

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان



دور السكوت في التصرفات القانونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

من إعداد الطالب:

يعيش مجيد

أعضاء لجنة المناقشة:

أ. كحلولة محمد
أ. تشوار جيلالي ،
أ. شهيدة قادة ،
أ. تشوار زكية ،
أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، رئيسا
أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، مقرر
أستاذ محاضر، جامعة تلمسان، مناقشا
أستاذة محاضرة ، جامعة تلمسان، مناقشا

السنة الجامعية: 2007-2008

تشكرات

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا ، و نصلي و نسلم على من بعثه الله رحمة
للعالمين

نبينا محمد و على آله و صحبه و سلم تسليما كثيرا .
و أتقدم بعد حمد الله تعالى و توفيقه لنا على إنجاز هذه المذكرة ، الشكر
الجزيل و العظيم لأستاذي الدكتور تشوار جيلالي
على قبوله للإشراف

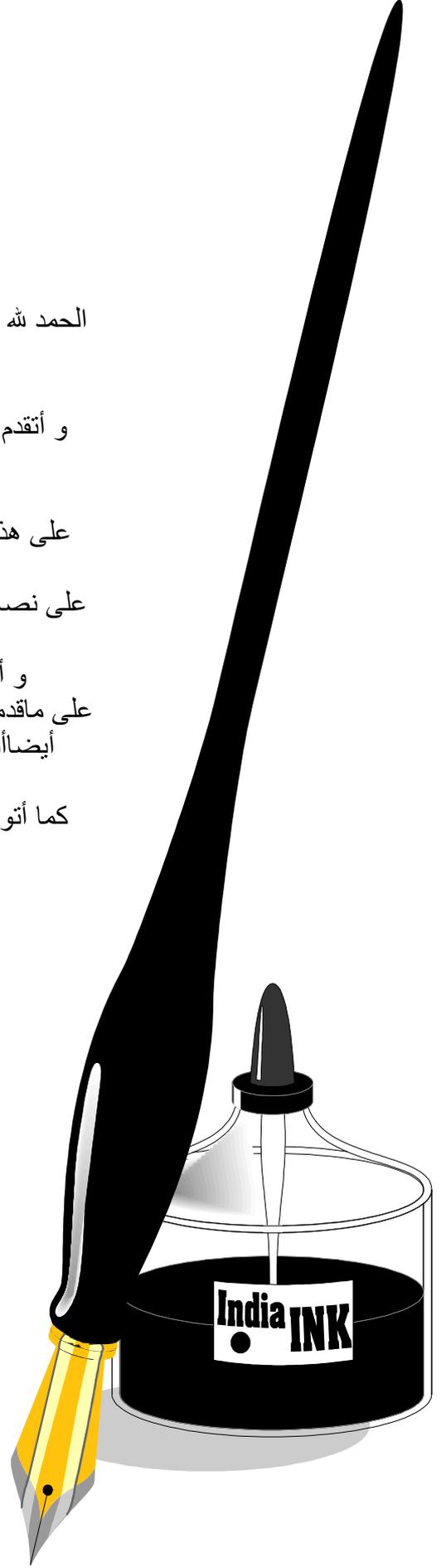
على هذا العمل ، و على ما قدمه لي من توجيهات و تصويبات ، وأشكره
كذلك

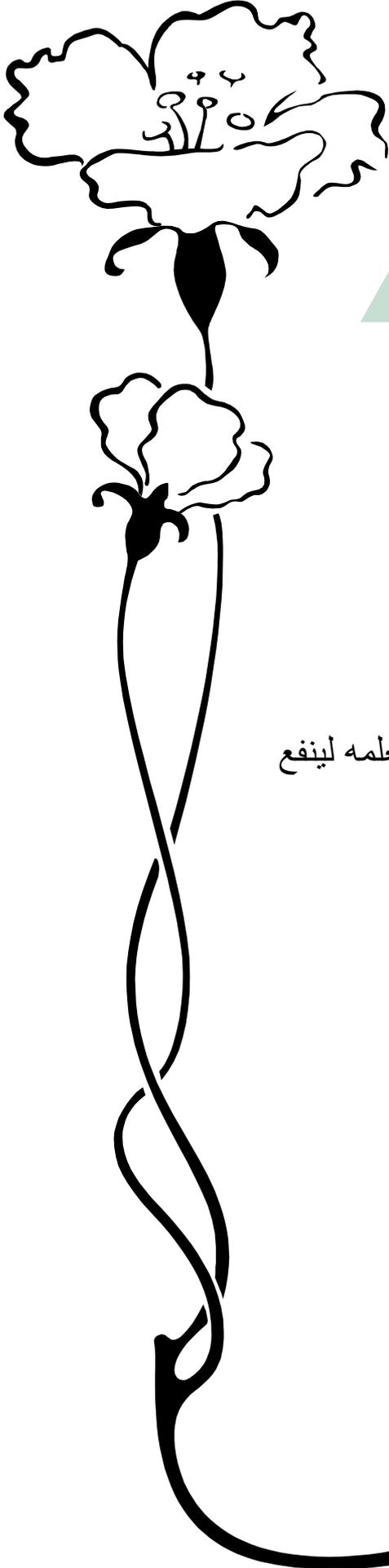
على نصائحه العلمية القيمة ، المفيدة والهادفة ، بالرغم من كثرة انشغالاته
و مهامه و قلة وقته

و أقدم شكري إلى أستاذي العزيز الدكتور عزوي عبد الرحمان
على ما قدمه لي من مساعدات و توجيهات، ولا يفوتني في هذا المقام أن أشكر
أيضا أستاذي الفاضل و المحامي الشاطر بركة مصطفى ، و إلى كافة
أساتذتي الذين درسوني و علموني .

كما أتوجه بشكر خاص إلى أعضاء مكتبة الحقوق كل باسمه وفي موقعه
على مساعدتهم الكبيرة و على تسهيلاتهم في الحصول
المادة العلمية و توفيرها .

و إلي كل أعضاء المكتبات الذين أعانوني، و إلي كل
شخص قدم لي مساعدة و إعانة وتوجيه لإتمام
إنجاز هذا العمل .





إهداءات

أهدي هذا العمل إلى والدي الكريمين
و إلى كافة عائلتي و أقربائي
و إلى كل أصدقاء الدراسة و الزملاء
و أخص بالذكر طراد إسماعيل
و إلى كل طالب حمل قلما ليتعلم علما نافعا، أو يعلمه لينفع
المسلمين خاصة و البشرية عامة

يعيش مجيد

قائمة المختصرات العربية

_ ص: صفحة.

_ ق.أ.ج: قانون أسرة جزائري.

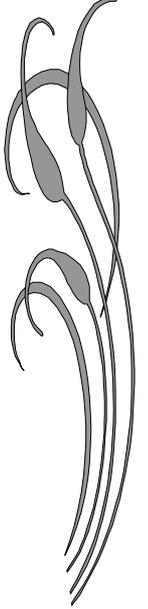
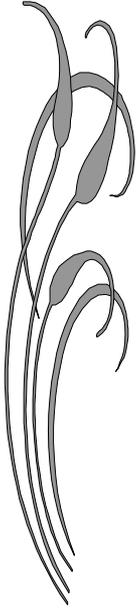
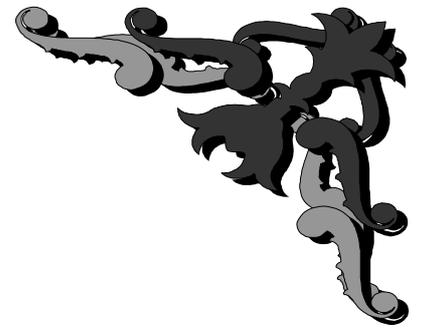
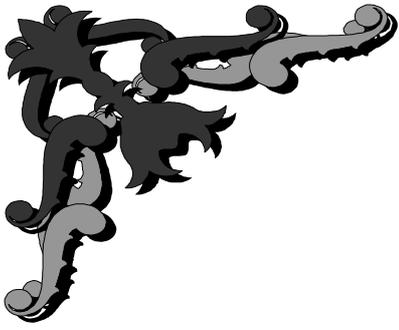
_ ق.ت.ج: قانون تجاري جزائري.

_ ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

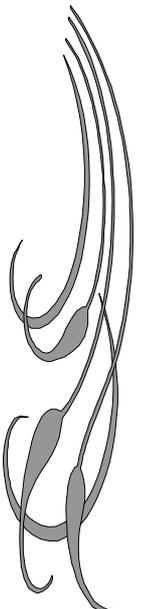
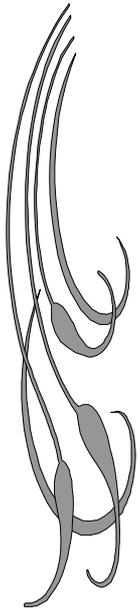
_ ق.م.م: قانون مدني مصري.

LISTE DES ABRÉVIATIONS :

- **BULL.** : bulletin des arrêts de la cour de cassation
- **CASS .CIV** : cassation civile.
- **C.C.F .** : code civil français .
- **D .** : Dalloz.
- **GAZ.PAL.:** Gazette du Palais.
- **J.C.P.** : juris – classeur périodique.
- **L.G.D.J.:** librairie générale de droit et de jurisprudence.
- **OP.CIT.** : Œuvre précitée.
- **P.** : page.
- **R.T.D.CIV.** : revue trimestrielle de droit civil
- **T.** : Tome



مقدم



تعتبر النظرية العامة للالتزامات روح القانون الخاص كله، وقلبه النابض. وهي تحتل في النظام القانوني مكانة سامية، لكون أن نشاط الأفراد في المجتمعات يتمثل في علاقات قانونية متعدّدة ومتنوّعة. وتتضمن نظرية الالتزامات القواعد العامة في تنظيم هذه العلاقات رغم تعدّدها وتنوّعها. فهي أساس القانون المدني، بل أساس القانون الخاص بفروعه المختلفة. وزيادة عن ذلك، فإنها تعتبر إلى حد كبير دعامة فروع القانون الأخرى، كالقانون الإداري، أو القانون الدولي العام. فنظرية العقد، و قواعد المسؤولية التقصيرية، و مبادئ الإثراء بلا سبب ليست قاصرة على علاقات الأفراد فيما بينهم، و إنّما يمتد إعمالها و نطاقها إلى علاقات الأفراد بالسلطات العامة. و إلى علاقات الدول في الجماعة الدوليّة بحسب ما يناسب موضوعات القانون العام .

ويقصد بالالتزام في هذا المقام، أنه رابطة قانونية بين شخصين، يجب بمقتضاها على أحدهما، ويسمى المدين، أن يقوم بأداء مالي لمصلحة شخص آخر، و يسمى الدائن. و الأداء المالي الذي يقوم به المدين إمّا إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين¹.

ويرجع أصل النظرية العامة للالتزام إلى القانون الروماني، فهو أول قانون نظم هذه النظرية من ناحية الصياغة الفنية القانونية، ثم جاء فقهاء القانون الفرنسي القديم، فاستمدوا صياغة النظرية من القانون الروماني، و كملوا هذه الصياغة و بلورها. و من الفقهاء الذين كان لهم الفضل في ذلك: DOMA في القرن السابع عشر ثم جاء من بعده POTHIER . ولقد استمد واضعو قانون نابليون أحكام هذه النظرية من هذين الفقيهين، و لاسيما من الفقيه POTHIER، ثم أخذت القوانين العربية أحكام هذه النظرية من القانون المدني الفرنسي، ولكن أكملتها بما أخذته من الشريعة الإسلامية من أحكام².

وتتعدّد مصادر الالتزام أي الأسباب المولدة له، والترتيب الذي اتبعه القانون المدني الفرنسي لمصادر الالتزام هو: العقد و شبه العقد، و الجريمة، و شبه الجريمة، و القانون. و كذلك نص القانون المدني المصري القديم على أن الالتزام ينشأ عن اتفاق أو فعل أو عن

¹ محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، (بدون سنة طبع)، ص. 5-6.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 29-31. 33؛ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.

نص القانون، أما القانون المدني المصري الحالي الصادر سنة 1949، فقد بوّب مصادر الالتزام في خمسة فصول و هي: العقد والإرادة المنفردة، و العمل غير المشروع، و الإثراء بلا سبب و القانون. ونص أيضا القانون المدني الجزائري على مصادر الالتزام و جعلها تتمثل في: العقد و الالتزام بالإرادة المنفردة، والفعل المستحق للتعويض وشبه العقود التي تضمّ (الإثراء بلا سبب و الدفع غير المستحق و الفضالة)، وأخيرا القانون³.

وتدرج مصادر الالتزام السابقة تحت قسمين أولهما يتعلق بالمصادر الإرادية، و التي تشمل العقد والإرادة المنفردة، و المصادر غير الإرادية و التي تشمل العمل غير المشروع، و الإثراء بلا سبب والقانون. وهذا التقسيم للمصادر إلى إرادية و غير إرادية يرجع إلى وجود الإرادة و اتجاهها إلى إحداث آثار قانونية أو إلى عدم إحداثها لتلك الآثار القانونية . وتتجلى أهمية الإرادة في الالتزامات عبر التاريخ في مبدأ سلطان الإدارة الذي مر بعدة مراحل تاريخية تطور خلالها و تبلور، و كذا تأثر بتقدم المجتمعات من الناحيتين الاقتصادية والسياسية.

وكانت الإرادة في أول الأمر في التشريع الروماني عديمة الأهمية في إنشاء العقود والالتزامات لكون أن الشكليات هي التي كانت المسيطرة و المهيمنة على إنشاء العقود. إلا أنه بعد تطور الحضارة الرومانية و مقتضيات الحياة و الحاجة إلى كثرة التبادل و السرعة في المعاملات أدّى إلى تخفيف حدّة هذه الشكليات، و إلى التمييز بين أهمية الإرادة و دورها و بين الشكلية في العقود وإلى إعطائها قسطا من الأثر القانوني. الأمر الذي أدى إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، و بالتالي إلى انتصار واستقلال مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود دون أن يقضي على الأوضاع الشكلية أو يسيطر عليها .

ولم تنقطع الشكلية في العصور الوسطى، إلا أن أهمية الشكلية بدأت تتناقص في نهاية القرن الثاني عشر، و أخذت أهمية الإرادة، تقوى بأثرها في تكوين العقود. و قد ساعد على التطور تأثير المبادئ الدينية والقانون الكنسي و إحياء القانون الروماني و التأثير به، و العوامل الاقتصادية والسياسية التي تطورت مع مسيرة الشعوب الحضارية، و ما جاء في القرن التاسع عشر حتى أصبح للإرادة أهمية بالغة.

³ محمد حسنين،الوجيز في نظرية الالتزام،"مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري"،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1983، ص.10

وبذلك أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتا مقررا. و ما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية و فلسفية و سياسية كلها متشعبة بروح الفردية، و لقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر، مما أدى إلى ظهور المبدأ و سيطرته وحده في مبدأ إنشاء الروابط القانونية. وعليه أصبحت الإرادة هي السلطان الأعلى و الأكبر في إحداث الآثار القانونية التي تترتب عليها، و ذلك في جميع الروابط القانونية سواء كانت عقدا أو تصرفا بإرادة منفردة⁴.

وما دامت الإرادة على هذا النحو من الأهمية، فإن دراستها تعتبر من الدراسات العلمية الكبيرة. و لكن الإرادة لا تبحث لذاتها، لأنها ظاهرة نفسية، و حتى يهتم القانون بها، فلا بد أن تنفصل عن كوامن النفس، لتبرز كظاهرة اجتماعية توجد في العالم الخارجي، و بهذا الوجود يتحدد ما تهدف إليه الإرادة من آثار قانونية. ووسيلة إبرازها إلى العالم الخارجي هو التعبير عنها، فهذا الأخير يجعل منها ظاهرة اجتماعية قابلة للدراسات في مختلف العلوم الإنسانية بما فيها العلوم القانونية. فالتعبير عن الإرادة هو الذي يبرز وجودها و أثرها .

وطرق التعبير عن الإرادة ينحصر دورها في تجسيد ما تهدف إليه من آثار قانونية، فقد يكون التعبير عنها صريحا أو ضمنيا. و هو الطريق العادي و الأصلي في إخراج الإرادة و إبرازها إلى العالم الخارجي. و لقد اعتنت مختلف التشريعات بتنظيم كلا التعبيرين وبيان دورهما في المعاملات القانونية، وبالأخص في التصرفات القانونية الصادرة عن الأفراد. إضافة إلى اهتمام التشريعات بتلك الطرق، فإن القضاء في معظم الدول اهتم بتطبيقها، و جعلها الفقه موضع دراسات و بحوث .

أما فيما يتعلق بالسكوت، فإذا التزم الشخص أو الفرد الصمت والسكوت، و لم يظهر إرادته تجاه سلوك من سلوكياته في علاقاته مع الأشخاص ومعاملاته، فلم يحظ بالدراسة الكافية والاهتمام على خلاف طرق التعبير الأخرى، هذا بالرغم من أنه يحتل موقعا كبيرا في حياة الأفراد، لأنه يرجع إليه في لحظات التفكير و عدم الاكتراث و في الانزواء و في غيرها من الحالات⁵.

⁴ محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، شركة دار الأمة، الجزائر، 1995، ص.5-

⁵ عادل جبيري محمد حبيب، قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة، "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.6-7-28.

ويثار في هذا الصدد تساؤل مفاده ، هل يعتبر السكوت هو الآخر طريق من طرق التعبير عن الإرادة إلى جانب التعبير الصريح و الضمني ؟

والواقع، لم تهتم غالبية التشريعات بمعالجة موضوع السكوت، لا باعتباره طريق من طرق التعبير عن الإرادة و لا بدوره في التصرفات القانونية بالذات. إلا أن البعض منها تناولت السكوت كطريق استثنائي للتعبير عن الإرادة. و لكن عرف القضاء في العديد من الدول تطبيقات له، واهتم كذلك الكثير من الفقهاء و الشراح القانونيين بدراسته وبيان أنواعه و دوره في التصرفات القانونية. وكذلك في الشريعة الإسلامية تناول الفقهاء موضوع السكوت في مواطن متفرقة في كتب الفقه و وضعوا له قاعدة فقهية خاصة به .

وتناول موضوع السكوت و تحديد دوره في التصرفات القانونية هو من الموضوعات الهامة، خاصة في مجال التصرفات القانونية المدنية، و كذا في مجال التصرفات القانونية التي لها صلة بالتصرفات المدنية كالتصرفات التجارية القائمة على السرعة و الثقة بين التجار، و لاسيما أن التصرفات القانونية هي عماد الحياة القانونية .

غير أنه بالرغم من أهمية هذا الموضوع إلا أنه لم ينل الدراسة الكافية له في التشريع الجزائري لا من قبل المشرع في القانون المدني، و لا من قبل الباحثين في ميدان القانون، و حتى أن التطبيق القضائي له قليل ما لم يكن منعدم في بعض المجالات. و هذا على عكس تشريعات أخرى التي أوضحت حكم السكوت و حالات اعتباره تعبيرا عن الإرادة، و التي عرفت كذلك تطبيقاتها القضائية مجالا واسعا له. و نال مكانته الكافية عند الباحثين و الشراح في فرنسا و مصر و في غيرهما من الدول .

وتظهر كذلك أهمية موضوع دور السكوت في التصرفات القانونية في عدة نواحي، منها خاصة تبيان حكم السكوت و مكانته بين طرق التعبير عن الإرادة؛ و كذلك الدور الذي يلعبه السكوت في إنشاء و تكوين التصرفات القانونية، و كذا دوره في تعديلها و في تنفيذها، و أيضا في إنهاؤها؛ وأيضا في الكشف عن طبيعة العلاقة بين السكوت و طرق التعبير عن الإرادة؛ ذلك مع إعطاء إطار قانوني خاص للسكوت في التعبير عن الإرادة.

وتواجه دراسة موضوع السكوت في التصرفات القانونية إشكالية أساسية هي: هل للسكوت دور في التصرفات القانونية؟ غير أنه يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات تدور حول: ما هو تعريف السكوت، وما هي أنواعه؟ وما هو تعريف التصرف القانوني وما هي شروطه وأنواعه؟ وهل للسكوت دور في تكوين التصرف القانوني؟ وهل للسكوت دور في تعديل التصرف القانوني؟ وهل له دور أيضا في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني؟ وهل للسكوت كذلك دورا في إنهاء التصرف القانوني؟

للإجابة عن الإشكالية الرئيسية و الإشكاليات المنفرعة عنها، سيتم التطرق إلى موضوع دور السكوت في التصرفات القانونية، و يتم الاقتصار فيه على دوره في التصرفات المدنية أي ما جاء بالذات في القانون المدني الجزائري وفي بعض القوانين المتصلة به كقانون الأسرة والقانون التجاري وقانون التأمين والعمل، وما جاء أيضا في الشريعة الإسلامية. ويستبعد فيه دراسة دور السكوت في قانون العقوبات وفي القانون الدولي العام، وأيضا يستبعد في دراسته حكم سكوت المشرع في النص على اختصاصات معينة و عن تصرفات معينة هذا من حيث القانون. ومن حيث الشريعة الإسلامية يستبعد في دراسته بيان حكم السكوت من حيث جوازه وحظره، و كذلك من حيث الإجماع السكوتي، وكذا من حيث سكوت الشرع عن بيان إيراد أحكام تصرفات معينة .

وتناول هذا الموضوع يكون حسب ما ورد في التشريع الجزائري و في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري و بعض التشريعات العربية و الغربية التي تطرقت له، و يكون ذلك بإتباع النهج التالي المتمثل في تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين أساسيين، يسبقهما فصل تمهيدي .

-الفصل التمهيدي: ماهية السكوت و التصرف القانوني و أنواعهما .

-الفصل الأول : دور السكوت في تكوين التصرف القانوني .

-الفصل الثاني : دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في إنهائه .



الفصل التمهيدي
ماهية السكوت والتصرف القانوني
و أنواعهما

قبل الخوض في دراسة موضوع دور السكوت في التصرفات القانونية، نتطرق في هذا الفصل التمهيدي إلى تحديد ماهية كل من السكوت و التصرف القانوني، و بيان أنواعهما، و ذلك لكون أن موضوع الدراسة يتعلق بهما ولأن البحث ينحصر فيهما، ومن أجل إعطاء صورة واضحة عنهما .

ولهذا سيتم معالجة هذا الفصل التمهيدي في مبحثين يتعلق الأول منهما بماهية السكوت وأنواعه، ويتعلق الثاني منهما بماهية التصرف القانوني و أنواعه .

المبحث الأول ماهية السكوت و أنواعه

في هذا المبحث يتم تحديد تعريف السكوت ومكانته بين طرق التعبير عن الإرادة في المطلب الأول، و في المطلب الثاني يتم دراسة أنواع السكوت .

المطلب الأول تعريف السكوت و مكانته بين طرق التعبير عن الإرادة

يتم تناول هذا المطلب في فرعين يتعلق أولهما بتعريف السكوت، وثانيهما بمكانة السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة .

الفرع الأول

تعريف السكوت

لبيان مفهوم السكوت و مقصوده، يتطرق أولاً إلى تعريفه لغة ثم إلى تعريفه إصطلاحاً.

أولاً: تعريف السكوت لغة

يُقال: سَكَتَ: السَّكْتُ و السُّكُوتُ: خلاف النطق، و قد سَكَتَ يَسْكُتُ سَكْتًا
وسُكَاتًا وسُكُوتًا، و أَسَكَتَ.

ويُقال سَكَتَ الصَّائِتُ يَسْكُتُ سُكُوتًا إذا صمت. و الإِسْمُ من سَكَتَ: السَّكْتَةُ
والسُّكُوتَةُ.

وقيل: سَكَتَ تعمد السُّكُوت، و أَسَكَتَ: أطرق من فكرة، أو داء، و السَّكْتَةُ
بالفتح: داء. ورجل سَاكِتٌ و سُكُوتٌ و ساكُوتٌ و سِكَيْتٌ و سِكَيْتٌ: كثير السُّكُوت.

ورجل سَكَتَ: قليل الكلام ، فإذا تكلم أحسن¹ و كذلك يستعار السكوت للسكون
والهدوء. وهذا من قوله تعالى: « **و لما سَكَتَ عن موسى الغضب أخذ الألواح و
في نسختها هدى ورحمة للذين هم لربهم يرهبون** »² أي سَكَنَ و هَدَأً³ .

بعد الإشارة إلى تعريف السكوت لغة والتعرض لبعض استعمالاته ومعاني تلك
الاستعمالات، يتم تناول تعريفه اصطلاحاً.

ثانياً: تعريف السكوت اصطلاحاً

يتعرض له من خلال مقصوده في الشريعة الإسلامية و في فقه القانون ولا سيما منه
فقه القانون المدني و هذا تبعاً لما يلي:

1- المقصود بالسكوت في اصطلاح الشريعة الإسلامية:

لا يختلف المراد به في اصطلاح الشريعة الإسلامية عن معناه اللغوي، ويعرف عند
فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه: "حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شيء ينبئ
عن الإرادة ويدل عليها"⁴.

¹ ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، 2004، ص. 214 .

² سورة الأعراف، الآية 154.

³ مجمع اللغة العربية، معجم ألفاظ القرآن الكريم، الطبعة الثانية، المجلد الأول، الهيئة المصرية العامة للتأليف و النشر، 1970، ص. 599.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، السكوت و دلالاته على الأحكام الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص. 16.

فالسكوت هو إخفاء و كتمان، و هو ما يحتزنه الشخص في طيات نفسه من إرادة أو عدم التعبير عن الإرادة بنوعيه الصريح و الضمني⁵. و يعني السكوت عند علماء التفسير في الأصل أنه

السكون، والإمساك و ترك الكلام⁶.

ولهذا المعنى الذي يحمله السكوت عبر عليه الإمام الشافعي بقاعدة «لا ينسب لساكت قول» ونقلها عنه الإمامين السيوطي و ابن نجيم في كتب الأشباه و النظائر، فهذه القاعدة هي ذات أهمية بالغة و معبرة عن معناها، إضافة إلى وضوحها و إيجازها⁷. وبالتالي، فالسكوت في الشريعة الإسلامية اصطلاحا يقصد به اتخاذ سلوك أو حالة سلبية تتمثل في عدم الاعتراض أو الموافقة صراحة، و هي لا تعتبر تعبيرا عن الإرادة.

2- المقصود بالسكوت في اصطلاح فقه القانون:

السكوت في اصطلاح فقه القانون لا يختلف أيضا هو الآخر معناه عن المعنى اللغوي له، وذلك بالنظر إليه بوجه عام، أو على أساس مدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة. بأنه عدم الكلام أو الكتابة، أو هو عدم M.- J. LITTMAN حيث عرفه الأستاذ . مضيفا إلى هذا التعريف، أن الإرادة هي الأساس الذي تقوم عليه⁸ إتيان فعل أو القيام به العلاقات القانونية، والكلام يعتبر هو الوسيلة الهامة و المعتادة للتعبير عن الإرادة، إلا أنه لا يعتبر الوسيلة الوحيدة لذلك، فقد يكون السكوت إحدى طرق التعبير عن الإرادة.

⁵ عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، "دراسة مقارنة"، مطبعة المدني، القاهرة، 1980، ص.10.

⁶ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الرابع، الجزء السابع، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص. 263.

⁷ عادل جبيري محمد حبيب، قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة، "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 31.

8 "Cesse d'agir de parler d'écrire qu'il s'abstienne qu'il se taise". Cf. M.- J. LITTMAN, Le Silence et la Formation de Contrat, Thèse, Strasbourg, Faculté de Science Politique, 1969, n° 1 , pp.1-2,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، نفس المرجع، ص. 11-12.

، إلى أن السكوت يعني عدم J. BARRAULT وفي نفس هذا المعنى، أشار الأستاذ⁹ الكلام أو السلبية، وعدم العمل بصفة عامة

ومن تعريفات السكوت أيضا ما ذكره الدكتور سليمان مرقس بأن السكوت في ظاهره هو عدم التعبير عن الإرادة، بل أكثر هو إنعدام التعبير بنوعيه صريحا كان أو ضمنيا¹⁰. و هو ما عبر عنه أيضا الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأن السكوت في حد ذاته، و مجردا عن أي ظرف ملابس له، لا يكون تعبيرا عن الرضاء، لأن الرضاء عمل ايجابي والسكوت شيء سلبي¹¹.

وبمفهوم آخر أن السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة. و قد يحمل السكوت معنى التعبير عنها، إذا لا يسته ظروف معينة¹²، أو بتعبير آخر هو موقف سلبي لا يدل على الإرادة إلا عند الحاجة بدليل¹³.

فالسكوت حسب ما تقدم في اصطلاح فقهاء القانون يعتبر موقفا سلبيًا، ولا يعبر عن الإرادة بأي شكل صريح كان أو ضمني، ما لم تحيط به ظروف معينة تجعله دالا على الإرادة ومعبرا عنها .

بعد الإفراغ من تناول تعريف السكوت لغة واصطلاحا في الفرع الأول، يليه تحديد مكانة السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة، وذلك في (الفرع الثاني) .

الفرع الثاني

مكانة السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة

⁹"Le fait de ne pas parler ou plus généralement c'est le non faire". Cf. J. BARRAULT, Le rôle du silence créateur d'obligations, thèse, Dijon, 1912, p.5,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 12.
¹⁰ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، "الالتزامات- نظرية العقد و الإرادة المنفردة"، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، مكتبة صادر، بيروت، 1987، ص.138.

¹¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.157.
¹² وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر و

التوزيع، الجزائر، 1979، ص. 264؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 31.
¹³ رمزي محمد علي دراز، السكوت و أثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص. 52.

قبل التطرق إلى مكانة السكوت بين طرق التعبير، يُشار أولاً إلى أن الإرادة هي قوام التصرف القانوني، ثم يعقبه بيان مكانة السكوت .

أولاً: الإرادة قوام التصرف القانوني

تعتبر الإرادة الركن الأساسي والمحوري في العمل القانوني، وبدونها لا يقوم، كون أن هذا التصرف القانوني يمثل اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث أثر قانوني معين.

ويقصد بالإرادة تلك القوة النفسية أو العمل النفسي، الذي ينعقد به العزم على شيء معين، أو ذلك الأمر الكامن في النفس الذي يستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً.

وتلك القوة النفسية هي التي تنتج أو توجه عمل المرء القصدية بصورة نهائية. و يقرر علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية، أنها قبل أن تظهر للوجود، فهي تمر بمراحل ثلاثة. فأول مرحلة هي الإدراك أو التصور و ذلك من خلال اتجاه الفكر إلى أمر معين. ثم يلي ذلك مرحلة التدبر من خلال دراسة الشخص لهذا الأمر و التفكير فيه. ثم تعقبها مرحلة¹⁴ تالفة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر و البث فيه و هذه هي الإرادة

ولما كانت الإرادة ظاهرة نفسية في حد ذاتها فإنها لا تبحث لذاتها، و لا يهتم بها القانون إلا إذا انفصلت عن كوامن النفس، لأنها تبقى معلومة فقط من صاحبها دون الناس، و إنفصالها يجعلها تبرز كظاهرة اجتماعية توجد في العالم الخارجي، وبهذا الوجود يتحدد ما تهدف إليه الإرادة من آثار قانونية. وحينئذ القانون يهتم بها وذلك بعد استيفائها جميع عناصر وجودها كمصدر، وذلك بعد أن ترجمت وأفصحت عن كيانها القانوني، و وسيلة الإرادة إلى ذلك هو التعبير عنها؛ أي بإظهار ما تتجه إليه نية صاحبها، أو كما يعبر الفقهاء عليه بإخراج النية من عالم الأفكار والمشاعر والسرائر، والذي لا يهتم به القانون، إلى العالم الخارجي أو نطاق الظواهر التي تدرك بالحس، و هو النطاق الذي يجعلها موضع دراسات مختلف العلوم الإنسانية، ومنها علم القانون.

¹⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 149 .

فالتعبير هو الذي يبرز ما تهدف إليه الإرادة في تحقيق الآثار القانونية، و به تحتل مكانا في علم القانون، و هو الدليل على وجودها و أثرها.

وتجدر الإشارة في هذا الموضوع، إلى أن القانون حتى يعتد بالإرادة و يجعلها عماد وجود التصرف أو العمل القانوني، لابد أن يكون صاحبها يقصد بها إحداث أثر قانوني معين، أي الإرادة الجدية التي لا تدع مجالاً للشك في من صدرت عنه و التي يعني بها إنشاء الالتزام. و بذلك لا يُهتم بالإرادة الصادرة من صاحبها على سبيل الهزل أو في حالة اضطراب الفكر كالمجنون، أو تلك الصادرة على سبيل القيام بالتقاليد الاجتماعية كالدعوة إلى تناول الطعام. و بمعنى آخر الإرادة المعتبرة قانوناً، هي الإرادة التي يقصد منها إلزام صاحبها إلزاماً قانونياً، كإرادة بائع سيارة و إرادة مشتري تلك السيارة، فإرادة كل من البائع والمشتري في هذا المقام متجهة إلى إحداث أثر قانوني، وعلى أساسها يلتزم البائع بتسليم السيارة، و يلتزم المشتري بتسليم الثمن¹⁵.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية، لا تختلف المسألة فيها عن القانون في إعتبار الإرادة من حيث مفهومها أنها مجرد اعتزام الفعل و الاتجاه إليه، و بأنها أمر نفسي، يكون في ذات الشخص، و لابد من التعبير عليه ليعرف المخاطب المراد به. وكذلك من حيث الاعتداد بها في الشرع الإسلامي، وحتى تكون معبرة و منتجة لأثرها في التصرفات الشرعية لابد من توافر قصد الإلتزام بها، إضافة إلى سلامتها من الآفات العقلية، و ألا تكون مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا.

والتعبير عن الإرادة - كما سبق القول-، يعتبر دليلاً عليها سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون، ولا يشترط في التعبير شكل خاص أو صورة معينة. فكل ما يدل على الإرادة، يصلح للتعبير عنها، وطرق التعبير عن الإرادة أو وسائلها هي التي تجسد ما تهدف إليه من آثار قانونية وهذا التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمناً¹⁶.

¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 149-150؛ لبني مختار، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص. 1-7-8؛ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 21-22؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 16-17؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 5-6-7.

¹⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 18-19-20؛ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 22.

وبعد بيان أن الإرادة هي قوام التصرف، يتبعه بيان مكانة السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة في العنصر الموالي.

ثانيا: مكانة السكوت بين طرق التعبير

لإيضاح هذه المكانة التي يحتلها السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة والوقوف على طبيعته، يتم تناولها من خلال دراسة طرق التعبير عن الإرادة في القانون والفقهاء الإسلامي، وبيان حكم السكوت فيها.

ويتم التعبير عن الإرادة بعدة أساليب و صور و هي في القانون و الشريعة الإسلامية في مجملها لا تخرج عن إحدى الصور التالية: فإما يكون التعبير عنها صريحا أو ضمنيا. و هذه الطرق أو الصور تُدرس على الشكل التالي: بدءا بالتعبير الصريح، ثم التعبير الضمني و تختتم بالسكوت.

1-التعبير الصريح:

، على منوال المادة 90 من القانون¹⁷ نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، والتي وردت في القسم الثاني المتعلق بشروط العقد في عنصره الأول¹⁸ المدني المصري الخاص بالرضاء على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

¹⁷ أمر 58-75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل و متمم ،الجريدة الرسمية ، 1975، العدد 78.

¹⁸ نصت المادة 90 من القانون المدني المصري على: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود . و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" .

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

يفهم من النصين السابقين، أنهما تناولا طرق التعبير عن الإرادة، و أنهما لم يذكرنا وسائل التعبير عنها على سبيل الحصر، و إنما أوردا فقط أشهر هذه الوسائل، لأن الأصل أنه يمكن التعبير عن الإرادة بأية وسيلة تكفي للإفصاح عنها، و هذه الوسائل تشكل إما تعبيراً صريحاً أو ضمنياً عنهما.

والتعبير الصريح عن الإرادة، و الذي ورد في الفقرة الأولى من المادة 60 من ق.م.ج، أو في الفقرة الأولى من المادة 90 من ق.م.م، هو التعبير الذي يفصح بذاته و بصورة مباشرة عن الإرادة، أو هو التعبير بطريقة موضوعة بذاتها للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلفين بين الناس، وبطريقة مباشرة من غير أعمال الفكر في الإستنتاج. و تتعدد صور التعبير الصريح عن الإرادة، و ذلك حسب ما جاء في الفقرة الأولى للمادتين سالفتي الذكر، فقد يكون باللفظ، وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً. كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه¹⁹، وسيتم فيما يلي تناول هذه الصور في العناصر التالية:

أ-التعبير باللفظ :

يقصد به التعبير بالكلام، و يتم ذلك بإستعمال أو إيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تقصده أو تنطوي عليه الإرادة، هذه هي الطريقة العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين الحاضرين. و يستوي أن يتم التعبير بالكلام أو بالألفاظ مباشرة من شخص الأصيل أو عن طريق التليفون، أو بإيفاد رسول عنه ليست له صفة النيابة في التعبير يكلف بنقل التعبير كما هو إلى الطرف الآخر، و مهما كانت اللغة المستعملة، بشرط أن يفهمها

¹⁹ ليني مختار، المرجع السابق، ص. 21-22، محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص. 69 .

الأطراف²⁰. و مهما كانت صيغة الألفاظ التي وردت بها سواء في الماضي أو المضارع أو الأمر .

وكذلك في الشريعة الإسلامية لا يوجد نزاع بين العلماء في أن الأصل في التعبير عن الإرادة هو باللفظ، و هو السبيل الأول و الوسيلة الأولى للتعبير عنها، لكونها سهلة و خفيفة، إذ يمكن التعبير بها عن المحس و المعقول. و ينعقد باللفظ كل عقد أيا كان نوعه متى كان العاقد قادرا عليه و بأي لغة -عربية أو أجنبية- يفهمها المتعاقدان بحيث تدل على المراد من إنشاء عقد أو التزام، و لا يشترط في ذلك لفظ معين، لأن المقصود الإفصاح عما في النفس من إنشاء العقد بكلام مفهوم واضح الدلالة على المراد²¹.

ويستثنى من تلك العقود عقد الزواج، بحيث يشترط بعض الفقهاء و هم الشافعية والحنابلة والظاهرية و الإمامية أن تكون الألفاظ المستخدمة في عقد الزواج من مادة النكاح و الزواج، لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما في القرآن الكريم. إلا أن الرأي الراجح في الفقه يأخذ بمذهب علماء الحنفية الذين يرون أن عقد الزواج كغيره من العقود ينعقد بكل لفظ يدل عليه²².

ب- التعبير بالكتابة:

كما يكون التعبير الصريح باللفظ يكون بالكتابة أيضا، فإن كتابة أية عبارات يدل معناها لغة أو عرفا أو بحسب ظروف التعاقد إلى اتجاه الإرادة إلى إيجاب التعاقد أو قبوله يعد تعبيراً عن أي منهما. ويستوي في ذلك، أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، محررة باليد أو مطبوعة، وسواء كان موقعا عليها ممن كتبها أو غير موقعا عليها منه ما دام ليس هناك شك في صدورهما منه، ومهما كان الشكل الذي صدرت فيه الكتابة، سواء كانت في شكل سند أو خطاب أو نشرة أو إعلان. هذا وإن كان يلاحظ أن القانون الجزائري يشترط في بعض

²⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 152 ؛ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 34؛ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 69؛ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة طبع)، ص. 80 .

²¹ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 102-103 ؛ أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، "تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص. 399 .

²² رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 104 .

العقود أن تكون الكتابة رسمية فيها، كما هو الحال في الرهن الرسمي والعقود الواقعة على العقار طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج.²³.

ويجوز كذلك التعبير بالكتابة في الشريعة الإسلامية، فلقد أجاز الفقهاء التعبير عن الإرادة بالكتابة و أقاموها مقام اللفظ في الدلالة على الرضا. و ذلك بصفة مطلقة في التعاقد بين غائبين، في عقود المعاوضات المالية، و في عقد الزواج كذلك، و لكن بشرط أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب. و كذلك في التعاقد بين حاضرين عند جمهور الفقهاء، و هو الرأي الراجح، و ذلك لكون الكتابة تنبئ عن المقصود فتكون حجة كالنطق، كما أن ذلك يتفق و مقتضيات العصر و عرف الناس. ولا يشترط لجواز ذلك عجز المتعاقدين عن النطق، بل يصح العقد و إن كانا قادرين على النطق.

والكتابة التي يمكن بواسطتها التعبير عن الإرادة -على نحو ما ذكر- هي الكتابة المستبينة المرسومة الموجهة إلى شخص معين، و بموضوع محدد، أي أن تكون واضحة مفهومة معنونة في شكل رسالة أو خطاب²⁴. و طبقاً لما سبق، فلقد جاء في المادة 69 من مجلة الأحكام العدلية أن: "الكتاب كالخطاب"²⁵.

ج- التعبير بالإشارة المتداولة عرفاً:

يجوز كذلك أن يكون التعبير الصريح بالإشارة المتداولة في عرف الناس، فقد يتعارف الناس على إعطاء الإشارة معنى معين كهز الرأس عمودياً للتعبير عن الموافقة، أو هزه أفقياً للتعبير عن الرفض، أو هز الأكتاف للتعبير عن عدم الموافقة.

²³ جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، "دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني"،الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص.77 ؛ خليل قداة، المرجع السابق، ص. 35؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 29 .

²⁴ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 107-108-109 .
²⁵ مجلة الأحكام العدلية تعتبر بمثابة تقنين لمجموعة الأحكام الشرعية في المعاملات مأخوذة من الفقه الحنفي، و التي صدرت في الدولة العثمانية سنة 1876، وهي من وضع مجموعة من الفقهاء، حيث تضم 1851 مادة .

والتعبير بطريق الإشارة يكثر بين الأشخاص الذين لا يستطيعون الكلام، كالأخرس وخاصة إذا كانت إشارته غير مبهمة، فتعتبر تعبيراً صريحاً عن إرادته، و قد تكون هذه الطريقة أيضاً الوسيلة الوحيدة في التعبير بالنسبة للشخص الأخرس الأعمى الذي لا يحسن الكتابة. هذا و أن القانون الجزائري لا يمنع أن يكون التعبير بالإشارة بين الناس القادرين على الكلام، طالما كانت الإشارة متداولة عرفاً. وحسب الأستاذ سليمان مرقس في تفسيره لنص المادة 90 من ق.م.م والمقابلة كما سبق لنص المادة 60 من ق.م.ج، في أن العبارة الواردة بشأن "الإشارة المتداولة عرفاً" لا يعني أن تكون الإشارة تستلزم بالضرورة وجود عرف ملزم بالمعنى الفني، لأن العرف بهذا المعنى إنما يكون محله قواعد قانونية لا إشارات مادية و لا الاصطلاح على معاني هذا الإشارات، ويستند في هذا حسب قوله على الترجمة الفرنسية لتلك العبارة . وإضافة إلى ذلك فكان يرى الأستاذ Les signes généralemen en usage والتي جاء فيها " عبد العزيز فهمي باشا اقتراح باستبدال عبارة "الإشارة المتداولة عرفاً" بعبارة "الإشارة الشائعة الاستعمال" و ذلك على إثر الاستفتاء العام الذي أجري على المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني المصري، و وافقه في ذلك الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري.

ويؤيد هذا الرأي الذي جاء به الأستاذ سليمان مرقس و كذلك الاقتراح السابق لكونه أدق في ترجمة النص الفرنسي للمادة 90 من ق.م.م، و يصلح الأخذ به كذلك في المادة 60 من ق.م.ج لكون أن الصياغة الفرنسية لهذه المادة هي نفسها في القانون المدني المصري²⁶.

وتتنفق الشريعة الإسلامية بوجه عام مع القانون المدني الجزائري في إمكانية الأخذ بالإشارة في التعبير عن الإرادة. و التعبير بالإشارة يتمثل في الحركات التي تصدر عن الإنسان ، سواء فعلها برأسه أويده، والتي تفيد تعيين شيء أو التلويح بشيء يفهم منه المراد، فهي ترادف النطق في فهم المعنى.

²⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.136-137، خليل قعادة، المرجع السابق، ص. 35 .

والإشارة قد تكون من شخص أخرس، أي غير القادر على النطق²⁷. و قد تكون صادرة من شخص قادر على النطق .

فبالنسبة للأخرس، فيقع التمييز بين ما إذا كان الأخرس خرسا أصليا، وهو الشخص المعقول اللسان خَلقة بأن ولد به بحيث لا يستطيع النطق مطلقا، و بين الأخرس خرسا عارضا أو طارئا، و هو ما يعرف كذلك بالمصمت، و الذي أُعتقل لسانه أي احتبس عن الكلام و لا يقدر عليه لمرض أو عارض أصابه. فتكون إشارة الأخرس الأصلي معتبرة عند الفقهاء بلا خلاف، وهي تقوم مقام عبارة الناطق تماما، وذلك لأن التعبير بالإشارة في مثل حالته هو الطريق الطبيعي لمن لا يقدر على النطق، ويشترط فيها فقط أن تكون مفهومة و معهودة، سواء كانت باليد أم بالرأس، فإن لم تكن كذلك فلا يعتد بها. وبناء على ذلك جاءت القاعدة الفقهية بالمادة 80 من مجلة الأحكام العدلية بأن: "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان". و تعد إشارة الأخرس الأصل حتى و كان قادرا على الكتابة وهذا هو المعتمد²⁸.

وبخصوص الأخرس خرسا عارضا، فإن كان غير قادرا على الكتابة، فيعتد بإشارته المفهومة، وهي بذلك تأخذ حكم إشارة الأخرس الأصلي. في حين أنه إذا كان قادرا على الكتابة، فلا تصح إشارته ولا تكون حجة معتبرة إلا إذا استدامت علته و وقع اليأس من كلامه، ففي هذه الحالة الأخيرة يعتد بإشارته.

أما بالنسبة للشخص الناطق، فقد اختلف الفقهاء حول الإعتداد بإشارته فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، و الشافعية، و الشيعة الإمامية، و الإباضية إلى أن إشارة القادر على النطق لا يعتد بها، و تعد لغوا، و ذلك لكونه قادرا على الكلام، و إلى أن الأخذ بإشارة الأخرس يرجع إلى حالة الضرورة و رفع الحرج، و من ثم فلا محل للإعتداد بها من القادر على الكلام. و على خلاف ذلك يذهب المالكية والحنابلة و الشيعة الزيدية إلى الإعتداد بالإشارة في التعبير عن الإرادة الصادرة من الناطق و الأخرس على حد سواء. و يستندون في ذلك إلى أن الإشارة تسمى كلاما كما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى:

²⁷ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 113؛ عبد الحميد محمود البعلبي، ضوابط العقود، "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و موازنة بالقانون الوضعي وفقهه"، الناشر مكتبة وهبة، القاهرة، 1989، ص. 99 .
²⁸ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 114 .

قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا وَادْكُرْ)²⁹ ، و الرمز في الآية هو الإشارة ، مادامت (رَبِّكَ كَثِيرًا وَسَبِّحْ بِالْعَشِيِّ وَالْإِبْكَارِ

مفهومة. و هذا الرأي الأخير يحقق مقتضيات التعامل بين الناس لما فيه من تسامح و عدم تقييد³⁰ .

د- التعبير باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على مقصود صاحبه :

إلى جانب صور التعبير الصريح السابق التطرق إليها، يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أيضاً بإتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصود صاحبه، وذلك إذا ما كان هذا الموقف المتخذ يدل في ذاته دلالة كافية و أكيدة على معنى معين وفقاً لما تألف عليه الناس. و بمعنى آخر أن الموقف المتخذ يدل مباشرة على إرادة الشخص بمجرد استعماله دون إعمال للفكر في استنتاج إرادة صاحبه. و هذه الصورة من التعبير الصريح تتسع لكافة ما يخرج عن الصور السابقة. و من الأمثلة عليها، التاجر الذي يعرض بضائعه للجمهور مع بيان أثمانها، مما يستدل منه بالإيجاب من جانبه ببيع بضاعته بالسعر المحدد، أو وضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين أو تقديم خدمة للجمهور، أو وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المعدة لوقوفها.

فكل هذه المواقف تعبر و بلا شك على إرادة أصحابها الصريحة في التعاقد³¹ .

هذا ما يتعلق بشأن التعبير الصريح و صورته، و يعقبه مباشرة تناول التعبير الضمني في القانونين الجزائري و المصري و كذا في الشريعة الإسلامية.

2-التعبير الضمني:

لقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 60 من ق. م. ج، أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرفه مثل العديد من التشريعات الدولية، كالتشريع

²⁹ سورة آل عمران، الآية. 41 .

³⁰ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 101 – 102؛ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 116 – 117 – 118 ؛ محمود المغربي،

أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، " دراسة مقارنة"، المكتبة الحديثة، لبنان، 1988، ص. 64 .

³¹ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 77 ؛ عبد الرازق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 155 ؛ مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، القانون و المعاملات، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص. 207 ؛ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 36 ؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 24 ؛ علي سليمان، المرجع السابق، ص. 29 .

الفرنسي والمصري، و إنما ترك مسألة تعريفه للفقهاء، لكنه أورد بعض حالات التعبير الضمني، منها ما جاء في نص المادة 319 من ق.م.ج بأنه: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا و يعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينيا لوفاء الدين". فالموقف الذي يتخذه المدين المتمثل في ترك ماله تحت يد الدائن - بأنه تعبير ضمني. وكذلك ما ورد في نص المادة 965 من ق.م.ج بقولها: "ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية :

- إذا تنازل الدائن المرتهن على هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ...³². و أيضا ما ورد في التجديد الضمني لعقد الإيجار في نص المادة 509 من ق.م.ج ، وذلك قبل إلغائها في التعديل الأخير للقانون المدني بموجب القانون رقم 07-05 الصادر في 13 ماي 2007³³ ، وذلك حسب المادة 8 منه التي ألغت التجديد الضمني لعقد الإيجار.

وعلى خلاف المشروع الجزائري الذي لم يضع تعريفا للتعبير الضمني، فإن الفقه القانوني الفرنسي والمصري وكذلك الجزائري عرفه، وهذه التعريفات المعطاة من قبله لا تخرج في مجملها على أن التعبير الضمني يكون إذا كان المظهر أو الوسيلة المتخذة ليس في ذاتها موضوعا للكشف عن الإرادة بحسب المؤلف بين الناس، و لكن مع ذلك لا يمكن تفسيرها دون أن يفترض وجود هذه الإرادة. وبمعنى آخر يكون كذلك إذا كانت الوسيلة المستعملة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود ولكنها تكشف عن ذلك المعنى و تنطوي عليه، و تلك الوسيلة المستعملة تُظهر الإرادة بطريق غير مباشر. وهذا الطريق غير المباشر يتحدد فيما يتخذ الشخص من موقف، لا يعبر بذاته عن الإرادة، و لكنه يعكس ما يستدل منه على أنه تعبير عنها و اتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين، و هي كافية للتعاقد بحسب الفقيه

J.CARBONNIER. 34

³² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 30؛ علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، المرجع السابق، ص. 84.

³³ قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو سنة 2007، يعدل و يتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، 2007 ، العدد 31.

³⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 153 ؛ لبني مختار، المرجع السابق، ص. 22 ؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 24 ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 21-22 .

وفي نفس الصدد أيضا فيما يتعلق بتحديد المقصود بالتعبير الضمني ما جاء في
المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري عند تفرقتها بين التعبير الصريح والضمني و بالذات
في بيان معايير التفرقة بينهما تناولت معنى كل منهما حسب ما يلي: "...و يرى أصحاب
هذا المعيار أن التعبير يكون صريحا، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب
المألوفة .

ويكون على النقيض من ذلك ضمنيا إذا لم يكن أسلوب الإفصاح عن الإرادة من
بين الأساليب التي ألف استعمالها في هذا الشأن بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير في
الصورة الأخيرة إلا من طريق الإستنتاج..."³⁵.

والأصل أن التعبير الضمني له نفس الأثر القانوني أو القيمة القانونية للتعبير الصريح،
وذلك تطبيقا لمبدأ الرضائية. و مع ذلك يلاحظ أن التعبير الضمني عن الإرادة غير قاطع في
الدلالة على المقصود، فيجوز إثبات عكسه.

وقد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، فلا يكفي حينئذ بالتعبير
الضمني، مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 505 من ق.م من وجوب أن
يكون تنازل المستأجر عن الإيجار أو الإيجار من الباطن بموافقة صريحة من المؤجر.

وكذلك قد يتفق طرفا العقد على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، و حينها لا
يعتد بالتعبير الضمني بل يجب أن يكون صريحا. وهذين الاستثناءين ورد النص عليهما في
الفقرة الثانية للمادة 60 ق.م. ج السابق ذكرها³⁶.

هذا و قد يتشدد المشرع في بعض الأحيان، و يوجب أن يكون التعبير عن الإرادة
مفرغا في شكل خاص، و هذا هو الحال في العقود الشكلية، فلا يكفي التعبير الضمني
بدهاءة فيها. و مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري بخصوص انعقاد الرهن الرسمي في المادة
883 ق.م، لكون أن مثل هذا التصرف و غيره يحمل الكثير من الخطورة و لهذا استلزم المشرع
شكل خاص و المتمثل في الورقة الرسمية لإنعقاده. وكذلك قد يتشدد المشرع في استخلاص

³⁵ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مقتبس من قمر محمد موسى، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني،
الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 854 .

³⁶ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 30 ؛ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات
الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص. 42.

التعبير الضمني كما هو الحال في تجديد الإلتزام، فهو لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف مثلما جاء في المادة 289 من ق.م.ج. وهذه الحالات السابقة، تعتبر استثناء على الأصل العام الذي يجيز الإفصاح عن الإرادة بأي وسيلة كما سلف الذكر³⁷.

أما فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية، فهي الأخرى تجيز التعبير عن الإرادة بطريق ضمني، ويستخدم فيها اصطلاح التعبير دلالة، أو بطريق الدلالة في معرض الحديث عن الإرادة بصورها المختلفة مقابلا لاصطلاح التعبير الصريح. فمقابل وسائل التعبير الصريحة، توجد وسائل التعبير دلالة، و هي تلك الوسائل التي لا تكشف بذاتها عن الإرادة، و إنما يستدل عليها من خلال الاستنتاج و النظر. و المقصود بالدلالة عند علماء الأصول هو "فهم أمر من أمر"، و يقصد بها في مجال العقود و التصرفات، أن يكون الانعقاد مستفادا بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه، أو مستفادا من حالة تستدعي انعقاده.

والتعبير بطريق الدلالة يعبر عنه في القانون كما سبق بالتعبير الضمني. و هناك عدة صور للتعبير بالدلالة في الشريعة الإسلامية خاصة في مجال العقود و التصرفات³⁸. ومن أبرز تلك الصور التعبير بالمعاطاة أو بالتعاطي، بالإضافة إلى صور تطبيقية أخرى، والتي سيرد بيانها بدءا بالتعبير بالمعاطاة ثم الصور الأخرى للتعبير بالدلالة وفق ما يلي:

التعبير بالمعاطاة أو التعاقد بالأفعال، أو ما يعبر عنه بالمرأوضة. فإنه يقصد بها في اللغة المناولة أي الإعطاء و الأخذ. أما في الاصطلاح، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة لا تخرج في مجملها على أنها: "التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول"، أو هي "عرض المعقود عليه ودفعه للآخر فيأخذه من غير لفظ و لا كتابة و لا إشارة، أو كان اللفظ من أحدهما و الأخذ والإعطاء من الآخر"³⁹.

³⁷ محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993، ص.

44

³⁸ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 146-149-152.

³⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية و العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، ص.

99؛ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 127-129.

ومعنى ذلك كله، أن المعاطاة تعتبر صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة، لا يستعمل فيها المتعاقدان لفظاً، أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، وإنما يتم التعبير فيها من خلال التبادل الفعلي لمحل التعاقد دون تلفظ بإيجاب و قبول. و مثالها في عقد البيع، ما جاء في المادة 175 من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب و القبول هو تراضي الطرفين، ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي. ومثال ذلك: أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز مقداراً

من الخبز بدون تلفظ بإيجاب و قبول، أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع...".

والتعاطي ينعقد به العقد سواء أكان التناول من جانبين، كما لو وضع الثمن و أخذ المثلث عن تراض منهما في المجلس، أم أنه من جانب واحد في الراجح عند العلماء، بأنه يثبت بقبض أحد البدلين، الثمن أو المثلث، ما لم يوجد عارض لهذه الدلالة على الرضا بأمر ظاهر، كالرفض الصريح من أحد الطرفين. و تتعدد صور المعاطاة منها على سبيل المثال الدخول في المحل الكبير و أخذ السلع المطلوبة المحددة الثمن و التوجه بها إلى مكان الخزينة لدفع المطلوب، دون تفوه بلفظ واحد، أو كوضع النقود في الآلات الموضوعة في الشوارع للحصول على السلع و الخدمات دون التكلم، فهذه تعتبر تبادلات فعلية من غير لفظ⁴⁰.

ولقد اختلفت آراء الفقهاء في الاعتداد بالمعاطاة في العقود، باستثناء عقد الزواج، فلقد أجمع الفقهاء على عدم جواز انعقاده بالمعاطاة، فلو دفع رجل لامرأة مال كمهر يقصد بذلك الزواج، فقبضته منه، و لم يجز بينهما إيجاب و قبول باللفظ، و كان قادراً على التلفظ به، فإن العقد لا ينعقد بينهما، لأن عقد الزواج عقد عظيم الخطر و الأثر لما يحتويه من خصوصية تميزه عن بقية العقود كالبيع مثلاً، و لكونه أيضاً خطير مقدس له آثار دائمة على المرأة، فكان لابد من الاحتياط له، و إتمامه بأقوى الدلالات على الإرادة، و هو القول، حفاظاً على كرامة المرأة ومستقبلها، و لكونه أيضاً يتطلب الإشهاد عليه، تمييزاً له عن السفاح

⁴⁰ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 128-129؛ صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، "بحث مقارن في المذاهب المختلفة و القوانين الحديثة"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، بيروت، 1983، ص. 304.

أو الزنا، و لا يتمكن الشهود من معرفته إلا بسماع لفظ الإيجاب و القبول، و كذلك الأمر عند الشافعي في الطلاق و الخلع و الرجعة لا تجوز إلا بالقول⁴¹.

أما بخصوص العقود الأخرى فيما عدا الزواج، فالآراء فيها متباينة، حيث يرى المشهور من المذهب الشافعي و الظاهرية و الإباضية، و بعض آراء الشيعة الزيدية و الشيعة الإمامية من عدم دلالة المعاطاة، و عدم صلاحيتها للتعبير عن الإرادة مطلقا، فلا تصح عندهم.

ويستدل هؤلاء في رفض الاعتداد بالمعاطاة مطلقا بالمعقول، وهو أن الرضا هو في الأصل أمر خفي، و ضمير قلبي، لا يمكن الإطلاع عليه، لذلك اقتضت الحكمة رده إلى وجلي يُستدل به عليه، و هو الإيجاب و القبول -أي اللفظ- الدالان على ضابط واضح رضا العاقدين، فلا دليل عليه إلا باللفظ، وأما الفعل فقد يحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد به العقد، و إنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، أو ما يقوم مقامها كالإشارة المفهومة أو الكتابة.

في حين يرى الإمام الكرخي من الحنفية، و ابن سريج و الغزالي من الشافعية وأحد الآراء عند الحنابلة إلى وجود الاعتداد بالمعاطاة، كوسيلة للتعبير عن الإرادة، ولكن في الأشياء اليسيرة أو الخسيسة، وهي الأشياء القليلة الثمن كالحبز، و الصحف و المجلات و ما شابه ذلك، و لا يجوز ولا تصح في الأشياء النفيسة أو الكثيرة، و هي التي يكثر ثمنها، مثل العقارات. و استدل هؤلاء في قولهم أيضا على المعقول، فقالوا أن الأشياء اليسيرة يتسامح فيه عادة فيغفر فيها ما لا يغتفر في غيرها، كما أن الحاجة داعية إليه، ولهذا يرون الانعقاد بالمعاطاة فيما جرت به العادة في الأشياء الخسيسة، و لا ينعقد فيما لم تجر به العادة. إلا أن الراجح عند الفقهاء -و هو رأي الجمهور من المالكية و الحنفية و بعض آراء المذاهب الأخرى- يذهب بالقول بجواز التعاقد بالمعاطاة مطلقا و من غير تفرقة بين الأشياء النفيسة أو

⁴¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 307؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 101-

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا (الحسياسة⁴²، و يستدلون على ذلك بما جاء في قوله تعالى: **تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا**⁴³. و وجه الدلالة في الآية، أن التجارة عبارة) **تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**

عن جعل الشيء للغير ببذل، و هو تفسير التعاطي و أن حقيقة المبادلة بالتعاطي هو الأخذ و الإعطاء، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما بدليل الآية السابقة. و أيضا على قوله **الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ (تعالى: مَنْ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْزَرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا**⁴⁴. فدللت الآية الكريمة على حل البيع) **خَالِدُونَ**

بالمعاطاة لتحقيق معنى المبادلة فيها، و أنه لم يثبت لفظ خاص في الشرع للبيع، فلذا وجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عدده الناس بيعا كان بيعا من غير حتم بأن يكون بلفظ - و لا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم pمعين، إضافة إلى أنه لم ينقل عن النبي - استعمال والاقتصار على الإيجاب و القبول .

فالناس من زمن النبي -صلى الله عليه و سلم- و إلى اليوم يتعاقدون في الأشياء بلا لفظ، بل بالفعل الدال على المقصود، و استدلوا كذلك على جواز التعاقد بما فيه البيع، إنما هو باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ. و ما دام التراضي يوجد في المعاطاة فوجب جوازها، لكون أن الأفعال متى كانت واضحة وكافية في الدلالة على الرضا جاز التعاقد بها، و منها المعاطاة⁴⁵.

ورأي الجمهور هذا يناسب قواعد الشريعة الإسلامية المبنية على التخفيف والتسيير على الناس، ورفع الحرج و المشقة عنهم، مما يدعم الأخذ بالمعاطاة في العقود كالبيع و الإجارة أو الشراكة أو الوكالة أو الإعارة و غيرها، باستثناء عقد الزواج، و هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في عدة نصوص لها. من بينها مثلا في عقد الإجارة نص المادة 347 بقولها:

⁴² رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 131 - 133.

⁴³ سورة النساء، الآية 29 .

⁴⁴ سورة البقرة، الآية 275 .

⁴⁵ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 134-137؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 101

و كذلك سلكت معظم قوانين الدول العربية نفس⁴⁶ "تنعقد الإجارة بالتعاطي أيضا...".
المسلك في الأخذ بالمعاطاة، و صرحت بذلك مثل قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة
132 منه و التقنين المدني الكويتي في المادة 34 منه .

بالإضافة إلى المعاطاة و التي هي أحد أبرز طرق التعبير دلالة، توجد صور أخرى
للتعبير بطريق الدلالة، و هي صور تطبيقية منها على سبيل المثال، يمكن التعبير عن الإيجاب
و القبول بطريق الدلالة، و من قبيل ذلك في الإيجاب الضمني بقاء المستأجر في العين المؤجرة
بعد انتهاء مدة الإيجار و صدور عمل منه يفهم على أنه يريد تجديد الإيجار. و كذلك
دخول شخص محلا لبيع بضاعة ما فيأخذ شيئا منها ثم يسلم صاحب المحل مبلغها من دون
أن يتفوه بكلمة، فيقول له المالك قبلت أو بعث. و من قبيل ذلك في القبول دلالة أو ضمنا،
قيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة. و أيضا ما جاء في مجال الإسقاطات كإسقاط حق
الشفعة، أو كذلك في مجال الخيارات من العقود كإشتراط الخيار بفسخ البيع أو إجازته بعد
انتهاء المدة المعلومة لذلك فقد يتم ذلك صراحة أو ضمنا، فيقع الفسخ مثلا دلالة بالتصرف
في المبيع بالإيجار، و هذا ما جاء في نص المادة 499 من مجلة الأحكام العدلية .

فهذه كلها صور تطبيقية للتعبير بطريق الدلالة أو بطريقة ضمنية⁴⁷ .

بعد التعرف على التعبير الصريح و التعبير الضمني يتبعه بعد ذلك بيان حالة
السكوت .

3-مكانة السكوت:

موقف سلبي لا يدل كقاعدة عامة على شيء. و عند⁴⁸ السكوت - كما سبق -
البحث عن علاقة السكوت بالتعبير عن الإرادة، يرد التساؤل عن مدى صلاحيته للتعبير
عنها ؟

فالسكوت في أصله عدم لا يفيد شيئا ما دام مجردا عن أي ظرف ملابس يخلع عليه
دلالة معينة، فهو أمر سلبي، و في المقابل التعبير عن الإرادة عمل إيجابي، و عليه لا يكون

⁴⁶ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 138-140 .

⁴⁷ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 138-140-152-153-154-155 ؛ صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 305 .

⁴⁸ أنظر، ص. 09-10 من هذه الدراسة .

السكوت منه تعبيراً عن الإرادة، لأن الساكت لا يعمل شيئاً يمكن أن تستنتج إرادته⁴⁹. فالسكوت المجرد، إن دل على شيء فإنما يدل على الرفض لا على القبول، لأن العدم لا ينتج إلا العدم. إلا أنه مع ذلك يوجد له آثار و دور في التصرفات القانونية .
والعقد باعتباره تصرف قانوني يتم بتلاقي و تطابق إرادتين، و هما الإيجاب و القبول، فالدور الذي يلعبه السكوت يتعلق في صلاحيته للتعبير عن الإيجاب و القبول .
فالسكوت لا يصلح بأي حال أن يكون تعبيراً عن الإيجاب، و ذلك لأن الإيجاب يتضمن دائماً وأبداً عرضاً موجهاً من شخص إلى شخص آخر، فهذا العرض لا يمكن أن يتصور إلا إذا تم التعبير عنه صراحة أو ضمناً، أي بطريقة إيجابية و السكوت وضع سلبياً، مما يجعله غير معبر عن الإيجاب⁵⁰.

أما بخصوص القبول، فالأصل فيه أيضاً عدم صلاحية السكوت المجرد في التعبير عن القبول، بالنسبة للشخص الذي يوجه إليه الإيجاب و يسكت، فقد يكون سكوته لعدم الانتباه، أو لعدم الاكتراث، أو على سبيل الاستهزاء، أو بنية الموافقة، أو بقصد الإنكار أو الرفض، أو رغبة منه في التروي. و مع ذلك يعتبر السكوت غير المجرد و الذي اقترن بظروف معينة قبولاً و تعبيراً عن الإرادة في حالات استثنائية، و هو ما يعبر عنه بالسكوت الملابس، أو كذلك في ما يعرف بالسكوت الموصوف⁵¹. و الذي سيتم الحديث عنهما في تبين أنواعه.

ولقد تناولت التشريعات المختلفة طرق التعبير عن الإرادة، و تناولت السكوت، إلا أنها لم تحدد طبيعته: فهل هو من قبيل التعبير الصريح أو التعبير الضمني عن الإرادة؟ و من تلك التشريعات، القانون المدني الجزائري الذي نص عليه في المادة 68 منه و المأخوذة من المادة 98 من القانون المدني المصري، والتي جاء فيها: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

⁴⁹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 32 .
⁵⁰ سمير عبد السيد تناغو، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص. 74 .
⁵¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 33 ؛ صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 308 .

ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". فهذه المادة تناولت السكوت وحالات اعتباره قبولاً، و هي خاصة بالقبول دون الإيجاب⁵². و لكن قبل الوقوف على حقيقة السكوت ومكانته، يقتضي الأمر تمييز السكوت عن التعبير الصريح و التعبير الضمني .

فمن حيث تمييز السكوت عن التعبير الصريح من خلال وسائل هذا الأخير غير اللفظية ، وهي التعبير بالكتابة أو الإشارة و الموقف المتخذ الذي لا يدع شكاً في دلالة على مقصود صاحبه و الواردة كما سبق في المادة 60 من ق.م.ج. فإن كانت هذه الوسائل تجتمع مع السكوت في أنها تصدر من غير كلام أو تفوه، إلا أن السكوت يختلف عنها و يفترق عليها في أنه موقف سلبي غير مقترن بأي موقف ايجابي يتخذه الشخص من قول أو فعل، و حتى في دلالة على الإرادة. فإن هذه الدلالة تتم بناء

على ظرف خارج عن الساكت نفسه، و هذه الدلالة تتم بطريق الاستنتاج العقلي من خلال ظروف معينة. في حين أن الوسائل غير اللفظية المذكورة أعلاه، فإن الشخص لم يلفظ بقول. و إنما أتى بما يقوم مقام اللفظ بشيء من تلك الوسائل و التي تعتبر موقفاً ايجابياً فيما اتخذه الشخص معبراً به عن إرادته، و التي تعني بأنه عبر تعبيراً صريحاً عن إرادته و يتم كشفها دون أعمال أو استنتاج عقلي، بل بمجرد اتخاذها تظهر إرادته⁵³. و هي تصلح للتعبير عن الإيجاب والقبول بخلاف السكوت الذي يصلح -إن دل عليها- على القبول فقط .

ومن حيث تمييز السكوت عن التعبير الضمني، فإن كان كل منهما لا يعبر فيه بالقول أو اللفظ، إلا أنه في التعبير الضمني توجد الإرادة فيه و لا شك فيها، و إرادة المعبر موجودة فعلاً، إلا أن التعبير عنها يكون غير واضح، بحيث لا يكشف عنها صراحة، و يستند دائماً إلى مسلك إيجابي و المتمثل في الموقف أو العمل الذي قام به الشخص كما سبق التطرق إليه سابقاً. في حين أن السكوت والعدم سواء، و الساكت لا يفعل شيئاً يُنم عن إرادة معينة، و حتى إذا اعتبر قبولاً، فالشك في هذه الحالة يتعلق بالوجود الفعلي للإرادة

⁵² أمجد محمد منصور، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في مجال عقد البيع في القانون المدني الأردني، مقتبس من www.arabinfo.com، ص.4؛ ليني مختار، المرجع السابق، ص. 25 .
⁵³ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 124-125 .

لا بالتعبير عنها و هو خلاف التعبير الضمني⁵⁴ . و بصدد التفرقة بينهما أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 90 منه إلى أنه: "ينبغي التفرقة بين التعبير الضمني عن الإرادة و بين مجرد السكوت، فالتعبير الضمني وضع إيجابي، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي، و قد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً؛ أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، و إنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولاً"⁵⁵ .

ومن حيث تمييز السكوت عن التعبير الضمني أو بالدلالة و الذي يتم بالمعاطاة، فإنها تختلف عنه من حيث كونها تتم من خلال فعل، و هذا الأخير هو المبادلة الفعلية محل التعاقد و هي دالة على الرضا، وزيادة عن ذلك فهي وسيلة للتعبير عن الإرادة في شقيها الإيجاب و القبول، وهذا ما لا يتوافر في السكوت من حيث مفهومه و من حيث عدم صلاحيته للتعبير عن الإيجاب بالاتفاق⁵⁶ .

وبعد إيضاح التفرقة بين السكوت و بين كلا من التعبيرين الصريح و الضمني، يتبعه بيان مكانته وطبيعته فيها.

، فقد اتجه⁵⁷ فلقد اختلف الفقه الفرنسي و المصري في تحديد طبيعته، إلى عدة آراء، الرأي الأول إلى أن السكوت ليس تعبيراً عن الإرادة، و إن كانت تترتب عليه بعض الآثار القانونية باعتباره موقفاً موضوعياً. و يقيم هذا الرأي تفرقة بين السكوت الموصوف و السكوت الملابس فيقول: "أن السكوت باعتباره مجرد موقف عضوي لا يتضمن سوى القصد، فإنه لا يعد أصلاً تعبيراً عن الإرادة باستثناء تلك الحالة التي يكون فيها موصوفاً حيث يشكل تعبيراً صريحاً عن الإرادة، و في غير هذه الحالة المحددة، فإنه لو تتربت آثار قانونية أحياناً على السكوت، فإن ذلك لا يعني مطلقاً أنه تعبير عن الإرادة و لكن باعتباره مجرد واقعة قانونية مادية خاضعة لتقدير القضاء في كل حالة خاصة". و يتضح من هذا الاتجاه الأول أنه ينظر إلى السكوت الملابس باعتباره واقعة قانونية مادية، قد تترتب عليها بعض الآثار القانونية لكن ذلك لا يعني أنه وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

⁵⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 99-100 ؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 32 .

⁵⁵ قمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 859 .

⁵⁶ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 141-142 .

⁵⁷ للتفصيل بشأن هذه الآراء، أنظر، أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 02 .

بينما يذهب الرأي الثاني في الفقه إلى أن التعبير عن الإرادة إما يكون صريحا وإما يكون ضمنيا، ولكل منهما طريقتة المستقلة، و عليه فإن السكوت الملابس لا يعد طريقا من طرق التعبير الصريح أو الضمني وإنما هو طريق استثنائي بحت، له طبيعة خاصة، و لا يشاركه فيها أي من نوعي التعبير الصريح والضمني.

أما الرأي الثالث و الذي عليه غالبية الفقه، فيرى أن السكوت المجرد لا يعد إرادة ضمنية ولا تعبيراً عن الإرادة، لكن السكوت المعبر عن الإرادة -الموصوف أو الملابس- وسيلة استثنائية للتعبير عنها في مجال القبول و ليس الإيجاب⁵⁸.

وكذلك لقد اختلف القضاء هو الآخر بالنسبة لطبيعة السكوت، فلقد ذهب محكمة النقض المصرية في غالبية أحكامها إلى اعتبار السكوت تعبير ضمني عن الإرادة، و من قبيل ذلك قرارها الصادر في 27 فبراير 1980 و الذي جاء فيه: "إن عدم اعتراض الشركة المؤجرة على واقعة تبادل المستأجرين بذات العقار للعين المؤجرة لكل منهما، و رغم إخطارها بذلك مع استمرارها في تقاضي الأجرة مدة طويلة يعتبر قرارا ضمنيا من المؤجر بالموافقة على هذا التبادل، ويغني عن إصدار تصريح كتابي بذلك"⁵⁹، لكن في أحكام أخرى و هي قليلة، اعتبرته بمثابة التعبير الصريح.

ويرى الأستاذ أمجد محمد منصور من خلال آراء الفقه و القضاء السابقة، أن السكوت يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وهو يدل عليها بصورة صريحة في حالات السكوت الموصوف وبشكل ضمني في حالات السكوت الملابس. و مما يؤيد ذلك حالات السكوت من جهة و مظاهر كل من السكوت الموصوف و السكوت الملابس والتي ستتجلى لاحقا.

ومما سبق ذكره، يتبين أن للسكوت دور في إنشاء التصرفات القانونية بل في تعديلها وفي إنهاؤها. و بذلك فهو يأخذ مكانه بين طرق التعبير عن الإرادة، و هو أحد الطرق فيها. وفي الشريعة الإسلامية لا يختلف الكلام عن السكوت و مدى اعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة كما هو موضح في القانون. فمن القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، أن

⁵⁸ أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص. 2 .
⁵⁹ قرار محكمة النقض المصرية ، 27-2-1980، مجموعة المكتب الفني، س31، رقم 124، ص.635، مقتبس من أمجد منصور، المرجع السابق، ص.5 .

السكوت كالعدم، " فلا ينسب لساكت قول". و هو بذلك لا يصلح للتعبير عن الإيجاب، كما لا يصلح للتعبير عن القبول في الأصل، إلا إذا كانت تحيط به دلالات و علامات تدل على أنه قبول؛ أي سكوتا ملابسا، و هو ما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية في المادة 67 من أنه: "لا ينسب لساكت قول، و لكن السكوت في معرض الحاجة بيان". و يعني أنه لا يعد ساكت أنه قال كذا، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان، و هذا هو التفسير الذي أعطته المجلة لهذه القاعدة⁶⁰. وهذا الاستثناء الوارد في القاعدة هو الذي يجعل من السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة.

بعد تناول تعريف السكوت و بيان مفهومه و إظهار مكانته بين طرق التعبير عن الإرادة في المطلب السابق، يتم التعرض بعده مباشرة في المطلب الموالي إلى أنواع السكوت .

المطلب الثاني

أنواع السكوت

أنواع السكوت يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع و هي: السكوت المجرد (الفرع الأول)، والسكوت الموصوف (الفرع الثاني)، و السكوت الملابس (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

السكوت المجرد

⁶⁰ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 34 .

لم يرد له تعريف في التشريعات، إلا أن الفقه عرفه بأنه السكوت الذي يكون ساكناً في ظاهره وباطنه، وهو وضع أو حالة سلبية محضة غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو كتابة، أو فعل أي شيء ينم أو ينبئ عن الإرادة، و ليست له أي دلالة عنها⁶¹.

M.PLANIOL والمبدأ العام الذي قال به جمهور الفقهاء في فرنسا من أمثال: G.RIPERT, P.ESMEIN, ET A.COLLIN ET H.CAPITANT ، أن السكوت المجرد لا يصلح تعبيراً عن الإرادة، لا بالقبول و لا بالرفض، أي لا يمكن اعتباره إيجاباً و لا قبولاً. و يعلل الفقهاء الفرنسيون رأيهم بإعتبارات مؤداها أن اعتبار السكوت قبولاً -بالأخص- في جميع الأحوال يؤدي إلى إهدار حرية الأفراد- و هم عرضة لتقلي إيجابات عديدة- بإرغامهم على رفض كل إيجاب يروق للموجب توجيهه إليهم و إلا اعتبروا متعاقدين، و لو لم يكونوا راغبين في ذلك⁶². و هذه النتيجة تنطوي على الكثير من الإجحاف والعنت؛ إذ لا يتصور بدهامة أن يملك الموجب، بإرادته المنفردة فرض التزام على الموجب له بالقبول أو بالرفض⁶³.

ولقد استقر على هذا المبدأ أيضاً الفقه الألماني الذي يتزعمه الفقيه REEGELBERGER ، و الذي COVILLO، وكذلك الفقه الإيطالي الذي يتزعمه الفقيه REEGELBERGER ، ذهب إلى حد إنكار وجود الالتزام بالكلام سواء في مواجهة الكافة أو اتجاه شخص معين⁶⁴. و أيضاً الفقه الإسباني و الروماني اللذان لم يتضمنا نصوص تشريعية خاصة بالسكوت. و في الفقه الأرجنتيني الذي ساير قانونه حيث نصت المادة 919 من القانون المدني على أن السكوت لا يكون تعبيراً عن الرضاء، إلا في الأحوال التي يوجد فيها التزام علاقات الأسرة أو يستخلص من السكوت مضافاً إلى ما بالإجابة يقضي به القانون أو سبقه من التصريحات. وكذلك الفقه السويسري انطلقاً مما جاء في نص المادة 6 من قانون الالتزامات فيه، و يضاف إليه أيضاً الفقه الإنجليزي⁶⁵، بحيث يمكن القول بأن حرية الامتناع

⁶¹ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 31 .

⁶² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 157؛ حبيب إبراهيم الخليفي، مسؤولية الممتنع المدنية والجانبية في المجتمع الاشتراكي، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979، ص. 170-171 .

⁶³ M.PLANIOL, G.RIPERT, P.ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} édition, tome 71, L.G.D.J, Paris, 1952, pp.115-116; H.L.J.MAZEAUD, F.CHABAS, Leçons de droit civil, 9^{ème} édition, T. 2, obligations, 2002, pp.132-133 ; C.DEMOLOMBE, Cours de code NAPOLEON, T.24, Paris, 1870, p.54 .

مقتبس من إبراهيم الخليفي، المرجع السابق، ص. 171.

⁶⁴ حبيب الخليفي، المرجع السابق، ص. 171 .

⁶⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 165-166 .

عن الكلام هي الأصل في مجال العلاقات العقدية، و أن المثل القائل بأن "السكوت رضا"،
"qui ne dit mot consent" أو الحكمة التي قال بها الفرنسيون: "من لم يقل شيئاً فقد رضي"
ليست له أية قيمة قانونية.

وكذلك ساير الفقه العربي -الفقه الفرنسي- في اعتبار السكوت مجرد ليست له قيمة
قانونية معينة، و أنه لا يصلح للتعبير عن الإرادة، و من ذلك الفقه المصري و الجزائري الذي
نُهج نُهجه، في كون أن كلا من تشريع الدولتين لم يتضمن تعريف خاص للسكوت المجرد،
باستثناء ما جاء في نص المادة 98 من ق.م.م و المادة 68 من ق.م.ج، والخاص باعتبار
السكوت قبولاً في حالات معينة⁶⁶. وتفسير ذلك أن الإرادة عمل إيجابي كما سبق

بينما السكوت عمل سلبي محض. واختلاف هذا الأخير عن التعبير الضمني في
الطبيعة لكل منهما، و لكون أيضاً أن الساكت الموجه إليه الإيجاب، قد يُعطى لسكوته
تعبيرات متنوعة: كعدم الاكتراث، و القصد و غيره .

ومن ناحية أخرى، فإن المبدأ العام السابق، و الذي من مقتضاه أن السكوت المجرد
لا يقوم مقام القبول، يعتمد في أساسه على تبرير مزدوج: قانوني وعملي⁶⁷.

فمن الناحية القانونية، فإنه من الثابت أن من يرسل إليه إيجاب بالتعاقد لا يكون
ملتزماً، بصفة عامة، برفض هذا الإيجاب، و لو أن مثل هذا الالتزام برفض الإيجاب موجوداً،
فمن المؤكد أنه سيعوق المعاملات القانونية. خاصة أن من يوجه إليه الإيجاب و يظل ملتزماً
بالصمت لا يمكن أن ينسب إليه أي خطأ أو تقصير. وفضلاً عن ذلك، فلو أن إرادة
الموجب المنفردة يمكن أن تلزم صاحبها، فإنها تعجز على إنشاء التزاماً على عاتق من وجه
إليه الإيجاب.

أما من الناحية العملية، فإنه مما يتفق تماماً مع الحقائق الاجتماعية ألا يفسر
السكوت على أنه متضمن لقبول. و هذا الحكم يمثل ضرورة عملية لان استنتاج القبول من
مجرد سكوت الموجب

⁶⁶ حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص. 172 .
⁶⁷ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 123-124 .

له، يعني ببساطة إنشاء واجب على عاتق هذا الشخص، بحيث إذا كان لا يريد أن يقبل ، فعليه أن يعبر عن إرادته بالرفض، و إلا سيجد نفسه مرتبطا بعقد لم يكن راغبا فيه و انه في الوقت نفسه يمثل قييدا غير محتمل على الحرية الشخصية ليس له من مقتض في مجال التعامل. و هو نفس المنحى الذي اعتمده الفقه الفرنسي في تبريره، و كذلك مما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من أنه: " و يستخلص من دراسة مختلف المذاهب و مقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحا أو تعبيراً عن الإرادة"⁶⁸ .

ولقد طبق القضاء ذلك المبدأ العام في عدة قرارات صادرة عنه، منها ما جاء في القضاء الفرنسي، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا مبدئيا في 25 ماي 1870 اعتبرت فيه بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبر فيه مرسله مساهما في شركة معينة، و يخبره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، لا يعتبر قبولا بالاكتماب في الأسهم المذكورة⁶⁹ . و كذلك قضت محكمة تولوز الاستئنافية في 11 جوان 1881 بأنه إذا أرسل تاجر نموذجا من بضاعته إلى بعض الناس وذكر أنه يعتبرهم قد رضوا بالشراء إذا لم يردوا هذا النموذج، فلا يعتبر عدم الرد قبولا⁷⁰ .

ولقد أخذ كل من القضاء الألماني و الإيطالي بنفس المبدأ. فالقضاء الألماني في 23 نوفمبر 1926 أصدر قرارا قضى فيه بأنه لا يعتبر السكوت قبولا إلا إذا اكتسب هذا المعنى القضاء الإيطالي فلقد أصدرت محكمة النقض الإيطالية قرارا في طبقا لمبدأ حسن النية. أما 11 يناير سنة 1956 قضت بموجبه أن السكوت في ذاته لا يجوز بأي حال أن يعادل الرضا بسبب ما في السكوت من غموض، و مع ذلك يمكن أن يكون تعبيراً ضمنيا عن الإرادة متى اكتسب معنى القبول نتيجة لتوافر ظروف خاصة أو مراكز موضوعية أو شخصية⁷¹ .

⁶⁸ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مقتبس من قمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 859 .
⁶⁹ قرار محكمة النقض الفرنسية، 25 ماي 1870، دالوز. 1-7-257، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 157 .
⁷⁰ قرار محكمة تولوز الاستئنافية، 11 جوان 1881، دالوز 82-2-206، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 158 .
⁷¹ حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص. 174، عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 39 .

وجاءت أحكام القضاء المصري مؤيدة للاتجاه السابق، ومن تلك الأحكام، حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية التي قضت فيه بأن سكوت المشتري أكثر من

ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع و يشترط في صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشتري مدة أسابيع عديدة، لا يعتبر رضاء من المشتري بل يجب أن يكون رضائه جليا بعد هذه المفاوضات الطويلة⁷². و أيضا ما صدر عن محكمة النقض المصرية من أن: " المقرر وفقا لنص المادة 2/98 من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة و لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملًا أو منفذاً أو معدلاً أو ناسخاً"⁷³. و تماشياً مع نفس الوجهة، جاء القضاء اللبناني، حيث أنه صدر عن محكمة الاستئناف المدنية اللبنانية في 16 يناير 1970 من أن السكوت بحد ذاته لا يفيد الموافقة الضمنية، ما لم يقترن بفعل إيجابي ينم عن إرادة الساكت بالموافقة⁷⁴.

، قرر الفقهاء فيها قاعدة عامة مفادها: " ⁷⁵ وبالنسبة للشريعة الإسلامية، كما سبق لا ينسب لساكت قول... " و كرستها مجلة الأحكام العدلية في المادة 67 منها، و كذلك ⁷⁷ التشريعات التي أخذتها منها⁷⁶. وتنسب هذه القاعدة إلى الإمام الشافعي في وضعها

ففي هذه القاعدة تصوير للساكت و لوضعه السلبي، الذي لا تعبير فيه و لا دلالة⁷⁸. ويقصد بها الفقهاء بأنه لا يقال لساكت أنه قال كذا، فالشخص الساكت الذي لم يصدر منه قول و لا فعل يدل على رضاه، أو عدم رضاه، لا يمكن أن يترجم سكوته هذا بموافقة أو عدمها، ولا يمكن أن ينسب إليه ما لم يقله بالظن أو التخمين، أو بتوقع قوله

⁷² حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ، 6 ديسمبر 1926، الجازيت 17، ص. 187، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 159.

⁷³ قرار محكمة النقض المصرية، 26 نوفمبر 1984، طعن رقم 1639 لسنة 51 قضائية، مقتبس من قمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 882.

⁷⁴ قرار محكمة الاستئناف المدنية اللبنانية ؟ 16 يناير 1970، 339:71، مقتبس من إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، الجزء الأول، أركان العقد، الطبعة الثانية، (بدون دار طبع)، بيروت، 1997، ص. 91.

⁷⁵ أنظر، ص. 09 من هذه الدراسة.

⁷⁶ أنظر، المادة 1/81 من القانون المدني العراقي، المادة 1/95 من القانون المدني الأردني، المادة 83 من القانون المدني السوداني، المادة 135 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁷⁷ ابن نجيم، الأشباه و النظائر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997، ص. 151.

⁷⁸ صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 308.

بيع شيء أو بالإذن فيه بالتصرف، أو نحو ذلك من كل ما يعتمد على الإرادة و يستلزم إظهارها للوقوف على حقيقته.

ويراد بالساكت في القاعدة، الشخص الذي يلتزم الصمت حيال أمر معين كان ينتظر منه إظهار إرادته المعتبرة نحو ذلك الأمر، مع افتراض أن هذا الشخص قادر على التكلم لا يمنعه مانع - مادي أو أدبي - من الكلام أو التعبير عن إرادته. كما يفترض كذلك على هذا الشخص بالأمر للسكوت عنه، وهو محل السكوت، و هو ذلك الأمر الذي يصلح لأن يتعلق به السكوت، و هو كل أمر عينه الشارع مما يصلح لتعلق إرادة الساكت به فينتج أثرا شرعيا في حق الساكت، سواء أكان ذلك عقدا أم تصرفا أو واقعة يرتب عليها الشارع حقوقا و آثارا معينة، كالاستيلاء و الجوار و غيرها⁷⁹، و ما إلى ذلك من الأمور التي تمس حقا الشخص الساكت، فلا بد أن يكون الساكت عالما بالأمر المسكوت عنه. والسكوت المقصود منها هو السكوت المجرد أو البسيط، أي ذلك السكوت البحت الذي لا يصحبه قول أو فعل، أو أي فعل يمكن من خلاله استنتاج الإرادة. كما أنه مجرد عن القرينة، بمعنى أنه سكوت ساكن في ظاهره وباطنه ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه، وهو يختلف عن باقي طرق التعبير السابقة.

ويستند هذا الشق من القاعدة إلى عموميات النصوص الشرعية من القرآن الكريم و السنة النبوية التي تنهى عن آكل أموال الناس بالباطل، و تحرم الاعتداء على الأموال و الدماء والأعراض، و توجب أن يكون ذلك عن تراض و طيب نفس⁸⁰. كما يستند أيضا إلى المعقول.

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ (فمن النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم قوله تعالى: **بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ** ⁸¹، وقوله تعالى: **وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**)

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ (⁸²تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

⁷⁹ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 250-251.

⁸⁰ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 251-252-254.

⁸¹ سورة البقرة، الآية 188.

كل المسلم على } ومما ورد في السنة النبوية قوله - صلى الله عليه و سلم-
83 {المسلم حرام دمه وماله و عرضه

فهذه النصوص تدل على حرمة الأموال المملوكة، و تحريم الاعتداء عليها و أكلها بالباطل، أي بغير حق. و أن هذه النصوص قيدت التجارة و انتقال الأموال بين الناس بالتراضي، و من أخذها بغير رضا، فيعتبر أكلها بالباطل، و اعتدى عليها. و عليه، فإن السكوت المجرد لا يكفي دليلاً للرضا الذي هو الأصل الذي تبني عليه العقود و التصرفات عامة، ولا شك في أن انتزاع الرضا من سكوت مجرد غير مصحوب بقول أو فعل إلى شخص ساكت لم يقله و لم يفعله، فيه نوع من الافتراء و الظلم، و هذا منهي عنه في نصوص فقد افترى الشرع. وقال في ذلك الإمام الماوردي: "من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاد و وضع الإمام الشافعي قوله ذلك: "لا ينسب إلى ساكت قول قائل و لا عمل" 84 عليه" عامل، إنما ينسب إلى كل قوله و عمله".

ومن حيث دليل القول في القاعدة السابقة من الناحية المعقولة، هو أن السكوت المجرد دلالة على الإرادة في مختلف مجالاتها محتملة، و المحتمل لا يكون حجة، لكون تعدد احتمالات أسباب التزام الشخص الصمت، و صعوبة تحديد أحدها على جهة القطع و اليقين، و لهذا تكون دلالاته ظنية لا يعتد بها دليلاً على الإرادة في أي صورة من صورها، سواء موافقة أو رفضاً، أو إقراراً، أو إذناً، أو إجازة. و من جهة أخرى، لما كان عدم القول هو المتيقن، و دلالة السكوت مشكوك فيها، فإنها يُصار إلى اليقين ولا يلتفت إلى الشك، فالقاعدة السابقة لها صلة وثيقة بالقاعدة الأساسية "اليقين لا يزول بالشك". يضاف إلى ما سبق أن الحكمة التشريعية في هذا القول، هو المحافظة على الأموال والأعراض والدماء، و حماية المتعاقدين و ضمان الاستقرار في التعامل بين الناس 85 .

ويترتب على ذلك الشق من القاعدة سالفه الذكر، بأن السكوت المجرد - باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية- عدم صلاحيته للتعبير عن الإرادة. و تعرف عدة تطبيقات

82 سورة النساء، الآية 29 .

83 مسلم، صحيح مسلم، الجزء الرابع، كتاب البر و الصلة، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، 1986، حديث رقم 2564 .

84 أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء 16، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، ص. 101، مقتبس من رمزي

دراز، المرجع السابق، ص. 13 .

85 رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 255-258 .

منها على سبيل المثال: لو رأى الشخص أجنبيا يبيع ماله فسكت لا يكون سكوته إجازة، بخلاف ما لو قبضه المشتري بعد ذلك بحضرتة و هو ساكت فإنه يكون إجازة، و كذلك لو رأى القاضي الصبي أوالمعتوه يبيع و يشتري فسكت لا يكون سكوته إذنا بالتجارة و لو لم يكن لهما ولي⁸⁶.

هذا ما يتعلق بالسكوت المجرد، و يتم تناول السكوت الموصوف بعده في الفرع الموالي

الفرع الثاني

السكوت الموصوف

خلافاً للمبدأ العام - و المتمثل في أن السكوت المجرد لا يصلح للتعبير-، فإنه ترد عليه استثناءات تجعله يقوم مقام القبول. و من تلك الاستثناءات، هناك ما يسمى بالسكوت ، الذي لم يرد تعريفه في التشريعات. غير أن مجموعة الأعمال (Silence qualifié)الموصوف التحضيرية للقانون المدني المصري تطرقت له و عبرت عنه بقولها: "السكوت الموصوف هو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام، فلا يثير إشكالا ما، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه"⁸⁷.

ويؤخذ القانون هنا بمعناه الواسع، والذي يتمثل في النصوص التشريعية، أو العرف، أوالاتفاق الذي ينزل منزلة النص القانوني أو العرف⁸⁸. و بمعنى آخر يكون السكوت موصوفا إذا أوجبت قواعد القانون أو الاتفاق على الشخص، أن يعبر عن إرادته باللفظ أو باتخاذ

⁸⁶ ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 151؛ أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1983، ص. 273.

⁸⁷ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء 2، ص. 57، مقتبس من محسن البيه، المرجع السابق، ص. 166-167.

⁸⁸ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 31-32.

موقف إيجابي، إذا لم تكن لديه الرغبة في التعاقد، و في هذه الحالة يعتبر سكوته عن الرد قبولاً.

وبالنسبة لقواعد القانون التي تضيف على السكوت هذه الصفة، فقد تكون قواعد ذات مصدر تشريعي أي تشريعية، أو تكون ذات مصدر عرفي، أي قواعد عرفية، و هي في كل الأحوال قواعد قانونية. و في مثل تلك الحالة، فإنه متى التزم الشخص السكوت، فإن سكوته يقوم مقام القبول. ويسمى السكوت هنا موصوفاً لأن القاعدة القانونية أو الاتفاق هي التي رجحت دلالة القبول على دلالة الرفض⁸⁹. و يخضع القاضي في حالات السكوت الموصوف لرقابة محكمة النقض أو العليا عليه.

ومن الحالات التي يعتبر فيها السكوت الموصوف قبولاً، و التي وردت في نصوص التشريع، منها ما نص عليه المشرع الفرنسي و اعتبر فيها السكوت قبولاً، ما جاء في نص المادة 1759 من القانون المدني و التي تقضي بأن عقد الإيجار يتحدد بنفس الشروط إذا استمر المستأجر في انتفاعه بالعين بعد انتهاء مدة الإيجار، دون اعتراض من جانب المؤجر.

فيستخلص من هذا النص أنه ثمة التزام بالكلام، هو التزام المؤجر بإبداء الاعتراض على استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، فإذا امتنع عن الاعتراض إخلالاً لهذا الالتزام، اعتبر امتناعه قبولاً لإيجاب ضمني بتحديد عقد الإيجار، يستفاد من بقاء المستأجر في العين المؤجرة، رغم انتهاء مدة الإيجار. و كذا يستفاد من نص المادة 2186 من ق.م.ف، حيث أنه ثمة التزام بالكلام يقع على عاتق الدائنين المرتهنين في حالة التجاء حائر العقار المرهون إلى تطهيره وعرضه الثمن عليهم. فإذا مضت ستون يوماً ولم يعلن أحد منهم رغبته في الزيادة على هذا الثمن اعتبروا قابلين لهذا العرض.

وكذلك هناك حالات وردت للسكوت الموصوف جاءت بمناسبة فرض نصوص القانون المدني الألماني الالتزام بالكلام في حالات مختلفة. من ذلك ما فرضته المادة 496

⁸⁹ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 125؛ عباس العبودي، التعاقد من طريق وسائل الاتصال الفوري و حجتها في الإثبات المدني، "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1997، ص. 139.

الخاصة بالبيع تحت التجربة على المشتري من التزام بإعلان رفضه الشراء، إذ تقضي بأنه يجب على المشتري رد الشيء المبيع في خلال المدة المحددة و إلا اعتبر سكوته قبولاً⁹⁰.

و قرر المشرع المصري هو الآخر بالالتزام بالكلام بنصوص خاصة في مواضيع متفرقة من ذلك ما نصت عليه المادة 322 من ق.م.م التي تقضي بأنه: "في حالة بيع العقار المرهون رهنا رسمياً، إذا نفق البائع و المشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أنه يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقرار. و من هذه النصوص أيضاً، شرط التجربة، إلتزاماً بإعلان رفض المادة 421 من ق.م.م التي فرضت على المشتري في البيع المبيع في المدة المتفق عليها أو في مدة معقولة يعينها البائع. فإذا انقضت المدة و سكت . و كذلك أيضاً ما جاء في نص المادة⁹¹ المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً 599 من ق.م.م الخاصة بتجديد الإيجار تجديداً ضمناً، والمتفقة مع نص المادة 1759 من ق.م.م ف⁹².

وقد يرجح القانون المصري دلالة الرفض، فيعتبر السكوت حينئذ رفضاً، و مثال ذلك ما جاء في المادة 316 ق.م.م، من أنه إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً. و كذلك الحال في المادة 228 ق.م.م الخاصة بالبيع بشرط المذاق⁹³.

ونفس الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي فرض الالتزام بالإفصاح و الكلام، و رتب على السكوت فيه قبولاً، و من ذلك ما جاء في نص المادة 1/255 ق.م.م بقولها: "في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يتمكن من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً"⁹⁴. و كذلك ما جاء في نص المادة

⁹⁰ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 42.

⁹¹ حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص. 176؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 42 .

⁹² حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص. 177؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 43-44 .

⁹³ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 126 .

⁹⁴ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص. 88 .

2/252 ق.م الخاصة بحوالة الدين بأنه: "و إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن و عين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الإقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة".

وكذلك من الحالات التي يقضي فيها العرف خاصة العرف التجاري منه أن السكوت الموصوف يعد قبولا، حالة إذا أرسل مصرف إلى عميله كشفا ببيان حسابه الجاري، و لم بيد العميل أي اعتراض - على ما ورد بالكشف- خلال مدة مناسبة، و كان قد ذُكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقرارا له، حينئذ يعد سكوت العميل دليلا على رضائه بكشف الحساب، و لقد جاءت أحكام القضاء على الأخذ بهذا المبدأ. كما أنه استنادا للعرف المهني، فإن السكوت قد يعتبر قبولا، إذا تحقق الاحتراف المهني لكل من الموجب و الموجه إليه بالإيجاب⁹⁵.

من ناحية أخرى، قد يكون السكوت موصوفا بمقتضى الاتفاق، أي أنه يجوز أن يتفق الطرفان على اعتبار السكوت الموجه إليه بالإيجاب يعد قبولا إذا تأخر عن مدة معينة، و ذلك خلافا للقاعدة العامة أو المبدأ العام، لأنها ليست من النظام العام و هي مقررة لمصلحة الأفراد. و بالتالي يجوز مخالفتها، و متى اتفق على ذلك، فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق في خصوص ما ورد فيه. من ذلك أن يتفق الطرفان في عقد محدد المدة كعقد إيجار أو عقد عمل، على امتداد أو تجديد العقد لفترة أخرى، ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر قبل انتهاء العقد بفترة برغبته في الإنهاء . ففي هذه

الحالة يعتبر السكوت عن الإخطار رضاء بامتداد العقد أو تجديده، و ذلك بمقتضى ما اتفق عليه الطرفان، أي أن الاتفاق هو الذي يضيف المعنى على السكوت، وليس للسكوت في ذاته أية دلالة. و لهذا متى ثار نزاع بين الأطراف، فإن القضاء يتحدد دوره في تطبيق اتفاق الطرفين⁹⁶.

⁹⁵ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 44؛ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 38 .
⁹⁶ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 126؛ عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 139؛ سمير عبد السيد تناغو، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 75 .

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، لقد أخرج الفقهاء المسلمون القدامى مسائل فقهية كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي المختلفة، و جعلوا للسكوت دلالة على الإرادة بشأنها استثناء من القاعدة العامة "لا ينسب لساكت قول"⁹⁷. وهذه المسائل تختلف من مذهب إلى آخر، و ذلك بحسب ما إذا كان السكوت في موضع الحاجة إلى البيان أو لا. لذلك كان بعضها محل اتفاق، وبعضها الآخر محل خلاف بين الفقهاء، كما أنها تختلف من حيث كثرتها أو قلتها من مذهب إلى آخر.

ومن المسائل التي يعتبر فيها السكوت موصوفاً، تلك المسائل التي تحددت فيها دلالاته بناء على نص شرعي أو عرف، أو حتى على اتفاق.

ويراد بالنص الشرعي الذي تحددت فيه دلالة السكوت الموصوف، هو اللفظ الذي يفهم منه المعنى من القرآن الكريم و السنة سواء أكان ظاهراً أم مفسراً أم خاصاً أم عاماً، و ليس المراد منه ما قابل الظاهر و المفسر، و المحكم. فهو كل ملفوظ من القرآن الكريم و السنة النبوية و يلحق بالنص هنا من حيث الأثر العرف.

فمن أهم المسائل التي تحددت فيها دلالاته بناء على النص، مسألة سكوت البكر في الزواج، حيث يقوم مقام نطقها عندما يستأذنها وليها قبل التزويج، و عند قبض مهرها⁹⁸. و قد دل على أن سكوت البكر كنطقها في ذلك حديث الرسول - صلى الله عليه و سلم- في قوله: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، و لا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها؟، قال: أن تسكت". و في رواية أخرى قوله - صلى الله عليه و سلم- "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، و إذنها صماتها"⁹⁹.

ففي هذه النصوص تصريح بأن البكر يكفي سكوتها أو صمتها في إذنها بالزواج أي أن سكوتها يحمل على الموافقة بناء على النص في إذنها بالزواج، وذلك لضرورة الحياء، أي أن

⁹⁷ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 265.

⁹⁸ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 343-344.

⁹⁹ مسلم، المرجع السابق، ص. 1036-1037.

حياءها يمنعها من إبداء أو إعلان موافقتها باللفظ، لذلك و لرفع الحرج عنها يكتفى بسكوتها. و البكر يقصد بها الفتاة التي لم تزول بكارتها، فحقيقة البكارة بقاء العذر .

ومن المسائل الكثيرة التي تحددت فيها دلالاته بمقتضى العرف، منها على سبيل المثال: السكوت عن تحديد نوع النقد في العقد - مثل الثمن في عقد البيع، أو المهر في الزواج- كأن يقول البائع: بعتك هذا الشيء بمائة أو بألف، أو يقول الزوج: تزوجتك بمائة أو بألف و يسكت عن تحديد نوع هذه المائة أو الألف هل هو دينار أو درهم، أو جنيه مثلا. فهنا يرجع إلى العرف السائد في البلد الذي يجري فيها التعاقد طالما سكت المتعاقدان عن . و كذلك لو باع التاجر شيئا دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن و لا¹⁰⁰ التحديد على تأجيله، و إنما سكتنا عن ذلك، فإنه يرجع إلى العرف لتحديد دلالة هذا السكوت، و بيان ما إذا كان سيتم الدفع معجلا أو مؤجلا وكذلك السكوت عن بيان أحد بنود العقد كالسكوت عن تحديد مشتريات المبيع ومكان التسليم، وأجرة النقل، وغير ذلك. فإذا سكت المتعاقدان عن بيان ذلك فمعناه قد احتكما إلى العرف القائم والسائد عندهم، وفوضا إليه مهمة التبيين والتفصيل¹⁰¹ .

وقد يكون السكوت بناء على اتفاق سابق بين المتعاقدين، كالاتفاق السابق بين المتبايعين، فيرجع إليه، و يُعمل به¹⁰² .

الفرع الثالث

السكوت الملابس

هو ذلك السكوت الذي يتعارض مع السكوت المجرد، و يعتبر كإستثناء آخر عليه. ويقصد به هو ما تحيط به ظروف معينة تجعله يفيد دلالة القبول و ترجحها. و هذه الظروف التي تحيط به

¹⁰⁰ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 345 .
¹⁰¹ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 346-347 .
¹⁰² عبد الناصر توفيق العطار، توحيد تقنينات الأزهر الشريف للشريعة الإسلامية، الجزء الأول، البيوع،النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2002، ص. 60 .

لا يتوقع بسببها أن يصل حتماً إلى الموجب رد صريح إذا ما قرر الموجب له القبول، و إنما يكون توقع الرد في حالة الرفض، فإذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، اعتبر السكوت قبولاً¹⁰³. وبمفهوم آخر هو السكوت الذي يكون ساكناً في ظاهره متجهاً لإحداث أثر في باطنه، و ذلك على ضوء الظروف المصاحبة له و التي تضفي عليه دلالة معينة، فيصير في هذه الحالة موقفاً ذا دلالة، و بالتالي وسيلة مؤدية إلى التعبير عن الإرادة .

ومن ثمّ يعتبر السكوت قبولاً كلاً و قد ظرف من الظروف الخارجية التي ترجح دلالة القبول للإيجاب، و يسمى السكوت في هذه الحالة بالسكوت الملايس، على أساس ما لابسه من ظروف ترجح فيه دلالة القبول. و إلى هذا المعنى أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في تعريفها للسكوت الملايس بقولها: "السكوت الملايس هو ما تلابسه ظروف يحل معها محل الإرادة"¹⁰⁴.

وهذه الظروف و الوقائع التي تقترن بالسكوت و تخلع عليه دلالة معينة، يجب أن تنطق أو تدل على اعتباره قبولاً، و يشترط فيها أن ألا تدع للشك مجالاً و الغموض في اعتباره كذلك، ما دام أنها ألبسته تلك الصفة من جعله ملايساً من جهة، و من جهة أخرى، رتبت آثاره لكونها يستشف منه دلالاته على القبول. و من ثمّ يصبح السكوت بطابعه لا بطبيعته، و بما أضفت عليه هذه الأسباب - أي الظروف - من رداء، فيه من الدلالة على قبول الصامت.

وأن تقدير الظروف الملايسة للسكوت و ما تحمله من دلالة على القبول يعتبر مسألة موضوعية، تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، أي أن هذا الأخير هو الذي يتولى تقديره هذه الظروف، وذلك دون رقابة عليه من محكمة النقض أو المحكمة العليا، و له أن يستعمل ضوابط مرنة في هذا التقدير.

والسكوت الملايس بهذا المعنى يختلف عن السكوت الموصوف، الذي يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا و ليس له أن يستعمل ضوابط مرنة بشأنه. إضافة إلى اختلاف

¹⁰³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 96-97؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 89 .

¹⁰⁴ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 31 ؛ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 141؛ محسن البيه، المرجع السابق؛ ص. 127؛ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 115

من ناحية اللغة Qualifié " عن كلمة "موصوف" " "Circonstancié" كلمة "ملايس" الفرنسية¹⁰⁵ .

وإلى السكوت الملايس والظروف المحيطة به أشارت المادة 98 من ق. م.م والمادة 68 من ق. م. ج سالفتي الذكر، وكذا بعض التشريعات. فجاءت بأمثلة و حالات للسكوت الملايس في اعتباره قبولاً و تعبيراً عن الإرادة، فمن تلك الظروف المقترنة بالسكوت، منها ما يكون سابقاً عليه، و منها ما يكون معاصراً له، ومنها أيضاً ما يكون لاحقاً عليه¹⁰⁶ . وجاءت هذه النصوص أيضاً بعدة ضوابط مرنة تهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه .

وبخصوص الشريعة الإسلامية، لم يلتزم الفقه الإسلامي مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت بصورة مطلقة، بل جنح إلى الخروج عليه و اعتد بالسكوت إذا اقتضت به ملايسات و ظروف تجعل دلالة تصرف إلى الرضا، و يكون بذلك تعبيراً عن الإرادة، إذا كان السكوت في معرض الحاجة إلى البيان، لذلك أضاف الفقهاء إلى قولهم " لا ينسب لساكت قول" عبارة "لكن السكوت في معرض الحاجة بيان". فاكتملت بذلك القاعدة الفقهية بشقيها الأصل و الاستثناء و فق الترتيب السابق. و لقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الاستثناء بقولها في المادة 67 منها " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان". وفسرته بأن "السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبياناً".

ولشرح المقصود بالشق الثاني من القاعدة الفقهية- الاستثناء - يستدعي الأمر الوقوف على عباراته، فبدأت العبارة فيها بكلمة " لكن" التي تفيد من الناحية اللغوية الاستدراك و نفي ما يتوهم ثبوته، أي لإزالة ما يتوهم ثبوته من أن السكوت لا دلالة له على الإرادة مطلقاً، و إثبات أن السكوت قد تكون له دلالة على الإرادة في حالات معينة. و يراد بالسكوت في العبارة من القادر على التكلم، وذلك في معرض الحاجة إلى البيان. و يقصد بالحاجة عند الفقهاء خوف الضرر، و هي أقل حدة و أدنى حالاً من الضرورة، و بمعنى

¹⁰⁵ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 98، عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 32-49-50؛ سمير عبد السيد تناغو، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 75 .
¹⁰⁶ عادل حبيب، المرجع السابق، ص. 52 .

آخر هي الحالة التي يجد الإنسان نفسه معها في جهد و مشقة، وقد يتوقف رفع هذه المشقة على الإتيان بفعل معين. أما المراد بالبيان فهو الإيضاح والإظهار و الدليل¹⁰⁷ .

وبعد الوقوف على مدلول العبارات في الشق الثاني من القاعدة، فإن معنى "لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، هو أن السكوت من القادر على التكلم في موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان، وهي المواضع التي يخشى فيها من وقوع ضرر بأحد المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وهي الدين، و النفس، والعقل و المال، والنسل يرخص في عده في هذه الحالة دليلا على جاءت في موضع الحاجة، أي إذا كانت هناك حاجة تدعو إلى استنتاج الإرادة من السكوت.

ولا الإرادة و إظهارها لها، و ذلك علي سبيل الاستثناء، محافظة على تلك المقاصد، وصيانتها، إذ إن كل من يتضمن حفظ هذه المقاصد فهو مصلحة. و كل ما يفوت أحدها مفسدة و دفعه مصلحة، وعلى ذلك فإذا كانت اعتبارات تحقيق المصلحة أو جلبها، أو دفع مفسدة تقضي باعتبار السكوت بيانا أي دليلا على الإرادة و إظهارها لها، فلا بأس بذلك. على أن يكون هناك دلالة من نص أو عرف أو قرينة، تؤيد تفسير السكوت على نحو معين. و عد السكوت بيان في موضع الحاجة هو ما يعرف عند علماء الأصول من الحنفية "بيان الضرورة"، أي البيان الذي يقع بسبب الضرورة، و هو دلالة السكوت.

وعليه يترتب على الشق الثاني من القاعدة الفقهية، أثر فقهي مهم مفاده هو اعتبار السكوت بيانا، أي دليلا على الإرادة. وهو وسيلة استثنائية من وسائل التعبير عنها خلاف بين الفقهاء في اعتبار ذلك استثناء على القاعدة العامة، وإنما الخلاف يظهر- كما سبق الإشارة إليه- في نطاق هذا الاستثناء، أي مدى التوسع فيه أو تضيقه عند المذاهب، فيتسع نطاقه لدى المذاهب التي اعتدت بالتعاطي في التعبير عن الإرادة، و يضيق لدى الأخرى التي لم تعترف للتعاطي بدلالة على الإرادة. و يستند هذا الاستثناء إلى النصوص الشرعية في القرآن الكريم و السنة النبوية الدالة على التيسير، و رفع الحرج و المشقة، و على ما بناه الفقهاء على هذه النصوص من قواعد فقهية كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" ¹⁰⁸ .

¹⁰⁷ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 265؛ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 311-315 .

¹⁰⁸ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 316-323 .

ولقد زخر الفقه الإسلامي بتطبيقات متعددة لحالات السكوت الملابس، و هي مجموع المسائل التي يعتبر فيها السكوت دليلا على الإرادة اعتمادا على القرائن، أي بناء على في الأشباه و النظائر سبعة¹⁰⁹ دلالة من حال المتكلم، بحيث قد عدد الإمام ابن نجيم الحنفي و ثلاثين حالة يعتد فيها الفقهاء بالسكوت الملابس، و هذه الحالات التي أوردها لا تقتصر على التصرفات القولية، والعقود فحسب، بل أن بعضها خارج عنها. و لكن يُختار منها ما يتعلق بالعقود و التصرفات، ويمكن جمع أهمها فيما يلي:

الحالات التي تمحض فيها لمنفعة من وجه إليه و يدخل في ذلك: سكوت 1- المتصدق عليه قبول، و سكوت المفوض إليه قبول أيضا و يرتد برده، و سكوت الموقوف عليه، و سكوت الموصى له و سكوت المكفو

ل له¹¹⁰.

2- الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين و يتصل بالإيجاب بهذا التعامل كسكوت الراهن بعد قبض المرتهن المرهون بعد العقد، اعتبر هذا السكوت إذنا بالقبض. و كذا الحال في الهبة، فإذا ما قبض الموهوب له بعد العقد، و صاحب هذا القبض سكوت الواهب، اعتبر سكوته إذنا بالقبض. وكما هو الحال أيضا في عقد البيع الذي يملك البائع فيه حق الحبس على الشيء المبيع، فإذا ما قبض المشتري بعد ذلك المبيع، و سكت البائع اعتبر سكوته إذنا بالقبض وهو ما جاء في نص المادة 281 من مجلة الأحكام العدلية.

3- الحالات التي تستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضا كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع و يشتري، فإنه يجعل إذنا له في التجارة لضرورة دفع الضرر عمن يعامله من الناس، وهذا عند علماء الحنفية¹¹¹. و سكوت الزوج عند الولادة، و السكوت قبل البيع

¹⁰⁹ ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 151- 152.

¹¹⁰ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 266؛ ابن نجيم، المرجع السابق، ص. 151؛ أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص. 277؛

صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 311.

¹¹¹ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 267؛ رمزي دراز، المرجع السابق، ص. 353.

عند الإخبار بالعيب وغيره، بالإضافة إلى حالات أخرى نص عليه الفقهاء، و التي تدرج تحت صنف السكوت الملايس.

بعد التعرض في هذا المبحث الأول إلى ماهية السكوت و أنواعه، يلي ذلك في المبحث الموالي دراسة ماهية التصرف القانوني و أنواعه.

المبحث الثاني

ماهية التصرف القانوني و أنواعه

في هذا المبحث سنعالج تعريف التصرف القانوني و شروطه ، و كذا أنواعه، و ذلك في مطلبين يشمل الأول منهما تعريف التصرف القانوني و شروطه، بينما يشمل الثاني أنواع التصرف القانوني .

المطلب الأول

تعريف التصرف القانوني و شروطه

سنتعرض في مضمون هذا المطلب إلى تعريف التصرف القانوني (الفرع الأول)، و إلى شروط التصرف القانوني .

الفرع الأول

تعريف التصرف القانوني

هو أعمال الإرادة حين L'Acte juridique يقصد بالتصرف القانوني أو العمل القانوني بأنه العمل الإرادي L.JOSSERAND تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين¹¹². و يعرفه الفقيه الذي يباشره الشخص بقصد إحداث آثار قانونية¹¹³. و يعرفه الأستاذ أحمد زكي بدوي بأنه "عمل يرجع لإظهار إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية، أو تغيير في الحالات القانونية، أو نحو إنشاء التزامات"¹¹⁴.

وبمعنى آخر التصرف القانوني هو اتجاه إرادة الشخص المحضة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه¹¹⁵، فيترب هذا الأثر المراد في إطار ما يقره القانون، فالإرادة البحتة هي أساس التصرف القانوني، و ذلك لكونها تلعب دورا جوهريا فيه¹¹⁶.

والتصرف القانوني بهذا المفهوم، فهو يختلف عن الواقعة القانونية، كون هذه الأخيرة هي حادث أو عمل مادي يرتب عليه القانون أثرا معنيا. و هي تحدث إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، سواء أراد الإنسان هذه النتيجة أو لم يردّها، أي بصرف النظر عن الإرادة. و يظهر التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية فيما يلي :

1- أن الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف و جوهره، و لهذا يجب وصفه بأنه إرادة محضة، بينما في الواقعة القانونية، قد توجد الإرادة كما في الأفعال

¹¹² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 50.

¹¹³ L.JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, T. 2, Paris, 1933, p. 7,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 50.

¹¹⁴ أحمد زكي بدوي، إبراهيم النجار، يوسف شلالا، القاموس القانوني، "فرنسي-عربي"، الطبعة السادسة، مكتبة لبنان، 1998، ص.

8.

¹¹⁵ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 736؛ محمد حسن قاسم، نبيل سعد، المدخل إلى القانون،

"القاعدة القانونية- نظرية العقد"، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ص. 224-225؛ هجيرة دنوني، موجز المدخل للقانون، "النظرية

العامة للقانون والنظرية العامة للحق"، منشورات دحلبي، 1992، ص. 205.

¹¹⁶ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، "الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. 246.

الاختيارية، و قد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية. و إذا ما وجدت فإنها تتميز بوضوح عن الإرادة في التصرف القانوني.

- إنه ينبغي على الاختلاف الجوهرى المتقدم بين التصرف القانوني و الواقعة القانونية أن الأثر القانوني المترتب على التصرف القانوني إنما يترتب لأن الإرادة و هي جوهر التصرف قد اتجهت إلى ترتيبه. أما في الواقعة القانونية، فإن جوهرها هو العمل المادي وحده و ليس الإرادة حتى و لو وجدت، وأما ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانوني فلا شأن للإرادة في ترتيبه، و إنما هو يترتب بمجرد تحقق العمل المادي و وجوده.

ولذلك يستوي إذن وجود العمل المادي أن توجد الإرادة أو لا توجد ما دام وجود الإرادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادي من أثر، إذ لا يكون لوجودها اعتبار في ترتيبه ولا في قلب العمل المادي نفسه من واقع قانونية إلى تصرف قانوني¹¹⁷.

ويضاف إليه أن التصرف القانوني أو العمل القانوني هو عمل غير مادي بخلاف الحال في الواقعة القانونية التي هي عمل مادي¹¹⁸.

وتظهر أهمية التفرقة بين التصرفات القانونية و الوقائع القانونية في جمع شتات مصادر القانون وردها إلى هاتين الطائفتين الأساسيتين و إخضاع كل طائفة إلى قواعد و أصول كلية واحدة و تبدو هذه الأهمية بالخصوص في الإثبات. ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله أو ظهور أي أثر قانوني، يقتضي عند المنازعة فيه إثبات مصدره المباشر أي إثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لأي من تلك الآثار.

وما دامت هاتان الطائفتان مختلفتان في الجوهر، فإنه من الضروري اختلافهما في وسائل الإثبات. فالتصرف القانوني لاعتباره إرادة محضة متجهة إلى توليد حق أو تعديله أو انقضائه أو توليد أي أثر قانوني بوجه عام، فإنه يعني إناطة هذا الأثر بمسلك إرادي بقصد ترتيبه و هو ما يقتضي في الأصل إمكان تهيئة أو إعداد دليل كتابي على هذا المسلك وقت وقوعه لكي يكون من بعد وسيلة إثباته إذا حصلت المنازعة فيه. و ليس الحال كذلك في شأن الوقائع القانونية و هي محض أعمال مادية يترتب آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم

¹¹⁷ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 736؛ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 15-17؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 245.

¹¹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 75.

اتجاه الإرادة إلى هذا الترتيب، حيث يستعصى في الأصل إعداد دليل كتابي يسجلها عند وقوعها.

وتظهر أهمية التفرقة كذلك بين التصرفات القانونية و الوقائع القانونية في إنفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالإرادة و بقدرتها على ترتيب الآثار القانونية، و¹¹⁹ . هذا بخلاف الوقائع القانونية

وقد حظي التصرف القانوني، و بالأخص العقد الذي هو صورته الرئيسية، بعناية الفقه التقليدي الغربي الذي أعطاه أهمية بالغة بالقياس إلى الواقعة القانونية التي كادت تتلاشى أمامه نتيجة التأثير الكبير له بالمذهب الفردي، و المغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة مغالاة غير مقبولة أدت بالبعض فيه إلى رد كل شيء إلى الإرادة و هي جوهر التصرف القانوني. غير أنه إذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانوني في كل نواحي القانون و فروعه، فينبغي أن لا يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها، فالواقعة القانونية .

والتصرف القانوني صنوان في الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية.

والتصرف القانوني باعتباره مصدرا مباشرا للحقوق، فهو يترتب عليه إنشاء الحقوق أساسا، كما هو الحال بالنسبة للعقد بوجه عام، و هو تصرف قانوني بإرادتين، يولد الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية و ما يقابلها من التزامات، أو كما هو الحال في التصرف القانوني بالإرادة المنفردة قد ينشئ حقا شخصيا، كالوعد بالجائزة.

وكذلك يؤدي التصرف القانوني إلى نقل الحقوق و تعديلها و انقضائها. فالحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة، و هي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن و شخص آخر بمقتضاه يحول هذا الدائن لهذا الشخص ما له من حق في ذمة المدين حسب نص المادة 293 ق.م.ج. وكذلك الحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضي و يستبدل بالتجديد، الذي هو تصرف قانوني يتم باتفاق بين الدائن والمدين، أو بين الدائن و مدين و أجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق قديم مما ينقضي به الحق أو الدين

¹¹⁹ محمد تقية، المرجع السابق، ص. 17- 18 .

القديم، و ينشأ الحق أو الدين الجديد. و ينقضي حق الدائنية كذلك بالإبراء. و الحق العيني¹²⁰ . ينقضي بالنزول عنه، كالنزول عن حق الرهن أو حق الارتفاق

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثارا أخرى، فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قابل للنقض، كقبول الموصى له الوصية، أو قبول المنتفع ما اشترط لمصلحته، و هو في الحالين تصرف بإرادة منفردة¹²¹ . و قد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الإجازة ممن شُرع الإبطال لمصلحته، أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير، كإقرار رب العمل تصرف الفضولي بما يحول الفضولي في هذا الشأن إلى وكيل، وكل من الإجازة و الإقرار تعتبر تصرف بإرادة منفردة. و كذلك الأمر بالنسبة للوائح و القرارات الإدارية التنظيمية و الفردية مثل تعيين موظف أو عزله، و الأحكام القضائية، و المعاهدات في مجال القانون الدولي، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكددها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة¹²² .

أما المقصود بالتصرف الشرعي في فقه الشريعة الإسلامية، فلم يورد الفقهاء القدامى تعريفا للتصرف، و إنما تعرضوا له عند الكلام عن العقود المختلفة، كالبيع و غيره من العقود¹²³ .

غير أن الفقهاء المحدثين أعطوا عدة تعريفات للتصرف من جملة ذلك ما ذكره الشيخ محمد أبو زهرة من أن التصرف الشرعي "هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية و يرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل"¹²⁴ . و يذهب الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى أن التصرفات القولية في الشريعة الإسلامية يقابلها التصرفات القانونية في الفقه الغربي الحديث. و يعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه "كل ما صدر من الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثرا من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة و الوقف و الإقرار بحق، والأفعال كإحراز

¹²⁰ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 736-737 .

¹²¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 736-737-738؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 225 .

¹²² حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 738-739 .

¹²³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 51 .

¹²⁴ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص. 181 .

المباحات و الاستهلاك و الانتفاع، سواء أكان القول أو الفعل لصالح الشخص كالباع و الاصطياد، أم لغير صالحه كالوقف و الوصية و السرقة والقتل¹²⁵ .

وعليه فإن مفهوم التصرف الشرعي هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من أقوال أو أفعال يرتب عليها الشارع أثرا أو نتيجة من النتائج الشرعية .

وحسب المفهوم السابق، تقسم التصرفات الشرعية إلى قسمين: تصرفات قولية، وتصرفات فعلية.

فالتصرفات القولية: هي كل ما يصدر عن الشخص من أقوال، و يرتب عليها الشارع أحكامها سواء أكانت من التمليكات و الإسقاطات أو التوثيقات أو الإثباتات، فهي بهذا ترادف مدلول العقد بمعناه العام، سواء أكان صادرا من الجانبين كالباع أو الإيجار أو من جانب واحد كالوقف .

وأما التصرفات الفعلية : فهي كل ما يصدر عن الشخص من أفعال مادية، أي ما كان قوامه عملا ماديا وليس قوليا أو عقديا، ويرتب عليها الشارع أثرا شرعيا كالغصب وقبض الدين وتسلم المبيع، فهي إما تصرفات مفيدة كالاصطياد، أو تكون تصرفات ضارة كالسرقة¹²⁶ .

وقد يقوم الشخص بإجراء هذه التصرفات بالأصالة عن نفسه أو بولاية من الشارع، كتصرف الولي أو الوصي، وقد يجربها دون أن تكون له ولاية التصرف، إما بدافع المصلحة للمتصرف نفسه، كأن يكون شريكا، ينفق على المال المشترك، أو مرتثنا ينفق على الرهن، وقد يقوم الشخص بإجراء هذا النوع من التصرف بدافع المصلحة للغير، كتزيم جدار آيل للسقوط للغير¹²⁷.

¹²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 69، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 4، ص. 83 .

¹²⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 51-52؛ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 54 .

¹²⁷ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 53 .

والعبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هي بطبيعة التصرف وصورته لا على الأساس الذي بني عليه. و لذا كان دفع الثمن و تسليم المبيع تصرفا فعليا و لو أنه مبني على عقد البيع¹²⁸.

لقد تم تعريف التصرف القانوني في هذا الفرع، و يعقبه في الفرع الموالي بيان شروط التصرف القانوني .

الفرع الثاني

شروط التصرف القانوني

على خلاف الواقعة القانونية، فإن للتصرفات القانونية نظرية عامة تبين الشروط اللازمة توافرها في الإرادة و الأثر القانوني الذي يترتب على ذلك، و لما كانت الإرادة هي -، إذ هي تنشئه، كما تحدد الآثار التي¹²⁹ قوام التصرف القانوني - كما سبق التطرق إليها يرتبها فإنه يلزم أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

1- يجب أن توجد إرادة جادة و باثة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين حتى يعتد بها القانون، و عليه فتصرف المازل منعدم، لأن إرادته ليست جادة و لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، أي لم تحمل معنى الإلتزام النهائي .

2- يجب أن يصدر التعبير عن شخص ذي أهلية، و يتعلق الأمر هنا بأهلية الأداء، و التي تعني صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، من رهن أو هبة أو غيرها، ومناطقها الإدراك والتمييز، وهي تفترض توافر أهلية الوجوب التي يقصد بها قابلية الشخص لأن يكون له حقوق، أو عليه واجبات، والتي يتمتع بها كل إنسان، و هذا بخلاف أهلية الأداء التي تقتصر على فئة المميزين. و عليه، لا يمكن أن يصدر التصرف القانوني عن شخص عديم التمييز، لأنه لا يدرك معنى ما يقوم به كالصبي غير المميز لأنه معدوم أهلية الأداء، و لا عن

¹²⁸ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 55 .
¹²⁹ أنظر، ص. 11-12 من هذه الدراسة .

المجنون أو المعتوه فهما عديما أهلية الأداء أيضا، وسن التمييز هو ثلاث عشرة سنة، حسب ما جاء في نص المادة 42 المعدلة من ق.م.ج .

3- يجب أن يتم التعبير عن الإرادة في العالم الخارجي، بحيث لا تظل حبيسة في نفس صاحبها. والتعبير عنها قد يكون صريحا أو ضمنيا¹³⁰ .

4- يجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب، و عيوب الإرادة هي: الغلط، والتدليس والإكراه و الاستغلال. و تشترك هذه العيوب جميعها في الحكم، و هو أن التصرف المعيب يكون قابلا للإبطال لمصلحة من شاب العيب إرادته. و يشار في هذا المقام إلى هذه العيوب بإيجاز فيما يلي:

L'erreur-أ-الغلط:

هو وهم يتولد أو يقوم في ذهن المتعاقد فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته، فإذا كان هذا الغلط في صفة جوهرية، و كانت هذه الصفة هي الدافع الرئيسي لإبرام التصرف، كان له الحق في طلب إبطاله. و هذا حسب ما جاء في نصوص المواد من 81 إلى 85 من ق.م.ج .

Le Dol ب-التدليس:

هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالعلاقة بينهما وثيقة، و التدليس لا يجعل العقد أو ذلك التصرف القانوني قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في ذهن المتعاقد، فيدفعه إلى التعاقد. و يكون التدليس باستعمال طرق احتيالية، للتأثير في إرادة العاقد، وقد يكفي الكذب وحده طريقا احتياليا في التدليس، بل و يكفي مجرد الكتمان ليكون طريقا احتياليا¹³¹ . و يقع التدليس من أحد المتعاقدين أو من نائبه، و قد يقع من غير المتعاقدين فيكون للعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد، بشرط أن يثبت أن العاقد الآخر كان يعلم

¹³⁰ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق،ص. 225؛ محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص. 109-112-250-251؛ هجيرة دنوني، المرجع السابق،ص. 205 .
¹³¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص. 253 .

بهذا التدليس أو كان من المفروض حتما أن يعلم به. و التدليس جاء النص عليه في المادتين 86 و 87 من ق.م.ج .

La Violence ج-الإكراه:

هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص بحسب حالته و ظروفه، فيلجأ إلى التعاقد خوفا و رهبة، والذي يفسد الرضا هو الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد. والإكراه يفسد الرضا لأن المكره اختار أهون الضررين، ولولا الإكراه لما اختار التعاقد. ويقع الإكراه من أحد العاقدين، وقد يقع من غير العاقدين، فيكون للعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم بهذا الإكراه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به. و ورد النص على الإكراه في المادتين 88 و 89 من ق.م.ج .

L'exploitation د-الاستغلال

وهو أن يستغل شخص في آخر طيشه البين أو هواه الجامح، فيجعله يبرم تصرفا يؤدي إلى غبنه والاستغلال قد يقع في عقود التبرع، كما يقع في عقود المعاوضة، وفي حالة المعاوضات يلزم توافر ركنان لتوافر الاستغلال: أولهما ركن مادي هو عدم التعادل بين التزامات الطرفين، والثاني ركن نفسي هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح. و يجب أن يقع الاستغلال من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، ويكون هذا الاستغلال هو الذي دفع إلى التعاقد. ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من ق.م.

وعليه حتى يكون التصرف القانوني صحيحا و منتجا لآثاره فلا بد من وجوب الإرادة السليمة أي الخالية من العيوب السالفة الذكر¹³² .

5- يجب أن يكون الباعث الدافع للإرادة مشروعاً، أي أن يتوافر لها سبب مشروع غير مخالف للنظام العام و لا للآداب العامة. و عليه إن كان الغرض مخالفا للنظام العام والآداب، فإن القانون لا يعتد بها في إنشاء التصرف القانوني، بل يعتبر هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا .

¹³² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص. 254-255 .

6- أن ترد الإرادة على محل مستوف لشروطه من حيث الإمكان و التعيين
المشروعية.

هذه كلها شروط يلزم أن تتوافر في الإرادة، حتى يكون بذلك التصرف القانوني الذي
أبرمته صحيحا و مستوف لجميع شروطه .

ومتى توافرت هذه الشروط السابقة في الإرادة، أصبحت تتمتع بسُلطان في إنشاء
الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها. و لذلك لقد ساد نظرية التصرف القانوني مبدأ سلطان
الإرادة ويقصد بهذا المبدأ أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء التصرف القانوني، و أنها حرة في
تعيين الآثار التي تترتب عليه¹³³ .

هذا ما يتعلق بتعريف السكوت و شروطه، و تنتقل الدراسة فيما بعده إلى بيان أنواع
السكوت في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

أنواع التصرف القانوني

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا و ينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه التي ينظر إليه
من خلالها. و من بين أهم تقسيماته، وذلك بالنظر من حيث تكوينه و من يصدر عنه، فهو
ينقسم إلى تصرف من جانب واحد و تصرف من جانبين؛ و من حيث المقابل الذي يحصل
عليه منه، فهو ينقسم إلى تصرف بمقابل و تصرف بدون مقابل؛ و من حيث دوره و وظيفته
ينقسم إلى تصرف منظم و تصرف شرطي و تصرف شخصي؛ و من حيث وقت نفاذه و
ترتيب آثاره ينقسم إلى تصرف فيما بين الأحياء و تصرف مضاف إلى ما بعد الموت؛ و من
حيث أثره في الحقوق ينقسم إلى تصرف منشئ و تصرف كاشف¹³⁴ . و سيتم تناول هذا
المطلب في الفروع التالية التي تبدأ بالتصرف من جانب واحد و التصرف من جانبين (الفرع
الأول) وكذا التصرف بمقابل و بدون مقابل و التصرف المنظم و الشرطي و الشخصي (الفرع

¹³³ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 230؛ هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص. 206 .

¹³⁴ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 740 .

الثاني)، و أيضا التصرف النافذ بين الأحياء و المضاف إلى ما بعد الموت و التصرف المنشئ والكاشف (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

Acte unilatéral et acte conventionnel

هذا التقسيم للتصرف القانوني هو أهم تقسيماته. فالتصرف القانوني من جانب واحد هو التصرف الذي يكفي لقيامه وجود إرادة واحدة، فهي وحدها كافية، أو صدوره من شخص واحد يعمل بوصف واحد، فيقال أنه تصرف من جانب واحد أو تصرف بإرادة منفردة .

ويقصد بهذا التصرف من جانب واحد هو اتجاه هذه الإرادة المنفردة إلى إحداث أثر قانوني. ومن أمثلة التصرف القائم على الإرادة المنفردة، الوصية التي ينفرد بإبرامها و تحديد آثارها شخص واحد هو الموصي، وكذا الوقف و الوعد بالجائزة، و النزول عن الحق العيني، و قبول المنتفع ما اشترط لمصلحته، وإجازة العقد القابل للإبطال، و إقرار رب العمل تصرف الفضولي، والقرار الإداري والإبراء¹³⁵ .

أما التصرف القانوني الصادر من جانبين فهو يتطلب لإنعقاده توافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني، و بمعنى آخر يكون التصرف القانوني ثمرة تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فيقال أنه تصرف من جانبين و هو ما يعرف باسم العقد، بحيث لا تكفي إرادة واحدة لإبرامه، بل لابد من توافق إرادتين، أو التقاءهما على إحداث الأثر القانوني. و إلى هذا المعنى أشار المشرع الجزائري في تعريفه للعقد في المادة 54 من ق.م. على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم

¹³⁵ نبيل سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 226، حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 740-741 .

فعل شيء ما¹³⁶. ومن أمثلة التصرف من جانبين أو العقد، عقد البيع والإيجار والعمل و
المقاوله و غيرها من العقود الأخرى .

وتتعدد تقسيمات العقود، بتعدد الزوايا التي ينظر إلى العقود من خلالها. فمن حيث
شروط تكوين العقد ينقسم إلى عقود رضائية، عقود شكلية وعقود عينية، و من حيث
مضمونه أو أثره ينقسم إلى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، وكذلك إلى عقود
معاوضة وعقود تبرع. ومن طبيعته يتفرع إلى عقود محددة و أخرى احتمالية. ومن حيث
وظيفة الزمن إلى عقود فورية وعقود مدة. و من حيث وجود تنظيم تشريعي خاص به ينقسم
إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة. ومن حيث تفسيره إلى عقود بسيطة و عقود
مختلفة¹³⁷.

وتجدر الإشارة هنا إلى ملاحظتين :

- الأولى: هي أن نظرية العقد (التصرف الصادر من جانبين) تطبق على التصرف
القانوني من جانب واحد، أو بالإرادة المنفردة في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعته.
 - الثانية: أن التصرف بالإرادة المنفردة يعتبر مصدرا للالتزام في حالات خاصة ينص
عليها القانون إلى جانب العقد، باعتباره مصدرا إراديا عاما للالتزام¹³⁸.
- يلي هذا الفرع دراسة التصرف القانوني بمقابل و بدون مقابل و التصرف المنظم و
الشرطي والشخصي في الفرع الموالي .

الفرع الثاني

التصرف بمقابل و بدون مقابل و التصرف المنظم و الشرطي و الشخصي

مضمون هذا الفرع نتناوله في عنصرين: التصرف بمقابل و بدون مقابل، و كذا
التصرف المنظم الشرطي والشخصي .

¹³⁶ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 246-247؛ نبيل سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 226 .

¹³⁷ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 45-46 .

¹³⁸ نبيل سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 227. أنظر، المادة 123 مكرر من ق.م.ج .

أولاً: التصرف بمقابل و التصرف بدون مقابل

التصرف بمقابل هو التصرف الذي يأخذ فيه المتصرف مقابلاً أو عوضاً لما أعطاه، و . و مثاله البيع حيث يعطي البائع المبيع (Acte à titre onereux) يطلق عليه تصرف معاوضة ويأخذ مقابله الثمن، أو الإيجار أو المقايضة، فكلها من تصرفات أو عقود للمعاوضة. و لقد أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 58 من ق.م.

أما التصرف بدون مقابل، هو التصرف الذي لا يأخذ فيه المتصرف مقابلاً أو . و مثاله الهبة و (Acte à titre gratuit) عوضاً لما يُعطى، و يطلق عليه اسم تصرف تبرع الوصية¹³⁹.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى التمييز في تصرفات التبرع أو عقود التبرع بين ففي الهبات يخرج المال من ذمة Acte de bien faisances. و عقود التفضل Donations الهبات الواهب بغير مقابل. أما في عقود التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج المال من ذمته، و مثالها عارية الاستعمال و الوكالة، و الوديعة بغير أجر. فالهبة أشد خطراً من عقد التفضل، لذلك جرت كثير من التشريعات الحديثة على اشتراط الشكلية في الهبة المباشرة دون عقد التفضل .

وتظهر أهمية التقسيم في التصرفات إلى تبرع و معاوضة، في أن المشرع في كثير من الدول، قد يتطلب أحياناً في المتبرع أهلية خاصة بينما يكتفي في شأن المعاوض بالأهلية العادية، وفي أن تصرف المدين على سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائنه، و لو كان المتبرع له حسن النية و لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً، بينما إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويماً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش¹⁴⁰.

ثانياً: التصرف المنظم و التصرف الشرطي و التصرف الشخصي

¹³⁹ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.749؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.247؛ نبيل سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.227.

¹⁴⁰ نبيل سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.227؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.136-137؛ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص.739.

يرجع الفضل في هذا التقسيم إلى الفقهاء الفرنسيين للقانون العام خاصة منهم الفقيه ولذلك أتيح له أن يستقر في فقه القانون العام قبل القانون الخاص، ثم استقر في L.DUGUI فقه هذا الأخير. و هذا التقسيم مبني على اختلاف دور التصرف القانوني و وظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره.

فحيث يكون دور التصرف القانوني هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو مثل (Acte règle) التعديل في القائم من مثل هذه القواعد، يكون التصرف القانوني منظما التشريع العادي واللوائح الإدارية، و عقد العمل الجماعي، و نظم الجمعيات و النقابات و الشركات.

وحيث يكون دور التصرف القانوني منحصرا في أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لإعمال أحكام نظام قانوني عام على شخص من الأشخاص، أو لوضع هذا الشخص في . فمثل هذا (Acte condition) مركز ينظمه و يحكمه القانون مباشرة، يكون التصرف شرطا التصرف إذن لا يملك بذاته تحديد آثاره و إنما يحددها القانون مباشرة، بحيث لا يكون وجود التصرف إلا تمهيدا و شرطا لإعمال أحكام القانون وتطبيق نظام قانوني معين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف. و من أمثلة التصرف الشرطي، قرار تعيين موظف، و قبول التجنس، و عقد الزواج.

وحيث يكون دوره إنشاء مركز شخصي لأطرافه، أي مركزا خاصا مؤقتا يعين مثل (Acte subjectif) التصرف نفسه مداه و يحدد آثاره، يكون التطرق شخصا أو ذاتيا الوصية وعقد البيع والعارية¹⁴¹.

وما ينبغي التنبيه إليه في هذا التقسيم، أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصي و التصرف الشرطي ليس بالقاطع، و أنه يدع مجالاً للتداخل و الاختلاط بين نوعي التصرف . نكون بهذا قد تناولنا مضمون هذا الفرع، و يعقبه دراسة التصرف النافذ بين الأحياء والمضاف إلى ما بعد الموت و كذا التصرف المنشئ و الكاشف في الفرع التالي .

¹⁴¹ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 742-743 .

الفرع الثالث

التصرف النافذ بين الأحياء و المضاف إلى ما بعد الموت و التصرف المنشئ و الكاشف

هذا الفرع هو الآخر نعالجه في عنصرين: التصرف النافذ بين الأحياء و التصرف المضاف إلى ما بعد الموت (أولاً)، و أيضا التصرف المنشئ و التصرف الكاشف (ثانياً) .

أولاً: التصرف النافذ بين الأحياء و التصرف المضاف إلى ما بعد الموت

Acte entre vifs et acte produisant ses effets après la mort

التصرف النافذ بين الأحياء، هو الأصل في التصرفات، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم. و مثاله البيع و الإيجار. أما التصرف المضاف إلى ما بعد الموت فهو التصرف الذي يعلق نفاذه و ترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت، و مثاله الوصية .

وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن للمتصرف بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته، و في أن هذا المتصرف ليس له مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته، ولذلك تحدد التشريعات عادة نصابا ينحصر التصرف المضاف إلى ما بعد الموت¹⁴² في حدوده .

ثانياً: التصرف المنشئ و التصرف الكاشف

Acte constitutif et acte déclaratif

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق، فقد يكون الأثر إنشاء الحقوق، و قد يكون كسفاً أو تقريراً لها. و لذلك فالتصرف القانوني لا يخرج في الصدد في كونه إما تصرف منشئ، و إما تصرف كاشف أو مقرر .

¹⁴² حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 742 .

ويقصد بالتصرف المنشئ، و هو الغالب في التصرفات، الذي من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص ابتداء أو انتقالا. و التصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقا جديدا أصلا، كعقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر - نتيجة إخضاعهما لنظام الزواج القانوني - حقوقا مبتدأة. و الحكم القضائي بتطبيق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة، - وأحيانا للزوج - حقوقا مبتدأة كذلك. و التصرف المنشئ انتقالا هو الذي ينقل أو يحول حقا قائما أصلا من صاحبه الأصلي إلى صاحب جديد، كعقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو الموهوب له حقا في ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله إليه من البائع أو الواهب، و ينشئ للبائع حقا في الثمن بنقله إليه من المشتري .

وأما التصرف المقرر أو الكاشف، فليس من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالا، و إنما يفترض أصلا وجود حق قائم من قبل مرتبا على تصرف منشئ سابق. ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال، فقد يرد على وجوده الإنكار، أو تكون بعض عناصره محل منازعة، أو يرد عليه من الوصف ما يقيد و يجد من مباشرته، فيحتاج إذن إلى التحرر مما ينقله من هذه القيود و العقبات بما يطلق له . فالتصرف الكاشف هو¹⁴³ كامل مفعوليته، و التصرف الكاشف هو الذي يحقق له ذلك الذي يسمح لحق سابق غير فعال بإنتاج كل آثاره. ومن أمثله: الاعتراف بالبنوة الطبيعية، و الصلح، و القسمة، و الأحكام القضائية في الأصل¹⁴⁴.

وتظهر أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة و الكاشفة، في أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق، أي أنه من طبيعته تصرف منشئ و لا يعيبه إلا صدوره من غير صاحب الحق. و كذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل. فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكي تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوي الشأن أو بالنسبة للغير، تنتج التصرفات

¹⁴³ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 743 .

¹⁴⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 248؛ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 740-745؛ محمد حسن قاسم، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 228 .

الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية فيما بين أطرافها دون حاجة إلى تسجيل، و لكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إلا بتسجيلها¹⁴⁵ .

هذه أهم تقسيمات و أنواع التصرف القانوني في القانون. أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فهي الأخرى تعرف - تقسيمات للتصرفات الشرعية القولية - إلى عقدية و غير عقدية .

أما العقدي فهو اتفاق إرادتين كالبيع و الإجارة و الشركة .

وغير العقدي يشتمل على نوعين هما:

- نوع يتضمن إرادة منصبة على إنشاء حق، أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق، والإعتاق والإبراء و التنازل عن حق الشفعة.

- ونوع لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، و إن كانت أقوالا تترتب عليها نتائج معتبرة. كالدعوى، فإنها طلب حق أمام القضاء، والإقرار فإنه إخبار المرء بحق عليه لغيره، والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم. فإنها أخبار تترتب عليها أحكام قضائية. وهذا ما يطلق عليه التصرف القولي المحض¹⁴⁶.

ومما ينبغي الإشارة إليه، هو أن كلمة "العقد"، و إن كان يقصد بها في اللغة، الربط، والشد، والجمع بين أطراف الشيء و ربطها. فإنه في الاصطلاح عند الفقهاء يطلق على معنيين هما: معنى خاص ومعنى عام. فالمعنى الخاص للعقد هو: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه، أي في المحل. بما

¹⁴⁵ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 746 .

¹⁴⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 4، ص. 83، عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 55 .

يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل. ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر سواء أكان عملاً أو تركاً¹⁴⁷ .

وهذا المعنى للعقد هو الشائع المشهور. أما المعنى العام للعقد فهو يرادف كلمة الالتزام الذي هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف و الإبراء و الطلاق على غير مال، أم من شخصين كالإجارة و البيع .

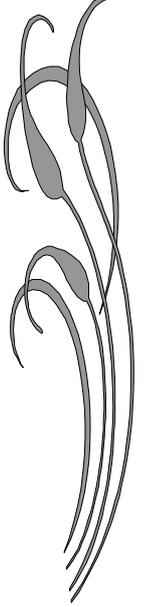
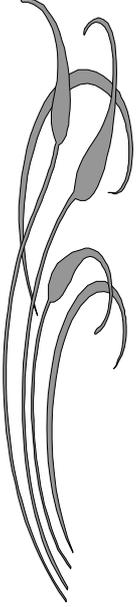
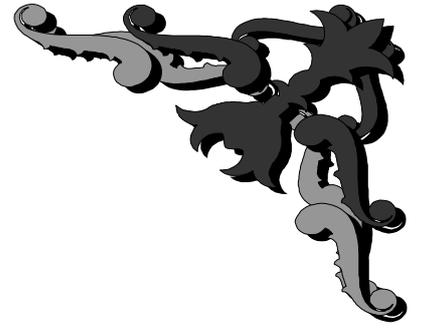
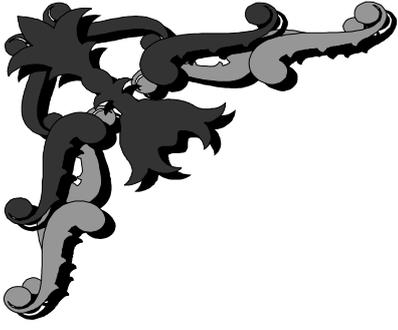
والمعنى العام للعقد يشمل كل تصرف شرعي بما فيه الإرادة المنفردة التي تعتبر منشئة للالتزام في كل تصرف ينشئ عنه التزام، و يتم من غير إيجاب و قبول متوافقين، و مثالها: الوقف والإبراء¹⁴⁸ .

وبالإنتهاء من التطرق إلى أنواع السكوت، نكون قد فرغنا من دراسة الفصل التمهيدي الذي تضمن ماهية السكوت و التصرف القانوني و أنواعهما، و نشرع فيما بعده في دراسة

موضوع دور السكوت في التصرف القانوني الذي نعالج في بدايته دور السكوت في تكوين التصرف القانوني (الفصل الأول) .

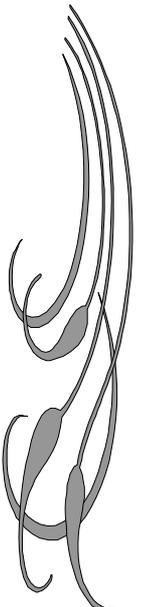
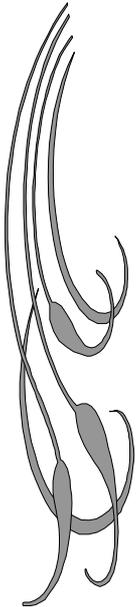
¹⁴⁷ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، المرجع السابق، ص 191-199؛ مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء 1، ص. 291؛ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 40-41 .

¹⁴⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، الجزء 4، ص. 82-83؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 195-196 .



! +

دور السكوت في تكوين التصرف القانوني



كما سبق، وإحتلال السكوت مكانة عالية و مهمة من خلال الدور الذي يلعبه في تكوين التصرف القانوني. و ذلك من خلال نشأته للتصرف القانوني، أي قيامه و إيجاده و نقله من العدم إلى الوجود، سواء تعلق صدور هذا التصرف من جانبين أو من جانب واحد، و ما قد يطرحه السكوت من آثار في نشأة ذلك التصرف. و لهذا تستلزم الدراسة معالجة دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانبين (المبحث الأول)، و تناول بعد ذلك دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانب واحد (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانبين

من خلال تحديد مكانة السكوت و علاقته بطرق التعبير عن الإرادة في الفصل التمهيدي، تبين أن السكوت يعد في أحوال خاصة وسيلة للتعبير عن الإرادة، مما يجعل له دور في تكوين التصرفات القانونية خاصة منها التصرف القانوني الصادر من جانبين ، و عند البحث عن دوره في إنشاء العقد يتم الكشف عن ذلك من خلال دوره في التعبير عن الإيجاب، ودوره في التعبير عن القبول ، أي عن صلاحيته للتعبير عنهما، وذلك لكون أن العقد كما سبق الإشارة إليه انه عبارة عن تلاقي إرادتين متطابقتين ، وهاتين الإرادتين هما الإيجاب و القبول. فالدور الذي يلعبه السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانبين يتجلى من خلالهما. و لهذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى علاقة السكوت بكل من الإيجاب (المطلب الأول) و علاقته بالقبول لإظهار دوره. (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

السكوت و الإيجاب

لبحث علاقة السكوت بالإيجاب، و بالذات الدور الذي يلعبه السكوت في الإيجاب، يستلزم هذا معرفة مدى صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب من عدمه، و ذلك في مختلف أشكال الإيجاب و في بقاءه، من حيث أولا عدم صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب بوجه عام (الفرع الأول)، ثم من حيث دراسة السكوت والإيجاب الضمني (الفرع الثاني)، و أخيرا من حيث دراسة السكوت وبقاء الإيجاب (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

عدم صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب

قبل الشروع في التطرق لمضمون هذا الفرع، يستلزم البحث عن تحديد مفهوم الإيجاب وبيان عناصره.

. فانه لم تتضمن معظم¹ بالنسبة لتعريف الإيجاب فان كان يقصد به لغة الإثبات والمصري و الجزائري. و هذا على نقيض² التشريعات تعريفا له ، بما فيها التشريع الفرنسي تشريعات أخرى منها قانون العقود السوداني الذي عرفه في المادة 1/14 منه على انه: " هو³ العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه حازم عن قصده في إبرام عقد معين" . وأشارت اتفاقية فيينا الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1980 والمتعلقة بعقود بيع السلع الدولي، و التي انضمت إليها وصادقت عليها العديد من الدول كفرنسا و مصر وألمانيا، إلى تعريف الإيجاب في المادة 1/14 بأنه "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في . و كذلك ورد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المادة 101 منها⁴ حالة القبول..." بأنه: " الإيجاب أول كلام يصدر من احد العاقدين لأجل إنشاء التصرف و به يوجب ويثبت التصرف".

¹ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص. 87 .

² P. CHAUVAL, Consentement, (Recueil, V Contrats et Oligations), Dalloz, Droit Civil, 29^E année, T. 3, 1999, p.08 .

³ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 86 .

⁴ فانسان هوزيه، بيع السلع الدولي، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت 2005، ص. 166 .

وعلى خلاف التشريع المصري، فلقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب في عدة قرارات، منها القرار الصادر في 19 جوان 1969 بأنه: " العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق⁵ له انعقد العقد"

ووردت عدة تعريفات له في الفقه و التي تتفق في معظمها في كونه عرض جازم و كامل للتعاقد وفقا لشروط معينة، يوجهه شخص إلى آخر معين ، أو إلى أشخاص غير معينين. وبمعنى آخر هو التعبير البات عن الإرادة، الذي يصدر من شخص يُقبل على إبرام عقد، موجهها إلى الطرف الآخر في هذا العقد، يعرض عليه ما يرضى أن يلتزم به في هذا⁶ العقد، و الذي يتضمن العناصر الجوهرية للعقد، و يعتبر الإرادة الأولى التي تظهر في العقد

⁷. ويعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه ما صدر ممن يكون منه التمليك

وانطلاقا من التعريفات سالفة الذكر، فان الإيجاب هو تعبير عن إرادة باتة بالتعاقد، يتضمن العناصر الجوهرية للعقد متى اقترنت بقبول من الطرف الآخر في العقد، انعقد العقد. وحتى يعتبر التعبير عن الإرادة إيجابا، و يكون صالحا لان انعقد به العقد يلزم إن يستوفي هذا التعبير شرطين مهمين، و هما:

1- أن يكون تعبيراً عن إرادة باتة بالتعاقد :

ومعناه يلزم في العرض، حتى يكتسب صفة الإيجاب أن يكون تعبيراً عن إرادة باتة بالتعاقد في عقد معين، بحيث لا يبقى لقيام هذا العقد سوى قبول من وجه إليه التعبير؛ أي

⁵ نقض مدني مصري ، 19 جوان 1969، طعن رقم 323 سنة 35 ، ص. 1017، مقتبس من قمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 895 .

⁶ ليني مختار، المرجع السابق ، ص. 33-34؛ سمير عبد السيد تناغو ، نبيل سعد ، المرجع السابق، ص. 85؛ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص. 300 .

⁷ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق ، ص. 88 .

أن تكون الإرادة قاطعة وجازمة في إبرام العقد. فإذا كان من وجه العرض إلى آخر لم يعقد العزم نهائياً على التعاقد؛ أي لم تتوفر لديه النية القاطعة في إحداث الأثر القانوني، فلا يعتبر⁸ ذلك إيجاباً.

وإن كانت الإرادة القاطعة تظهر من غير شك في كثير من العقود التي تستلزمها الحياة اليومية، والتي لا تحتاج إلى مفاوضات سابقة، على إبرام العقد. فانه في بعض العقود قد يسبق الإيجاب مراحل تمهد لإبرام العقد، قد تطول أو تقصر و ينبغي التمييز بينها و بين الإيجاب طبقاً لتعريفه السابق. ذلك أن العلاقة قد تبدأ بمجرد اقتراح من احد الطرفين بهدف استطلاع رأي الطرف الآخر، و يقف على مدى استعداده. فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد، دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر، و كل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، و لا يعتبر إيجاباً، يمكن أن يقترن به قبول يؤدي إلى قيام العقد، بل هي مفاوضات حول شروط العقد. و خلال هذه المفاوضات يبدي كل طرف وجهة نظره، و يمكن أن تتغير وجهات النظر أثناء المفاوضات، و مع ذلك فقد توجد بعض، و الإخلال "punctuationالعقود التمهيدية، التي تنظم سير المفاوضات، و يطلق عليها "، بالالتزامات الناشئة منها تولد مسؤولية عقدية .

ومناطق التمييز بين الإيجاب و الإرادات التي تظهر فيما يسبقه من مفاوضات، هو وجود الإرادة الباتة بالتعاقد، أو عدم وجودها. و هذه مسألة واقع يستخلصها القاضي من الظروف. والأصل أن العدول عن الدعوة إلى التعاقد، أو قطع المفاوضات التمهيدية، لا يعقد مسؤولية العادل.

وعلى العكس من ذلك، إذا ما أسفرت الدعوة إلى التعاقد عن دخول الطرفين في المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد النهائي، فانه بالرغم من أن العقد لم يتم بعد، و بالرغم أيضاً من انعدام الإرادة الباتة بالتعاقد، فان كل متفاوض يكون ملزماً بالتفاوض بحسن نية. و الالتزام بحسن النية هذا تفرضه المبادئ العامة على كل متفاوض. و قد يكون مصدره اتفاق " بين الطرفين ويستنبط من مجرد اتفاقهما على الاستمرار في pré-contrats ابتدائي سابق " المفاوضات .

⁸ محسن البيه، المرجع السابق، ص.89؛ لبني مختار، المرجع السابق، ص.34.

ولذلك، فإن قطع هذه المفاوضات بسوء نية، أو في وقت غير ملائم، قد يؤدي إلى مساءلة الطرف الذي قطعها- و إذا ما نتج عن ذلك ضرر للطرف الآخر انعقدت مسؤولية من قطع المفاوضات، وهذه المسؤولية تكون أحيانا تعاقدية، و أحيانا أخرى تفصيلية وفقا⁹ لطبيعة الالتزام الذي احل به المتفاوض.

ومما تجدر الإشارة إليه، انه تتحقق النية الجازمة للموجب رغم تعليق إيجابه على (في الإيجاب مع تعليقه على précision) شرط. ومعنى آخر انه لا تتعارض خاصية الجزم ، و يستوي أن offre avec réserves) شرط، و هو ما يسمى بالإيجاب المعلق على شرط (يكون الشرط صريحا أو ضمنيا. فمثلا إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معين على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية، فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم¹⁰ نفاذ الكمية فان العقد ينقذ باقترانه بهذا الإيجاب.

وليس من اللازم أن يكون الإيجاب موجها إلى شخص معين حتى يعتبر إيجابا، فيمكن أن يوجه الإيجاب إلى الجمهور، دون تحديد شخص معين و يكون تعبيرا عن إرادة باثة، يترتب على قبولها انعقاد العقد. و هذا ما جاء في نص المادة 3/14 من قانون العقود السوداني بقولها: " يجوز أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين، أو مجموعة معينة من الأشخاص، أو الجمهور كافة" .

فبالنسبة للإيجاب الموجه إلى شخص معين أو محدد، فانه غالبا أن يكون متصلا بعقد قائم على الاعتبار الشخصي، أي أن تكون شخصية العاقد الآخر محل اعتبار، كعقد الوكالة. ولذلك لا يجوز قبول هذا الإيجاب إلا من قبل من وجه إليه. ذلك أن و مثال ذلك: الإيجاب الموجه من منتج سينمائي إلى ممثل معين للقيام ببطولة فيلم سينمائي، أو الإيجاب الموجه من مريض إلى طبيب معين لمعالجته، أو إجراء عملية جراحية له .

أما بالنسبة للإيجاب الموجه إلى أشخاص غير محددين، أي إلى الجمهور، مثل عرض البضائع في واجهة المحلات مبينا عليها أسعارها، و وقوف السيارات في أماكن مخصصة لنقل

⁹ محسن البيه، المرجع السابق، ص.89-90 .

¹⁰ محسن البيه، المرجع السابق، ص.89-90؛ أحمد شوقي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص.50؛ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري ، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1999 ، ص. 69 ؛ سمير عبد السيد تناغو، نبيل سعد، المرجع السابق، ص. 86 .

الركاب، وإعلان إدارة السينما أو المسرح عن أثمان التذاكر يعد إيجابا عاما موجهها إلى¹¹. الجمهور، وعليه التعبير عن القبول يمكن أن يصدر من أي شخص

2- أن يكون الإيجاب عرضا كاملا :

ويقصد بذلك أن يتضمن الإيجاب جميع العناصر الأساسية للتعاقد، بحيث إذا اقترن بالقبول اكتملت أركان العقد، أي أن ينطوي الإيجاب على العناصر الأساسية للعقد الذي يرمي الموجب إلى الارتباط به، بحيث يمكن أن يتم العقد متى اقترن به القبول. و يشمل هذا بصفة عامة بيان العناصر الأساسية للعقد، و كل شرط يرقى في نظر الموجب إلى مرتبة الشروط الجوهرية. ففي البيع

مثلا يجب أن يتضمن الإيجاب المبيع والثمن، و أي شرط آخر يراه الموجب هاما، مثل مكان

التسليم أو زمانه، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد عقد البيع. و على ذلك، فان كل تعبير عن الإرادة لا يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لا يعتبر إيجابا. و لذا لا يعتبر إيجابا أن يعرض شخص بيع مال له بشروط مغرية أو بتخفيضات هائلة، فمثل هذا العرض يعتبر مجرد دعوة للتعاقد .

ويلاحظ انه لا يلزم أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد المراد إبرامه، بل يكفي تحديد العناصر الأساسية له فيه، و هي تختلف باختلاف العقود، و يتم الرجوع فيما لم يتفق الطرفان عليه من مسائل تفصيلية إلى القواعد المكملة و العرف و قواعد العدالة، و هذا¹² خصوصا في العقود المسماة

ومما يلاحظ أيضا في هذا الصدد انه قد لا يكفي أن يكون الإيجاب باتا و كاملا لكي ينعقد العقد بمجرد أن يصادفه قبول مطابق له، و ذلك في الأحوال التي تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار، كعقد العمل أو شركة الأشخاص التجارية أو القرض. ففي هذه

¹¹ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.89 ؛ محسن البيه ، المرجع السابق ص.91 ؛ احمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص.50؛ جميل الشرفاوي ، المرجع السابق، ص.302 .

¹² محسن البيه، المرجع السابق، ص.91 ؛ لبني مختار ، المرجع السابق، ص.34 ؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق ، ص.89؛ سمير عبد السيد تناغو، نبيل سعد، المرجع السابق، ص.86؛ جميل الشرفاوي ، المرجع السابق، ص.303 .

العقود شخصية العامل أو الشريك أو المقترض محل اعتبار، فهي من عناصر العقد الأساسية، و العرض الموجب للجمهور في هذا النوع من العقود لا يتضمن نية التعاقد مع أي شخص يستجيب له، و لذلك لا يعتبر هذا العرض إيجابا بل إنما هو مجرد دعوة للتعاقد. وعلى ذلك فلاستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجابا يتعين أن يقترن به قبول الداعي حتى ينعقد¹³ العقد، و للداعي حرية رفض هذا الإيجاب، بشرط ألا يكون متعسفا في هذا الرفض .

offre ويستفاد مما سبق، أن هذا الشرط في الإيجاب، أي أن يكون كاملا (complète هو الذي يميز أيضا بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض¹⁴ .

ويضاف إلى ما سبق، أن الإيجاب لا ينتج أثره- أي لا يكون له كيان قانوني- إلا من يوم وصوله إلى علم من وجه إليه. و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك. وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 61 من ق.م، هذا من جهة¹⁵ .

ومن جهة أخرى، يكون الإيجاب ملزما و غير ملزم. ففي الإيجاب الملزم هو ذلك المقترن بميعاد صريح أو ضمني. و يقصد بالميعاد الصريح هو الذي يحدد فيه الموجب مدة معينة، للقبول كأسبوع مثلا. أما الميعاد الضمني و هو الذي يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. فإذا عرض مثلا شخص أن يبيع شيئا تحت التجربة فان هذا الإيجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة .

أما الإيجاب غير الملزم هو الذي لم يكن مقترنا بميعاد صريح أو ضمني. و هذا لا يتحقق إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد. فيجوز لصاحبه أن يعدل عنه ما دام لم يصادفه قبول .

وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد صريح للقبول، فان الموجب يبقى ملزما بإيجابه إلى الوقت الذي يتسع لصدور قبول في وقت مناسب. و إذا رجع الموجب في إيجابه قبل انقضاء الميعاد المحدد صراحة للقبول، أو الذي يستخلص منها من ظروف التعامل

¹³ سمير عبد السيد تناغو ، نبيل سعد، المرجع السابق، ص. 87 .
¹⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 71 .
¹⁵ لبني مختار، المرجع السابق، ص. 40 .

و طبيعته، فان رجوعه لا يترتب عليه اثر، بل يظل الإيجاب قائما بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد.

وأساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المقترن بميعاد مصدره إرادة الموجب المنفردة. ولقد أشار المشرع الجزائري إلى الإيجاب المقترن بأجل، و إلى الإيجاب الصادر في مجلس العقد¹⁶. وبيّن حكمهما في المادتين 63 و 64 من ق.م.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، تبيانا للإيجاب و تمييزا له في الوعد بالتعاقد الذي أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 71 من القانون المدني، بحيث إن كان كلاهما يرمي إلى إنشاء العقد. - و هذا هو وجه الشبه بينهما- إلا أنهما يختلفان من حيث طبيعتهما القانونية. فالإيجاب تعبير عن الإرادة من طرف واحد، بينما الوعد بالتعاقد-سواء أكان ملزما لجانب واحد أو للجانبين - هو في حد ذاته عقد يجسد اتفاق إرادتين و الغرض منه هو إبرام¹⁷ عقد مستقبلي.

ولكن، بعد تحديد مفهوم الإيجاب و بيان عناصره، يُتناول بعده البحث في صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب .

، أن الإيجاب هو تعبير عن الإرادة و قد يكون صريحا معبرا¹⁸ كما سبق الإشارة إليه ، باللفظ أو بالكتابة، و قد يكون ضمنيا مستفادا من اتخاذ موقف ايجابي، كما في حالة تحديد عقد الإيجار تجديدا ضمنيا مستفادا من عدم اعتراض المؤجر على بقاء المستأجر في العين المؤجرة، و قد يكون الإيجاب كما سبق توضيحه موجها إلى شخص معين، كما قد يكون موجها إلى الجمهور .

أما بخصوص السكوت، فإنه لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة في حالة الإيجاب، وهذا باتفاق جميع فقهاء القانون و الشريعة الإسلامية. و تبرير ذلك، أن الإيجاب عرض للتعاقد، و بمعنى آخر يفترض مبادرة بالفعل و إظهار للإرادة، و الساكت لا يعرض شيئا. و لكون انه

¹⁶ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.40 .

¹⁷ علي فيلاي، المرجع السابق، ص.89 .

¹⁸ أنظر، ص. 70-71 من هذه الدراسة .

لا يتصور أن يفهم من سكوت الشخص و صمته انه يعرض التعاقد بشأن أمر معين، إذ أن الرضا لا يفترض¹⁹ .

فالسكوت على هذا النحو لا يصلح أن يكون إيجابا. لأنه يجب أن تكون إرادة الموجب معبرا عنها أو معلنة. و لا إعتداد في هذا الشأن بالسكوت أو بما يدور في خلجات النفس، إذ أن هذه الأخيرة لا تعبر و لا تُظهر إرادة الشخص .

كما انه لا توجد وسيلة لإجبار شخص على أن يعبر عن إرادته بالإيجاب، طالما بقي . وبمفهوم آخر، أن الإيجاب هو حصول عرض قانوني محدد موجه²⁰ ساكتا ولم يحرك ساكنا²¹ إلى طرف آخر، والسكوت موقف سلبي، و لهذا لا يتأتى حدوث الإيجاب بمجرد السكوت .

ويضاف إليه أن الإيجاب، كما سبق بيان مفهومه و شروطه، يجب أن يتضمن تحديد المسائل الجوهرية في العقد أو بيان عناصره و أركانه الأساسية. و من ثمَّ فإن السكوت لا يكون تعبيرا عن الإيجاب الذي هو عرض للتعاقد، إذ لا يتصور و لا يعقل أن يتضمن السكوت مثل هذا التحديد، و من ثمَّ فانه لا يصلح أن يكون منشئا للإيجاب .

ذلك أن الإيجاب وضع ايجابي لا يتفق مع السلبية التي يتصف بها الشخص ذلك²² الساكت، وعليه فليس للسكوت دور في إنشاء الإيجاب و وجوده .

ولقد أخذت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في تعليقها على المادة 98 منه بهذا المبدأ الذي يقضي بعدم صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب بقولها: "... أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي....أما السكوت فمن الممتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابا...". ومفاد قولها ذلك حسب الأستاذ احمد سلامة أن السكوت

¹⁹ جاك غستان، المطول في القانون المدني، "تكوين العقد"، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، 2000، ص.401؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.56 .

²⁰ A. VIALARD, Droit Civil, La Formation du Contrat, ALGER, 1981,p.65; M.J.LITTMAN, op.cit.,p.33,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.57 .

²¹ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المرجع السابق، ص.139 .

²² M.J.LITTMAN, op.cit.,p.32-34 ,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.57-58؛ جلال العدوي، المرجع السابق، ص.80.

لا يمكن أن يعبر عن إرادة مبتدئة، وإنما يصلح - في بعض الأحوال - أن يكون تعبير عن رد²³ على إرادة عبر عنها بعمل ايجابي، قولاً كان أو فعلاً.

وكذلك يستفاد ضمناً استبعاد أن يكون السكوت معبراً عن الإيجاب - كما سبق ذكره - من نص 1 المادة 68 من القانون المدني الجزائري و من نص المادة 98 من القانون المدني المصري .

ولقد اخذ كذلك القضاء الفرنسي بهذا المبدأ في عدة قرارات له، منها القرار الصادر عن محكمة النقض في 28 نوفمبر 196 و الذي قضت بموجبه بأن: "الإيجاب لا يتم بطريق السكوت، لأنه يشترط لتمام عقد البيع الاتفاق على الشيء المبيع و الثمن، فيلزم أن يكون²⁴ هناك إيجاب و قبول، ولا يتصور أن يكون السكوت إيجاباً "

هذا ما يتعلق بعدم صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب، و تنتقل بعده إلى معالجة السكوت والإيجاب الضمني في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

السكوت و الإيجاب الضمني

سيتم في هذا الفرع تحديد المقصود بالإرادة الضمنية (أولاً)، ثم تبيان علاقة السكوت بنوعيه المجرد والملابس بالتعبير الضمني عن الإرادة بما فيه الإيجاب الضمني (ثانياً)، و أخيراً علاقة السكوت وبالأخص السكوت الملابس بالإيجاب المفترض (ثالثاً) .

أولاً: المقصود بالإرادة الضمنية

²³ أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام ، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام ،دار التعاون للنشر و التوزيع ، 1987 المرجع السابق، ص.87 .
²⁴ محكمة النقض الفرنسية، 28 نوفمبر 1968 ، دالوز 1963، ص.61، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.56 .

المقصود بالإرادة الضمنية أو التعبير بالإرادة الضمنية، هو الذي يستفاد كما سبق شرحه من وضع إيجابي معين، كالقيام بتنفيذ عمل يقوم دليلاً على الإرادة، على ضوء الظروف المختلفة، فيتم الإيجاب دون حاجة إلى استعمال اللفظ أو الكتابة .

وفي هذا الصدد يجب عدم الخلط بين الإرادة الضمنية والإرادة المفترضة ذلك أن الرضا لا يفترض .

ثانياً: علاقة السكوت بنوعيه المجرد و الملابس بالتعبير الضمني

أما السكوت، فهو موقف سلبي، و هو في الأصل عدم، إلا إذا كان سكوتاً ملائماً تحيط به ظروف معينة تخلع عليه دلالة القبول .

بينما التعبير الضمني هو وضع إيجابي يستفاد من اتخاذ موقف معين، كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بعلم المؤجر، و دون اعتراض منه. فتصرف المستأجر هنا ينطوي على إيجاب ضمني بتجديد عقد الإيجار .

ويلاحظ أن السكوت الملابس، يتعارض مع السكوت المجرد، فمجرد سكوت الشخص أو امتناعه عن إتيان عمل معين، لا يعتبر شيئاً، إذ لا ينسب لسكوت قول، و لكن إذا كان السكوت قد صاحبه ظروف معينة واضحة لا غموض فيها، أمكن القول باعتباره قبولاً وتعبيراً قانونياً عن الإرادة²⁵.

ومن هذا يتضح أن السكوت الملابس يختلف عن التعبير الضمني، لأن هذا الأخير يتمثل في اتخاذ المتعاقد موقفاً أو وضعاً إيجابياً معيناً يستفاد منه ذلك التعبير، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني بشأن تفرقتها بين التعبير الضمني والسكوت والتي

²⁵ M.-J.LITTMAN, op.cit., pp.26-28,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.58-59 .

تمت الإشارة إليها سابقا بقولها : " ينبغي التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة و بين مجرد السكوت، فالتعبير الضمني وضع ايجابي. أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي، و قد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجابا و قبولاً...". و من أمثلة التعبير الضمني قيام المتعاقد يستفيد العقد أو البدء في تنفيذه من تلقاء نفسه، و باختياره دون أن يكون مكرها على التعاقد²⁶.

فالأصل في السكوت هو العدم، و لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة، ومن ثم فان السكوت وحده لا يلزم²⁷. ذلك أن إرادة عمل ايجابي ، و السكوت عمل سلبي ، و بالتالي لا يصلح أن يكون تعبيراً ضمناً لأن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف تدل عليها. أما السكوت فهو عدم و أولى بالعدم أن تكون دلالة الرفض لا القبول و هذا هو المبدأ العام عند غالبية الفقه الفرنسي و المصري²⁸. و في هذا يقول الأستاذ محمود جمال الدين زكي أن: "السكوت ليس تعبيراً عن الإرادة و لا يعتبر إرادة ضمنية، لأن التعبير يستخلص من ظروف ايجابية تدل عليه، أما السكوت فهو عدم، و العدم لا يدل على شيء، فسكوت من وجه إليه الإيجاب عند علمه به، و عدم رفضه، لا يعتبر قبول منه، و لا يتم العقد"²⁹.

ويرى بعض الفقهاء من أمثال الأستاذ M.-J. LITTMAN أن السكوت الملابس، ليس إلا صورة من صور التعبير الضمني عن الإرادة، و قبل أن يكون سكوتاً كلياً أو مطلقاً³⁰. و يقرر البعض الآخر من أمثال M.PLANIOL, G.RIPERT, J.CARBONNIER, أن R.DEMOGUE

²⁶ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.59 .

²⁷ «La doctrine est formelle et unanime que le silence seul n'est rien . Le silence seul n'oblige pas » .Cf.M.-J.LITTMAN,op.cit .,p.37, مقتبس من عبد الرزاق حسن

فرج، المرجع السابق، ص.60

²⁸ Cf.M.PLANIOL, G.RIPERT,P. ESMEIN, op.cit., p.116;H. L. J.MAZEAUD, F.CHABAS,op.cit.,p.135;

احمد سلامة، المرجع السابق، ص.87؛ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ،"مصادر الالتزام"، القاهرة ، 1964 ، ص.82، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.60 ؛ مفيد محمود شهاب، الآثار القانونية للسكوت في القانون الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 19 ، 1973 ، ص.44، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.60 .

²⁹ محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول،"مصادر الالتزام"، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1976، ص.77 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.60 .

³⁰ «Le silence circonstancié ne serait alors que la forme extrême de la volonté tacite avant que le silence total ou absolu».Cf.M.-J.LITTMAN, op.cit. p.37,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.62

السكوت بالمعنى القانوني، يتحقق حين يكون للشخص نشاط دائم في حياته، و لا يعبر عن إرادته أو رغبته لا بتصرف قانوني، و لا بتصرف خاص، ولا بتعبير صريح³¹ .

أن السكوت المجرد يعتبر كعدم التعبير عن M.-J.LITTMAN في الواقع بحسب الأستاذ الإرادة، فهو لا يعتبر تعبيراً ضمناً، لأن التعبير الضمني وضع ايجابي، أما السكوت فهو وضع سلبي.

ومما يضاف أيضا انه يجب التمييز بين الإيجاب المفترض L'offre présumée والإيجاب الضمني L'offre tacite ، فالإيجاب المفترض، يتعارض مع الإيجاب الضمني و يختلف عنه:

فالإيجاب الضمني ينشأ كما سبق توضيحه من وضع ايجابي معين أو ذلك المصاحب بأعمال ايجابية، كبقاء العامل مستمرا في أداء عمله ، بعد انتهاء مدة العمل ، وذلك بعلم صاحب العمل ، ودون اعتراض منه. أما الإيجاب المفترض، فهو إيجاب مباشر ومؤكد، أي يؤكد واقع الحال، ومثاله قيام التجار بعرض بضائعهم في واجهات المحلات التجارية ، و كذا وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المعدة لها³² .

A.COLIN, H.CAPITANT ولكن مع هذا فرأى جانب من الفقه، و على رأسه ET DE LAMORANDIERE. تعتبر من حالات الإيجاب بطريق

³¹M.PLANIOL, G.RIPERT,P.ESMEIN, op.cit., pp.118-119;J.CARBONNIE,L'obligation, les Biens et les obligations, T. 2, 3^{ème} édition,159,p.67;R.DEMOGUE, Traite des obligations en Général ,"SOURCE DES OBLIGATIONS",T.1, PARIS, 1928, p.99, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.62.

³² M.-J.LITTMAN,op.cit., pp.39-41, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، 62-63؛ محمد جيريل، المرجع السابق، ص.13.

. إلا أن في الواقع هذا الاتجاه يخالف القواعد العامة، و ما ذهب إليه غالبية³³ السكوت الفقه. فالحالة المذكورة تعتبر من قبيل اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود. فإذا كان هذا صاحب سيارة الأجرة واقفا بسيارته في الموقف المعد لذلك، ساكتاً، لا يحرك ساكناً، فلا يتكلم و لا يكتب، إلا أن هذا الموقف المعين الذي يعبر عن وقوف السيارة في المكان المعد لاستقبال من يرغبون الركوب فيها للانتقال من مكان إلى آخر، يكفي في حد ذاته، لان يكون تعبيراً عن الإيجاب. فالإيجاب هنا لا يستفاد من السكوت وإنما يستفاد من اتخاذ

موقف معين صريح لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصود صاحبه، ومن ثم فإنه يعتبر موقفاً إيجابياً، وليس موقفاً سلبياً .

كما و أن السكوت المجرد، الذي لا يكون متبوعاً بالكلام أو بالكتابة، لا يصلح للتعبير عن الإرادة، إلا انه يستفاد من وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المعدة لها مع استعدادها لاستقبال الركاب، التعبير عن موقف إيجابي صريح بقبول نقلهم³⁴.

ومع هذا، فإن هناك أيضاً اتجاهها فقهيها من أنصاره الفقيه R.SAVATIER يذهب إلى القول بأن السكوت يمكن أن ينشئ الإيجاب إذا كان سكوتاً ملائماً، و مثل هذا يحدث يومياً في بيع المأكولات وطوابع البريد و تذاكر السفر، و السلع التي يكون لها سعر محدد في الأسواق، ففيها يتم الإيجاب بطريق السكوت³⁵.

إلا أن هذا الاتجاه ناقشه الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج و رد عليه، حيث اعتبر الإيجاب في الحالات المذكورة، إنما ينشأ من ظروف معينة أو من اتخاذ موقف معين لا تدع³⁶ ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود

³³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.63؛ أنظر، حكم محكمة la seine في 16 ماي 1961، (j.c.p.1961)، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.63.

³⁴ A.COLIN,H.CAPITANT et DE LAMORANDIERE, Droit Civil, « les obligations »,T. 2, PARIS, 1959, p359, مقتبس من عبد الرزاق فرج، المرجع السابق، ص.63.

³⁵ R.SAVATIER,Traite de la Responsabilite Civile, PARIS , 1967, p.135 , مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.64.

³⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.64.

ويمكن تأييد رأي الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج كون أن الحالات التي ذكرها الأستاذ يكون الإيجاب فيها ناشئاً من المواقف المتخذة، التي لا تدع ظروفاً الحال R.SAVATIER شكا في دلالتها على حقيقة مقصود صاحبها. و أن تلك المواقف تدل بمجرد استعمالها على إرادة الشخص و رغبته في التعاقد، و عليه الإيجاب فيها لم يعبر عنه بالسكوت و إنما باستعمال تلك المواقف. هذا وتلعب الظروف، والمفهوم الاجتماعي و الاتجاه الاقتصادي دوراً هاماً، يعطي للإيجاب معناه القانوني أو الاصطلاحي، فمثلاً يوجد إيجاب بالبيع ، إذا كان التاجر قد دعا الجمهور من المارة إلى الدخول في المحل ، و كانت الأشياء معروضة للبيع، و عليها أثمانها. ومن المسلم به أن للعادات التجارية دوراً في هذا الشأن.

فالسكوت في مثل هذه الحالات المذكورة، يستند إلى ظروف معينة يستفاد منها اتخاذ موقف معين، يرقى إلى موقف التعبير الصريح.

إلا أنه يمكن القول بوصف الإيجاب في مثل هذه الحالات ، بأنه قد تم نتيجة سكوت إلا أن هذا السكوت كان مصحوباً بظروف معينة تدل على أن التاجر قد اتخذ موقفاً إيجابياً معيناً .

والواقع أن الموقف المتخذ من التاجر في عرض بضائعه مع بيان أثمانها عليها، أو الذي يتخذه صاحب سيارة الأجرة المعدة لنقل الركاب و المسافرين من مكان إلى آخر ، إنما يعتبر بمثابة إيجاب دائم. فالمستفاد أن التاجر يريد البيع حين يقوم بعرض بضائعه مع بيان أثمانها عليها ، كما أن صاحب سيارة الأجرة إذ يقف في المكان المعد لنقل الأشخاص ، إنما يريد أن يتعامل معهم ، فيكون في حالة إيجاب مستفاد من موقف إيجابي معين ، و³⁷ لا يتم الإيجاب في هذه الحالة عن طريق السكوت.

ثالثاً: علاقة الإيجاب المفترض بالسكوت الملابس

³⁷ Cf. M.-J.LITTMAN, op.cit., p.46, السابق، ص.64-

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع 65.

إلى القول بأن السكوت R.DEMOGUE فقد ذهب بعض الفقهاء و منهم الفقيه
يعتبر تعبيراً غير مباشر عن الإرادة، وان له دوراً في بعض حالات الإيجاب، و مثل ذلك حالة
فكثير من الأشخاص يكونون في حالة إيجاب offre permanente.المستمر الإيجاب الدائم أو
دائم بحكم أوضاعهم، والأعمال التي يؤديونها، و مثل ذلك حالة الأطباء في عياداتهم، وكذلك
38التجار في محلاتهم. واستناداً إلى هذه الإيجابات الدائمة أو المستمرة يتم التعاقد أو الاتفاق

ويلاحظ أن الموجب إذا لم يعبر صراحة عن رفضه للتعاقد، فان الإيجاب يظل قائماً
ولكن يثور تساؤل مفاده إلى متى يبقى أو يظل الإيجاب قائماً؟

في الإجابة على التساؤل السابق، لا بد من التفرقة BARRAULT J. يرى الأستاذ
بين حالتين :

1- حالة ما إذا حدد ميعاد معين للرد على الإيجاب، و ظل الموجب ساكناً، فان
الإيجاب يبقى حتى يصل إليه الرد، أو حتى ينتهي أو ينقضي الميعاد دون أن يتلقى رداً
بالقبول أو بالرفض فيسقط الإيجاب.

2- حالة ما إذا عدل من وجه إليه الإيجاب عن التعاقد في الميعاد المحدد ، فان
الإيجاب يسقط من وقت عدوله.

وعليه يستخلص مما تقدم أن الإيجاب لا يتم بطريق السكوت، بل لا بد من اتخاذ
موقف إيجابي معين، يعبر عن الإيجاب، لأن السكوت عمل سلبي، و الإيجاب عرض، و
الساكت لا يعرض شيئاً، وبهذا فان الإيجاب لا يتم بطريق السكوت.

³⁸ R.DEMOGUE, op.cit., p.300,
السابق، ص.65-66

أن السكوت قد يستفاد من J.BARRAULT ومما يمكن القول به حسب الأستاذ . و تجدر الإشارة أيضا إلى ³⁹ بمجرد الدعوة إلى التعاقد أو إلى التفاوض ، وكلاهما لا يعتبر إيجابا . و قد تكون هذه التحفظات مما جرى ⁴⁰ انه قد تقترن بالإيجاب تحفظات صريحة أو ضمنية بها العرف. ومن أمثلة ذلك التاجر الذي يعرض بضائعه في واجهة المحل، مع بيان أثمانها عليها، فهذا يعتبر إيجابا صريحا بالبيع. و قد تكون هذه التحفظات مما تقتضيه طبيعة العقد. و من أمثلة ذلك انه في عقد العمل و في عقد إيجار المباني وإيجار الأراضي الزراعية، فإن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يعتبر إيجابا عاما، و لا يلتزم من قام بتوجيهه بأن يتعامل مع ⁴¹ شخص معين .

الاستثنائية في قرارها الصادر في 23 ماي NIMES وفي هذا الشأن قضت محكمة 1932 بأن الإعلان في صحيفة معينة عن سلعة من السلع، مع بيان أثمانها عليها يعتبر إيجابا ، ⁴² طالما أن الموجب لم يرجع في إيجابه

ويشترط في التحفظات الضمنية أن تكون مشروعة، و أن تكون معلومة للقابل، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في 28 نوفمبر 1968 بأن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يربط ⁴³ الموجب الذي يعرض إيجابه بأول قابل له، منذ اللحظة التي فيها القبول

ويلاحظ أن التحفظ الضمني، يرتب آثاره إذا لقي الإيجاب قبولا ممن وجه إليه، وكان هذا القبول موافقا للإيجاب.

أن للسكوت دورا يتمثل في بقاء الموجب J. BARRAULT وعليه وبحسب الأستاذ ساكتا، حتى تتضح له ملائمة القبول، و حتى يتضح الموقف أمامه، فيقدم على التعاقد أو يرفضه، و بهذا يصبح للسكوت دورا فيما يتعلق بمدّة الإيجاب، فسكوت الموجب، بعد أن تقدم بالعرض أو الإيجاب يلعب دورا في هذا الشأن.

³⁹ J.BARRAULT, op.cit., p.53-59, المرجع السابق، ص.66-67.

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج،

⁴⁰ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.88؛ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.69.

⁴¹ J.BARRAULT, op.cit., p.61,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.67.

⁴² محكمة Nîmes الاستثنائية، 23 ماي 1932 ، دالوز 1932 ، ص.404 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ص.67.

⁴³ CASS .Civ. , 28 Novembre 1968, cité par J.BARRAULT, op.cit., p.72.

ومما سبق يمكن استخلاص أن السكوت سواء كان مجرد أو ملابسا لا يعتبر تعبيراً
ضمنياً عن الإرادة، و هو يختلف عنه. و هذا مما يجعل السكوت لا ينشئ الإيجاب الضمني،
و لا يمكن اعتبار أن هذا الأخير نتج من خلال السكوت. و مما يضاف أيضاً أن السكوت
كذلك لا ينشئ الإيجاب المفترض و لا يعبر عنه، و ذلك و لو كان السكوت ملابسا . و
عليه ليس للسكوت دوراً في إنشاء الإيجاب الضمني ولا حتى في إنشاء الإيجاب المفترض.

هذا ما يتعلق بالسكوت و الإيجاب الضمني، و بيان حكمه، و يليه مباشرة دراسة
السكوت و بقاء الإيجاب في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

السكوت و بقاء الإيجاب

إذا صدر الإيجاب من الموجب، و سكت حتى صدر القبول، فما هو المعنى الذي
يعطى للسكوت في هذه الحالة ؟

في الواقع أن سكوت الموجب يؤكد بقاءه على إيجابه J.BARRAULT يرى الأستاذ
خلال مدة معينة، ليصبح لهذا الإيجاب بعد ذلك دلالة على أن عدم الرد عليه، خلال المدة
. و لكن هل يعتبر سكوت الموجب دليلاً على بقاء الإيجاب؟⁴⁴ المحددة يعتبر رفضاً للإيجاب

وللإجابة على هذا التساؤل، يطرح الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج حلين و هما :

الحل الأول: مؤداه أن الإيجاب يبقى قائماً، طالما أن الموجب لم يرجع فيه، أو أن
القبول لم يصدر من الطرف الآخر.

الحل الثاني: و مؤداه انه خلال الفترة المعينة لقبول الإيجاب، يسقط يكون الإيجاب
غير قابل للرجوع فيه، أما إذا انقضت هذه المدة، فإن الإيجاب يسقط، و يفسر سكوت
الموجب في هذه الحالة على أن إيجابه قد سقط.

⁴⁴ J. BARRAULT, op.cit., p.75,
السابق، ص. 68-69.

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع .

وبالنسبة لمبدأ الرجوع أو العدول عن الإيجاب، فهذا الأخير ليس مسألة دائمة أو مستمرة إلى الأبد، فهو اتجاه إرادة الموجب إلى إحداث اثر قانوني. و يظل الموجب على إيجابه، إذا حددت له مدة، فإذا لم يصادف قبولا خلالها، سقط الإيجاب. وكذلك فان الإيجاب يسقط إذا لم يكن القبول مطابقا له، أو عدل الموجب عن إيجابه قبل أن يصدر⁴⁵. القبول، فالإيجاب يكون مرفوضا إذا لم يتم قبوله

مما يضاف إلى ما سبق أن للإيجاب قوة ملزمة في حد ذاته طالما أن الموجب يهدف من ورائه إلى إبرام العقد، و حين يصادف قبولا فان العقد يتم .

ويلاحظ انه إذا اجبر الموجب على إبرام العقد، فان العملية القانونية تفقد مبدأ هاما الذي يتمثل في " le principe de la liberté contractuelle " و هو مبدأ الحرية التعاقدية⁴⁶. حرية الموجب وحرية القابل في أن يعبر كل منهما عن إرادته

ومما يلاحظ أيضا أن الإيجاب في حد ذاته، غير كاف لتكوين العقد طالما انه لم يقبل. وعلى القاضي في هذا الشأن أن يقوم بتفسير إرادة المتعاقدين، و الرجوع إلى النية⁴⁷. المشتركة لهما عند الاقتضاء، للوقوف على قصد كل من الموجب و الطرف الآخر

ويبقى الوضع مترددا بين القبول و عدمه، طالما أن الإرادة لم يتم تبادلها. هذا و أن الإيجاب الذي لم يقبل يعتبر مرفوضا. ويمكن للموجب أن يرجع في إيجابه بحرية، طالما أن هذا⁴⁸. الإيجاب لم يقبل ممن وجه إليه

ولقد طرح الفقه الفرنسي التساؤل أيضا عما إذا كان سكوت الموجب، حتى يتم

قبول إيجابه يعتبر إبقاء للإيجاب؟

وأجاب انه في الواقع أن الموجب الساكت يعبر على إيجابه، أو يعتبر إيجابه قائما،⁴⁹ طالما أنه لم يرجع فيه، فالإيجاب باق حتى يتم قبوله أو رفضه

⁴⁵ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.69-70.

مقتبس من عبد الرزاق فرج، المرجع السابق، ص.70.

1 Cf.M.-

J.LITTMAN, op.cit., p.7,

⁴⁷ انظر محكمة النقض الفرنسية، 21 جانفي 1960 ، دالوز 1961 ، ص.417 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.71.

⁴⁸ M.-J LITTMAN, op.cit., p.78,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.7.

⁴⁹Cf.M.PLANIOL,G.RIPERT, J.BOULANGER,Traite élémentaire de droit civil, T.2, Paris ,1957,p.327;M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.78; J.BARRAULT,op.cit., p. 38 ,

ويذهب غالبية الفقه إلى القول بأن السكوت لا يصلح أن يكون إيجاباً، وأن الإيجاب لا يتم بطريق السكوت. ولكن السكوت كتعبير عن الإرادة، يمكن أن يوضح موقف الموجب من عدم رجوعه في إيجابه والسكوت عما صدر منه من عرض للتعاقد، و قد يبدو هذا كمظهر لدور السكوت في الإيجاب.

وإذا لم يحدد الموجب مدة للإيجاب، و ترك لمن وجه إليه الإيجاب أمر تحديد الوقت الذي يجيب فيه، فسكوت من وجه إليه الإيجاب مدة معينة، قد يفسر على أنه قبول.

والواقع أن السكوت بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب لا يكون ملزماً، لأن الإرادة لا تفترض، إذ ليس من المفروض أن نملي على من وجه إليه الإيجاب أن يجيب بالقبول أو بالرفض⁵⁰.

فإذا كان للإيجاب قوة ملزمة خلال المدة المحددة لقبوله ، ففي هذه الحالة ليس للموجب أن يرجع في إيجابه، طالما أن المدة المذكورة محددة صراحة، و لمن وجه إليه الإيجاب أن يتمسك ببقاء الإيجاب خلال هذه المدة.

حيث يضاف إلى ما سبق فيما يخص علاقة سكوت الموجب و القبول المتأخر، فإذا سكت الموجب في الفترة المحددة للإيجاب، و لم يتلق قبولاً خلال هذه الفترة اعتبر الإيجاب مرفوضاً. وإذا صدر القبول في وقت متأخر، اعتبر بمثابة إيجاب جديد، إذا قبله الطرف الآخر⁵¹. تم العقد، وإذا لم يقبله لا يتم العقد.

هذا و للموجب بعد انقضاء المدة المحددة لقبول الإيجاب، دون أن يصادف هذا الإيجاب قبولاً ممن وجه إليه، أن يسترد إيجابه أو أن يرجع فيه، كما أن انقضاء المدة على هذا النحو يعتبر رفضاً ضمناً للإيجاب، و لكن سكوت الموجب خلال المدة المذكورة، ليس دليلاً⁵² على القبول أو على تكوين العقد.

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.71.

⁵⁰ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.72.

⁵¹ M.-J. LITTMAN, op.cit., p.98,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.72-73؛ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.253؛ لبني مختار، المرجع السابق، ص.48.

⁵² Cf. M.-J.LITTMAN, op.cit., pp.98-102, المرجع السابق، ص.72-73.

حسب ما سبق عرضه في هذا الفرع قد يلعب السكوت دوراً، فيما يتعلق بتحديد مدة الإيجاب، وفي زوال الإيجاب و سقوطه. و ذلك لكون أن الموجب الملتزم بإيجابه يظل ساكناً طيلة الفترة أو المدة المحددة لرد الطرف الآخر سواء كان الرد بالموافقة أو بالرفض .

فلهذا، السكوت هو الذي يفسر بقاء الموجب على إيجابه. و من ثم يظهر دوره في بقاء الإيجاب قائماً.

تعرضنا في المطلب الأول إلى علاقة السكوت بالإيجاب، و ينبغي الآن دراسة علاقة السكوت بالقبول الذي هو الشرط الثاني في العقد، و ذلك في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

السكوت و القبول

، و هما الإيجاب و القبول، و أن علاقة⁵³ العقد كما سلف الذكر ينشأ بتلاقي إرادتين ، السكوت بالقبول، تتطلب البحث في صلاحية السكوت في التعبير عن القبول كمبدأ عام (الفرع الأول)، ثم بيان الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضاً (الفرع الثاني)، و أخيراً تناول الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

المبدأ العام لصلاحية السكوت في التعبير عن القبول

⁵³ أنظر، ص. 60 من هذه الدراسة .

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى المبدأ العام، و المتعلق بصلاحية السكوت في التعبير عن القبول. ولكن قبل الخوض في دراسة ذلك، يسبقه بيان معنى القبول و عناصره. وذلك في عناصر ثلاثة تبدأ بتعريف القبول (أولاً)، و شروطه (ثانياً)، و أخيراً صلاحية السكوت في التعبير عن القبول (ثالثاً) .

أولاً: تعريف القبول

إن معظم التشريعات لم تأت بتعريف للقبول، فيما عدا قانون العقود السوداني الذي عرفه في المادة 20 في فقرتها الأولى بقولها: "تعبير الموجب له عن رضاه بالإيجاب كما صدر عن الموجب". و اتفاقية فيينا التي عرفته في مادتها 18 بأنه: ".... أي بيان أو أي تصرف ، و عرفته أيضا مجلة الأحكام⁵⁴ آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب...". العدلية في المادة 102 بأنه ".... ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف و به يتم العقد".

وأما الفقه، فقد عرف القبول بتعريفات عديدة، تدور كلها حول مفهوم واحد ، و هو أن القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بالموافقة عليه، و ينعقد به العقد. و بمفهوم آخر القبول هو الإرادة الثانية في العقد، وهو تعبير عن إرادة حقيقية و أكيدة، من طرف الموجه إليه الإيجاب برضائه بما عرضه عليه الموجب. و هو الإرادة التي⁵⁵ يتم بها العقد .

ويتفق تعريف القبول في الفقه القانوني مع تعريفه في الفقه الإسلامي الذي يرى بأن المقصود بالقبول هو الكلام الثاني الصادر من احد المتعاقدين، الدال على موافقته و رضاه بما

⁵⁴ المادة 18 من اتفاقية فيينا الصادرة في 11 ابريل 1980 ، مقتبس من فانسان هوزيه، المرجع السابق، ص. 568 .
⁵⁵ عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1977 ، ص. 331 ؛ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 101 ؛ بلحاج العربي ، النظرية العامة بالالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 74؛ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 133 .

أوجبه الأول ، وبمعنى آخر هو ما صدر ممن يصير إليه الملك دالا على رضاه بما أوجبه الطرف⁵⁶ الآخر. وبه يتم إنشاء العقد

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة العامة تعطي للموجه إليه الإيجاب حرية القبول أو الرفض، كما يستطيع أن يدعه يسقط، لأن الأصل هو حرية التعاقد، بحيث لا يجبر على عرض بواعث رفضه، و لا يسأل عن الرفض مهما كانت البواعث التي دفعته إليه. غير أن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال، و إنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال الرفض، و ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع .

فإذا لم تكن هناك بواعث مشروعة كان رفض الإيجاب عملا تعسفيا يستوجب تعويض الضرر الذي ينتج عنه، بناء على المسؤولية التقصيرية ومن قبيل ذلك رفض التاجر⁵⁷ الإيجاب الذي تقدم به شخص استجابة للنشرات و الإعلانات الموجهة إلى الجمهور

وحيث أن القبول هو تعبيرا عن الإرادة فانه يلزم بشأنه مثله مثل الإيجاب جدية الإرادة واتجاهها إلى إحداث اثر قانوني. كما أن إرادة القبول يتم التعبير عنها صراحة أو ضمنا⁵⁸.

ثانيا: شروط القبول

يشترط في القبول الذي ينعقد به العقد شرطان هما: أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، و أن يتم القبول قبل سقوط الإيجاب .

1- أن يكون القبول مطابقا للإيجاب

⁵⁶ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق ، الجزء الرابع، ص.93 ؛ عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص.88 .
⁵⁷ أنظر، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.74-75 ؛ احمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.54 ؛
نقض مدني فرنسي في 9 مارس 1915 ، D.P ، 25 ، مقتبس من بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص.75.
⁵⁸ سمير عبد السيد تناغو، نبيل سعد، المرجع السابق، ص.90.

ينبغي أن يتضمن القبول موافقة تامة لكل ما ورد في الإيجاب ، و لا يتحقق بالتالي القبول إذا اختلف مع مضمون الإيجاب، حتى و لو اقتصر الاختلاف على بعض المسائل⁵⁹ التفصيلية .

ولا يقصد بالمطابقة التامة، المطابقة بالألفاظ والصيغ، وإنما يقصد بها المطابقة في الموضوع، أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب و دون تفرقة بين ما يعد من المسائل الجوهرية و ما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية .

وهذا الشرط الخاص بمطابقة القبول للإيجاب، هو من القواعد العامة الأساسية التي يتم بها التعاقد، حيث نصت عليه العديد من التشريعات، و من بينها القانون المدني الجزائري في المادة 59 التي جاء فيها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وكذلك نص القانون المدني العراقي في المادة 85 عليه و التي تضمنت: "إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لإنعقاد العقد قبول العاقد الآخر . و أيضا ورد النص عليه في المادة 89 من القانون المدني⁶⁰ على الوجه المطابق للإيجاب" المصري التي قررت أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع⁶¹ مراعاة ما يقرره القانون..." .

وعليه لا يكون قبولا ينعقد به العقد،القبول الذي يتضمن زيادة أو نقصا أو تعديلا للإيجاب، أو الذي يكون معلقا على شرط أو مقيدا بقيد لم يرد فيه. بل يكون هذا رفضا⁶² يتضمن إجابا جديدا لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجه الإيجاب الأول .

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 66 من ق.م بقوله: "لا يعتبر القبول الذي⁶³ يغير الإيجاب إلا إجابا جديدا"

غير أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر

⁵⁹ احمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 55 .

⁶⁰ عباس العبودي، المرجع السابق ، ص. 131- 132 .

⁶¹ محسن البيه، المرجع السابق، ص. 106 .

⁶² سمير عبد السيد تناغو ، نبيل سعد ، المرجع السابق، ص. 91 .

⁶³ لبني مختار، المرجع السابق، ص. 53؛ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 75؛ المادة 96 من القانون المدني المصري .

العقد قد تم. وإذا قام خلاف عن المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة، تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون والعرف و العدالة . و إلى هذا المعنى أشارت المادة 65 من القانون المدني الجزائري .

وتطبيقا لذلك أن يتفاوض الطرفان في شروط العقد، و ينتهيان إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه، أي يطابق القبول الإيجاب في هذه المسائل، كما لو اتفقا في عقد البيع على المبيع والتمن، ولم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية الأخرى كتحديد مكان و زمان التسليم، ونفقاته، في مثل هذه الحالة العقد ينعقد ما دام الطرفان لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل. و إذا قام خلاف بينهما بشأن هذه المسائل فيما⁶⁴ بعد، فالقاضي يفصل فيها طبقا لطبيعة المعاملة و أحكام القانون والعرف والعدالة

ويبرر هذا الحكم أن المسائل المؤجلة في الاتفاق ليست جوهرية في العقد، و أن المشرع المصري اعتمد في تقريره على تفسير إرادة المتعاقدين، إذ أنهما لم يجعلوا تمام العقد رهينا باتفاقهما على هذه المسائل، الأمر الذي يؤخذ منه أن إرادتهما قد انصرفت إلى غير ذلك، بان اشترطا صراحة أو ضمنا أن العقد لا يتم إلا عند الاتفاق على هذه المسائل، فان حكم النص لا ينطبق. و يتعين على القاضي أن يتقيد بهذه الإرادة، فيعتبر العقد عند الاختلاف غير قائم. و هذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري. و رغم ذلك فان المادة 95 من القانون المدني المصري والمادة 65 من القانون المدني الجزائري تنطويان على توسع في سلطة القاضي، لأن القاضي بمقتضى ما جاء فيهما يكمل ما نقص من إرادة المتعاقدين، و بذلك يساهم في عمل العقد، و هذا يخرج عن حدود مهمته العادية⁶⁵ التي تقتصر على تفسير العقد .

وتطبيقا لمضمون نص المادة 95 من قانون المدني المصري، أصدرت محكمة النقض المصرية قرارا في 21 جانفي 1967 جاء فيه أنه : " إذا اتفقا طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند

⁶⁴ سمير عبد السيد تناغو، نبيل سعد، المرجع السابق، ص.91 .
⁶⁵ المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري في التعليق على المادة 95 من القانون المدني، مقتبس من قمر موسى ، المرجع السابق، ص.731 ؛ محسن البيه ، المرجع السابق، ص.108 ؛ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول ، ص.76 .

الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم . و إذا قام بينهما خلاف على المسائل التي أرجى الاتفاق
66. عليها كان لهما أن يلجا إلى المحكمة للفصل فيه"

2- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:

معنى هذا انه يجب أن يتم القبول في خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائما .
فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة،
أي قبل سقوط الإيجاب و إلا اعتبر إيجابا جديدا. فإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس
العقد، و لم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد. وهذا ما
أشارت إليه المادة 64 من ق.م.ج بقولها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص
حاضر دون تحديد اجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و
67. كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"

وكذلك أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنه: "غير أن العقد يتم، و لو لم
يصدر القبول فورا، إذا لم يوجب ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين
الإيجاب والقبول، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

ويفهم من الفقرة الثانية من ذات المادة أن المشرع نص على أن العقد يتم و لو لم
يحصل القبول فورا، إذا لم يوجد ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين
68. الإيجاب والقبول، و كان القبول قد ارتبط بالإيجاب قبل انقضاء مجلس العقد

أما إذا كانت المدة التي حددت للإيجاب قد انتهت أو كان المجلس قد انقض، أو كان
الإيجاب قد سقط لسبب من الأسباب، فان القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجابا جديدا،

66 محكمة النقض المصرية ، 21 جانفي 1967، الطعن رقم 337 ، سنة 30 قضائية ، ص.215 ، مقتبس من قمر موسى ، المرجع
السابق، ص.894 .

67 بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص.77 .

68 لبني مختار ، المرجع السابق، ص.54.

يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه. و هذا ما جاء في نص المادة 66 من ق.م.ج.⁶⁹ سالفه الذكر.

وبعد بيان المقصود بالقبول و إظهار عناصره، يعقبه بعد ذلك تناول المبدأ العام لصلاحيه السكوت في التعبير عن القبول .

ثالثا: صلاحية السكوت في التعبير عن القبول

يثور البحث عما إذا كان السكوت يعتبر قبولا، و هذا الدور التقليدي الذي يدرسه الكثير من الشراح القانونيين و يبرزونه. فمثلا إذا قام شخص بتوجيه إيجاب إلى آخر، لإبرام عقد معين، فسكت من وجه إليه الإيجاب ، ولم يرد على الموجب لا باللفظ و لا بالكتابة و لا بالإشارة، ولا باتخاذ موقف معين يدل على موافقة على إبرام العقد أو رفضه، فهل يعتبر ؟⁷⁰ السكوت قبولا أو رفضا

فالمبدأ العام أو الأصل، هو أن السكوت بمجرد لا يصلح أن يكون تعبيرا عن .⁷¹ الإرادة بالقبول أو بالرفض، لأنه وضع سلبي، فلا يعتبر قبولا، فالسكت لا يقول شيئا بمفهوم آخر لا يعتبر السكوت، بحد ذاته، مجردا عن أي ظرف معبرا عن الإرادة، لأنها عبارة عن عمل ايجابي، لا بد أن يظهر إلى الخارج بشكل من الأشكال. و السكوت لا يتجاوز حدود السلبية، و لا يفيد القبول، إذ لا يمكن كشف خفايا الفكر، الذي يبقى داخليا في ذات الإنسان. و جهالة حقيقة فكرة الشخص الداخلية، تكفي للشك في وضوح موقف من يوجه إليه الإيجاب، و متى قام الشك في أمر ما تعذر تفسير حقيقة الإرادة، و هذا الموقف

⁶⁹ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، الجزء الأول، ص.77 .

⁷⁰ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.74 .

⁷¹H.L.J.MAZEAUD, F.CHABAS, op.cit., p.132; F.TERRE, P. SIMLER,Y .LEQUETTE, droit civil,"les obligations", 9^{eme}edition, DALLOZ, Paris, 2005, p.135; J.FLOUR,J.-L.AUBERT, E.SAVAUX, op.cit., P.102. M.-J.LITTMAN, op.cit., p.109,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.75.

وهذا ما اخذ به وقرره فقهاء الشريعة الإسلامية⁷² يفيد عادة الرفض، و ليس القبول بأنه: "لا ينسب لساكت قول"، أي لا ينسب إليه إرادة لا بقبول الإيجاب ولا برفضه . و هو أيضا ما نصت عليه كما سبق الإشارة مجلة الأحكام العدلية في فقرتها الأولى من المادة 67⁷³ بقولها: " لا ينسب لساكت قول".

ولقد تناولت بعض التشريعات النص على الإطار العام لدلالة السكوت، و من قبيل تلك التشريعات، منها خاصة التشريعات العربية التي اقتبست تلك القاعدة من مجلة الأحكام العدلية، كالقانون المدني الأردني الذي نص في المادة 95 منه على انه: " لا ينسب لساكت قول..."، وكذلك القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة 81 منه، و القانون المدني السوداني في المادة 83 منه، وكذا المادة 135 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

فهذه النصوص العربية اتفقت في معظمها على أن الأصل عندها هو أن السكوت⁷⁴ عدم، وان اختلفت ألفاظ الصياغة فيها

وبالنسبة للفقهاء اخذ هو الآخر بالمبدأ العام في عدم إمكانية السكوت في التعبير عن القبول، ولا سيما منه الفقه الفرنسي، حيث ذهب جمهور الفقهاء فيه إلى عدم صلاحية السكوت المجرد في التعبير عن الإرادة، لا بالقبول ولا بالرفض، أي لا يمكن اعتباره إيجابا ولا قبولا. حيث إلى القول بأن السكوت في الأصل لا يعتبر قبولا، فليس H.L. J.MAZEAUD ذهب الأساتذة من المفروض قبول الاجابات الموجهة إلى الأشخاص، و إلا كان في هذا إحلال بحرية الأفراد . و⁷⁵ و من ثم فإن المثل القائل بأن من لا يقول كلمة فهو موافق ليست له أي قيمة قانونية

⁷² الياس ناصيف ، المرجع السابق، ص.78 . -

⁷³ انظر، عباس العبودي، المرجع السابق، ص.137.

أنظر، أمجد منصور، المرجع السابق، ص.4 ؛ عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص.137؛ كذلك أشارت إتفاقية فيينا في المادة⁷⁴ 1/18 منها على : " ... أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما بذاته قبولا".

⁷⁵ "On porterait atteinte à la liberté des individus si on les contraignait à chacune des offres qu'il plait à un pollicitant de leur adresser. L'adage."que ne dit mot consent" n'à donc aucune valeur juridique". Cf.H.L.J.MAZEAUD, F.CHABAS, op.cit., p.110 .

فهو لا يعتبر إذعانا و ليس رفضا، و أن السكوت وحده لا اثر له VALERY يقرر الأستاذ⁷⁶ أن السكوت وحده مجردا لا يكفي لأن يكون قبولا.

أن السكوت في الأصل، لا يعبر عن شيء، و هو في M.-J.LITTMAN ويرى الأستاذ حكم العدم، ويكون السكوت في النية أو داخل النفس و ليس له دور. و دون أن يعترف أو يقرر بأن السكوت حق مطلق، فقد رفض الفقهاء الفرنسيون التقرير أو السماح بوجود التزام بالإجابة. و من أجل هذا فان سكوت أحد الطرفين في الأصل أو عدم قيامه بالتعبير عن إرادته لا يقوم مقام القبول.

كما أنه إذا اعتبر السكوت مجرد قبولا، فان هذا يعارض مع القواعد العامة في نظرية و لقد وافق الفقه المصري⁷⁷. العقد، فضلا عما فيه من التوسع في نطاق مبدأ سلطان الإرادة،⁷⁸ ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، واعتبر الفقهاء المصريون أن السكوت مجرد لا يعتبر قبولا حيث يذكر الأستاذ محمود جمال الدين زكي أنه: " و تتفق القاعدة القانونية على هذا النحو مع الحقائق الاجتماعية لان سكوت الموجه إليه الإيجاب لا يفيد حتما قبوله، فقد يركن إلى . و⁷⁹ السكوت رغبة في التروي و أو لأنه لا يروقه ، و لا يريد أن يجثم نفسه مؤنة رفض" يقول الأستاذ إسماعيل غانم: "إن استخلاص القبول من مجرد السكوت، يعني فرض واجب على الشخص، بان يفصح عن رفض ما يحلو لغيره أن يوجهه إليه من إيجاب و إلا اعتبر قابلا له، و الغالب فيمن يلتزم السكوت نحو ما يأتيه من إعلانات مثلا أن نيته لم تنصرف⁸⁰ إطلاقا إلى قبول ما تتضمنه هذه الإعلانات من إيجاب".

⁷⁶ VALERY, Le Contrat Par Correspondance, Thèse, Paris , 1895, p.88,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع 88

السابق،ص

⁷⁷ M.-J. LITTMAN, op.cit., p.115,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج

المرجع السابق،ص.77- 78

⁷⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.158 ؛ سليمان مرقس، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص.140 ؛ توفيق حسن فرج، المرجع السابق،ص.96 ؛ رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص.42 .

⁷⁹ محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق،ص.77، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.78 .

⁸⁰ إسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص.82-83 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق،ص.80.

وتبرير هذا أنه لا يمكن من الناحية القانونية و لا العملية اعتبار السكوت مجرد قبولا .
ولقد وردت تطبيقات عدة للمبدأ العام للسكوت في قضاء عدة دول ، منها ما جاء
في القضاء الفرنسي ، حيث انه بالإضافة إلى القرار المبدئي الذي أصدرته محكمة النقض
الفرنسي في 25 ماي 1870 و الذي سبق الإشارة إليه ، أصدرت قرارا آخرا في 24 نوفمبر
1943 يقضي انه إذا أرسل مصرف إلى عميل له خطابا، يخبره فيه، انه قيد اسمه في قائمة
المكتتبين في مشروع معين، وانه احتسب في رصيده قيمة الأسهم، فان سكوت العميل عن
الابتدائية الفرنسية حكما la seine . وكذلك أصدرت محكمة⁸¹ الرد لا يعتبر قبولا للاكتتاب
في 19 ابريل 1893 جاء فيه بأن الناشر الذي يرسل لشخص، دون سابق اتفاق، مجلة دورية
لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة، ما دام لم يصدر منه قبول بذلك،
ولا يعتبر قبولا مجردا امتناع هذا الشخص عن رد المجلة ، حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد
يعد قبولا بالاشترك⁸² .

وأورد كذلك القضاء المصري تطبيقات للمبدأ السالف الذكر. من ذلك القرار الذي
أصدرته محكمة النقض في 1984/11/26 و الذي جاء فيه أن: " المقرر وفقا لنص المادة 2/98
من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيرا عن الإرادة و لا يعتبر
قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين و اتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان
.وأیضا أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة⁸³ مكملا أو منفذا أو معدلا أو ناسخا له"
المصرية قرارا في 26 ديسمبر 1929 تضمن أن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع
يطلب ترخيصا لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه، لا يعد قبولا أو ترخيصا من جانبها، حتى
لو تأخرت الحكومة في الرد عن الميعاد القانوني، و حتى لو حصل صاحب المصنع على
تصريحات شفوية من بعض الموظفين بان الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب⁸⁴ .

⁸¹ محكمة النقض الفرنسية، 24 نوفمبر 1943 ، سيرى 1-1944-13 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.79 ؛
أنظر ، محكمة النقض الفرنسية، 18 أوت 1909 ، دالوز، 1-1910-207 ، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد
، المرجع السابق ، ص.157؛ نقض مدني فرنسي، 24 مارس 1937 ، سيرى 1-1937-152 ، مقتبس من عبد الرزاق فرج ، المرجع
السابق، ص.84 .

⁸² محكمة LASIENE الابتدائية، 19 أبريل 1893 ، Gaz.PAL ، 93-2-162 ؛ انظر محكمة Douai الإستئنافية، 10 مارس
1874 ، دالوز، 2-74-153 مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص.158 .

⁸³ محكمة النقض المصرية، 26 نوفمبر 1984 ، طعن رقم 1649 ، سنة 51 قضائية ، ص.1920 ، مقتبس من قمر موسى ، المرجع
السابق، ص.882 .

⁸⁴ محكمة الاستئناف المختلطة، 26 ديسمبر 1969 ، المجموعة 32 ، ص.123 ، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية
العقد، المرجع السابق، ص.158-159 .

وأيضاً القضاء الأردني عرف تطبيقاتاً للمبدأ، حيث ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى عدم الاعتداد بسكوت باقي الشركاء عن الإجارة و عدم اعتباره قبولاً من جانبهم على . و نفس الحال بالنسبة للقضاء اللبناني حيث صدر عنه⁸⁵ أساس انه لا ينسب لساكت قول أن السكوت المجرد عن كل ظرف لا يشكل مبدئياً قبولاً للإيجاب، إلا إذا كان الظرف موافقاً⁸⁶ . أو مزامناً يفيد القبول .

هذا بشأن ما يتعلق بالمبدأ العام لصلاحيّة السكوت في التعبير عن القبول، و يعقبه في هذه الدراسة بيان السكوت كرفض في الفرع الموالي .

الفرع الثاني

السكوت كرفض

يثور التساؤل عن وضع المسألة بالنسبة لمبدأ السكوت كرفض؟

كما سبق، أن السكوت الحاصل بعد توجيه الإيجاب، أو السكوت مع التحفظ، يبقى دون مغزى، إذا لم يكن أمره واضحاً. فالسكوت كما يبدو لأول وهلة، يعتبر رفضاً لا قبولاً. فإذا كان هناك إيجاب قام بتوجيهه شخص إلى آخر، فلم يقم الأخير بالرد عليه، فإن النتيجة لهذه السلبية تكون هي الرفض .

ويثور الكلام عن السكوت إذا كان هناك ريب أو شك، فلا يتضح ما إذا كان من وجه إليه الإيجاب قابلاً للإيجاب، أو أنه غير قابل له، ففي هذه الحالة يعتبر السكوت غير⁸⁷ . ذي أثر قانوني و لا يعتبر قبولاً

⁸⁵ محكمة التمييز الأردنية ، تمييز رقم 163 / 77، مجلة نقابة المحامين ، 1987 ، ص.25 ص.857 ، مقتبس من امجد منصور، المرجع السابق، ص.23 .

⁸⁶ للتفصيل أكثر أنظر، إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص.91 .
⁸⁷ J.BARRAULT, op.cit., p.41; M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.118; VALERY,op.cit.,p.88,
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.83.

إذا أحيط بالغموض، أو كان سكوتا "Silence refus" ويكون السكوت بدوره رفضا . و أيضا يعتبر السكوت رفضا إذا نص القانون على ضرورة القبول 88 في حكم العدم الصريح. واشتراط القبول الصريح من قبل القانون يراد به تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر الذي هو مقدم عليه، فلا يبرم العقد إلا بعد التروي و التفكير. و كذلك قد يتفق أطراف العقد على ضرورة التعبير الصريح أو اشتراط شكلية معينة في العقد، و بذلك في كلا الحالتين يعتبر السكوت رفضا .

ولهذا سيتم تناول الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا في القانون المدني لضرورة التعبير الصريح ثم يليه الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا بمقتضى اتفاق طرفي العقد .

أولا: الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا في القانون المدني لضرورة التعبير الصريح

سيتم تناول الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا بالاختصار على ما جاء في القانون المدني الفرنسي ثم في القانون المدني المصري و أخيرا في القانون المدني الجزائري .

أ- الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا في القانون المدني الفرنسي لضرورة القبول الصريح:

سيقتصر على ذكر أمثلة للحالات التي لا يعتبر فيها السكوت تعبيرا عن الإرادة بالقبول، ومن تلك الحالات ما يلي :

⁸⁸ M.-J.LITTMAN,op.cit.p.119, السابق، ص.84.

1-العقود الشكلية (les contrats solennels) :

هي العقود التي لا تتم بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، بل يجب لتكوينها إتباع شكل مخصوص يحدده القانون، أي يجب أن يصب الرضا في شكل معين. و غالبا ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد. ومن الأمثلة على هذه العقود في القانون المدني عقد⁸⁹ الرهن الرسمي الذي ورد النص عليه في المادة 2127

2- ومن التصرفات كذلك ما لا يكفي السكوت لانعقادها، و إنما يجب القبول الصريح، حتى يتم انعقادها ما جاء في نص المادة 1/932 من القانون المدني التي نصت على أن⁹⁰ الهبة بين الأحياء لا تلزم الواهب و لا تنتج أثرها إلا من يوم قبولها قبولاً صريحاً.

3- وما جاء أيضا في المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي من أن التضامن الاتفاقي للمدينين يجب أن يكون صريحا .

4- كذلك طبقا لنص المادة 1250 من ذات القانون الخاصة بالحلول العيني، فانه⁹¹ يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة بالإيجاب و القبول صريحا .

⁹²5- وما قضت به أيضا المادة 1273 من القانون المدني من أن التجديد لا يفترض

6- وما يتعلق بالكفالة، فقد نصت المادة 2015 من القانون المدني على أن الكفالة⁹³ لا تفترض، ويجب أن تكون صريحة .

⁸⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.113-114؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.85.
⁹⁰ L'article 932/1 du C.C.F.proclame que:" La donation entre vifs n'engagera le donateur,et ne produira aucun effet,que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès".

⁹¹ M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.122; J.BARRAULT,op.cit.,p.44, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ص.86.

⁹² L'article 1273 du C.C.F. dispose que:"La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte".

⁹³ L'article 2015 du C.C.F.dispose que : " Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès... "

ففي الأمثلة السابقة، يفهم أن السكوت الذي يعد قبولا، يستبعد، لأنها تتطلب قبولا صريحا.

ب-الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا في القانون المدني المصري : لضرورة القبول الصريح :

يستفاد من المادة 2/90 من ذات القانون أنه إذا نص القانون على إلزامية التعبير الصريح، فلا يجوز أن يتم التعبير عن الإرادة ضمنيا. و يكون بذلك مثلما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي، تضمن أيضا القانون المدني المصري حالات تستلزم ضرورة التعبير الصريح، و من ضمن تلك الحالات ما يلي :

1- وكذلك ما قضت به المادة 398 من القانون المدني من أن الدفاتر و الأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه، إلا إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناء، أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق، أن تقوم مقام السند، لمن اثبت حقا⁹⁴ لمصلحته .

2- وما جاء أيضا في نص المادة 475 من نفس القانون المدني من أنه: " إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون، او باع شيئا مما اشتملت عليه، ووجب أن يرد⁹⁵ للمشتري، ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد"

3- وكذلك ما يتعلق بضمان الكفيل لما يجاوز أصل الدين و تضامنه مع المدين، إذ⁹⁶ أوجب القانون المدني أن يشترط ذلك صراحة في عقد الكفالة .

⁹⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.85 ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.87 .

⁹⁵ سليمان مرقس ، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص.138 ؛ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.87 .

⁹⁶ أنظر، المادة 498 من القانون المدني المصري .

4- وما ورد أيضا في نص المادة 2/844 من ذات القانون من أنه: "يشترط لإعفاء أطراف عقد القسمة من ضمان استحقاق حصة أحدهم، أن يكون هناك اتفاق صريح⁹⁷. يقضي بالإعفاء".

5- وما تم النص عليه في المادة 555 من القانون المدني من أنه: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا، و أيا كانت العبارات فان التنازل لا ينصب إلا على الحقوق، التي كانت وحدها، بصفة جليلة، محلا للالتزام الذي حسمه الصلح".

6- ما نصت عليه المادة 597 من القانون المدني أنه: " تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له، و في حالة التنازل عن الإيجار، أم فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن .

- إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار من الباطن .

- إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن، دون⁹⁸ أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي".

ويضاف إلى ما سبق أن نصوص القانون المدني المصري قد تقف عند حد التشدد في استخلاص اتجاه الإرادة ضمنا إلى التعاقد، و من الأمثلة على ذلك ما جاء في نص المادة 1/354 من القانون المدني من أن :

1- "التحديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف.

2- وبوجه خاص لا يستفاد التحدد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، و لا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانة أو كميته، و لا مما يدخل

⁹⁷ سمير عبد السيد تناغور، نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص.73 ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص.87 .
⁹⁸ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص.44 ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص.138.

على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد، اتفاق 99 يقضي بغيره".

بعد عرض أمثلة للحالات التي لا يعد فيها السكوت قبولا، بل رفضا في القانون المدني المصري، يليه ذكر بعض ما جاء النص عليه في القانون المدني الجزائري .

ج- الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا في القانون المدني الجزائري لضرورة القبول الصريح :

ورد النص كذلك في القانون المدني الجزائري على ضرورة القبول الصريح بالاستناد إلى نص المادة 2/60 من التي تضمنت انه إذا نص القانون على ضرورة التعبير الصريح حالات معينة، فلا يصح التعبير الضمني. و من الحالات التي تستلزم ضرورة التعبير الصريح أي القبول الصريح ما يلي :

- ما يتعلق بالعقود الشكلية، فبعد أن عرفت المادة 324 من ق.م العقد الرسمي،تضمن هذا القانون نصوصا خاصة بالعقود الشكلية. و جاء التطبيق القضائي الجزائري مؤكدا على ضرورة التزام الشكلية في العقود الشكلية حيث أصدر المجلس الأعلى قرارا في 18 ديسمبر 1982 جاء فيه أنه: " حيث إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول اتفاق الإرادتين ، فان الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و بصورة استثنائية¹⁰⁰ توفر شكل من الأشكال الرسمية حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا".

ومن تلك العقود المنصوص عليها، عقد الشركة الذي جاء النص عليه في المادة 1/418 من القانوني المدني بقولها: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا وكذلك يكون باطل كل ما يدخل على العقد من تعديلات، إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد". وجاءت أحكام القضاء مؤكدة لهذا النص، من ذلك القرار الذي

⁹⁹ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 44؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 87-88 .
¹⁰⁰ قرار المجلس الأعلى الصادر في 18 ديسمبر 1982، ملف رقم 25016، الاجتهاد القضائي، سنة 1987، ص. 47؛ انظر، قرار المجلس الأعلى، 7 جويلية 1982، ملف رقم 25699، نشرة القضاة، 1982، عدد خاص، ص. 171، مقتبس من علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 55.

أصدرته المحكمة العليا في 26 مارس 1996 من أنه: " من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات¹⁰¹ عقد الشركة يكون بعقد رسمي إلا كان باطلا ... "

وبالإضافة إلى عقد الشركة، هناك عقد الرهن الرسمي الذي ورد في نص المادة 1/883 من ق.م من أنه: " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون ".

2- وكذلك ما جاء في نص المادة 331 من ذات القانون التي نصت على أنه: " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:
- إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناً.

- إذا ذكر فيها صراحة انه قصد ما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام¹⁰² . السند لمن أثبتت حقا لمصلحته "

3- ما ورد أيضا في نص المادة 464 من نفس القانون التي تضمنت النص على أنه:
" يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا أيا كانت تلك العبارات¹⁰³ فان التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسمه الصلح "

4- وكذلك ما تضمنته المادة 505 من ق.م من أنه: " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك " .

5-و ما يتعلق بالكفالة، حيث نصت المادة 645 من هذا القانون: " لا تثبت¹⁰⁴ الكفالة إلا بالكتابة، و لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "

¹⁰¹ قرار الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا صادر في 26 مارس 1996 ، ملف رقم 142806 ، الاجتهاد القضائي ، 1999 ، عدد خاص، ص.141 .

¹⁰² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص.85 .
¹⁰³ هذه المادة مأخوذة من نص المادة 555 من القانون المدني المصري؛ انظر، قرار المحكمة العليا، 13 ديسمبر 1989 ، ملف رقم 56186 ، المجلة القضائية ، 1994 ، العدد الأول، ص.11.

¹⁰⁴ انظر، قرار المجلس الأعلى، 13 جويلية 1988 ، ملف رقم 56336 ، المجلة القضائية ، 1991 ، العدد 4 ، ص.58

ويضاف إلى الحالات السابقة، الحالات التي تشدد فيها المشرع الجزائري كمثله المصري في استخلاص اتجاه الإرادة ضمنا، و من تلك الحالات ما جاء في نص المادة 217 من ق.م من أن "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"، وكذلك ما نصت عليه المادة 1/289 من هذا القانون بقولها: "لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو استخلاصه بوضوح من الظروف".

هذه بعض الحالات التي جاء النص فيها على ضرورة التعبير الصريح، وبذلك هي تستبعد أن يكون السكوت فيها معبرا عن القبول، وهذا بغض النظر عن الحالات التي وردت كذلك في القانون التجاري الفرنسي والمصري وكذا الجزائري التي تضمنت النص على الشكلية في بعض العقود. من ذلك ما جاء في نص المادة 187 مكرر من القانون التجاري الجزائري، والمتعلقة بإبرام عقد الإيجار التجاري في شكل رسمي¹⁰⁵.

ثانيا : الحالات التي يعتبر فيها السكوت رفضا بمقتضى اتفاق طرفي العقد

بالإضافة إلى النصوص التي تتطلب ضرورة التعبير الصريح، قد يتفق الطرفان كذلك على أن يكون التعبير صريحا، وهذا استنادا إلى نص المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري. ومن الأمثلة على¹⁰⁶ الذي منح لأطراف العقد أن يتفقا على أن يكون التعبير صريحا ذلك أن يقوم الطرفان بإبرام عقد إيجار لمدة معينة، ويتفقا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يبقى منتفعا بالعين المؤجرة بعد انقضاء مدة الإيجار إلا بموافقة صريحة من المؤجر¹⁰⁷.

وكذلك فإن المتعاقدين قد يتفقا على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصا، بأن يكون تعبيرا بالكتابة الرسمية، ففي هذه الحالة ينفذ الاتفاق.

فإذا قام الشك في تفسير قصد المتعاقدين، حول ما إذا كانت الكتابة تعتبر ركنا شكليا لا ينعقد العقد بدونه، أو هي طريق للإثبات، فإن القضاء يتلمس من ظروف الواقع

¹⁰⁵ أنظر، المادة 187 مكرر من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2005.

¹⁰⁶ سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 138؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 85.

¹⁰⁷ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 89.

قرينة لترجيح أحد الفرضين على الآخر. فإذا لم توجد قرينة مرجحة، كان من المفروض أن المتعاقدين قد اشترطا الكتابة للإثبات لا للانقضاء، لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية¹⁰⁸.

وعموما، ففي الاتفاقات التي تتم بين أطراف العقد في ضرورة التعبير الصريح أو إستيفاء شكل معين، فهنا يستبعد السكوت أيضا، و لا يكون دليلا على القبول. بعد دراسة في هذا الفرع الحالات التي لا يعتبر فيه السكوت قبولا بل رفضا، يعقبه بعد ذلك دراسة في الفرع الموالي السكوت كقبول.

الفرع الثالث

السكوت كقبول

إذا كان مجرد السكوت على النحو السابق، لا يعتبر في الأصل قبولا بل يعتبر رفضا، إلا أن السكوت يلعب دورا معينا في الحياة القانونية، وذلك إذا¹⁰⁹ لأن القبول واقعة إيجابية كانت الظروف تسمح بالقول باعتباره قبولا، فسر السكوت على أنه قبول. فقد ينص القانون على أمر من الأمور ثم يترك للأفراد الحرية في تطبيق ما نص عليه، فيجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها بما يحقق مصالحهم وهذا ما يحدث بالنسبة للقواعد القانونية المكتملة. فإذا لم يتفق الأفراد على خلاف هذه القواعد فسر المشرع هذا السكوت على¹¹⁰ أساس أن نية المتعاقدين قد أرادت تطبيق حكم تلك القواعد.

وقد يكون السكوت إذعانا أو تسليما بالقاعدة القانونية، فالطرف المدعن يسلم¹¹¹ بالشروط ولا يملك أن يناقش فيها.

ويلعب السكوت دورا حين يمضي الزمن، و صاحب الحق ساكت لا يحرك ساكنا نحو المطالبة بحقه، فالسكوت أساس للتقادم المسقط. وكثير من الحالات التي يسقط فيها

¹⁰⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 67.

¹⁰⁹ J.BARRAULT, op.cit., p.46,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع

السابق، ص.90.

¹¹⁰ M.PLANIOL, G.RIPERT, P.ESMEIN, op.cit., p.115.

¹¹¹ J.BARRAULT,op.cit., p.57; M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.136,

مقتبس من عبد الرزاق حسن 92.

فرج، المرجع السابق، ص.

إن السكوت يكون قبولا J.BARRAULT الحق يكون مرجعها السكوت. حين يقول الأستاذ¹¹² بقريئة و أن إرادة الالتزام لا تفترض

وعليه يتضح حسب ما تقدم أن السكوت يعتبر قبولا في حالات معينة ، وهذه الحالات تعتبر على سبيل الاستثناء و خروجا على المبدأ العام الذي يقضي بأن السكوت في الأصل لا يعتبر قبولا.

والحالات التي يعتبر فيه السكوت قبولا على سبيل الاستثناء ، كانت ثمرة عمل المحاكم الفرنسية وقضائها على مر السنين، كما كانت ثمرة اجتهاد الفقه الفرنسي، مع تأكيد الاتجاه القضائي الذي له سلطة تقديرية في معرفة السكوت الملابس ، وتقدير ما إذا كان هذا . السكوت يعتبر قبولا من عدمه .

ويعتبر السكوت قبولا على سبيل الاستثناء ، إذا كان سكوتا ملابسا ، تحيط به ظروف تخلع عليه دلالة القبول، وهذا ما يميز بين السكوت الملابس الذي يعتبر قبولا ، والسكوت المجرد ، أي غير المقترن بملاسات تخلع عليه دلالة القبول .

ففي السكوت الملابس ، يتعين على من يرفض الإيجاب أن يوضح أسباب رفضه،و إلا اعتبر سكوته قبولا.

وسيتم تناول دور السكوت كقبول بالتطرق إلى صور السكوت المعتبر قبولا ثم يليه تفسير السكوت كقبول،و أخيرا السكوت في انعقاد عقد البيع كنموذج عليه، وذلك وفقا لما يلي :

أولا : صور السكوت المعتبر قبولا

يعتبر السكوت قبولا ، إذا كان سكوتا موصوفا أو إذا كان سكوتا ملابسا . وعليه (II .) والسكوت الملابس (I) سيتم على التوالي دراسة كل من السكوت الموصوف (

¹¹² " Le silence ne peut être considéré comme un acceptation que par suite d'une présomption. La volonté de s'obliger ne se présume point ".Cf.J.BARRAULT, op.cit.p.87.

-السكوت الموصوف : I

لقد ورد تعريفه كما سبق الذكر في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حين فرقت بين السكوت الموصوف والسكوت الملابس ، فقررت أن السكوت الموصوف " هو الذي يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام ، فلا يثير إشكالا ، لان القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه".

فالقانون بمعناه العام سواء كان تشريعا أم عرفا أم اتفاقا، حينما يفرض التزاما بالكلام بنص خاص ويقرر أن السكوت يفيد أمرا معينا، فإنه إذا كان يعطيه معنى القبول، اعتبر¹¹³ السكوت قبولا بلا إشكال.

ولقد سبق شرح السكوت الموصوف و بيان حالاته التي ترد استنادا إلى نص قانوني أو عرف أوحى اتفاق بين طرفي العقد. فمتى تقرر للسكوت معنى القبول من القانون مثلما جاء في القانون المدني الألماني في المادة 2/516 من أن عدم رفض الهبة في خلال مدة معينة يعد قبولا ، وكذلك ما جاء في المادة 1943 من القانون المدني الألماني من أن عدم رفض الوارث للتركة خلال المهلة المحددة لذلك يعتبر قبولا .

فيستخلص من هاتين المادتين أن هناك إلتزاما بالكلام يفرض على الموهوب له رفض . أو كما¹¹⁴ الهبة، وعلى الوارث رفض التركة في خلال مدة معينة، وإلا اعتبر سكوتها قبولا هو الحال مثلا في البيع بشرط التجربة، الذي ورد النص عليه في المادة 421 من القانون المدني المصري .

وكذلك الحال بالنسبة للعرف و الاتفاق، فكل منهما عندما يفرض على الموجب له إلتزام الكلام، و إعلان رفضه في مدة محددة ، وكانا يعتبران انقضاء المدة دون تلقي رفض من الموجه إليه الإيجاب قبولا، عد سكوته قبولا وموافقة لإبرام العقد .

ونفس الأمر بالنسبة للشريعة الإسلامية ، حينما تفرض الإلتزام بإعلان رفض التعاقد في مهلة معينة ، وكانت تعتبر أن السكوت الذي يلتزمه الطرف الموجه إليه الإيجاب، والمفروض عليه إعلان رفضه قبولا ، اعتبر سكوته قبولا وموافقة ، وبذلك انعقد العقد .

¹¹³ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.87؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص.42 .

¹¹⁴ حبيب الخليلي ، المرجع السابق، ص.176-177 .

II- السكوت الملابس:

إن سكوت الموجب لا يدل على شيء لأن الإيجاب هو الإرادة الأولى في العقد، و لا يتكون بطريق السكوت. أما سكوت من وجه إليه الإيجاب ، فإنه إذا لم يكن سكوتا مجردا، وإنما سكوتا ملابسا أحاطت به ظروف تخلع عليه دلالة القبول، فإنه يعتبر قبولا، وهو ما¹¹⁵ عبرت عليه القاعدة الشرعية "السكوت في معرض الحاجة بيان"

والسكوت الملابس بحسب تعبير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري سالفه الذكر هو: "ما تلبسه ظروف يحل معها محل الإرادة فهو وحده الذي يواجه النص هو المقترن بظروف و ملابسات ترجح (éloquent)" فالسكوت الملابس او السكوت المفصح . و لقد عبرت محكمة الاستئناف المختلطة ، عن السكوت الملابس في¹¹⁶ انه قبول للإيجاب قرارها الصادر في 29 جوان 1915 بقولها " السكوت لا يمكن أن يلزم الشخص اللهم إلا إذا¹¹⁷ . اتخذ لنفسه موقفا بحيث يتعين حمله على أنه قبول "

وبالإضافة إلى ما يقال بشأن الظروف المصاحبة للسكوت الملابس، فإن القيمة لا تتحدد بالسكوت ذاته، J.CHABAS القانونية لحالات السكوت الملابس بحسب الأستاذ و إنما تتحدد بسبب السكوت أي بالسبب الذي جعل سكوت الشخص صالحا كي يتجسد تعبيراً عن إرادة قانونية. و بمعنى آخر، فإن مجرد السكوت لا يعد تعبيراً، و لكن هناك من الأسباب ما ألبست هذا السكوت ثوبا جعلته طريقا من طرق التعبير .

والواقع أن هذه الأسباب هي بمثابة مؤشرا أو دليلا على التعبير عن الإرادة و منها يستشف ذلك، فكأن في هذه الأسباب يمكن التعبير عن الإرادة بالصمت. و ما هذه الأسباب التي هي مصدر الحياة القانونية للسكوت إلا تلك الظروف و الوقائع التي تحيط . والفيصل في اعتبار¹¹⁸ بالسكوت، فالسكوت لا شيء، والوقائع والظروف هي كل شيء هو أن العقد لا يتكون M.-J.LITTMAN السكوت الملابس قبولا بحسب ما ذكره الأستاذ

¹¹⁵ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.96.

¹¹⁶ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ص.89 ؛ حبيب الخليلي ، المرجع السابق، ص.177.

¹¹⁷ محكمة الاستئناف المختلطة، 29 جوان 1915 ، مجلة التشريع و الأحكام ، 27-444 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.96 .

¹¹⁸ J.CHABAS, De la declaration de volonte en droit français , Paris, 1931, P.58, مقتبس من عادل حبيب ، المرجع السابق، ص.49.

إلا إذا كان المتعاقدين راضين، ذلك أن القانون يقضي بأنه لا بد لانعقاد العقد من تراضي¹¹⁹ الطرفين، و يجب أن تكون الإرادة القانونية معبرا عنها

ولما كانت الظروف الملايسة للسكوت كثيرة و متباينة، إذ ليست هناك حالات محددة للسكوت الملابس و من ثم فإن استخلاص القبول من هذه الظروف، يعتبر كما سبق مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع، و لا يخضع في تقديره لرقابة محكمة . و هذا من قررته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 21 جوان 1984¹²⁰ النقض بقولها : "إذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الظروف الملايسة التي تحيط بالسكوت و تجعله دالا على القبول إلا أنها تلتزم بأن تورد الأسباب الشائعة التي تقيم قضاءها و ألا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه الرأي في هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة"¹²¹.

وأن القانون المصري قدر أن الظروف التي تحيط بالسكوت، تغني وفقا للمألوف و المعقول عن إبداء القبول و التعبير عنه، و بالتالي تقتضي افتراض صدور هذا القبول، فإذا ما قوبل الإيجاب بسكوت من وجه إليه هذا الإيجاب في الظروف التي يكفي السكوت فيها لاقتراض تمام القبول، اعتبر العقد قد تم بالتقاء الإيجاب بالقبول المفترض المأخوذ من هذا السكوت. و على ذلك فالالتزامات التي تترتب عندئذ، تترتب على عقد يتكون من توافق¹²² إيجاب و قبول، و لا يمكن و لا يعني الاكتفاء بالسكوت أن الأمر يتعلق بإرادة منفردة . ولقد تناول القانون المدني المصري الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا أو أساسا لافتراض القبول فنص في المادة 98 على أنه :

1- "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب، لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذ لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

¹¹⁹ M.-J.LITTMAN, op.cit., p.140, المرجع السابق، ص.98.

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج،

¹²⁰ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص.84، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.99.
¹²¹ محكمة النقض المصرية، 21 جوان 1984 ، طعن رقم 748 ، سنة 46 ، ص.1706، مقتبس من قمر موسى ، المرجع السابق، ص.882.
¹²² جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 310-309 .

2- ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و¹²³. اتصل الإيجاب لهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه "

ونص القانون المدني الجزائري على الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا، و ذلك في المادة 68 بقولها: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم. إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا¹²⁴. " كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه

،¹²⁵ في بداية الأمر، لقد انتقدت الصياغة التي وردت بها هذه المادة من قبل الفقه وذلك لكون أن العبارات الواردة فيها جاءت غامضة و فضفاضة، مما يجعلها تطرح عدة مشاكل بخصوص تفسيرها. وذلك لكون أن المشرع الجزائري لم يوضح ما هي المعاملات والظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول؟ كما أنه لم يبين من هو الذي سيقدر ذلك؟ و أيضا كيف يتم تقدير الإيجاب النافع لمصلحة المعروض أو الموجه إليه¹²⁶؟

وإضافة إلى ذلك التناقض الذي رفع فيها بين السكوت الموصوف و السكوت الملابس وذلك عند النص على العرف التجاري الذي يعد أحد حالات السكوت الموصوف كما سبق الذكر، وليس من حالات السكوت الملابس. و هذا ما أشار إليه الأستاذ إسماعيل غانم في نقده لنص المادة 98 من القانون المدني المصري حيث يقول: "على أنه يلاحظ أن المادة 98 قد أشارت إلى ما يقضي به نص التشريع وبين ما تقضي به قاعدة عرفية، فكلاهما

¹²³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 99-100؛ جميل الشراوي، المرجع السابق، ص. 310 .

¹²⁴ جاءت هذه المادة مطابقة لنص المادة 98 من القانون المدني المصري .

¹²⁵ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص. 85، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 100؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 62 .

¹²⁶ A. VIALARD, op.cit., P.66;

بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ،الجزء الأول ، المرجع السابق، ص. 62 .

من مصادر القانون، فيكون السكوت الذي يقضي العرف التجاري باعتباره قبولاً سكوتاً موصوفاً لا ملابساً، و لا يكون هناك محل للتعرض له في المادة 98، وهي تقتصر طبقاً لمذكراتها الإيضاحية على السكوت الملابس، هذا فضلاً عن أن المذكرة الإيضاحية تقول إن هذه المادة قد نقلت عن تقنين الالتزامات السويسري ضابطاً مرناً، يهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه، ولا محل للمرونة أو التوجيه في الحالات التي يوجد فيها قاعدة عرفية تقضي باعتبار السكوت قبولاً، ويلاحظ أن المادة 6 من تقنين الالتزامات السويسري لم تشر إلى العرف و على (La nature spéciale de l'affaire) التجاري بل اكتفت بالنص على طبيعة التعامل " . Circonstances الظروف "

ويضيف الأستاذ إسماعيل غانم قائلاً : " و يلاحظ أن صياغة الفقرة الأولى من هذه المادة في نصها العربي معيبة، فعبارة النص في أن السكوت يعتبر قبولاً "إذا كانت من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول" قد توحي بأن العبرة بما ينتظره الموجب نفسه، مع أنه لا شك في أنه لا يعتد بنية الموجب الذاتية، فليس للموجب أن يملي واجب الإفصاح على الموجب له، فالعبرة ليست بما يتوقعه الموجب نفسه بل العبرة بما يتوقعه الشخص العادي، إذا وجد في ذات الظروف " .

ويقترح أن يعاد صياغة النص العربي للمادة 1/98 على الوجه الآتي: " إذا لم يكن من الواجب بسبب طبيعة المعاملة أو غير ذلك من الظروف، أن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم" ¹²⁷ .

ويوافق الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج التحليل الدقيق و النقد الذي وجهه الأستاذ إسماعيل غانم للمادة 98 من القانون المدني المصري، و يشاطره أيضاً في الاقتراح الذي أعطاه في إعادة صياغة المادة 98 ¹²⁸ .

وهذا النقد الذي وجهه الأستاذ إسماعيل غانم للمادة 98 من القانون المدني المصري يشمل كذلك المادة 68 من القانون المدني الجزائري لكونها مأخوذة من المادة 98 من القانون المدني المصري ومطابقة لها. و كذلك يجدر الأخذ بالاقتراح الذي أعطاه الأستاذ إسماعيل

¹²⁷ إسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص.85 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.100-101 .
¹²⁸ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.101 .

غانم للمادة 98 من القانون المدني المصري في المادة 68 من القانون المدني المصري، كونه أكثر دقة و أسهل في الفهم والتطبيق.

وزيادة على ذلك، فإنه بمقارنة المادة 98 من قانون المدني المصري مع المادة 1/83 من القانون المدني السوداني التي نصت على أنه: "لا ينسب إلى ساكت قول، و مع ذلك إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب" فيلاحظ الأستاذ عادل جبري حبيب أن المشرع السوداني كان أكثر توسعا في الأخذ بالعرف من المشرع المصري لكون أن المشرع السوداني لم يقصر العرف على الصفة التجارية، بخلاف المشرع المصري الذي قصره على الصفة التجارية. ففي القانون المدني السوداني قد يكون العرف تجارياً، كما قد يكون غير تجاري .

ومن هنا يظهر التوسع في الأخذ بالعرف في التقنين الأخير هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى، يرى الأستاذ عادل جبري حبيب أن المشرع السوداني كان أكثر استجابة مع طبيعة أهدافه، حين وضعه لنصوص قانونه المدني بأن نص على العرف دون أن يصفه بالتجاري، أي دون أن يقصره على العرف التجاري. و يرى كذلك أن هناك قصور تشريعي في صياغة المادة 98 من القانون المدني المصري بقوله: " هل من الانسجام الفني، أن يأخذ المشرع المصري، ما ليس في حاجة إليه من العرف التجاري ليكون معياراً في معاملة مدنية؟ أنفذت الأعراف في القانون المدني و هو-القاعدة العامة- حين يلجأ المشرع المدني إلى أن يستجدي عرفاً تجارياً، و يجعله معياراً لمسألة مدنية؟"¹²⁹ .

وهذا النقد الذي وجهه الأستاذ عادل جبري حبيب و المتعلق بالأخذ بالعرف دون قصره على الصفة التجارية، يوجه كذلك إلى نص المادة 68 من القانون المدني الجزائري التي هي الأخرى أخذت بالعرف التجاري فقط و لم تأخذ بالعرف بصفة عامة. و إن كان كما سبق الإشارة أنه يستحسن حذف العرف من نص المادة 68 لكونه يعتبر إحدى صور السكوت الموصوف و ليس السكوت الملابس .

وحسب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في تعليقها على نص المادة 98 من القانون المدني المصري أن المادة 98 تتعلق باعتبار السكوت قبولا و ليس إيجابا و أنها تضمنت ضوابط مرنة تهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه، و هذا بقولها "...أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق، أن يتضمن إيجابا و إنما يجوز في بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا و قد تناول النص هذه الفروض و نقل بشأنها ضابطا مرنا يهيئ للقاضي أداة عملية للتوجيه... " .

وعليه، يتضح أن نص المادتين 98 من القانون المدني المصري، على منوال المادة 68 من القانون المدني الجزائري، تتعلق باعتبار السكوت قبولا في حالة استثنائية و ذلك إذا اقترن بملابسات وظروف تفيد التعبير عن الرضا¹³⁰ .

وكذلك أن معيار الظروف التي يمكن أن يستفاد منها إمكان اعتبار السكوت قبولا، هو أن تدل هذه الظروف على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول. كما وأن السكوت الذي يشير إليه النصان السابقان، ليس هو انعدام التعبير انعداماً تاماً، والذي تكون دلالته الرفض لا القبول، و إنما هو السكوت الذي يدل في ظروفه على صدور القبول، أي يعتبر بسبب هذه الظروف موقفاً خارجياً يؤخذ منه القبول، و نفي دلالة هذا الموقف تقتضي ممن وجه إليه الإيجاب الرفض، حتى يدفع دلالته على القبول طبقاً لما تقتضي به المادتين على التوالي 98 و 68 من القانونين المدني المصري والجزائري¹³¹ .

مما يجدر التنبيه إليه حسب ما ذهب إليه الأستاذ أحمد سلامة، أن ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة 98 من قانون المدني المصري في قولها: " لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ينبغي ألا يفسر على أنها تتكلم عن القبول الصريح. كما ذكر ذلك خطأ في صياغة النص ". فالتصريح بالقبول عبارة كما تفيد التعبير *Acceptation expresse* بالفرنسية حين قال " الصريح عن القبول تنفيذ أيضاً التعبير الضمني¹³² .

¹³⁰ سمير عبد السيد تناغو، نبيل سعد، المرجع السابق، ص.75؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.89 .

¹³¹ جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص.310؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.101-102 .

¹³² أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.89 .

وهذا التنبيه المشار إليه من قبل الأستاذ أحمد سلامة، يؤخذ به كذلك في نص المادة 68 من قانون المدني الجزائري لكون أن هذا النص هو الآخر وقع خطأ في صياغته بالفرنسية " Acceptation expresse Une. فهو الآخر ذكر عبارة "

كما يلاحظ أن السكوت الذي تعزى إليه هذه الدلالة، يجب أن يكون سكوتا يمتد إلى ما يجاوز الفترة التي يحتاج إليها من يعرض عليه الإيجاب للتروي قبل اتخاذ قراره بالقبول أو بالرفض. ويرجح الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج إعتبار معيار السكوت قبولا في هذا الشأن معيارا موضوعيا، فلا ينتظر فيه إلى ما كان الموجب شخصيا ينتظره، بل إلى ما كان الشخص المعتاد ينتظره، لو وجد في مثل هذه الظروف، فيمكن إعتبار السكوت قبولا إذا كان الشخص العادي لو وجد في هذه الظروف لأعتبر سكوته قبولا، على أساس أن هذه الظروف من شأنها أن تولد الثقة لدى المواجهين بها في إعتبار السكوت معبرا عن إرادة حقيقية بالقبول .

ومما يضاف أيضا في هذا الصدد أن إعمال ما نص عليه المشرع المصري في المادة 98 السالفة الذكر بحسب ما جاء في المذكرة الإيضاحية السالفة البيان، يقتضي التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة، وأن مناط إعتبار السكوت قبولا، هو عدم توقع الرد بالقبول، طبقا للظروف الملازمة التي تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسننها، أو من ظروف الحال. وتضيف المذكرة الإيضاحية إلى ما سبق أنه " ...يراعي بالنسبة لهذه العقود أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه، و في هذا الوقت يتم العقد. أما فيما يتعلق بإمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان "133.

والتفسير الذي أعطته المذكرة الإيضاحية المصرية للمادة 98 من القانون المدني المصري يصلح الأخذ به و اعتماده أيضا في نص المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

وبالنسبة لحالات السكوت الملابس، فقد نصت المادة 98 من ق.م.م و المادة 68 من ق.م.ج على أمثلة له، وذلك بعد أن أقرها القضاة الفرنسي والمصري، وأيدها الفقه الفرنسي وأخذ بها¹³⁴.

وتتمثل هذه الحالات في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، وتتصل بهذه الحالة حالة العقد الجديد مكمل لعقد سابق أو معدل له أو فاسخ، وكذلك حالة طبيعة المعاملة، وأيضا حالة العرف التجاري، وكذا الإيجاب المتمحض لمصلحة من وجه إليه. وسيتم التطرق إلى كل حالة منهم، ويضاف إلى ذلك حالات أخرى للسكوت وهذا وفق ما يلي :

- حالة التعامل السابق بين المتعاقدين : 1

قد تتمثل الظروف التي يقترن بها السكوت في تعامل سابق بين الطرفين و يتصل الإيجاب بهذا التعامل، فتسمح علاقة التعامل السابقة بتفسير السكوت دليلا على القبول¹³⁵. وبمعنى آخر، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، من شأنه أن يجعل الموجب، لا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله اعتبر السكوت سكوتا ملابسا و بالتالي يعد قبولاً¹³⁶. ففي بعض الأحوال، قد توجب الظروف، وفقا لما يقتضيه حسن النية، وليس وفقا لما يمليه من وجه الإيجاب على من وجه إليه، إن لم يقبله، أن يصرح برفضه. فإذا سكت واستمر سكوته فترة في قبوله *légitime confiance* معقولة، فإن هذا السكوت يولد لدى الموجب ثقة مشروعة إيجابه، فيعتبر السكوت قبولاً، ذلك أنه يجب تغليب الثقة على الشك، وحمل أفعال المتعاقدين على الخير دون الشر، إلا إذا أقام الدليل على عكس ذلك¹³⁷.

ويحصل هذا التعامل في المعاملات التجارية بصفة متكررة، ومثال ذلك : كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريد من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون

¹³⁴ -J.-L.AUBERT, notions et roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, édition , Paris,1970, p. 291; M.PLANIOL,G.RIPERT,P.ESMEIN,op.cit,p.118-119;H.L.J.MAZEUD, op.cit.,p.134;J.FLOUR,J.-L.AUBERT, E.SAVAU, Droit Civil,"Les Obligations",9^{ème} édition ,Paris,2000,p.102-103;F.TERRE,P.SIMLER,Y.LEQUETTE,op.cit.,p.136-137.

¹³⁵ حبيب الخليبي، المرجع السابق، ص. 178.

¹³⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 104- 105.

¹³⁷ Cf. A.REIG, Le rôle de volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et Allemand, Thèse, PARIS,1961, p.49; M.-J.LITTMAN,op.cit., p.118, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 105.

أن يعلمه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً . وظل التاجر ساكتاً كعادته، كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاً و أن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده¹³⁸ .

ولقد تناول القضاء الفرنسي حالة التعامل السابق بين المتعاقدين و اعتبرها إحدى الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا و ذلك في عدة أحكام صادرة عنه . ومن قبيل ذلك الصادر في 3 جوان 1867، و الذي جاء فيه "إذا اعتاد BORDEAUX حكم محكمة عميل على أن يطلب كتابة إلى أحد التجار إرسال البضائع التي يريدتها فيرسلها له دون أن يعلن قبوله أولاً، فكلما طلب العميل بضاعة و ظل التاجر ساكتاً كالمعتاد فإن سكوته يعد الصادر في 03 جوان 1885 الذي جاء MONTPELLIER قبولا"¹³⁹ . و أيضا حكم محكمة فيه بأن عدم الرد في المعاملات التجارية على خطاب بمناسبة علاقة العمل السابقة يفسر على أنه قبول¹⁴⁰ .

ولم يقتصر القضاء الفرنسي في الأخذ بهذه الفكرة على عقد البيع و إنما أقر نفس الحل في العقود الأخرى كعقد إجارة الخدمات و السمسرة والوكالة والوكالة بالعمولة¹⁴¹ . وكذلك أخذ القضاء الإيطالي بحالة التعامل السابق بين المتعاقدين، فقد قضت محكمة النقض الإيطالية في قرارها الصادر في 28 نوفمبر 1914 بأنه إذا اعتادت مكتبة على أن ترسل إلى عميلها المطبوعات الحديثة، واعتاد العميل أن يحتفظ بالكتب التي تروقه و يرسل ثمنها و أن يرد ما لا يروقه من الكتب، فإنه إذا أرسلت المكتبة إليه كتباً فأحتفظ بها ولم يردّها في خلال مدة معينة كان هذا منه بمثابة التعبير الصريح عن قبوله للإيجاب بشرائها¹⁴² .

وساير القضاء المصري القضاء الفرنسي في الاعتراف بحالة التعامل السابق بين المتعاقدين، فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في 27 أبريل 1799 في قضية إستلم فيها عميل من سمسار خطابين: أحدهما يخبره بأن مركزه سيصغى، والآخر ينبئه بأن التصفية قد تمت وقد تضمن المستندات الخاصة بحساب العميل، بأن سكوت العميل وعدم اعتراضه

¹³⁸ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.98؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص.160.

¹³⁹ محكمة Bordeaux ، 03 جوان 1867، دالوز، 1867-2-166، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.168.

¹⁴⁰ محكمة Montpellier ، 03 جوان 1885، سيربي 1886-2-56، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.168-169 .
¹⁴¹ Cf .A.COLIN,H.CAPITANT,op.cit.,p.25;A.REIG,op.cit.,p.48, المرجع ،
السابق، ص.108

¹⁴² محكمة النقض الإيطالية ، 28 نوفمبر 1914، مجلة القانون التجاري، 1915-2-277، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.179.

يمنعه فيما بعد إذا طلب بوفاء ما في ذمته أن يعترض على السمسار بأنه قد تأخر في تصفية مركزه¹⁴³.

¹⁴⁴ ، وجاء القانون المدني المصري متضمنا النص صراحة، على منوال القانون اللبناني على اعتبار السكوت قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وذلك في المادة 2/98 بقولها: "ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل".

ولقد نص المشرع الجزائري هو الآخر على حالة التعامل السابق بين المتعاقدين واعتبر أن سكوت الموجه إليه في تلك الحالة قبولا. وذلك في الفقرة الثانية من المادة 68 من ق.م.

ومما يضاف في هذا الصدد كذلك ، فإنه إذا أبرم شخصان عقد بيع واتفقا على المسائل الجوهرية فيه، كتعيين المبيع و تحديد الثمن، و ترك المسائل التفصيلية كلها أو بعضها، ثم قام البائع بإرسال المبيع إلى المشتري مصحوبا بفاتورة تتضمن تحديدا لتلك المسائل التفصيلية، التي يتم الاتفاق عليها عند التعاقد، فاستلم المشتري المبيع و الفاتورة و سكت فلم يعترض على الشروط الجديدة، التي وردت فيها ،جاز تفسير هذا السكوت على أنه قبول لهذه الشروط¹⁴⁵ . و هذا ما ورد النص عليه في المادة 3/180 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على أنه : " يعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولا للشروط المعينة في بيان الحساب (الفاتورة) " .

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا المقام أنه في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، و اتصال الإيجاب بهذا التعامل و المشار إليه في نصي المادتين 98 من ق.م. و 68 من ق.م.ج أنه مثلا إذا تعود شخص على طلب البضائع من تاجر بشروط معينة و عوده هذا الأخير على إرسالها إليه دون إخطاره بالقبول، ففي هذه الحالة لكي يعتبر سكوت التاجر قبولا يجب أن يتضمن الإيجاب بشراء البضائع نفس الشروط السابقة. غير أن توجيه الإيجاب بشروط

¹⁴³ محكمة الإستئناف المختلطة، 27 أبريل 1799 ،م 11 ،ص.200،مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،المرجع السابق،ص.106.

¹⁴⁴ نصت المادة 180 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على: "...و بعد عدم الجواب، قبولا حينما يكون العرض مختصا بتعامل كان موجودا بين الفريقين"؛ أنظر، قرار محكمة التمييز اللبنانية، 10 جانفي 1955، 55 : 111، مقتبس من إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.92.

¹⁴⁵ عبد الرزاق حسن فرج،المرجع السابق،ص.108 .

بأن: " المشتري للآلات الميكانيكية وقد استنفذ الأجل المضروب لفحص هذه الآلات، وطلب أجلا جديدا لإجراء فحص تكميلي كان متوقعا في عقد البيع، كان له أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد"¹⁴⁹.

ب . العقد الجديد معدل لعقد سابق :

قد يحدث أن يبيع شخص لآخر شيئا، ثم يقوم البائع بالتعديل في شروط عقد البيع، ولم يعين للتسليم أجلا محددًا، بل جعله في أقرب ميعاد مستطاع، وسكت المشتري عن ذلك، فسكوته يعتبر قبولا بهذا التعديل¹⁵⁰. وهذا ما تناولته محكمة الاستئناف المختلطة في مصر و ذلك في قرارها الصادر في 18 نوفمبر 1925 والذي ورد فيه أنه: " إذا عدل البائع من شروط البيع، فلم يضرب للتسليم أجلا محددًا، بل جعله في أقرب ميعاد مستطاع، وسكت المشتري على ذلك، فإن سكوته يعتبر رضاء بهذا التعديل"¹⁵¹.

ج . في العقد الجديد إلغاء أو فسخ لعقد سابق :

قد يكون العقد الجديد فيه إلغاء أو فسخ للعقد السابق، فيسكت من وجه إليه الإيجاب، وكانت الظروف الملازمة تنطق باعتبار السكوت قبولا، وأن المتعاقد-طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في المعاملات- إن لم يقبل الإيجاب الموجه إليه لم يصرح برفضه في الوقت المناسب¹⁵².

وهذا ما حكمت به محكمة الاستئناف المختلطة في 11 أبريل 1917 في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا أوصى بكميات كبيرة من الفحم من إنجلترا، ثم نشبت الحرب، فأخبره المصنع، أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب، بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الفحم فسكت، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تعهده أو بأن يدفع تعويضا.

¹⁴⁹ محكمة النقض الفرنسية، 08 مارس 1905، سيرى 1-1905-407، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.161.

¹⁵⁰ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.111-112.

¹⁵¹ محكمة الاستئناف المختلطة، 11 أبريل 1917، المجموعة 29، جازيت 7، ص.129، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.161.

¹⁵² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.113.

فحكمت المحكمة في هذا الموضوع بأنه: " بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلا بقوة قاهرة، فإن سكوت المشتري وعدم رده على خطاب المصنع، قد جعل المصنع يعتقد أن المشتري قد رضى بفسخ العقد، فليس للمشتري بعد ذلك أن يعود إلى المطالبة بتنفيذه"¹⁵³.

ويثور في هذا المقام، عما إذا كان الإيجاب المعدل لعقد سابق، يجوز اعتباره قبولاً للعقد المعدل؟ كما أنه يثور تساؤل آخر مفاده أنه إذا كان إدراج شروط جديدة في الفواتير، مخالفة للشروط المتفق عليها، هل يعتبر بدوره قبولاً للشروط الجديدة؟ وكذلك فإن التساؤل يثور حول ما إذا كانت حالة تأكيد عقد شفوي سابق بين الطرفين بخطاب يسمى خطاب التأكيد حين يسكت من يتلقى الخطاب؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سيتطرق لكل حالة منها على حدة .

1- الإيجاب المعدل لعقد سابق :

في حكمها الصادر في 28 نوفمبر 1914 بأن سكوت Torino لقد قضت محكمة الموجب إزاء التعديلات التي يجريها الطرف الآخر في صيغة العقد، يجوز اعتباره قبولاً للعقد المعدل، متى رأى قاضي الموضوع أن هذا المعنى يجب أن يعطى للسكوت، بالنظر إلى المسلك الذي اعتاد الطرفان أن يسلكاه في التعاقدات السابقة¹⁵⁴.

2- السكوت وإدراج شروط جديدة في الفواتير :

من صور الإيجاب المعدل لعقد سابق ما يسمى بالشروط الجديدة التي تدرج في الفواتير، ويكون فيها مخالفة للشروط المتفق عليها. وفي هذا الصدد اتجه القضاء الفرنسي¹⁵⁵ مؤيداً في ذلك من الفقه¹⁵⁶ إلى أن سكوت من يتلقى فاتورة أدرجت بها شروط جديدة

¹⁵³ محكمة الإستئناف المختلطة، 11 أبريل 1917 ، المجموعة 29 ، ص.358، جازيت 7، ص.129، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.161.

¹⁵⁴ محكمة Torino ، 28 نوفمبر 1914 ، مجلة القانون التجاري، 1915-2-677، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.183 .
¹⁵⁵ أنظر ،نقض مدني فرنسي في 11 جوان 1923، سيرى 1-1-1924؛نقض مدني فرنسي في 15 جوان 1926، سيرى 1-1-1926-262، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.184 .

¹⁵⁶ A.WAHL,precis theorique et pratiques de droit commercial,PARIS,1922,p.429,

مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص.184.

تتضمن تعديلا أو إضافة للشروط المتفق عليها يعد قبولاً للشروط الجديدة، وذلك تأسيساً
J. BARRAULT على أن العرف أو العادات التجارية تقضي بذلك¹⁵⁷. ويؤكد ذلك الأستاذ
أن القبول يمكن أن يتم بطريق السكوت في حالة التعديل في الفواتير طبقاً للشروط المدرجة
بها، إذا كان السكوت سكوفا ملابسا، تحيط به ظروف معينة تدل على أنه قبول¹⁵⁸.

غير أنه لخطورة هذا الاتجاه الذي قد يؤدي إلى إلزام المتعاقد بشروط محففة لم يقبلها
حقيقة¹⁵⁹، فقد حرص القضاء الفرنسي على الحيلولة دون إساءة استعمال هذه الوسيلة،
فقضى في بعض الأحكام بأن الشروط الجديدة التي تتضمنها الفواتير يجب ألا تتعارض مع
التعامل السابق بين المتعاقدين أو مع شروط السوق المعروفة¹⁶⁰.

فالسكوت في هذه الحالة، يرجع في أساسه إلى الحاجات العملية، وليس مجرد مسألة
نظرية، فللقاضي أن يستهدي بما هو حاصل عملاً، لتقدير مدى اعتبار السكوت قبولاً من
عدمه.

وقد يمكن القول بتبرير اعتبار السكوت قبولاً، استناداً إلى ما تقضي به الطبيعة
الخاصة للفواتير، وما قد يطرأ عليها من تعديلات طبقاً لما تقتضيه طبيعة المعاملة والعرف
التجاري.

وتطبيقاً لأحكام المادة 109 من القانون التجاري الفرنسي، فإن مثل هذه الشروط
الجديدة تعتبر صحيحة في عمليات البيع والشراء. كما أن وجود العلاقات السابقة بين
الطرفين تسمح بالقول باعتبار السكوت عما جاء بالفواتير من شروط جديدة قبولاً. إلا أنه
يلاحظ أن الشروط التي ترد في الفواتير، يكون لقاضي الموضوع سلطة في تقديرها، فله أن

¹⁵⁷Cf A.REIG,op.cit.,p.49,

،المرجع السابق،ص. 115

¹⁵⁸ J.BARRAULT,op.cit.,p.141,

السابق،ص.116

¹⁵⁹

M.PLANIOL,G.RIPERT,P.ESMEIN,op.cit,p.131;H.L.J.MAZEUD
,op.cit.,p.134;A.COLIN,H.CAPITANT,op.cit.,p. 25,

مقتبس من حبيب الخليبي ، المرجع السابق،ص. 185 .

¹⁶⁰ أنظر،نقض مدني فرنسي ، 08 فبراير 1899 ، سيري 1900-1-171 ؛نقض مدني فرنسي ، 17 جوان 1903،دالوز 1-1905-1-345 ، مقتبس من حبيب الخليبي،المرجع السابق،ص.185.

يقدر مدى اعتبار سكوت من تلقى هذه الفواتير قبولاً لما ورد بها من شروط و تعديلات جديدة .

كما أن القبول يمكن أن يكون ضمناً، حين يقوم من تسلم الشروط بالتنفيذ دون معارضة¹⁶¹ . منازعة أو

وبالنسبة للقضاء المصري فقد سلك نفس المسلك الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة في قرارها الصادر في 12 فبراير 1930 باعتبار سكوت المشتري بعد تلقي فاتورة تضمنت شروط جديدة لهذه الشروط¹⁶² . بينما في التشريع المصري، فنص المادة 98 من ق.م لم يتناول تلك الحالة. ولقد سبق و إن كانت هناك فقرة ثانية أخرى لهذه المادة تقضي بيان حالة الشروط الجديدة التي تدرج في الفواتير جاء فيها : "و يكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي إشتراها قبولاً لما ورد في الفاتورة من شروط ". إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري قد اعترضت على هذه العبارة. و بعد المناقشة قررت حذفها، لأنها تواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء في كل حالة بخصوصها¹⁶³ .

غير أن الفقه المصري، ذهب جانب منه إلى القول بأن السكوت يعتبر قبولاً للشروط الواردة بالفواتير تطبيقاً لما تقضي به طبيعة المعاملة¹⁶⁴ .

وذهب رأي آخر إلى القول بأن السكوت، يعتبر قبولاً، إذا كان العرف التجاري الذي يخضع له الطرفان يعتبر هذه الشروط قبولاً، عند ما يتسلم الطرف الآخر الفاتورة التي تتضمن هذه الشروط، دون أن يبدي أي اعتراض أو تحفظ¹⁶⁵ .

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع . M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.313-316-325,¹⁶¹ السابق،ص.117-120

¹⁶² محكمة الإستئناف المختلطة، 12 فبراير 1930 ،المجموعة 42 ،ص.272،مقتبس من حبيب الخليلي،المرجع السابق،ص.187.

¹⁶³ حبيب الخليلي،المرجع السابق،ص.187.

¹⁶⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق،ص. 162 ؛حبيب الخليلي،المرجع السابق،ص.188 .

¹⁶⁵ عبد الحي الحجازي،المرجع السابق،ص.516،مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج،المرجع السابق،ص.122.

وحسب الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج أن نص المادة 98 من القانون المدني المصري يسمح باعتبار السكوت قبولا للشروط الواردة بالفواتير، سواء قضى العرف التجاري بذلك، أم أن المتعاقدين قد درجا في تعاملهما السابق على إسباغ صفة القبول على السكوت¹⁶⁶.

ويمكن الأخذ بنفس هذا الرأي السابق بالنسبة للقانون المدني الجزائري في المادة 68 منه .

ونظرا لما قد يترتب على التوسع في اعتبار السكوت قبولا لهذه الشروط في الحالة المذكورة، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين أوردا قيودا على ذلك المبدأ. فبالنسبة للقيود التي هي أنه لا M.- J . LITTMAN,G. RIPERT,P.ESMEINأوردها الفقه الذي من أنصاره يؤخذ بمبدأ اعتبار السكوت قبولا لما ورد في الفواتير من شروط جديدة حين يكون سكوت من تلقى الفاتورة محل شك، أو أحاطت به ظروف تخلع عليه دلالة الرفض¹⁶⁷ و مثل ذلك أيضا يكون في هذه الشروط إجحاف بالمتعاقدين لا يقبلها¹⁶⁸.

وبالنسبة للقيود التي أخذ بها القضاء، تظهر من خلال بعض الأحكام التي ذهبت إلى القول بأنه إذا كانت هذه الشروط فيها إنقاص للعقد أو تعديل في الشروط بما يتنافى مع التعامل السابق أو مع شروط السوق المعروفة، فإن السكوت لا يعتبر قبولا¹⁶⁹.

ويشترط أن تكون الشروط و العبارات الواردة بالفواتير واضحة و معروفة من الطرفين منذ إبرام العقد .

3- السكوت و خطابات تأكيد التعاقد :

بداءة المقصود بخطاب تأكيد التعاقد هو خطاب يرسل بمعرفة وسيط أو بطريق التلفون بقصد تأكيد التعاقد كما يعبر عنه إسمه. و يحدث هذا حالة ما إذا تم الاتفاق

¹⁶⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 122 .
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع .

¹⁶⁷ Cf. M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.331,
السابق، ص.123.

¹⁶⁸ M.PLANIOL,G.RIPERT,P.ESMEIN,op.cit.,p.148 .

¹⁶⁹ أنظر، نقض مدني فرنسي، 14 جوان 1912، دالوز 1-1913-363، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.123.

شفويا بين الطرفين، فيرسل خطاب من أحدهما بتأكيد الاتفاق أو التعاقد. ويعتبر تأكيد التعاقد أداة الإثبات وهو لا يضيف شيئاً إلى العقد¹⁷⁰.

وبالنسبة للقبول بطريق السكوت لخطاب تأكيد العقد، فإن مبدأ اعتبار السكوت قبولاً لمن يتلقى الخطاب محل جدل و نقاش. فذهب جانب من الفقه و منه الفقيه¹⁷¹، على منوال قرارات القضاء¹⁷²، إلى القول بأن السكوت يعتبر قبولاً، ممن يلقي A.RIEG خطاب التأكيد، و يتم هذا حالة ما إذا أبرم عقد شفوي سواء كان عقدا قائماً بذاته، أو Lettre de confirmation متضمناً تعديلاً في عقد سابق، و إرسال خطاب تأكيد لهذا العقد فإن سكوت من يتلقى هذا الخطاب قبولاً¹⁷³. confirmation .

والواقع إن خطاب التأكيد إما أن يكون مطابقاً لعقد شفوي، ففي هذه الحالة لا يعتبر السكوت عن الرد قبولاً لأن القبول تم شفويا. و إما أن خطاب التأكيد تعديلاً للاتفاق الشفوي السابق، وفي هذه الحالة نكون إزاء إيجاب جديد، فإذا سكت من تلقى الخطاب و كان سكوته سكوتاً ملابساً تحيط به ظروف تدل على أنه قبول اعتبر قبولاً¹⁷⁴، كأن يكون هناك تعامل سابق بين الطرفين أو عرف يقضي باعتبار السكوت على التعديل الوارد في خطاب التأكيد قبولاً¹⁷⁵.

ولتطبيق مبدأ اعتبار السكوت قبولاً في الحالة السابقة، ينبغي توافر الشروط التالية

- أن يوجد العقد الذي يكون محلاً لخطاب التأكيد.

- أن يكون الخطاب مؤكداً للتعاقد.

¹⁷⁰ M.J.LITTMAN,op.cit.,p.340,

السابق،ص. 124

¹⁷¹ Cf. A.REIG,op.cit.,p.48,

السابق،ص.125.

¹⁷² محكمة الإستئناف باريس ، 25 نوفمبر 1920،دالوز 1922-2-41؛نقض مدني فرنسي، 4 جوان 1923، 1923 Gaz.Pal-2-416،مقتبس من حبيب الخليبي،المرجع السابق،ص.189.

¹⁷³ حبيب الخليبي ، المرجع السابق،ص.189.

¹⁷⁴ أنظر، نقض مدني فرنسي، 15 مارس 1944 ،سييري 1945 -1-40،مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.125.

¹⁷⁵ عبد الرزاق حسن فرج،المرجع السابق،ص.125.

- ألا يكون السكوت ممن تلقى خطاب التأكيد متعارضا مع ما جاء بهذا الخطاب،
وإلا فلا يتحقق القبول، فالسكوت لا يعتبر قبولا لخطاب التأكيد إلا إذا كان العقد غير
منازع فيه، أوليس محل جدل ونقاش .

-ألا تكون الشروط الواردة بخطاب التأكيد شروطا تحكيمية أو تعسفية، و إلا كانت
هذه الشروط غير صحيحة طالما ثبت أنها تخالف القواعد العامة في القانون¹⁷⁶ .

3- حالة طبيعة المعاملة:

إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي باعتبار السكوت قبولا، اعتبر العقد قد تم إذا لم
يرفض الإيجاب في وقت مناسب. فقد تفيد طبيعة المعاملة بوضوح أن الموجب لم يكن لينتظر
قبولا صريحا لإيجابه. ومثالها : أن يقوم تاجر الجملة بإرسال البضاعة إلى تاجر التجزئة ،
فيقوم هذا الأخير بإيداعها في مخازنه ولا يعترض عليها ، فيعتبر سكوته وعدم اعتراضه قبولا
للبضاعة¹⁷⁷ .

ولقد أخذ القضاء في فرنسا وفي مصر بهذه الحالة ، واعتمداها في أحكامهما¹⁷⁸ . و
لقد نص المشرع المصري و المشرع الجزائري على طبيعة المعاملة، و ذلك في الفقرة الأولى من
المادتين 98 ق.م.م و 68 من ق.م.ج .

4 - حالة العرف التجاري:

إضافة إلى الحالات السابقة إذا كان هناك عرف تجاري جرى عليه العمل يقضي
أن M.-J. LITTMAN باعتبار السكوت دليلا على الرضا ، اعتبر قبولا¹⁷⁹ . وحسب الأستاذ

¹⁷⁶ Cf. M.-J. LITTMAN, op. cit., p. 370-371-374, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 126.

¹⁷⁷ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 81؛ عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص. 128؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 61 .
¹⁷⁸ أنظر ، نقض مندي فرنسي، 15 مارس 1944، S، 1945، 1-40، مقتبس من بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص. 61؛ محكمة الإستئناف المختلطة، 19 فبراير 1930، المجموعة 42 ، ص. 272، مقتبس من حبيب الخليلي، المرجع السابق، ص. 187.

¹⁷⁹ M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, op. cit., p. 119; J. BARRAULT, op. cit., p. 120-121; A. REIG, op. cit., p. 48,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 131؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 237 .

: "العرف قانون، وأنه إذا جرى عرف التجارة على عدم الإجابة في المواعيد المحددة يعتبر قبولاً تم التعاقد على هذا النحو، فالسكوت في هذه الحالة يعتبر إقراراً وقبولاً للتعاقد"¹⁸⁰.

ذلك أن السكوت يلعب دوراً هاماً في المسائل التجارية، وهي تتسم بالسرعة ومثال ذلك: الحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا عليه، فيعتبر سكوته دليلاً على إقراره لهذا الحساب¹⁸¹. وكذلك إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها، وأضاف في الفاتورة عبارة لم يكن متفقاً عليها في العقد، كأن يشترط وفاء الثمن في محل إقامته هو لا في محل إقامة المشتري أو يحدد ميعاداً يسقط بانقضاء حق المشتري في التقدم بأي اعتراض على الصفقة أو يجعل المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقد، هي محكمة البائع، فسكوت المشتري يعتبر قبولاً لهذه الشروط الجديدة¹⁸². فقد أصبح العرف التجاري يقضي بأن مجرد السكوت كاف لقبول مثل هذه الشروط التي تستجد في الفواتير¹⁸³.

وقد جاءت أحكام القضاء المصري مساندة للقضاء الفرنسي في الأخذ بالعرف التجاري واعتبار السكوت قبولاً إذا جرى عرف التجاري على ذلك. وهذا ما حكمت به محكمة الاستئناف المختلطة في قرارها الصادر في 12 فبراير 1930 بأنه "لا تجوز المنازعة في بيع يعتبر في عرف السوق تاماً وفقاً للشروط المدونة في بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت، أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد، وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصي"¹⁸⁴.

ولقد تناول المادة 98 من ق.م.م حالة العرف التجاري في فقرتها الأولى كما سلف الذكر، وفي هذا الصدد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني

¹⁸⁰ M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.157, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج،المرجع .

السابق،ص.131

¹⁸¹M.PLANIOL,G.RIPERT,op.cit.,p.69;H.L.J.MAZEAUD,op.cit.,p.134;A.COLIN,H.CAPITANT,op.cit.,p.360;Cass.Civ,25 Novembre 1943 , مقتبس من عبد .

الرزاق حسن فرج ،المرجع السابق،ص.132

¹⁸² A.COLIN,H.CAPITANT,op.cit.,p.272,

السابق،132-133

¹⁸³ انظر،نقض مدني فرنسي ، 29 جانفي 1909 ، دالوز ، 1909-1-75؛نقض مدني فرنسي، 11 جوان 1923،سيري 1-1923-117 ،مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج،المرجع السابق،ص.133.

¹⁸⁴ محكمة الاستئناف المختلطة، 12 فبراير 1930 ،م.42،ص.272، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الأول ،ص.237-238.

المصري أنه: "ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول". كما أشار المشرع الجزائري هو الآخر إلى حالة العرف التجاري في الفقرة الأولى من المادة 68 من ق. م .

ومما يجدر الإشارة إليه أن المشرعين المصري و الجزائري كذلك أشارا إلى العرف التجاري في صيغتهما بالعربية، و ليس إلى العادة التجارية. و هذه الأخيرة تختلف عن العرف التجاري في أنها لا تكتسب قوتها الإلزامية إلا من إرادة الطرفين، فهي تنشأ من تكرار إدراجها في العقود والاتفاقات، و هي لا ترقى إلى درجة العرف الملزم بل تستمد قوتها من إرادة الطرفين بالتمسك بها هذا من جهة. و من جهة أخرى، أن العرف مصدر للقانون، بينما العادة لا تصل إلى مرحلة القاعدة القانونية لتخلف عنصر الإلزام وتطبق على اعتبار أن إرادة الأفراد توجهت للأخذ بها¹⁸⁵. هذا، و إن كان الأستاذ أحمد سلامة يرى أن النص 98 من ق. م.م كان من الأفضل أن يستعمل مصطلح العادة التجارية و ليس العرف التجاري.¹⁸⁶

بعد الإشارة إلى حالة العرف التجاري، يليه حالة الإيجاب المتمحض لمصلحة من وجه إليه.

5- حالة الإيجاب المتمحض لمصلحة من وجه إليه :

هذه الحالة تدخل في الحالات التي يكون فيها السكوت مقترنا بالظروف معاصرة له¹⁸⁷. فإذا كان الإيجاب يتمحض عن مصلحة خالصة للموجه إليه، فان سكوت من يوجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا. ومن أمثلة هذا الإيجاب الهبة التي لا تشتط فيها الرسمية، فعرض الهبة على الموهوب له وسكوت هذا الأخير، فان سكوته يعتبر قبولا. كذلك الحال في عارية الاستعمال تعرض على المستعير، أو الإيجاب بإبرام عقد يكون ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع .

¹⁸⁵ عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول، "الأعمال التجارية،-التجار-المحل التجاري-العقود التجارية"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1999، ص.30-31 .

¹⁸⁶ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص.88 .

¹⁸⁷ عادل حبيب، المرجع السابق، ص.65؛ حبيب الخليبي، المرجع السابق، ص.191.

ففي هذه الأمثلة الإيجاب يتضمن فائدة محضة ولا يلزم الموجه إليه الإيجاب أي
التزام¹⁸⁸.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 29 مارس 1938
بأنه: "إذا كان الأصل أن السكوت الذي يلتزمه الموجب له لا يعد قبولاً، فإنه من الجائز مع
ذلك لقضاة وهم بصدد تقدير الوقائع و نية الطرفين. و عندما يكون الإيجاب نافعا نفعاً
محضاً لمصلحة من وجه إليه، أن يعتبروا سكوته قبولاً"¹⁸⁹.

وبالنسبة للفقهاء الفرنسي فقد انقسم بصدد هذه المسألة حيث ذهب الرأي الغالب
H.L.J و C.DEMOLOMBE, M. PLANIOL G.RIPERT و الذي من أنصاره:
إلى القول باعتبار السكوت قبولاً في حالة تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه MAZEAUD
إليه، و حجتهم في ذلك أنه متى كان الإيجاب موجهاً لمصلحة الموجب له، فلا يكون ثمة أي
مبرر لدى هذا الأخيرة لرفض الإيجاب¹⁹⁰ و أخذ الفقه المصري هو الآخر بحالة الإيجاب
¹⁹¹التمحض لمصلحة من وجه إليه.

إلى القول بأن حجة الفريق A. RIEG بينما ذهب رأي آخر و الذي يتزعمه الفقيه
الأول ليست مقنعة.

فالتزام السكوت أو الصمت إزاء إيجاب بالهبة مثلاً يتضمن لونا من الازدراء تأباه
أبسط قواعد الذوق التي توجب على الأقل توجيه خطاب شكر بدلا من التزام الصمت، و
بالتالي فإن الأولى بالسكوت في هذه الحالة أن تكون دلالة الرفض لا القبول، لأن القول
بغير ذلك يفتح باب إهدار القيم الأدبية في دائرة التعامل فيحرص المستفيد بغير مقابل على
عدم الاكتراث بالموجب، وذلك بعدم العناية بالرد عليه¹⁹².

¹⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.162؛ عادل حبيب، المرجع السابق، ص.65؛ محمد صبري
السعدي، المرجع السابق، ص.91
¹⁸⁹ محكمة النقض الفرنسية، 29 مارس 1938، دالوز 1939-1-5، مقتبس من حبيب الخليبي، المرجع السابق، ص.191-192.
¹⁹⁰ H.L.J.MAZEAUD, op. cit., p.134; M.PLANIOL, G.RIPERT, P.ESMEIN, op. cit., p.122; C.DEMOLOMBE
E, op. cit.,
p.55,

مقتبس من حبيب الخليبي، المرجع السابق، ص.192

¹⁹¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.162 .
مقتبس من حبيب الخليبي، المرجع .
¹⁹² A.RIEG, op. cit., P.50,
السابق، ص.192.

ولقد سلك القضاء في مصر نفس مسلك القضاء الفرنسي في الاعتداد بالإيجاب المتمخض لمصلحة من وجه إليه، فقد صدر عن محكمة الاستئناف المختلطة في 13 فبراير 1896 قرارا جاء فيه أن : " الشخص الذي يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيدا بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولا" ¹⁹³.

والمشروع الجزائري هو الآخر بدوره نص على تلك الحالة و اعتبرها إحدى الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولا، و ذلك في الفقرة الثانية من المادة 68 من ق.م. وكذلك اعتمدها الفقه في الجزائر ¹⁹⁴.

ومما لا شك فيه أن طبيعة التصرفات النافعة نفعا محضا لمن يوجه إليه إيجاب به، لها دلالتها على أن السكوت عن الرفض خلال وقت مناسب يعد تعبيرا عن القبول. كما يلاحظ أن أساس

اعتبار السكوت قبولا في هذه الحالة، هو تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، مما لا يجعل له أي مبرر ظاهر للرفض، ولهذا فإنه يجوز لأي شخص عادي أن يتوقع أن الموجه إليه هذا الإيجاب لن يرد، إذا اتجهت إرادته إلى قبوله، أي انه في الظروف العادية لا يوجد مبرر للرفض فيعتبر السكوت قبولا ¹⁹⁵.

ولكن هذا لا يحول في بعض الحالات، من أن توجد لدى من وجه إليه الإيجاب مبررات الرفض، وقد تكون هذه المبررات مادية أو أدبية، بالرغم من تمحض هذا الإيجاب لمنفعته. ففي مثل هذه الحالات يجب عليه أن يرد على الإيجاب بالرفض، فإذا لم يرد، كان من المستساغ اعتبار سكوته عن الرد قبولا ¹⁹⁶.

و مما يذكر في هذا المقام، أن السكوت لا يعتبر قبولا و لا رفضا، في الحالة السابقة إذا كان الثابت أن الإيجاب لم يصل إلى علم من وجه إليه، أو إذا استحال على من وجه إليه

¹⁹³ محكمة الإستئناف المختلطة، 13 فبراير 1896، المجموعة 8، ص.118، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.162.

¹⁹⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.91.

¹⁹⁵ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص.89، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.140.

¹⁹⁶ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص.89، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص.80، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.140-141.

الإيجاب أن يعلن عن إرادته بالرفض لمرض أصابه، أو لانقطاع الاتصالات لأي سبب من الأسباب أو لعدم علمه بعنوان الموجب.

وكذلك أيضا فان السكوت لا يعتبر قبولا ينعقد به العقد، إذا كان من وجه إليه الإيجاب شخصا غير مميز لا إرادة له¹⁹⁷.

بعد عرض الحالات الواردة في المادتين 98 ق.م.م و المادة 68 ق.م.ج، تجدر الملاحظة أن الاستثناءات السابقة الواردة في المادتين السابقتين، لها خاصية مشتركة حيث يوجد فيها جميعا أن الموجب له يقع عليه واجب بالكلام، متى أراد رفض ما وجه إليه من إيجاب، حتى ينفي قرينة القبول المستخلصة من طبيعة المعاملة أو من العرف التجاري أو غير ذلك من الحالات السابقة. وإلا فان هذه القرينة ستؤدي دورها، بمعنى أن الإيجاب سيعتبر مقبولا و ينشأ العقد.

ويستفاد من ذلك انه يلزم توافر شرطين متكاملين من اجل اعتبار السكوت الملابس قائما مقام القبول:

- يجب أولا، أن يكون الموجب له ملزما بالرد على عرض الموجب.

- يجب ثانيا، أن تكون لديه إمكانية الرد، أي أن يكون في استطاعته أن يعلم - بالإيجاب، وان يرد عليه¹⁹⁸.

ومما يضاف في هذا الصدد، أن الحالات المشار إليها آنفا، و التي وردت في المادتين المذكورتين، والتي يعتبر فيها السكوت الملابس قبولا، لم ترد على سبيل الحصر، و إنما وردت على سبيل المثال، و من ثم فإن كل سكوت تحيط به دلالات و ظروف تدل على الرضا، فهو سكوت ملابس، ويعتبر قبولا.

ومن ذلك أن يعلم الموكل بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة ويسكت فإن سكوته يعتبر إقرارا لعمل الوكيل¹⁹⁹.

¹⁹⁷ محمد لبيب شنب، نظرية الالتزام، "مصادر الالتزام"، بيروت، 1977، ص.95، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.142.

¹⁹⁸ محسن البيه، المرجع السابق، ص.131-132.

وبعد تناول الحالات السابقة، يضاف إليها بيان حالات أخرى للسكوت، و ذلك في العنصر الموالي .

6- حالات أخرى للسكوت :

سيتم التطرق لهذه الحالات في عنصرين أولهما يتعلق بالحالات الواردة في القانون و الفقه، وثانيهما يتعلق بحالات إعتبار السكوت قبولاً على سبيل التعويض .

أ- الحالات الأخرى للسكوت الواردة في القانون و الفقه :

زيادة على ما تقدم، هناك حالات أخرى وردت في القانون و الفقه تتمثل أهمها فيما يلي :

-السكوت الذي يعد تدليسا: 1

التدليس كما سبق هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالإلتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على لتعاقد، وهو يتم باستعمال طرق احتيالية من طرف أحد المتعاقدين، و تتمثل الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد هذه الطرق الإحتيالية في

ومن هذه الوسائل استعمال الحيل كوسائل ومظاهر خداعة مثل إبراز أوراق مزورة، أو عن طريق الكذب ككتابة منشورات أو إعلانات كاذبة لتضليل المتعاقد الأخر ودفعه إلى التعاقد. بل وقد يكون السكوت عمداً عن واقعة معينة تدليسا متى ثبت أن المدلس عليه ما

¹⁹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.239؛ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص.43 ؛ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص.91 .

كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة. وهذا يقع في الحالات التي يقع فيها على المتعاقد واجب الإفضاء بأمر معين سواء كان مصدر هذا الواجب القانون أو الاتفاق، ومن ثم إذا كتم هذا الأمر اعتبر هنا سكوته تدليسا، وذلك نظرا لعلاقة الثقة الموجودة بين المتعاقدين . ففي هذه الحالات يجب البيان والإفضاء، لأن هذا من شأنه أن يجعل إرادة المتعاقدين قد تتجه اتجاهها آخر غير الذي اتجهت إليه في التعاقد و إلا اعتبر الكتمان من قبيل الطرق الإحتيالية²⁰⁰، مع أن الأصل أن الكتمان لا يعد تدليسا. و هذه الحالة وردت في المادة 2/86 ومثاله: ²⁰¹من ق.م.ج و التي جاءت مطابقة لنص المادة 2/125 من القانون المدني المصري سكوت المؤمن له عند التعاقد مع شركة التامين وعدم إبلاغها لما أصابه من أمراض قبل إبرام عقد التامين يعتبر تدليسا، لكون أن على المؤمن له واجب التصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقديم الأخطار التي يتكفل بها، أو أن يبيع شخص منزلا لآخر و يكتم عنه انه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة²⁰².

وحتى يعد الكتمان أو السكوت تدليسا لا بد من توفر الشروط الآتية :

- أن يتعلق الأمر بواقعة أو ملابسة مؤثرة في العقد.
- أن يكون المدلس يعلم بهذه الملابس أو الواقعة.
- أن يكون المدلس عليه يجهل هذه الواقعة أو الملابس و لا يستطيع العلم بها من غير طريق إفضاء المتعاقد المدلس بحيث دفعته إلى التعاقد .

²⁰⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.392-393-396؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.60-61؛ علي فيلالي، المرجع السابق، ص.127-129؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.181-183؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.278 .

²⁰¹ جاء في نص المادة 2/125 من ق.م.ج أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، لم علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس".

²⁰² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.289، علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص.61؛ علي فيلالي، المرجع السابق، ص.120 .

ويستطيع الشخص المدلس عليه طلب إبطال العقد من القضاء طبقا للمادة 1/86
من ق.م.ج²⁰³.

ويعرف التدليس في الشريعة الإسلامية كذلك حيث يطلق عليه الفقهاء مصطلح
التغيير، وهو أنواع هي: فعلي و آخر قولي. و قد يتم التغيير عن طريق السكوت أو
الكتمان، ومثاله : ففي عقد البيع مثلا يجب على البائع أن يبين جميع ما في المبيع من
سكت عن بيانه للمشتري ، اعتبر سكوته عيوب، فإذا كان في المبيع عيب وأخفاه البائع أو
و كتمان له ليعيب تغيرا أو تدليسا يحق للمشتري معه أن يطالب بفسخ البيع²⁰⁴.

2- حالة ما إذا كان الإيجاب موضوعا شروط معينة يعامل فيها الأشخاص على قدم
المساواة كما هو الشأن في عقود الإذعان، فإن المدعن يسلم بما ورد في العقد من شروط دون
مناقشة ، أي أن القبول فيها يتم بطريق السكوت، الذي يتمثل في تسليم الموجب بالشروط
التي يضعها الطرف الآخر، ولا يعترض عليها، ولا يناقش ما جاء فيها. ومثل ذلك التعاقد
مع شركات الكهرباء و المياه. ولقد تناول المشرع الجزائري في المادة 70 من ق. م القبول في
عقد الإذعان²⁰⁵.

3- حالة السكوت عن التمسك بإبطال العقد خلال المدة القانونية: إذا سكت من
له الحق في طلب الإبطال عن التمسك به خلال المدة القانونية المحددة لرفع الدعوى سقط
حقه²⁰⁶.

4- إذا رأى شخص آخر يتدخل لإدارة أمواله فسكت، اعتبر سكوته رضا بهذا
التدخل وإقرار له و يتفرع على هذا إذا علم رب العمل بما قام به الفضولي وسكت عليه
وكان في استطاعته أن يعترض كان سكوته هذا إقرار لما قام به الفضولي من عمل²⁰⁷.

²⁰³ علي فيلاي ، المرجع السابق، ص.130 .

²⁰⁴ محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد، المرجع السابق، ص.418 ؛ عبد الحميد البعلي ، المرجع السابق، ص.269-270 ؛ عبد
الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.285-286-287 .

²⁰⁵ Cf. J.BARRAULT, op.cit., p.135,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.154؛ لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ،
المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1990 ، ص.26-82 .

²⁰⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.163 ؛ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.154 .

5- إذا سكت الدائن عن المطالبة بدينه في المدة القانونية سقط هذا الدين بالتقادم²⁰⁸.

ب- حالات اعتبار السكوت قبولا على سبيل التعويض:

قد يتمتع من وجه إليه الإيجاب عن الرد عن إهمال وعدم إكتراث، فيثور التساؤل عما إذا كان سكوته هذا ينطوي على خطأ أم لا؟

قد يترتب على عدم الرد على الموجب ضرر ، يتمثل في عدم انعقاد العقد، الذي يريد إبرامه. ومن أجل هذا، فقد يفسر سكوت من وجه إليه الإيجاب على أنه قبول على سبيل التعويض عما أصاب الموجب من ضرر²⁰⁹.

إلى إقامة هذه P. RAMNICEANO ويذهب بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه المسؤولية على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في الامتناع أو السكوت²¹⁰. ويكون هناك إساءة لاستعمال الحق يمارس بقصد الإضرار بالغير، أو لم يكن الباعث مشروعاً أو كانت مباشرة الحق قد تمت بطريقة غير قانونية .

فإذا وجه شخص إلى آخر إيجاباً، و كانت لدى الأول الثقة في أن الطرف الآخر يستقبل التعاقد، ولم يرد عليه ، كنا بصدد الامتناع الخاطيء.

فإساءة استعمال الحق قد تمتد إلى الحالات التي يكون فيها سكوت أو امتناع عن القيام بعمل معين. فالشخص الذي يسكت على النحو السابق، قد يرتكب خطأً إذا كان ما قام به يخالف ما هو متعارف بين الناس، و بالتالي فإن سكوته لا يعتبر قبولا، و إنما يعتبر خطأً يستوجب مطالبته بالتعويض²¹¹.

²⁰⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص.163 ؛ عبد الحي الحجازي ، المرجع السابق، ص.282 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.156 .
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع

²⁰⁸ Cf. J. BARRAULT, op. cit., p.21,

السابق، ص.158 .

²⁰⁹ Cf. R. DEMOGUE, op. cit., p.30,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.144 .

²¹⁰ Cf. P. RAMNICEANO, op. cit., p.1004,

مقتبس من حبيب الخليبي، المرجع السابق، ص.168.

²¹¹ Cf. J.-L. AUBERT, op. cit., p.292.

والسكوت الذي فيه إساءة لاستعمال الحق على هذا النحو يمكن أن يلعب دورا في حالات معنية كحالة الغش أو الخطأ، و بالتالي يعتبر من سكت مسئولا عن الضرر. فإذا خالف من وجه إليه الإيجاب الصرف الجاري، و سكت مخالفا بذلك أحكام هذا الصرف كان مرتكبا لخطأ²¹². و قد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى القول بأن خير تعويض في هذه الحالة هو انعقاد العقد²¹³.

وقد يكون السكوت أو الامتناع في حالات معينة، مكونا لجريمة جنائية كالسكوت عن الإبلاغ عن ارتكاب جريمة جنائية²¹⁴.

إضافة إلى ما سبق، هناك السكوت الذي تترتب عليه المسؤولية المدنية، فقد يكون الساكت مسئولا مسؤولية مدنية عن سكوته، إذا تترتب على هذا السكوت ضرر، ومثل ذلك سكوت المؤمن له عن ذكر بيانات معينة بوثيقة التأمين، مما تترتب عليه أن تعاقدت معه الشركة على نحو معين²¹⁵.

وهناك السكوت الذي يعتبر خطأ يسأل عنه الشخص طبقا لنص المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي.

وبالنسبة لإساءة استعمال الحق و السكوت :

إلى القول بأن M.-J.LITTMAN يذهب جانب من الفقه الفرنسي و منه الفقيه السكوت قد يكون فيه تعسف من الشخص الساكت حين يكون هذا الشخص ملزما بالكلام، و لكنه التزم الصمت و اتخذ موقفا سلبيا، ففي هذه الحالة قد تقتضي قواعد العدالة القول بالانعقاد بالرغم من هذا السكوت²¹⁶.

²¹² Cf.J.-L.AUBERT, op.cit.,p.292 .

²¹³ Cf. J.-L. AUBERT ,op.cit.,p.292 ;P.RAMNICEANO,op.cit.,p.1008,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.146.

²¹⁴ انظر ، نقض مدني فرنسي ، 20 نوفمبر 1889 ، دالوز ، 1889 -1-413 ، سيرري 1889 -1-9 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ،المرجع السابق، ص.146

²¹⁵ M.PLANIOL,G.RIPERT, P.ESMEIN, op.cit., p.116 .

²¹⁶ M.-J. LITTMAN, op.cit.,p.147 .

يرى بأن السكوت A.ROUAST ولكن هناك جانب آخر من الفقه الفرنسي كالفقيه الذي يتعارض أو يتنافى مع الإيجاب الصادر بالتعاقد، لا يمكن أن يكون فيه إساءة، طالما أن هناك حرية للشخص في أن يقبل أو لا يقبل، و من ثم فإنه من الخطأ أن يقال إن هذا السكوت يعتبر من قبيل إساءة استعمال الحق في التعاقد²¹⁷.

أن معيار إساءة M.-J. LITTMAN وهذا و يقرر بعض الفقهاء، و منهم الفقيه استعمال الحق، يعتبر معيارا محدودا ضيقا، و أنه يجب البحث عن الأهداف أو الأغراض الاجتماعية للسكوت، وإن كان من الصعب التحدث عن هذه الأهداف أو الأغراض، إلا أنه يمكن القول بأن السكوت يعتبر من الأمور المخالفة للأوضاع الاجتماعية، كما أن بعض أنواع السكوت كالسكوت التدليسي يجعل العقد قابلا للإبطال.

وإذا صدر الإيجاب، وعلم به من وجه إليه أو سكت فإن سكوته قد يكون مع التحفظ، فلا يعتبر سكوتا فيه مخالفة و إساءة، إذ أن المتعاقد لم يوجد في حالة يتحتم عليه فيها الكلام أو التعبير باللفظ²¹⁸.

أما إذا كان السكوت تعسفيا، فإنه يشكل خطأ يلزم من ارتكبه بالتعويض عملا بأحكام المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي²¹⁹.

فيمكن أن يتمثل هذا النوع من السكوت، حالة ما إذا كان في السكوت إخلال و مخالفة للالتزام بالكلام، فالسكوت يكون تعسفيا إذا ظل الشخص ساكتا وملتزمًا موقفا سلبيا، بالرغم من التزامه في ذات الوقت بالكلام و لكنه لم يتكلم .

ويمكن القول أيضا بأن الساكت حين يمتنع عن الكلام يعد مرتكبًا خطأ، منذ اللحظة التي يلحق بالطرف الآخر في الرابطة التعاقدية ضرر، مرجعه هذا الموقف السلي²²⁰.

²¹⁷ A.ROUAST, les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, R.T.D.Civ.,1944 ,pp.1-2,

²¹⁸ Cf. M.-J. LITTMAN, op.cit.,pp.165-166,

²¹⁹ Cf. J.CARBONNIER,op.cit.,p.619,
المرجع السابق, ص.149,

²²⁰ Cf. M.-J.LITTMAN,op.cit., pp.167-168,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 148.
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.148- 149
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.149.

مع أنه يجب أن يوضع في الاعتبار ما هو مسلم به فقها و قضاء في فرنسا من ضرورة توافر رابطة السببية بين الخطأ و الضرر، أي أن يكون السكوت خطأ يترتب عليه ضرر بالغير، و يكون إذا كان مرجعه الامتناع أو اتخاذ موقف سلبي يحمل معنى إساءة استعمال الحق²²¹.

هذا وإن كان في الأصل أن كل شخص له أن يمتنع عن الكلام وعن التعبير عن الإرادة، إذا رغب شخص آخر في الاستفادة من نشاطه او تحقيق مزايا معينة ، و هذا على خلاف الامتناع الذي يترتب عليه ضرر، فانه يعتبر من الأفعال الضارة بالغير، مما يستوجب مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية²²².

أن المسؤولية A.TUNC و الفقيه H. L. MAZEAUD و يقرر بعض الفقهاء، ومنهم تتحقق، حين يوجد الامتناع غير المشروع، و تتوافر نية الإضرار²²³.

وجدير بالذكر أن الامتناع غير المشروع يعتبر خطأ تترتب عليه مسؤولية الممتنع²²⁴.

كما أن اعتبار السكوت قبولا أو سكوتا تترتب عليه المسؤولية، إنما هو من المسائل التي تخضع لتقدير القاضي، فله أن يقدر ما إذا كان السكوت يعتبر قبولا من عدمه، أو أن في السكوت مخالفة تستوجب الجزاء. على أن السكوت لا يعتبر خطأ يؤدي إلى المسؤولية إلا إذا كان بنية الإضرار. و من أمثلة السكوت غير المشروع أو الذي يخالف حكم القانون و تترتب عليه المسؤولية، سكوت التاجر الذي يتعارض مع إيجاب صادر إليه بالتعاقد، قد يكون أمرا غير مشروع، حين تمنع عليه طبيعة مهنته وقواعدها، أن يتخذ السلبي مسلكا له في مجال عمله²²⁵.

أما إذا كان الثابت أن الشخص قد قام بالتزامه، طبقا لما يوجبه حسن النية و مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات فلا يعتبر مسئولا، و عليه فإن السكوت الذي يعتبر خطأ،

²²¹ Cf. R.SAVATIER,op.cit., p.52, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.150 .

²²² H.LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile,1940;M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.169, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.150.

²²³ H.L.MAZEAUD,A.TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité Civile,T.1,6^{ème}edition,p.634,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.150 .

²²⁴ انظر ،حكم محكمة LILLE ، 11 جويلية 1961 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.151.

²²⁵ M.-J.LITTMAN,op.cit.,pp.183-184,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.152 .

يترتب عليه ضرر بالغير، يكون سببا في إلزام من ارتكبه بالتعويض، و يجب لتحقق المسؤولية ، إثبات الخطأ و الضرر

و العلاقة السببية بينهما²²⁶ .

أما بخصوص الجزاء على السكوت الذي ترتب عليه المسؤولية، فهل يعتبر انعقاد العقد هو الجزاء المناسب في الشأن ؟

M.-J. هذا التساؤل الذي أثاره بعض الفقهاء الفرنسيين، و من بينهم الفقيه مقررين أن أحسن تعويض هو انعقاد العقد و اعتبار السكوت قبولا. ذلك، و LITTMAN و H. L. MAZEAUD و J.CARBONNIER إن كان جانب آخر من الفقه الفرنسي، كالفقيه إلى القول بأن من تسبب في إحداث الضرر فعليه إصلاحه بطريق التنفيذ العيني أو بعين ما التزم به، أو أن يقوم بدفع تعويض بمقابل²²⁷ .

ثانيا: تفسير السكوت كقبول للتعاقد

من النظريات الفقهية ما تبني فكرة السكوت كقبول على التزام بالإجابة. فمن وجه إليه إيجاب يلتزم بالرد عليه أو بأن يجيب فإذا لم يجب اعتبر سكوته قبولا. و الواقع أن هذا الاتجاه محل نظر إذ ليس ثمة ما يدعو إلى إلزام من وجه إليه إيجاب أن يجيب عنه بالقبول أو بالرفض و إلا كان في هذا إهدار للحرية الشخصية.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تفسير السكوت كقبول طبقا لما تقضي به قواعد طبقا لما يقضي به العرف و العادة، أو إذا نص القانون على ذلك²²⁸ . العدالة أو

²²⁶ Cf. L.JOSSERAND,op.cit.,p.130; M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.201, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص.152.

²²⁷ H.L.MAZEAUD,A.TUNC,op.cit.,p.649;J.CARBONNIER,op.cit.,p.619, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 153 .

²²⁸ J.BARRAULT,op.cit.,pp.90-91,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.160

، بأن السكوت لا يكون M.MAUMUS ويقرر بعض الفقهاء و من بينهم الفقيه قبولاً إلا بقريئة، ذلك أن إرادة الالتزام لا تفترض، بل لا بد من قريئة تدل على ذلك. و يكون هذا في حالة

السكوت ووجود ظروف ملابسة، تنطق باعتباره قبولاً و هذا الرأي هو الراجح²²⁹. و من المبررات التي تدعو إلى القول، باعتبار السكوت الملابس قبولاً، على النحو السابق ما يأتي :

1-مراعاة الحاجات الاجتماعية.

2-مصلحة التجارة التي تحتاج إلى السرعة.

3-الحاجة إلى التعاون بين الجميع لضمان حسن سير العلاقات و توثيق الروابط بين الأشخاص²³⁰.

ومن النظريات الفقهية التي قيلت في تفسير السكوت كقبول، نظرية الثقة المشروعة و التي يتطرق لها فيما يلي:

-السكوت و مبدأ الثقة المشروعة :

LE SILENCE ET LE PRINCIPE DE LA LEGITIME CONFIANCE

إلى القول بأن M.-J.LITTMAN يذهب جانب من الفقه، و على رأسه الفقيه أساس اعتبار السكوت قبولاً هو مبدأ الثقة المشروعة، فالأساس الصحيح لكل عقد ليس شيئاً سوى الثقة.

²²⁹ M.MAUMUS,des contrats par correspondance, Thèse, TOULOUZ,1905,p.44,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.161 .

²³⁰ J.BARRAULT,op.cit.,p.98,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 161 .

ومؤدى هذا المبدأ هو الشعور الذي يوجد لدى من يوجه إيجابه إلى آخر و يكون في حالة إيجاب دائم مما يولد الثقة في نفس الموجب، و يجعله يطمئن إلى قبول إيجابه بالرغم من سكوت من وجه إليه هذا الإيجاب .

وبالنسبة لمكانة فكرة الثقة المشروعة في القانون الفرنسي : للمتعاقدين في العديد من العقود الاختيار بين إبرام العقد و رفضه، و مع هذا فهناك مبدأ الثقة المشروعة الذي يسود في المعاملات بصفة عامة، و دوره لا ينكره أحد. وقد وضعه المشرع الفرنسي كما وضعته التقنيات التي حذت حذوه موضع الاعتبار، فالموجب الذي يفسر سكوت من وجه إليه الإيجاب على أنه قبول مبناه وجود الثقة مع أنه قد يقع في غلط في التقدير.

والواقع أن مبدأ الثقة المشروعة مبدأ هام و ضروري في معاملاتنا مع الغير و يعتبر العقد هو الرابطة التي تدعو إلى ضرورة توافر الثقة المشروعة. وتبدو فكرة الثقة المشروعة في دراسة السكوت واضحة²³¹. وأن هذه الثقة يولدها المظهر الخارجي للإرادة و الظروف الخارجية السابقة أو المعاصرة و التي تلازم السكوت من وجه إليه الإيجاب والتي تساهم في تكوين هذا المظهر .

كما أن الاعتقاد في إبرام العقد كاف لتوليد الثقة في الموجب و قد يصعب معرفة حقيقة إرادة من وجه إليه الإيجاب، و ما إذا كان سكوته يعتبر قبولاً أم رفضها²³².

وقد اهتم المشرع السويسري ببيان مبدأ الثقة المشروعة بعد أن أوضح دور السكوت الذي يعتبر قبولاً. واستناداً إلى مبدأ الثقة المشروعة الذي يحكم التعبير عن الإرادة بصفة عامة ، فإن إرادة من وجه إليه الإيجاب يجب أن تفسر على أساس²³³ وتكوين التصرفات القانونية هذا المبدأ، أي على أساس حسن النية، مع مراعاة الظروف الملازمة لسكوته. و عليه، فإنه طبقاً لنص المادة السادسة من قانون الالتزامات السويسري، فإنه حين لا يتلقى صاحب الإيجاب قبولاً صريحاً، بسبب الطبيعة الخاصة للمعاملة، أو طبقاً للظروف، فإن العقد ينعقد،

²³¹ Cf. M.-J.LITTMAN,op.cit.,pp.232-236, 162, ص. المرجع السابق ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ،

²³² Cf. J.CARBONNIER,op.cit.,p.91,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ،

المرجع السابق، ص. 162 .

²³³ M.-R.PARTY, le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, GENEVE, 1953, p. 140,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 163 .

إذا لم يرفض الإيجاب في الفترة المحددة أو الفترة المعقولة لقبوله، فالسكوت لا يكون قبولا إلا²³⁴ إذا كان ملابسا تحيط به ظروف معينة تدل على أنه قبول

وبدأ الفقهاء السويسريون ينظرون إلى الطبيعة الخاصة للمعاملات و للظروف المحيطة ويفسرون السكوت على انه قبول، و ذلك بعد أن ما كانوا ينظرون إلى أن السكوت في أصله أمر سلبي، و أن عدم الرد على الإيجاب لا يعتبر قبولا، و هذا في حالة إذا أحاطت بالسكوت ظروف تخلع عليه دلالة القبول، كما إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين و كان مرجع المتعاقدين هو حسن النية، و الثقة المشروعة²³⁵.

وطبقا لمبدأ الثقة المشروعة فإن الإيجاب الصادر من الموجب يعتبر قبولا، إذا كان من وجه إليه هذا الإيجاب حسن النية و أحاطت بسكوته ظروف ملابسة، فإن هذا السكوت لا يعتبر قبولا.

وأن اعتبار السكوت الملابس قبولا، إنما يهدف إلى استقرار المعاملات دون الإضرار بالمتعاقدين والتوفيق بين مصالحهم و سرعة إبرام العقد، و تيسير التعامل، حسب ما تقتضيه الحياة التجارية من السرعة، و تداول السلع و الخدمات²³⁶.

وحسب الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج أن مبدأ الثقة المشروعة صالح لإيضاح وللكشف عن بعض القواعد كما في حالة الإيجاب الدائم، و التي يفسر فيه السكوت على أنه قبول، تطبيقا لمبدأ الثقة المشروعة²³⁷. و كذلك فإن العلاقات السابقة بين المتعاقدين و وجود الاتفاقات سلفا بينهما وطبيعة التعامل و تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه هذه كلها حالات تساهم في اعتبار السكوت قبولا، على أساس مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات²³⁸.

²³⁴ Cf. V.ROSSEL, Manual Du Droit Fédéral des obligations, Lausanne, 1920, p.31-37,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 164.

²³⁵ Cf. A.-V.TUHR,Partie Générale Du code Fédéral des Obligations , 1929,P.141,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، ص. 164.

²³⁶ Cf.M.-J.LITTMAN,op.cit.,p.242-246,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 165-164.

²³⁷ أنظر، عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 165-166.

²³⁸ Cf. M.-J.LITTMAN,op.cit.,pp.253-254,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع 166.

السابق، ص.

ثالثا : السكوت في انعقاد عقد البيع كنموذج

حالات السكوت المعتبر قبولا كثيرة ، و لهذا سيتم الاقتصار على السكوت في انعقاد عقد البيع.

بداية عقد البيع هو عقد يقصد به نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر لقاء أو مقابل عوض. ولقد عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري²³⁹، على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"²⁴⁰. و كذلك و رد تعريفه في المادة 465 من قانون المدني الأردني بأنه "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"²⁴¹.

وفي الشريعة الإسلامية، يطلق البيع على معنيين أحدهما عام و الآخر خاص. فالبيع بمعناه العام هو معاوضة مال بمال تملिका و تملكا على التأيد، فيشمل بذلك البيع و المقايضة و الصرف والسلم. أما المعنى الخاص فهو معاوضة عين بدين تملিকা و تملكا على التأيد. و إذا أطلق البيع كان المقصود به هذا المعنى الخاص²⁴².

ومن التعريفات السابقة لعقد البيع، يتضح أن له عدة خصائص : فهو عقد ملزم لكل من البائع والمشتري؛ و هو من عقود المعاوضة، فكل من طرفيه يأخذ و يعطي في ذات الوقت؛ و هو كذلك بحسب الأصل عقد رضائي، بحيث يكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري، بالإضافة إلى أنه يرد على الأشياء و على الحقوق المالية الأخرى و أنه كذلك ينقل الملكية. و عقد البيع كبقية العقود له أركان تتمثل في التراضي و السبب و المحل²⁴³.

²³⁹ جاءت مطابقة لنص المادة 418 من القانون المدني المصري .
²⁴⁰ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 11.

²⁴¹ أمجد منصور ، المرجع السابق ، ص. 5 .
²⁴² ابن قدامة، المغني ، الجزء الرابع ، مطبعة المنار، مصر ، الطبعة الثانية، (بدون سنة طبع) ، ص. 2؛ عبد الناصر العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مطبعة السعادة، القاهرة، (بدون سنة طبع)، ص. 59-60؛ أنظر، المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية .
²⁴³ أمجد منصور، المرجع السابق، ص. 5؛ خليل قداة ، نفس المرجع ، ص. 11-12.

ولدراسة السكوت في انعقاد عقد البيع، سيشمل ذلك تناوله في إطار التراضي في عقد البيع في إطار محل عقد البيع، و أخيرا السكوت في البيع بشرط التجربة وذلك على نحو ما يأتي :

1-السكوت في إطار التراضي في عقد البيع :

التراضي هو ركن أساسي في عقد البيع، لكونه في الأصل عقد رضائي . و لدراسة السكوت في إطار التراضي في عقد البيع، سيتم ذلك من خلال عنصرين : السكوت في التراضي على البيع أي ما يتعلق بالإيجاب و القبول (أ)، ثم يليه السكوت في مجال التراضي على المسائل التفصيلية في عقد البيع (ب)²⁴⁴.

أ-السكوت في التراضي على البيع :

يتعلق البحث هنا في علاقة السكوت في مجال الإيجاب في عقد البيع و السكوت في مجال القبول في عقد البيع.

1- بالنسبة للسكوت في مجال الإيجاب في عقد البيع :

كما سبق الإشارة أن السكوت لا يصلح للتعبير عن الإيجاب²⁴⁵. و في هذا الصدد أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 نوفمبر 1962 و السابق الإشارة ، من أنه: "يشترط لتمام عقد البيع الاتفاق على الشيء المبيع و الثمن فيلزم أن يكون²⁴⁶ إليه هناك إيجاب و قبول ولا تتصور أن يكون السكوت إيجابا" .

2-بالنسبة للسكوت في مجال القبول في عقد البيع :

²⁴⁴ أمجد منصور ، المرجع السابق ، ص.6 ؛ خليل قداة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.23 .

²⁴⁵ أمجد منصور ، المرجع السابق، ص.6 .

²⁴⁶ أنظر، ص. 75-76 من هذه الدراسة .

القبول في البيع هو التعبير عن الإرادة ممن وجه إليه الإيجاب، و المتضمن موافقته على الإيجاب الصادر إليه بكل عناصره. و هو يعبر عنه كما سبق باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو حتى بالسكوت²⁴⁷. فالسكوت يصلح للتعبير عن القبول، و ذلك ما هو مستقر عليه لدى غالبية التشريعات و التي منها : القانون المدني الجزائري في المادة 68 و القانون المدني المصري في المادة 98 منه و أيضا القانون المدني الأردني في المادة 95 منه. إضافة إلى اعتماده من قبل الفقه و القضاء في العديد من الدول .

يتبين أن هذه النصوص السالفة البيان اعتبرت السكوت قبولا، إذا لابسته ظروف معينة، كأن تقتضيه مثلا طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو يكون مسبوقا بتعامل سابق، أو أن يؤدي الإيجاب إلى منفعة خالصة لمن وجه إليه. و الذي يعنينا في هذا المقام هو اعتبار السكوت قبولا للإيجاب المعروض بالبيع أيا كانت الملابس التي أدت إليه، فقد يكون القبول بالسكوت بناء على الحالات التالية :

-القبول بالسكوت بناء على تعامل سابق:

فقد يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، ومن ثم فإن الموجب لا ينتظر في هذه الحالة تصريحا بالقبول من الطرف الآخر. فمثلا البائع الذي يرسل بضاعته إلى المشتري في مواعيد منتظمة، وهو لا ينتظر منه ردا بالقبول ، فهنا يعد سكوت العميل أي المشتري قبولا.

-القبول بالسكوت استنادا إلى طبيعة التعامل:

قد تكون هناك ملابس معينة في البيع والشراء مما يعد السكوت معه قبولا. و مثالها إذا أرسل البائع فاتورة البضائع منتظمة شروط البيع إلى المشتري، و لم يعترض عليها

²⁴⁷ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، مجلة المحامي الكويتية ، 1985 ، ص.106-107 ، مقتبس من امجد منصور ، المرجع السابق، ص.6

هذا الأخير، اعتبر سكوته قبولاً، أو أن يدخلها مخازنه دونما اعتراض، فلا شك أن كل ذلك يفسر منه على أنه قبول، إذ لو أراد الاعتراض لقام به²⁴⁸.

-القبول بالسكوت بناء على العرف التجاري:

للتجارة دائماً ظروفها الخاصة من حيث سرعة التعامل و ما تقتضيه من ثقة بين التجار وحسم سريع لما ينشأ من منازعات. فإذا جرى العرف التجاري على أن الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول ممن وجه إليه الإيجاب، كأن يوجه شخص إيجاباً بشراء بضاعة من آخر، تكون هذه البضاعة من صميم اختصاصه، عندئذ يعد سكوت هذا الأخير قبولاً طالما أن العرف التجاري يقضي بذلك²⁴⁹.

ب-السكوت في مجال التراضي على المسائل التفصيلية في عقد البيع :

يتعلق الأمر هنا بالسكوت في مجال القواعد المكملة في عقد البيع، و في الاتفاقات اللاحقة عليه، و التي تتناول فيما يلي :

1-في القواعد المكملة :

، أما المسائل²⁵⁰ لكي يتم عقد البيع، فإنه ينبغي الاتفاق على المسائل الجوهرية التفصيلية، فإنه يكفي في شأنها عدم اختلاف كل من البائع و المشتري عليها، فالعقد ينعقد حتى و أن سكت الطرفان على الاتفاق على وقت دفع الثمن، أو وقت تسليم المبيع أو من يلتزم بدفع مصروفات المبيع و غير ذلك من هذه الأمور. و إذا قام خلاف بين المتعاقدين على واحد من هذه المسائل، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة²⁵¹.

²⁴⁸ أمجد منصور ، المرجع السابق، ص.7؛ محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر الأردن، الطبعة الأولى ، 1993، ص.67-68.

²⁴⁹ علي حسن يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، (بدون سنة طبع) ، ص.8-9؛ أمجد منصور، المرجع السابق، ص.7.

²⁵⁰ أنظر، بشأن هذه المسألة. ص. 71-72 من هذه الدراسة .
²⁵¹ أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، الطبعة الثانية، مطبوعات الجامعة الأردنية ، 1998 ، ص.53-54؛ أمجد منصور ، المرجع السابق، ص.10.

ولقد تناول المشرع الأردني هذا في المادة 100 من القانون المدني التي نصت على أنه:
"يطابق قبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لإلتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة .

وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة". و كذلك ما جاء في نص المادة 95 من ق.م.م و في المادة 65 من ق.م.ج السابق التطرق إليهما.

فيتضح أن في هذه القوانين تنظيم العقود يتضمن أحكاما تكمل إرادة المتعاقدين و هذه الأحكام إذا لم يرد في العقد ما يخالفها. فإذا سكت المشتري و البائع مثلا عن تنظيم أمر معين تفصيلي في عقد البيع، فيفترض أن كلا من البائع و المشتري رضيا بما نظمه المشرع في هذا الصدد. ومن ذلك مثلا التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها عند العقد، فسكوت المتعاقدين في هذه الحالة افترض معه المشرع أن نيتهما قد اتجهت إلى أن يحل القاضي محل المتعاقدين في الفصل في هذه المسائل غير الجوهرية²⁵².

2-الإتفاقات اللاحقة :

قد يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية، و يحتفظان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، و لا شك أن القانون يتكفل كما سبق بمثل هذه المسائل إذا سكت ذوو الشأن عنها، لكن ذلك لا يحول دون تنظيمها من قبل المتعاقدين، و تتأكد إرادتهما في تنظيم هذه الأمور التفصيلية إذا اشترطا ضرورة الإتفاق اللاحق بشأهما ، إذ تكون نيتهما قد إتجهت إلى استبعاد القواعد القانونية المكملة في هذا

الصدد²⁵⁴ . و هذا انطلاقا مما جاء في النصوص القانونية و السالفة البيان²⁵³.

²⁵² أمجد منصور ،المرجع السابق، ص.10 .

²⁵³ امجد منصور ، المرجع السابق ، ص.10 .

هذا، و قد يثار تساؤل آخر في شأن الأمور التفصيلية مفاده مدى إمكانية الاتفاق على هذه الأمور في حالة العرض الذي يبيده أحد المتعاقدين بشأنها وسكوت المتعاقد الآخر فهل يعد ذلك قبولا ؟

بحسب الأصل، فإن مبادرة أحد المتعاقدين بتنظيم بعض الأمور التفصيلية، و إرسالها إلى الطرف الآخر في التعاقد لا يعتد به، إذ هو عمل فردي قام به، و لكنه يسري في مواجهة الطرف الآخر في حالة موافقته على ذلك. و هذه الموافقة تستمد من سكوت الطرف الآخر و عدم اعتراضه إذ لو أراد الاعتراض لفعل. فمثلا : إذا اتفق البائع و المشتري على المسائل الجوهرية كتحديد الشيء المبيع و الثمن ولكنهما تركا المسائل التفصيلية كلها أو بعضها، و بعد ذلك أرسل البائع الشيء المبيع إلى المشتري متضمنا فاتورة حدد فيها هذه المسائل التفصيلية التي لم يكن قد تم الاتفاق عليها، فعندئذ فإن استلام المشتري الشيء المبيع و الفاتورة مع سكوته أو دون اعتراض يعد قبولا من جانبه²⁵⁵.

وهذا ما قضت به محكمة مرسيليا التجارية في حكمها الصادر في 19 جانفي 1903 بأنه إذا كان هناك خطاب لاحق على العملية التعاقدية، تحدد فيه بعض الشروط الثانوية أو تضاف فيه بعض الشروط، فإن سكوت من وجه إليه هذا الخطاب يمكن أن يكون قبولا²⁵⁶.

2-السكوت في إطار محل عقد البيع :

يتضمن محل عقد البيع عنصرين أساسيين لا يقوم بدونهما، و هما : الشيء المبيع و الثمن فتسليم المبيع التزام يقع على عاتق البائع و تسليم الثمن التزام يتكفل به المشتري²⁵⁷.

²⁵⁴ أنظر، المادة 65 من ق.م.ج و المادة 2/100 من القانون المدني الأردني و المادة 95 من ق.م.م .
²⁵⁵ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دار النهضة، القاهرة 1984، ص.105؛ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد، 1967، ص.152، مقتبس من امجد منصور، المرجع السابق، ص.10.

²⁵⁶ محكمة مرسيليا التجارية، 19 جانفي 1903، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.112.
²⁵⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.190.

ويراد بالمبيع في عقد البيع، الحق الذي يرد على شيء من الأشياء، و قد يكون هذا الحق عينيا كحق الملكية، أو حق الارتفاق أو الانتفاع، و قد يكون حقا شخصيا كما في حوالة الحق، وقد يكون حقا معنويا كحق المؤلف²⁵⁸.

ومن الشروط اللازمة للشئ المبيع هي: أن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود، و أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين، كما يلزم ملكية البائع للمبيع، و أن يكون أيضا مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام و الآداب²⁵⁹.

ويراد بالثمن المبلغ النقدي الذي يدفعه المشتري مقابل انتقال ملكية أحد الأشياء له أو حق مالي ويشترط فيه هو الآخر، أن يكون معينا أو قابلا للتعين، و أن يكون مبلغا نقديا، و أيضا أن يكون الثمن حقيقيا أي جديا²⁶⁰.

وبالنسبة لدور السكوت في إطار محل عقد البيع، يتعلق الأمر بالسكوت في تعيين المبيع (أ)، والسكوت في تحديد الثمن (ب).

أ-السكوت في تعيين المبيع في عقد البيع :

لا يتم البيع إلا إذا كان الشيء المبيع معينا تعيينا كافيا، ينفي جهالته من قبل المشتري و من ثم يمنع الجهالة الفاحشة. فإذا كان المبيع عبارة عن شيء مثلا معين بذاته، فإنه يجب أن يوصف المبيع وصفا ينفي الجهالة به. فإذا كان المبيع دارا، وجب ذكر موقعها و بيان أوصافها الأساسية التي يمكن أن يخصصها عن الدور الأخرى .

وهناك بعض التشريعات قد اتجهت إلى منع الجهالة اليسيرة أيضا، فاشتطت علم المشتري بالشيء المبيع علما كافيا²⁶¹. ومن هذه التشريعات، ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/352 من ق.م على أنه: "يجب أن يكون المشتري علما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل

²⁵⁸ خليل قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص.76؛ انظر ، المادة 151 من مجلة الأحكام العدلية .

²⁵⁹ أمجد منصور ، المرجع السابق ، ص.11؛ خليل قدارة . الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص.76-83 .

²⁶⁰ خليل قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.87-88-90؛ أمجد منصور ، المرجع السابق ، ص.11 .

²⁶¹ محمد علي عمران ، محمد نصر الدين، مباحث البيع في القانون المدني المصري و في الشريعة الإسلامية ، دار الحقوق، القاهرة، 1987 ، ص.192.

. و أشار²⁶² العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".
كذلك القانون المدني الأردني إلى ذلك في المادة 466 بقولها: "يشترط أن يكون المبيع معلوما
عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة .

يكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله و أوصافه المميزة له و إذا كان حاضرا
تكفي الإشارة إليه".

وفي الشريعة الإسلامية أيضا، لقد اشترط الفقهاء أن يكون المبيع معلوما للمتعاقدين
علما مانعا من المنازعة²⁶³.

وفي مقارنة بين نص المادة 466 من القانون المدني الأردني و المادتين 352 من القانون
المدني المصري و 352 من القانون المدني الجزائري يظهر أن المشرع الأردني أخذ بالعلم الكافي
بالمبيع النافي للجهالة الفاحشة، في حين أن المشرعين المصري والجزائري أخذوا بالعلم الكافي
بالمبيع النافي للجهالة الفاحشة و اليسيرة. هذا من جهة، و من جهة أخرى أشار نص المادة
466 من القانون المدني الأردني إلى التمييز بين كون المبيع ليس حاضرا لدى المتعاقدين فقرر له
أن البيع يتم فيه على أساس بيان أحواله وأوصافه المميزة له. و بين كون المبيع حاضرا، فقرر
له أن مجرد الإشارة إليه تكفي للعلم به ومثل هذه التفرقة لم يتضمنها نص المادة 419 من
القانون المدني المصري و لا نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري .

إلا أن هذه النصوص القانونية جميعها، قررت ضرورة علم المشتري بالمبيع، وزيادة على
ذلك أعطت للمشتري الذي لم يتوفر له العلم الكافي بالمبيع أن يطلب إبطال البيع. و هذا
ما يستفاد من نص المادة 2/352 من ق.م.ج بقولها: "و إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري
عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت
غش البائع".

ولقد أعطى المشرع الأردني للمشتري خيار الرؤية إذا لم ير المبيع، و ذلك في المواد من
184 إلى 188 من القانون المدني ، فإن رأى المشتري المبيع و سكت بحيث يفهم من سكوته

²⁶² جاء في المادة 419 من ق.م.ج أنه: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان
المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه".

²⁶³ علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس، (بدون دار طبع)، (بدون سنة طبع) ، ص 148 .

رضائه بالمبيع، فقد سقط خياره. لكنه إذا أعلن أن المبيع ليس على النحو المطلوب فيستطيع المطالبة بفسخه²⁶⁴.

وخيار الرؤية الذي نص عليه المشرع الأردني استمدته من الشريعة الإسلامية فقد قرره الفقهاء، حيث أجاز علماء الحنفية خيار الرؤية في شراء ما لم يره المشتري و له الخيار إذا رآه، إن شاء أخذ المبيع و إن شاء رده²⁶⁵. و استندوا في ذلك على قول الرسول -صلى الله عليه و سلم-: "من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه"²⁶⁶. و يثبت حق خيار الرؤية عند علماء الحنفية للمشتري وقت الرؤية و ليس قبلها، وأنه عندهم يثبت للمشتري و إن جاء المبيع مطابقا للوصف دفعا للضرر، خلافا للمالكية الذين يرون أن خيار الرؤية إنما يثبت فقط عند مخالفة المبيع للأوصاف التي وصف بها، أما إذا كان مطابقا للمواصفات فلا خيار للمشتري لتحقق الرضا في هذه الحالة. ويسقط حق خيار الرؤية بعدة أسباب، و من ضمنها رؤية المشتري للمبيع و رضائه به صراحة أو ضمنا²⁶⁷.

ويتضح حسب ما تقدم أن المشتري إذا رأى المبيع و سكت و لم يطالب بإبطال المبيع، اعتبر سكوته رضاه بحالة المبيع و بأوصافه .

ب-السكوت في تحديد الثمن في عقد البيع:

الثمن هو ركن في عقد البيع لا يقوم إلا به²⁶⁸، و هو محل التزام المشتري في عقد البيع²⁶⁹، و في حالة عدم تحقق الثمن لا يمكن وصف العقد بالبيع²⁷⁰. و إلى هذا المعنى أشارت الغرفة المدنية للمحكمة العليا الجزائرية في قرارها المؤرخ في 4 ماي 1994 و الذي جاء فيه: "حيث الاعتراف بتسديد أو قبض مبلغ 1000.00 دينار لا يؤكد إطلاقا وجود بيع

²⁶⁴ أمجد منصور، المرجع السابق، ص.12.
²⁶⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.576؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.118-119.
²⁶⁶ أخرجه الدار قطني في سننه، مقتبس من وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.576.

عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص.290؛ أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى حق خيار الرؤية و ذلك في المادة 320 منها، التي نصت على: "من اشترى شيئا و لم يره كان له الخيار حتى يراه فإذا رآه إن شاء قبله و إن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية". و أضافت المادة 323 منها إلى المراد من الرؤية بقولها: "المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال و المحل الذي يعرف به المقصود الأصلي بين المبيع...".

²⁶⁸ أمجد منصور، المرجع السابق، ص.12.
²⁶⁹ انظر، المادة 53 من اتفاقية فيينا المتعلقة ببيع السلع الدولي؛ المادة 387 من القانون المدني الجزائري.
²⁷⁰ أمجد منصور، المرجع السابق، ص.12.

الأرض ما دام ثمن المبيع غير ثابت وغير متفق عليه و أن نقل حيازة المبيع لم تقع بين الطرفين. و بالتالي فإن أركان البيع المنصوص عليها في المادة 351 ق.م ليست متوفرة مما يجب رفض الوجه و معه رفض الطعن²⁷¹. و الأصل أن يتم تقدير الثمن بمعرفة المتعاقدين صراحة عند إبرام عقد البيع لكن المتعاقدين قد لا يحددان الثمن وقت العقد و يقتصران على بيان الأسس التي يتحدد الثمن بناء عليها في وقت لاحق، تحديد يمنع النزاع وينفي الجهالة .

ومن ثم فإن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن عند العقد، و اعتماد الأسس التي يتحدد بمقتضاها مستقبلا، لا يجعل العقد باطلا، طالما أمكن استخلاص ذلك من الملابسات المحيطة بالعقد²⁷².

ولقد عبرت عن هذا العديد من التشريعات، منها ما جاء في نص المادة 357 من ق.م.ج التي نصت على: " إذا لم يحدد ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما". و هذا بعد أن أجاز المشرع الجزائري أن يقتصر تقديم الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، و ذلك حسب ما جاء في نص المادة 1/356 من ق.م.ج التي نصت على أنه: "يجوز أن يقتصر الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد"²⁷³. و كذلك جاء في القانون المدني الأردني في المادة 479 منه ما يلي: "يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما، و يكون معلوما :

- بمشاهدته و الإشارة إليه إن كان حاضرا.

- ببيان مقداره و جنسه و وصفه إن لم يكن حاضرا.

- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنفي معها الجهالة حين التنفيذ".

²⁷¹ أنظر، الغرفة المدنية للمحكمة العليا ، 4 ماي 1994 ، ملف رقم 110189 ، غير منشور، مقتبس من عمر بن سعيد ،الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، الطبعة الأولى، مطبوعات الديوان الوطني، باتنة ، 2001 ، ص.123 .

²⁷² أمجد منصور ، المرجع السابق، ص.12 ؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.310 .
²⁷³ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.310؛ خليل قدارة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص.90؛ نصت المادة 424 من ق.م. ج على: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

استنادا إلى هذا، فإنه يجوز عند السكوت عن ذكر الثمن في عقد البيع أن يحسب الثمن على أساس السعر المتداول في التجارة، أو على أساس السعر الذي جرى عليه التعامل أو على سعر السوق، أو يتفق على البيع بالثمن الذي اشترى به البائع أو على أساس التسعيرة الرسمية في تاريخ البيع أو في تاريخ التسليم²⁷⁴.

ومما يذكر في هذا الصدد أنه يشترط أن تكون الأسس المتفق على حساب الثمن بمقتضاها من الوضوح بحيث لا تدع مجالاً لإثارة الخلاف أو المنازعة .

فلا يكفي عند السكوت عن تحديد الثمن أن يكون الثمن هو ما عرضه شخص ثالث من الغير على البائع لاحتمال قيام التواطؤ بينه وبين البائع، إلا إذا قصدا من الاتفاق البيع بسعر السوق²⁷⁵.

كذلك لا يكفي في حالة السكوت عن تحديد الثمن الاتفاق على أن يكون الثمن هو الثمن المناسب أو الثمن العادل، لأن هذا الثمن العادل هو الذي يجب على المتعاقدين أن يقوموا بتقديره. كما لا يجوز أن يترك تحديد الثمن عند السكوت عن تحديده أيضا لمحض إرادة أحد المتعاقدين. فلا يجوز الاتفاق على البيع بالثمن الذي يقدره البائع، لأنه قد يرفع الثمن فيغبن المشتري. كما لا يجوز الاتفاق على البيع بالثمن الذي يقدره المشتري لأنه قد يبخسه فيؤدي ذلك إلى غبن البائع²⁷⁶.

وبالنسبة للصور التي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها عند السكوت عن تحديده، فإنها تتمثل في الحالات التالية :

- أن يكون التقدير على أساس الثمن الذي اشترى به البائع ؛

- أن يتم التقدير على أساس سعر السوق ؛

- أن يكون أساس التقدير هو السعر المتداول في التجارة أو الذي جرى عليه التعامل بين البائع والمشتري ؛

²⁷⁴ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، مصر، 1990 ص.226.

²⁷⁵ .

²⁷⁶ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص.88 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص.311 .
²⁷⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع ، ص.207 ؛ إسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص.88، مقتبس من عبد أرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.311 .

- أن يترك تقدير الثمن لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان²⁷⁷.

1-تقدير الثمن على أساس ما اشترى به البائع :

قد يكون الأساس في تقدير الثمن عند السكون عن تحديده، هو الثمن الذي اشترى به البائع فيشتري المشتري بنفس الثمن الذي اشترى به البائع أو بأكثر منه أو بأقل. فإذا كان البائع قد أدلى ببيان كاذب فيما يتعلق بالثمن الذي اشترى به، فإنه يجوز للمشتري أن يثبت صحة هذا الثمن بكافة طرق الإثبات، و يعاد تقدير الثمن على أساس الثمن الذي ثبت شراؤه به، و على حسب ما إذا كان المبيع بالزيادة أو النقص أو بذات الثمن²⁷⁸.

2-تقدير الثمن على أساس سعر السوق :

قد يسكت المتعاقدان عن تحديد الثمن في عقد البيع، و لكنهما يرجعان في تقديره إلى سعر السوق، فإذا عينا مكان السوق و التاريخ الذي يعتبر السعر فيه أساس لتحديد الثمن و حسب العمل بما اتفقا عليه، كان البيع صحيحا.

أما إذا اتفق على أن يكون البيع بسعر السوق دون بيان لمكانه أو زمانه أو كان بينهما ناقصا أو ثار الشك حول هذا البيان، فإن المشرع الجزائري قد وضع حكما مكملا لإرادة المتعاقدين في المادة 2/356 من ق.م بقولها: "و إذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن يكون أسعاره هي السارية"²⁷⁹.

²⁷⁷ خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق، ص.91؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.312.

²⁷⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.375؛ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء السابع،

المرجع السابق، ص.229؛ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.314 .

²⁷⁹ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.315 .

من هذا النص يتضح أنه إذا سكت المتعاقدان عن تحديد زمان و مكان السوق الذي يتخذ سعره أساسا لتحديد الثمن وجب الأخذ بسعر السوق في المكان و الزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. و يتحدد زمان و مكان التسليم بالرجوع إلى عقد البيع أولا، فإن لم يحدد العقد مكان التسليم أو زمانه، وجب حصوله في المكان و الزمان اللذين يتم²⁸⁰ فيهما انعقاد البيع.

وإذا كان المبيع عينا معينة بالذات، فمكان التسليم هو المكان الذي يوجد فيه وقت البيع أو موطن البائع إذا كان معيناً بالنوع فقط، و هذا طبقا لما جاء في المادة 347 من ق.م.م²⁸¹.

فإذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، ففي هذه الحالة لا يتم التسليم إلا إذا وصل المبيع للمشتري ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، و هذا ما قضت به المادة 368 من ق.م.ج²⁸².

وإذا لم يكن في مكان التسليم سوق للشيء المبيع وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية بالنسبة إلى مكان التسليم. و أن المقصود بالسوق في هذا المجال، ليس السوق المنظمة كالبورصات، بل كل مكان يجتمع فيه العرض والطلب على نطاق غير ضيق.

3- تقدير الثمن على أساس السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى

عليه التعامل بين المتعاقدين:

قد يظهر من الظروف التي صاحبت إبرام العقد، أن سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن ، قصد به ترك تحديده للسعر المتداول في التجارة. ففي هذه الحالة يكون الثمن قابلا للتقدير، ويصرح للبيع، ويرجع في تحديد الثمن إلى سعر السلعة المتداول بين التجار سواء كان هو سعر الأسواق المحلية أو سعر البورصة، و لا يهم أن يكون السعر يتناسب مع القيمة

²⁸⁰ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.315؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.92.
²⁸¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.376؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.315-316؛ أنظر، المادة 347 من ق.م.م.
²⁸² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.315؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.92.

الحقيقية للمبيع أو لا. و إذا لم يستطع القاضي أن يتبين بوضوح السعر المتداول في التجارة كان له أن يلجأ إلى الخبراء من التجار لمعرفة ذلك .

كذلك فإنه قد يتضح من ظروف التعاقد، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن يكون الثمن هو السعر الذي يجري التعامل بينهما في معاملتهما السابقة، و يحدث هذا بين تجار الجملة أو تجار التجزئة وعملائهم. ففي هذه الحالة يتحدد الثمن بالسعر المعين المعتاد للتوريد به أو السعر المتغير بتغير الأسواق، و الذي يجري عليه التعامل فيما بينهما، و هذا ما عبرت عنه المادة 357 من ق.م.ج²⁸³.

4-تقدير الثمن بواسطة أجنبي عن العقد :

قد يسكت المتعاقدان عن تحديد ثمن عقد البيع و لكنهما يتركان تحديده لأجنبي يعينه، وفي هذه الحالة يكون الثمن غير مقدر، و لكنه قابل للتقدير. و لقد نصت المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي على أنه يجوز أن يترك تحديد الثمن إلى تحكيم شخص من غير المتعاقدين. و لكن إذا لم يرغب الغير في التحديد أو عجز عن ذلك، فلا يوجد البيع .

و لم يرد نص لا في القانون المدني المصري و لا في القانون المدني الجزائري يتضمن تقدير الثمن بواسطة أجنبي عن العقد. و مع هذا فإنه يجوز عند سكوت المتعاقدين عن تحديد الثمن تحديدا صريحا أن يتفقا على تفويض الغير في تقدير الثمن، فاتفاقهما يكون جائز لأنه يعتبر من قبيل الأسس الواردة في المادة 1/356 من ق.م.ج²⁸⁴.

والغالب أن يتم اتفاق المتعاقدين على تعيين الأجنبي الذي يحدد الثمن في عقد البيع كما قد يعهد المتعاقدان إلى القاضي بأمر تعيينه و لكن لا يجوز للقاضي أن يقوم بتعيين الأجنبي بدلا منهما ما دام لم يتفق على تكليفه بذلك. فإذا لم يتم الاتفاق على شيء من هذا، لم ينعقد العقد لعدم تحديد الثمن²⁸⁵.

²⁸³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.377؛ جميل الشرفاوي ، المرجع السابق، ص.120؛ خليل قداة، المرجع السابق، ص.92-93؛ أنظر، نقض تجاري فرنسي، 6 جوان 1950، مجلة قرارات محكمة النقض الفرنسية، 1950-2-141، مقتبس من خليل قداة، المرجع السابق، ص.93؛ أنظر، المادة 424 من ق.م.م .

²⁸⁴ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.317؛ خليل قداة ، المرجع السابق، ص.93 .
²⁸⁵ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص.89 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.318 .

وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على أن يتم تحديد الثمن بواسطة أجنبي، و لكنه لم يتم بمهمته بسبب وفاته أو لامتناعه عن القيام بذلك، أو اتفق على تعيين أكثر من شخص لتحديد الثمن و لم يتوصل أي منهما إلى اتفاق، فإن البيع يبطل أيضا لعدم تحديد الثمن .

ويلاحظ أنه إذا رفض المتعاقد الاشتراك في تعيين المفوض أو تعنت في ذلك كان للطرف الآخر أن يلجأ إلى القاضي لإجباره على القيام بما اتفقا عليه، و للقاضي أن يستعين بالغرامات التهديدية، فإذا تعذر الاتفاق كان للمتعاقد المضرور أن يطالب بالتعويض .

بالإضافة إلى الصور السابقة، قد يسكت المتعاقدان عن تحديد الثمن أو السعر المقرر للسلعة؛ لتدخل المشرع بفرض سعر إجباري بحيث لا يجوز البيع بسعر يزيد عن السعر المحدد لها²⁸⁶.

وقد كان القضاء الفرنسي يذهب إلى بطلان البيع بسعر يزيد عن السعر الجبري المحدد، ومن شأن هذا البطلان إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإلزام المشتري بإعادة المبيع إلى البائع وإلزام البائع برد الثمن للمشتري. إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في قرارات أخرى إلى الحكم برد فرق الثمن دون بطلان البيع²⁸⁷.

أما بالنسبة للسكوت عن ذكر الثمن في الشريعة الإسلامية، يشترط الفقهاء أن يكون البديل منطوقا به في أحد نوعي المبادلة، و هي المبادلة القولية، فإذا كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد، بأن قال بعث منك هذا الشيء، و سكت عن ذكر الثمن، فقال المشتري اشتريت. فإذا سكت المتعاقدان في عقد البيع عن تأجيل الثمن أو تعجيله، فإن العقد ينعقد على أساس أن الثمن معجل، ذلك أن العقد المطلق الذي لم يشترط فيه تأجيل الثمن يكون الثمن فيه معجلا، إذ أن المشتري استوفى حقه في قبض المبيع و تسلمه، فيستوفي البائع حقه في أخذ الثمن، ما لم يوجد عرف يقضي بتأجيل الثمن كله أو بعضه إلى أجل معلوم، فإذا وجد العرف فإنه يعمل به²⁸⁸.

ج-السكوت في البيع بشرط التجربة كنموذج لانعقاد عقد البيع بالسكوت :

²⁸⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.318-319 .
²⁸⁷ انظر ، نقض مدني فرنسي، 10 ديسمبر 1951، J.C.P، 1952، 4-22، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.

320 .
²⁸⁸ علاء الدين الكاساني ، البدائع في ترتيب الشرائع ، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.183 .

بداية قد يدخل على عقد البيع كما هو الشأن في سائر العقود أوصاف مختلفة كأن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل. فإذا لم يلحق الوصف كل آثار العقد فلا يعد العقد نفسه موصوفاً، أما إذا لحق الوصف كل آثار العقد فإن العقد يكون موصوفاً. والكثير من التشريعات تشرط في بعض الأحوال

قدرا من الوضوح في التعبير عن الإرادة بقبول شيء أو رفضه. و من هذا القبيل ما هو فالبيع بشرط التجربة هو من موجود في البيع بشرط التجربة حيث للسكوت دور فيه²⁸⁹. البيوع الموصوفة.

ويراد البيع بشرط التجربة هو البيع الذي يتفق فيه على احتفاظ المشتري بحق تجربة المبيع، للتعرف على صلاحيته للغرض الذي يقصد شراؤه لأجله، أو ليتأكد أن المبيع هو الشيء الذي يطلبه، ويكون عادة في المنقولات كالسيارات و الآلات الميكانيكية و الأثاث، و قد يكون في العقارات. وقد يتفق المتعاقدان في العقد صراحة على حق المشتري في تجربة المبيع، و قد يسكت المتعاقدان عن ذلك، فيستفاد شرط التجربة من العادات و ظروف التعامل أو من طبيعة المبيع، كما هو الشأن فيما يتعلق بشراء الملابس الجاهزة المعدة للاستعمال الشخصي، فإن العادة تجري على أن يقوم المشتري بتجربتها²⁹⁰.

وإذا ظل المشتري ساكنا وقتا طويلا، و مضى الوقت الكافي للتجربة و لم يعلن المشتري عن رأيه بالقبول أو بالرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، فإن سكوته يعتبر قبولا و هذا ما عبرت عنه المادة 1/355 من القانون المدني الجزائري، و المادة 1/421 من القانون المدني المصري بقولها: "في البيع شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل البيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة، ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة، وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا". و أيضا ما جاء في المادة 2/471 من القانون المدني الأردني²⁹¹.

²⁸⁹ أمجد منصور ، المرجع السابق، ص.8 .
²⁹⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص.131؛ أمجد منصور، المرجع السابق، ص.8؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.71-72 .
²⁹¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.288؛ خليل قداة ، المرجع السابق، ص.73 .

وفي البيع بشرط التجربة، يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع، إما بنفسه أو بمن ينيبه عنه في ذلك. و يقوم المشتري بالتجربة طبقا لما اتفقا عليه، أو طبقا لما تقضي به طبيعة المعاملة والعرف. فإذا امتنع عن ذلك، جاز للمشتري طبقا للقواعد العامة أن يطلب بتنفيذه عيناً، إذا كان التنفيذ ممكناً، و له في هذا أن يطلب الحكم على البائع بغرامة تهديدية لحمله على تمكينه من التجربة، و يجوز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض²⁹².

أما إذا مكن البائع المشتري من إجراء التجربة، فإن المشتري يلتزم بدوره بإجرائها في المدة المتفق عليها. لذلك فإن لم يكن هناك اتفاق على تحديد المدة، فإن التجربة يجب إجراؤها في خلال مدة معقولة يحددها البائع للمشتري. و هذا طبقا لنص المادة 1/355 من القانون المدني الجزائري والمادة 1/421 من القانون المدني المصري سالفتي الذكر²⁹³. بينما المشرع الأردني نص في المادة 1/470 من القانون المدني على أنه: "يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معينة فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة". ففي هذا النص القانوني الأخير، إذا لم يتفق الطرفان على مدة محددة أي سكت عن تحديدها، فإن سكوتهما يمكن القاضي من تطبيق النص المكمل لإرادة المتعاقدين فتحمل المدة على المدة المعتادة و هي التي تعارف الناس على أنها تكفي لتجربة المبيع²⁹⁴.

ومما يضاف أنه في ظل القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري، أن البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على اعتباره بيعاً معلقاً على شرط فاسخ هو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته، و هذا ما قضت به المادة 2/355 من ق.م.ج بنصها على أن "يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ". وهذا النص جاء مطابقاً لنص المادة 2/421 من القانون المدني المصري²⁹⁵.

²⁹² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 289؛ محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص. 68.

²⁹³ خليل قداة، المرجع السابق، ص. 73؛ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 289.

²⁹⁴ أمجد منصور، المرجع السابق، ص. 8.

²⁹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص. 129؛ خليل قداة، المرجع السابق، ص. 71.

وإذا كان للسكوت دور في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانبين، فإن له دورا هاما في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانب واحد .

المبحث الثاني

دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانب واحد

كما سبق ذكره، فالتصرف الصادر من جانب واحد هو التصرف بالإرادة المنفردة الذي تتجه فيه الإرادة المنفردة إلى إحداث آثار قانونية مختلفة . ولقد اعتمد المشرع الجزائري بالإرادة المنفردة كمصدرا أساسيا للالتزام، وذلك في تعديله للقانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005²⁹⁶ في الفصل الثاني مكرر منه بعنوان الالتزام بالإرادة المنفردة في المادة 123 مكرر والتي جاء فيها: " يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير .

ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول."، وذلك بعد أن كان المشرع الجزائري ينص على تطبيقات متناثرة للإرادة المنفردة دون اعتبارها مصدرا أساسيا للالتزام . ولكن في المادة 123 مكرر من القانون المدني الجزائري أجاز المشرع التصرف بالإرادة المنفردة، وجعل نفس أحكام العقد تسري عليها

²⁹⁶ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتم الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، سنة 2005، العدد 44.

باستثناء أحكام القبول ، ففي التصرف بالإرادة المنفردة يتم التصرف من جانب واحد دون قبول من الطرف الآخر .

والتصرفات بالإرادة المنفردة قد تحدث آثارا قانونية مختلفة، وقد تنشئ التزاما على عاتق صاحبها.

وبالنسبة للتصرفات بالإرادة المنفردة ، والتي تحدث آثارا قانونية مختلفة، هي على ثلاثة أقسام : فقد تكون تصرفات انفرادية منشئة لحالات قانونية، وقد تكون تصرفات انفرادية منهية لحالات قانونية، وقد تكون تصرفات انفرادية مسقطة لحالات قانونية²⁹⁷ .

ومن أمثلة التصرفات الانفرادية المنشئة الكثيرة ما يلي :

1-إجازة العقد القابل للإبطال تتم بإرادة منفردة :

فإجازة العقد القابل للإبطال عمل قانوني صادر من جانب واحد يزيل به المتعاقد عيبا في العقد، وهي تتم بإرادة من شرع له حق الإبطال. والإجازة لا تلحق إلا العقد القابل للإبطال لأن العقد له وجود قانوني، إذ يرتب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله، فتزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الحق عن إبطاله وإجازته . وإلى هذا المعنى أشارت المادة 100 من ق.م.ج بقولها: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير" . إذن فهذه الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية . أما العقد الباطل فهو عقد معدوم، فلا يتصور أن ترد عليه الإجازة ، وهذا طبقا للمادة 102 من ق.م.ج²⁹⁸ .

2 -إقرار المالك ببيع ملك الغير :

²⁹⁷ محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص. 57-80-81.
²⁹⁸ محمد تقيّة، المرجع السابق ، ص.87 ؛ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص. 316؛ محمد سعيد جعفر ، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر 2000، ص.47.

في عقد البيع يلزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولذلك وجب أن يكون مالكا للمبيع حتى ينقل ملكيته، لأنه إذا لم يكن مالكا له فلا يستطيع نقل الملكية . وبيع ملك الغير يقع على شيء معين بالذات ليس مملوكا للبائع، وهذا البيع قابل للإبطال، وهذا ما أشارت إليه المادة 397 ق.م.ج بقولها : "إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ... وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري".

ولكن إذا أقر المالك الحقيقي للمبيع البيع ، فإن الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، وبالتالي ينقلب هذا البيع الذي كان قابلا للإبطال إلى بيع صحيح بإقرار المالك الحقيقي، وهذا ما جاء في نص المادة 398 من ق.م.ج التي تضمنت أنه: " إذا أقر المالك بيع سري مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري". بالإضافة إلى الحالات السابقة، فإن الإقرار يتم بإرادة منفردة، وكذلك اليمين سواء منها الحاسمة أو المتممة، وكذا قبول الغير للتعهد، وإعلان الشفيع²⁹⁹، وايضا الوصية³⁰⁰.

ومن أمثلة التصرفات الانفرادية المنهية ما يلي :

إنهاء عقد الوكالة بالعزل أو التنازل، والذي نصت عليه المادة 587 من ق.م.ج - بقولها : " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة بالعزل أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك".

- إنهاء المعير العارية بإرادته المنفردة الوارد النص عليه في المادة 547 من ق.م.ج - بأنه: " يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية ...". وذلك في أحوال معينة تضمنت نفس المادة النص عليها .

²⁹⁹ للتفصيل أكثر، أنظر، محمد تقية، المرجع السابق، ص. 87-95؛ يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة"، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص. 264؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 316؛ أنظر المـواد (114 - 213 - 314 - 799) من القانون المدني الجزائري.
³⁰⁰ أنظر، المادة 184 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

- ومن أمثلة التصرفات الانفرادية المسقطه، الإبراء الوارد النص عليه في المادة 305 من ق.م.ج. وكذلك نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي والحيازي ، وأيضا النزول عن حق الارتفاق ، كلها تصرفات تتم بالإرادة المنفردة³⁰¹.
أما التصرفات بالإرادة والتي تنشئ التزاما على عاتق صاحبها، فهي الأخرى كثيرة ومتعددة وهذه بعضها :

- الوعد بالجائزة والذي نص عليه المشرع في المادة 123 مكرر1 من ق.م.ج بقوله :
من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها ...".

- كذلك الإيجاب الملزم، والذي أشار إليه المشرع في المادة 63 ق.م.ج.

- وأيضا الاشتراط لمصلحة الغير، والذي نص عليه المشرع في المادة 116

ق.م.ج³⁰².

وفي الشريعة الإسلامية التصرف بالإرادة المنفردة يعد مصدر للالتزام فيها وله عدة

حالات منها : الوعد بجعالة ، والوقف ، والنذر وغيرها³⁰³.

ولبيان دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، سيتم

الاقتصار على دور السكوت في إنشاء الوصية (المطلب الأول)، وعلى دوره في إنشاء الوقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور السكوت في إنشاء الوصية

هذا المطلب يتم التطرق إليه من خلال تعريف الوصية وشروط قيامها (الفرع الأول)، وكذا دور السكوت في قبول الوصية (الفرع الثاني).

³⁰¹ محمد تقيّة، المرجع السابق ، ص. 82-90-100-110-112-114؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق

، ص.183.

³⁰² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص.258 ؛ علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص.316.

³⁰³ محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.155-169-172-184-189.

الفرع الأول

تعريف الوصية وشروط قيامها

هذا الفرع يتم تناوله في عنصرين هما: تعريف الوصية (أولاً)، وشروط قيامها (ثانياً).

أولاً : تعريف الوصية:

يقصد بالوصية أو الإيلاء لغة : العهد إلى الغير في القيام بأمر من الأمور، سواء أكان القيام بذلك الأمر في حال حياة الطالب، أم كان بعد وفاته .

كما يطلق كل منهما في اللغة أيضا على تملك المال تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، فيقال:

و ³⁰⁴أوصى الرجل لفلان، ووصى له بشيء من ماله أي جعله له يأخذه بعد وفاته ،
كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا (من هذا المعنى قوله تعالى :
305) (الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

ففي اللغة لا فرق بين الوصية والإيلاء .

أما المقصود بالوصية اصطلاحاً : -

فسيتم تناوله في الشريعة الإسلامية وفي القانون .

أ- تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية :

لقد اختلف فقهاء الشريعة في تعريف الوصية إختلافاً كبيراً³⁰⁶، وهذا الخلاف يرجع إلى إختلافهم في شمول الوصية للإيلاء وعدم شمولها له، وذلك من مذهب لآخر³⁰⁷ . إلا

³⁰⁴ - زكي الدين شعبان ، أحمد الغندور ، أحكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1984 ، ص.9

2- سورة البقرة ، الآية 180 .
³⁰⁶ للتفصيل أكثر ، أنظر ، زكي الدين شعبان ، نفس المرجع ، ص. 9- 11 ؛ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، 1988 ، ص. 11 ؛ محمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص. 83 .

أن تلك التعريفات للمذاهب الإسلامية متقاربة في المعنى والمقصد، وهي تدور حول أن الوصية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت، أو على أنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً به بعد موته.

ب-تعريف الوصية في القانون :

يتم تحديد تعريفها في القانون من خلال تعريفها حسب ما جاء في القانون المقارن وفي القانون الجزائري.

1-تعريف الوصية في القانون المقارن:

نذكر من تعريفاتها في القانون المقارن ما يلي :

-تعريف الوصية في مدونة الأسرة المغربية: ورد تعريفها في المادة 277 بأنها: "عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقبه يلزم بموته". هذا التعريف مأخوذ من الفقه الملكي الذي يأخذ عليه بأن تكييفه للوصية غير صحيح. و ذلك في جعل الوصية عقد الوصية لا ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول حتى تسمى عقداً، بل هي تنشأ بإدارة الموصى وحده.

-تعريف الوصية في قانون الوصية المصري وفي قانون الأحوال الشخصية

السوري :

307 حيث عرفها الإمام الكاساني و هو من علماء الحنفية بأنها : " اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت". و هذا التعريف منتقد لأنه لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه، لأنه ما أوجبه على نفسه، بل هي واجبة بإيجاب الشرع ، و ما أوجبه هو أداؤها بعد وفاته . و عرفها الإمام الكرخي بأنها : " ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً به بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه ". و هذا التعريف أيضاً منتقد لكونه يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند إنشائها، و هذا لا يتفق مع الوضع الفقهي لها ، لأن الذي يقرره الفقهاء أن تبرعات المريض المنجزة في حال مرضه تأخذ في إنشائها حكم الهبات ، فيشترط في تكوينها ما يشرط في الهبات. فهذا التعريف أدخل كذلك ما ليس منها في حقيقته، و إن تأخذ حكمها في نهايته إحتياطاً الحقوق الورثة، و حماية لها.

و عرف بعض فقهاء المالكية الوصية بما عرفها به بعض من فقهاء الحنفية في كونها : " عقد يوجب حقاً في ثلث مال العاقد ، يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعد موته . و يؤخذ على هذا التعريف أنه إعتبر الوصية عقداً مع أنها تصرف من جانب واحد.

بينما عرفها بعض الشافعية بقولهم: "الوصية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت". و هذا التعريف يشبه تعريف الحنفية من حيث القيود التي اشتمل عليها، و لكن هذا التعريف تم انتقاده من حيث أنه لا يشمل أنواع الوصية .

و عرفها الحنابلة بأنها : "التبرع بعد الموت". و ما يؤخذ على التعريفات السابقة يؤخذ كذلك على هذا التعريف في عدم دقته.

عرف قانون الوصية المصري رقم 71 سنة 1946 و ذلك في المادة الأولى منه و التي جاء فيها : "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ". و نفس هذا التعريف جاء في المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

هذا التعريف الوارد في هذين القانونين يعتبر تعريفا شاملا ودقيقا بالمقارنة مع³⁰⁸ التعريفات الفقهية الواردة في الشريعة الإسلامية .

2-تعريف الوصية في قانون الأسرة الجزائري :

عرف المشرع الجزائري الوصية هو الآخر ، وذلك في المادة 184 من ق.أ بأنها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

هذا التعريف يقترب كثيرا من التعريف الوارد في قانون الوصية المصري المشار إليه سابقا فالمقصود بكلمة "تمليك" في المادة 184 من قانون الأسرة هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض، و جميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره ولا يدخل فيها الإيضاء على الأولاد الصغار بعد الوفاة، إذ أن ذلك مما تختص به الأحكام القانونية للولاية على المال و التي ورد النص عليها في المادة 87 من ق.أ.

أما المراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" فهي تخرج الهبة لأنها تملك في الحال ، في حين أن الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصى. أما المقصود من كلمة "تبرع" أي بدون عوض، مما يستدعي إستبعاد الوصايا التي تبني على بيع أو إيجار لشخص معين ، لأن مثل هذه التصرفات هي تملك بعوض ، في حين أن الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما³⁰⁹ بعد الموت .

³⁰⁸ زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 ، ص.31 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الثامن ، الوصايا و الوقف و الميراث ، دار الفكر ، دمشق ، 1984 ، ص

³⁰⁹ -بلحاج بلعربي ، شروط إنعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة القانونية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية الجزائر ، العدد 2 ، 1990 ، ص.391.

وإلى التعريف السابق ، أشارت غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 2 ماي 1995 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبوع، و هي مقدّمة على التركة ..."³¹⁰.

تناولنا تعريف الوصية في الشريعة والقانون وبيننا معناها في الفرع السابق، ويليه بيان شروط قيام الوصية في الفرع الموالي.

ثانيا: شروط قيام الوصية

يشترط المشرع الجزائري بجانب العديد من التشريعات العربية والشريعة الإسلامية عدة شروط لقيام الوصية، وهذه الشروط منها الشكلية وغير الشكلية.

1-الشروط الشكلية :

يشترط لإنشاء التصرف القانوني توفر الشروط الشكلية المقررة،و التي منها التعبير عن الإرادة تعتبر واضحا لا لبس فيه، ولا غموض. ويتم الأمر عادة بالنسبة لإنشاء الوصية بالألفاظ المتعارف عليها بين الناس ، أو الكتابة أو حتى الإشارة المفهومة ممن لا يحسن النطق و لا الكتابة. فإذا كان التعبير عن الإرادة بالكلام أو الكتابة أمام الشهود، وكانت إرادة الموصى صريحة وواضحة نشأت الوصية بإتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية .

ولقد أجاز المشرع إنشاء الوصية بالعبرة أو الكتابة و بالإشارة في حالة عدم قدرة الموصى على التعبير بالكلام أو الكتابة ، و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 60 ق.أ.ج السالفة البيان.

³¹⁰قرار غرفة الأحوال الشخصية الصادر في 2 ماي 1995 ، الملف رقم 116375 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1996 ، ص.108

وكذلك اخذ المشرع المغربي بنفس ما أخذ به المشرع الجزائري في كون الوصية تنعقد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة إذا كان الموصى عاجزا عن التعبير بالوسيلتين السابقتين طبقا للمادة 295 من مدونة الأسرة المغربية³¹¹ .

غير أن المشرع المغربي إشتراط لصحة الوصية إشهادا عدليا إلا في حالات الضرورة القاهرة وذلك حسب ما جاء في المادة 296 من مدونة الأسرة المغربية. وكذلك المشرع المصري في قانون الوصية في المادة 2 و المشرع السوري في المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية اهتما وأجازا إنعقاد الوصية بالعبارة و بالكتابة، و لكنه في حالة إنكار الورثة للوصية ، فإنه لا بد من وجود إثبات خطي وإلا ردت الدعوى.

غير أن ما يلاحظ بصفة عامة أن المشرع الجزائري يعمد إلى الوصية الرسمية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصى طبقا لنص المادة (1/191 من ق.أ) و يعتبرها وصية صحيحة وقابلة للتنفيذ حيث يجرر عقد رسمي بذلك ، وتليها في القوة الثبوتية الوصية الخطية المقبولة. في حين أن الوصية القولية التي تمت بالمشافهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر، فإنه لا بد من حكم قضائي لإثبات صحتها القانونية، و هذا وفقا للفقرة الثانية من المادة 191 من ق.أ.ج. هذا، ويسري على الوصية و الميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت في حالة تنازع القوانين من حيث المكان قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 16 من ق.م.ج.

وتحرر الوصايا وتقييد في سجل خاص بالوصايا ولا تسجل ولا تشهر إلا بعد وفاة الموصى³¹² .

ب-الشروط غير الشكلية :

هذه الشروط غير الشكلية منها ما يتعلق بعناصر الوصية أي بالموصى والموصى به، وشروط أخرى.

³¹¹ بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.387 .
³¹² بلحاج العربي ، شروط إنعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.386-387 ؛ عمر زيتوني ، تحديد بعض المفاهيم والقواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية ، مجلة المحاماة ، تيزي وزو ، 2006 ، العدد 4 ، ص.28.

1. الشروط المتعلقة بعناصر الوصية :

تتعلق هذه الشروط بالموصى، وبالموصى له، وبالموصى به. حيث يشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع، وذلك بأن يكون بالغاً، عاقلاً، وحرّاً. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 186 من ق.أ أنه: "يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل". وأيضاً يشترط في الموصى أن يكون راضياً مختاراً.

ولقد نص المشرع المصري في المادة 5 من قانون الوصية بأن المحجور عليه لسفه أو غفلة تجوز وصيته بإذن من المجلس الحسي، و نصت المادة 14 من نفس القانون بأن وصية المجنون جنونا مطلقاً باطلة وكذلك إشتراط المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري سلامة عقل الموصى، وذلك بقولها: "يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل...³¹³".

أما بشأن الشروط الواجب توافرها في الموصى له، فيشترط فيه إذا كان شخصاً طبيعياً أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو تقديراً كالحمل في بطن أمه. ويكون تعيين الموصى له بالإسم أو بالإشارة أو نحوهما، فإذا تعذر ذلك إشتراط وجوده وقت موت الموصى لأنه وقت ثبوت الملكية. و لقد أجاز المذهب المالكي بخلاف جمهور الفقهاء الوصية للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصى و لقد نص المشرع الجزائري على جواز صحة الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، و ذلك في المادة 187 ق.أ.ج³¹⁴. وأيضاً يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً، أي أن لا يكون مجهولاً جهالة فاحشة، وأن يكون أيضاً أهلاً للتملك.

وزيادة عن ذلك، يشترط فيه عند الفقهاء أن لا يكون قاتلاً للموصى. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 188 من ق.أ التي جاء فيها: " لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمداً". ويضاف إلى تلك الشروط السابقة، أن لا يكون الموصى له وارثاً للموصى.

³¹³ بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية...، المرجع السابق، ص. 381؛ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص.

51.

³¹⁴ بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية...، المرجع السابق، ص. 379-381؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 26-27.

هذا عن الشروط الواجب توافرها في الموصى له، أما عن الشروط المتعلقة بالموصى به، فقد جاء التنصيص عليها في المواد 180 و 184 و 185 و 190 و 191 و 196 من ق.أ.ج، وفي الشريعة الإسلامية، وهي تتمثل في أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث، وأيضا يشترط فيه أن يكون موجودا عند الوصية، وأن يكون مالا متقوما، وكذلك ان لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين³¹⁵.

ويضاف إلى الشروط الأخرى غير الشكلية ما يلي من الشروط:

- ألا تكون الوصية منافية لمقاصد الشرع الإسلامي .
- أن يكون الباعث على الوصية غير محرم .
- يشترط في الوصية ألا تكون في غير المباح³¹⁶.

تطرقنا في الفرع الأول إلى تعريف الوصية و شروط قيامها، و يعقبها دراسة دور السكوت في قبول الوصية في الفرع الموالي .

الفرع الثاني

دور السكوت في قبول الوصية

بداية إتفق الفقهاء بأن الصيغة للوصية هي ركن في الوصية، لكنهم اختلفوا في كون أن الموصي والموصى له و الموصى به هل هي كذلك أركان في الوصية أم لا. فذهب الحنيفة إلى أن الصيغة المنشئة للوصية فقط هي الركن أما بقية العناصر الأخرى من موصي و موصى له و موصى به، فهي ليست أركان للوصية، بل هي من لوازم وجود الصيغة لأن وجودها يستلزم أن يكون هناك موصي، و موصى له، و موصى به. بينما المالكية و الشافعية و الحنابلة قالوا إن الوصي لها أربعة أركان و هي: الموصي، الموصى له، الموصى به، و الصيغة الدالة على إنشاء الوصية.

³¹⁵ بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية....، المرجع السابق، ص.268-269-370-385؛ أنظر، قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، 24 فبراير 1991 في قضية (ب) ضد (ب)، ملف رقم 75598، المجلة القضائية، 1993، العدد الثاني، ص.62 .
³¹⁶ بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية....، المرجع السابق، ص.370-371-385 .

ولقد اختلف الفقهاء كذلك فيما تتكون فيه الصيغة، فهل تتكون من الإيجاب فقط؟ أم من الإيجاب و القبول ؟ .
وللإجابة على هذا التساؤل، سنتطرق إلى دور الإيجاب في تكوين الصيغة و دور القبول في تكوينها .

1- دور الإيجاب في تكوين الصيغة :

إذا كانت الوصية لشخص معين أو لجهة من الجهات التي لها من يمثلها شرعا أو قانونا، فذهب بعض الفقهاء من المالكية و الإمام الشافعي في رواية عنه، و الإباضية إلى أن الصيغة التي تنشأ بها الوصية تتكون من الإيجاب و القبول معا، فكلاهما ركن للوصية، فإذا وجد الإيجاب من الموصي، ولم يوجد القبول من الموصى له لا توجد الوصية. و حجتهم في ذلك أن الوصية عقد يفيد الملك، فلا يتحقق إلا بإيجاب و قبول كسائر العقود الأخرى مثل البيع و الهبة و غيرها³¹⁷ .

وذهب الجمهور إلى أن الصيغة تتكون من الإيجاب فقط، و أن القبول ليس ركنا للوصية، ثم اختلفوا بعد ذلك في أن القبول شرط و ليس بشرط: فقال بعض المالكية و الشافعية و الحنابلة والإباضة و الإمام زفر في إحدى الروايتين عنه بأن القبول ليس شرطا للزوم الوصية و لا لدخول المال الموصى به في ملك الموصى له، بل تلزم الوصية و يثبت الملك بها للموصى له بمجرد موت الموصي، و من غير توقف على القبول .

وحجتهم في ذلك إلى قياس الوصية على الإرث لأن الملك في كل منهما يثبت بالموت، فكما أن الملك في المال الموروث لا يتوقف على القبول من الوارث، فكذلك الملك في المال الموصى به لا يتوقف على القبول من الموصى له .

وقال بعض الفقهاء من المالكية في المشهور عندهم أن القبول شرط للزوم الوصية، و ليس شرطا في إفادتها للموطني له، و معنى ذلك أن إخراج الموصى به من التركة جبرا عن الورثة، وتسليمه إلى الموصى له يتوقف على قبوله الوصية و طلبه لها، و مقتضى هذا الرأي أن

³¹⁷ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.23-24؛ زهدور محمد، المرجع السابق، ص.63 .

الملك يثبت للموصي له بموت الموصي، و لكن لا يكون الموصي له الحق في القبول أو الرد، فلو مات قبل القبول و الرد قام ورثته مقامه في القبول و الرد، كما يقوم الوالي مقام الموصي له إذا لم يكن أهلا للقبول، و لا فرق في هذا الحكم بين أن يكون الموصي له مات قبل علمه بالوصية أو بعد علمه بها، و لكن يستثنى من ذلك ما إذا تبين بوجه من الوجوه أن شخص الموصى له هو المقصود بالوصية، وأن الموصي إنما أراد بوصية الموصى له بعينه، كما إذا قال أوصيت لفلان بذاته لا لغيره و لا لوراثته. ففي هذه الحالة لا يكون للورثة الحق في قبول الوصية. و بناء على هذا الرأي تتحقق الوصية بالإيجاب، و يترتب عليها أثرها، و هو الملك بمجرد وفاة الموصي، و لكنّها لا تلزم و لا يجب على الورثة إخراج الموصى به إلا بالقبول من الموصى له .

وحتتهم في ذلك أن الوصية تبرع من الموصي، و القاعدة في التبرعات أنه يكفي في وجودها شرعا ما يصدر من المتبرع وحده، و لا يلزم أن يكون ما يصدر من الطرف الآخر ركنا في العقد بل يكفي أن يكون شرطا فيه سواء كان شرطا للزومه أو لثبوت الملك به³¹⁸ .

و هذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 197 من ق.أ التي نصت على أنه: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي". فيستفاد من هذا النص أن الوصية الاختيارية تلزم بقبولها من الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، و من ثمّ فهي لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي، بل لا بد أن يقبلها صراحة أو دلالة بعد الوفاة، و من حقه أن يقبل أو يرد³¹⁹ .

وذهب بعض الفقهاء و منهم الإمام أبي حنيفة و صاحبيه إلى أن القبول شرط لثبوت الملك بالوصية للموصى له، ومعنى هذا أن القبول شرط لنفاذ الوصية، لأن نفاذ العقد هو ترتب أثره عليه، و ثبوت الملك للموصى له هو الأثر الذي يترتب على الوصية، فإذا كان القبول شرطا لثبوت هذا الملك كان معناه أنه شرط يتوقف عليه نفاذ الوصية. و حجة هذا الرأي أن الوصية من عقود التملك التي يثبت بها الملك باختيار الموصي، فيتوقف الملك الثابت بها على القبول من الموصي له، كسائر عقود التملك، وهذا بخلاف الإرث فإن الملك

³¹⁸ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.26-27.

³¹⁹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.275 .

يثبت به جبرا بدون اختيار من الوارث والمورث يجعل من الشارع الذي له ولاية الإلزام العامة، فقياس الوصية على الإرث قياس مع الفارق بين المقيس، و المقيس عليه، والقياس مع الفارق لا يصح .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اتفقوا في أن الوصية إذا كانت لأناس غير محصورين كالفقراء أو اليتامى، أو كانت لجهة من الجهات التي ليست لها من يمثلها شرعا أو قانونا فإنها تتم بالإيجاب وحده، وهو كل ما دل على رغبة الموصي في إنشاء الوصية من عبارة أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة مفهومة، ولا يتوقف تماما الوصية ولا صحتها و لا نفاذها على القبول. ذلك لأن القبول في هذه الحالة متعذر، إما لعدم وجود من يقبل الوصية، و إما لعدم إمكان القبول من الجميع ولا سبيل إلى تعيين واحد للقبول دون غيره³²⁰ .

2- دور القبول في تكوين الصيغة :

لقد اختلف الفقهاء كذلك في الكيفية التي يتم بها القبول في الوصية، إذ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القبول يكون بالقول والفعل الذي يدل على الرضا بالوصية، ومثال القول: أن يقول الموصي له قبلت الوصية أو رضيت بها. ومثال الفعل: أن يتصرف الموصي له في الموصى به تصرفا يدل على الرضا وقبول الوصية، كأن تكون الوصية بسيارة فيستعملها أو يتصرف فيها³²¹. في حين أن الحنفية ذهبوا إلى القول بأن القبول كما يكون بالقول والفعل الدال على الرضا بالوصية يكون كذلك بالسكوت وعدم الرد من الموصي له، وذلك لأن الحاجة إلى القبول إنما هي من أجل دفع الأضرار و المنة والخوف من تحمل تكاليف الموصي به غير فائدة ترجى منه، وهذا يتحقق بالسكوت وعدم الرد من الموصي له، وهذا السكوت لا يعتبر قبولا عند الحنفية إلا إذا حصل اليأس من الرد الصريح، وذلك لا يكون إلا بوفاة الموصى له³²² .

³²⁰ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق ص. 27-28 .
³²¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 18؛ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص. 20 .

³²² ابن عابدين، رد المحتار، المطبعة الأميرية، القاهرة، ص. 77 .

ويتضح مما سبق أن رأي الحنفية يقوم على أساس الاكتفاء بعدم الرد أو السكوت، ذلك أن القبول المطلوب هو عدم الرد، فيكفي القبول صراحة أو دلالة، حتى ولو أن الموصي له مات قبل أن يقبل أو يرد يثبت ملكه في الموصى به، لعدم الرد من قبله، وانتقل ذلك الملك إلى ورثته. بينما رأي الجمهور أنه لا بد من القبول بالقول، أو ما يقوم مقامه من التصرفات الدالة على الرضا، ولا يكتفى بعدم الرد، لأنه غير قبول المطلوب³²³.

ولقد أخذ القانون المصري برأي الجمهور في المادة 20 من قانون الوصية، وكذلك القانون الجزائري في نص المادة 197 من ق.أ. سالف الذكر، وكذلك في نص المادة 198 من ق.أ. بقوله: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"³²⁴.

بينما أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري برأي الحنفية، في الاكتفاء بعدم الرد وذلك في نص المادة 226 التي نصت على: "يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي و خلال ثلاثين يوماً منها أو من حين علم الموصي له بالوصية أو لم يكن عالماً حين الوفاة .

- إذا انقضت هذه المدّة و هو ساكت عالم أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد و لو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلاً، و كانت الوصية تركة عنه"³²⁵.

ومما يذكر أن القبول المعتبر قانوناً هو الذي يصدر من الموصي له إذا كان عاقلاً ورشيداً، وفيما يتعلق بالجنين والقاصر والمحجور عليه لجنون أو لعتة أو سفه أو غفلة، فإن القبول المعتبر هو الذي يصدر ممن له الولاية على ماله، وليا كان أو وصياً أو قيماً. وهذا وفق ما جاء في نص المادة 81 ق.أ. ج.

وفيما يخص وقت القبول، فإنه لا يصح القبول إلا بعد وفاة الموصي مصرّاً على وصيته، فلا عبرة للقبول ما دام الموصي حيّاً، ذلك أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة. ولم يشر الفقهاء الفورية في القبول أو الرد بل هو على التراخي، فيجوز بعد الوفاة، ولو إلى مدة طويلة. لأن الفورية إنما تشترط في العقود المنجزة التي يرتبط فيها الإيجاب بالقبول، وليست الوصية منها .

³²³ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 276 ؛محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص. 20.

³²⁴ بلحاج العربي ، الوجيز ...، المرجع السابق، ص. 276 .

³²⁵ كذلك جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 194 أنه: "الرد يجب أن يكون بعد وفاة الموصي في أجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية. و سكوت الموصى له مع سابق إعلامه بالوصية إلى انقضاء الأجل المذكور يعتبر قبولاً. فإن مات خلالها يقوم ورثته مقامه من يوم إعلامهم بالوصية".

وجاء نص المادة 197 من ق.أ.ج على صيغة العموم و الإطلاق، فلم يشترط قبول الوصية على الفور بعد موت الموصي. غير أنه يترتب على تأخير الرد إضرار بالورثة، و لهذا اشترط كل من القانون المصري في المادة 22 من قانون الوصية و القانون السوري في المادة 1/227 من قانون الأحوال الشخصية، أن يكون رد الوصية خلال ثلاثين يوماً من يوم وفاة الموصي، فإن لم يجب الموصي له بالقبول أو بالرد، اعتبر ذلك منه رداً، فتبطل الوصية ما لم يكن له عذر مقبول³²⁶.

وفيما يتعلّق بتجزئة القبول، فإذا كان الموصى له يملك حق قبول الموصى به أو رده بأكمله، فإنه كذلك يملك قدرة قبول البعض ورد البعض الآخر، فتتخذ الوصية فيما قبله وتبطل فيما رده وهذا ما هو مستقر عليه في الشريعة الإسلامية

لكن إذا مات الموصى له قبل الموصي وقبل أن يصدر القبول أو الرد منه، فلقد نص المشرع في المادة 201 ق.أ.ج بأنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها"³²⁷.

حسب ما تقدم، يظهر أن للسكوت دور في قبول الوصية و لا سيما عند علماء الحنفية، وكذلك فيما جاء في نص المادة 226 من قانون الأحوال الشخصية السوري و الفصل 194 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية سالفتي الذكر .
تعرضنا في هذا المطلب السابق إلى دور السكوت في إنشاء الوصية، و تستلزم الدراسة حسب النهج المتبع التطرق فيما بعده إلى دور السكوت في إنشاء الوقف .

المطلب الثاني

دور السكوت في إنشاء الوقف

³²⁶ بلحاج العربي، الوجيز ...، المرجع السابق، ص.277؛ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص.16؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي ...، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص.18-19.
³²⁷ بلحاج العربي، الوجيز ...، المرجع السابق، ص.281-282.

بيان دور السكوت في إنشاء الوقف ، يتم التطرق إلى تعريف الوقف وشروط قيامه (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك إلى بيان دور السكوت في قبول الوقف(الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تعريف الوقف وشروط قيامه

سيتم تناول هذا الفرع بالتطرق إلى تعريف الوقف (أولاً)، و إلى شروط قيامه (ثانياً) .

1-تعريف الوقف :

-يقصد بالوقف لغة : الحبس والمنع³²⁸ .

-أما اصطلاحاً:

ففي ضوء الشريعة الإسلامية :

أعطت المذاهب الإسلامية للوقف عدة تعاريف تدور في مجملها على أنه حبس العين على حكم ملك الواقف، و التصدق بالمنفعة على جهة الخير، أو على أنه حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف و غيره³²⁹ .

أما في ضوء القانون الجزائري :

لقد عرفت المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري الوقف على الشكل التالي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق" . و ورد تعريفه في نص المادة 31 من قانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بقانون التوجيه العقاري بأنه " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكيها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها

³²⁸ زكي الدين شعبان ، أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص. 455.
² للتفصيل أكثر حول تعريفات المذاهب أنظر، زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.455؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...؛ المرجع السابق، الجزء الثامن، ص.153-155 .

دائما .تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور³³⁰ .

بينما عرفته المادة 3 من قانون رقم 91-10 الصادر في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف بأنه: "الوقف حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على³³¹ الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير".

يتضح من التعريفات السابقة أن الوقف هو تصرف إرادي على سبيل التبرع مثل الهبة ، وهو يتم بإرادة المحبس المنفردة ، يترتب عليه إخراج العين المحبسة من دائرة التملك والتصرف بينما توجه المنفعة للجهة الموقوف عليها ، وأن الوقف هو منفعة وليس تمليكا³³² .

ويلاحظ أن عبارة "التأييد" الواردة في التعريفات السابقة للوقف لا يقصد به التأييد بمعناه اللغوي والإصطلاحي المحدود ، وإنما ينصرف إلى أبعد من ذلك ، حيث يجوز للموقوف عليه الانتفاع بمحل العين الموقوفة إلى غيره، بشرط ألا يمس بمحل الوقف وسببه .

وكذلك أن محل الوقف يمكن أن يكون عقارا أو منقولاً وذلك من خلال عموم لفظ "المال" أو "العين" التي وردت في التعريفات السالفة البيان³³³ .

بالإضافة إلى ما سبق ، فإن المادة 1/4 من قانون الأوقاف عرفته كذلك بقولها : "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة" .

فهذه المادة تؤكد أن الوقف تبرع صادر عن إرادة منفردة، هي إرادة الواقف. و بشأن مصطلح "عقد" الذي ورد فيها فإنه حسب الأستاذة زواوي فريدة أن المشرع استعمله لكونه تأثر برأي فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى الذين يطلقون لفظ "العقد" على كل تصرف من شأنه أن يترتب أثرا شرعيا -سواء كان مصدره الإرادة المنفردة أم الإرادتين المتطابقتين- فإصطلاح العقد لديهم يقابل إصطلاح التصرف القانوني³³⁴ . هذا، وإن كان

³³⁰ المادة 31 من القانون 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية ، العدد 49 ، 1990.

³³¹ المادة 3 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 1991 .
³³² عمر زيتوني ، المرجع السابق ، ص.32 ؛ عابدين مصطفى ، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة ، سنة 2006 ، العدد 59 ، ص.113.

³³³ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأمالك الوقف في الجزائر، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر، 2006 ، ص.113.
³³⁴ زواوي فريدة ، نظرات في قانون الأوقاف ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، 1995، العدد 4، ص.905.

الأستاذ رمول خالد يذهب إلى القول بأن الوقف هو عقد تبرعي من نوع خاص ، بحيث ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليه دون مقابل³³⁵ .

وزيادة عما سبق، فإن الوقف يتميز بعدة خصائص من بينها : أنه حق عيني ، فهو لا يرد إلا على حق الملكية ، بحيث بموجبه يكون للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف ، . و عليه فإن الوقف شخص معنوي له وجود³³⁶ وكذلك الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية شرعي وقانوني يبيح له التعامل مباشرة بواسطة ممثله الشرعي،و أيضا فإن الوقف هو عقد تبرعي كما سبق³³⁷ .

بعد التطرق إلى تعريف الوقف في العنصر الأول، يليه في العنصر الموالي دراسة شروط الوقف .

ثانيا- شروط الوقف :

للوقف حسب نص المادة 09 من قانون الأوقاف الجزائري أربعة أركان هي: الواقف والموقوف عليه، ومحل الوقف وصيغة الوقف . ويشترط لصحة قيام الوقف عدة شروط تتعلق بكل ركن من الأركان الأربعة المذكورة .

فيشترط في الواقف، و هو الشخص الذي أنشأ بإرادته المنفردة الوقف، أن يكون له أهلية التبرع، وأن يكون عاقلا وبالغا. و هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون الأوقاف التي نصت على: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف يتوقف على أهلية التسيير...". و أيضا يشترط في الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين، و هذا ما تضمنته المادة 2/10 من قانون الأوقاف بقولها: "... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين"³³⁸ .

³³⁵ رمول خالد ، المرجع السابق، ص 50.
³³⁶ طبقا لنص المادة 5 من قانون الأوقاف التي نصت على: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا للاعتباريين، و يتمتع بالشخصية المعنوية؛ أنظر، المادة 49 من ق.م.ج .

³³⁷ رمول خالد ، المرجع السابق ، ص.50-51؛ عابدين مصطفى ، المرجع السابق، ص. 115.
³³⁸ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الثامن ، المرجع السابق ، ص. 176-177؛ رمول خالد ، المرجع السابق ، ص. 73-74؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص. 483.

وزيادة عن ذلك فإنه يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة، و هذا ما جاء النص عليه في المادة 1/10 من قانون الأوقاف التي ورد فيها ما يلي: "... أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا"، ولنص المادة 216 من قانون أ.ج كذلك التي جاء فيها: " يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف..."³³⁹.

ويشترط من جهة أخرى في محل الوقف و هو العين الموقوفة أو الشيء الموقوف، أن يكون مالا متقوما، و أن يكون معلوما. و هذا ما اشترطه المشرع الجزائري في المادة 2/11 من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "... يجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا"، وكذلك حسب ما جاء في نص المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: " يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا".
ويشترط فيه أيضا أن يكون مفرزا و مشروعاً³⁴⁰.

بينما يشترط في الموقوف عليه و هو الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة للانتفاع بها، أن يكون شخصا معلوما و موجودا وقت الوقف، و هذا ما ورد النص عليه في المادة 1/13 من قانون الأوقاف . غير أن المشرع الجزائري بعد التعديل الذي جاء به في القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002³⁴¹، تناول فيه تعديل المادة 13 من قانون 91-10، حيث اقتصر في نصها على أن الموقوف عليه هو شخص معنوي وحذف بذلك الفقرة التي كانت تخص الشخص الطبيعي، وذلك بقولها: " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

ويستلزم أيضا أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك عند جميع الفقهاء³⁴².

³³⁹ رمول خالد، المرجع السابق، ص72-73-76؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص. 176؛ أنظر، قرار المحكمة العليا، 28 سبتمبر 1993، ملف رقم 94323، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994، ص. 76 .
رمول خالد، المرجع السابق، ص. 78-79؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص. 489؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص. 185؛ عابدين مصطفى، المرجع السابق، ص. 79-83 .
³⁴¹ قانون رقم 02-10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002، يعدل ويتم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 83، سنة، 2002.
³⁴² عابدين مصطفى، المرجع السابق، ص. 122؛ رمول خالد، المرجع السابق، ص. 84-85؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ...، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 190-192 .

وبشأن الشروط المتعلقة بالصيغة، و هي ما يعبر الواقف به عن إرادته، فيشترط أن تكون الصيغة تامة و منجزة. و معنى هذا أن تكون إرادة الواقف مفرغة في الصيغة الدالة على وقفه دلالة تامة ومنجزة غير مبهمه أو غامضة .

ويقصد بالصيغة المنجزة في هذا الصدد هي التي تدل على إنشاء الوقف، وترتب آثاره في الحال، أي في وقت صدورها³⁴³ .

وكذلك يشترط في الصيغة التأييد، حيث لا يصح الوقف عند جمهور الفقهاء من غير المالكية بما يدل على التأقيت بمدة، لأنه إخراج مال وجه القرية، و لذلك لا بد أن تشتمل الصيغة على معنى التأييد. فإن اقترنت صيغة الوقف بما يفيد التأقيت، كما إذا قال الواقف : وقفت أرضي هذه على الفقراء أو المستشفى عشر سنين مثلا، لا يكون الوقف صحيحا. غير أن المالكية لم يشترطوا التأييد في الوقف³⁴⁴ .

³⁴³ رمول خالد ، المرجع السابق ، ص. 91؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 91 .
³⁴⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص. 204-205؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص. 513 .

وأخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور، وذلك في نص المادة 28 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: " يبطل الوقف إذا كان محمدا بزمن"، وكذلك من خلال نص المادة 213 من قانون الأسرة السالفة الذكر³⁴⁵.

زيادة عن ذلك، يشترط في الصيغة أن لا تقتزن بشرط باطل. و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف التي نصت على فيها: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط ، يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف³⁴⁶ ".

ما سبق ذكره، يخص تعريف الوقف و شروط قيامه، و يليه دراسة دور السكوت في قبول الوقف في الفرع التالي .

الفرع الثاني

دور السكوت في قبول الوقف

كما سبق ذكره، لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أركان الوقف وفي انعقاده . فذهب الحنفية إلى أن ركن الوقف هي الصيغة فقط ، والصيغة تتمثل فقط في الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف . ويكون الوقف بناء عليه كالوصية تصرفا يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف نفسه، وهي التي يعبر عنها بإيجاب الواقف . أما الجمهور كما سبق يرون أن للوقف أربعة أركان هي : الواقف والموقوف، والموقوف عليه والصيغة.

وبالنسبة لقبول من الموقوف عليه : فليس ركنا في الوقف عند الحنفية على المفتى به ، والحنابلة كما ذكر القاضي أبو يعلى ، ولا شرطا لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه ، سواء أكان الموقوف عليه معينا أم غير معين . فلو سكت الموقوف عليه، فإنه يستحق الوقف ، فيصير الشيء وقفا بمجرد القول ، لأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يطلب فيه

³⁴⁵ رمول خالد ، المرجع السابق ، ص.92.

³⁴⁶ رمول خالد ، المرجع السابق ، ص.92-93؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، المرجع السابق، ص.513 .

القبول ، كالتق. لكن إذا كان الموقوف عليه معيناً ، كالوقف على خالد ، ورد الوقف ، فلا يستحق شيئاً من ريع الوقف للواقف و إنما ينتقل إلى من يليه ممن عينه الواقف بعده متى وجد، فإن لم يوجد عاد الموقوف للواقف أو لورثته إن وجدوا وإلا فلخزانة الدولة ، ولكن لا يبطل الوقف برده . ولقد أخذ القانون المصري رقم 48 لسنة 1946 في المادة 9 منه بهذا الرأي، حيث لم يجعل القبول شرطاً للاستحقاق³⁴⁷ .

ويذهب بعض علماء من الشافعية إلى ما ذهب إليه الحنفية في أن القبول الصريح ليس شرطاً لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه ، بل الشرط هو عدم الرد. فإذا صدر الإيجاب من الواقف ، وعلم به الموقوف عليه وسكت ، فلم يقبل ولم يرد اعتبر سكوته قبولاً للوقف دلالة ، وكان الوقف صحيحاً ، واستحق الموقوف عليه الموقوف وغلته ، وإن لم يصدر منه قبول صريح³⁴⁸ .

بينما يعدّ القبول عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة ركناً إذا كان الوقف على معين إن كان أهلاً للقبول، و إلا فيشترط قبول وليه . وبمفهوم آخر يرى المالكية والشافعية أن قبول الموقوف عليه المعين شرط لصحة الوقف وللاستحقاق فيه ، إن كان أهلاً للقبول ، فإن لم يكن أهلاً للقبول قام وليه مقامه في ذلك، فإذا قبل الموقوف عليه أو وليه الوقف صح وثبت الاستحقاق فيه ، وإن لم يقبل الموقوف عليه ولا وليه الوقف ، فإنه ينتقل لمن يليه إن كان الواقف قد ذكر جهة ثانية ، فإن لم يكن الواقف قد ذكر مستحقاً بعد الموقوف عليه انتقل الاستحقاق إلى الفقراء والمساكين . وقد اشترطت المادة 9 من القانون المصري قبول الممثل القانوني إذا كان الوقف على جهة لها من يمثلها قانوناً كالأزهر والجامعة³⁴⁹ .

غير أن الفقهاء اتفقوا على أن القبول ليس ركناً للوقف، وليس شرطاً لصحته ولا للاستحقاق فيه إذا كان الموقوف عليه غير معين كالفقراء والمساكين ، أو كان جهة من جهات البر والخير كالمسجد أو المؤسسة العلمية، لأن القبول متعذر في هذه الحالة فسقط اعتباره، فينشأ الوقف فقط بإيجاب الواقف³⁵⁰ .

³⁴⁷ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، ص. 159-160.

³⁴⁸ زكي الدين شعبان ، أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص. 481.

³⁴⁹ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، ص. 160؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1971، ص. 59-60.

³⁵⁰ زكي الدين شعبان ، أحمد الغندور ، المرجع السابق ، ص. 480.

وقد أخذ المشرع الجزائري، كما سبق بيانه، برأي الجمهور في الاعتداد بأن للوقف أربعة أركان وذلك حسب المادة 9 من قانون الأوقاف .

وبالنسبة لقبول الموقوف عليه المعين و بالذات الشخص الطبيعي ، فاعتبر المشرع الجزائري القبول شرطا لصحة الوقف ولاستحقاق الشخص الطبيعي له، وذلك في نص المادة 2/13 من قانون الأوقاف لسنة 1991 بقولها : "فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله...". وأن عدم قبول الشخص الطبيعي للوقف لا يبطل الوقف الخاص ، بل يجعله وقفا عاما، وذلك بمقتضى نص المادة 7 من قانون الأوقاف³⁵¹ .

ولكن بعد تعديل قانون الأوقاف في 2002 بموجب القانون رقم 02-10، اقتصر المشرع الجزائري الموقوف عليه في الشخص المعنوي فقط ، وألغى نص المادة 7 من قانون الأوقاف لسنة 1991 .

واشترط في هذا الموقوف عليه³⁵² أن لا يشوبه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. غير أن المشرع الجزائري لم يتطلب القبول من الشخص المعنوي بواسطة ممثله وكذلك لم يشترط في الوقف العام قبول الموقوف عليه، رغم أنه من الممكن تصور قبول الجهة الخيرية بواسطة ممثلها . مما يفيد أن مشرعنا اعتبر الوقف تصرفا بالإرادة المنفردة ، يكفي لقيامه بإيجاب الواقف فقط³⁵³ . وعليه سكوت الموقوف عليه يعتبر قبولا للوقف ، و يستحقه.

يلاحظ في النهاية أن سكوت الموقوف عليه في قبول الوقف عند علماء الحنفية والحنابلة ، يفسر على أنه قبول للوقف ، وبه يتم إنشاؤه ، وذلك إذا ما كان الموقوف عليه معينا . أما إذا كان الموقوف عليه غير معين، فإنه عند جميع الفقهاء ينشأ الوقف بإيجاب الواقف وحده دون قبول ، وكذلك في التشريعات العربية التي أخذت بذلك .

هذا بشأن ما يتعلق بدور السكوت في تكوين التصرف القانوني، و ينبغي بعده دراسة دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في إنهاءه، و ذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة .

³⁵¹ جاء فيها: "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم" .

³⁵² أنظر، المادة 13 المعدلة بموجب قانون 02-10 من قانون الأوقاف.

³⁵³ زاواوي فريدة، المرجع السابق ، ص. 905 ؛ عابدين مصطفى ، المرجع السابق ، ص. 122 .

≈ +

دور السكوت في تعديل التصرف القانوني
وفي إنمائه

لقد سبق الطرح في الشق الأول من هذه الدراسة لموضوع دور السكوت في التصرفات القانونية إظهار دوره في تكوين التصرف القانوني، أي في إنشائه لأول مرة. و لكن السكوت لا ينحصر دوره فقط في إنشاء التصرف بل له أدوار أخرى. و في هذا الشق الثاني من الدراسة لهذا الموضوع، سيتم إظهار هذه الأدوار الأخرى، و التي تتمثل في تعديل التصرف القانوني و في إنشائه. و ذلك من خلال بيان دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في تعديل شروط تنفيذه (المبحث الأول)، و دوره في إنهاء التصرف القانوني (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في تعديل شروط تنفيذه

هذا المبحث نتناوله بالتعرض إلى دور السكوت في تعديل التصرف القانوني (المطلب الأول)، و إلى دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور السكوت في تعديل التصرف القانوني

إذا كان التصرف القانوني هو أعمال الإرادة و اتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين، والمتمثل في كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنشائه .
وإذا كان للإرادة دور أساسي في إنشاء العقد كعنصر قانوني، فيشترط توافر الرضا عند إبرام العقد. و إن كان كما سبق للسكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة دور في إنشاء التصرف القانوني، و بالذات العقد. فإن للسكوت في تعديل هذا التصرف القانوني دورا من خلال ما يحمله من مضمون في ذلك، و كذلك من خلال الحالات التي يظهر فيها في بعض العقود .

ولهذا سيتم معالجة هذا المطلب بالتعرض إلى مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و شروط إجرائه (الفرع الأول)، و إلى تطبيق لحالة دور السكوت في تعديل التصرف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و شروط إجرائه

نتعرض لهذا الفرع من خلال عنصرين : مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني (أولاً)، و من خلال شروط إجرائه (ثانياً).

أولاً: مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني

إذا كان السكوت يلعب دوراً في إنشاء العقد، فإن له دوراً آخر في تعديله، ويتمثل هذا الدور أو المضمون في الحالات التي يرغب فيها أحد المتعاقدين في إجراء تعديلات على العقد، أو اضطر إلى هذا التعديل، و لكن التزم المتعاقد الآخر السكوت و الصمت، فإن هذا السكوت الذي يوجد عند تعديل العقد لا يختلف في مدلوله و معناه عن السكوت عند تكوين العقد .

ويستوي في هذا التعديل أن يكون من طلبه، هو أحد الطرفين في العقد، أم أنه مفروضاً من طرف على آخر. كما يستوي في هذا الشأن أن يكون المتعاقد قد ظل ساكناً عندما طلب منه تعديل العقد ، أم أنه كان في مواجهة واقعة معينة تدعو إلى تعديل العقد، فالتزم الصمت و لم يجب،¹ أي لم يبد رأيه صراحة فيه .

وعليه يظهر مضمون دور السكوت في تعديله من خلال التعديلات التي يطلبها أحد المتعاقدين من الآخر، و يلتزم هذا الطرف الآخر السكوت، و كذلك إذا اضطر إلى التعديلات، إلا

¹M.-J.LITTMAN.op.cit.p.259,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 167-168 .

أنه التزم الصمت والسكوت. فهنا يلعب هذا الأخير دوره بأن يعدّل هذا التصرف بالرغم من عدم صدور موافقة صريحة من الشخص الساكت، فيعتبر سكوته قبولا بهذا التعديل .

بعد عرض مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني، يتبعه بيان شروط إجراء التعديل في التصرف القانوني .

ثانيا: شروط إجراء التعديل في التصرف القانوني

حتى يرتب السكوت تعديلا في التصرف القانوني لا بد من توافر شروط يمكن إجمالها فيما يلي :

1- أن يوجد عقد قائم بين المتعاقدين، و أن يطلب أحد طرفيه تعديله، أو أن يضطر أحدهما إلى التعديل .

2- أن يلتزم أحد المتعاقدين السكوت إزاء هذه التعديلات .

3- أن يكون هذا السكوت سكوتا غير مجرد، أن يكون سكوتا ملابسا ينطق بموافقه على هذا التعديل .

4- أن يتم التعديل بالطرق المشروعة، و بصورة واضحة غير خفية، أي أن يكون التعديل وفق القانون و تكون عناصر التعديل واضحة لطرفي العقد. و إذا كانت عكس ذلك بان وقع التعديل بطرق غير مشروعة و بصورة خفية، كان باطلا، لمنافاته لمقتضى حسن النية الذي هو واجب يقع على الطرفين في التعامل² .

هذه هي مختلف الشروط التي يلزم توافرها في السكوت المعدل للتصرف القانوني، و بالذات في العقد .

تناولنا في الفرع السابق مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و شروط إجرائه، و سنتعرض بعده إلى تطبيق لحالة دور السكوت في تعديل التصرف القانوني .

² -M.-J.LITTMAN,op.cit.p.259,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 168 .

الفرع الثاني

تطبيق لحالة دور السكوت في تعديل التصرف القانوني

يتمثل هذا النموذج لدور السكوت في تعديل التصرف القانوني، في دوره في تعديل عقد التأمين. و سيتم تناول هذا الفرع بالتطرق إلى محتوى التعديل في عقد التأمين (أولاً)، و إلى الشروط الشكلية لطلب التعديل في عقد التأمين (ثانياً) .

أولاً: محتوى التعديل في عقد التأمين

بداية و قبل الخوض في دراسة دور السكوت في تعديل عقد التأمين، فإن عقد التأمين حسب نص المادة 2 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات في الجزائر هو: "إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المعين في العقد و ذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى"³.

ولقد أضاف القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 لهذا التعريف السابق ما يلي "إضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، يمكن تقديم الأداء عينياً في تأمينات "المساعدة" و"المركبات البرية ذات محرك" "⁴ .

فهذا التعريف لعقد التأمين يبرز العلاقة القانونية و التعاقدية التي ينشئها التأمين، و هو ينظم علاقة قانونية بين طرفين يسمى أحدهما المؤمن له، و هو الطرف الذي يكتب التأمين والذي يتعرض لخطر ما في ماله أو في شخصه، والثاني هو المؤمن ، وهو الذي يتعهد بتغطية هذا الخطر عند حدوثه مقابل ما يتلقاه من أقساط من المؤمن له. و يمكن أن يشترط هذا الأخير أن يدفع المؤمن مبلغ التأمين لشخص آخر يعين في العقد كأولاد المؤمن له أو والديه أو زوجه ،ويسمى هذا الشخص بالمستفيد .

³ عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، "التأمينات البرية"، الطبعة الثالثة، مطبعة رذكول، الجزائر، 2002، ص.12.

⁴ المادة 2 من أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 15 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، 1995 العدد13؛ قرار للمحكمة العليا ، 21 جانفي 1992، ملف رقم 77555، المجلة القضائية، العدد الثاني ، 1992، ص.11.

والعقد الذي يربط بين المؤمن و المؤمن له هو عقد رضائي ملزم للجانبين، و احتمالي وزمني، وهو كذلك من عقود الإذعان و من عقود حسن النية. و هذه هي مختلف خصائص عقد التأمين⁵. و ينعقد عقد التأمين بمجرد تبادل الإيجاب و القبول و تطابقهما من قبل المؤمن و المؤمن له لكونه من العقود الرضائية .

وعلى كل شخص يرغب في التأمين على خطر ما و سواء تعلق الأمر بالتأمينات البرية أو البحرية أو الجوية، يتعين عليه أولاً تقديم طلب للمؤمن. أو قد يكون الإقتراح من طرف المؤمن . و هذا الطلب يتمثل في ورقة مطبوعة يعدّها المؤمن لهذا الغرض مسبقاً، و تحتوي على عدد من الأسئلة يجب عليها المؤمن له، لذلك سميت بإقتراح التأمين .

وليس لهذا الطلب أية قوة إلزامية، فلا هو إيجاب من المؤمن له و لا هو إيجاب من المؤمن. بل هو مجرد وسيلة إعلام يسترشد بها المؤمن. و على ضوء البيانات الواردة فيها يمكنه تقدير القسط الذي يلتزم بدفعه المؤمن له و مبلغ التأمين الذي يلتزم هو بدفعه .

وهذا وفق ما جاء في نص المادة 8 من الأمر 95-07 لسنة 1995 المتعلق بالتأمينات التي بينت بوضوح عدم ترتيب طلب التأمين لأي التزام على طرفيه، وذلك بنصها في الفقرة الأولى على ما يلي: "لا يترتب على طلب التأمين التزام المؤمن له و المؤمن إلا بعد قبوله، و يمكن إثبات إلتزام الطرفين إما بوثيقة التأمين و إما بمذكرة تغطية التأمين أو بأي مستند مكتوب وقعه المؤمن" .

و يتم تحرير عقد التأمين حسب نص المادة 8 السالفة البيان في مذكرة تغطية التأمين، وهذه الوثيقة تثبت وجود التأمين، و هي مذكرة مؤقتة تسلم للمؤمن له في انتظار البت والفصل النهائي لتغطية الخطر و إعداد وثيقة التأمين التي يجر فيها عقد التأمين بصفة عامة .

ولا يشترط شكل خاص في هذه المذكرة، بل يكفي أن يكون موقعا عليها من المؤمن، وأن تتضمن العناصر الجوهرية للعقد كنوع الخطر المؤمن عليه و تحديد القسط و مبلغ التأمين ومدة التأمين وتاريخ بدايته⁶.

⁵ المادة 2 من قانون رقم 04-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 و المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، 2006 العدد 15.

⁶ عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص.86-88.

ووثيقة التأمين "Police d'assurance" هي المحرر المكتوب الذي يتضمن عقد التأمين بصفة نهائية. ويعد المؤمن هذه الوثيقة وفق نموذج تكون عادة البيانات العامة منه مطبوعة، ويكمل بالشروط الخاصة المتعلقة بطرفي العقد و بالخطر و مقدار القسط و مبلغ التأمين. و تعد هذه الوثيقة وفق نموذج تؤشر أو تفرضه إدارة الرقابة، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 1/227 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات التي تضمنت أنه: " تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامها لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية"⁷.

ويجب أن يحرر عقد التأمين حسب نص المادة 7 من نفس الأمر كتابيا و بحروف واضحة، ويجب أن يحتوي هذا العقد على توقيع الطرفين المكتبتين و على البيانات التالية :

-إسم كل من الطرفين المتعاقدين و عنوانهما .

-الشيء أو الشخص المؤمن عليه .

-طبيعة المخاطر المضمونة .

-تاريخ الاكتتاب .

-تاريخ سريان العقد و مدته .

-مبلغ الضمان .

-مبلغ قسط أو اشتراك التأمين⁸.

ويطراً على عقد التأمين كغيره من العقود تعديلات تشمل العناصر المكونة له.

ويظهر محتوى دور السكوت في تعديل عقد التأمين في قبول هذه التعديلات. فلقد جاء في قانون التأمين الفرنسي الصادر في 13 جويلية 1930 في المادة 7 من فقرتها الثانية النص على ذلك، و بعد تعديل هذا القانون بموجب المرسومين رقم 666/76 و رقم 667/76 الصادرين بتاريخ 21 جويلية 1976، أصبحت المادة 2/7 من قانون 1930 تحمل رقم L.112-2، ولا زالت هذه المادة سارية المفعول بالرغم من التعديل الصادر في 15 ديسمبر 2005 بموجب القانون رقم 1564-2005 لقانون التأمين الفرنسي .

⁷ محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 168؛ عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص. 89-

90.

⁸ معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 66.

ولقد تضمنت المادة 2-112 L. بأنه يعتبر قبولاً العرض الذي يقوم به المؤمن له بخطاب موصى عليه يطلب فيه امتداد العقد أو تعديله أو إعادة سريانه، إذا لم يرفض المؤمن العرض في خلال عشرة أيام من تاريخ الإخطار، و هذه المادة لا تشمل التأمين على الحياة⁹.

ويعتبر هذا النص استثنائياً، و هو يجعل للسكوت دوراً من الناحية القانونية، بحسب جانب ، و أنه مخالف للقواعد العامة، التي¹⁰ A.BESSON من الفقه الفرنسي و من بينه الفقيه الفرنسي تقضي في الأصل باعتبار السكوت رفضاً. و هذا النص الاستثنائي لا يجوز التوسع فيه و لا يقاس عليه، و يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً.

في الواقع أن الحياة العملية، و ما تتطلبه من حاجيات، تقتضي أن يعطى للسكوت دوراً، وأنه يجب الرجوع إلى حالات السكوت الملابس، التي يعتبر فيها هذا السكوت قبولاً، و ذلك تفادياً لما قد يحدث من إخلال خطير، يرد على الحرية التعاقدية أو على الامتناع المشروع عن التعاقد .

ولقد حاول المتخصصون في التأمين، تبرير هذا الاستثناء، مستندين إلى أساسين: أحدهما فقهي، و الآخر قضائي، مبناهما وجود المعاملات السابقة بين المتعاقدين، و قالوا إن جميع حالات السكوت الملابس، تعطينا أساساً صحيحاً، و يضيفون إلى ذلك أن عقد التأمين من عقود الإذعان التي يكون فيها أحد المتعاقدين و هو المؤمن له مذعناً للطرف الآخر .

ومن أجل هذا فقد يعتبر المؤمن سكوت المؤمن له كرفض، و قد يفسر على أنه قبول على¹¹. ضوء الظروف الملابس التي أحاطت بالسكوت

⁹ L'ARTICLE 112-2 du code d'assurance dit « ...Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui soit parvenue.

les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux assurances sur la vie ».

¹⁰ A.BESSON, le contrat d'assurances, T. 7, 2ème édition, 1954, p.357,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 169.

¹¹ M.-J.LITTMAN, op.cit., p.262,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 169-170.

ويلزم توافر شروط لتطبيق المادة 2-112 L من قانون التأمين الفرنسي، والتي تتمثل في :

- 1- أن يكون هناك عقد تأمين، قد أبرم بين المؤمن أو شركة التأمين و المؤمن له .
- 2- أن يكون العقد قد استوفى أركانه و شروطه .
- 3- أن تتوافر الشروط الشكلية، كقيام المؤمن بإرسال خطاب أو رسالة موصى عليها للمؤمن له موضحة به الأسباب التي من أجلها يطلب التعديل في شروط العقد .
- 4- سكوت المؤمن بالنسبة للشروط التي عرض المؤمن له تعديلها، و عدم اعتراضه عليها أكثر من 10 أيام من تاريخ إخطاره .

هذا و يعتبر التعديل الذي يطراً على العقد بعد انعقاده، بمثابة إيجاب جديد إذا قبله الطرف الآخر صراحة أو ضمناً أو بطريق السكوت، تم التعديل و سرت أحكام العقد الجديد .
ومثل هذا ما يحدث في حالة زيادة المخاطر عما كانت عليه وقت إبرام عقد التأمين. فيطلب المؤمن زيادة في قسط التأمين، أو زيادة المبلغ المؤمن به، فيسكت المؤمن له، و لا يعترض على ذلك، و يستمر في دفع الأقساط، أو أن يقوم بدفع مبلغ التأمين المطلوب بالزيادة¹².

وإذا كانت زيادة المخاطر أمراً يدعوا إلى التعديل في شروط عقد التأمين، فإنها على العكس قد تنقص و قد تتغير طبيعة الخطر، ففي مثل هذه الحالات هناك خطر جديد، و ليس تعديل في الخطر، و في هذه الحالة إذا قام المؤمن بالتأمين على هذه المخاطر الجديدة، معدلاً في شروط العقد، و سكت المؤمن له، فإن سكوته يعتبر قبولاً¹³.

وأيضاً سكوت المؤمن له يعتبر بدوره قبولاً، طالما أنه كان على علم بهذه المخاطر، فخطر السرقة أو تلف الأشياء المؤمن عليها، قد يزداد كل منهما، فيحدث تغييراً في المخاطر، مما يترتب عليه التعديل في شروط عقد التأمين، فسكوت المؤمن له بعد علمه بقيام المؤمن بهذا التعديل يعتبر قبولاً .
ولما كان المشرع الفرنسي في المادة السالفة الذكر، لم يستبعد التأمين على المخاطر، و من ثم فإنه إذا قامت شركة التأمين بالتعديل في قسط التأمين أو طلبت زيادة المبلغ المؤمن به، و سكت المؤمن له، اعتبر السكوت قبولاً¹⁴.

¹² Y.-L.FAIVRE , Droit des assurances , 10 édition, D., Paris , 1998, p. 180 ; M.-J.LITTMAN, op .cit. , p.262, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 170.

¹³ Cass. civ. , 4 mars, 1986, Bull.civ.n°44, cité par G.WIEDERKEHR, X.HENRY,A.TISSERAND ,code civil,103 édition ,Daloz, Paris,2004,p.877 ;Cass. Civ.,11 octobre 1994, D, 1995, cité par C.LARROUMET, op. cit., p. 228 .

¹⁴ A.BESSON, op. cit.,p.357; M.-J.LITTMAN, op. cit. , p.266-267,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 171 .

من أجل هذا و رعاية لحسن نية المؤمن له ، يجب تفسير نص المادة L. 112-2 من قانون التأمين الفرنسي حسب الأستاذ A.BESSON تفسيراً واسعاً ، بحيث يشمل جميع التعديلات الطارئة بعد إنعقاد العقد .

فنقل البضائع من أماكنها إلى مكان أكثر خطورة ، يعتبر تعديلاً للأخطار ، يترتب عليه توسيع نطاق هذه المخاطر ، و يعتبر هذا بدوره تطبيقاً صحيحاً لحكم القانون¹⁵ .
كما يجوز أن يدرج في وثيقة التأمين شرط يخول للشركة فسخ العقد أو إنقاص المدة ، و يمكن أن يتم قبول ذلك بسكوت الطرف الآخر في العقد ، و ذلك في الحدود القانونية.
ويلاحظ الأستاذ M.- J.LITTMAN أن حرفية النص السابق ، لا تسمح بحلول ليست في صالح المؤمن لهم ، و أنه من التحكم أن تبحث عن إدخال قيود ، أو أن تضع حدوداً على قاعدة السكوت قبول .

وتبدو هذه القيود حسب رأيه منطقية بالنسبة للمتخصصين، إلا أن العملاء قد وضعوا ثقتهم في القانون ، فلا يقبل أن توضع قيوداً ليست في صالحهم ، أو أن يفاجأ العملاء بمخاطر غير مقبولة، فالمؤمن له يعلم بالخطر الذي يقع على عاتقه ، فعليه أن يدفع قيمة تزايدته و تفاقمه و هو ساكت¹⁶ .

أما بالنسبة للتشريع المصري ، فكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن في نص المادة 1062 منه على نص مشابه لنص المادة L. 112-2 من قانون التأمين الفرنسي ، و جاء في نص المادة 1062 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أنه : " يعتبر الطلب المرسل بكتاب موصى عليه من المؤمن عليه في مركزه الرئيسي ، متضمناً امتداد العقد أو تعديله أو سريانه بعد وقفه ، قد قبل إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب في ظرف عشرة أيام من وقت وصول الكتاب إليه ... " . و أخذت بمضمون هذه المادة ، المادة 10 من مشروع الحكومة التي ورد فيها أنه : " في التأمين من الأضرار يعتبر قبولاً الطلب المرسل بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول من المؤمن له إلى المؤمن في مركزه الرئيسي ، متضمناً امتداد العقد أو تعديله ، و هذا بشرط أن يكون المؤمن له قد قام بأداء

¹⁵ محكمة النقض الفرنسية ، 18 أكتوبر 1954 ، (R.G.A.T) ، ص. 389 ؛ نقض مدني فرنسي في 26 جوان 1961 ، (R.G.A.T) ، 1962 ، ص. 172 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 172 .

¹⁶ - M.-J.LITTMAN , op , cit., p .272-274,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.173.

الأقساط المستحقة عن المدة الماضية ، و ذلك ما لم يتم المؤمن بإبلاغ المؤمن له خلال الخمسة عشر يوما التالية لوصول الكتاب بعدم الموافقة على الامتداد أو التعديل " 17.

فهذا النص الأخير تضمن أن سكوت المؤمن بعد مرور الخمسة عشر يوما التالية لوصول الكتاب الموصى عليه المرسل من طرف المؤمن له المتعلق بامتداد عقد التأمين أو تعديله ، أي أنه يمكن اعتبار سكوت المؤمن مدة كافية عن الرد على الإيجاب الذي تقدم به المؤمن له في شأن الملحق قبولا من المؤمن ، يتم به انعقاد الملحق. و تكون مدة 15 يوما الواردة في النص السابق مدة كافية لذلك¹⁸ ويقصد في هذا المقام بملحق وثيقة التأمين الاتفاق على بعض التعديلات في شروط الوثيقة الأصلية (وثيقة التأمين) المثبتة لعقد التأمين ، و التعديل الذي يتضمنه الملحق لا يتم إلا بموافقة المؤمن و المؤمن له ، و قد يتعلق بزيادة مبلغ التأمين أو مدة العقد ، أو تغيير المخاطر المؤمن منها، أو إدراج شروط جديدة بالوثيقة ؛ أو تغيير المستفيد ، و يسري على الملحق ما يسري على وثيقة التأمين من أحكام موضوعية و شكلية¹⁹.

ولقد تناول المشرع الجزائري النص على ملحق التأمين في المادة 9 من الأمر 95-07 بقولها أنه : " لا يقع أي تعديل في عقد التأمين إلا بملحق يوقعه الطرفان " 20.

كما تناول أيضا مشرعنا النص على حالة السكوت المعتبر قبولا في تعديل عقد التأمين، وذلك في نص المادة 2/9 من قانون رقم 80-07 لسنة 1980 المتعلق بالتأمين و التي جاء فيها : "ويعد الطلب مقبولا ، إذا قدم في رسالة موصى عليها ، يعبر فيها الطالب عن رغبته في تمديد عقد معلق أو إعادة سريان مفعوله ، أو تعديل عقد على مدى الضمان و مبلغه إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب خلال عشرين (20) يوما من تاريخ تبليغه ، و لا تنطبق هذه الفقرة على تأمينات الأشخاص"

وبعد صدور الأمر 95-07 لسنة 1995 نص على أحكام الفقرة السابقة، و لكن في المادة 2/8 منه و التي جاء فيها : " و يعد الإقتراح مقبولا إذا قدم في رسالة موصى عليها يعبر فيها الطالب عن رغبته في تمديد عقد معلق أو إعادة سريان مفعوله أو تعديل عقد بخصوص مدى الضمان ومبلغه

¹⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، " عقود الغرر و عقد التأمين " ، المجلد السابع ، دار النهضة العربية القاهرة ، (بدون سنة طبع) ، ص 1214.

¹⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، ص 1214 ؛ رمضان أبو السعود، أصول التأمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2000، ص 440.

¹⁹ - محمد حسين منصور ، أحكام قانون التأمين ، المرجع السابق ، ص 171 .

²⁰ - عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص 95 .

إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب خلال عشرين (20) يوما من تاريخ إستلامه ، ولا تنطبق أحكام هذه الفقرة على تأمينات الأشخاص "

ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد بين متى يعد مقبولا تمديد عقد التأمين المعلق أو إعادة سريان مفعوله أو تعديله فيما يتعلق بمدى الضمان أو مبلغ التأمين²¹ ، و أنه يستفاد قبول المؤمن إذا لم يرفض الطلب المقدم إليه من المؤمن له خلال عشرين يوما من تاريخ استلامه أي أنه يعتبر سكوته و عدم رفضه قبولا لذلك الطلب المتضمن تمديد عقد التأمين المعلق أو إعادة سريان مفعوله أو تعديل العقد.

ويشترط لتطبيق نص المادة 2/8 من الأمر 95-07 ما يلي :

- 1- أن يكون هناك عقد تأمين بين المؤمن و المؤمن له
- 2- أن يكون التأمين تأمينا على الأضرار ، و يستبعد في هذا المقام التأمين على الأشخاص، إذ في هذا الأخير لا يتم التعديل بمرور العشرين يوما دون إعلان المؤمن رفضه ، بل يبقى التعديل متوقفا على إضافته في الملحق المنصوص عليه في المادة 1/9 السالفة البيان .
- 3- أن يقدم المؤمن له طلبه المتمثل في تمديد عقد التأمين المعلق أو إعادة سريان مفعوله أو تعديل عقد التأمين ، برسالة موصى عليها .
- 4- أن يلتزم المؤمن السكوت تجاه الطلب أو الاقتراح مدة أكثر من 20 يوما من تاريخ استلامه للاقتراح²².

بعد إيضاح و إظهار دور السكوت و محتواه في تعديل عقد التأمين، سنتعرض بعد ذلك إلى دراسة الشروط الشكلية لطلب التعديل في عقد التأمين .

ثانيا: الشروط الشكلية لطلب التعديل في عقد التأمين

يتطلب الأمر حتى يعتبر سكوت المؤمن مدة معينة قبولا على الطلب المقدم إليه من قبل المؤمن له الخاص بتعديل العقد، شروط شكلية في الطلب .

²¹- إبراهيم أبو النجا ، التأمين في القانون الجزائري ، الجزء الأول ، الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد الصادر بتاريخ 9 أوت سنة 1980 ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص. 173 .
²²- عبد الرزاق بن خروف ، المرجع السابق ، ص.96 .

و يقضي قانون التأمين الفرنسي بأن الشكل المعتاد للطلب هو إرسال رسالة أو خطاب موصى عليه « lettre recommandée » موضحا به بيان من وجه إليه الإيجاب، و للأخير أن يرسل خطابا إلى مقر شركة التأمين بموافقة على التعديل في شروط العقد أو بعدم موافقته، وللمؤمن في حالة قبول المؤمن له للتعديل أن يتخذ في خلال عشرة أيام قرارا بالقبول ، فإذا سكت حتى إنقضت المدة ، إعتبر سكوته قبولا .

وقد حمى المشرع الفرنسي كذلك في قانون التأمين المؤمن له ضد ما قد يثار من شك حول سكوته، فاعتبر سكوته قبولا لما أجراه المؤمن من تعديل دون أن يعترض عليه ، و قد إستهدف المشرع الفرنسي بذلك إقامة التوازن العادل بين الطرفين . و هذه محاولة لتجنب ما قد يقال من أن القانون لا يحمي الشخص الساكت ، أو لا يقف بجانبه ، فإشترط إعداره ، حتى تتاح له الفرصة في أن يعبر عن إرادته في التعديل .

وإذا حدث رفض في خلال العشرة أيام المذكورة في نص المادة 2-112.L المذكورة ، كان هذا الرفض صحيحا²³ .

ومن الناحية العملية ، فإنه يكفي أن يحدد المؤمن إجابته قبل إنتهاء العشرة أيام المذكورة، والصعوبة في هذا الشأن تظهر في رفض المؤمن إتخاذ الإحتياطات ضد زيادة المخاطر، وضمان المخاطر الجديدة.

وحتى يمكن القول بإعتبار سكوت المؤمن قبول للتعديلات الناجمة عن زيادة المخاطر²⁴ . أو إنقاصها ، يشترط أن يكون السكوت نهائيا

فلقد حكم القضاء الفرنسي بأن قبول المؤمن المعلق على شرط يكون كالرفض إذا وقع²⁵ الحادث المؤمن ضده ، قبل أن يتفق المتعاقدان بصفة نهائيا على كل الشروط الجديدة

وعليه فإن العرض الذي قوم به المؤمن له بخطاب موصى عليه ، بطلب تعديل عقد التأمين لا يعتبر مقبولا، إذا تلقى في خلال العشرة الأيام المذكورة الإجابة من المؤمن أو شركة التأمين، بأنه لا يمكن القبول دون إجراء فحص سابق ، أو دون التحري عن هذه التعديلات الطارئة .

²³ -M.PICARD,A.BESSON,Les assurances terrestres, T.1, « le contrat d'assurance »,Paris ,L.G.D.J.1982, p.69, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ،ص184.

²⁴ -M.-J.LITTMAN , op ,cit., p .279,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص. 174

²⁵ قرار محكمة النقض الفرنسية ، 4 مارس سنة 1957 ، (R.G.A.T) ، 1957 ، ص. 162 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص. 175.

كذلك قد فسر القضاء الفرنسي إجابة المؤمن مقررا أن الرفض و القبول كالتحفظات التي تجري للضرورة أو لمواجهة الظروف الطارئة ، لا تسمح بتبادل إرادتي الطرفين إزاء التغييرات التي تطرأ بعد انعقاد عقد التأمين . و أن هذا التفسير يدل على أن المؤمن لم يلتزم بتطبيق حكم المادة 2/7 من قانون التأمين .

أيضا ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأن القبول غير النهائي أو المعلق على شرط يعتبر رفضا من قانون التأمين L. ، و لا يسمح بتطبيق حكم المادة 2-112

في الواقع أن عرض التغيير أو التعديل للعقد القائم أو الموجود ، يعتبر إيجابا بالتعاقد ، فإذا عرض المؤمن له على المؤمن تعديل شروط العقد ، و سكت المؤمن ولم يبدِ اعتراضا على هذه الشروط اعتبر سكوته بمثابة قبول.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري هو الآخر تمثلت الشكلية التي تطلبها في الاقتراح الذي يقدمه المؤمن له للمؤمن و المتعلق بحسب المادة 2/8 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات في رسالة موصى عليها يعبر فيها بوضوح عن رغبته في تعديل العقد أو سريان مفعوله إذا كان معلقا أو تمديده.

من L. كما سبق يعتبر السكوت دليلا على القبول إذا وجد نص تشريعي كنص المادة 2-112 قانون التأمين الفرنسي التي تقضي بإعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب، حالة التغيير أو التعديل في شروط العقد القائم .

ولكن التساؤل يثور عن الحلول في حالة عدم وجود نص تشريعي ؟ فإذا طلب أحد المتعاقدين من الآخر تعديل شروط العقد أو تعديل بعض شروطه، فما هو المعنى الذي يعطى للسكوت الذي يتلو ذلك ؟

يتم العقد طبقا للقواعد العامة بتوافق إرادتين متطابقتين ، و ذلك بالتعبير الصريح أو بالتعبير . ويذهب الفقه²⁶ الضمني أو بطريق السكوت الملابس، و لكنه لا يتم إذا كان السكوت سكوتا مجردا إلى القول بان سكوت من وجه إليه خطاب يعرض فيه P.ESMEIN الفرنسي الذي يتزعمه الفقيه الموجب التعديل أو التغيير في شروط العقد يعتبر قبولا ، إذا كانت هناك علاقات سابقة بين المتعاقدين.

²⁶ M.-J.LITTMAN , op , cit., p .280; R.DEMOGUE, op .cit. , p . 302 ,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، 175-177.

كما أنه يمكن للطرفين أن يتفقا على السكوت في علاقتهما التعاقدية المستقبلية على اعتباره قبولاً .

وعلى هذا، فإن تعديل العقد يصح أن يتم بسكوت من وجه إليه طلب التعديل الذي يعرضه الطرف الآخر ، فيعتبر السكوت قبولاً على ضوء الظروف و الملابسات المحيطة به .

لهذا فإن السكوت قد يقصد به عدم انصراف النية أو الاتجاه إلى قبول التعديل أو التغيير في العقد ، وبقاء الحال على ما كان عليه .

وعليه يتضح أن السكوت كما يلعب دوراً في إنشاء العقد ، يلعب دوراً في تعديله، فالسكوت الملايس على أساس وجود علاقات عمل سابقة بين الطرفين يعتبر قبولاً ، سواء في إنشاء العقد أو في تعديله .

إلا أنه ليس من العدالة ، أن يخول لأحد الطرفين القيام بإجراء تعديل في العقد بإرادته المنفردة أو حسب رغبته ، و دون أن يشاركه في هذا التعديل الطرف الآخر في العقد ، الذي سبق انعقاده فيما بينهما . كما أن طلب تعديل شروط العقد ، بما يغير من طبيعته و نطاقه قد يشكل عبئاً على الطرف الآخر²⁷ .

وفي تحليل موقف القضاء الفرنسي في هذه المسألة ، فقد يكون سكوت أحد المتعاقدين قبولاً عند طلب الطرف الآخر إجراء تعديل في شروط العقد، و قد اعتبرت بعض الأحكام القضائية التعديل في موضوع العقد تفسيراً لنماذج معينة من العقود، كعقد التأمين مثلاً، وتضيف هذه الأحكام القضائية قولها بأنه إذا كان هناك علاقات عمل سابقة ، فالسكوت يعتبر سكوتاً ملايساً، و هو يتضمن نوعاً من الرضا أو التسليم بشرط التعديل .

زيادة عن ذلك ، فإنه طبقاً للعرف التجاري يعتبر السكوت قبولاً ، إذا كان التعامل قد جرى على هذا .

وليس هناك مانع من أن يتم التعديل من جانب أحد الطرفين، ويعلم به الطرف الآخر، فيسكت ولا يعترض على ذلك، بل أنه يقوم بتنفيذ العقد على النحو الذي هو عليه بعد التعديل

²⁷ P.ESMEIN, op. cit. , p.275 ; J.BARRAULT , op.cit. ,p.139; M.-J.LITTMAN , op. cit. ,p.285,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 177-178 .

فيعتبر السكوت قبولاً. ويقتضي ذلك عدم قيام الطرف الذي التزم السكوت بتنفيذ أحكام العقد القديم، بل إنه يقوم بتنفيذ العقد بعد التعديلات التي أجريت عليه²⁸.

وتقدير مدى اعتبار السكوت قبولاً عند قيام أحد الطرفين بطلب تعديل شروط العقد، يعتبر مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي، الذي له أن يقدر كل حالة على حدة مدى اعتبار السكوت قبولاً من عدمه، وهل هو سكوت مجرد أم أنه سكوت ملابس تحيط به دلالات تنطق باعتباره قبولاً.

وإذا تعارض السكوت مع طلب تعديل العقد وشروطه بأن كان يحمل الطرف الساكت بعض الأعباء أو يلقي عليه بالتزام ثقيل اعتبر رفضاً.

أما إذا كان الإيجاب الصادر بالتعديل، يتضمن بعض المزايا، أو كان في صالح من وجه إليه، اعتبر قبولاً لتمحضه لمصلحة.

ويتضح مما سبق، أن سكوت المتعاقد، قد يعتبر قبولاً للتعديل المعروض عليه، وقد يكون رفضاً، وقد يكون السكوت مع التحفظ كغاية أو كهدف لعدم قبول طلب التعديل أو التغيير في شروط العقد.

واعتبار السكوت قبولاً في حالة تعديل العقد، على النحو السالف البيان، أمراً قد يدعو إلى تحقيق العدالة، وإعادة التوازن، في الرابطة التعاقدية إذا اختلت. كذلك وطبقاً لأحكام المادة 1135 من قانون المدني الفرنسي فإن الاتفاقات لا تلزم فقط عقايدها، وإنما تلزم كل من تقضي قواعد العدالة أو العرف أو القانون بإلزامهم بها على حسب طبيعتها. و استناداً إلى ذلك، فإن فكرة العدالة تتضمن الالتزام العام بالإجابة، ويقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب.

وإذا كان من الصعب أن يتضمن العقد التزاماً بالإجابة، فإن هذا يتعلق في الواقع بمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومن ثم فإن السكوت الذي يتعارض مع طلب تعديل العقد قد يخالف مبدأ حسن النية ومبدأ الثقة اللذين يجب أن يسودا بين المتعاقدين.

²⁸ أنظر، نقض مدني فرنسي، 15 مارس 1945، سيري 1945-1-45؛ نقض مدني فرنسي، 22 نوفمبر 1960، دالوز، 1961، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.189.

من قانون التأمين الفرنسي سالفه الذكر فإن إضافة إلى ذلك وطبقاً لأحكام المادة 2-112. سكوت من وجه إليه الإيجاب في شأن تعديل الشروط في عقد التأمين يعتبر قبولاً، طالما أن المشرع الفرنسي قد تدخل ليغطي للسكوت هذا المعنى. أما بالنسبة إلى إحالة عدم وجود النص، ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى أن السكوت إزاء إيجاب موجه بتعديل العقد يعتبر رفضاً.

أنه M.-J.LITTMAN وهذا التفسير الذي ذهبت إليه هذه الأحكام، يبدو حسب الأستاذ غير دقيق من الناحية القانونية، بل أنه لا يحقق العدالة، إذ قد يكون السكوت قبولاً، إذا كانت الظروف الملازمة تدل على اعتباره كذلك، والهدف هو تحقيق الحماية بالنسبة للمتعاقد الذي تضرر من التعديلات التي أجريت في العقد، ولم تكن في صالحه²⁹. هذا ما يتعلق بشأن دور السكوت في تعديل التصرف القانوني، و نتناول بعده دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني

في العلاقات القانونية الممتدة، يطرأ على التصرف القانوني وبالأخص منه العقد، تعديلات تتعلق بشروط تنفيذه، وقد يتضمن شروط تتعلق بتجديده، وقد يستفاد تجديد العقد ضمناً من ظروف معينة.

وتظهر هذه العلاقات القانونية الممتدة في العقود المستمرة، كما في حالة عقد الإيجار وعقد العمل. وللسكوت أثر في تعديل شروط تنفيذ العقد، وكذلك بشكل أكبر في تجديد العقد بتجديداً ضمناً. و لبحث هذا الدور الذي يلعبه السكوت في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني،

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.182. - M.-J LITTMAN, op. cit ., p. 294-295-304-306, .189

سيتم تناوله بالتعرض إلى دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار و عقد العمل (الفرع الأول)، و إلى دور السكوت في التجديد الضمني للعقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار و عقد العمل

قد يحدث تعديلات في شروط تنفيذ عقد الإيجار و في تنفيذ عقد العمل، ويظهر فيها للسكوت دور. ولهذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى بيان دوره في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار (أولاً)، و إلى دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد العمل (ثانياً) .

أولاً: التعديل في شروط تنفيذ عقد الإيجار

قبل الشروع في دراسة مضمون هذا الفرع، عقد الإيجار أو ما يعبر عنه بعقد إيجار الأشياء عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1709 من القانون المدني بأنه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يجعل الآخر ينتفع بشيء في مدة معينة بأجرة معينة يلتزم هذا الأخير بدفعها³⁰ .

وعرفه المشرع المصري في المادة 558 من القانون المدني المصري بأنه : "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"³¹. بينما عرف المشرع الجزائري هو الآخر عقد الإيجار في التعديل الأخير للقانون المدني الصادر بمقتضى القانون رقم 05-07

³⁰ L'Article 1709 du C.C.F. dispose: « le louage des choses est un contrat par lequel l'une parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps , et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer »;

عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، "عقد الإيجار"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون سنة طبع)، ص. 14.
³¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997-1998، ص. 5.

بتاريخ 13 ماي 2007، وذلك في المادة 467 من ق.م بقولها: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر".

يستفاد من هذه التعاريف أن عقد الإيجار يقيم علاقة بين طرفين أحدهما المؤجر، والذي يقع على عاتقه التزام تمكين الطرف الآخر بالانتفاع بشيء معين، والآخر هو المستأجر الذي يقع على عاتقه دفع مقابل بدل الإيجار، وذلك في مدة محددة يتم الاتفاق عليها بين المؤجر والمستأجر³².

ويفرض عقد الإيجار عدة التزامات على المؤجر والمستأجر، فيقع على عاتق المؤجر الالتزام بتسليم الشيء و الذي عموماً يتمثل في العين المؤجرة للمستأجر، وكذلك يقع عليه الالتزام بصيانتها وضمان الانتفاع.

بينما يقع على عاتق المستأجر واجب الوفاء بدفع بدل الإيجار، واستعمال أيضاً الشيء المؤجر أو العين المؤجرة فيما أعدت له والعناية بها حسب الاتفاق الذي جرى بينهما، وكذلك يلتزم المستأجر بالاعتناء بالعين المؤجرة وتسليمها عند نهاية مدة العقد إلى المؤجر³³.

واشترط المشرع الجزائري في المادة 467 مكرر من ق.م أن ينعقد عقد الإيجار كتابة وأن يكون له تاريخ ثابت، وإلا كان باطلاً.

وطبيعة حق المستأجر في عقد الإيجار هو حق شخصي لا عيني، يجوز التنازل عنه كما يجوز ذلك في سائر العقود، ويجوز للمستأجر إيجاره من الباطن³⁴.

وبخصوص دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار يظهر في دوره في تعديل تخصيص المكان المؤجر وفي التأجير من الباطن .

فإذا كان عقد الإيجار يتضمن شرطاً يمنع المستأجر من التأجير من الباطن، أو من تغيير تخصيص المكان المؤجر، فلا يصح للمستأجر أن يقوم بهما.

³² يستفاد من هذه التعاريف أن لعقد الإيجار ثلاثة عناصر هي: التمكين بالانتفاع بشيء معين، الأجرة، والمدة. ويتميز عقد الإيجار بعدة خصائص منها أنه عقد رضائي، وكذلك أنه من عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة للجانبين، و أيضاً هو عقد من عقود المدة، ومن العقود الواردة بالانتفاع بالشيء، ويقتصر على إنشاء التزامات شخصية .

³³ سميح عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 5-6؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 218-332؛ ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص. 40-46.

³⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 472.

وإذا خالف المستأجر ذلك وقام بهما، والتزم المؤجر السكوت ولم يعارض في ذلك، واستمر هذا الوضع مدة من الزمن، ثم قام المؤجر برفع دعوى بفسخ عقد الإيجار فإنه يكون له الحق في ذلك لأن المستأجر أحل بالتزاماته المتمثلة في عدم التأجير من الباطن أو بتغيير تخصيص المكان المؤجر. وليس للمستأجر في هذه الحالة أن يدفع دعوى المؤجر، لكون هذا الأخير التزم السكوت، أو لأنه قبل بهذا الوضع، إذ لا يستفاد قبول المؤجر هنا من سكوته أو من اتجاهه السليبي. وعلى هذا فإنه لا يكفي لقيام المستأجر بتغيير تخصيص المكان المؤجر أو التأجير من الباطن، أن ينفرد بهما المستأجر، وإنما يجب أن يقبل المؤجر هذا التعديل.

إلا أنه يمكن أن يكون قبول المؤجر لهذا التعديل ضمنيا، ويستفاد هذا من عدم قيامه برفع الدعوى ضد المستأجر وقبول المؤجر قبض الأجرة من المستأجر بعد التعديل، أو إقراره لما قام به المستأجر.

ولقد تضمنت المادة 1717 من القانون المدني الفرنسي بأن التأجير من الباطن، وكذا النزول عن الإيجار يجوز للمستأجر أن يجريهما، إذا لم تكن هذه الرخصة ممنوعة عليه منعا كليا أو جزئيا. وقد صدر قانون إيجار الأماكن في فرنسا في 1 سبتمبر 1948 نص على منع التأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

فإذا سكت المؤجر واتخذ المستأجر من سكوته هذا ما يفيد منه قبوله للتأجير من الباطن أو النزول عن الإيجار، كان هذا السكوت قبولا.³⁵

وقد حكم القضاء الفرنسي بذلك، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا في 20 فيفري 1958 تضمن أن سكوت المالك وعدم اعتراضه على قيام المستأجر بالتأجير من الباطن مدة طويلة، يفسر على أنه قبول ضمني.³⁶

كذلك أصدرت نفس المحكمة في 18 أبريل 1958 قرارا تضمن أن ترك المالك المستأجر يؤجر من الباطن أو يغير من تخصيص المكان المؤجر، دون أن يعترض على ذلك، فإن هذا بمثابة نزول عن حقه.³⁷

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 187-188، 1 M.-J. LITTMAN, op.cit., p.441,

³⁶ - قرار محكمة النقض الفرنسي، 20 فيفري 1958، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 188.
³⁷ - قرار محكمة النقض الفرنسية، 18 أبريل 1958، (j.c.p 1958)، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 188.

وبالنسبة للمشرع المصري أجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، وذلك في المادة 593 من ق.م التي جاء فيها: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الأيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

وإذا وجد شرط صريح في عقد الإيجار يقضي بمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار فلا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن. والقاعدة أن هذا المنع استثنائي فلا يجوز التوسع في تفسيره، ولا تقييد حرية المستأجر في التنازل أو الإيجار من الباطن إلا بالقدر المنصوص عليه في العقد.

وحتى في حدود المنع المنصوص عليه في العقد، يجوز للمؤجر أن يتنازل عن الشرط صراحة أو ضمناً كأن يقبض الأجرة من المستأجر من الباطن³⁸.

وفي هذا الخصوص أصدرت محكمة بني سويف حكماً في 25 يناير 1961 جاء فيه بأن "سكوت المؤجر مدة طويلة عن الاعتراض عن المستأجر لإيجاره العين من الباطن رغماً من وجود شرط يحظر عليه ذلك يجب اعتباره قبولاً ضمناً، فليس للمؤجر بعد ذلك أن يطلب فسخ الإجارة لهذا السبب"³⁹.

إلا أن قانون إيجار الأماكن المصري الصادر في 1969 في المادة 23 اشترط في التأجير من الباطن حصول المستأجر على إذن كتابي من المؤجر بالإيجار من الباطن، وكذلك ورد نفس الحكم في المادة (31/ب) من القانون رقم 49 لسنة 1977. وأيضاً وطبقاً للمادة (18/ج) من القانون 136 لسنة 1981 المتعلق بإيجار الأماكن، أن قيام المستأجر بالتأجير من الباطن يعتبر سبباً لإخراجه من العين المؤجرة لإخلاله بالالتزام بعدم التأجير من الباطن بغير إذن من المؤجر.

وبالنسبة لتغيير استعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى، فكان يعتبر سبباً لإنهاء عقد الإيجار طبقاً للمادة 31 من القانون رقم 46 لسنة 1977، وجعل قانون 1981 سالف الذكر في المادة 19 منه، تغيير استعمال العين المؤجرة إلى غير أغراض السكنى حقاً للمستأجر ودون اشتراط

³⁸ سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 269؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 504-505.

³⁹ حكم محكمة بني سويف، 25 يناير 1961، المجموعة 22، ص. 237، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 505.

موافقة المالك، ولكن بشرط ألا يترتب على تغيير الاستعمال كلياً أو جزئياً إلحاق ضرر بالمبنى أو شاغليه⁴⁰.

وبالنسبة للمشرع الجزائري بخصوص الإيجار من الباطن، فإنه قضى بعدم جواز الإيجار المدني من الباطن من المستأجر مادام لم يحصل على موافقة المؤجر كتابياً عن ذلك، إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك. وهذا ما جاء في نص المادة 505 من ق.م.، وكذلك نص المشرع الجزائري على حظر الإيجار التجاري الكلي أو الجزئي من الباطن ما لم يوجد شرط يقضي بذلك في عقد الإيجار أو حصول موافقة من المؤجر، وذلك في المادة 188 من القانون التجاري التي جاء فيها أنه: "يحظر كل إيجار كلي أو جزئي من الباطن، إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر.

وفي حالة الإيجار من الباطل المرخص به يدعى الملاك للمشاركة في العقد".

فهذا النص الأخير يفيد أنه لا يجوز للمستأجر تأجير العقار المؤجر له من الباطن دون موافقة من المؤجر، ويمكن له ذلك في حالة اشتراط ذلك في صلب عقد الإيجار، وفي حالة موافقة المؤجر بحالة الإيجار الفرعي⁴¹.

وأصدرت المحكمة العليا في هذا الشأن عدة قرارات، من ذلك القرار الذي أصدرته الغرفة التجارية والبحرية في 16 فبراير 1992 في قضية: (م م) ضد فريق (ب خ) والذي جاء فيه أنه: "من المقرر أنه "يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن إلا إذا اشترط اختلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة.

كما أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار أو يؤجر إيجاراً فرعياً بدون موافقة صريحة من المؤجر...".

وبما أنه يستفاد من -قضية الحال- أن قضاة المجلس اعتبروا سكوت الطاعنين مدة طويلة كموافقة على الإيجار من الباطن فإنهم قد خالفوا أحكام المادة 505 من القانون المدني والمادة

⁴⁰ سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 378-379-422-423.

⁴¹ مقدم مبروك، المحل التجاري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 26.

188 من القانون التجاري التي تشترطان طول المدة ليس مبررا كافيا لعلم و موافقة المؤجرين بذلك. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار»⁴².

وعلى عكس القرار السابق، أصدرت الغرفة التجارية والبحرية لذات المحكمة في 22 نوفمبر 1994 قرارا يخالف سابقه في القضية بين (ب ن) ضد (ب أ) والذي جاء فيه أنه: " من المستقر عليه قانونا أن " يحظر كل إيجار كلي أو جزئي من الباطن إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد إيجار أو موافقة المؤجر " .

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن محضر التحقيق المكرر لا يثبت أن المالك السابق قد أجاز أولا الإيجار من الباطن ولكن يقدم بالعكس الدليل على أن إيجار من الباطن قائم حسب تصريحات المستأجر من الباطن منذ 1965 وهذه المدة الطويلة لا يمكن تأويلها إلا بالإيجار من الباطن مرخص به ضمنا من طرف المالك.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁴³.

فهذا القرار الأخير أجاز الإيجار من الباطن بموافقة المؤجر الضمنية عليه، في حين لم يجيزها في القرار الأول.

ويتضح من كل ذلك أن المشرع الجزائري في الإيجار من الباطن سواء منه المدني أو التجاري، لا يجيزه للمستأجر ما دام لم يحصل على موافقة المؤجر بذلك. و بذلك يستبعد سكوت المؤجر مع عمله بالإيجار من الباطن بتفسيره قبولا. غير أن القضاء، لا يوجد له موقفا محددا بشأن اشتراط الموافقة الضمنية للمؤجر على الإيجار من الباطن، فقضى في أحكام صادرة عنه أنه يجوز اعتبار سكوت المؤرخ علمه بالإيجار بمثابة موافقة منه و قبول، و في أحكام أخرى قضى بغير ذلك وفقا لنص المادة 505 من ق.م.ج والمادة 188 من ق.ت.ج .

ويضاف إلى ما سبق، أنه إذا وجد هناك شرط يبيح للمستأجر التأجير من الباطن، وسكت المؤجر اعتبر سكوته قبولا.

⁴² قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا ، 16 فبراير 1992، ملف رقم 94659، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، 1999، عدد خاص، ص. 156.

⁴³ قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا ، 22 نوفمبر 1994، الملف رقم 106132، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، 1999، عدد خاص، ص. 159.

تعرضنا لدور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار، و نتناول فيما بعده دوره في تعديل شروط تنفيذ عقد العمل .

ثانيا: دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد العمل

نقول في البداية، أن عقد العمل هو من العقود الأساسية ولقد اهتمت التشريعات بتنظيمه. فقد عرف القانون المدني الفرنسي عقد إيجار الخدمات في المادة 1710 منه بأنه: "العقد الذي بمقتضاه يستخدم أحد طرفيه الطرف الآخر للقيام بعمل شيء لحسابه مقابل اجر متفق عليه"⁴⁴. ولقد جاء تعريف عقد العمل في قانون العمل الفرنسي في المادة 19 منه متفقا مع تعريفه في القانون المدني من كونه هو العقد الذي يضع فيه شخص يسمى أجيروا أو عاملا أو مستخدما عمله ونشاطه تحت سلطة شخص آخر يسمى مستخدِم أو صاحب عمل لقاء مقابل يسمى أجرا.

ولقد عرف المشرع المصري عقد العمل في القانون رقم 12 الصادر في 7 أبريل 2003 المتعلق بقانون العمل في المادة 31 منه بأنه: "تسري أحكام هذا الباب على العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأنه يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر."، وذلك بعد أن عرفه المشرع المصري في القانون المدني في المادة 674 منه، والتي جاء مضمونها متفق مع مضمون المادة 21 من قانون العمل السابق"⁴⁵.

أما المشرع الجزائري، فلم يقدم أي تعريف لعقد العمل ضمن مختلف القوانين المتعاقبة والمتعلقة بالعمل، ذلك لكونه يعتبره مجرد أداة شكلية لإبرام عقد العمل، التي تعتبر أشمل وأوسع لكونها أداة تنظيمية لكافة جوانب الآثار التي يولدها قيام شخص بالعمل لصالح شخص آخر، وهي بذلك لا تخضع لإرادة الأطراف فقط وإنما لكافة القوانين والنظم المعمول بها، وهو بذلك أخضع تعريف عقد العمل لتعريف العقد بصفة عامة الوارد النص عليه في المادة 54 من ق.م سالفه الذكر.

⁴⁴ L'article 1710 du C.C.F. dispose: « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre , moyennant un prix convenu entre elles ».

⁴⁵ علي عوض حسن ، الوجيز في شرح قانون العمل الجديد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003، ص. 246؛ جلال علي العدي ، عصام أنور سليم ، قانون العمل ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995 ، ص . 51.

ويقوم عقد العمل على أربعة عناصر أساسية وهي : عنصر العمل والأجر ، والتبعية والمدة. وتحدد مدة عقد العمل في العقد ذاته بجرية بين الطرفين المتعاقدين، أي بين صاحب العمل والعامل من حيث المبدأ، مع مراعاة أحكام النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بها .

ويكون عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة، مع أن الأصل أن يكون غير محدد المدة⁴⁶. وهذا وفقا لما جاء في النص المادة 11 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل في الجزائر التي نصت على ما يلي : " يعتبر العقد مبرما لمدة غير محددة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة. وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب، يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محدودة"⁴⁷ .

وتتعرض علاقات العمل أثناء تنفيذها وطوال مدة سريانها، إلى بعض العوامل والأسباب التي تفرض على أطرافها ضرورة إعادة النظر ومراجعة بعض أحكامها ، إما بصفة جزئية أو كلية. وقد ترجع أسباب تعديل عقد العمل سواء كان محدد المدة أو غير محدد المدة إلى عوامل تعود إلى صاحب العمل، أو العامل ، كما يمكن أن تكون هذه العوامل خارجة عن إرادة الطرفين معا كالقوة القاهرة ، أو صدور نصوص قانونية جديدة ، أو ناتجة عن أحكام جديدة أقرتها إتفاقية جماعية واجبة التطبيق ، لا سيما إذا كانت أكثر نفعا للعمال. وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 62 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، والتي جاء فيها : " يعدل عقد العمل إذا كان القانون أوالتنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل " .

فيتم تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم ويكون نتيجة الطلب من صاحب العمل أو العكس وفي كلتا الحالتين ، يشترط موافقة الطرف الآخر ، وهذا طبقا لما تقضي به المادة 63 من قانون 90-11 والتي ورد فيها: " يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم ،مع مراعاة أحكام هذا القانون"

⁴⁶ أحمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، " علاقة العمل الفردية " ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2002،ص.17-19-35؛ بن صاري ياسين ، عقد العمل محدد المدة ، "دراسة نظرية – تطبيقية – مقارنة " ، دار هومه، الجزائر ،2004،ص. 27 .

⁴⁷ المادة 11 من قانون 90-11 المؤرخ في 20 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية ، 1990 العدد 17 .

⁴⁸ أحمية سليمان ، المرجع السابق ، ص. 51 ؛ بن صاري ياسين ، المرجع السابق ، ص. 113 .

وقد تحدث هذه التعديلات في عقد العمل بإرادة صاحب العمل المنفردة، لما له من سلطة وسيطرة على العامل، ففي هذا النوع من العلاقات يمكن تعديل العقد بالإرادة المنفردة. وتعتبر علاقات العمل مجالا لتطبيق فكرة السكوت، لاسيما في تكوين العقد، وفي تحديد مدته، عند عدم الاتفاق على تحديدها، وفي تحديد الأجرة وطبيعة العمل عند السكوت عن تحديدها.

ويجد السكوت مجاله أيضا في تعديل شروط تنفيذ عقد العمل، ذلك أن العامل يخضع لرقابة صاحب العمل ويكون تابعا له تبعية قانونية، تخول لصاحب العمل أن يشرف على العامل، ويكون الأخير خاضعا له، ومن حق صاحب العمل أن يوقع عليه الجزاء، إذا خالف تعليمات العمل.

أما تبعية العامل لصاحب العمل اقتصاديا، فمعناها اعتماد العامل في الغالب على ما يتقاضاه من صاحب العمل⁴⁹.

وقد تكون التعديلات في عقد العمل أساسية وجوهرية، كما قد تكون التعديلات ثانوية وغير جوهرية، وكلا النوعين من التعديلات يحق لصاحب العمل أن يجريها. إلا أنه يلاحظ أن التعديل الأساسي أو الجوهرية الذي يجري في عقد العمل، كقيام صاحب العمل بتخفيض أجر العامل، ويرفضه العامل، قد يترتب عليه قيام العامل بفسخ عقد العمل، وهذا يعد بمثابة فصل تعسفي مرجعه صاحب العمل، لأنه أدخل بالتزام جوهرية يقع على عاتقه، وفي هذه الحالة يلتزم صاحب العمل بدفع تعويض للعامل⁵⁰.

⁴⁹ M.-J.LITTMAN , op .cit.,p. 381,

⁵⁰ M.-JLITTMAN, op. cit. ,p.383,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 183 .

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.184؛ بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص.117.

ويحق في الواقع لصاحب العمل أن يجري من التعديلات ما يراه كفيلا بحسن سير العمل، وهو ما يملك ذلك بما له من سلطة على العامل ، وتبعية العامل له تبعية قانونية، فهذه التعديلات- استنادا إلى هذه التبعية- يملكها المستخدم بإرادته المنفردة ، بشرط عدم التعسف أو الإساءة ، وإلا كان مسؤولا عما يترتب على ذلك من أضرار للعامل .

والقضاء له أن يراقب ما يصدره صاحب العمل من قرارات أو أوامر بإرادته المنفردة للعمال، وما قد يترتب عليها من إنهاء تعسفي لعقد العمل .

ولا يعتبر سكوت العامل إزاء هذه التعديلات الأساسية في الأصل قبولا ، إلا أن هناك إستثناءات منها حالات السكوت الملابس ، كارتضاء العامل للوضع الجديد وسكوته على ذلك دون منازعة. ففي هذه الحالة يعتبر سكوت العامل قبولا للتعديلات التي أجراها صاحب العمل.⁵¹ ومثلها أن يقوم صاحب مصنع بالتعديل في لوائح مصنعه، ويسكت العمال ولا يعترضوا على ذلك، فيكون له أن يعتبر سكوتهم رضاء بالتعديل الذي أدخله. فإذا أصدر صاحب المصنع أمرا بزيادة أو نقص الأجور للعمال ، وسكتوا على ذلك اعتبر سكوتهم قبولا⁵².

إلا أنه يجب مراعاة الأوضاع الاقتصادية والمادية التي صدر التعديل في ظلها، وكذلك لا بد من مراعاة الظروف التي صاحبت هذا التعديل، هذا فضلا عن تبعية العامل لصاحب العمل.

ويلاحظ أيضا أن إعتبار سكوت العامل قبولا للتعديلات الأساسية التي يجريها صاحب العمل، يجب أن يفسرها هذا السكوت تفسيرا ضيقا⁵³.

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الذي جاء به القانون الفرنسي رقم 37/2002 المؤرخ في 17 جانفي 2002 تضمن في أحد نصوصه أن أي إجراء ينصب على عقد العمل يتعلق بإعادة النظر في الأجر، التصنيف، والتحويل إلى منصب آخر أو تجديد العقد يشكل تحرشا معنويا إذا كان الهدف منه المساس بحقوق وكرامة العامل. وعليه فإن أي إنهاء لعلاقة العمل قائم على هذا الأساس، وأن أي نص أو إجراء مخالف يكون باطلا بقوة القانون ويقع عبء الإثبات على عاتق صاحب العمل بدحض قيام التصرفات التي من شأنها توفير عناصر التحرش المعنوي المذكور، وبأن قرار المستخدم تبرره عناصر

⁵¹ M.-J.LITTMAN, op.cit. , p.384,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع ، ص. 184

⁵² أنظر حكم محكمة تونس الابتدائية، 22 يناير سنة 1917 ، جازيت دي تريبينو، 1918-2-20، مجلة القانون الانتقادية 1918، ص.114، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص.161.

2 M.-J.LITTMAN, op.cit.,p.406,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.185- 186 .

موضوعية أجنبية عن أي تحرش، ومن ثم يشكل القاضي بجميع الوسائل بما في ذلك إجراءات التحقيق الضرورية.

و المشرع الجزائري حسب نص المادة 63 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل يرفض أي تعديل جوهري يقوم به المستخدم دون موافقة عليه من العامل.

ويلاحظ بالنسبة لعقد العمل المحدد المدة، فإن كل تعديل يرد على المهام المسندة للعامل المؤقت يعتبر جوهري، حتى وإن أخذ هذا التعديل طابعا مؤقتا كذلك. ومادام أن عنصر المدة محل إعتبار يمكن دائما للعامل المؤقت الذي يرفض التعديل المقترح من طرف صاحب العمل التمسك بأحكام المادة 63 من قانون 90-11 بتنفيذ العقد الأصلي المبرم بين الطرفين طالما لم يتم تسريحه من منصبه.⁵⁴

وفي هذا الشأن أصدرت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الجزائرية قرارا في 16 ماي 2000 جاء فيه أنه: " يستخلص بان المستخدم قد إتخذ قرارا أحادي الجانب بنقل العامل إلى شركة جديدة تحت طائلة التسريح في حالة رفض التوقيع على العقد الجديد، في حين انه إستنادا إلى المادة 63 من القانون 90-11 "لا يجوز تعديل شروط، وطبيعة عقد العمل في غياب الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم"⁵⁵.

أما بالنسبة للتعديلات الثانوية وغير الجوهرية التي يجريها صاحب العمل في شروط تنفيذ عقد العمل، وتقابل بسكوت من العامل وبعدم اعتراضه عليها، فيعتبر هذا السكوت منه قبولا بها⁵⁶. هذا فيما يخص دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار و عقد العمل، و نبين بعده دور السكوت في التجديد الضمني للعقد.

الفرع الثاني

⁵⁴ بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص.117-119.
⁵⁵ قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، 16 ماي 2000، ملف رقم 197746، (غير منشور)، مقتبس من بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص.118.
⁵⁶ بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص.117.

دور السكوت في التجديد الضمني للعقد

يلعب السكوت دورا بالنسبة للتجديد الضمني للعقد، زيادة عن دوره في تعديل شروط تنفيذ العقد، والذي سبق التطرق إليه في المطلب السابق .

ولبيان دوره في التجديد الضمني للعقد، سيوضح ذلك من خلال بيان مضمونه في التجديد الضمني للعقد (أولا)، ومن خلال أيضا التطرق إلى تطبيقات عليه في ذلك (ثانيا) .

أولا: مضمون دور السكوت في التجديد الضمني للعقد

للسكوت دور بالنسبة للتجديد الضمني للعقد، ويراد بذلك ما يحدث عادة عندما تنتهي مدة العقد، كعقد الإيجار وعقد العمل، فيتجدد العقد بسبب الحالة الواقعية الحاصلة بين متعاقدين تجديدا ضمنيا .

ففي عقد الإيجار مثلا يظل المستأجر بعد انتهاء مدة الإيجار شاغلا للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، بعلم المؤجر ودون اعتراض منه أي بسكوته على ذلك .

وهذا ما يحدث بالنسبة لكل عقد زمني أو مستمر (contrat successif) محدد المدة حين ينتهي العقد، فإن العقد يتجدد تجديدا ضمنيا، دون أن يكون هناك تعبير صريح عن الإرادة، ولكن التجديد يتم نتيجة للمركز الواقعي .

ويتضح من هذا أن التجديد الضمني في حقيقته عبارة عن إنشاء عقد جديد عند انتهاء العقد السابق، بسبب امتداد أو بقاء الحالة الواقعية التي تنشأ فيما بين المتعاقدين⁵⁷ .

ويقرر جانب من الفقه الفرنسي ومن أنصاره G.RIPERT و J.BOULANGER إلى أن التجديد الضمني للعقد، يعتبر استمرارا للعقد السابق⁵⁸ .

⁵⁷ M.-J. LITTMAN, op.cit., p.440,

⁵⁸ G.RIPERT, J.BOULANGER, op.cit., p.582,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.190-191 .

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 191

وحسب الأستاذ M.-J. LITTMAN أن التجديد ،ليس مبناه السكوت ،و إنما مرجعه اتخاذ المتعاقدين وضعا إيجابيا معينا يستفاد منه التجديد .

إضافة إلى أنه يؤدي إلى إبرام عقد جديد ،ففي حالة التجديد الضمني للإيجار مثلا لا يكون القبول فيه مستفادا من مجرد سكوت المؤجر وعدم اعتراضه على بقاء المستأجر شاغلا للعين المؤجرة ، وإنما من اتخاذ المؤجر موقفا إيجابيا معينا كقيامه بالمطالبة بالأجرة أو عدم قيامه بإخلاء العين المؤجرة⁵⁹

وعلى خلاف هذا الرأي يذهب الأستاذ J.BARRAULT إلى اعتبار أن التجديد الضمني للإيجار مثلا يتم بسكوت المؤجر عن واقعة بقاء المستأجر شاغلا للعين المؤجرة بعد انقضاء عقد الإيجار ، فسكوت المؤجر له دور يترتب عليه تجديد عقد الإيجار بعد انقضاء مدته.

زيادة على ذلك أن التجديد الضمني للعقد يفترض وضعا فعليا أو مركزا واقعيا ،يستفاد من استمرار العقد وبقائه ، بعد انقضاء المدة المحددة له ، إذ يستمر المتعاقدان في تنفيذ العقد ،فالتجديد الضمني يتضمن استمرار العلاقات التعاقدية أساسا ، والتي تصبح أمرا واقعيا بحلول الأجل المحددة . وهو كذلك يفترض انتقاء النزاع بين المتعاقدين ، إذ يستمر العقد منتجا لآثاره، كما كان الشأن في العقد السابق .

ومن خلال الحالات المشروعة للتجديد الضمني ، يتجلى أن السكوت يلعب دورا في العقود المستمرة ذات المدة المحددة ، فيفسر كثير من الشراح بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بأنه حالة من حالات السكوت المطلق⁶⁰ .

ويستخلص مما تقدم أن للسكوت دور في التجديد الضمني للعقد ، من خلال التزام أحد المتعاقدين الصمت وعدم اعتراضه على المتعاقد الآخر الذي استمر في تنفيذ العقد السابق مع انتهاء مدة العقد، مما ترتب عليه تجديد العقد تجديدا ضمنيا. فالتجديد الضمني مرده إلى سكوت أحد المتعاقدين الذي رغب في تجديد العقد مع عدم اعتراضه على المتعاقد الآخر .

⁵⁹ M.-J.LITTMAN,op .cit.p.441,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ،المرجع السابق، ص.192

⁶⁰ J.BARRAULT , op. cit., p.109 ; M.-J.LITTMAN,op .cit.p.443-444,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.192.

ثانيا: تطبيقات لدور السكوت في التجديد الضمني للعقد

حسب ما تقدم فإن دور السكوت يظهر ويبرز في التجديد الضمني للعقد ، خلال العقود المستمرة ذات المدة المحددة .

ولدراسة هذا الفرع سيتم الاقتصار على دور السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار (1) وفي عقد العمل (2) وفي عقد التأمين (3).

1- دور السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار :

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1759 من القانون المدني الفرنسي على التجديد الضمني لعقد الإيجار حيث تضمنت هذه المادة أن عقد الإيجار يتجدد بنفس الشروط ، إذا استمر المستأجر في انتفاعه بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، دون اعتراض من جانب المؤجر.

يتجلى السكوت هنا في عدم اعتراض المؤجر على بقاء المستأجر شاغلا للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، وبعلم المؤجر⁶¹ .

في الواقع إن كان للسكوت دور في هذا الشأن ، إلا أنه لا يعتبر وحده هو المصدر الوحيد لتجديد عقد الإيجار، لأن سكوت كل من المؤجر والمستأجر له دور ، فهو يعتبر بمثابة رضاء بتجديد عقد الإيجار .

وفي دراسة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة أو عدم التعبير عنها، يضرب الفقهاء الفرنسيون بالتجديد الضمني لعقد الإيجار مثلا من بين الأمثلة التي يعتبر فيها السكوت كقبول⁶² .

وقد بحث الفقهاء الفرنسيون عن أساس التجديد الضمني ، فقالوا : إنه يمكن أن يوجد حتى في حالة السكوت أو الصمت الكلي .

⁶¹ M.-J.LITTMAN,op. cit. , pp.443-444,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 195 .

⁶² H.L. J.MAZEAUD, op. cit. ,p. 133 ; J.BARRAULT , op.cit. , p.109-110,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.195.

R.DEMOGUE, M.PLANIOL, P.ESMEI, G.RIPERT، ويذهب بعض الفقهاء من أمثال:

إلى القول بأن سكوت المؤجر قد اقترن بعمل دل على القبول ، وهو ترك المستأجر في العين المؤجرة ، فهذا موقف معبر أكثر من مجرد السكوت ، ومثل ذلك الوكيل إذا قام بتنفيذ الوكالة اعتبر تنفيذه لها قبولاً ضمناً لا مجرد سكوت يفهم منه القبول⁶³ .

فترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة ، يدل على اتجاه إرادة المؤجر للمستأجر بطريقة ضمنية، ولكنها مباشرة وإيجابية ، وأن سكوت المؤجر بعد انتهاء المدة المحددة للإيجار وبقاء المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة ، يعتبر قبولاً من المؤجر لتجديد العقد⁶⁴ .

ويرى بعض الفقهاء كالفقيه G. MARTY و الفقيه J. RAYNAUD بأن سكوت أحد الطرفين، يعتبر مصدراً للعقد الناشئ من التجديد الضمني⁶⁵ .

كذلك يفرق جانب آخر من الفقه بين التعبير غير المباشر عن الإرادة من جانب المستأجر، الذي ينشأ في استمراره منتفعا بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، وبين سكوت المؤجر في حالة بقاء المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة.

وحسب الأستاذ P.LAURENT أن سكوت المؤجر ليس سكوتاً مع التحفظ ، أو سكوتاً ملائماً تترتب عليه آثاره .

كما أنه لا يوجد وضع سلبي ، ولكن وضع إيجابي هو استمرار المتعاقدين في تنفيذ العقد ، وتنفيذ العقد على هذا النحو وضع إيجابي مبناه الإرادة ، أما السكوت فإنه وضع سلبي⁶⁶ .

في نفس هذا الاتجاه يقول الأستاذ شفيق شحاته أن هذا الوضع الفعلي الواقعي ليس مبناه السكوت وليس مبناه التعبير الصريح ، وإنما يعتبر استمرار المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة تعبيراً عن إرادة التجديد الضمني للإيجار⁶⁷ .

⁶³ M.PLANIOL,G.RIPERT ,P.ESMEIN ,op.cit.,p. 133 ;R.DEMOGUE,op.cit.,p.299, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.196.

⁶⁴ M.-J.LITTMAN,op. cit. , pp.445-446, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص 196

⁶⁵ G.MARTY , J.RAYNAUD , les obligations , T.1, Paris, 1962, p.78, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق ، ص 196.

⁶⁶P.LAURENT , Principes du droit Francais , 1875, p.555, مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.197

⁶⁷ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 197.

وكان التجديد الضمني في القانون الروماني يرجع إلى قرينة قانونية ، ولكن القول بفكرة الإرادة الضمنية كأساس للتجديد الضمني ، يستبعد القرينة القانونية .

وهذه الإرادة الضمنية مرجعها هنا مجموعة من الظروف الواقعية . لهذا يذهب الفقهاء إلى القول بأن سكوت المؤجر ينشئ الإيجار الجديد ، وهو يعتبر قرينة قانونية مبنية على الإرادة تؤدي إلى إنشاء عقد إيجار .

مما يضاف في هذا الصدد أن القاضي ليس ملزماً ، بأن يبحث عن نية المؤجر ، ليعرف ما إذا كان سكوته يعتبر قبولاً لتجديد الإيجار ، ولكن يكفي أن يعرف أن المؤجر يرغب في بقاء المستأجر بالعين المؤجرة ، ودليل ذلك هو ترك المؤجر حيازة العين المؤجرة في يد المستأجر .

ولهذا يفترض أن المؤجر الساكت الذي لم يعترض على بقاء المستأجر بالعين المؤجرة قابل للوضع وللحال التي هو عليها ، أي أن سكوته قبول ، فيتحدد الإيجار نتيجة لهذا تجديداً ضمناً ، وعلى من يدعي معارضة المؤجر في التجديد الضمني أن يثبت ذلك .

وهذا الاتجاه يستجيب للغرض من التجديد الضمني ، وذلك أن العرف يجري على أن هذا التجديد الضمني يكون في صالح المستأجر .

مما يتعين عليه أن بقاء المستأجر بالعين المؤجرة ، وسكوت المؤجر خلال مدة معينة مع علمه بذلك يقيم قرينة على تجديد الإيجار ، ويفسر هذا لصالح المستأجر .

زيادة عما سبق فإن المادة 1738 من القانون المدني الفرنسي تضمنت بأن التجديد الضمني للإيجار يتحقق إذا بقي المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة ، ولم يعترض المؤجر على ذلك .

ويذهب رأي آخر من الفقه الفرنسي إلى القول بأن سكوت المؤجر يعتبر قرينة على الرضا بتجديد عقد الإيجار تجديداً ضمناً ، وهي قرينة تهدف إلى إعادة التوازن بين المؤجر والمستأجر واستمراراً للعلاقة بينهما .

ويستند هذا الرأي على تفسيره للمادة 1738 من التقنين المدني الفرنسي بأنها هي التي تفترض أن سكوت المؤجر يعتبر قبولاً للتجديد الضمني⁶⁸ .

غير أن الأستاذ M.-J.LITTMAN انتقد هذا الاتجاه الفقهي الأخير الذي يقرر أن سكوت المؤجر يعتبر قبولاً للتجديد الضمني لعقد الإيجار، و اعتباره أن أساس التجديد الضمني هو سكوت المؤجر وحده ، وأن العقد يتجدد نتيجة لسكوته . بأن هذا الرأي يصطدم بصعوبات في تطبيقه ، ولكونه أيضا يخالف حكم القانون ، كما انه يخالف أيضا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قراراتها التي تضمنت أن التجديد الضمني مبناه الإرادة الضمنية وهو في صالح المستأجر ، ويتمثل في عدم اعتراض المؤجر على بقاء المستأجر بالعين المؤجرة ، بأن التعبير الضمني ليس تعبيراً صريحاً ، وإنما هو وضع إيجابي⁶⁹ .

وعلى عكس الاتجاه الفقهي الأخير ، يرى غالبية الفقه الفرنسي بأن التجديد الضمني للإيجار ينبني على الإرادة الضمنية للمؤجر ، وليس على سكوته .

حسب ما تقدم يلاحظ أن المؤجر هو الذي يتحمل نتائج سكوته، الذي ترتب عليه بحسن نية تجديد الإيجار، وبقاء المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة ، وعدم قيامه بالبحث عن عين مؤجرة أخرى .

كذلك أن التجديد الضمني يفترض قانوناً، وبالضرورة عدم معارضة المؤجر، ومن ثم وما دام سكوت المؤجر مفترضاً على هذا النحو ، فإن هذا السكوت يتساوى مع التجديد الضمني. وبالإضافة إلى ماسبق فإن الفقهاء يقررون أن التجديد الضمني الذي مبناه الإرادة، ينبني على العادات أو الأعراف.

⁶⁸ M.-J.LITTMAN,op,cit., p.448-451-453-457,
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ،ص.197-199.

⁶⁹ Cass.civ, 1 février 1949, D.1949, p.49,
ص.200.

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق

مما يلاحظ كذلك أن المشرع الفرنسي في القانون المدني لم يحدد المدة التي في خلالها يتجدد عقد الإيجار تجديداً ضمناً. وقد يفسر سكوت المشرع هنا عن تحديد المدة المذكورة على أن فيه حماية للمؤجرين ، إذا أن تحديد المدة يكون مسألة تحكيمية تضع المؤجرين في حرج وضيق⁷⁰ .

فقد جرى العرف في مدينة أورليان (Orléans) بفرنسا على أن المدة التي تترك للمستأجر في هذا الشأن هي ثمانية أيام من تاريخ انقضاء مدة الإيجار. بينما في مدينة (REIMS) جرى العرف على تحديد المدة بخمسة أيام ، وفي مدينة بوردو (BORDEAUX) تحدد المدة بيوم أو يومين. وفي بعض الأقاليم الفرنسية يتم التجديد الضمني منذ الوقت الذي لا يعترض فيه المؤجر ولم يعبر عن إرادته بما يفيد الرفض ، قبل انقضاء مدة الإيجار .

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي ، فإن هذه المسألة تعتبر من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع⁷¹ .

وبالإضافة إلى اعتراف المشرع الفرنسي بالدور الذي يلعبه السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار ، واعتماده ذلك في نصي المادتين 1738 و 1759 من القانون المدني ، والذي يتمثل في عدم الاعتراض على المستأجر الذي بقي شاغلاً للعين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار ، وكذا اعتماده من قبل الفقه الفرنسي⁷² ، فإن القضاء الفرنسي كذلك جعل للسكوت دوراً في تجديد الضمني لعقد الإيجار ، فلقد أصدرت محكمة باريس في 20 ديسمبر سنة 1910 حكماً جاء فيه أن التجديد الضمني يفترض نوعاً من السكوت من جانب المؤجر ، ويكون لهذا السكوت دور منشئ⁷³ .

كذلك نص المشرع المصري على دور السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار ، وذلك في القانون المدني المصري ، وحيث نصت المادة 599 من التقنين المدني على أنه : " إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه . اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة . وتسري على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة 563 .

⁷⁰ M.-J LITTMAN,op.cit. ,p.456-459,
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 199-201.

⁷¹ M.PLANIOL,G.RIPERT,par F.GIVORD,A.TANC,Traité pratique de droit civil français, Paris,1956, p.904,
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 202 .

⁷²H.LJ.MAZEAUD,F.CHABAS,op.cit,p.133;M.PLANIOL,G.RIPERT,P.ESMEIN,op.cit.,p.116 ;F.TERRE,P.SIMLER,Y.LEQUETTE,op.cit.,p.135;P.CHAUVEL,op.cit.,p.15.

⁷³ حكم محكمة باريس ، 20 ديسمبر سنة 1910 ، سيرى 1911-20-129 ، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 192 .

ويعتبر هذا التجديد الضمني إيجارا جديدا لا مجرد امتداد للإيجار الأصلي ، ومع ذلك تنتقل إلى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قد قدمها في الإيجار القديم مع مراعاة قواعد الشهر العقاري ، أما الكفالة شخصية كانت أو عينية ، فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد ، إلا إذا رضي الكفيل بذلك".

يستفاد من هذا النص أن التجديد الضمني للإيجار هو عقد جديد يتم بإيجاب وقبول . أما الإيجاب فهو يصدر من المستأجر وذلك ببقائه منتفعا بالعين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار. أما القبول فيصدر من المؤجر وذلك بعلمه ببقاء المستأجر وعدم اعتراضه على ذلك ، وحدوث التجديد على هذا النحو مرتبط بإرادة المتعاقدين ، ولذلك يجب أن تنصرف إرادة كل منهما بشكل قاطع إلى تجديد الإيجار. فإذا بقي المستأجر في العين دون نية تجديد الإيجار ، فلا يكون هناك تجديد ومثال ذلك : أن يبقى في العين المؤجرة لمرض طارئ أو صعوبة في الانتقال أو غير ذلك ⁷⁴ .

وأن المشرع المصري أقام من بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار قرنية على إرادة التجديد وعليه أن ينفي هذه الإرادة إذا أراد. وكذلك فإن قبول المؤجر ينبغي أن يكون قاطعا. فإذا لم يعلم المؤجر ببقاء المستأجر فلا يعتبر قد قبل التجديد مهما طال المدة، وإذا علم ببقاء المستأجر واعترض على ذلك في وقت مناسب فإن التجديد لا يقع.

وإذا أرسل المؤجر للمستأجر ما يفيد أنه يقبل التجديد بشروط جديدة. فإن التجديد للإيجار لا يتم إلا بقبول المستأجر للإيجاب الجديد الصادر من المؤجر ⁷⁵ .

كذلك يتضح من النص السابق أن المشرع المصري يميز بين تجديد الإيجار تجديدا ضمنيا وبين امتداد الإيجار. فإذا كان الإيجار لمدة محدودة وانتهت، انقضى الإيجار دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء، فإذا بقي المستأجر مع ذلك منتفعا بالعين المؤجرة، وسكت المؤجر وهو يعلم بذلك ولم يبد اعتراضا ، كان هذا تجديدا للإيجار السابق ، أي إيجارا جديدا بشروط الإيجار الأول ، إلا أن أن المدة فيه غير محددة فتسري عليه أحكام المادة 563 من القانون المدني، فإذا اشترط في الإيجار أنه لا ينقضي إلا بعد التنبيه بالإخلاء ، أو كان غير محدد المدة ، فيجب التنبيه بالإخلاء لإنهاء الإيجار طبقا للمادة 563. أما إذا لم يصدر التنبيه في الميعاد امتد الإيجار الأول نفسه لمدة أخرى ، دون أن يعتبر إيجارا جديدا .

⁷⁴ سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص.297-298؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود، عقد الإيجار ، المرجع السابق، ص.544-545.

⁷⁵ سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص. 298 ؛ انظر ، نقض مدني مصري، 4 أبريل 1940، مجموعة أحكام النقض ، 25 سنة ، الجزء الأول ، ص108، مقتبس من سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص.198.

بالإضافة إلى ذلك أوضح المشرع المصري في المادة 599 من ق.م. أن التأمينات العينية التي كانت للإيجار القديم تنتقل إلى الإيجار الجديد. أما الكفالة سواء أكانت شخصية أو عينية، فلا تنتقل إلا برضاء الكفيل ، ذلك أن بقاء المستأجر في العين المؤجرة بما يفهم منه تجديد الإيجار يمكن تفسيره بأن المستأجر قد رضي أن ينتقل ما قدمه من تأمين في الإيجار السابق إلى الإيجار الجديد، وأن المؤجر لم يقبل التجديد إلا بناء على هذا الشرط⁷⁶.

⁷⁶ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.204-205؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ، ص.557.

أما إذا كان من قدم التأمين شخصا آخر غير المستأجر، فلا يمكن أن يحتج عليه بعمل يصدر من المستأجر ولم يصدر منه هو ، ولذلك اشترط رضائه ، حتى تنتقل التأمينات إلى الإيجار الجديد⁷⁷

ومما يضاف أيضا ، أن طرفي التجديد الضمني هما المؤجر والمستأجر، ولكن لا يشترط أن يكونا هما بذاتها المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار الأول . فإذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى مالك جديد وكان الإيجار نافذا في حقه فإنه يصبح المؤجر الجديد ويجوز أن يتم التجديد الضمني بينه وبين المستأجر . وبالعكس إذا تنازل المستأجر عن الإيجار إلى شخص آخر أو أجز العين من الباطن، فإن التجديد الضمني يتم في هذه الحالة بين المؤجر وبين المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن . وإذا انتقلت العين المؤجرة إلى ورثة المؤجر ، أو انتقل حق المستأجر إلى ورثته فإن التجديد يتم بين ورثة المؤجر وورثة المستأجر أو بين أحدهما و ورثة الطرف الآخر⁷⁸ .

أما فيما يتعلق بمدة الإيجار الجديد الناشئ عن التجديد الضمني ، فإن المشرع المصري حسب نص المادة 599 من ق.م. أخضع الإيجار الجديد لنفس شروط الإيجار السابق إلا فيما يتعلق بالمدة . فقرر أن الإيجار يعتبر قد تجدد بشروطه الأولى ولكن لمدة غير معينة وتسري على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة 563 من القانون المدني . وطبقا لنص هذه المادة الأخيرة فإن مدة الإيجار إذا كانت غير معينة ، تعتبر هي المدة المحددة لدفع الأجرة ولكن الإيجار لا ينتهي بانتهاء هذه المدة إلا بالتنبيه بالإحلاء طبقا للمواعيد المقررة في نفس المادة، ومدة التنبيه هي نصف المدة المعينة لدفع الأجرة بشرط ألا تزيد على ثلاثة أشهر بالنسبة للأراضي الزراعية والأراضي البور، وعن شهرين بالنسبة للمنازل والحوانيت والمكاتب وما في حكمها، وعن شهر واحد بالنسبة للمساكن والغرف المؤثثة وغير ذلك من أنواع الإيجار⁷⁹ .

إضافة إلى اعتماد المشرع المصري لدور السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار ، فإن القضاء المصري ، ذهب أحكامه إلى القول بأن العقد يتجدد بالسكوت من المؤجر وبذات الشروط المتفق عليها . فلقد أصدرت محكمة بني سويف الجزئية حكما في هذا الشأن بتاريخ 17 جوان 1899 جاء فيه : " مما لا جدال فيه أن الرضا قد يكون بصريح العبارة ، وقد يأتي بطريق الدلالة ، وأن

⁷⁷ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الرابع ، ص.575، مقتبس من سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ، ص.304.

⁷⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ، ص.547؛ سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ، ص.300.

⁷⁹ سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، المرجع السابق ، ص.304-305.

استنتاج الرضا بطريقة الدلالة موكول إلى رأي القضاة ، فيحق لهم أن يعتبروا سكوت المؤجر على استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة،قبولا بتجديد عقد الإجارة ،ومتى ساعدت قرائن الأحوال على تجديد الإجارة المستفاد من السكوت ،فلا يعتبر حاصلا لمثل المدة السابقة ،بل للمدة المعتادة التي يعينها القانون ، فيما لو كانت المدة غير معينة بين المتعاقدين ، و هذه لا تنقضي إلا إذا طلب أحد المتعاقدين انقضاءها بالطرق والمواعيد المعروفة قانونا ⁸⁰ .

وكذلك أصدرت محكمة الاستئناف المصرية قرارا في 10 ماي 1904 جاء فيه أنه : " إذا استمر المستأجر على زراعة الأرض بعد انقضاء مدة الإيجار بعلم المؤجر ، و دون أن يطلب المؤجر من المستأجر تسليم العين اعتبر سكوت المؤجر هذا رضاء بتجديد الإيجار " ⁸¹ . وكما أصدرت محكمة النقض المصرية في 13 ديسمبر 1952 قرارا جاء فيه أن : " إعادة تجديد الإجارة ضمنا أساسه تسليم المستأجر بقيام عقد الإيجار واستمراره منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر دون إعتراض منه، و على ذلك فإنه إذا كان المستأجر قد أنكر وضع يده على الأطنان المؤجرة وأنذر المؤجر بفسخ عقد الإيجار بسبب عدم وضع يده عليها و عدم انتفاعه بها فإنه يتمتع عليه أن يدعي تجديد الإجارة ضمنا " ⁸² .

وأما المشرع الجزائري قد أخذ هو الآخر بدور السكوت وأثره في التجديد الضمني لعقد الإيجار ،ولكن لا بد مع التفرقة بين مرحلتين لعقد الإيجار المدني وهما: منذ صدور القانون المدني إلى صدور القانون 05-07 ، و ما بعد قانون 05-07 المعدل للقانون المدني ، و سيتم تناول هذين المرحلتين فيما يلي :

1- منذ صدور القانون المدني في 1975 إلى حين صدور القانون رقم 05-07:

لقد نص المشرع الجزائري في هذه المرحلة على التجديد الضمني لعقد الإيجار ، و ذلك في المادة 509 من ق.م التي ورد فيها أنه : " إذا انتهى عقد الإيجار و بقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم أن المؤجر اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى و لكن لمدة غير محددة ، وتسري على الإيجار أحكام المادة 474 إذا تجدد على هذا الوجه.

⁸⁰ محكمة بني سويف الجزئية، 17 جوان 1999، الحقوق 14، ص. 218، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 208.

⁸¹ محكمة الاستئناف المصرية ، 10 ماي 1904 ، الحقوق 20، ص. 130، مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 207.

⁸² محكمة النقض المصرية ، 13 ديسمبر 1952 ، مجموعة أحكام النقض في 25 سنة ، الجزء 1 ، ص. 108، مقتبس من سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، المرجع السابق، ص. 297.

ويعتبر هذا التجديد الضمني مجرد امتداد للإيجار الأصلي و مع ذلك تنتقل إلى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قد قدمها ضمانا في الإيجار القديم مع مراعاة قواعد الإشهار العقاري. أما الكفالة الشخصية أو العينية فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا بموافقة الكفيل".
وذلك بعد أن نص المشرع في المادة 508 من ق.م.ج على أنه : " ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد من دون حاجة ، إلى تنبيه بالإخلاء ما عدا ما نصت عليه أحكام المادة 474 من هذا القانون "

فيستخلص من نص المادة 509 من ق.م.ج أنه إذا انتهى عقد الإيجار المحدد المدة يلزم على المستأجر تسليم العين المؤجرة للمؤجر ، غير أنه بقي المستأجر ينتفع منها رغبة منه في الإستمرار في الإيجار . و علم المؤجر ببقائه فيها ، و لم يعارض ذلك بالرفض ، يكون قد قَبِلَ ضمنا بتجديد العقد ، و يعد سكوته وعدم اعتراضه قبولا بالتجديد .

و يخضع العقد الجديد لنفس شروط العقد السابق ، ولكن لمدة غير محددة.

أما إذا بقي المستأجر في الأمكنة ، المؤجرة رغم معارضة المؤجر، يكون بقاءه هذا بدون سند و يمنح للمؤجر الحق في مطالبته بالتعويض عن ذلك عملا بما جاء في نص المادة 502 من ق.م.ج. التي نصت على أنه : " يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار فإذا أبقاها تحت يده دون حق وجب عليه أن يدفع للمؤجر تعويضا باعتبار القيمة الإيجارية للعين وباعتبار ما لحق المؤجر من ضرر".

والتجديد الضمني لعقد الإيجار كما سبق هو عقد جديد يبرم لمدة غير محددة ، وليس مجرد امتداد للعقد القديم ، إلا أن مشرعنا في الفقرة الثانية من المادة 509 من ق.م.ج جعل التجديد الضمني لعقد الإيجار مجرد امتداد للإيجار الأصلي، وهو بذلك يخالف المشرع المصري الذي اعتبر أن التجديد الضمني هو إيجار جديد و ليس مجرد امتداد للإيجار الأصلي حسب ما جاء في نص المادة 2/599 من ق.م.

وتنقل التأمينات العينية التي قدمها المستأجر في الإيجار القديم إلى عقد الإيجار الناتج عن التجديد الضمني ، أما الكفالة العينية أو الشخصية ، فلا تنتقل إلا بموافقة الكفيل، و هذا طبقا لما ورد في المادة 2/509 من ق.م.ج.

ولجعل حد لهذا الإيجار يتعين على المؤجر أن يوجه تنبيهها بالإخلاء، كما في الإيجار غير المحدد المدة.⁸³

ولقد وردت تطبيقات قضائية لدور السكوت في التجديد الضمني لعقد الإيجار المدني، ومن ذلك القرار الذي أصدرته الغرفة المدنية للمحكمة العليا في 12 جوان 1989، والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه إذا انتهى عقد الإيجار و بقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر بذلك يجدد الإيجار بشروطه الأولى لمدة غير محددة و من المقرر أيضا أن الإيجار غير المحدد المدة لا ينتهي إلا بتوجيه للمستأجر تنبيه بالإخلاء، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون . ومن الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف بقضائهم بطرد المدعي في الطعن من الأمكنة المتنازع عليها خالفوا المادتين 474 و 509 من ق.م لكون الإيجار قد تجدد ضمنا ولإنهائه يستوجب توجيه تنبيه بالإخلاء للمستأجر.

و متى كان ذلك استوجب نقض القرار " ⁸⁴.

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اعتبر سكوت المؤجر وعدم اعتراضه على بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار، أنه يعد قبولا من قبل المؤجر بتجديد الإيجار تجديدا ضمنا .

2-مرحلة ما بعد صدور القانون رقم 07-05 المعدل للقانون المدني إلى الوقت

الحاضر:

في هذه المرحلة نص المشرع الجزائري على أن انتهاء عقد الإيجار يكون بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء، و هذا حسب ما جاء في نص المادة 469 مكرر 1 في فقرتها الأولى التي تضمنت أنه: " ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه بالإخلاء". و أضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: " غير أنه يجوز للمستأجر انتهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . و يجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين "

⁸³ ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص. 76-77؛ حمدي باشا عمر، انتهاء عقد الإيجار، نشرة القضاة، العدد 1، 2000، ص.16.
⁸⁴ قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا، 12 جوان 1989، ملف رقم 53242، المجلة القضائية، 1991، العدد الثاني، ص.125؛ أنظر، قرار الغرفة التجارية والبحرية، 15 أبريل 2003، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص.155.

وبخصوص التجديد الضمني لعقد الإيجار فإن القانون رقم 07-05 الصادر في 13 ماي 2007 ألغى المادة 509 من ق.م.ج سالفه الذكر، وذلك بموجب المادة 8 منه .و يكون بذلك المشرع قد ألغى التجديد الضمني لعقد الإيجار.

أما فيما يتعلق بالتجديد الضمني لعقد الإيجار التجاري ، فإن المشرع الجزائري أخذ به في نصوص القانون التجاري ، حيث نصت المادة 173 منه في فقرتها الأولى على أنه : " لا ينتهي إيجار المحلات ، الخاصة بهذه الأحكام إلا بأثر تنبيه بالإخلاء حسبما جرت عليه العادات المحلية وفي مدة ستة أشهر قبل الأجل على الأقل " .

فيستفاد من هذه الفقرة السابقة أن عقد إيجار المحلات الخاصة لا ينقضي إلا بتوجيه تنبيه بالإخلاء من طرف المؤجر إلى المستأجر ، وذلك في مدة ستة أشهر على الأقل قبل انقضاء مدة الإيجار. وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه : " وفي حالة عدم التنبيه بالإخلاء يتواصل الإيجار المنعقد كتابة بالتمديد الضمني إلى ما بعد الأجل المحدد في العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفترة السابقة " .

فهذه الفقرة تفيد أنه إذا لم يتم المؤجر بتوجيه التنبيه بالإخلاء للمستأجر ، فإن عقد الإيجار المنعقد كتابة يتجدد ضمنا و يمتد إلى ما بعد الأجل المحدد في العقد.

إضافة إلى المادة 173 من ق.ت، فإن المشرع الجزائري نص في المادة 174 ق.ت، على أنه : " في حالة عدم التنبيه بالإخلاء يتعين على المستأجر الذي يرغب في الحصول على تجديد إيجاره أن يقدم بطلبه أما في الستة أشهر السابقة لانتهاؤ الإيجار أو عند الاقتضاء في كل وقت أثناء تجديده.

و يجب أن يبلغ التجديد للمؤجر بعقد غير قضائي و فيما عدا الشروط أو التبليغات المغايرة و الموجهة من هذا الأخير يجوز تقديم هذا الطلب شرعا للشخص المسير الذي تتوفر فيه الصفة الكافية لاستلامه، وفي حالة وجود عدة ملاكين يعتبر الطلب الموجه لأحدهم ساريا على الجميع إلا إذا كانت هناك شروط أو تبليغات مغايرة .

ويجب أن يشمل الطلب مضمون الفقرة المدرجة بعده و إلا كان باطلا.

ويتعين على المؤجر في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ طلب التجديد أن يحيط الطالب علما بنفسه الإجراء إن كان يرفض التجديد مع إيضاح دوافع هذا الرفض ، و يعتبر المؤجر إذا لم يكشف عن نواياه في هذا الأجل موافقا على مبدأ تجديد الإيجار السابق...".

حسب هذه المادة الأخيرة يستوجب على المستأجر الذي يرغب في تجديد عقد الإيجار، والذي لم يتلق التنبيه بالإخلاء ، أن يقدم طلبا للمؤجر برغبته في تجديد الإيجار و أن يذكر فيه مضمون المادة 194 ق.ت.ج، قبل ستة أشهر قبل انتهاء الإيجار أو بعده ، أن يبلغه للمؤجر بواسطة عقد غير قضائي .

ويلزم على المؤجر بعد تبليغه بطلب التجديد أن يرد في أجل ثلاثة أشهر من التبليغ إن كان يرفض التجديد و يبين دوافع و أسباب رفضه . وإذا انقضت مدة 3 أشهر وظل ساكنا ولم يعبر عن رأيه في التجديد ، فإن سكوته يعتبر موافقة على تجديد الإيجار.

و تعتبر مدة الإيجار الجديد مساوية للإيجار السابق دون أن تزيد عن تسع سنوات ، هذا ما لم يوجد اتفاق مخالف بين الطرفين ، وهذا وفقا لما جاء في المادة 175 ق.ت.ج.

غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الذي أدخله على القانون التجاري بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 أنه أوجب الرسمية في عقد الإيجار التجاري، وبذلك يكون قد تخلص عن العرفية والشفاهية فيه، وذلك لمدة معينة، يحددها أطرافه .

وكذلك نص على أن المستأجر يجب عليه أن يغادر الأمكنة المستأجرة عند حلول أجل انقضاء عقد الإيجار ، و ذلك دون توجيه تنبيه بالإخلاء له؛ كما ليس له الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق ، إلا إذا اشترط المؤجر والمستأجر خلاف ذلك. بمعنى آخر أنهما اتفقا على أن إخلاء الأمكنة المستأجرة لا يكون إلا بعد توجيه تنبيه بالإخلاء والحق للمستأجر في الحصول على تعويض الاستحقاق . وهذا ما تضمنته المادة 187 مكرر ق.ت.ج بقولها : " تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الشكل الرسمي ، و ذلك تحت طائلة البطلان ، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية.

يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون الحاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك " ⁸⁵.

نتعرض فيما يلي إلى دور السكوت في التجديد الضمني لعقد العمل.

2- دور السكوت في التجديد الضمني لعقد العمل:

يكون عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة. وأن عقد العمل محدد المدة ينتهي بانقضاء مدته ، و لكن قد يتجدد إذا استمر العامل في عمله، ولم يعارض صاحب العمل ذلك، فيعتبر هذا تجديدا ضمنيا لعقد العمل .

ففي التشريع الفرنسي ، لقد تضمنت المادة 13-1243 L من قانون العمل في فقرتها الأولى⁸⁶ بأنه يجوز تجديد عقد العمل محدد المدة مرة واحدة، وذلك عندما يتعلق الأمر بعقد محدد تاريخ بدايته ونهايته.

فسكوت صاحب العمل، واستمرار العامل في أداء عمله بعد انتهاء المدة المقررة يسمح بالقول بوجود التجديد الضمني لعقد العمل المحدد المدة.

فيتحقق التجديد الضمني إذن في عقد العمل، إذا استمر العامل في عمله ، واستمر صاحب العمل في تسليمه الأجر المقرر له⁸⁷.

ويفسر الكثير من الشراح الفرنسيين السكوت بأنه ذا قيمة سلبية ، إلا أنه على عكس ذلك بحسب الأستاذ M.-J.LITTMAN إذا ما تم الرجوع إلى مبدأ الثقة المشروعة، فإن السكوت يؤدي إلى القول بتجديد العقد المنتهي.

ويظهر دور السكوت أيضا في عقد العمل تحت الإختبار في سكوت صاحب العمل ، بعد انتهاء فترة الإختبار، واستمرار العامل في أداء عمله ، بما يفيد اقتناع صاحب العمل بصلاحية العامل الذي هو في فترة الإختبار لأداء العمل الذي أسند إليه.

كذلك إضافة إلى ما سبق فإن التجديد الضمني يستبعد كل تغيير في العقد القديم ، و يتمثل هذا في أن مضمون العقد الجديد يكون كالعقد القديم أو الأول .

ويسري هذا في عقد العمل ، إذا تجدد تجديدا ضمنيا ، فإنه يتجدد بشروطه الأولى ، مما قد يحقق نوعا من الإستقرار في التعامل بالنسبة لطرفي العقد⁸⁸.

⁸⁶ L'article L. 1243- 13 du code de travail dispose : « le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable une fois pour une durée déterminée... »

⁸⁷ M.-J.LITTMAN ,op.cit.,p.482-484,

⁸⁸ M.-J.LITTMAN ,op.cit.,p.488-489-492-494,

مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص.216-217.
مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص. 217-219.

إلا أنه يلاحظ بالنسبة لمدة العقد الجديد ، فإن سكوت المتعاقدين لا يترتب عليه تجديد العقد بنفس مدته الأولى ، فمدة العقد الجديد تكون مختلفة عن مدة العقد الأول .
 فمدة عقد العمل الجديد الناشئ عن التجديد الضمني لا ترتبط بالمدة السابقة للعقد الأول بل يجوز أن تتجاوزها، والمهم في التشريع الفرنسي أن لا تتعدى الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً⁸⁹ وبالنسبة لمدة عقد العمل ، فقد ذهبت قرارات القضاء الفرنسي إلى القول بأن التجديد الضمني لعقد العمل ، لا يترتب عليه أن يصبح العقد المعين المدة ، غير معين المدة ، وإنما يظل كما هو معين المدة⁹⁰. في حين ذهبت قرارات قضائية أخرى إلى أن العقد الجديد يصبح غير محدد المدة⁹¹.

أما المشرع المصري فهو الآخر أخذ بالتجديد الضمني لعقد العمل، ولكنه في القانون المدني فرق بين الحالتين :

- الحالة الأولى : و هي حالة العقد المبرم لتنفيذ عمل معين ، ففي هذه الحالة يكون العمل بطبيعته قابلاً لأن يتجدد ، فإذا استمر تنفيذ العقد بعد انتهاء العمل المتفق عليه اعتبر عقد العمل قد تجدد تجديداً ضمناً للمدة اللازمة للقيام بالعمل ذاته مرة أخرى ، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 680 من القانون المدني.

- الحالة الثانية : حالة ما إذا كان العقد قد حددت مدته، فإنه ينتهي بانقضاء هذه المدة، وفي هذا الشأن نصت المادة 2/679 من القانون المدني على أنه : " إذا استمر طرفاه في تنفيذه بعد انقضاء مدته ، اعتبر ذلك تجديداً للعقد لمدة غير معينة"⁹².

وأكد المشرع المصري في قانون العمل الصادر في 2003 ما نص عليه في القانون المدني حيث تناول أيضاً التجديد الضمني لعقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين ، و ذلك في المادة 108 من قانون العمل التي نصت على أنه : " إذا انتهى عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين و استمر طرفاه في تنفيذ العقد بعد إنجاز العمل اعتبر ذلك تجديداً منهما للعقد لمدة غير محددة "

وكذلك نص على التجديد الضمني لعقد العمل المحدد المدة، وذلك في حالة استمرار أطرافه في تنفيذه بعد إنقضاء مدته، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 105 من قانون العمل بقولها : "

⁸⁹ بن صاري ياسين ، المرجع السابق ، ص 137.
 مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 220 .
⁹⁰ CF.Cass.civ.,8 juin 1975 , Bull .civ.1957 ,p.575,
 مقتبس من عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 220 .
⁹¹ CF.Cass.civ.,19 juin 1968 , Bull .civ.1968 ,p.250 ,
⁹² عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 221.

مع مراعاة أحكام المادة 106 من هذا القانون إذا انقضت مدة العمل محدد المدة، واستمر طرفاه في تنفيذه، اعتبر ذلك منهما تجديدا للعقد لمدة غير محددة .
ولا يسري ذلك على عقود عمل الأجانب⁹³ .

يتضح مما سبق أن المشرع المصري أخذ بالتجديد الضمني لعقد العمل محدد المدة أو المبرم لإنجاز عمل معين ، إذا استمر العامل وصاحب العمل في تنفيذ العقد سواء بعد انقضاء مدته بالنسبة للعقد المحدد المدة ، أو بعد انتهاء عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين. فيتجدد عقد العمل بنفس شروط العقد الأصلي، ويفسر سكوت طرفيه في عدم التعديل في شروط العقد الأول على أنه استمرار لبقاء العقد الأصلي بشروطه، و يستثنى من ذلك شرط المدة التي كانت محددة، فتصبح بعد التجديد غير محددة⁹⁴ .

وبخصوص المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتجديد الضمني لعقد العمل ، فلقد كان ينص في المادة 82 من القانون 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية⁹⁵ بأنه بحلول أجل العقد محدد المدة يجوز تجديده مرة واحدة ، و في حالة قيام أي تجديد ثاني فإنه يعتبر باطلا .
و يجب إعادة تكييف علاقة العمل ابتداء من تاريخ انتهاء أجل مدة التجديد إلى علاقة غير محددة المدة .

بينما في قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، لم يتطرق المشرع إلى مسألة التجديد لا بإجازتها ولا بمنعها، ولكن حسب اجتهادات المحكمة العليا فإنها ترى أن عقود العمل المحددة المدة التي يتخللها عقد غير مكتوب و تؤدي إلى نشأة علاقة جديدة لمدة غير محددة طبقا لنص المادة 11 من قانون 90-11⁹⁶ . واستقر كذلك الاجتهاد القضائي على امكانية تجديد عقد العمل أكثر من مرة واحدة، وأن ذلك لا يجعل منه عقد عمل غير محدد المدة .

ومن ثم فإن إمكانية التجديد حتى وإن لم يفترضها المشرع الجزائري ضمن العقود محددة المدة بموجب القانون 90-11 إلا أنه لم يمنعها صراحة. ثم جاء الاجتهاد القضائي ليشترط عدم تحلل فترة فراغ بين عقد محدد المدة وآخر، لأن ذلك يفتح المجال إلى قيام علاقة جديدة دائمة، وبالتالي ليس

⁹³ علي عوض حسن ، المرجع السابق ، ص 619-623.

⁹⁴ عبد الرزاق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 222.

⁹⁵ المادة 82 من القانون 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982، المتعلق بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية، 1982، العدد 09.

⁹⁶ بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص 131؛ انظر قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، 10 نوفمبر 1998، ملف رقم 181858، (غير منشور) ، مقتبس من بن صاري ياسين ، المرجع السابق ، ص 131.

هناك ما يمنع من القول بأن العقد الجديد الذي يبرم بين نفس طرفي العقد الأصلي ، من أجل نفس السبب و لعدة مرات بمثابة ، تجديد صريح .

لكن يتعين التأكيد أنه يجب في كل مرة إرجاع موضوع التجديد إلى الحالات الخمسة الواردة ضمن المادة 12 من قانون 90-11 التي نصت على أنه: " يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه :

- عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة.
- عندما يتعلق الأمر باستخلاف عامل مثبت في منصبه تغيب عنه مؤقتا ، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه .

- عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع .
- عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية .

- عندما يتعلق الأمر بنشاطات أو أشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها .
ويبين بدقة عقد العمل ، في جميع هذه الحالات ، مدة علاقة العمل وأسباب المدة المقررة " .
وأیضا يستوجب إرجاع التجديد إلى الفقرة الأخيرة من المادة 12 من قانون 90-11 سألفة الذكر إن كانت متوفرة في العلاقة الجديدة أم لا، بمعنى أنه يجب على المتعاقدين أن يعلمان بأن الأمر يتعلق بعلاقة عمل جديدة حتى و إن كانت مرتبطة بالعقد الأصلي⁹⁷ .

أما فيما يتعلق بالتجديد الضمني لعقد العمل المحدد المدة وهي الحالة المتمثلة في انتهاء أجل عقد العمل المحدد المدة واستمرار العامل في القيام بمهامه مع سكوت صاحب العمل على ذلك ، فتنشأ علاقة عمل غير محددة في غياب الكتابة، إلى غاية إثبات المستخدم عكس ذلك طبقا للمادة 11 من قانون 90-11، هذا بالرغم من عدم نص المشرع الجزائري على التجديد الضمني لعقد العمل المحدد المدة .

وما يؤكد ذلك ما ذهبت إليه الإجتهاادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والتي قررت أنه من الثابت أن التجديد الضمني لعقد العمل محدد المدة دون تحرير عقد عمل آخر و استمرار علاقة العمل دون ما يثبت انقطاع العامل عن العمل يجعل العقد غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/21⁹⁸ .

⁹⁷ بن صاري ياسين ، المرجع السابق ، ص 131-132.
⁹⁸ بن صاري ياسين ، المرجع السابق ، ص 136؛أحمية سليمان ، المرجع السابق ، ص 349-350.

إعتمادا على هذا الإجتهد القضائي ، فإن المحكمة العليا اعتبرت استمرار العامل في عمله بالرغم من انتهاء عقد العمل المحدد المدة ، و بدون تحرير عقد عمل جديد مكتوب بين العامل وصاحب العمل ، أنه تجديدا ضمنيا لعقد العمل المحدد المدة ، و لكن تصبح مدة العقد الجديد غير محددة طبقا لنص المادة 14 من القانون 90-11 التي ورد فيها أنه: " يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما تنص عليه أحكام هذا القانون ، عقد عمل لمدة غير محدودة ، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في القانون " .

وعليه يستخلص مما سبق أن مشرعنا، و إن كان لم ينص صراحة على تجديد عقد العمل المحدد المدة تجديدا ضمنيا ، إلا أنه حسب الإجتهدات القضائية ، فإنه يجوز تجديده ضمنيا . و يفسر سكوت صاحب العمل على استمرار العامل في أداء عمله بعد انتهاء مدة العقد ، على أنه قبول من جانبه بتجديد عقد العمل ، و لكن لمدة غير محددة .

تعرضنا في المبحث السابق إلى دور السكوت في تعديل التصرف القانوني وفي تعديل شروط تنفيذه و بينا أحكامه، و تستلزم الدراسة تناول بعده دور السكوت في إنهاء التصرف القانوني وذلك في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

دور السكوت في إنهاء التصرف القانوني

زيادة عن دور السكوت في تعديل التصرف القانوني ، و دوره في تعديل شروط تنفيذه وفي تجديده ، فإن للسكوت دورا آخر يتمثل في إنهاء التصرف القانوني .
فإن سكوت المدين عند إبراء الدائن إياه يعتبر قبولا للإبراء ، و يترتب على الإبراء إنقضاء الإلتزام. كذلك إذا سكت الدائن عن مطالبة مدينه مدة معينة من الزمان سقط حق الدائن ، و هو ما يعرف بالتقادم المسقط .

ولبيان دور السكوت في إنهاء التصرف القانوني ، سيتم التعرض إلى السكوت و الإبراء من الإلتزام (المطلب الأول)، ثم إلى السكوت و التقادم المسقط (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

السكوت و الإبراء من الإلتزام

للقوف على مضمون هذا المطلب، و إظهار عناصر الإبراء و بيان دور السكوت و أثره فيه. سيتم التطرق إلى تعريف الإبراء من الإلتزام و مميزاته (الفرع الأول)، وإلى شروط الإبراء (الفرع الثاني) ، وإلى آثار الإبراء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الإبراء من الإلتزام و مميزاته

هذا الفرع يتم تناوله في عنصرين أولهما يتعلق بتعريف الإبراء ، وثانيهما يتعلق بمميزات الإبراء

أولا : تعريف الإبراء من الإلتزام

يقصد بالإبراء لغة : التنزيه و التخليص و المباحدة عن الشيء .
 أما إصطلاحا في الشريعة الإسلامية : فيقصد بالإبراء إسقاط شخص حقا له في ذمة آخر أو قبله، كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين. فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص كحق الشفعة، و حق السكنى الموصى به، فلا يعتبر التنازل عنه أو تركه إبراء ، بل هو إسقاط محض، وعليه يكون كل إبراء إسقاطا، و ليس كل إسقاط إبراء . والإبراء و إن تضمن معنى الإسقاط ، ففيه معنى آخر و هو التملك فهو إسقاط من الدين، و تملك للمدين⁹⁹ .

⁹⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، "تنمة العقود، الملكية و توابعها"، دار الفكر، دمشق، 1984، ص.326 .

وفي اصطلاح القانون : فإن الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، فهو تصرف تبرعي . فإذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، و إذا استوفى مقابلا في حقه كان هذا وفاء بمقابل ، فإذا نزل عن حقه فلم يستوفه لا عينا و لا بمقابل كان هذا إبراء .
والإبراء تصرف قانوني صادر من جانب واحد و هو الدائن، و متى توفرت شروطه إنقضى به الدين و برئت ذمة المدين¹⁰⁰ .

إضافة إلى ما سبق لقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الإبراء في المادة 1536، و التي جاء فيها: "الإبراء على قسمين: أحدهما إبراء الإسقاط، و ثانيهما إبراء الإستيفاء. أما إبراء الإسقاط فهو أن يبرئ أحد آخر من تمام حقه الذي له في ذمته، أو يحط مقداراً منه و هذا الإبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا، و أما إبراء الإستيفاء فهو عبارة عن إقرار أحد بقبض و إستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر و هو نوع من الإقرار" .

وأيضا تناول المشرع المصري النص عليه في المادة 371 من التقنين المدني التي ورد فيها أنه: "ينقضي الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا. و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده". وكذلك نص المشرع الجزائري عليه في المادة 305 ق.م، و التي جاء فيها ما يلي : "ينقضي الإلتزام إذا برأ الدائن مدينه إختيارا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين" .

ثانيا: مميزات الإبراء

من خلال تعريفه في العنصر السابق يظهر أن الإبراء يتميز بعدة مميزات هي: أنه يتم بالإرادة المنفردة للدائن، و أنه تصرف قانوني تبرعي.

1- الإبراء يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن :

معنى ذلك أن الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده، لا بإتفاق بين الدائن و المدين كما هو عليه الحال في التقنين المدني الفرنسي (المادتين 1282 و 1283) و في قانون الموجبات و العقود اللبناني

¹⁰⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة طبع)، ص.962؛ خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، "أحكام الإلتزام"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.344؛ محمد حسنين، نظرية الإلتزام، "مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص.366 .

(المادة 338) و ليس كما كان عليه الأمر في التقنين المدني المصري القديم. وقد إقتبس التقنين المدني المصري الحالي هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة و يرتد بالردّ.

وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي، فالإلتزام قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشتمل عليها ذمته المالية، فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة، كما يستطيع النزول عن الحق العيني. ولما كان الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا النزول، فقد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن، و قد يصر على الوفاء بالرغم من رغبة الدائن في إبرائه، فقد أعطى كل من القانون المدني المصري و الجزائري في أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه، وتناولا أن الإبراء يرتد بالرد¹⁰¹.

وهناك فروق بين أن يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة وأن يتم بإتفاق بينه وبين المدين، وهذه بعض الفروق :

- عندما يكون الإبراء يتم بإرادة الدائن المنفردة، يكفي أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء، و هو ينشأ من وقت العلم. أما عندما يتم بالاتفاق بين الدائن و المدين يجب أن يصدر قبول من المدين للإبراء، و لا يتم الإبراء في هذه الحالة إلا من وقت هذا القبول .
- و يترتب على ما تقدم انه إذا أعلن الدائن عن إرادته في إبراء المدين و وصل هذا الإعلان إلى علم المدين لم يستطع الدائن في الإبراء الذي يتم بالإرادة المنفردة، أن يعدل عنه بعد أن تم. وإن مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلى علم المدين، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلام بعلم المدين بعد موت الدائن أو فقده لأهليته طبقا للمادة 92 من القانون المدني المصري و المادة 62 من القانون المدني الجزائري.
- أما في الإبراء الذي يتم بالإتفاق، فمادام المدين، حتى بعد علمه بإرادة الدائن في الإبراء، لم يصدر منه قبول، فقد كان يجوز للدائن أن يعدل عن هذا الإبراء. وإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل صدور القبول، فالإيجاب في هذه الحالة يسقط، ولا يجوز للمدين أن يقبل الإبراء بعد ذلك.

¹⁰¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.965-966؛ المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية 3، ص.295، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.966.

- إذا رد المدين أو رفض الإبراء في النوع الذي يتم بالإرادة المنفردة، كان بهذا الرد يفقر نفسه. ذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه، فبرده للإبراء يعود إلى ذمته بعد أن كان قد إنقضى. ومن ثم لا بد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رفض الإبراء. أما في الإبراء الذي ينشأ بالاتفاق بين الطرفين، فإن رد المدين للإبراء لا يعتبر إفتقاراً، إذ أن الإبراء لا يتم إلا بقبوله. فهو برده له لم يفقر نفسه، والدين لا يعود بالرد بعد انقضائه، لأنه لم ينقض ما دام المدين لم يقبل الإبراء، ومن ثم لا يشترط في رده هذا أن تتوافر في المدين أهلية التبرع.

2- الإبراء تصرف تبرعي :

لقد سبق القول بأن الإبراء عن الدائن إختياراً دون مقابل، فهو ينزل عن حقه دون عوض. ومن ثم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن . وهذا هو الذي يميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة، كالتجديد و الصلح . فيتميز الإبراء عن التجديد، في كون أنه في التجديد وإن كان يبرئ الدائن ذمة المدين من الدين، إلا أن الطرفين في التجديد يتفقان على إنشاء دين جديد محل الدين الأصلي، فليس الإبراء في التجديد من الدين الأصلي تبرعاً، بل يقابله إنشاء دين جديد¹⁰² . ومن جهة أخرى، يتميز الإبراء عن الصلح في كون أنه قد يتضمن الصلح إبراء و لكنه بمقابل. فإن كلا من المتصلحين ينزل عن بعض ما يدعيه، في مقابل التسليم له بالبعض الآخر، وهو على عكس الإبراء الذي هو نزول عن الحق من قبل الدائن إختيارياً، و بدون مقابل. وأيضاً يتميز الإبراء عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس، فالدائنين عندما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقه، وهم يسهلون على المدين السبل التي تؤدي إلى ذلك و منها إبراءه من جزء من ديونه. ففي الصلح مع المفلس لا توجد نية التبرع بخلاف الإبراء، و كذلك في الصلح مع المفلس ليس من الضروري أن يقبل جميع الدائنين الصلح، بل يكفي أن تقبله أغلبية معينة من الدائنين فتفرضه على الأقلية، أما الإبراء فلا بد من رضا الدائن به مختاراً¹⁰³ .

¹⁰² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص. 966-968 .
¹⁰³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص. 968؛ خليل ققادة، المرجع السابق، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص. 344-345 .

الفرع الثاني شروط الإبراء

حسب ما ورد في نص المادة 372 من القانون المدني المصري انه: "يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع .
و لا يشترط فيه شكل خاص، و لو وقع على التزام يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان". و جاءت المادة 306 من القانون المدني الجزائري مطابقة لنص المادة 372 من القانون المدني المصري المذكورة .
انطلاقا من هذين النصين، إن للإبراء شروط شكلية و أخرى موضوعية، سيتم تناولها فيما يلي :

أولاً: الشروط الشكلية للإبراء

طبقا للفقرة الثانية من المادتين 372 من القانون المدني المصري و306 من القانون المدني الجزائري، فإن الإبراء تصرف قانوني رضائي و ليس بشكلي، فهو ينعقد بإرادة الدائن دون حاجة إلى أن تفرغ هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أي شكل خاص .
لأن الإبراء يعتبر تصرفا تبرعيا، و هو هبة غير مباشرة، و الهبات غير المباشرة لا يشترط في انعقادها الرسمية التي تشترط في الهبات المباشرة . و لا تشترط الشكلية في الإبراء و لو وقع على إلتزام مصدره عقد شكلي، سواء كان الشكل مفروضا بحكم القانون أو متفقا عليه من المتعاقدين. فلو وعد شخص آخر بان يهبه مبلغا من النقود، فإنه لا يلتزم بموجب هذا الوعد إلا إذا كان الوعد مكتوبا في ورقة رسمية بمقتضى حكم القانون طبقا للمادة 490 من القانون المدني المصري. فإذا تمت كتابة الوعد في ورقة رسمية و ترتب عليه إلتزام الواعد بإعطاء هذا المبلغ من النقود للموعد له، فإن الموعد له وهو

الدائن يستطيع أن يبرئ الواعد و هو المدين من إلتزامه، دون حاجة إلى أن يفرغ الإبراء في ورقة رسمية، و عليه فالوعد إذن ليس ملزماً إلا إذا كتب في ورقة رسمية، و لكن يمكن الإبراء منه دون حاجة إلى هذه الورقة .

أما إذا كان الدائن قد أوصى بإبراء مدينه، فالإبراء هنا يكون وصية و تسري أحكام الوصية في الشكل و في الموضوع عليه. فلا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانوناً، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة، ويجوز للموصي الرجوع فيه قبل موته، ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصي .
وإذا كان لا يشترط في الإبراء شكل خاص، فإن ذلك لا يمنع من أن المدين الذي يدعي أن دائنه أبرأه من الدين يقع عليه عبء إثبات هذا الدين، وتسري في ذلك القواعد العامة في الإثبات¹⁰⁴ .

ثانيا: الشروط الموضوعية للإبراء

حسب الفقرة الأولى من المادتين 372 من القانون المدني المصري و 306 من القانون المدني الجزائري، فإن الإبراء يخضع من الناحية الموضوعية لأحكام التبرع. ومن ثم يجب أن يصدر الإبراء من إرادة الدائن، التي ليس لها شكل خاص، للنزول عن حقه دون مقابل .
وهذه الإرادة يجب أن تصدر من دائن ذي أهلية كاملة، و الأهلية هنا هي أهلية التبرع، لأن الإبراء تصرف تبرعي. فلا يجوز للقاصر و لا للمحجور عليه إبراء المدين من الدين، لأن أهلية التبرع غير متوافرة فيهما. و لا يجوز للولي و لا للموصي و لا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور من الدين، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع في مال محجورينهم. وإذا وقع الإبراء يكون باطلا في هذه الحالة.
كذلك يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب، فيجب أن لا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال، و إلا كان قابل للإبطال.

ولما كان الإبراء تعبيراً عن الإرادة، فيجوز أن يقع صراحة أو بطريقة ضمنية، لكن لا يجوز مع ذلك أن يفترض، لأنه نزول عن الحق، و بالتالي عند الشك، يجب ألا تفسر إرادة الدائن انه قصد الإبراء¹⁰⁵ .

¹⁰⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.969-971؛ خليل قداة، المرجع السابق، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.346 .

¹⁰⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.972-973؛ خليل قداة، المرجع السابق، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.347 .

والإبراء ككل تصرف قانوني له محل. ومحل الإبراء هو الإلتزام الذي يبرئ الدائن منه المدين، و يصح أن يقع الإبراء على أي إلتزام، ما لم يكن ذلك مخالفا للنظام العام .
وللإبراء سبب، و السبب هو الباعث أو الدافع إلى الإبراء. فإن كان الباعث مشروعاً، صح الإبراء، وإلا كان باطلاً¹⁰⁶ .

وفي الشريعة الإسلامية كذلك اشترط الفقهاء شروطاً في الإبراء، و هذه بعضها :

- يشترط في المبرئ، أي الذي يصدر منه الإبراء، أن يكون أهلاً للتبرع، أي عاقلاً بالغاً رشيداً غير محجور عليه لسفه أو لدين، لأن الإبراء تبرع من الدائن .
- أن يكون المبرئ ذا ولاية على الحق المبرأ منه: و ذلك بأن يكون مالكا له، أو موكلاً كالإبراء منه، أو وصياً على الدائن .

- ويشترط كذلك الرضا والإختيار من المبرئ، فلا يصح إبراء المكره .

- وأيضاً يشترط في الطرف المبرأ منه، أي المدين أن يكون معلوماً معيناً غير مجهول .

- وكذلك يشترط في محل الإبراء أن يكون موجوداً عند الإبراء، فيبطل الإبراء من الحق قبل وجوده، كأن يبرئ شخص شخاً مما سيقرضه له¹⁰⁷ .

الفرع الثالث

آثار الإبراء

إذا وقع الإبراء صحيحاً متوافراً على شروطه فإن يترتب آثاره القانونية، و أهم آثاره هو انقضاء الدين، فالإبراء سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام. فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته، فينقضي الدين بالإبراء مع برئت ذمة المدين، وهذا ما قضت به المادة 305 من القانون المدني الجزائري بقولها : "ينقضي الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً..."¹⁰⁸ .

على أن الإبراء يرتد برده من قبل المدين أو رفضه له، و يصبح حينئذ باطلاً، وهذا حسب ما جاء في المادة 305 ق.م.ج حين نصت على أنه : "... و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن

¹⁰⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.974-975؛ محمد

حسنين، المرجع السابق، ص.367 .

¹⁰⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.331-333؛ صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص.562-

563 .

¹⁰⁸ أنظر، المادة 371 من القانون المدني المصري.

يصبح باطلا إذا رفضه المدين"، وهو نفس ما جاء في المادة 371 من القانون المدني المصري بقولها: "... و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، و يرتد برده".

فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين، و لم يردده في المجلس الذي علم فيه، لم يستطع أن يردده بعد ذلك¹⁰⁹.

أما إذا رده في المجلس، فإنه يرتد و يزول أثره، و يعود الدين إلى ذمة المدين بع أن كان قد انقضى بالإبراء. و هذا ما ورد في المادة 1568 من مجلة الأحكام العدلية التي ورد فيها: "لا يتوقف الإبراء على القبول، و لكن يرتد بالرد فلذلك لو أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله و لكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله: لا أقبل الإبراء يكون ذلك الإبراء مردودا. يعني يبقى له حكم لكن لورده بعد قبول الإبراء فلا يرتد الإبراء....".

وعليه فإن الإبراء، وهو يقضي الدين تصرف قانوني يفقر الدائن إذ ينقض من حقوقه. وكذلك الرد، و هو يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد انقضائه، تصرف قانوني يفقر المدين إذ يزيد في التزامه. ولما كان الإبراء تبرعا، فتسري عليه كما سبق الأحكام الموضوعية للتبرع، ومن ثم، فإن أحكام الدعوى البولصية تسري على الإبراء كما تسري على كل تبرع. و يترتب على ذلك ما يلي:

- يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية، كما يطعنون في أي تبرع صادر من مدينتهم.

- كذلك إذا رد المدين الإبراء، فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقرا إذ يزيد في إلتزاماته، فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية، إذا أثبتوا أن هذا الرد من جانبه قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره¹¹⁰.

بالإضافة إلى أن الإبراء يقضي الدين، فهو كذلك يقضي تأمينات ذلك الدين وتوابعه و ضماناته، لأن سقوط الأصل و هو الدين يستتبع سقوط الفرع أي تأمينات الدين (وسواء منها العينية والشخصية)، وهذا على أساس القاعدة العامة التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل في وجوده وعدمه، في صحته و بطلانه.

وإذا كان للمدين كفيلا ترتب على سقوط الدين بالإبراء سقوط الكفالة و ذلك لصفة التبعية التي تربط إلتزام الكفيل بإلتزام المدين. وإذا كان للدائن أكثر من كفيل ولم يبرأ إلا كفيلا واحد فإن أثر

¹⁰⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص. 975-976؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص. 349.

¹¹⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص. 976-977.

الإبراء لا يتعدى هذا الكفيل إلى بقية الكفلاء الآخرين، إلا إذا قصد الدائن ذلك. كذلك إذا كان المدين عبارة عن أكثر من شخص متضامنين أمام الدائن، وأبرأ هذا الأخير أحدهم، فإن الإبراء لا يستفيد منه إلا المدين المبرئ فقد دون المدين الآخرين .

مما يضاف أيضا أن الإبراء قد يكون كلياً و قد يكون جزئياً، و بقدر ما يقع الإبراء تبرأ ذمة المدين ما لم يرفضه، فيقع حينئذ باطلا و يعتبر كأن لم يكن من وقت وقوعه¹¹¹ .

وفي علاقة السكوت بالإبراء تظهر في كون أنه هل يجوز أن يعتبر سكوت المدين عند إبراء الدائن له قبولا للإبراء ؟ .

يعتبر السكوت دليلاً على الرضا حسب ما تقدم، إذا أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله يدل على ذلك، فالسكوت في معرض الحاجة بيان. واستناداً إلى هذا، فإن الإبراء وهو تصرف متمحض لمصلحة من وجه إليه الإيجاب بالإبراء أي المدين، فإذا التزم هذا الأخير السكوت عن الرد، اعتبر قبولا. فإذا أبرأ الدائن مدينه، فسكت المدين، حتى انتهى المجلس، ثم رد الإبراء بعد المجلس، فلا يعتد برده، هذا طبقاً للمادة 1568 من مجلة الأحكام العدلية¹¹² .

لكون أن الإبراء لا تتوقف صحته على قبول المدين له سواء في القانون المدني الجزائري (305)، أو في القانون المدني المصري (371) أو حتى في مجلة الأحكام العدلية¹¹³ .

بعد شرح عناصر الإبراء، وبيان دور السكوت و علاقته بالإبراء في هذا المطلب الأول، يليه في المطلب الثاني بيان السكوت والتقدم المسقط .

المطلب الثاني

السكوت و التقدم المسقط

لإيضاح علاقة السكوت و دوره في التقدم المسقط، سيتم ذلك من خلال بيان عناصر التقدم المسقط ودور السكوت فيه. و لهذا سيتم التطرق إلى تعريف التقدم المسقط و تمييزه عن ما يشابهه

¹¹¹ خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.349؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.368 .
¹¹² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص.227-228؛ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص.266؛ صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص.311 .

¹¹³ كذلك يعتبر سكوت المدين في عدم رده على الإبراء قبولا أيضا في التشريعات التي جعلت الإبراء يتم بالإتفاق بين الدائن و المدين، و استوجبت قبول المدين له كما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي و اللبناني، فيستفاد من سكوت المدين قبوله، على اعتبار أن الإبراء نافعا له نفعاً محضاً.

(الفرع الأول) ثم يليه تناول أساس التقادم المسقط ومشتملات المدة فيه (الفرع الثاني)، وإلى آثار التقادم المسقط (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف التقادم المسقط و تمييزه عن ما يشابهه

هذا الفرع يتم تناوله في عنصرين أولهما يتعلق بتعريف التقادم المسقط، و ثانيهما يتعلق بتمييز التقادم المسقط عن ما يشابهه .

أولاً: تعريف التقادم المسقط

التقادم المسقط هو مضي مدة معينة في القانون على استحقاق الدين دون المطالبة به، ويترتب على مضي المدة بهذا الوضع انقضاء الدين بما يعرف بالتقادم المسقط. فيكون للمدين أن يدفع به أمام أي مطالبة يحركها الدائن بعد ذلك. فعدم المطالبة بالحق مع استمرار هذا الوضع فترة زمنية يحددها القانون يترتب عليه سقوط الحق بالتقادم .

فالتقادم المسقط يفترض أن الدائن لم يطالب المدين بالوفاء بالالتزام طوال مدة معينة يحددها القانون .

وكما يكون الحق الشخصي محلاً للتقادم المسقط، فإن الحق العيني - ما عدا حق الملكية - يجوز أن يكون محلاً له، فعدم استعمال الحق العيني خلال الفترة الزمنية التي يحددها القانون، يترتب عليه سقوطه بالتقادم .

ولقد تناول المشرع الجزائري النص على التقادم المسقط و أحكامه في المواد من 308 إلى غاية 322 من القانون المدني الجزائري¹¹⁴ .

¹¹⁴ خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.354-355؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.370-371 .

ثانيا: تمييز التقادم المسقط عن ما يشابهه

يختلط التقادم المسقط ببعض المفاهيم المشابهة له، وفي هذا العنصر يتم تمييزه عن التقادم المكسب من جهة، ومن جهة أخرى عن السقوط .

1- تمييز التقادم المسقط عن التقادم المكسب:

إن كان كل من التقادم المسقط و التقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة و وقف التقادم و انقطاعه و التمسك به، إلا أنهما مختلفان عن بعضهما البعض، وذلك لكون أن التقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية و العينية -فيما عدا حق الملكية- على السواء، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة حددها القانون. أما التقادم المكسب - وتقترن به الحيازة دائما- فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة حددها القانون .

ويتبين من ذلك أن التقادم المسقط لا يقتن بالحيازة، ويسقط الحقوق العينية باستثناء حق الملكية، كما يسقط الحقوق الشخصية. وهذا بخلاف التقادم المكسب، فإنه يقتن بالحيازة، ويكسب الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية .

وكذلك التقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، فإذا رفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط. أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع و عن طريق الدعوى على السواء، فللحائز أن يدفع دعوى الإستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما أنه إذا انتزعت منه الحيازة له أن يرفع دعوى الإستحقاق على الحائز الجديد و يتمسك قبله بالتقادم المكسب.

يضاف إلى ذلك أنه في التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية، إذ أن الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكها الحائز سيئ النية. أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية، و

المدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعا لطبيعة هذا الحق، لا تبعا لثبوت حسن النية أو إنتفائها¹¹⁵ .

2- تمييز التقادم المسقط عن السقوط :

مواعيد السقوط هي التي يحددها القانون لرفع إجراء من إجراءات للمطالبة بالحق، بحيث يجب رفعه أثناء هذا الموعد و إلا سقط الحق في اتخاذه مرة أخرى .

ووجه التمييز بينها و بين التقادم المسقط، هي في كون أن هذا الأخير يقوم على أساس حماية الأوضاع المستقرة أو للجزاء على إهمال الدائن أو كقرينة على الوفاء، بينما تقوم مواعيد السقوط لتحديد الوقت الذي يجب أن يتم فيه القيام بعمل معين .فهي مواعيد حتمية، لا بد أن يتم العمل المعين في خلالها، و إلا كان باطلا.

كذلك يختلف التقادم المسقط عن مواعيد السقوط من حيث كيفية أعمال كل منهما. فبينما يتطلب القانون أن يتمسك من له المصلحة بالتقادم، و لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و كذلك يتخلف عن التمسك بالتقادم التزام طبيعي، بينما في مواعيد السقوط الأمر على عكس ذلك، حيث يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط المواعيد و بالتالي سقوط الحق حتى ولو لم يتمسك بذلك الخصم، و لا يترتب عنها التزام طبيعي .

كما أن مدة التقادم المسقط قد تنقطع و قد تقف، بينما مواعيد السقوط لا تنقطع و لا تقف . إضافة إلى ما سبق، أنه في الغالب تكون المواعيد المسقطه قصيرة، على خلاف مواعيد التقادم¹¹⁶ .

ومن أمثلة مواعيد التقادم المسقط ما جاء في نص المادة 311 من ق.م.ج التي تضمنت أن حقوق الضرائب و الرسوم تتقادم بمرور أربع سنوات. وفي المادة 377 من القانون المدني المصري تتقادم هذه الحقوق بمرور ثلاث سنوات. و من أمثلة مواعيد السقوط ما ورد في نص المادة 2/129 من القانون المدني المصري بخصوص دعوى إبطال العقد، حين نصت على أنه: "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال

¹¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.995؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.359 .

¹¹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص.1000؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص.360-361؛ أنظر، حكم محكمة إستئناف أسبوط، 23 ديسمبر 1946، المجموعة الرسمية 48 رقم 181، مقتبس من عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الإلتزام بوجه عام"، المرجع السابق، ص. 1002 .

سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة". وهذه الفقرة السابقة من المادة 129 من القانون المدني المصري تطابق الفقرة الثانية من المادة 90 من ق.م.ج .
تطرقنا في الفرع الأول إلى تعريف التقادم المسقط و تمييزه عن ما يشابهه، ويليه في الفرع الثاني تناول أساس التقادم المسقط و مشتملات المدة فيه.

الفرع الثاني

أساس التقادم المسقط و مشتملات المدة فيه

هذا الفرع كذلك يتم التطرق إليه في عنصرين: أولهما يتعلق بأساس التقادم المسقط، وثانيهما يتعلق بمشتملات المدة فيه .

أولاً: أساس التقادم المسقط

إذا انقضى الالتزام بمضي المدة فعلى أي أساس أو مبرر يقوم هذا الانقضاء ؟
فالدائن يعلم أنه لم يحصل على حقه من المدين، و المدين يعلم أنه لم يقم بالوفاء، فلم يقوم التقادم المسقط على أساس قرينة الوفاء ؟ أم أنه يقوم على أساس فكرة الجزاء لإهمال الدائن مطالبته حقه من المدين طوال مدة التقادم ؟ .

لقد ذكر الفقه الفرنسي و المصري عدة أسس أو مبررات، وهذه بعضها :

ذهب اتجاه من الفقه إلى أن التقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء، وذلك عن طريق إفتراض أن الدائن قد استوفى حقه خلال المدة التي حددها القانون، لأنه لا يعقل أن يظل الدائن ساكتاً عن المطالبة بحقه إلا إذا كان قد استوفاه، و إذا كان الأمر كذلك فلما سكت طوال هذه المدة .

هذا الاتجاه قد يكون صحيحاً في بعض الحالات و على وجه الخصوص إذا قام المدين بالوفاء، لكن قد لا يقع شيئاً من هذا القبيل، ويعترف المدين بأنه لم يقم بالوفاء بالحق، و على الرغم من ذلك،

فإن القانون يجيز له التمسك بالدفع بالتقادم لإسقاط دعوى المطالبة بالدين المرفوعة من قبل الدائن، و من ثم لا يبدو أن قرينة الوفاء تصلح لان تقوم كأساس للتقادم المسقط لوحدها¹¹⁷.

بينما يذهب إتجاه آخر من الفقه إلى إقامة التقادم المسقط على أساس الإبراء من جانب الدائن للمدين، و بمعنى آخر أن مضي مدة التقادم يفترض فيها أن الدائن قد نزل عن حقه للمدين، فهذا الإتجاه يقيم أساس التقادم المسقط على الإبراء المفترض¹¹⁸.

وهذا الإتجاه تم اعتماده من قانون الموجبات و العقود اللبناني، حيث نصت المادة 360 منه على انه: "إن مرور الزمن يعد بمثابة برهان على إبراء ذمة المدين و قرينة الإبراء الناشئة عنه لا ترد و لا تقبل برهانا على العكس".

غير أن هذا الرأي الفقهي يخالف صراحة القاعدة العامة التي تقول: "أن النزول عن الحق لا يفترض". و زيادة عن ذلك أن القانون يقرر ببقاء إلتزام طبيعي بعد إنقضاء الإلتزام المدني بمضي المدة، و بهذا أخذت المادة 320 من ق.م.ج على أنه: "يترتب على التقادم انقضاء الإلتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي....".

وكذلك افتراض الإبراء يخالف الواقع، لأنه لو وقع مثل ذلك، لما كان الدائن في حاجة لأن يرفع دعوى يطالب فيها بالدين.

أساس التقادم المسقط لا يقوم في رأي بعض من الفقه من أمثال عبد الرزاق أحمد السنهوري و خليل قدارة وأنور سلطان على قرينة الوفاء ولا على الإبراء المفترض، وإنما يجد التقادم المسقط مبرره في رغبة المشرع في وضع نظام قانوني يؤدي إلى استقرار الأوضاع القانونية واحترامها وعدم زعزعتها.

ومن ثم تكون اعتبارات المصلحة العامة هي التي تبرر الأخذ بنظام التقادم المسقط، فمثلا دائن يهمل المطالبة بدينه من مدينه مدة طويلة، فإن ذلك سيؤدي إلى إرهاب المدين في إثبات براءة ذمته و دعوته في المحافظة على المخالصات التي حصل عليها لإثبات وفائه بديونه إلى ما لا نهاية فيه تجاوزا عن المألوف لقدرة المدين على ذلك، هذا إذا ظل على قيد الحياة. ناهيك إذا توفي المدين تاركا من خلفه من ورثته ليتحملوا مطالبة الدائن لهم بالدين إلى ما لا نهاية، أو مطالبتهم في إثبات براءة ذمة مورثهم. إضافة إلى أن هذا التهاون من الدائن في عدم مطالبته بحقه مدة طويلة من الزمن جدير بان يوقع عليه القانون

¹¹⁷ خليل قدارة، الوجيز في شرح... أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص. 356.

¹¹⁸ خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص. 356-357.

جزاء يتمثل في إسقاط حقه في المطالبة به، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى أن يظل المدين في وضع غير مستقر مدى حياته، و يشجع بالتالي كل دائن في الإهمال بالمطالبة بحقه¹¹⁹.

ويلاحظ أن هذا الأساس السابق لا يمنع المشرع من أن يؤسس سقوط الدين بالتقادم المسقط على أساس قرينة الوفاء. وعلى أساس هذه القرينة، وبالذات بالنسبة للحقوق التي تتقادم بسنة واحدة أي بتقادم قصير، و إنما في هذه الحالة على القاضي أن يوجه اليمين المكتملة للمدين الذي يتمسك بالتقادم بأنه أدى الدين فعلا، و بهذا تقرر المادة 312 ق.م.ج على انه: "...يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا و هذه اليمين توجه تلقائيا إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء"¹²⁰.

نتناول فيما سيأتي مشتملات المدة في التقادم المسقط.

ثانيا: مشتملات المدة في التقادم المسقط

إن مدة التقادم الطويل كقاعدة عامة هي ثلاثين سنة في القانون المدني الفرنسي طبقا للمادة 2262 منه، وفي التشريع اللبناني تقدر بعشر سنوات حسب ما جاء في نص المادة 349 من قانون الموجبات والعقود التي جاء فيها: "إن مرور الزمن يتم في الأساس بعد إنقضاء عشر سنوات".

بينما مدة التقادم في القانون المدني الجزائري هي خمسة عشر سنة. وهذا حسب ما جاء في المادة 308 ق.م.ج¹²¹.

وقد وردت بعض حالات التقادم المستثناة من القاعدة العامة في نصوص متفرقة في القانون المدني الجزائري، وبعضها ورد ضمن القواعد المتعلقة بالتقادم المسقط. وفيما يلي ذكر لكلا الاستثنائين:

¹¹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص.996؛ أنور سلطان، أحكام الالتزام، 1980، ص.454، مقتبس من، خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.357-358.

¹²⁰ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.358؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.372-373.

¹²¹ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.361؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.373؛ أنظر، قرار الغرفة المدنية للمجلس الأعلى الصادر في 22 سبتمبر 1986، ملف رقم 43301، المجلة القضائية، 1992، العدد الثالث، ص.63.

أ-الإستثناءات التي وردت ضمن النصوص القانونية المتفرقة :

من تلك الاستثناءات ما يلي :

-البطلان النسبي: تنص المادة 101 ق.م.ج على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات". فالمشروع الجزائري يحدد مدة تقادم خاصة لدعوى البطلان النسبي تختلف عن المدة العامة التي هي خمسة عشر سنة. والمدة الخاصة في المادة 101 ق.م.ج هي خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة حسب الفقرة الثانية من نفس المادة، في حالة نقص الأهلية منذ زوال هذا النقص، أما بالنسبة للغلط و التدليس فتبدأ المدة من وقت إكتشافهما. وفي الإكراه تبدأ من انقطاعه، و في كل حال تبدأ المدة من وقت إبرام العقد بعشر سنوات .

-دعوى التعويض عن الإثراء: يقرر القانون الجزائري مدة تقادم خاصة بالنسبة لدعوى التعويض الناشئة عن الإثراء بلا سبب، و ذلك في المادة 142 ق.م التي حددتها بعشر سنوات تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، و تسقط هذه الدعوى بصفة عامة بانقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه الحق .

-الدعوى الناشئة عن الفضالة: قرر كذلك المشروع الجزائري مدة عشر سنوات تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه الناشئ عن الفضالة، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 159 ق.م.

-دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن: جعل المشروع الجزائري لهذه الدعوى تقادم خاص مدته 3 سنوات تبدأ من يوم إنعقاد البيع، و هذا وفق ما جاء في نص المادة 1/359 ق.م¹²² .

ب-الاستثناءات الواردة ضمن القواعد المتعلقة بالتقادم المسقط :

من بين هذه الإستثناءات ما يلي :

-التقادم الخمسي: فيما يخص كل الحقوق الدورية المتجددة، ويقصد بها الحقوق التي تستحق على المدين بصفة دورية شهرية كانت أو يومية، أو سنوية، بشرط أن تكون من طبيعة متجددة أي

¹²² خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، ص.362-363 .

مستمرة، طالما استمرت العلاقة القانونية التي تعتبر مصدرها. ومثال هذه الحقوق أجرة المباني و المرتبات و المعاشات، فهذه الحقوق هي دورية، ويسري عليها التقادم بخمس سنوات وفق الفقرة الأولى من المادة 309 ق.م.ج ما عدا الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية ولا الربيع الواجب أدائه على القائم بإدارة المال الشائع للمستحقين، فلا يسقطان إلا بمضي خمس عشرة سنة وهذا وفق الفقرة الثانية من المادة 309 ق.م.ج.

-التقادم بأربع سنوات: تتقادم بأربع سنوات الضرائب و الرسوم المستحقة للدولة، وكذلك الحق في المطالبة برد الضرائب و الرسوم التي دفعت بغير حق، وهذا حسب ما ورد في نص المادة 311 ق.م.ج المذكورة سابقا.

- التقادم بستين: طبقا لنص المادة 310 ق.م.ج، تتقادم حقوق الأطباء، والصيادلة، والمحامين و المهندسين، والخبراء، ووكلاء التفلسة، والسماصرة، والمعلمين بمرور سنتين، بشرط أن يكون الحق واجبا لأحد أصحاب هذه المهن التي ذكرتها المادة 310 ق.م.ج، وكذلك يشترط أن تكون هذه الحقوق ثابتة لأصحاب هذه المهن جزاء عما أدوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات .

- التقادم بسنة واحدة: وفقا لنص المادة 312 ق.م.ج تتقادم حقوق التجار والصناع عما وردوه لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرة الإقامة، و ما صرفوه لحساب عملائهم، والمبالغ المستحقة للعمال والأجراء مقابل عملهم ، بمرور سنة واحدة¹²³ .
وبالنسبة لكيفية حساب مدة التقادم المسقط :

لقد نصت المادة 314 ق.م.ج على أنه: "تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول و تكمل المدة بإنقضاء آخر يوم منها".

من هذه المادة يتضح أن مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات ، أي أن كسور الأيام لا تحسب ، ولا يحسب اليوم الأول، ولا يتم التقادم إلا بإنقضاء اليوم الأخير. ويدخل في حساب التقادم المسقط أيام العطلات الرسمية إلا إذا كان آخر يوم للتقادم يوافق يوم عطلة رسمية ، فإن التقادم يقف سريانه، حتى أول عمل يليه، وذلك حتى لا يجرم الدائن من اتخاذ إجراءات قطع التقادم في آخر فرصة له .

¹²³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.373-374؛ خليل قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، ص.364-366-367.

وتقوم مدة التقادم المسقط في التشريع الجزائري بالتقويم الميلادي و ليس الهجري¹²⁴. والقاعدة أنه لا يبدأ سريان مدة التقادم من يوم نشوء الإلتزام ، بل هي تبدأ من يوم استحقاقه طبقا لنص المادة 1/315 ق.م التي جاء فيها : " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء " ¹²⁵.

فإذا كان الدين حالا بدأ التقادم من يوم نشوئه و مثال ذلك السند المستحق الأداء لدى الإطلاع، وإذا كان مؤجلا، فلا يبدأ التقادم إلا من يوم حلول أجله، وإذا كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا، فيبدأ التقادم بالنسبة للحال و لا يبدأ إلى حين حلول الأجل بالنسبة للمؤجل، وإذا كان مقسما على آجال متعددة فلا يبدأ التقادم بالنسبة لكل قسط منها إلا عند حلول أجله على حدة. أما إذا كان دوريا كالفوائد و الأجرة فيسري على ما يحل منها على حدة و من تاريخ حلوله¹²⁶.

فإذا كان الدين معلقا على شرط واقف، فلا يسري التقادم إلا من يوم تحقق الشرط وإذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ فإنه يسري من تاريخ استحقاقه .

وبالنسبة لضمان الإستحقاق فلا يبدأ التقادم المسقط فيه إلا من الوقت الذي يثبت فيه الإستحقاق طبقا للمادة 2/315 ق.م.ج.

أما إذا كان ميعاد الوفاء يتوقف على إرادة الدائن، فإن مدة التقادم لا تسري إلا من الوقت الذي يعلن فيه الدائن عن إرادته بتحديد ميعاد الوفاء، وهذا ما قرره الفقرة الثالثة من المادة 315 ق.م.ج¹²⁷.

2- وقف التقادم المسقط :

يقصد بوقف التقادم منع سريانه في حق الدائن إذا وجد السبب الذي يحول بين الدائن وبين مطالبته لحقه من المدين. فالقاعدة هي أن التقادم لا يسري بالنسبة لمن لا يستطيع المطالبة بحقه، فكلما وجد ظرف يمنع الدائن من المطالبة بحقه، فإنه يجب وقف حساب التقادم تحقيق للعدالة حتى

¹²⁴ أنظر، المادة 3 من القانون المدني الجزائري.

¹²⁵ محمد حسنين، المصدر السابق، ص. 377 .

¹²⁶ أنظر، المادة 2274 من القانون المدني الفرنسي.

¹²⁷ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 377-378.

يزول ذلك المانع، فيستأنف سيره و لا تحسب الفترة التي يظل فيها هذا المانع قائما، ولكن لا تحسب المدة السابقة عليه إن وجدت كما تحسب المدة التالية له .

وأسباب وقف التقادم تتمثل في المانع الأدبي بين الدائن و المدين، وكذلك في الحالة الشخصية عند الدائن ، وفي المانع المادي ، وسيأتي الحديث فيما يلي عن كل سبب منها :

أ- المانع الأدبي بين الدائن والمدين :

كأن تكون بين الدائن والمدين علاقة زوجية ، أو علاقة بنوة، أو علاقة أخوة ، و كذلك كأن يكون بين الدائن و المدين علاقة السيد بالخدام، فهي من الموانع الأدبية التي تحول دون مطالبة الدائن حقه من المدين، وتقدير وجود مثل هذه العلاقة تخضع لقاضي الموضوع¹²⁸ .

و المشرع الجزائري خالف المشرع الفرنسي، لكون أن المشرع الفرنسي حدد الحالات التي ينحصر فيها المانع الأدبي. بينما المشرع الجزائري وضع مبدأ عاما، يجعل كل مانع أدبي يراه القاضي كافيا ليوقف التقادم، وهذا ما نصت عليه المادة 1/316 من ق.م بقولها: " لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصل و النائب".

وكذلك لا يسري بين ناقص الأهلية و من ينوب عنه قانونا، ولا بين الشخص المعنوي ومديره، ولا بين الموكل و الوكيل ما دامت العلاقة قائمة بينهما .

ب- الحالة الشخصية عند الدائن:

نصت الفقرة الثانية من المادة 316 ق.م.ج على هذا السبب واعتبرته موقفا للتقادم. فإذا كان الدائن عديم الأهلية، أو غائبا، أو محكوما عليه بعقوبة جنائية، ولم يكن له نائب قانوني يمثله ولو كان

¹²⁸ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.378؛ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، ص.370-371؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في...، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص.1081 .

التقادم لا يزيد عن خمس سنوات فإنه لا يسري بحقه. أما إذا كان له نائبا قانونيا يمثله فإن التقادم يسري في حقه .

أما إذا كان التقادم يزيد على مدة خمس سنوات و كان لهم نائب قانوني، فإن التقادم يتوقف طيلة مدة عدم أهليتهم، وهذا وفق الفقرة الثالثة من المادة 316 ق.م.ج.¹²⁹

ج- المانع المادي :

يعتبر المانع المادي من الأسباب التي تقف دون سريان التقادم ، لأن وجوده يؤدي إلى عدم استطاعة الدائن المطالبة بحقه. ويتمثل المانع المادي في كل ظرف مادي من شأنه أنه يحول دون أن يستطيع الدائن مطالبة حقه، يشترط ألا يكون للدائن إرادة في إحداثه، كقيام حرب مفاجئة أو نشوب ثورة، وكذلك كانقطاع المواصلات أو فيضان منع الدائن من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه. وبشرط كذلك أن تؤدي هذه الظروف إلى عدم قيام المحاكم بعملها. و يترك تقدير المانع المادي لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا. و لقد تناولت المادة 316 ق.م.ج في فقرتها الأولى ذكر هذا السبب، حيث يفهم من عموم صياغة النص.

3- إنقطاع مدة التقادم المسقط :

يقصد بالإنقطاع هي الحالة التي تؤدي إذا توفرت أسبابها إلى إعتبار المدة التي مضت من التقادم كأن لم تكن، و بالتالي لا بد من البدء بمدة جديدة كاملة . و بمفهوم آخر هو محو أثر المدة المنقضية من التقادم و إلغاؤها، و بدء تقادم جديد ابتداء من نفس نوع التقادم الملغى .

وينقطع التقادم إما بأسباب تصدر من الدائن يظهر بها رسميا رغبته في اقتضاء حقه، وإما بسبب إقرار المدين¹³⁰ .

¹²⁹ خليل قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الإلزام، المرجع السابق، ص. 371 .
¹³⁰ خليل قداة، المرجع السابق، ص. 372 ؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 380.

أ- الأسباب التي تصدر عن الدائن و تقطع التقادم :

لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 317 ق.م، وتمثل في :

- المطالبة القضائية: أي رفع الدائن لدعواه ضد المدين أمام القضاء، ولو رفعها إلى محكمة غير مختصة .

- التنبيه: أي الإجراء الذي يسبق التنفيذ متى كان بيد الدائن سند قابل للتنفيذ .

-الحجز : سواء كان الحجز تنفيذيا أو تحفظيا، لان فيه معنى المطالبة القضائية .

- كل عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في أثناء سير إحدى الدعاوى سواء كانت مرفوعة عليه من المدين أو مقامة بين الدائن و شخص ثالث كتقديمه طلبا عارضا في دعوى مرفوعة عليه أو تدخله في تقليسة المدين أو مطالبته بحقه في توزيع مفتوح لأموال المدين¹³¹.

ب- السبب الذي يرجع إلى قرار المدين ويقطع التقادم :

لقد نصت عليه المادة 318 ق.م.ج ، إذ هو يعادل نزوله عن التمسك بالمدة التي انقضت من التقادم. والأصل في الإقرار أنه تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، وهو إما قضائي أي يصدر أمام المحكمة، وإما غير قضائي إذا لم يصدر أمامها. وليس للإقرار شكل معين، وإنما يخضع للقواعد العامة في الإثبات. و قد يقع الإقرار في صورة اتفاق مع الدائن أو غير ه، وقد يكون صريحا أو ضمنيا، و

¹³¹ أنظر، المادة 2244 من القانون المدني الفرنسي.

أشارت المادة 318 ق.م.ج على أنه "...و يعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأميننا لوفاء الدين"¹³².

زيادة عما سبق ، فإن لإنقطاع مدة التقادم آثار هي :

سقوط المدة السابقة على الإنقطاع نهائيا، فلا تحسب في التقادم، وفي هذا الصدد يختلف انقطاع التقادم عن وقفه. و يبدأ بعد الإنقطاع ميلاد تقادم جديد بمدة جديدة كاملة، وهذا وفق ما جاء في نص المادة 319 ق.م.ج.

بدء تقادم جديد ابتداء من اليوم التالي لسبب الإنقطاع أو التالي لزوال سبب الإنقطاع إذا كان سبب الإنقطاع حالة مستمرة كحيازة الدائن الشيء المرهون. والأصل أن التقادم الجديد يكون مماثلا في مدته للتقادم العادي، كذلك إقرار المدين فإنه يحول التقادم القصير المبني على قرينة الوفاء إلى تقادم عادي حسب ما جاء في نص المادة 2/319 ق.م.ج.

ويلاحظ أن نص المادة 344 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تضمنت أن الأحكام تكون قابلة للتنفيذ خلال مدة 30 سنة تبدأ من صدورها وتسقط بعد انقضاء هذه المدة، أنها اشتملت على مدة تخالف التقادم العادي المقدر بخمس عشرة سنة في القانون المدني الجزائري¹³³.

هذا بشأن ما يتعلق بأساس التقادم المسقط ومشمولات المدة فيه، وستعرض بعده إلى دراسة آثار التقادم المسقط في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

آثار التقادم المسقط

أثر التقادم هو سقوط دعوى الدائن في المطالبة بحقه، فلا يتخلف عنه سوى إلتزام طبيعي، وهذا ما قضت به المادة 320 ق.م.ج بقولها: " يترتب على التقادم انقضاء الإلتزام، ولكن يتخلف في

¹³² محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 380-381؛ خليل قعادة، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 373-375.

¹³³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 382.

ذمة المدين إلتزام طبيعي إذا سقط الحق بالتقادم سقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات".

ويجب التمسك بالتقادم ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو دائنيه بالدعوى غير المباشرة، أو أي شخص له مصلحة فيه. وهذا حسب ما جاء في نص المادة 321 ق.م.ج بقولها أنه: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدني أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به ...". ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، طبقا للمادة 2/321 ق.م.ج لأنه ليس طلبا جديدا. والدفع بعدم قبول الدعوى لسقوط الحق بالتقادم ليس دفعا شكليا، فلا يسقط الحق فيه بالتكلم في موضوع الدعوى .

ويترتب أيضا على سقوط الدين سقوط كل ما يعتبر من ملحقات الدين حتى ولو لم تكن قد سقطت بتقادمها الخاص كالفوائد، وهذا ما جاء في نص المادة 321 ق.م.ج سالفه الذكر. ومما يضاف أيضا أنه لا يجوز الإتفاق على تعديل مدة التقادم (إما بإطالتها أو تقصيرها)¹³⁴.

لأن العبرة بالمدة التي حددتها التشريعات، بينما التشريع الفرنسي لم يرد فيه نص يمنع ذلك¹³⁵.

وبخصوص علاقة السكوت بالتقادم المسقط، فالتقادم المسقط يرتكز على إعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، فحماية النظام الإجتماعي تقضي باستقرار الأوضاع التي استمرت مدة طويلة من الزمن لأن تغييرها بعد هذه المدة يترتب عليه زعزعة المعاملات وعدم استقرارها .

وهذا يوجب حماية المدين الذي يسكت الدائن عن مطالبته بالحق مدة طويلة ومن بين تبريرات التقادم المسقط السالفه الذكر، أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة، مع قدرته على المطالبة به، دليل على استيفائه له، فإذا تم السماح للدائن بالمطالبة بالدين بعد انقضاء هذه المدة

¹³⁴ أنظر، المادة 1/ 322 من القانون المدني الجزائري.

¹³⁵ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 382-383؛ خليل قدارة، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 381-382.

فإن المدين، قد يتحمل في ذلك ما لا يستطيع، فقد يستحيل عليه إثبات وفائه بالدين لضياع أو تلف سند المخالصة، بسبب طول الوقت أو وفاة الشهود الذين حضروا ذلك الوفاء¹³⁶.

كما أنه في تبرير التقادم بسبب السكوت الدائن عن المطالبة بحقه، رعاية للمدين، وتمثل هذه الرعاية في عدم تراكم الديون عليه، مما يؤدي إلى إرهاقه في الوفاء¹³⁷.

وفي الشريعة الإسلامية لا يقر جمهور الفقهاء التقادم المكسب ولا التقادم المسقط، فإذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه أمد طويلا، فإن حقه لا يسقط، كما أنه لا يكتسب بمرور الزمان مهما مضى من الزمن على وضع اليد عليه¹³⁸.

ولكن عرف فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة عدم سماع الدعوى، فلا تسمع دعوى المملك على واضع اليد، كما لا تسمع على المدين، أما الحق فإنه باق لا يسقط. وعلل فقهاء الشريعة الإسلامية مبدأ التقادم في الدعوى بأن السكوت عن المطالبة به، عدم إقامة الدعوى مدة طويلة مع القدرة عليها، ومع عدم العذر، يعتبر دليلا على عدم بقاء الحق.

كما أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه بدون عذر، يعتبر كالإقرار المنطوق به من الدائن للمدين بأنه لا حق له عليه، ولأن هذا السكوت يحمل على حصول الدفع¹³⁹.

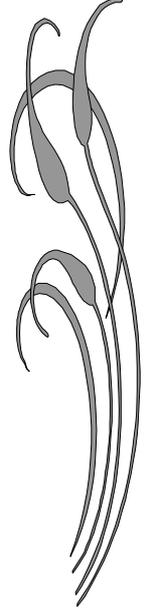
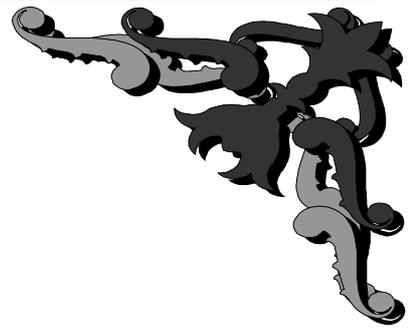
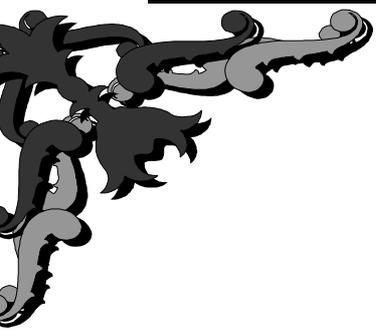
من خلال ما سبق تبين الدور الذي يلعبه السكوت في التقادم المسقط من حيث أساسه وتبريره في انقضاء التصرفات القانونية و الالتزامات.

¹³⁶ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 223-224؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص. 997.

¹³⁷ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 224.

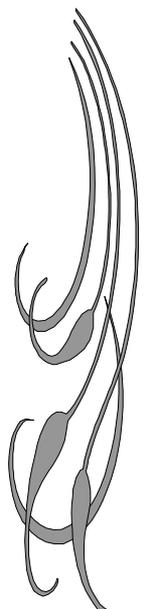
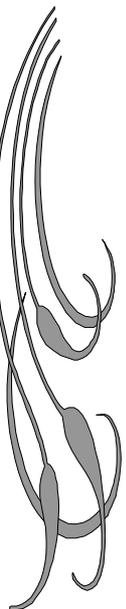
¹³⁸ على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1990، ص. 168.

¹³⁹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 225؛ صبجي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 312.



خ

خ



هذه الدراسة إلى القول بأن للسكوت دور فعال ومهم جدا في التصرفات نخلص من القانونية، وذلك من حيث إنشائها ومن حيث تعديلها وكذا إنحائها، ولهذا يستلزم الأمر وضع إطار قانوني للسكوت المعبر عن الإرادة وبيان أحكامه وحالات اعتباره قبولا.

وهذا مما يدعو بالتشريعات إلى ضرورة تنظيمه بشكل دقيق وواضح، ومن ضمن هذه التشريعات التشريع الجزائري، حيث يستحسن بالمشروع الجزائري في التعديلات المستقبلية للقانون المدني أن يستدرك النقص والقصور الوارد في المادة 68 منه، وذلك بإعادة صياغتها صياغة جديدة تكون أكثر شمولية لموضوع السكوت، و يتم فيها بيانه بشكل دقيق و واضح. وتخصيص أكثر من مادة تنظمه، والإستفادة مما جاء في التشريعات العربية التي أعطت صورة قانونية شاملة له، وأيضا يستحسن اقتباس القاعدة الفقهية من الشريعة الإسلامية التي تضمنت أنه " لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان" .

ومن ضمن الإقتراحات في هذا الصدد و التي تساعد في تبيان دور السكوت في التصرفات القانونية، ما أعطاه بعض الباحثين، والذي يرجى الأخذ به في محاولة إعادة صياغة موضوع السكوت ما يلي من الأفكار الآتية :

- "لا يصلح السكوت أن يكون تعبيراً عن الإيجاب بالعقد، لأن السكوت وضع سلمي والإيجاب عرض، ولا يتصور أن يستخلص هذا العرض من مجرد السكوت .
- وكذلك الأصل أن السكوت بمجرد لا يصلح أن يكون قبولا ، إذ لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان .
- ويعتبر السكوت قبولا، إذا كان سكوفا ملاسبا، أحاطت به ظروف تخلع عليه دلالة القبول، ومن هذه الحالات :
- أن يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل .
- أن يكون الإيجاب متمحضا لمصلحة من وجه إليه .
- إذا كانت هناك ظروف أخرى تدلّ على اعتبار السكوت قبولا .
- وكذلك يعتبر السكوت قبولا ، إذا لم يكن من الواجب بسبب طبيعة المعاملة أو غير ذلك من الظروف أن ينتظر الموجب تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم " .

وزيادة عن ذلك يستحسن بالمشرع الجزائري إضافة إلى ما سبق من اقتراحات، النص على إطار قانوني خاص بمجالات السكوت الموصوف، والتي يعتبر فيه قبولا في القانون المدني وكذلك في القانون التجاري وقانون العمل وفي كافة القوانين ذات الصلة به .

وبيان بشكل واضح أيضا دور السكوت في التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة، والتي تستلزم القبول شرطا لصحتها، وتوضيح بشكل أكبر دور السكوت في التعديل في بعض العقود، وأثره أيضا في إنهاء التصرفات القانونية .

ويبقى في ختام هذه الدراسة أن موضوع السكوت هو من المواضيع الهامة و الكبيرة، وما هذه الدراسة السابقة له إلا جزء منه، حيث تبقى نواح أخرى فيه قابلة للبحث و المعالجة، ومن بينها سكوت المشرع في النصوص القانونية عن بيان بعض الاختصاصات ، أو سكوته عن بيان الأحكام المتعلقة ببعض التصرفات سواء في مجال القانون الخاص أو في مجال القانون العام .



قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

1- باللغة العربية:

- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997.
- ابن قدامي، المغني، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، مطبعة المنار، مصر، (بدون سنة طبع).
- ابن عابدين، رد المختار، المطبعة الأميرية، القاهرة، (بدون سنة طبع).
- أبو الحسن علي الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء 16 ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993.
- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، "تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أركان العقد، الطبعة الثانية (بدون دار طبع)، بيروت، 1997.
- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار التعاون للطبع والنشر، 1975.
- أحمد زكي بدوي ، إبراهيم النجار ، يوسف شلالا ، القاموس القانوني ، " فرنسي - عربي " ، الطبعة السادسة ، مكتبة لبنان ، 1998 .
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام"، القاهرة، 1964.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الثانية، مطبوعات الجامعة الأردنية، 1998.
- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، "علاقة العمل الفردية"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

- إبراهيم أبو النجاء، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول، الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد الصادر بتاريخ 9 أوت سنة 1980، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة"، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- بن صاري ياسين، عقد العمل محدد المدة، "دراسة نظرية-تطبيقية-مقارنة"، دار هومة، الجزائر، 2004.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة طبع)
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، "تكوين العقد"، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2000.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، "مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، "دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني"، الدار الجامعية، بيروت، 1994.
- جلال علي العدوي، عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979.
- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1983 .
- خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 .
- ذيب عبد السلام ، عقد الإيجار المدني ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001 .
- رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2002 .
- رمضان أبو السعود ، أصول التأمين ، الطبعة الثانية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 .
- رمول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، 2006 .
- زهدور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 .
- زكي الدين شعبان ، أحمد الغندور ، احكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1984 .
- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الإلتزامات ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة ، مكتبة صادر ، بيروت ، 1987 .
- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، الطبعة الخامسة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1990 .
- سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997-1998 .
- سمير عبد السيد تناغو ، نبيل سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، دار المعارف الجامعية ، الإسكندرية ، 1993 .

- صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية ، بحث مقارن في المذاهب المختلفة و القوانين الحديثة" ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1983.
- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، (بدون دار طبع)، (بدون سنة طبع).
- علي علي سليمان ، النظرية العامة " " ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992.
- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، 1962.
- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، 1990.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، " دراسة مقارنة بالفقه الغربي" ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، المجلد الثالث ، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة طبع).
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، " عقود الغرر و عقد التأمين " ، المجلد السابع ، دار النهضة العربية ، القاهرة، (بدون سنة الطبع).
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود، " عقد الإيجار " دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (بدون سنة طبع) .
- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، دار النهضة ، القاهرة ، 1984.
- عبد الحميد محمود البعلي ، ضوابط العقود ، " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و موازنة بالقانون الوضعي و فقهه " ، الناشر مكتبة وهبة، القاهرة ، 1989.

- علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2001.
- عباس العبودي ، التعاقد من طريق وسائل الإتصال الفوري و حجتها في الإثبات ، " دراسة مقارنة " ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1997.
- عبد الناصر توفيق العطار ، توحيد التقنيات الأزهر الشريف للشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، البيوع، النسر الذهبي للطباعة ، مصر، 2002.
- عبد الناصر توفيق العطار ، احكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، مطبعة السعادة، القاهرة ، (بدون سنة طبع
- عبد القادر حسين العطير ، الوسيط في شرح القانون التجاري، الجزء الأول ، " الأعمال التجارية ، التجار ، المحل التجاري ، العقود التجارية " ، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ، عمان ، 1999.
- عبد الرزاق بن خروف ، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري ، الجزء الأول ، "التأمينات البرية " ، الطبعة الثالثة ، مطبعة رذكول ، الجزائر ، 2002.
- على عوض حسن ، الوجيز في شرح في قانون العمل ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2003.
- عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1977.
- عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول ، شركة الطبع و النشر و الأهلية ، بغداد ، 1967.
- فانسان هوزيه، بيع السلع الدولي، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ،بيروت ، 2005
- قمر محمد موسى ، الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني ،الجزء الثاني ، دار الفكر الجامعي ، بيروت ، 2003.
- لبني مختار ، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، 1984.

- لعشبة محفوظ ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990.
- محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 2004.
- محمد علي عمران ، محمد نصر الدين ، مباحث البيع في القانون المدني المصري و في الشريعة الإسلامية، دار الحقوق ، القاهرة ، 1978.
- محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للإلتزام، " مصادر الإلتزام " ، الجزء الأول ، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصبة ، (بدون سنة طبع) .
- محمد سعيد جعفر ، إجازة العقد ي - ر - المدني والفقہ الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر ، 2000.
- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، "العقد و الإرادة المنفردة" ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.
- محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دارالفكر العربي ، القاهرة ، 1977.
- محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ، 1988.
- محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1971.
- مصطفى محمد الجمال ، عبد الحميد محمد الجمال ، القانون و المعاملات ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1987.
- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام ، "مصادر الإلتزام" ، دارالجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006.
- محمد حسين منصور ، أحكام التأمين ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005.
- محمد حسن قاسم ، نبيل ابراهيم سعد ، المدخل إلى القانون، " القاعدة القانونية - نظرية العقد " منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004.

- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، " الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985.
- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، " مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1983.
- مقدم مبروك ، المحل التجاري ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- معراج جديدي ، محاضرات في قانون التأمين الجزائري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2007.
- محمود جمال الدين زكي ، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الأول ، " مصادر الإلتزام " ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1976.
- محمد لبيب شنب ، نظرية الإلتزام : " الإلتزام " ، بيروت ، 1977.
- محمد علي البدوي ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، منشورات الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، 1993.
- محمود المغربي ، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية ، " دراسة مقارنة " المكتبة الحديثة ، لبنان ، 1988.
- محمد تقي ، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، شركة دار الأمة ، الجزائر ، 1995.
- مجمع اللغة العربية ، معجم ألفاظ القرآن الكريم ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، الهيئة المصرية العامة للتأليف و النشر ، 1970.
- هجيرة دنوبي ، موجز المدخل القانوني ، " النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق " منشورات دحلب ، 1992.
- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الرابع ، النظريات الفقهية و العقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، 1984
- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الخامس ، تنمة العقود ، " الملكية و توابعها " ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، 1984.

- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء الثامن ، الوصايا و الوقف و الميراث ، الطبعة الأولى ، دار الفكر، دمشق ، 1984.

وحيد الدين سوار ، التعبير عن ارادة في الفقه الإسلامي ، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي" الطبعة الثانية ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 1979.

2- باللغة الأجنبية:

-J.-L.AUBERT,Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat,édition , PARIS,1970.

- A.BESSON, le contrat d 'assurances, T. 7,2ème édition, 1954.

- J.CARBONNIE,L'OBLIGATION, «Les Biens et les obligations», T. 2, 3^{ème}edition, 159.

- J.CHABAS, De la déclaration de volonté en droit Français, PARIS, 1931,

-J.FLOUR,J.-L.AUBERT,E.SAVAUX,DROIT CIVIL,"Les obligations ",9^{ème} édition ,PARIS,2000.

- Y.-L.FAIVRE , Droit des assurances , 10^{ème} édition Dalloz, Paris , 1998,

- H. L.J.MAZEAUD, , F.CHABAS, Leç droit civil, 9^{ème} édition, tome 2, obligations, 2002.

- M. PLANIOL, G. RIPERT, E. ESMEIN, Traité pratique de droit civil français, 2^{ème} édition, T. 71, L.G.D.J, Paris, 1952.

- F.TERRE, P. SIMLER,Y .LEQUETTE, droit civil,"les obligations", 9^{ème}edition, DALLOZ, PARIS, 2005,

- A. VIALARD, Droit civil , la formation du contrat, ALGER, 1981.

- G.WIEDERKEHR, X.HENRY,A.TISSERAND ,Code civil,103^{ème} édition ,Dalloz, paris,2004.

ثانيا- المراجع المتخصصة:

رمزي محمد علي دراز، السكوت و أثره على الأحكام في الفقه الإسلامي، دار الجامعة - الجديدة للنشر،الإسكندرية، 2004.

- رمضان علي السيد الشرنباصي، السكوت و دلالاته على الأحكام الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.

- عادل جبري محمد حبيب، قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة، "دراسة مقارنة"، دار - الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003،

- عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، "دراسة مقارنة"، مطبعة -
المدني، القاهرة، 1980.
- محمد جبريل عثمان ، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية ، دار
النهضة، العربية 1996.

ثالثا- رسائل الدكتوراه :

- M.- J. LITTMAN, Le Silence et la Formation de Contrat, Thèse, Strasbourg, Faculté
de Science Politique, 1969, n 1.
- J. BARRAULT, Le rôle du silence créateur d'obligations, Thèse, Dijon, 1912.
- VALERY, Le contrat par correspondance, Thèse, PARIS , 1895.

رابعا- المقالات:

- باللغة العربية: 1

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، مجلة المحامي
الكويتية، 1985.
- بلحاج بلعربي ، شروط إنعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة القانونية للعلوم
القانونية الإقتصادية و السياسية، الجزائر ، العدد 2 ، 1990.
- حمدي باشا عمر ، انتهاء عقد الإيجار ، نشرة القضاة ، العدد 1 ، 2000 .
- عمر زيتوني ، تحديد بعض المفاهيم و القواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية ، مجلة
الحمامة ، تيزي وزو ، 2006 ، العدد 4.
- عابدين مصطفى ، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الإسلامية واجتهاد
المحكمة العليا ، نشرة القضاة ، العدد 59 ، 2006 .
- زاوي فريدة ، نظرات في قانون الأوقاف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية
والسياسية، العدد 4. 1995.

- باللغة الفرنسية: 2

- P. CHAUVAL, Consentement , (RECUEIL, V CONTRATS ET OGLIGATIONS), DALLOZ, Répertoire de droit civil, 29^E année, T. 3,1999.
-A.ROUAST, Les droits discrétionnaires et droits contrôlés,R.T.D.civ , 1944.

القوانين والمراسيم: خامسا-

1- الجزائرية :

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المعدل، الجريدة الرسمية ، العدد31، سنة 2007.
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 جريدة الرسمية ، العدد 11 ، 2005.
- القانون 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 ، المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، الجريدة الرسمية ، العدد9، 1982.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984المعدل بالأمر05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة .
- قانون 90-11 المؤرخ في 20 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية ، العدد 17، سنة 1990.
- القانون 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 49 ، 1990.
- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 ، المتعلق بالأوقاف ، العدد 21 ، 1991.
- قانون رقم 02-10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002 ، يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال المتعلق بالأوقاف ، المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية ، العدد 83 ، سنة ، 2002.
- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 15 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد13، سنة 1995؛ المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995 و المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2006.

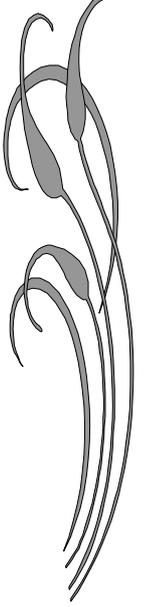
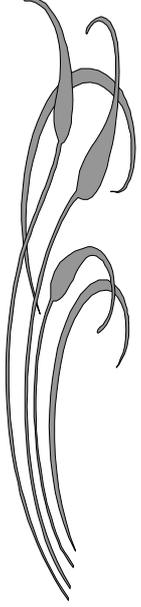
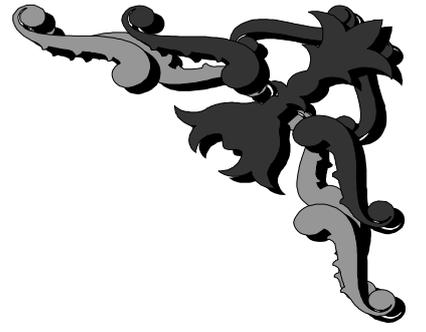
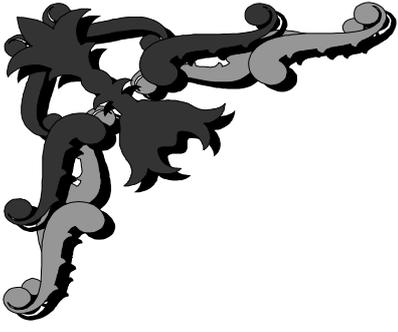
2 - الأجنبيّة:

- القانون المدني الفرنسي

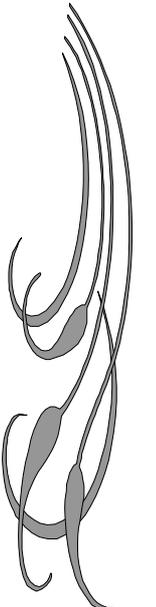
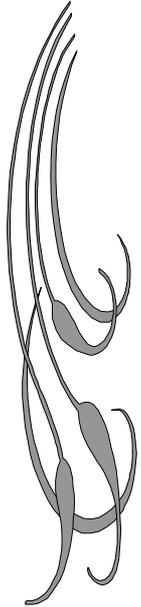
- القانون المدني المصري.

سادسا- موقع على شبكة الإنترنت:

- www.arabinfo.com



الفهرس



التشكرات

اهداءات

مقدمة

01

06 الفصل التمهيدي : ماهية السكوت و التصرف القانوني و أنواعهما

06 المبحث الأول: ماهية السكوت و أنواعه

06 المطلب الأول: تعريف السكوت و مكانته بين طرق التعبير عن الإرادة

06 الفرع الأول: تعريف السكوت

09 الفرع الثاني: مكانة السكوت بين طرق التعبير عن الإرادة

28 المطلب الثاني: أنواع السكوت

29 الفرع الأول: السكوت المجرد

35 الفرع الثاني: السكوت الموصوف

39 الفرع الثالث: السكوت الملابس

44 المبحث الثاني: ماهية التصرف القانوني و أنواعه

44 المطلب الأول : تعريف التصرف القانوني و شروطه

44 الفرع الأول : تعريف التصرف القانوني

49 الفرع الثاني : شروط التصرف القانوني

52 المطلب الثاني : أنواع التصرف القانوني

53 الفرع الأول:التصرف من جانب واحد و التصرف من جانبين

54 الفرع الثاني:التصرف بمقابل و بدون مقابل و التصرف المنظم والشرطي والشخصي

56 الفرع الثالث: التصرف النافذ بين الأحياء و المضاف إلى ما بعد الموت و التصرف المنشئ و الكاشف.

61 الفصل الأول : دور السكوت في تكوين التصرف قانوني

61 المبحث الأول : دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانبين

61 المطلب الأول : السكوت و الإيجاب

62 الفرع الأول:عدم صلاحية السكوت في التعبير عن الإيجاب

69 الفرع الثاني : السكوت و الإيجاب الضمني

76 الفرع الثالث : السكوت و بقاء الإيجاب

79 المطلب الثاني : السكوت و القبول

80 الفرع الأول : المبدأ العام لصلاحيه السكوت في التعبير عن القبول
88 الفرع الثاني : السكوت كرفض
96 الفرع الثالث :السكوت كقبول
146 المبحث الثاني : دور السكوت في إنشاء التصرف القانوني الصادر من جانب واحد
149 المطلب الأول :دور السكوت في إنشاء الوصية
149 الفرع الأول: تعريف الوصية و شروط قيامها
155 الفرع الثاني :دور السكوت في قبول الوصية
160 المطلب الثاني :دور السكوت في إنشاء الوقف
160 الفرع الأول: تعريف الوقف و شروط قيامه
164 الفرع الثاني :دور السكوت في قبول الوقف
168 الفصل الثاني : دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في إنهائه
168 المبحث الأول: دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و في تعديل شروط تنفيذه
168 المطلب الأول : دور السكوت في تعديل التصرف القانوني
169 الفرع الأول : مضمون دور السكوت في تعديل التصرف القانوني و شروط إجرائه
171 الفرع الثاني : تطبيق لحالة دور السكوت في تعديل التصرف القانوني
183 المطلب الثاني :دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ التصرف القانوني
184 الفرع الأول: دور السكوت في تعديل شروط تنفيذ عقد الإيجار و عقد العمل
194 الفرع الثاني: دور السكوت في التجديد الضمني للعقد
212 المبحث الثاني : دور السكوت في انتهاء التصرف القانوني
213 المطلب الأول :السكوت و الإبراء من الإلتزام
213 الفرع الأول :تعريف الإبراء من الإلتزام و مميزاته
217 الفرع الثاني: شروط الإبراء
219 الفرع الثالث :آثار الإبراء
221 المطلب الثاني :السكوت و التقادم المسقط
222 الفرع الأول :تعريف التقادم المسقط و تميزه عن ما يشابهه
225 الفرع الثاني :أساس التقادم المسقط و مشتملات المدة فيه

234 الفرع الثالث: آثار التقادم المسقط

235 خاتمة

.....

قائمة المراجع

الفهرس

ملخص المذكرة

1. باللغة العربية

تعد الإرادة أساس وجود التصرف القانوني وبدونها لا يقوم و لا يعتد به في مجال علم القانون. وحتى يهتم بالإرادة لابد من التعبير عنها. و طرق التعبير عنها ، كما جاء في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري قد تكون صريحة كاللفظ و الكتابة وغيرها، وقد تكون ضمنية، و قد يكون السكوت معبرا عنها في حالات السكوت الملابس والموصوف .

و لهذا يلعب السكوت دورا هاما في تعبيره عن الإرادة في التصرف القانوني ، إذ يكون سببا في تكوين التصرف القانوني سواء منه في العقد أو الإرادة المنفردة كالوصية مثلا. كما يلعب دورا هاما أيضا في تعديل التصرف القانوني، بل و في تعديل شروط تنفيذه، و كذا في تحديده، و كما له أيضا دورا في انتهاء التصرف القانوني ، كالإبراء أو التقادم المسقط .

الكلمات المفتاحية : الإرادة - التصرف القانوني - السكوت .

2. باللغة الفرنسية

Resume

Considérée comme le fondement de l'acte juridique la volonté peut être exprimé par plusieurs moyens, Ainsi est il ,comme le prévoit l'article 60 du code civil Algérien de la déclaration verbale on écrite élu peut être déclarées également par le silence dans certaines des circonstances .ET le silence joue un rôle important aussi bien dans la formation du contrat synallagmatique que dans l'acte juridique unilatéral tel que le testament .El joue également un rôle important dans la modification de l'acte juridique,voir dans la modification des stipulation de son exécution ou dans sa mise à terme par l'extinction de l' obligation sans paiement la prescription extinctive .

3. باللغة الإنجليزية

Abstract

The will is the basis of legal and otherwise act does not have a presence resisted. so concerned will have to be expressed. And means of expression, as stipulated in article 60 of Algerian civil law may be explicit verbal ,writing and others. May be implicit it may expressed and described clothing . Silence will play an important role in their expression of will to act in the legal,it might be a reason to form legal disposition thereof . whether in contract or recommendations as will the individual . And also plays an important role in modifying the legal act in amending the terms of its implementation, as well in defining it. As for scott also act to end the legal discharge or limitatations.

