، 276.
[3]- أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة "، المرجع السابق، ص .169، ص .170.

و ينبغي على قاضي الموضوع أن يحاول التوفيق بين شروط العقد المختلفة،باعتبار أنها نقل النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا لم يمكنه ذلك، فإنه يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع نية المتعاقدين المستمدة من عبارات العقد في جملتها .

و الاستعانة بعبارة العقد في مجموعها قد يفيد القاضي في تحديد معنى معين لعبارة تتحمل أكثر من معنى، أو لتخصيص العبارة العامة، أو عدم تخصيص الحكم على الحالة التي ذكرتها، و من ناحية أخرى، فإن الغرض المقصود من التعاقد، قد يفيد في تفسير الشرط الغامض .

و بينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 1997/07/23 بأن غموض العقد وتأويله يعد من إختصاص قاضي الموضوع وجاء في حيثيات هذا القرار أنه "من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ .

ففي قضية الحال ، فإن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين ، بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر ، و بنائه الواجب تسديده ، يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد "[1].

أ- قاضي الموضوع له أن يوفق بين شروط العقد

ينبغي على قاضي الموضوع أن يحاول التوفيق بين شروط العقد المختلفة ، باعتبار أنها تمثل النية المشتركة للمتعاقدين ، فإذا لم يتمكن من ذلك ،فإنه يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع مقاصد المتعاقدين المستمدة من عبارات العقد في جملتها ، و الاستعانة بعبارات العقد في مجموعها، قد تفيد القاضي في تحديد معنى معين لعبارة تتحمل أكثر من معنى ، أو لتخفيض العبارة العامة ، ومن ناحية أخرى ، فإن الغرض المقصود من التعاقد قد يفيد في تفسير الشرط الغامض[2] .

ب- تقدير قاضي الموضوع للوقائع

لقاضي الموضوع الحق بأن يعطي العقد الوصف الحقيقي ، وان يستخرج من مجمل بنوده المعنى الملائم ، دون إهمال البعض الآخر . وله الحق بأن يفسر العقد بصورة مطلقة ، بشرط أن لا

[1]- أنظر، القرار المؤرخ في 1997/07/23 ، ملف رقم 149300 المجلة القضائية، سنة 1997، العدد الثاني، ص .51 .
[2]- أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة "، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط . 2004،ص . 169، 170 .

يفسد مدى ومعنى بنودها الصريحة . وله عند وجود عقود صادرة عن المتعاقدين تتعلق بالموضوع ذاته ، أن يفسر بنود الإتفاق ، وأن يتحرى نية المتعاقدين [1] .

و لقاضي الموضوع" سلطة التعرف على حقيقة العقد، و التحري عن قصد المتصرف من تعامله في ضوء ظروف الدعوى، مادام قد برر قوله في ذلك بما يحمله و يؤدي إليه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار أن العقد موضوع النزاع يخفي وصية بعد أن استظهر في أسبابه المصاغة قيام شرطين اللذين تستلزمهما القرينة القانونية ، و انتهى إلى أن التصرف موضوع النزاع باشر الوصية مرتكزا في ذلك إلى ما اطمئن إليه من أقوال الشهود، و إلى قرائن أخرى باعتبارها أدلة متساندة ، تؤدي في مجموعها إلى ما انتهى إليه من أن العقد يخفي وصية فإن مؤدي ذلك من الحكم عدم إيجاز التصرف"[2].

كما أن لمحكمة الموضوع التعرف على حقيقة العقد ، و التحري عن قصد المتصرف من تصرفه، وسلطة تقدير الأدلة و القرائن المقدمة في الدعوى ، و استخلاص ما تقتنع به، منها من كان استخلاصها سائغا متفقا مع الثابت بالأوراق، و هي إذ تباشر سلطتها في تقدير الأدلة تملك الأخذ بنتيجة دون أخرى، و لا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كانت الأدلة التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى هذه النتيجة [3].

الفرع الثاني

محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رأيها

لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقود ، و التعرف على ما قصده المتعاقدين منها، دون أن تتقيد بألفاظها ، و ليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها ، و ما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها ، وعدم إسترشادها بظاهر ألفاظ العقد[4] .

[1]- إلياس ناصف،المرجع السابق ، ص . 284 .
[2]- محمد قمر موسى ، المرجع السابق ، ص . 997 .
[3]- محمد قمر موسى ،المرجع السابق ، ص . 998 .
[4]- فؤاد محمد معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص . 486 .

فإذا إلتزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين طبقا للقواعد القانونية الملزمة ، فهو يكشف عن هذه الإرادة ، وله سلطة التقدير في الكشف عنها ،وهذه السلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض،ولكنه يتقيد قانونا ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها .ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي يثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتا من مصادر موجودة فعلا لأوهما غير مناقضة للثابت في الدعوى . وتؤدي لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي . فإذا أثبت القاضي مصدرا للواقعة وهميا لا وجود له، أو موجودا ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة،أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا إستخلاص الواقعة منه كما فعل هو ،كان حكمه مخالفا للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه[1] .

وعلى القاضي أن يقوم بالكشف عن نية المتعاقدين في إ ستظهار الحقيقة من الوقائع،التي ترافق ظهور الإرادة دون التقيد بالمعنى الحرفي الوارد في النص ، فيعود للمحكمة أن تتحرى عن نية المتعاقدين الحقيقية في العقد ، وبالتالي عن الصفة التي شاء المتعاقدون إجراء التعاقد على أساسها، و الإستناد في ذلك إلى العروض والمفاوضات والإتصالات التي سبقت العقد أولحقته أو رافقت تنفيذه ، إذا كان العقد نفسه يتضمن عطفا أو إشارة إلى تلك العروض والإتصالات والمفاوضات[2].

وذهبت محكمة النقض الفرنسية[3] بأن التعرف على أسباب العقد يعود إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع ، فالعقد يكون باطلا لسبب غير مشروع ، حتى و لو كان أحد الأطراف يجهل الصفة الغير المشروعة أو المخالفة للآداب والنظام العام، حيث يجب على القاضي البحث على مجموع الأسباب الرامية للتعاقد فقد يكون أحد الأطراف دفع للتعاقد

[1]- عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ، ص . 664 .
[2]- إلياس ناصيف ،المرجع السابق، ص . 486، 487 .
[3] -Cass.Civ., 1er ch ., 7octobre 1988 . Henri Espotan , François Terré , Yves Lequette « les grands arrêts de la jus prudence civile . » Tome 2 ,obligations contra spercause sûretés . Dalloz 11 éditions 2000, P. 91 .

لمصلحة معينة، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعرف على هذه الأسباب يعود إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع.

كما أن المحاكم و مجالس الاستئناف لها التفسير العادي للعقود ، داخل إطار سلطتها و لها تقويم ما تراه مناسبا في ذلك، و الأخذ بتفسير العقود بنفس طريقة تفسير القانون، و البحث عامة عن نية الأطراف ، و الأخذ أحيانا بالعدالة في تفسير نصوص العقد [1].

فإذا كان قاضي الموضوع له السلطة التقديرية في فهم وقائع الدعوى، و استخلاص إرادة المتعاقدين دون رقابة ، إلا أن ذلك يختلف فيما إذا تعلق بمسائل فرضها، و هي تلك القواعد التي يستعين بها وتدخل ضمن قواعد قانونية .فإن قاضي الموضوع عند الاستعانة بهذه القواعد إنما يخضع لرقابة مطلقة للمحكمة العليا، لذلك فأي مخالفة لهذه القواعد القانونية أو تجاهل لها أثناء القيام بمهمة التفسير إنما يعد مخالفا للقانون، و بذلك فإن المحكمة العليا تفرض رقابتها ، إذ يجب عليها نقض حكمه لمجاوزته القاعدة القانونية[2].

وإتجهت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها بتاريخ 07-05-1983،إلى أن التنازع حول تكييف عقد الإيجار يرجع البت فيه لقضاة الموضوع ، و ذلك طبقا لنص م.173 ، 203 (ق.ت)،وقالت أنه: " متى كان من المقرر قانونا أن المشرع نظم أحكام التسيير الحر ، و تأجير التسيير في أحكام المادة 203 و ما بعدها من (ق.ت.). كما نظم كل العقود و التصرفات التي هي من طبيعة تجارية ، و إذا اختلف الأطراف حول تحديد طبيعة تكييف العقد ،إذ أن أحدهما يكفيه على أساس أنه تسيير حر، في حين أن الآخر ينازعه في ذلك باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط م. 3/203 (ق.ت.) فإنه من المتعين على قضاة الموضوع البت في هذه المسألة القانونية الأساسية، التي يتوقف عليها مصير النزاع و ذلك بتحديد طبيعة العقد ، و تكييفه القانوني ليتمكن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) من موافقة مدى تطبيق القانون"[3] .

[1] - Christian Lopoyade Descamps , Op.cit , P 108 .

[2]- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء(ق.م.ج.)، مذكرة ماجستير ،(فرع العقود و المسؤولية) ، الجزائر ،سنة 2003 ،ص. 81، 82.

[3]- أنظر، القرار المؤرخ في 1983/05/07 ،ملف رقم 28766، المجلة القضائية ، العدد 1989 ،ص .135 .

الاستثناء الوارد على سلطة قاضي الموضوع

ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، إلى أن مبدأ سلطة قاضي الموضوع ليست مطلقة، فإنه من جهة إذا لم تراقب محكمة النقض تفسير العقد الذي يجب البحث عن وجوده.تراقب التكييف الذي يعني تحديد الفئة أو المركز القانوني الذي بمقتضاه ينتمي العقد ، من أجل ربطه بالآثار التي ترتبط بقانون معين ، بمعنى أنه في حالة الخطأ ليس الإتفاق الذي يكون مخالفا ، بل القانون الذي اقتضى منه ترتيب آثار أخرى، التي اعترف بها قضاة الموضوع.إذا كانت محكمة النقض لا تراقب التفسير الخاطئ للعقد فإنها تراقب تحريفه.[1]

كذلك الشرط الوارد في العقد بإعطائه وصفا قانونيا، يؤثر على حرية القاضي في التفسير حيث أنه يمثل شرطا مكتوبا ، و لا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، و على ذلك فإن تغيير القاضي للتكييف الوارد في العقد يلزم أن يقوم على عناصر مستمدة من العقد ذاته، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في تعديل التكييف على عناصر خارجة عن العقد[2] .

ويعني التفسير إبتداءا تحديد ما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين ، حتى يتبين ما إذا كان العقد قد تم تكوينه بإتفاق هاتين الإرادتين ،ويستعين به كذلك لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضحت له من خلال التفسير[3] .

---

[1] - Henri Espotan , François Terré , Yves Lequette, op. cit, p. 110 .

[2]- أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة "، المرجع السابق، ص 174.175.

[3] - Ahmed Zaki el-Chiati , Le formation du contrat et son interprétation dans le nouveau c.v, égyptien ,1949 , 45, 46 . مأخوذ عن صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق، ص. 196.

المطلب الثاني

موقف الجهة القضائية العليا من الرقابة

تفرض محكمة النقض رقابتها على العمل الذي يقوم به القاضي إذا تعلق الأمر بتأويل العقد، وذلك بفرض الرقابة على القاضي في عمليات التكييف و التحريف و التفسير للعقد ، ولهذا صدرت عدة تفسيرات في هذا المجال ، خاصة في مجال الاجتهاد القضائي .

فما هو دور محكمة النقض في الرقابة على تأويل العقد؟و ما هو دورها في الرقابة على تكييف العقد ؟ و ما هو دورها في الرقابة على تحريفه ؟ و ما دورها على رقابة تكملة العقد؟ وذلك ما سوف نتطرق إليه في أربعة فروع .

الفرع الأول الرقابة على تأويل العقد، و الفرع الثاني الرقابة على تكييف العقد، و الفرع الثالث الرقابة على تحريف العقد ، و الفرع الرابع الرقابة على تكملة العقد .

الفرع الأول

الرقابة على تأويل العقد

وضع المشرع الجزائري عدة قواعد يلتزم بها القاضي في تأويل العقد ، و ذلك من خلال م. 111و 112 (ق.م.ج.)، لذلك فعندما يقوم القاضي بتفسير هذه العقود فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن التطبيق من مسائل القانون لا من مسائل الواقع ، فإذا لم يلتزم القاضي بقاعدة من هذه القواعد يكون الحكم الذي حكم به معرضا للنقض[1] .

هدف التفسير هو البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه ، ولكن التفسير ينصب على تعبير كل منهما عن إ رادتهما ، سواء أكان هذا التعبير قولا أو كتابة أو فعلا من الأفعال ، أي أن الغاية من تفسير العقد هي الكشف عن قصد المتعاقد ، وذلك من التعبير الشخصي عن هذا القصد. على أن تفسير العقد لايتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على إنفراد، بل يجب ان يكون ببيان ما إتفقا عليه عند إبرام العقد ، أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد ، في ضوء ما وقع إتفاقهما عليه ، أي يجب أن

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص . 245.

يتم تحديد ما إنصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين وعدم حصر النظر عند التفسير في إرادة كل منهما على حدة[1] .

والواقع أن محكمة النقض الفرنسية كرّست مبدأ النظر في تفسير محكمة الموضوع لبنود العقد فاعتبرت أن تفسير محكمة الموضوع لبنود العقد تفسيرا خاطئا يخضع لرقابة محكمة النقض، التي يحق لها أن تعطي العقد تفسيره الحقيقي . ولكنها ما لبثت أن نبذت هذا الرأي بمقتضى –قرارين صادرين عنها في 02 فبراير 1808 و 03 أوت 1809 .قالت فيهما : " إن العقد هو عمل قانوني خاص وليس قانونا ، وإن كانت م. 1134 قد شبهته بالقانون بين المتعاقدين ، فهو لا يصبح مماثلا للقوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية وتطبق على جميع الأشخاص في الدولة"[2] .

فالقاضي رغم السلطة التي منحت له،وهي ممارسة عملية التفسير سواء التفسير الشخصي،أوالتفسير الموضوعي،فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا،حرصا على سلامة تطبيق القانون وخوفا من خروجه عن الوجهة التي رسمها له المشرع من خلال المواد التي قررها في عملية التفسير[3].

ويحتاج الأمر في الغالب إلى تفسير علاقة الأطراف ، للتوصل إلى دلالة العبارات التي استخدمها المتعاقدان ، و التي تعبر عن قصدهما المشترك ، و عندما يتوصل القاضي إلى هذه النية المشتركة ، فيجب عليه بعد ذلك تحديد الطبيعة القانونية للعلاقات التعاقدية ، و الجهة التي ينتمي إليها العقد و هو ما يطلق عليه اصطلاحا بالتكييف Qualification [4] .

كذلك لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة، عن طريق رقابة تسبيب الحكم ، فإذا التزمت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح ، و هو الذي يعبر عن قصد المتعاقدين، أما إذا عدلت عن المعنى الواضح إلى معنى آخر في أن تعتبر أنه هو الذي أراده المتعاقدين، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لما كان هذا العدول ،كذلك محكمة النقض لها أن

[1]-صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص . 193.
[2]-إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص.248، 249 .
[3]- عاشور فطيمة ، المرجع السابق، ص .77 .
[4]- صاحب عبيد الفتلاوي ، المرجع السابق، ص. 192.

تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بان العدول قد قام على اعتبارات تؤدي به إلى تعرض الحكم للنقص ، و إلاّ نقض الحكم للقصور في التسبيب[1] .

ويبدوا أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضا في رقابة محكمة النقض و إلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر، دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك، بل يكتفي بتقرير أن العبارة غامضة، و أن المعنى الذي استخلصه هو ما قصده المتعاقدين.[2]

و في حالة وجود شرط واضح و دقيق " claire et précise " لا يمكن للقاضي ، بحجة غموضه القيام بتفسيره ، و بالتالي تحريفه للعقد تحت حجة البحث عن النية المشتركة للأطراف[3] .

« Sous prétexte de rechercher l'intention des parties . »

و إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تفسير محكمة الموضوع لبنود العقد تفسيرا خاطئا يخضع لرقابتها التي يحق لها أن تعطي للعقد تفسيره الحقيقي .

كذلك إذا لجأت محكمة الموضوع تحت حجة تفسير العقد ، إلى مخالفة قواعد الإثبات كأن تعتمد على أدلة و قرائن غير مستمدة من المستند الخطي الذي يثبت العقد لتفسير نية المتعاقدين.أوتعتمد على مستند خطي غير صادر عنها أو عن أحدهما . ففي هذه الحالات تكون محكمة الموضوع لجأت إلى استعمال وسائل إثبات لا يقرها القانون. و لذلك إعتبر أن استخلاص نية المتعاقدين المشتركة تعتبر من الأمور الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع[4] .

[1]- عبد الحميد الشواربي ، " فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه " ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ط. 1997، ص . 215.
[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق، ص . 674 .
[3] -Alain Benabent , op. cit., p .184.
3-إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 250.

ويرى جانب من الفقه[1] أن رقابة محكمة النقض للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع ضرورية على وجه الخصوص بالنسبة للعقود المسماة، و المبرمة في صيغة متماثلة مع سلسلة من الأشخاص .

الفرع الثاني

الرقابة على تكييف العقد

لمحكمة النقض حق الرقابة على تكييف العقد، منطلقة من الوقائع التي حكم بها قضاة الموضوع بسلطتهم المطلقة ، كذلك لها حق التحقق من تكييف العقد ، مادام أن قضاة أدنى درجة لجئوا إلى استنتاج قانوني انطلاقا من وضع واقعي . و من مهمة محكمة النقض توحيد الأحكام وتأكيد رقابتها على تكييف العقد، و يعالج قاضي النقض التصنيفات عن طريق التكييف. و هو الذي يحدد عناصر الاتفاق و يبين صنف كل من هذه العقود ، مقررا ما إذا كان عنصر ما ،هل هو أصلي أو تابع ؟ وهكذا يقوم بتكييف العقود المختلفة المعروفة، و يجعلها متكيفة مع الواقع[2].

لمحكمة النقض أن تراقب تكييف العقد الذي قامت به محكمة الموضوع ، فالعبرة في تكييف العقد، هو التعرف على حقيقة معناه ، و تحديد حقوق الطرفين فيه بما احتواه من نصوص [3].

و أن تحديد ما إلتزم به المتعاقدين، لا يكون إلا من خلال مجموعة من العناصر التي يجب أن تتوفر لديه، فعليه أن يعطي للعقد التّكييف المعين، ذلك أن التكييف يرتبط ارتباطا وثيقا بتفسير إرادة الطرفين فالقاضي لن يصل إلى تكييف العقد إلا عن طريق تفسير إرادة الطرفين، فغالبا لا يتمكن بدون التفسير للوصول إلى تكييف العقد تكييفا صحيحا [4].

وتكييف العقد، و ما يترتب عليه من آثار قانونية ، و عدم تفسير الشك في مصلحة المدين والإنحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة المتعاقدين، و التناقض بين الوقائع التي يعتمد عليها قاضي الموضوع، في استخلاص إرادة المتعاقدين، و النتائج التي توصل إليها، و عدم مراعاة قواعد الإثبات، و مخالفة الأحكام القانونية، فهي جميعا و ما يماثلها من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض [5].

1- ومن بينهم Ripehr , Planiol أشار إليهم ، جاك غستان، " مفاعيل العقد أو آثاره " ، المرجع السابق ، ص. 32. .
2- جاك غستان، " مفاعيل العقد أو آثاره " ، المرجع السابق، ص 180،ص.181.
3- نقض مدني مصري، 1972/03/09
4- عاشور فطيمة، المرجع السابق ، ص.4.
5- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص .251 .

و القاضي في تكييف العقد لا بد عليه أن يأخذ بالإرادة الحقيقية للأطراف، ثم بعد ذلك عليه أن يكيف العقد إنطلاقا مما يتضمنه [1].

كما أن من حق محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها ، و كان لها تأثير في مصير الدعوى .

"فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته ، بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية، و إستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتريه تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته، فهذا الاعتبار لا يمكن اعتباره تفسيرا لعقد البيع و لا إقرار المشترية أو تنازل البائع وإنما هو وصف و تكييف للعقد، أغفلت المحكمة فيه عنصرا هاما هو ما نص عليه في إقرار المشترية ، من عودة الملكية إلى البائع. إذا ما توفيت هي قبله، و يكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته و لا على دلالته ، فتعتبره وصية و ليس بيعا"[2] .

و كذلك في تقويم التكييف لا بد من إحترام الإرادة المشتركة للأطراف [3].

« Ainsi pour la rectification de qualification commandée par le souci de respecter la volonté commune des parties ».

و لمحكمة النقض أن تعطي الوقائع الثابتة في القرارات المطعون فيها ، التكييف القانوني الصحيح ما دامت لا تعتمد في هذا التكييف على غير ما حصّلته محكمة الموضوع من هذه الوقائع. وقضت أنه من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبته في حكمها من الوقائع ، و على ذلك لتعرف ما إذا كان التكييف قد جاء موافقا للقانون أم مخالفا له [4].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها أنّ" المحكمة العليا لها الرقابة التامة على تكييف العقد"[5] .

---

[1] - Jean – Pierre Scarano , op.cit, p. 124.

[2]- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، في الهامش ،ص 928 .

[3] -Civ. 25 oct 1983 , gaz Pal 1984.

[4]- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 317 .

[5]- أنظر، القرار الصادر في 09 جوان 1980 ، نشرة القضاة ، 1982 ص . 168.

و يدخل في تكييف العقد معطيات واقعية كانت بالتأكيد محل نقاش ، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يأخذ بها على وجه الخصوص ، و بالتالي فإن العديد من وسائل الدعم التي تقترح تكييفا جديدا يتم إعلانها ممزوجة بالواقع و القانون ، و إنطلاقا من ذلك غير مقبولة ، و هذا على سبيل إستبدال التفويض في الدين بحوالة عن الدين [1].

و بصدد تكييف العقد ، إتجهت المحكمة العليا الجزائرية بموجب قرار صادر عنها في 20-05-1990، إلى تكييف العقد محل النزاع على أنه عقد تجاري وليس حرفي ، بالإستناد على المرسوم رقم 88-230 المؤرخ في 05-11-1988 ، المتعلق بسجل الصناعات اليدوية أوالحرفية فقالت المحكمة بموجب هذا القرار أنه من "المقرر قانونا أن الحرفي هو كل شخص يملك مؤهلات مهنية ثابتة بشهادات تأهيلية ومسجل في سجل الصناعات اليدوية و الحرفية في البلدية المقيم بها ، و من ثم فإن النعي على القرار بخرقه القانون في غير محله .

و لما كان من الثابت في قضية الحال ، أن الطاعنة، تنعي على القرار المطعون فيه الخطأ في تكييف العقد الذي يربطها بالمطعون ضده. و قضاة المجلس بتقريرهم أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية و ليست حرفية ، اعتمادا على الوثائق المقدمة من طرف المطعون ضده – سجل تجاري – و على مالهم من سلطة تقديرية في تقدير الوقائع ، كانوا مطبقين القانون التطبيق الصحيح"[2]. وبالتالي كيفت المحكمة العليا العقد بأنه عقد تجاري وليس حرفي.

الفرع الثالث

الرقابة على تحريف العقد

مارست محكمة النقض الفرنسية الرقابة على تحريف العقد بداية من القرن 18[3] حيث إستقرت على أنه إذا لجأت محكمة الموضوع إلى تفسير عقد واضح Clair، فإن محكمة النقض تعتبر أن محكمة الموضوع قد تكون خالفت في هذه الحالة القانون بتشويهها نية المتعاقدين ، وبالتالي تكون رفضت القضاء بما أراده المتعاقدان عند إنشاء العقد. و هذه مخالفة لأحكام القانون التي تحتم عليها أن تحترم إرادة المتعاقدين[4] .

[1]- أنظر، قرار رقم 19 ، نقض تجاري فرنسي 21 أبريل 1977 .

[2]- أنظر، القرار المؤرخ في 1990/05/20 ، ملف رقم 66988 ، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992 ،ص. 93 .

[3] - Henri Espotan , François Terré , Yves Lequette « Les grands arrêts de la juris prudence civile . » Op .cit, P. 112 .

[4]- جورج سيوفي ،المرجع السابق ، ص .276 .

كما يرى القضاء الفرنسي و المصري الأخذ بالإرادة المستمدة من عبارة العقد الواضحة، ولا يجوز رفض تطبيقها، إذ يتضمن ذلك انحرافا عن المعنى الظاهر للاتفاق، مما يؤدي إلى تحريف ، العقد غير أن محكمة النقض تميز بين المعنى الظاهر لعبارة العقد و المعنى الغير ظاهر ، فإذا إلتزم القاضي في تفسيره للشرط المتنازع عليه بالمعنى الظاهر لعبارته ، و ضمّن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان ، فلا يكون مطالبا بعد ذلك بسرد أسباب أخرى لاستناده بأخذه بالمعنى الظاهر للعبارة [1].

ففي حالة الوضوح في مضمون العقد و إرادة المتعاقدين، لا يكون للمحكمة الحق في تفسير العقد،و في البحث عن مضمونه و عن الغرض المقصود منه[2] ، و لكن إذا وجد هناك نقص في نص العقد كما لو لم يرد في نصوصه عن نتائج الواجبات المتبادلة بين المتعاقدين، فالقاضي في هذه الحالة يتدخل لإكمال النقص في نص العقد[3] .

كما رأت محكمة النقض الفرنسية[4] بأنه لا يجوز للقضاة في حالة وضوح بنود العقد، تحريف الالتزامات التي تترتب عنها و تعديل شروط و بنود العقد التي تضمنها .

و لذلك قالت بأنه من حق محكمة النقض أن تراقب أحكام قضاة الموضوع عندما تكون المصطلحات أو الألفاظ المستعملة من الأطراف واضحة و محددة ، فتفسير العقد لا يكون في حالة كون العقد واضح و محددة . والقضاة بقيامهم بهذا التفسير خرقو الإرادة الظاهرة للأطراف وأيضا م. 1134(ق.م.ف.) التي مفادها أن "العقد شريعة المتعاقدين "[5].

و في قرار لمحكمة النقض بمصر فإنه"إذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم في تفسيره للشرط المتنازع عليه، عقد الهبة بالمعنى الظاهر بعبارته ،و ضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان، فلا يكون مطالبا بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر، فيكون عليها عندئذ أن تبين سبب هذا العدول"[6] .

فإذا كان تفسير محكمة الموضوع لعبارات العقد هو ما تحمله هذه العبارات و ليس فيه خروج عن مدلولها الظاهر، فإنه يخرج عن رقابة محكمة النقض .

---

[1]- أنظر، م .148 (ق.م.م.)، وم. 370 من قانون الموجبات والعقود البناني و م .107 (ق.م.ج.).

[2]- أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط . 2004 ، ص . 167 .

[3]- إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص . 247.

[4] -Cass .civ , ,15 Avril 1872 , (O P 72 ,1,176,5,72,1,232).

[5] - Henri Espotan , François terré , Yves Lequette « les grands arrêts de la juris prudence civile . », Op .cit, p108.

[6]- أنظر ، القرار المؤرخ، في 1962/02/15، نقض مدني مصري، رقم 324. .

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من تحريف العقد في قرار صادر بتاريخ 2002/01/16 مفاده أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، و ذلك برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية ، مادام قصد المالك كان ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته [1].

كماذهبت المحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ 1991/06/16 بصدد تفسير عبارات العقد الواضحة التي يعدّ الانحراف عنها خرقا للقانون، إلى أنه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له . و من ثم فإن مخالفة القضاء لهذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

و لما كان من الثابت في القضية المعروضة ، أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات م.203 (ق.ت.) لم تحترم،خرقوا القانون ، وبالتالي خرجوا عن مضمون العقد[2] .

الفرع الرابع

الرقابة على تكملة العقد

الأصل أنّ القاضي يملك القيام بمحاولة الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، عن طريق إتباعه إحدى طرق التفسير المختلفة . لكن إذا لم يتمكن من التفسير الصحيح للعقد بهذه الطرق يلجأ ، إستثناءا ، إلى عملية تكملة العقد ، بالرجوع إلى قواعد " القانون ، العرف أوالعدالة " [3] .

وتحديد القاضي لنطاق العقد يخضع لرقابة محكمة النقض، فيستطيع التعقيب على حكم القاضي في تحديد هذا النطاق ، و يكون حكم القاضي معرضا للنقض ، إذا لم يدخل في نطاق

[1]- أنظر، القرار المؤرخ في 2002/01/16 . ملف رقم 278004 ، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص . 367.
[2]- أنظر، القرار المؤرخ في 1991/06/16 . ملف رقم 80816 ، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1993، ص . 151.
[3]- أنظر، م. 107ف.3 (ق.م.ج.) ، وتقابله م. 148(ق.م.م) ، م.370 قانون الموجبات والعقود اللبناني ،وم.1134(ق.م.ف.).

العقد و هو ما يعفي به طبيعة الالتزام أو نصوص القانون ، العرف أو العدالة ، لأن ما يزيد في نطاق العقد أو إنقاصه هو إدخال ما لا يجوز إدخاله بمقتضى العوامل المكملة [1].

كما يجب على القاضي وفقا لأحكام تكملة العقد ، أن يكمّل العقود ، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمّى، و إما بالرجوع إلى القواعد الموضوعة لأكثر العقود

تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره. و من الأمثلة على ذلك ما لو تم عقد بيع بضاعة من نوع وكمية معينين بين غائبين و تعهد البائع أن يوصل البضاعة المبيعة إلى محل المشتري ، بعد أن يكون نقلها من بلده ، حيث هي ، إلى بلد المشتري بواسطة إحدى وسائل النقل ، فإذا لم يرد نص على تحمل مخاطر المبيع خلال نقل البضاعة ، فإن القاضي يعود إلى نص القانون إن وجد، أو إلى القواعد الموضوعة للعقد[2] الذي يراد تفسيره[3] .

وما يمكن إستخلاصه أخيرا ، أن محكمة النقض تفرض رقابتها على قاضي الموضوع في حالة التفسير ، بحيث لا يمكنه الخروج عن مضمون العقد بالقيام بتحريفه، والخروج على المعنى الواضح والدقيق لعبارته ، كما تفرض محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع في حالة تكملة العقد والتكييف ، حيث أن محكمة النقض تعتبر محكمة قانون وليس محكمة موضوع ، فهي تراقب التطبيق للقانون من جانب هذا الأخير .

[1]- محمد صبري سعدي ، المرجع السابق ، ص . 321،322 .

[2]- نصت م. 361(ق.م.ج.) " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " وتقابلها نص م. 399 ق .موجبات لبناني "بأن على البائع أن يتحمل مخاطر البيع في مدة سفره، إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكن هناك نص مخالف ، أي أنه إذا سكت المتعاقدان في العقد عن أيهما يتحمل مخاطر المبيع".

[3]- جورج سيوفي ، المرجع السابق ، ص . 274.

الخاتـمة

يعتبر التأويل عملية ذهنية يقوم بها القاضي، و تعتمد على المهارات و القدرات والإمكانات التي يتمتع بها هذا الأخير، لذا ينبغي على القاضي أن يكون له دراية كبيرة بقانون العقود .

وما يمكن إستخلاصه من خلال بحثنا المتواضع، أنه يمكن للقاضي تأويل العبارة الغامضة والوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، و ذلك من خلال معايير العرف و الأمانة و الثقة م.111 (ق.م.ج.) ، كما يمكنه القيام بتفسير العبارات الواضحة ، إذا كانت لا تدل على مدلولها الحقيقي .

فلا يجوز للقاضي الإنحراف عن العبارة الواضحة بقصد تفسيرها، وبذلك يكون القاضي قد وقع في تحريف العبارة عن معناها الحقيقي ، و هي التي تجعل حكمه معرضا للنقض .

إضافة إلى المعايير و الأسانيد التي يضعها المشرع ، و التي توضح طريقة تفسير العقد ، والتي وضحها المشرع الجزائري في م.111 و 112 (ق.م.ج.)،و المشرع المصري في م.149 و 150(ق.م.م)، المشرع الفرنسي الذي وضع فصلا كاملا يتضمن تفسير العقد ، من م. 1154 إلى المادة 1164 (ق.م.ف.) إضافة إلى المادة 1134و 1135 (ق،م،ف.)، فالقاضي مطلوب منه تفسير العقد ، كما هو مطالب بتفسير القانون. وله الأخذ برأي الفقهاء في مجال التفسير، مع وضع طرح لتفسير القانون ، كما بينت م.1156 (ق.م.ف) المذكورة سابقا، و طرحت القاعدة العامة لتفسير العقد .

كما نلاحظ تداخل أفكار بعض الفقهاء فيما يخص عملية تأويل العقد وتكملته. والمشرع الجزائري لما تكلم عن تكملة العقد في م.107 ف.3 (ق.م.ج.)، لم يأت بنص واضح كما فعل المشرع اللبناني الذي تكلم عنه في م.370 قانون الموجبات والعقود، و حتى المشرع المصري لم يأت بنص واضح ولم يساير المشرع اللبناني و لا المشرع الفرنسي .

كذلك يوجد فرق بين تأويل العقد و تعديل العقد، فيمكن أن يكون التعديل بعد التأويل و

بنود التفسير ، عكس المشرع المصري الذي بقيت مواده غامضة و إكتفى بمادتين فقط وتلاه المشرع الجزائري ، فهي لا يمكن و يمكن للقاضي أن يقوم بتكييف العقد و ذلك بتصنيفه إلى عقد من العقود و هو عملية يخضع فيها القاضي إلى خبرته و إطلاعه على العقود .

و عقد البيع إعتبره المشرع مجرد عقد من العقود وضمه تحت تفسير القاعدة العامة م.111 و 112 ولم يخصص له مادة واضحة لتفسيره ، بينما نلاحظ المشرع الفرنسي تطرق إليه ضمن فصل Interprétation du contrat وخصص له مادتين لتفسيره .

غير أن تفسير العقد إهتم به المشرع الفرنسي و خصص له فصلا كاملا موضحا للقاضي جميع بنود التفسير، غير أن المشرع اللبناني ساير المشرع الفرنسي و أتى بمواد تماثل القانون المدني الفرنسي ، مما سهل على القاضي عملية تفسير العقد، عكس المشرع المصري الذي بقيت مواده غامضة و اكتفى بمادتين فقط وتلاهم المشرع الجزائري، فهي لا يمكن أن تعطي للقاضي الحرية المطلقة في التفسير ، و بالتالي يمكن أن يقع في التحريف، والخروج على المعنى الحقيقي للعقد .

وعلى المشرع الجزائري أن يتدارك الأمر و يساير المشرع الفرنسي في تفسير العقد، و عليه بوضع قواعد قانونية تخدم القاضي و المتقاضي، كما يجب أن تكون هذه القواعد واضحة حتى يسهل التعامل معها، و لا يمكن أن تخضع لأكثر من تأويل أو معنى .

كما أن التأويل لم يحض بجانب كبير من الفقه ما عدا الفقه الفرنسي الذي كان له الفضل الكبير في تبيان قواعد التفسير ، لذا كان عبارة عن قواعد قانونية يلجأ إليها القاضي في التفسير عادة كتطبيق النص القانوني الذي يكون على الواقعة .

و نلاحظ بأن تأويل العقد له علاقة بكل العقود الخاصة فيمكن الاهتمام بهذا الموضوع وإعطاء جانب من البحث حتى يمكن ربط القانون بالواقع ، فلا يمكن للقاضي وحده أن يعمل ويفسر بدون وجود نص قانوني واضح ، و بدون وجود إجتهادات فقهية و قضائية على السواء فالقضاء في فرنسا لم يسع إلى التطور إلا بالاجتهادات والكتابات ، و لذلك نلاحظ ندرة المقالات

كما نجد هذا الموضوع في المصادر العامة فقط، و يبدوا للكثير أنه موضوع لا يحتاج إلى البحث لكنه العكس، موضوع حساس و له علاقة بجميع المواضيع و القوانين .

ورغم أن النصوص الخاصة بتفسير العقد في القانون المدني الجزائري جاءت قليلة وغير مفصلة وعاجزة عن تنظيم مقتضيات التفسير، فإن المشرع وعبر عمليات تعديل القانون المدني المتكررة[1]، لم يتدارك هذا النقص والعجز. وذلك على العكس تماما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني اللبناني ،اللذان يتضمنان فصلا كاملا بصدد تفسير العقد .

كما نأمل في المستقبل أن يشمل تعديل القانون المدني ، هذا الموضوع ، و أن تكون هناك كتابات ومقالات تتعلق بتأويل العقد .

[1]- بموجب القانون رقم 80-07 المؤرخ في أغشت 1980 ، والقانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983، والقانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 . والقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988 ، والقانون رقم 89-01 المؤرخ في 007فبراير 1989،والقانون رقم 05-10 المؤرخ 20يونيو 2005 (ج ر 44 ل ، 2005/06/26) ، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13مايو 2007 .

قائمة المراجع باللغة العربية

المراجع العامة

1-أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام العقد و الإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية ط. 2004 .

2-أشرف إدوارد حنا ،الحديث في قضاء النقض المدني، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، بالمنيا، شركة ناسي للطباعة، ط. .1999

3-بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، التصرف القانوني ، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 1999.

4-بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دار الفجر للنشر و التوزيع ط. 2007 .

5-أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للالتزام ،دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة،الإسكندرية ، ط.2005 .

6-دائرة العدل ، دبي ،مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد التجارية والعمالية والأحوال الشخصية ، العدد الثالث عشر، عام 2002 .

7-رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ط. 2002 .

8-سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة ، عقد البيع و الكفالة ط .الخامسة، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، ط. 1998 .

9-صاحب عبيد الفتلاوي ، تحول العقد ، مكتبة الثقافة و التوزيع ، عمان ، الأردن ط. 1997 .

10-عبد الحميد الشواربي ،فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه،منشأة المعارف ، الإسكندرية ط

11-عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية و التقصيرية والعقدية ، عالم الكتب، القاهرة ، ط. 1979 .

12-عبد المنعم موسى إبراهيم ،حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ،ط. 2006 .

13-علي فلالي ، النظرية العامة للعقد ، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر ط.2001.

14-عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون المدني الجزائري مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، ط. 2001 .

15-فؤاده محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة ، الإسكندرية ط. 2004 .

16-فتحي عبد الرحيم عبد الله ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، شرح النظرية العامة للالتزام، منشأ المعارف، الإسكندرية، ط. 2001 .

17-لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، ط . .1990

18-محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية ، الأزاريطة ، ط 2006.

19-محمد حسين منصور ، مبادئ قانون التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط. 1999.

20-محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ،دار الكتب الحديثة، ط .2003 .

22-محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، مطبعة الرياض ، دمشق ، ط .1980،.1981

23-محي الدين إسماعيل ، نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الإسلامية بدون طبعة

24-مصطفى محمد جمال ، أصول التأمين (عقد الضمان) ، دراسة مقارنة للتوزيع والفقه و القضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، ط ..1999

25-نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ،الجزء الأول، مصادر الالتزام، مصادر الإرادية العقد، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية ، ط 1994.

26-نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد (المدنية و التجارية) دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط. 2002.

المراجع الخاصة

1-أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا للقواعد الإثبات، دار المعارف، الإسكندرية ،ط .2002.

2-جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت، طبعة 2000 .

3-جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، ط .2000.

4-عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني و المصري و المقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية، ط .2002.

5-عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 1998.

6-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1998.

7-عمر بن سعيد ، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، ط .2001 .

8-معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على النصوص القانونية،منشأة المعارف الإسكندرية ، ط .الرابعة .1998

9-إلياس ناصيف ،موسوعة العقود المدنية و التجارية ، مفاعيل العقد ، الجزء الثاني، بدون دار النشر ، ط. 1998.

قائمة الرسائل والمذكرات الجامعية

1- بن احمد الحاج ، النظام التعاقدي في القانون المدني الجزائري و متطلبات التجارة الدولية، مذكرة ماجيستير جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس،الجزائر، سنة 2002-2003.

2- بن حيارة عباس ، مبدأ استقرار المعاملات و العقد القابل للإبطال ، جامعة جيلالي اليابس، مذكرة ماجستير جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ،الجزائر، سنة 2003 - 2004.

3- بن مغنية محمد ، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، سنة 2005-2006.

4- حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر، سنة 1996

5- خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ مذكرة ماجستير (فرع العقود و المسؤولية) جامعة الجزائر، سنة 2001 .

6- عاشور فطيمة ، تفسير العقد على ضوء (ق.م.ج.)، مذكرة ماجستير (فرع العقود والمسؤولية) ،جامعة الجزائر ، سنة 2003-2004 .

مقالات باللغة العربية

1- أحمد عيسى، الدولة بين الأفراد و الجماعة في المجال التعاقدي، مجلة تلمسان، العدد 04-2007، ط.2007 .

2- الإذعان و عقد التأمين ورقة عمل مقدمة في مؤتمر " القضاء و التأمين " في 28- www.lac.com jo/Resear 26 htm, 2002/08/30

3- مصطفى عطية المحامي " مقال حول تكييف و تفسير العقد في 30-12-2004 htt/arabodvocates.4t.com/10.htm.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية

1-Alain Benbent, Droit civil , les obligations, 7ème édition, Mont chrestien, E. J.A, Paris 1999 .

2-Brigitte ,H ess – fallon , Aide mémoire , droit civil , 8ème édition, 2005.

3-Bruno Oppetit، Philosophie du droit, Dalloz , 1999.

4-Christian Lopoyade des Camps , Droit des obligation, ellipeses, 1998.

5-Claud J Bern , Hubert Groutel , Droit des assurances , 9ème édition, DALLOZ , 2005 .

6-Denis Berthian , Droit des obligations , édition, 2000 .

7-François Terre , Droit civil, les obligations , 9ème édition ,2005.

8-Henri Espotan , François , Yves Lequette : « Les grands arrêts de la juris prudence civile . » Tome 2 .Obligations ,contra spercause surêtés, Dalloz , 11eme éditions, 2000.

9-Jean Pierre Scarino ,Dictionnaire du droit des obligations, Ellipeses, 1999.

10-Mazeaud Henri , Jean mazeaud , par François Chabas, Leçons de droit civil , Tome II , premier volume, les obligations 9ème édition , Monchertien , Delta, paris, 2000 .

11-Nouhad Rizkhallah , Introduction à l'étude du droit et des grands systèmes de droit contemporains , Tome premier, M.A.j.1ème édition Beyrouth, 1984 .

12-Patrik Canin , Droit civil , les obligations , hachette supérieure, 2002.

مقال باللغة الفرنسية

Philipe le Tourneau ,Bonne foi ,contrat et obligations ,rep, Dalloz, 1999.

الفهـرس

المقدمة
:.....01
الفصل الأول: حالات تأويل العقد ومجالاته
.....06
المبحث الأول: حالات تأويل العقد.....08
المطلب الاول: سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة.....08
الفرع الأول : ماهية وضوح عبارة العقد.....08
أ-تعريف العبارات الواضحة 08
ب- البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين 09
الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من عملية تأويل العبارات الواضحة 11
أ- موقف الفقه.....11
1 -الأراء المؤيدة لتأويل العبارات الواضحة 11
2- الأراء المعارضة لتأويل العباررات الواضحة.....13
ب- موقف القضاء من وضوح عبارات العقد.....14
1- الموقف الأول للقضاء.....14
2-الموقف الثاني للقضاء.....15
المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض
العبارة.....16

الفرع الأول: ماهية غموض العبارة.....17
أ- مبررات غموض العقد.....18
ب- العبارة التي تتحمل أكثر من عبارة.....18
ج- موضوع العقد هو محل التأويل.....20
الفرع الثاني: الأخذ بالغرض كدافع من أجل تأويل العقد.....21
أ- موقف القضاء الفرنسي من الغرض. 22
ب-موقف القضاء المصري.....22
ج-موقف القضاء الجزائري.....23
المطلب الثالث: النية المشتركة.....24
الفرع الاول: طبيعة التعامل 24
الفرع الثاني: الأمانة والثقة 26
الفرع الثالث: العرف. 30
أ- طبيعة العرف.....32
ب-عرف بلد الإبرام.....33
المبحث الثاني: مجال تأويل بعض العقود.....35
المطلب الأول: تأويل عقد الإذعان 35
الفرع الأول: طبيعة عقد الإذعان.....35
الفرع الثاني: تفسير الشك للطرف المذعن.....37
أ- مفهوم حالة الشك.....37
1-تأويل الشك في مصلحة الطرف المذعن.....38
2-تأويل الشك لمصلحة المدين.....38
ب- دور القاضي في الكشف عن الشرط التعسفي في عقد الإذعان.....40
المطلب الثاني: تأويل عقد التأمين.....42
الفرع الأول:مفهوم عقد التأمين.....42

أ-عقد التأمين من عقود حسن النية.....	43
ب-عقد التأمين من عقود الإذعان.....	44
الفرع الثاني: تأويل عقد التامين لصالح المؤمن له.....	45
المطلب الثالث: تأويل عقد البيع.....	46
الفرع الأول: تأويل الشك لصالح الملتزم.....	46
الفرع الثاني :موقف القضاء من تأويل عقد البيع	48
أ-افتراض علم البائع	49
ب-من واجبات البائع القيام بالإعلام.....	50
ج-الأخذ ببعض طرق الإثبات في تفسير عقد البيع.....	51
الفصل الثاني: آثار تأويل العقد وموقف القضاء من رقابة التأويل.....	52
المبحث الأول: آثار تأويل العقد.....	54
المطلب الأول: تكييف العقد.....	54
الفرع الأول: ماهية تكييف العقد..	54
أ-أهمية تكييف العقد.....	55
ب- تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي.....	56
الفرع الثاني: العبرة في تكييف العقد بما قصده المتعاقدان.....	58
المطلب الثاني: تحريف وتكملة العقد.....	61
الفرع الأول: تحريف العقد عن موضعه الأصلي	62
الفرع الثاني: تكملة العقد.....	64
أ-القوانين المكملة للعقد.....	65
ب-العدالة العقدية.....	65
ج-العرف كعامل لتكملة العقد.....	66
د-طبيعة التزام العقد.....	66

المطلب الثالث: تعديل العقد والطرق المتبعة من طرف القاضي.....	68
الفرع الأول: لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين.....	68
أ-جواز الاتفاق على تعديل العقد صراحة أو ضمنيا.....	70
ب-العقد قانون المتعاقدين.....	71
ج-دور القاضي في استبعاد الشرط الباطل.....	73
الفرع الثاني : الشرط الجزائي.....	73
أولا-مدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي	74
أ-سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي.....	74
ب-سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....	74
1-التنفيذ البعض من الالتزام.....	75
2-تقدير الشرط الجزائي أكثر من المتفق عليه.....	75
ج-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....	75
د-رأي الفقه حول الشرط الجزائي.....	76
الفرع الثالث:	
أ- تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ.....	78
ب-سلطة القاضي التقديرية.....	79
ج-الإستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية.....	80
د-القاضي لا يملك تعديل العقد.....	80
المبحث الثاني: دور القضاء في عملية التأويل.....	82
المطلب الأول: دور قاضي الموضوع.....	82
الفرع الأول : محكمة الموضوع لها الحق في تفسير جميع العقود.....	82
أ-قاضي الموضوع له أن يوفق بين شروط العقد	84
ب-تقدير قاضي الموضوع للوقائع.....	84

الفرع الثاني: محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رأيها.....	85
المطلب الثاني: موقف الجهة العليا من الرقابة (محكمة النقض)	88
الفرع الأول: الرقابة على تأويل العقد	89
الفرع الثاني: الرقابة على تكييف العقد.....	91
الفرع الثالث: الرقابة على تحريف العقد عن موضعه الأصلي.....	94
الفرع الرابع: الرقابة على تكملة العقد.....	96
الخاتمة.	98
الفهرس	

الفهرس

المقدمة 01

الفصل الأول: حالات تأويل العقد ومجالاته..... 07

المبحث الأول: حالات تأويل العقد 08

المطلب الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح العبارة..... 08

الفرع الأول: ماهية وضوح عبارة العقد..... 09

أ-تعريف العبارات الواضحة..... 09

ب-البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين..... 10

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من تأويل العبارات الواضحة 12

أ-موقف الفقه..... 12

1 -الأراء المؤيدة لتأويل العبارات الواضحة 12

2- الأراء المعارضة لتأويل العبارات الغامضة 13

ب -موقف القضاء من وضوح العبارة..... 14

1-الموقف الأول للقضاء..... 14

2-الموقف الثاني للقضاء..... 15

المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض العبارة..... 16

الفرع الأول: ماهية غموض العبارة..... 17

أ.مبررات غموض العقد 18

ب-العبارة التي تتحمل أكثر من دلالة 18

ج-موضوع العقد هو محل التأويل 20

الفرع الثاني: الأخذ بالغرض كدافع من أجل تأويل العقد 22

أ-موقف القضاء الفرنسي من الغرض 22

ب-موقف القضاء المصري من الغرض 22

ج-موقف القضاء الجزائري..... 23

المطلب الثالث: النية المشتركة..... 24

.....
الفرع الأول: طبيعة التعامل 24
الفرع الثاني: الأمانة والثقة 26
الفرع الثالث: العرف كعامل لتأويل العقد..... 30
أ-طبيعة العرف..... 32
ب-عرف بلد الإبرام..... 33
المبحث الثاني: مجال تأويل بعض 35
العقود.....
المطلب الأول: تأويل عقد 35
الإذعان.....
الفرع الأول: طبيعة عقد الإذعان..... 35
الفرع الثاني: تفسير الشك للطرف المذعن..... 37
أ-مفهوم حالة الشك..... 37
1-تأويل الشك في مصلحة الطرف المذعن..... 38
2-تأويل الشك لمصلحة المدين..... 38
ب-دور القاضي في الكشف عن الشرط التعسفي في عقد الإذعان..... 40
المطلب الثاني: تأويل عقد 42
التأمين.....
الفرع الأول:مفهوم عقد التأمين..... 42
أ- عقد التأمين من عقود حسن النية..... 43
ب-عقد التأمين من عقود الإذعان..... 44
الفرع الثاني: تأويل عقد التامين لصالح المؤمن له..... 45
المطلب الثالث: تأويل عقد البيع..... 46
الفرع الأول: تأويل الشك لصالح الملتزم..... 46
الفرع الثاني:موقف القضاء من تأويل عقد البيع 48
أ-افتراض علم البائع..... 49

ب-من واجبات البائع القيام بالإعلام..... 50
جـ- الأخذ ببعض طرق الإثبات في تفسير عقد البيع..... 51
الفصل الثاني: آثار تأويل العقد وموقف القضاء من رقابة التأويل..... 52
المبحث الأول: آثار تأويل العقد..... 53

المطلب الأول: تكييف العقد..... 54
الفرع الأول: ماهية تكييف العقد..... 54
أ-أهمية تكييف العقد..... 55
ب- تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي..... 56
الفرع الثاني: العبرة في تكييف العقد بما قصده المتعاقدان..... 58
المطلب الثاني: تحريف وتكملة العقد..... 61
الفرع الأول: تحريف العقد عن موضعه الأصلي..... 62
الفرع الثاني: تكملة العقد..... 64
أ-القوانين المكملة للعقد..... 65
ب-العدالة العقدية..... 65
ج-العرف كعامل لتكملة العقد..... 66
د-طبيعة التزام العقد..... 66
المطلب الثالث: تعديل العقد والطرق المتبعة من طرف القاضي..... 68
الفرع الأول: لا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفي..... 68
أ-جواز الاتفاق على تعديل العقد صراحة و ضمنيا 70
ب-العقد قانون المتعاقدين..... 71
ج-دور القاضي في استبعاد الشرط الباطل..... 73
الفرع الثاني : الشرط الجزائي..... 73
أولا-مدى سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي 74
أ-سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي..... 74
ب-سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي..... 74
1-التنفيذ البعض من الالتزام..... 75
2-تقدير الشرط الجزائي أكثر من المتفق عليه..... 75

ج-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي..... 75
د-رأي الفقه حول الشرط الجزائي..... 76
الفرع الثالث: دور القاضي في نظرية الظروف الطارئة 76
أ-سلطة القاضي في تعديل العقد للحادث الطارئ..... 78
ب-سلطة القاضي التقديرية..... 79
ج-الإستثناء الوارد على سلطة القاضي التقديرية..... 80
د-القاضي لا يملك تعديل العقد..... 80
المبحث الثاني: دور القضاء في عملية التأويل..... 82
المطلب الأول: دور قاضي الموضوع..... 82
الفرع الأول : محكمة الموضوع لها الحق في تفسير جميع العقود..... 82
أ-قاضي الموضوع له أن يوفق بين شروط العقد..... 84
ب-تقدير قاضي الموضوع للوقائع..... 84
الفرع الثاني: محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رأيها..... 85
المطلب الثاني: موقف الجهة العليا من الرقابة (محكمة النقض)..... 88
الفرع الأول: الرقابة على تأويل العقد 89
الفرع الثاني: الرقابة على تكييف العقد..... 91
الفرع الثالث: الرقابة على تحريف العقد..... 94
الفرع الرابع: الرقابة على تكملة العقد..... 96
الخاتمة
..... 98
الفهرس 107

قائمة المختصرات

أ– باللغة العربية

ج.ر = الجريدة الرسمية

ف = الفقرة

ق.ت = القانون التجاري

ق.م.ج = قانون مدني جزائري

ق.م.ف = قانون مدني فرنسي

ق.م.م = قانون مدني مصري

ص = صفحة

ط = طبعة

م.ق = مجلة القضائية

ب– باللغة الفرنسية

art = article
c.c.f = code civil français
Civ = arrêt dune chambre civile de la cour de cassation
Obs = observation
Op.cit = oeuvre précitée
P = page
rep = répertoire