



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق نظام (ل.م.د)



سلطة القاضي في تفسير العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذة:
د. أيت قاسي حورية

إعداد الطالبين:
- عزيزي حديقة
- مشوب وردية

لجنة المناقشة:

- د. بن نعمان فتيحة، أستاذة محاضرة "ب"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،رئيسا.
- د. أيت قاسي حورية، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،... مشرفا ومقررا.
- أ. سي محي الدين صليحة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو،ممتحنة.

السنة الجامعية: 2020 - 2021

شكر وعرافان

الحمد لله تعالى على نعمه وفضله، والشكر الجزيل له على توفيقه وتسهيله لي إنجاز هذا العمل المتواضع، والصلاة والسلام على من جاء بشرى ورحمة للعالمين.

نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذة الدكتورة المشرفة "أيت قاسي حربية" على ما قدمته لنا من توجيهات ومعلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في جوانبها المختلفة، كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة الذين تفضلوا بقراءة هذه المذكرة.

والشكر والتقدير لكل من قدم لي يد العون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من أجل اتمام هذا البحث.

وردية وحديقة

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى أعز وأعلى إنسانة في حياتي، التي أنارت دربي بنصائحها، وكانت بحرا صافيا يجري بفيض الحب، والبسمة إلى من منحتني القوة والعزيمة، لمواصلة الدرب، وكانت سببا في مواصلة دراستي إلى من علمتني الصبر والإجتهد، إلى الغالية على قلبي عمتي مليكة مشوب.

إلى كل العائلة الكريمة، وزملاء الدراسة متمنية لهم التوفيق.

إلى صديقتي عزيزي حديقة.

إلى من ساعدني في كتابة هذه المذكرة.

إلى كل الاشخاص الذين أحمل لهم المحبة والتقدير.

وردية

إهداء

إلى روح أبي وأخي الغاليان وكذا والد زوجي رحمهم الله جميعا.

إلى أمي أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى أولادي وإلى زوجي وإلى أقربائي وأحبائي وكل من مد لي يد العون في هذه الحياة دون أن

انسى صديقتي الصغيرة وردية مشوب.

حديقة

قائمة المختصرات

أولاً: المختصرات باللغة العربية.

ج. ر. ج. ج = الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ق. م. ج = القانون المدني الجزائري

ق. ت = قانون التجاري

ق. ع = قانون العقوبات

ق. إ. م. إ = قانون الاجراءات المدنية والادارية

ق. م. م = القانون المدني المصري

ق. م. ف = القانون المدني الفرنسي

ق. س = القانون السوري

ق. أ. = القانون الاردني

ط. = طبعة

مج. = مجلة

د. ذ. س = دون ذكر السنة

ص. = صفحة

ج. = جزء

ف. = الفقرة

د. س. ن = دون سنة النشر

ثانياً: المختصرات باللغة الفرنسية.

Art= article

C.C.F.= code civil français

P=page

مقدمة

مقدمة

يعتبر العقد الاداة القانونية التي يعتمد عليها الافراد لتلبية مختلف حاجياتهم اليومية، إذ أنه بالرغم من تعدد العقود إلا أنها تشترك في اعتبارها اتفاق بين إرادتين على احداث أثر قانوني معين وهو ما تضمنته المادة 54 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت هذه المادة على أنّ: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء"¹. ويعتبر العقد من اهم مصادر الالتزام ذلك لأنه يرتب التزامات على عاتق المتعاقدين فهذه الالتزامات لا يمكن التهرب منها أو العدول عن الإرادة التي جسدت في العقد على أساس أنه شريعة للمتعاقدين وهو ما تضمنته المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"². بذلك فإن العقد له مراحل وهي:

- مرحلة التكوين: وهي تعد مرحلة حاسمة ذات أهمية بالغة وهي تبادل إرادة الأطراف والوصول إلى إتفاق يرضي الأطراف، ويجد كل إيجاب قبولاً من الطرف الآخر وبالتالي يصبح عقداً صحيحاً.

- مرحلة التنفيذ: من مراحل العقد يجب على كل من الأطراف الالتزام بالتنفيذ تحت إحترام ما جاء في العقد، وبذل الجهد حتى تترتب آثار العقد، ولكن قد يحصل أن يتعذر على الأطراف تنفيذ التزاماتهم بسبب ما قد يعترى العقد من غموض يحول دون تنفيذه، بحيث يتجه كل منهما إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الآخر ويدعي أن هناك اختلاف ما بين الارادة و التعبير عنها.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

وهنا يأتي دور القاضي الذي يكون ملزماً بفض النزاع عن طريق تفسير العقد ورفع الغموض واللبس عنه بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد تحدد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

فعملية التفسير التي يقوم بها القاضي من المهام المعقدة، لا تقتصر فقط عن البحث في تكوين العقد فعلى القاضي البدء من التأكد من اشتغال العقد على أركانه الأساسية والتي تتمثل في الرضا، المحل والسبب، والشكلية في العقود التي تتطلبها وشروطه الضرورية.

وكما نجد عند أداء القاضي مهمته أمام حالات لا يخلو منها العقد وهي:

الحالة التي تكون فيها عبارات العقد واضحة في دلالاتها وتكون هذه الدلالات مطابقة لما اتجهت إليها الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيكون العقد ملزماً للمتعاقدين، وفقاً لما افصحت عنه عباراته، وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الظاهرة، أما الحالة الأخرى تكون العبارة الواضحة في جملتها تدل على معنى معين ولكن في ظروف التعاقد يوجد ما يوحي إلى عدم مطابقة هذا المعنى لإرادة الأطراف وأن المتعاقدين قصداً معنى غير معناها الظاهر، ونجد في الحالة الأخرى عندما تكون عبارات العقد غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح وتذوب الإرادة الحقيقية في ظل الغموض.

تكمن أهمية التفسير في كونها العملية التي تمكن القاضي من تحديد مضمون العقد، فوجب على القاضي بيان ما يجب فعله عند تفسير العقد في حالة احتواء العقود على عبارات موهمة وغير واضحة، فلن يتم تنفيذ العقد إن لم يكن رفع كل المعوقات ومن بينها رفع الغموض واللبس في العبارات أو المقاصد، إذا فالتفسير ضروري لإنقاذ العقد من الخروج عن الغاية التي أبرم من أجلها وحماية المتعاقدين من الإرهاق. وتكمن كذلك أهمية القاضي عند عملية تفسير العقد، حيث أنه يبرز الخدمة الحقيقية التي يقدمها لنظرية سلطان الإرادة في هذا المجال، فاحترام القاضي لإرادة الأطراف هو احترام للقانون الذي ساوى في القوة القانونية بين الإرادة والقانون في شأن الالتزام. ويجدر القول أن على القاضي الأخذ بالإرادة

الحقيقية للمتعاقدين وعدم اقتناعه بالمظهر الخارجي المتمثل في التعبير عنها، وعند تفسيره للعقد يتوجب عليه الأخذ بالإرادة الحقيقية وقت إنشاء العقد، وعند تفسير العقد قد يأخذ القاضي بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، فلا يمكن أن يلجأ إلى الإرادة الباطنة، ففي حالة إذا لجأ إليها فيكون تقديره الشخصي هو الذي يطغى على التفسير. كما يمكن للقاضي الوقوف على عوامل يستهدي بها في تفسير العقد وهي عوامل داخلية وعوامل خارجية، والمعمول بها كثيرا هي العوامل الموضوعية والذاتية، لأن القاضي يطمئن إليها في تفسير العقد، نظرا لاستقرار التعامل.

فبمناسبة دراستنا لهذا الموضوع بالغ الأهمية، يدفعنا إلى البحث في عدة نقاط وتتمثل الاشكالية التي يدور حولها الموضوع في: فيما تتمثل سلطة القاضي في عملية تفسير العقد؟

للإجابة على هذه الاشكالية ارتينا إلى تقسيم البحث إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لتفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ثم نتطرق في الفصل الثاني إلى دراسة التفسير في استحالة الوصول إلى نية المشتركة للمتعاقدين.

الفصل الأول

تفسير العقد بالبحث عن النية

المشتركة للمتعاقدين

يبرم العقد بين أطراف العلاقة العقدية، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل لتفسيره، وهذه الحالة سماها المشرع بتأويل العقد، فتعتبر عملية تفسير العقد من المهام المنوطة بالقاضي الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود التي حظيت باهتمام كبير من المشرع الفرنسي والقضاء على حد سواء، كما أن الفقه كان له اسهام كبير في إرساء قواعد تفسير العقد¹.

سوف ندرس من خلال هذا الفصل مفهوم التفسير المتمثل في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، حيث نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التفسير وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة لها، ثم النية المشتركة للمتعاقدین، ونتناول في المبحث الثاني نطاق أعمال سلطة القاضي في تفسير العقد.

¹ - معمر صونية، وعراب نورة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، التخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017، ص 04.

المبحث الأول

مفهوم التفسير

إن تحديد موضوع أي التزام عقدي يتوقف على ضرورة معرفة حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، ويكون ذلك عن طريق تفسير العقد ومتى تعرفنا على إرادة الأطراف كان بعد ذلك تحديد مضمونه، وتحديد مضمون العقد يقتضي تحديد ماهيته، أي تفسيره لتكملة إرادة الطرفين وعليه سنعمد إلى تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب فنتناول في (المطلب الأول) ماهية التفسير، في حين نخصص (المطلب الثاني) لتمييز التفسير عن بعض المؤسسات المشابهة له، أما فيما يخص (المطلب الثالث) نتناول فيه النية المشتركة للمتعاقدین¹.

المطلب الأول

ماهية التفسير

في هذا المطلب سنتعرض في الفرع الأول للتعريف بالتفسير من الناحية اللغوية والاصطلاحية، وكذلك بمدلول الشريعة الإسلامية، أما الفرع الثاني فنخصصه لصور التفسير.

الفرع الأول

التعريف بالتفسير

أ- التفسير لغة:

يتبين من المراجع اللغوية أن التفسير كلمة منفردة وجمعها "تفسير"، وهي في اللغة العربية مصدر على وزن "تفعيل" وفعله الثلاثي "فسر" بتشديد السين فيقال فسر الشيء

¹ - معمري صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 05.

تفسيراً، والفعل الماضي من التفسير هو الفعل الرباعي "فسر" ويقال فسر الشيء تفسيراً والجذر الثلاثي للكلمة هو "الفسر".

والتفسير معناه البيان، فيقال فسرت الكتاب وفسرته تفسيراً¹.

ب- التفسير الاصطلاحي:

لقد تعددت تعاريف التفسير في معناه الإصطلاحي وذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء المراد تفسيره وأهمها.

عرف التفسير بأنه "بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص".

وعرف على أساس الباحث "فقيه" في تعريفه: "أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين"².

وعرفه الأستاذ توفيق حسن فرج بأنه: "يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها.

وكذلك يعرفه الأستاذ Josserand أنه: "تحديد معنى الشرط التعاقدية والغرض منه".
بينما اعتمد البعض الآخر على الأساس الذي يقوم عليه وهو الإرادة الحقيقية للطرفين فعرفوه أنه: "استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي ومن أجل التعرف على النية الحقيقية للطرفين"³.

¹ - مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، جامعة وهران، 2008/2009، ص 17.

² - عامر حمرون، "تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة"، مجلة حقوق والعلوم الإنسانية، ص 157.

³ - عاشور فاطمة تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 10.

ج- التفسير بمدلول الشريعة الإسلامية:

ارتبط مفهوم التفسير لدى الكثير من الفقهاء المسلمين بالقرآن الكريم بالدرجة الأولى، ولكن ذلك لا يعني أن السنة النبوية محلاً للتفسير.

وقد قيل عن التفسير بأنه: بيان لكلام الله، أو أنه المبين لألفاظ القرآن ومفهوماتها، أو أنه الشارح للقرآن.

والحقيقة أن أكبر مجال عرفه التفسير هو القرآن الكريم، لدرجة أنه أصبح علماً قائماً بذاته، ولذا عرف البعض التفسير بأنه العلم الذي يبحث فيه عن كيفية النطق بألفاظ القرآن ومدلولها وأحكامها ومعانيها¹.

إن تحدي مدلول التفسير في الفقه الإسلامي يتطلب منا أن نعرض لمفهوم البيان، فباب البيان في الأصول -على تشعب مسالكه وتنوع مذاهب العلماء فيه- وثيق الصلة بمناهج تفسير النصوص، أصيل العلاقة بها، يهدي إلى ذلك ما يجده الباحث في معاني الألفاظ وتحديد المصطلحات من صادق النسب بين البيان والتفسير.

وقد استعمل البيان في القرآن الكريم بمعنى الإظهار، قال تعالى: "هذا بيان للناس" فإن معناه إيضاح لسوء عاقبة المكذابين، ومنه أيضاً قوله تعالى: "ثم علينا بيانه" فإن معناه إظهار معاني القرآن وإيضاح أحكامه وشرائعه، وكذا جاء البيان في السنة بمعنى الإظهار ومنه قوله (ص): "إن من البيان لسحراً"².

¹- مقني بن عامر، مرجع سابق، ص 18.

²- علاء الدين محمد علي، مقابلة تفسير العقد القانوني المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، اسم المدينة، 2004، ص 06.

الفرع الثاني

صور التفسير

إن لتفسير العقد صور عديدة تجلت في حالة واحدة وهي عدم التطابق بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، وقد يكون عدم التطابق راجعا إلى الألفاظ أو المعاني في ذاتها أو في اتصالها بالإرادة الحقيقية، ويجب أن يتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية، فإذا وقع خلاف كان هذا منارا للتفسير، فقد يكون الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها إرادي، وكما يمكن أن يكون غير إرادي، وهذا من خلال البحث في علاقة بين الإرادة والتعبير عنها ثم إلى الاختلاف الموجود بينهما¹.

1- التعبير عن الإرادة:

يعرف التفسير بأنه تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به، وعليه فالتفسير لا يطرح إلا عندما تثور مشكلة عدم تطابق بين الإرادة والتعبير عنها، فالإرادة والتعبير هما العناصر الرئيسية في تكوين العقد، فالإرادة ظاهرة نفسية لا أثر لها قانونا إذا لم يفصح عنها أي يعبر عنها، فالتعبير يعد ظاهرة اجتماعية بواسطته تتعرف على الإرادة، وعن طريقه أصبح للإرادة أثر قانوني.

¹ - عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، الاسكندرية، 2002، ص 27.

فالإرادة والتعبير عنصران متكاملان، فلا قيمة لأي منهما إذا كان منفردا والقيمة لا تكون إلا في ارتباطهما معا¹.

تطرق المشرع الجزائري إلى الإرادة وذلك في الفقرة الثانية للمادة 60 ق.م.ج على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون صراحة أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"، ويستنتج حسب هذا النص هناك نوعين من صيغ الإرادة، التعبير الصريح والتعبير الضمني²، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا اتخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده، ويكون ذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة، ولكنها تشير وتكشف عن تلك الإرادة وبمعنى آخر تتضمنها³.

وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير علما بإرادته في التعاقد بطريقة مباشرة للدلالة عن المعنى المراد كاللفظ أو الكلام أو الكتابة أو الإشارة المتداولة المفهومة⁴.

2- صور الاختلاف في التعبير عن الإرادة:

سنعرض الآن إلى الاختلاف في التعبير عن الإرادة في كل الاختلاف الإرادي والغير الإرادي.

¹ - جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود المسؤولية كلية الحق، جامعة الجزائر، 2013-2012، ص 48.

² - أجمود أزواو - أيت موهوب نونور، دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2017، ص 12.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح فيشرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 81.

⁴ - بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ط1، دار هومة للنشر، 2015-2016، ص 169.

أ- الاختلاف الإرادي:

من خلال هذا العنصر نوضح الخلاف الموجود بين الإرادة والتعبير عنها ولكي ترتب الإرادة أثارها القانونية يجب أن تكون جدية، ولا تكون كذلك إذا كانت صورية مقترنة بتحفظ ذهن¹.

- الصورية: لم يضع المشرع تعريفا للعقد السوري، حيث إكتفى بالنص على أثاره من خلال المادتين 198 و 199 من القانون المدني².

أورد الفقه تعاريف للصورية منها تعريف الفقهاء المعاصرين الذين اعتمدوا في تعريف الصورية على الظاهرة والإرادة الخفية في أصل العقد، عرفها البعض منهم على أن العقد يكون صوريا في حالة وجود الإرادة الظاهرة فقط وانعدمت الإرادة الباطنة الحقيقية، أما البعض الآخر عرفها على أنها التصرف الذي يتظاهر فيه الطرفان بإنشاء العقد دون الرغبة فيه³، والعقد السوري ينفذ بين أطرافه دون أن يكون لهذا العقد أي أثر قانوني للغير، حيث يجوز لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية. أن يتمسكوا بالعقد السوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر لكي يشترط إثبات صورية العقد الذي أضر بهم لأنهم يدعوا خلاف الظاهر أصلا⁴.

¹ - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة القوانين العربية، ط3، دار النهضة العربية، د.س.ن، ص 71.

² - الأمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ج.ج، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

³ - تيغزمت جهيدة، بركان سلوى، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون خاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2012-2013، ص 05.

⁴ - عبد الرحمان الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 55.

فالعقد السوري هو توافق فيه إرادة الطرفين على عدم إحداث آثاره القانونية، فالهدف الوحيد من وراء إبرامه هو إخفاء عقد آخر أو حقيقة معينة أراد الطرفان إخفاءها عن الغير¹.

- **التحفظ الذهني:** يقصد بالتحفظ الذهني عدم رغبة المتعاقد بترتب أي آثار قانونية عما يصدر عنه من تعبير فالتحفظ يكون من جانب واحد الهدف منه الإيقاع بالطرف الآخر، فالمعبر يعتمد داخليا عدم إعطاء أي قيمة لتعبيره فهو يضمن شيء ويعلن شيء آخر. فالتعاقد الذي يتحفظ ذهنيا إنما يصدر تعبيراً لا يتفق مع إرادته الحقيقية.

ب- الاختلاف الغير الإرادي:

قد يكون الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها خارجاً عن إرادة المعبر في مثل ما يلي²:

• **الغلط:** هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيحمله على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف الواقع، فيدفعه إلى التعاقد نتيجة لهذا التصور الخاطئ بخلاف الحقيقة³، قد يقع الغلط في تكوين الإرادة ذاتها وهنا قد يعدمها فيمنع انعقاد العقد، وهو غلط جوهري الذي يبلغ حداً من الجسامة ويعتبر كذلك وفقاً لما جاءت به المادة 81 (ق.م.ج) ولكي يصل القاضي إلى معرفة ما إذا كان الغلط جوهرياً أو غير جوهري فإنه يجب عليه أن يحيط بكل ما يلابس العقد من ظروف تكوينه وانعقاده، وأن يغوص في تعرف حقيقة إرادة من يريد التمسك بالغلط الذي انحرف به التعبير عنها⁴.

¹- بوقرة خولة، السورية في التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، 2016-2017، ص 26.

²- معمري صونية وعراب نورة، مرجع سابق، ص ص 12-13.

³- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق تعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات قضائية، الجزء الأول، ط2، دار هومة للنشر، الجزائر، 2015-2016، ص 384.

⁴- المادة 81 (ق.م.ج) "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

وعلى هذا فليس التفسير سوى تقصّي هدف المتعاقدين فيما يتضمنه تعاقدهما فتعرض حقيقة إرادتهما في ذلك.

- **الانحراف في التعبير عن الإرادة:** يقصد بهذا العنصر هو استعمال اللفظ غير موضعه، فقد يؤدي إلى أن تكون الفكرة التي يراد التعبير عنها غيرها لو سائر التعبير بنحو آخر، وذلك بأن يستعمل الطرفين أو الأطراف معاني والفاظ لغوية على غير صحتها، ويكون أيضا المقصود في التعبير حين تنقص عبارة أو كلمة أو بعض الكلمات التي يجب وضعها حتى تؤدي العبارة المقصود منها أو العكس إذا كانت تزيد في تعبير فيكون استخدام المعاني أو الكلمات لا جدوى منه¹.

الفرع الثالث

الحاجة إلى التفسير

يتمثل الدافع إلى التفسير في البحث ما اعترى العقد من غموض، وليس المقصود غموض اللفظ، بل غموض المعنى واضحا فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري، بل الوضوح الحقيقي الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين، فكم من شرط واضح في ذاته إذا أخذ به مجردا، ورغم ذلك يكون ذا وضوح زائف ويرجع ذلك إلى جهل الطرفين بالصياغة القانونية السليمة، حيث يعبران بعبارات واضحة الدلالة في معنى ليس هو المعنى المقصود.

ومن الواضح أن الحاجة للتفسير القضائي لا تثور إلا في حالات الخلاف بين أطراف العقد مع أنه من الممكن أن يقوم القاضي بتفسير بنود العقد دون طلب من أطراف النزاع متى رأى محلا لذلك، وفي كل يكون تدخل القاضي المفسر ضروريا لحسم الخلاف،

¹ - معمري صونية وعراب نورة، مرجع سابق، ص 13.

من خلال تطبيق النصوص القانونية على العلاقة، وفي ذلك تنص التشريعات المقارنة صراحة على عدم الحاجة للتفسير، عند وضوح عبارة العقد¹.

إن البحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاد العقد والبحث في صحته إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحا حتى يكون قابلا للتنفيذ، كما أنه لا تطرح مسألة التفسير إلا في العقد الغامض ولكن:

أ- يجب أن يكون العقد صحيحا:

فتفسير العقد لا يكون بمعزل عن البحث في تكوينه، ويكون العقد صحيحا إذا استوفى جميع أركانه وشروطه.

أما بالنسبة للمسألة الأولى فإن العقد لا يكون موجودا إلا إذا توفر على جميع أركانه من رضا، ومحل وسبب وكذلك الشكلية بالنسبة للعقود التي أوجب القانون افراغها في شكل رسمي، فإذا كانت هذه الأركان غير موافقة للقانون ومخالفة للنظام العام وطبيعة العقد أو تخلفت هذه الأركان أو أحدها يكون العقد باطلا.

أما بالنسبة للمسألة الثانية والمتمثلة في شروط الصحة فإن العقد بتخلفها يكون قابلا للإبطال، وهذه الشروط متعلقة بصحة الرضا، حيث إذا مسى الرضى عيب من العيوب كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال فهذا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال فلا بد على القاضي أن يبحث في تكوين العقد أولا فلا جدوى إذا كان العقد باطلا إذ لا يمكن تنفيذه ويكون العقد صحيحا إذ توفر على ما يلي²:

- **التراضي:** يتحقق التراضي باقتران ارادتين متطابقتين، وأن تتجها إلى إحداث قانوني وأن التراضي يتم بإيجاب يطابقه قبول في إنشاء التزامات يترتب على اتفاقهما طبقا للمادة 59

¹ - مقتني بن عامر، مرجع سابق، ص 32.

² - العقد، المحامي، تم الاطلاع يوم 2021/06/11 على الساعة 9:36، الموقع <http://elmouhami.com>

(ق.م.ج) ويجب أن يصدر الإيجاب والقبول عن شخص ذي أهلية وبسلامة الإرادة مما يعترئها من عيوب كالغلط والتدليس والإكراه والغبن أو الاستغلال.

- **المحل:** هو الأداء الذي يلتزم به المدين في مواجهة الدائن، وهذا الأداء قد يكون نقل حق عيني لصالح الدائن وقد يكون القيام بعمل وقد يكون الامتناع عن القيام بعمل.

- **السبب:** هو ركن جوهري لا ينعقد العقد بدونه¹، وقد تناوله المشرع الجزائري ركن السبب في المادة 97 من ق. م. ج، حيث تنص: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا"، وتنص أيضا المادة 98 من ق. م. ج. على أنه: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، مالم يقدّم الدليل على غير ذلك..."².

ومن خلال النصين يظهر أن المشرع الجزائري إهتم بمشروعية السبب. وتعليقا عليهما يرى البعض "أن مشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة، من خلال مراقبة المعاملات والاطلاع على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، ومعرفة الدوافع الرئيسية التي تحملهم على التعاقد"³.

ب- يجب أن يكون العقد غامضا:

بين بعض الفقهاء أن عملية التفسير بالضرورة تستلزم البحث في صحة العقد ويجب أن نحدد أنه لا يمكن ان نطرح مسألة التفسير إلا إذا كان العقد غامضا. فقد تكون عبارات العقد واضحة وبالتالي لا يجوز الانحراف عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين

¹ - العقد، المحامي، تاريخ الاطلاع يوم 2021/06/11، على 10:02، الموقع <http://elmouhami.com>.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

³ - صادقي عباس عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الادارية -دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018، ص 129.

وقد تكون العبارة غير واضحة مع امكانية التعرف على إرادة المتعاقدين، إذن يتعين على القاضي أن يفسر العبارة وهو في محل ذلك يجب عليه أن يبحث عن النية المشتركة¹.

المطلب الثاني

التمييز بين التفسير والأنظمة ذات الصلة

هناك أنظمة عديدة مقارنة لتمييز العقد يجب المفارقة بينها وبين التفسير، لأن تمييزها عن التفسير مهم جدا لاختلاف آثار كل منهما وتتمثل هذه الأنظمة في تكملة العقد، وتكييف العقد وأخيرا تعديل العقد وسوف نتطرق إلى تمييز كل نظام من هذه الأنظمة عن التفسير كما يلي²:

الفرع الأول

الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد

تدق التفرقة بين تكملة العقد وتفسيره لوجود الكثير من العوامل التي تجمع بينهما سواء من حيث المصادر التي يلجأ إليها القاضي لقيامه بوظيفته التفسيرية أو التكميلية، أو من حيث وجوب ورودها على عقد صحيح، إلا أنهما يختلفان في مسائل أخرى³. ويقصد بتكملة العقد قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التفصيلية التي لم ينص عليها العقد، أو التي أرجئ الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها فيه، وذلك استنادا إلى مصادر خارجية عنه فيلجأ إلى قواعد قانونية والعرف والعدالة على أن يكون ذلك وفقا لطبيعة المعاملة⁴.

¹ - عبد الجي حجازي، المرجع السابق، ص 536.

² - عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 16.

³ - سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 20.

⁴ - سعاد بوختالة، مرجع سابق، ص 20.

يفترق تفسير العقد وتكملة العقد من حيث الأساس في كل منهما، فإن أساس تفسير العقد هو الغموض الذي وقع في العقد، وأما الأساس في تكملة العقد فهو النقص في تنظيم العقد، فالعاقدان بعد إبرام العقد واتفقهما على المسائل الجوهرية، قد ينشأ بينهما على مسائل طارئة لم تذكر في العقد، فيتجهان للقاضي لحل الخلاف في هذه المسائل، فيقوم القاضي بالزام المتعاقدين بما تقتضه قواعد الشريعة الإسلامية العامة وقواعد النظام، وبما هو من مستلزمات العقد، ويسمى ذلك بتكملة العقد.

وهذا يختلف عن ما إذا حصل خلاف بين المتعاقدين على شيء من العبارات الغامضة في العقد، فيكون عمل القاضي في تفسير وكشف هذا الغموض¹.

الفرع الثاني

الفرق بين تفسير العقد وتعديل العقد

يقصد بتفسير العقد بيان حقيقة ما قصدت إليه الإرادة المشتركة لطرفيه، وهذا يعني أن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، فالقاضي عند تفسيره للعقد إنما يبحث عن نية المتعاقدين²، فالعقد هو قانون المتعاقدين في حدود المضمون فيه، ولكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات حيث يجوز تعديل العقد بإرادة الطرفين أو المشرع أو القاضي، وذلك تطبيقاً للمادة 106 ق.م.ج³.

¹ - أنس بن رشيد بن محمد المبدل، سلطة القاضي في تفسير العقد، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة، المملكة العربية السعودية، 1431-1432، ص 35.

² - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة إسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 72.

³ - معمري صونية وعراب نورة، مرجع سابق، ص 19.

إن النظامين يختلفان من حيث الهدف والغاية فبينما يستهدف تعديل العقد غاية محددة هي تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي، ومنع الضرر بأحد أطرافه وتحقيق العدالة التعاقدية، فإن الهدف من نظام التفسير هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین والكشف عنها، وبالتالي إزالة اللبس والغموض الوارد في العقد.

أن التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدین ورغما عنهما، ويقوم على أساس العدالة التي هي المقصد الأول والأخير للمشرع من تقرير تلك السلطة التقديرية في مجال العقد، بينما يستند القاضي في نظام التفسير إلى إرادة المتعاقدین، وذلك لأن هدف القاضي يجب أن يكون دائماً البحث عن إرادة المتعاقدین فعلاً، فبالتالي يعتبر التفسير قائماً على إرادة المتعاقدین، بمعنى أن مراجعة العقد وتعديله لا يقوم به القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص، في حين أن سلطة تفسير العقد لا تحتاج إلى نص قانوني صريح يقرها، بل يمكن للقاضي القيام بمهمة التفسير دون الحاجة إلى نص قانوني صريح يقرها، بل يمكن للقاضي القيام بمهمة التفسير دون الحاجة إلى وجود مثل هذا النص القانوني¹.

يتفق نظام تعديل العقد ونظام تفسير العقد أن كلاهما لا يثاران إلا في فترة لاحقة لتكوين العقد أو إبرامه، ذلك أن التفسير يستند إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدین المشتركة، وذلك لتحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها، لكي يتسنى تطبيقه².

الفرع الثالث

الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد

¹ - محمد بوكماش، مرجع سابق، ص 79.

² - نيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 264.

يعتبر التكييف عملية ذهنية لازمة لإعمال القانون، فهو إعمال القاعدة القانونية وإرساؤها على ما يثبت من الوقائع بوصفها وإبرازها كعناصر وشروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها¹.

إن تمييز التكييف عن التفسير راجع للعلاقة الوثيقة بينهما، ذلك أنه لا يمكن تفسير العقد دون تكييفه²، فالتكييف يساعد على معرفة طبيعة التعامل، وهذا يساعد القاضي في عملية التفسير على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة، ويسمح التكييف أيضا بتحديد الغرض الخاص لهذه العملية، وأن القاضي ملزم بتكييف العقد طالما ثار نزاع حول وصفه، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/05/07 والذي نقض قرارا لم يبت في القضية الأساسية التي بتوقف عليها النزاع والمتعلقة بوضع تكييف للعقد المبرم بين المتنازعين³.

ويختلف التكييف عن التفسير في العقود فيما يلي:

- أن التكييف لازم في جميع النزاعات الواقعة في العقود، فحتى يتمكن القاضي من الحكم لابد له أن يكيف العقد حتى يندرج تحت أحكام أحد العقود المسماة ويأخذ أحكامها، بخلاف التفسير فلا يلجأ إليه إلا مع النزاع الحاصل بسبب غموض العقد.
- التكييف يهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد كل من الطرفين إبرامه، والقواعد الشرعية والنظامية التي تطبق عليه والآثار المترتبة على هذا التصرف، وأما التفسير فإنه يهدف إلى معرفة حقيقة ما أراد الطرفان من خلال ما استعمالاه من ألفاظ⁴.

¹ - بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون - فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 04.

² - علي فيلاي، الالتزامات النظرية للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997، ص 318.

³ - عاشور فاطمة، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - أنس بن رشيد بن محمد المبدل، مرجع سابق، ص 37.

المطلب الثالث

البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین

إن البحث عن النية المشتركة لأطراف التزام يقع على القاضي حتى يحدث تطابق بين العبارات المستعملة وروح العقد¹، والوصول إلى معرفة النية المشتركة بين الإرادتين. يحاول القاضي أن يكشف عن الإرادتين الباطنتين لكل من المتعاقدین بواسطة إرادتهما الظاهرتين المعبر عنهما ليتأكد من أن التعبير عن الإرادة الباطنة كان صادقاً² والسؤال المطروح هو: أي الإرادتين يجب الأخذ بها هل الإرادة الظاهرة أم الباطنة؟³.

الفرع الأول

تعريف النية المشتركة

النية المشتركة عبارة تشمل كلمتين، النية وهي اعتزام أمر معين والاشتراك وهو التقابل والتلاقي⁴، فالنية المشتركة هي ما اتفق عليه المتعاقدان وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه، فعبر عنه بتعابير متطابقة تكشف عن مضمونها، ويفهم من ذلك أن الأعمال التحضيرية التي تسبق تطابق وتلاقي الإرادتين ليست من قبل النية، وإن كان من الممكن أن تصبح قرينة وتساهم في الكشف عنها.

بالإطلاع على الفقرة 02 من المادة 111 (ق.م.ج) نجدها تنص: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عن المعنى

¹ بردان رشيد، بوراس نجيب، "القاضي وتفسير العقد"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مجلد 07، عدد 01، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص 13.

² عامر حمرون، مرجع سابق، ص 158.

³ برهان رزيق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، مطبعة الإرشاد، اللاذقية، ص 16.

⁴ معمري صونية، وعراب نوار، مرجع سابق، ص 22.

الحر في الألفاظ"، وهو نفس النص الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة 150 القانون المدني المصري، باستثناء استعمال لكلمة "تفسير" بدل "تأويل".

من خلال هذا النصين نجد أن الأساس المعتبر في التفسير هو الإرادة المشتركة لا بالإرادة الفردية لواحدة منهن أن الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدین، فهي التي يؤخذ بها دون اعتداد ما لأي متعاقد منهما من ارادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الاخر فيها¹.

إلا أن الفقه قد اختلف فيما يخص المصدر الذي نعتد به لاستخراجها فهناك فريق يرى أن الإرادة الباطنة هي المصدر الحقيقي الذي يجب استنباط إرادة الطرفين منه، وفريق معاكس يرى أن الإرادة الظاهرة هي مصدر النية المشتركة وهي بالضرورة تعتبر عن الباطن.

الفرع الثاني

الإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة

مضمون هذه النظرية أن الإرادة لا يعتد بمظهرها النفسي، فهو شيء كامن وأنه يعتد بالمظهر الخارجي الذي يبرز إلى المأل، ويرى أنصار هذه النظرية التي نقدت المدرسة الألمانية في منتصف القرن العشرين أن القانون يهتم بالمظاهر النفسية ومن ثم فالإرادة الباطنة غير جديرة بالحماية القانونية، والعبرة تكون بالإرادة الظاهرة ويرى فقهاء هذا المذهب أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها المتعاقدان وحدها محلا للتفسير.

ويقوم هذا المذهب على الأخذ بالإرادة المعلنة كما تظهر في حقيقة العقد، لأن الظاهر هو أساس المعاملات ويعلل انصار هذا المذهب رأيهم أن التفسير لا يكون إلا في

¹ - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 55.

العقد الصحيح وما دام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة إذا اعتري العقد عيب من عيوب الرضا أدى إلى البطلان¹.

كما يرون كذلك أن الإرادة الظاهرة التي يتفق عليها المتعاقدان وحدها محلا للتفسير، ويقوم هذا المذهب بالأخذ بالإرادة الظاهرة أو الإعلان عن الإرادة في هذا ما يتضمن سلامة المعاملات واستقرارها.

ويعلل أصحاب هذه النظرية رأيهم أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح، فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة هي موضوع التفسير، ويدعمون رأيهم بالحجج التالية:

- أن الإرادة الباطنة كامنة في النفس ويستحيل الوصول إليها، فالإرادة التي يمكن أن ترتب آثار قانونية هي الإرادة الظاهرة.
- ويحتج أيضا أصحاب هذه النظرية أن الالتزام ينشأ بقالب شكلي وهو غير موجود، وإعلان الإرادة هو الحد الأدنى في الشكلية ولا يمكن الاستغناء عنه².
- يحتج أنصار هذه النظرية بأن الغير لا يستطيع أن يعلم أو يتعرف إلا على الإرادة الظاهرة، وهي التي يعتمد الأشخاص لتبعث في نفس المتعاقد الثقة³.

الفرع الثالث

الأخذ بالإرادة الباطنة في التعرّف على النية

المدرسة الفرنسية تعتد بالإرادة الكامنة أي الباطنة كظاهرة سيكولوجية، ومادام الالتزام يستند إلى إرادة الملتمزم، ومستمد من مذهب الفردي، ومبدأ سلطان الإرادة "الذن الإرادة النفسية

¹ - عاشور فاطمة، مرجع سابق، ص ص 30-31.

² - معمري صونية وعراب نورة، مرجع سابق، ص 24.

³ - عاشور فاطمة، مرجع سابق، ص 31.

أي الكامنة في النفس هي الأصل، بل هي الروح وما وسائل إظهارها والكشف عنها إلا مجرد ثوب ترتديه للتعرف عليها"¹.

ويرى أنصار هذا المذهب أن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدین يمكن استخراجها من الإيجاب الذي بوجهه الموجب على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر.

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي: أن القاضي غير مقيد بظاهرة العقد بل يجب عليه البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدین، ويترتب عليها أيضا أن المقصود بتأويل العبارة الغامضة التي ذكرتها المادة 111 من القانون المدني والمادة 112 من نفس القانون هو البحث عن الإرادة الباطنة متى تعارضت مع الإرادة الظاهرة، وقد اعتمد أنصار هذه النظرية على الحجج التالية للدفاع عن رأيهم وتتمثل في:

- إن العقد والالتزامات في القديم كانت تفرض أشكالا معينة ثم حدث تطور للتخلص من الشكلية لتسود الرضائية ولذلك فإن القوانين الحديثة تعتد بالرضاء نفسه لا بشكله لذلك يجب الاعتداد بالإرادة دون مظهرها.
- مؤدى هذه الحجة أن أساس التزام المتعاقد هو إرادته، فالعقد ينشأ من ارتباط إرادتين لذا الشخص يلتزم بما أَرادَه ولا يجوز الزامه نتيجة تعبير خاطئ عن إرادته².

الفرع الرابع

موقف بعض التشريعات من النظريتين

1- القانون الجزائري:

يظهر من خلال استقراء القانون المدني الجزائري أنه يأخذ بالإرادة الباطنة أساسا، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار المعاملات، فمثلا في قيام العقد لا يعتد بالتعبير عن الإرادة إلا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة صاحبه

¹- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 89.

²- عاشور فاطمة، مرجع سابق، ص ص 32-33.

ويبدل على ذلك ما ورد في المادة 59 (ق.م.ج) التي تنص: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

نجد أن القانون المدني الجزائري من ناحية أخرى، غلب على الإرادة الظاهرة في حالات أخرى لضمان استقرار المعاملات، ومن ذلك:

نصت في المادة 61 منه على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه إيجاب قبله، ثم عدل عن القبول، ولكن قبوله وصل إلى الموجب قبل أن يصل العدول، فإن العقد ينعقد على أساس الإرادة الظاهرة بالرغم من العدول، وهو تعبير عن الإرادة الباطنة¹.

كذلك نص في المادة 62 منه على أنه "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"². ويرى كذلك أن المشرع الجزائري في التقنين المدني أخذ بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة معا للتخفيف من نتائجها، كما أنه في كثير من الحالات اعتد بالإرادة الظاهرة، كما هو في إبرام العقد وفي تحديد شرائط صحته على نطاق محدود في تفسيره³.

2- القانون المدني الفرنسي:

يعدّ القانون الفرنسي على رأس التشريعات التي أخذت بنظرية الإرادة الباطنة⁴، فقد أخذ القانون المدني الفرنسي بمذهب الإرادة الباطنة، إذ نصت المادة 1156 منه على:

¹- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص ص 95-96.

²- محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 96.

³- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 64.

⁴- سمير عبد الحميد رضوان حسن، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 2005، ص 369.

"يجب البحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات"¹.

ومن المبادئ المستقرة في القانون المدني الفرنسي غياب الطابع الإلزامي في تفسير العقد، إذ لا يؤدي تجاهلها إلى نقض العقد، ويخضع تفسير العقد إلى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، على أن لا يعدّل القضاة الالتزامات والشروط الواردة في العقد بنصوص صريحة.

3- القانون المدني المصري:

أخذ القانون المدني المصري بنظرية الإرادة الباطنة، إلا أنه لم يهمل الإرادة الظاهرة، إذ أنه يأخذ بها في بعض الحدود، ليضمن للمعاملات استقرارها، وهو أن ساير ما طرأ من تطور من حيث التخفيف من مذهب الإرادة الباطنة، بمقتضيات الحياة العامة واستقرار التعامل، فهو يعتد بالإرادة الظاهرة، في إبرام العقد وفي تفسيره، وعلى القاضي أن يحدد بدقة مضمون العقد، عند وضوح عباراته، فينص في المادة 150 من القانون المدني على أنه "إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

وأخذ بالإرادة الظاهرة في حالات أخرى ضمانا لاستقرار المعاملات².

4- الإتجاه اللاتيني:

يرى هذا الإتجاه التمسك بالإرادة الباطنة، فالتعبير ليس إلا وسيلة لإظهار الإرادة، فمتى ما أخطأ المتعاقد التعبير في نقل الحقيقة وإظهارها يصار إلى الحقيقة والإرادة الباطنة،

¹ - Art.1156: «On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des partes contrantes plutôt que de arrêter au sens littéral des termes»

² - علي حميد كاظم الشكري، نظرية الإرادة في القوانين المدنية، ص128، يوم الاطلاع 2021/09/12، على 21:14 الموقع <http://almerja.com>

فالببحث يجب أن يذهب إلى ما أراده المتعاقد في سريرته، لأنه هو الأصل، وتستمد هذه النظرية منطقتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بعدم جواز الزام شخص بما يخالف إرادته الحقيقية، أي لا يجوز إجباره بما لم يرد الالتزام به أصلاً¹.

5- الاتجاه الجرمانى:

يرى التمسك بالإرادة المعلنة، فالتعبير ليس وسيلة إظهار الإرادة بل هو الإرادة بذاتها، عليه فما يكمن في النفس لا يعتد به قانوناً، إنما يعتد بما ظهر من الإرادة، وهدف هذا الاتجاه من تمسكه بالإرادة الظاهرة هو حماية استقرار التعامل وإحلال الثقة فيه بين الناس².

المبحث الثاني

نطاق أعمال سلطة القاضي في تفسير العقد

إن القاضي المنوط به الفصل في منازعة عقدية، أول ما يقوم به هو تفسير عبارات الفاظها ومحاولة الوقوف على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدین والتي تكتشف من خلال الألفاظ الصريحة الواضحة التي لا لبس فيها، والتي تسلب القاضي السلطة التقديرية في محاولة التفسير مكتفياً بما وضعه الطرفان من معالم لحقيقة تلاقي إرادتيهما³.

المطلب الأول

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1971، ص 100.

² - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع نفسه، ص 100.

³ - تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الاستغلال (رسالة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 137.

سلطة القاضي في التفسير في حالة الوضوح وفي حالة الغموض

سوف نتعرض من خلال هذا المطلب إلى سلطة القاضي في تفسير العبارة الواضحة في (الفرع الأول)، ثم سلطة القاضي في حالة الغموض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في حالة الوضوح

أولاً: التعريف بالعبارة الواضحة.

تعددت التعاريف فيما يخص وضوح العبارة فهناك من عرفها على أساس وضوح الإرادة، وهناك من عرفها على أساس التطابق الكلي بين الإرادة والتعبير، فإذا كانت العبارة واضحة وجب أن تدل على التعبير الصادق المنبعث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین ولا يجوز الانحراف عن هذه العبارة إلا عن طريق التفسير أو التأويل، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة¹.

كما قد يكون المقصود بوضوح العبارة وضوح المستعملة في حد ذاتها أو وضوح بنود العقد كل بند على حدة، إلا أن هذا التأويل غير صحيح، لأن العبارة الواضحة في حد ذاتها قد لا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدین، وقد تتناقض مع عبارات أخرى، وقد يكون البند واضحاً في حد ذاته إلا أنه متناقض مع بند آخر².

ومثال ذلك أن ينص عقد الإيجار في أحد مواده على أن الأجرة الشهرية هي عشرة آلاف ليرة سورية، ثم ينص في مادة أخرى أن هذه الأجرة هي خمسة عشرة ألف ليرة سورية،

¹ - دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقاسم، 2008/2007، ص 09.

² علي فيلاي، مرجع سابق، ص 384.

فالعبارتين واضحتان في حد ذاتهما، ولكنهما متناقضتان ومن ثم فهما غامضتان وفي حاجة إلى تفسير يزيل هذا التناقض¹.

ولا يقصد بوضوح عبارات العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدة، بل وضوح منطوق العقد بصورة عامة، استنادا لمجموع ما جاء في عباراته، لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء، متكاملة الأحكام وقد تكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا تحتاج عندئذ إلى تفسير، بل يجب على القاضي أن يأخذ بما ورد في عبارات العقد دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الأخر بحجة التفسير، وإلا شكل ذلك تحريفا بما قصده المتعاقدان ويكون سببا لنقص الحكم، بينما لو أخذ القاضي بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة في العقد فإنه لا يخضع للرقابة².

ثانيا: مدى جواز تفسير وضوح عبارة العقد.

تقضي المادة 111 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."³. يجب عليه أن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز أن يفسرها⁴. من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاء

¹ - فواز صالح، أثار الالتزام، تاريخ الاطلاع 21/07/2021، الساعة 10:11، <http://arab-ency.com>.

² - دالي بشير، مرجع سابق، ص 10.

³ - أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، ج.ج، عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومنتهم.

⁴ - فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص 37.

الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من (ق.ت) لم تحترم خرقوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في المادة 1/150 من القانون المدني وجاء في القرار على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين، يدل على أنه ولئن كانت قواعد التفسير تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على ارادة المتعاقدين،..."²، المطابق لها نص (المادة 1/111 جزائري) أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضي إذا حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه لأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضي به هذه المادة المشار إليها يعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام وينطوي الخروج عنها عن مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ونسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض³.

وقد اختلف فقهاء القانون في جواز تفسير العبارات الواضحة وانقسموا إلى اتجاهين بناء على ما قدمنا من إختلافهم في المذاهب التفسيرية.

حيث يرى أصحاب المذهب الموضوعي والذي يوجب الأخذ بإرادة العاقد الظاهرة، أنه لا يجوز اطلاقاً تفسير العبارات ما لم يكن إبهام أو غموض.

¹ - عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، ط1، بانتة، 2001، ص 41.

² - نقض مدني، جلسة 20 يناير 1983، في الطعن رقم 593.

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 278.

ويرى من يأخذ بهذا الرأي أن العبارات في العقد هي المعبرة عن إرادة الطرفين، وبالتالي فإن تفسير هذه العبارات الواضحة يعد خرقاً لهذه الإرادة، ويعد تفسير العبارة الواضحة تغييراً للعقد وتشويهاً له، ويخشى أن يتدخل القاضي فيحكم بهواه، إذ ليس له في تفسير العبارات الواضحة.

أما أصحاب المذهب الثاني: وهو المذهب الشخصي والذي يأخذ بالإرادة الباطنة فيرون أن وضوح العبارة لا يغني عن تفسيرها، إنما يجب أن تكون واضحة في الدلالة على ما اتجهت إليه عبارة العاقدين المشتركة، إذ أن العبارة قد تكون واضحة في ذاتها ولكن قد يعتريها الغموض بالنسبة إلى مدلولها، وقالوا أن مقصد القوانين المذكورة آنفاً هو وضوح الدلالة على الإرادة المشتركة للطرفين لا وضوح العبارات فحسب.

واحتجوا بأنه لا يوجد معيار للفرقة بين الشروط الواضحة، والشروط الغامضة في العقد، فقد تكون هناك شروط واضحة ولكنها متناقضة في نفس العقد، وكذلك أمر الوضوح نسبي يختلف من شخص لآخر، فما هو واضح عند شخص لا يكون واضحاً بالضرورة عند غيره¹.

ثالثاً: موقف القضاء من تفسير العبارة الواضحة.

من خلال اطلاعنا على نصوص التقنيات العربية كلها وجدنا أن التشريعات المغربية والتونسي كان بحق أكثر وضوحاً ودقة حينما لجأ إلى أسلوب تعداد الحالات التي يكون فيها العقد محلاً للتفسير، وذلك بخلاف نظرائهما، الجزائري والمصري وباقي التشريعات، حيث اتسمت نصوص القانون الجزائري بعدم الدقة والاختصار المخل الذي لا يكشف عن حقيقة المقصود من هذه المواد، بحيث لم تحدد بالضبط الحالات التي يجوز فيها التفسير والحالات

¹ - أنس بن رشيد بن محمد المبدل، مرجع سابق، ص ص 50-51.

التي لا يجوز فيها التفسير، أي لا يجوز فيها الانحراف عن تفسير عبارات العقد، وهو الأمر الذي أربك القضاء¹.

أخذ القضاء بشأن تفسير العبارات الواضحة موقفين مفاد الموقف الأول أن يلتزم القاضي بظاهر النصوص، ورفض تأويلها، أما الموقف الثاني مفادها أن القاضي لا يلتزم بظاهر النصوص في حالة العدل والإنصاف².

أ- الموقف الأول:

قررت محكمة النقض المصرية في 16/06/1990 ملف (رقم 199) "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، للتعرف على إرادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك"³. كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية فيما يخص تفسير العبارات بالزام قاضي الموضوع بظاهر النصوص ورفض تفسيرها، فلا رقابة عليه في ذلك طالما أن ظاهر النصوص ينطبق مع إرادة المتعاقدين.

ففي قرارها الصادر في 02 فيفري 1808 ذهبت إلى "أنه من المقرر لقاضي الموضوع سلطة تفسير الشروط المدرجة في عقد الشركة، وفي حالة تفسير إرادة الأطراف المفترزة في ذلك القرار، بأخذ بعدم الرجوع والخروج وبالتالي، الموافقة على التفسير العقدي المدرج في الاتفاق"⁴.

ب- الموقف الثاني:

¹- مقذني عمار، مرجع سابق، ص 155.

²- دالي بشير، مرجع سابق، ص 14.

³- دالي بشير، المرجع نفسه، ص 15.

⁴- دالي بشير، المرجع نفسه، ص 15.

قد يتجه القاضي إلى ضرورة تحويل على الإرادة المستمدة من العبارات الواضحة والحقيقية، ولا يجوز رفض تطبيقها أو إصدار حكمها، إذ يتضمن ذلك انحرافاً عن المعنى الظاهر للاتفاق مما يؤدي إلى مسخه¹.

يتضح لنا ذلك من خلال المادة 111 ف1 (ق.م.ج) أن المشرع منع على القاضي الانحراف على العبارات الواضحة في العقد وعلى هذا الأساس افتراض الإرادة الظاهرة وفي هذه الحالة العبرة على النية المشتركة، وهذه القاعدة جوهرية تقضي استعمال التعامل. وهذا ما قضت به المحكمة العليا بأن عدم إشارة الأطراف في الاتفاق إلى التزام معين يوكل الأمر لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تفسير العلاقة التعاقدية، غير أنه لا يجوز قانوناً لقضاة الموضوع أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة مما يناهض معها ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون².

الفرع الثاني

سلطة القاضي في حالة الغموض

إذا كانت العبارة غير دالة على مفهومها الصحيح فهذا نعبر عنه بغموض العبارة فيمكن للقاضي البحث بدقة في هذه الحالة عن الغموض المحيط بالعلاقة العقدية³.
فبالتالي ما مفهوم العبارة الغامضة وما هي حالات غموض عبارة العقد؟ والاجابة على الأسئلة قسمنا المطلب إلى فرعين في (الفرع الأول) نتناول مفهوم العبارة الغامضة، في (الفرع الثاني) نتناول حالات غموض عبارة العقد.

أولاً: تعريف العبارة الغامضة.

¹ - معمرى صونيا، وعراب نورة، مرجع سابق، ص 35.

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 240.

³ - دالي بشير، مرجع سابق، ص 17.

الغموض هو عدم صلاحية العبارات لنقل الإرادة الباطنة إلى العالم الخارجي، ورغم وضوحها الذاتي، أو عدم كفاءة التعبير مما يولد اللبس والإبهام في الوصول إلى معرفة قصد المتعاقدين من العبارات والنية. ومن التعريف أعلاه يتضح، أن الغموض ينتج عن إساءة اختيار التعبيرات، إذ قد يسيء الطرفان التعبير عن إرادتهما باستخدام ألفاظ لا تعبر عن المعنى المقصود لهما، أو استعمال عبارة بغير معناها الصحيح، أو نتيجة اشتراك لفظي، أي يحمل اللفظ أكثر من معنى، من ثم تتعارض هذه المعاني فيما بينها¹.

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة، بأن كانت غامضة obscure أو متناقضة (contradictoire) أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى confuse أو مبهمة équivoque، تعين على القاضي، وفقاً للمادة 111 / 2 ق.م أن يلجأ إلى تفسيرها، حتى يزيل الغموض ويهتدى إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدین.

وفي هذه الحالة، يجب على القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین² l'intention commune des parties تحت الفقرة الثانية من المادة 111 من التقنين المدني في حالة غموض عبارات العقد على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند حرفية الألفاظ المستعملة في العقد، ما يبرز حسب الباحثين دور حسن النية عند التفسير، حيث يسمح هذا النص القانوني للقاضي الخروج من الانحصار الذي كان

¹ - سهير حسن هادي، أثر الشرط المألوف في تفسير العبارات الغامضة العقد، (2017/03/09)، ثم الاضطلاع عليه يوم 2021/07/02، على الساعة 16:45 الموقع <http://almerja.com>

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص 241.

يعاني منه في ظل النظرية التقليدية التي كانت تفرض عدم الانحراف عما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين¹.

لم يقم المشرع الجزائري بإعطاء تعريف صريح للعبارة الغامضة، بل ترك هذا التعريف للفقهاء والقضاء، ذلك يحصر العيوب التي تؤدي إلى غموضها، ومن بين هذه العيوب نجد العبارات المبهمة والتناقض، والنقص والخطأ².

ثانياً: حالات العبارات الغامضة.

أ- العبارة المبهمة:

وهي العبارة الغامضة لا تقيد شيئاً وبذلك يتعذر أن يعرف مقصودها وتؤدي إلى استحالة الوصول إلى المراد منه³.

ويعرف العبارة المبهمة عند السنهوري على أنها: "حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فيكون للعقد عدة وجوه محتملة التفسير، ويتعذر ترجيح وجه آخر، فالتناقض هو العبارة التي تحمل أكثر من دلالة ويكون الإبهام إذا اصطدمت وتعارضت العبارات في المعنى الواحد. فالعبارة المبهمة لا يعرف منها أي معنى يستقيم والعقد، فمن الأحسن الرجوع إلى المعنى الذي يجعلها تنتج اثراً قانونياً"⁴.

1 - عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2018، ص245.

2 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992، ص 940.

3- عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص43

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940.

ب - التناقض:

وهو أن تحمل العبارة أكثر من معنى للدلالة وهي عبارة غير دقيقة، ويكون التناقض إذا اصطدمت وتعارضت العبارات في الشرط الواحد¹.

ت - النقص:

هو وقوع المتعاقدين في سهو أو إهمال بعض التفاصيل المهمة عند إبرامهم للعقد والتي لولاها لما اتضح المعنى والحكم. ومثال على ذلك ما يتضح من قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1983/04/13، "حيث أن الطرفين في عقد البيع لم يشيروا إلى الرسم الذي يعتبر إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك في عملية استيراد السيارات، وبذلك أصبح من صلاحيات القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في تفسير علاقة البيع"².

ث - الخطأ:

بحيث تكون عبارات العقد واضحة ومفهومة ولكنها تؤدي في مجموعها إلى معنى غير معقول، ويجزم بأنه غير مراد للمتعاقدين³.

المطلب الثاني**قواعد التفسير المستمدة من الداخل والخارج**

في هذا المطلب سنتطرق إلى قواعد التفسير من الداخل (الفرع الأول) وثم من الخارج (الفرع الثاني).

1 - عاشور فاطمة، مرجع سابق، ص 43.

2 - معمري صونية، وعراب نورة، مرجع سابق، ص 40.

3 - أنس بن رشيد بن مجد الميدل، مرجع سابق، ص 52.

الفرع الأول

قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد

تعتبر هذه القواعد قواعد التفسير الداخلية والتي يمكن من خلالها أن يقف عليها القضاء التي تمكنه من الوصول إلى النية المشتركة للأطراف، من عبارات العقد وهي ما نص عليها التشريع منها طبيعة التعامل، الأمانة والثقة ومنها غير تشريعية مبدأ حسن النية والغرض من العقد وغيرها¹.

أولاً: حسن النية.

عند تفسير القاضي لعقد من العقود المتنازع عليها يجب عليه أن يصل إلى نية المتعاقدين، ويجب عليه في ذلك أن يراعي حسن نية أطراف العقد². يعتبر موقف المشرع الفرنسي خطوة هامة نحو الاعتراف بدور حسن النية عند تفسير العقد، على اعتبار أن المادة 1156 من التقنين المدني قبل التعديل لم تشر أصلاً إلى حسن النية كمعيار للتفسير في حالة عدم التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إلا أن استعمال كلمة "معقول" تعرضت لانتقادات شديدة بسبب الغموض الذي يكتنفها والتأويلات المتعددة التي يمكن منحها للكلمة، وهو ما قد يؤدي إلى التعسير من مهمة القاضي أكثر من أي شيء آخر³.

ومبدأ حسن النية شامل لكل مراحل العقد وبذلك وسيلة لإعادة التوازن العقدي شامل لكل مراحل العقد، وهو بذلك وسيلة لإعادة التوازن العقدي، وهو يفترض التزامات سلبية

1 - عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 282.

2 - أنس بن رشيد بن مجد السبيل، مرجع سابق، ص 62.

3 - عثمان بلال، مرجع سابق، ص 244.

ويقرر التزامات إيجابية تقتضي سلوك أخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية أداة لإرساء العدالة التعاقدية.

والمشرع الجزائري إذ يعترف صراحة في تنفيذ العقد في المادة 1/107 من القانون المدني "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، هذا ما يعني اعتراف بالمبدأ عند التكوين أيضا فالمبادئ التي يتم بها الانعقاد هي نفسها المبادئ التي يقدم المتعاقدان على تنفيذها¹.

ثانيا: الشرط المألوف.

أ- تعريف الشرط المألوف:

الشروط المألوفة هي تلك الشروط التي تعتبر مندرجة في العقد، ولو لم تذكر فيه، وإنما قد تكون مفهومة ضمنا لدى المتعاقدين.

وقد يكون هناك من العقود ما أصبح من المألوف فيها اشتمالها على شروط معينة حتى صار تكرر هذه العبارات غير ذي فائدة، بذلك يجوز لكل من المتعاقدين أن يطالب الآخر بتنفيذ مقتضى هذه الشروط ولو لم يرد لها ذكر في العقد.

ب- كيفية استعانة القاضي بالشرط المألوف:

يستعين القاضي بالشرط المألوف في عملية التفسير لأنه يتعلق بالقواعد المكملة للعقد، فليس له وظيفة تفسير الإرادة بل وظيفة تكميل العقد²، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع القاضي من الاستهداف به للوصول إلى نية الطرفين إلا إذا أبدى الطرفان تحفظاً بشأنه أو استبعاده صراحة، غير أنه إذا كان الشرط المألوف واضحا فإنه يعكس بحسب الأصل

¹ - عرارة حساني، التوازن التعاقدية عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص ص 206-207.

² - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة- المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، مطبوعة جامعة الكويت، 1982، ص 572.

إرادة الطرفين، طالما لم يوجد أي تنازع بينهم في مدلول هذا الشرط، وإذا كان هناك أي خلاف، فعلى القاضي أن يقوم بتفسير آخر له علاقة مقارنة بين شروط العقد وذلك ليشرح مضمون إرادة الطرفين بشأنه¹.

ثالثاً: الأمانة والثقة.

يستهدى القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، والأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له، وبيننا ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عباراته بما تقضيه الأمانة في التعامل، فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه، فالأمانة في التعامل تقضي عليه إلا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، مادام أن قد فهمه على حقيقة أو كان يستطيع أن يفهمه. ويقابل هذا الواجب حق، فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب وهذه هي الثقة المشروعة وتتطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد².

رابعاً: طبيعة التعامل.

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل، أي بحسب طبيعة العقد وموضوعه فإذا احتملت العبارة معنى مختلف، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة، إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيهما طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك. فإذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك، بل قصد المعير أن يلزم

1 - عبد الحكم أوده، مرجع سابق، ص 135.

2 - برنانيا كورينا أوبنق اقيرا، السلطة التقديرية للقاضي المعنى في نطاق الرابطة العقدية والاثبات القاضي - بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا قسم القانون، السودان، 2017، ص 218.

المستعير في حالة هلاك الشيء يرد مثله لا بأن يدفع تعويضا. إذا كانت العبارة عامة، فإنها تحدد الرجوع إلى الموضوع الذي تم التعاقد عليه¹.

الفرع الثاني

قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد

إذا لم تسعف الوسائل الداخلية القاضي في تفسير العقد فعليه اللجوء إلى وسائل أخرى خارجية²، يقصد بهذه القواعد تلك الوسائل الموضوعية العامة التي لا تتعلق بالعقد ذاته محل تفسيره، إذ لا يتم استجلاء العقد انطلاقا من عبارات العقد أو العقد المرتبط به، وإنما يتم ذلك بالرجوع إلى ظروف خارجية عن العقد ذاته وعن عباراته، وتتمثل هذه القواعد الخارجية أو العوامل الموضوعية في العرف الجاري في المعاملات والذي نصت عليه المادة 111 / 1 ق. م. ج. والتي تضمنتها معظم التشريعات العربية. ونجد أيضا بالإضافة إلى العرف الجاري قواعد أخرى جاء بها الفقه هي طريقة تنفيذ العقد وظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد³.

أولا: العرف الجاري في المعاملات.

يفسر العقد طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل، إذ المعقول في المسائل التي توطد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه، وإلا لصرحا بمخالفته، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف. وقد نصت محكمة النقض بأن القاضي يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف

1 - عبد السيد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة، ص 220.

2 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 283.

3 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 392.

الجاري¹. وتجدر الملاحظة إلى أننا اعتبرنا العرف مصدرا موضوعيا لتفسير العقد، في حين أدرجنا العادة في إطار النية المشتركة ومنطقتها، وبالتالي فقد اعتبرنا العادة إحدى آليات التفسير الذاتي للنية المشتركة².

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

فالعرف الذي يكون عاملا من عوامل تفسير العقد، غير العرف الذي يكون مصدرا من مصادر القانون، فإن القاضي إذا خالف العرف الأول، لا يكون حكمه عرضة للنقض، أما العرف الثاني فهو القانون إذا خالفه القاضي، كان حكمه قابل لنقض³.

وللقاضي في تفسيره للعقد وفقا للعرف المعتاد فإنه يفسره وفقا للمعيار الموضوعي، أي الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة التي تعطي قيمة كبيرة للعبارات والألفاظ، فالألفاظ التي تم بها صياغة العقد لها قيمتها في حد ذاتها لأن العقد ليس مجرد أداة لتبادل الأموال والخدمات، بل يجب الوقوف عند حد العبارة والتخلي عن المجاز وعن النية المشتركة للمتعاقدين، واللجوء إلى العرف وطبيعة المعاملة لتوصل إلى تفسير العقد وهذا أمر منطقي للقاضي إذا لم تسعفه نظرية الإرادة الباطنة⁴.

ثانيا: ظروف المتعاقدين والوقائع المحيطة بالعقد.

1 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 224.

2 - برهان زريق، مرجع سابق، ص 145.

3 - دالي بشير، مرجع سابق، ص 32.

4 - مجد تواتي، مرجع سابق، ص 173.

يقصد بهذه الظروف حالة المتعاقدين وقت إبرام العقد، وينظر إلى هذه الظروف من عدة نواحي، تساعد القاضي للوصول إلى تفسير العقد، وتتمثل هذه النواحي في كل من الصفة المهنة والعادات الشخصية.

- **الصفة:** المتعاقد المثقف يختلف عن الجاهل، إذا لكل منهما مفهوم معين يختلف عن الآخر عما يصوغه من عبارات.

- **المهنة:** فالتاجر مثلا المتخصص في تجارة معينة يختلف عن التاجر في مثل هذه التجارة، وهذا يختلف بدوره عن الشخص العادي، إذا ما تعلق الأمر بإبرام عقد متعلق بهذه التجارة.

- **العادات الشخصية:** يتعين على القاضي أن ينظر إليها بعين الاعتبار، فهي كتعبير على إستخلاص إرادتهم، وقد يرجع القاضي إلى بيئته أو أسلوبه الخاص في التعامل وذلك بإدخال ذلك في اعتباره¹.

ثالثا: طريقة تنفيذ العقد.

قد تكون طريقة تنفيذ العقد وسيلة توضح إرادة المتعاقدين، إذ يمكن تقسيم إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عنها.

ولكن لن يصبح هذا التنفيذ معبرا عن النية المشتركة إلا إذا توافرت الشروط التالية:

- أن يكون التنفيذ لاحقا على إبرام العقد.
- علم المتعاقدين بطريقة التنفيذ التي يتبعها المتعاقد الآخر، فإذا كان جاهلا لها فإن التنفيذ لا يعبر إلا على نية الطرفين دون الآخر.
- أن تكون قد مضت مدة زمنية معقولة على التنفيذ ولم يعارض أحد المتعاقدين.

¹ - معمري صونيا، وعراب نورة، مرجع سابق، ص48.

فإذا تحققت هذه الشروط في طريقة التنفيذ يمكن للقاضي أن يستخلص النية الحقيقية التي قصدتها المتعاقدان، من قبل المدين وهو بذلك يتحمل مسؤولية الغموض والإلهام الذي صدر من جانبه¹.

¹ - فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص 53-54.

المطلب الثالث

طرق الإثبات و دورها في تفسير العقد

بعد أن عالجنا قواعد التفسير الداخلية والخارجية للعقد التي يتوجب على القاضي الاستعانة بها لأجل محاولة تفسير العقد والوصول إلى قصد المتعاقدين، ففي هذا المطلب خصصناه لدراسة دور قواعد الإثبات في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، كما أن العلاقة الموجودة بين الإثبات والتفسير علاقة وطيدة، حيث أن الإثبات يكون في خدمة القاضي في حالة تفسير العقود، فالمسألة التي يمكن دراستها في موضوع الإثبات هي مسألة العقد المكتوب الذي يحكم العلاقة بين الأطراف. وبناء على ذلك انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات، فالأول ذهب إلى ضرورة الاستعانة بالقواعد العامة في الإثبات في تفسير العقد، والاتجاه الآخر ذهب بالاستعانة بكافة طرق الإثبات للتعرف على النية المشتركة للطرفين، أما الفقه الآخر اتجه إلى الفرق بين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة.

فسوف نتطرق في الفرع الأول إلى ضرورة الاستعانة بالقواعد العامة في الإثبات، وفي الفرع الثاني سندرس الاتجاه الثاني الذي اتخذته الفقه وهو الاستعانة بكافة طرق الإثبات أما في الفرع الثالث نتطرق إلى فرق بين العبارة الواضحة والعبارة الغامضة.

الفرع الأول

الاستعانة بالقواعد العامة في الإثبات

إن القاعدة العامة للإثبات تفرض على الخصوم أن يستعينوا بقواعد الإثبات بحسب حجيتها وترتيبها قانوناً. وقد نظم القانون المدني طرق الإثبات ورتبها حسب حجتها على نحو التالي¹:

¹ - فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 55.

1- الكتابة:

وردت أحكامها في المواد من 223 إلى 232 من ق.م.ج.¹، وهي أهم طرق الإثبات، وهو دليل يعد مقما حين قيام التصرف القانوني في وقت ولا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية، ولا يمكن أن يرد عليها تحريف كالإثبات بالشهود أو عدم التأكد كالقرائن لذلك تقررت لها قوة اثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع الوقائع، تصرفات قانونية أو أعمال مادية مهما بلغت قيمة الأثر القانوني المدعى به على نقيض الشهود والقرائن فلهما اثبات محدودة². ويجب التفرقة بين الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية، والكتابة كأداة الإثبات يستلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف، وهذا ما نصت عليه المادة 330 ق.م.ج. فإذا تخلف الكتابة فلا اثر لتخلفها على وجود التصرف الذي يكون صحيحا³.

تنقسم الكتابة إلى ثلاثة أنواع وهي:

أ- الكتابة الرسمية: فقد عرف المشرع الجزائري المادة 323 من ق.م.ج. الكتابة بأنها عبارة عن تسلسل الحروف أو اصاف أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق ارسالها.

ب- الكتابة الالكترونية: نص عليها المشرع الجزائري لأول مرة عند التعديل الذي أجري على القانون المدني في سنة 2005 بالقانون رقم 05-01، حيث استحدثت به المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1، إلا أنه لم يورد تعريفا خاصا بالكتابة الالكترونية أو المحررات

1- أمر رقم 75-58، ج.ر.ج. عدد 78، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1975.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة 2009، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 45.

3- لبييض ليلي، ملخص محاضرات طرق الإثبات، السنة الثالثة ليسانس حقوق (القانون الخاص)، مقياس طرق الإثبات وطرق التنفيذ، كلية العلوم والحقوق السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018-2019، ص 18.

الإلكتروني، إنما أورد معنى واسع للكتابة في المادة 323، يشمل جميع أشكال الكتابة المتاحة أو التي يمكن أن تستحدث مستقبلاً، بما فيها الكتابة الإلكترونية، جعلت المادة 323 مكرراً 1 من ق.م.ج. للكتابة الإلكترونية نفس القيمة في الإثبات التي تكون للكتابة التقليدية بالنسبة للمعاملات المدنية والتجارية¹.

ج- الكتابة العرفية: هي تلك المحررات التي يصدرها الأفراد دون تدخل من موظف عام في تحريرها ولا يهم بعد ذلك لما إذا كانت المادة التي يكتب عليها هي الورق أم القماش أو الجلد، كما لا يهم ما إذا كانت المادة مستعملة في الكتابة عليها هي الحبر أم، القلم، أم آلة حادة كالنقش وسواء كانت مكتوبة بخط اليد، أم بالة كتابة، أم كاتبة، أم مطبوعة كما لا تهم لغة الكتابة².

2- البيئة (شهادة الشهود):

وهي طريقة لإثبات الوقائع المادية فقط والتصرفات القانونية التي لا تزيد عن 1000 دج وقد ورد أحكامها في المواد 333 إلى 336 من القانون المدني الجزائري.

3- الإقرار:

وهو اعتراف من الخصم بواقعة ترتب عليها حقا يستفيد منه خصمه يعني هذا الأخير من عبء الإثبات وقد ورد أحكامه في المواد 341 إلى 342 من القانون المدني الجزائري³.

¹- جزيط مجمد، ملخص محاضرات مقياس طرق الإثبات والتنفيذ، لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص: القانون الخاص، السداسي الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة لونيبي علي البليلة 2، 2020-2021، ص ص 05-06.

²- حسان دواجي سميرة، وسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الجميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص 12.

³- فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 56.

4- اليمين:

وهي اشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلالته والخوف من بطشه وعقابه¹، وردت أحكامها في المواد 343 إلى 348 من القانون المدني الجزائري².

إن أنصار هذا الرأي يرون ضرورة الالتزام بالقواعد العامة للإثبات وذلك أنه للخصوم اثبات إرادة مغايرة للإرادة الظاهرة في العقد من خلال عبارات العقد، فلا مانع من اللجوء لقواعد الإثبات، ولكن يتعين مراعاة القواعد العامة للإثبات بعدم مخالفة أو مجاوزة الثابت بالكتابة إلا بالكتابة. فلا يجوز إذا تغير المعنى الذي تتضمنه عبارة العقد الواضحة بغير دليل كتابي ولا تكفي بالتالي وسائل التعبير المستمد من الظروف الخارجية لتدليل على إرادة المتعاقدين بما يتعارض مع النص الكتابي الواضح الذي ورد في العقد، فلا يجب الفصل بين قوة المحرر في الإثبات وبين الإرادة التي يتضمنها³. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات التي تدعم رأيهم منها:

- عدم جواز اثبات ما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي.
- أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أذ أن الاستعانة بظروف خارجية لتفسير العقد يعتبر تعدياً على صفة الشرعية التي اكتسبها العقد، وتحريفاً ومسخاً للحقوق والالتزامات التي رتبها على عاتق الطرفين.

¹- هيثم عصام عيسى، دور القاضي في تفسير العقود وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين، قدمت الاطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017، ص 53

²- أمر رقم 75-58، ج.ر. ج. ج. عدد 78 صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

³- فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص ص 56-57.

- إن تراضي طرف العقد على إفراغ مضمون العقد، بمحرر مكتوب يعني أنهما اعتبرا الكتابة الوسيلة المناسبة لا ثبات حقوقهما، وبالتالي لا تصلح البيئة الشفوية لتعديل هذه الحقوق وقد تعرض اصحاب هذا الراي للانتقاد على أساس أن وضوح العبارة لا يعني دائماً وضوح الارادة، وإذا كلاهما يرتبط بالآخر، فإن ذلك يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وهذا يستشعر من الظروف الخارجية التي تكشف عن وقوع الطرفين في هوة سوء الصياغة، إذ قد تكون العبارات واضحة في ذاتها ولكنها غامضة في مفهوم الطرفين، وليس من شأن الاستعانة بالظروف الخارجية تحريف المعنى الحقيقي¹.

الفرع الثاني

الاستعانة بكافة طرق الاثبات

إن غالبية الفقهاء يتبنون جواز الاستعانة بكافة وسائل الاثبات الخارجية عن العقد للوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين بما فيها البيئة والقرائن دون اشتراط دليل كتابي حيث². إلا أنه يتوجب على القاضي أن يبدأ أولاً بالعقد محل التفسير، فإن لم تسعفه الوسائل الداخلية في الكشف عن نية الطرفين المشتركة، كان له الحق أن يحيل الدعوى للتحقيق وبالتالي يمكن عندئذ للمدعى ما لديه من بينات كالشهود والقرائن لإثبات صحة مزاعمه³.

أجاز محكمة النقض الفرنسية الاستعانة بالشهادة والقرائن، عند تغيير عقد البيع، لتحديد الاشياء المباعة، فيما يتعلق لجزء من الأرض، حيث لا تتضمن عبارة العقد تجديداً كافياً، وبالتالي قبلت الشهادة والقرائن لتفسير العقد، وذكر بيان كيفية تنفيذ، وما إذ كان المشتري يباشر على هذه الارض سلطات الاستغلال الخاصة بذلك. وعلى العكس لم يجز القضاء الشهادة حينما تكون العبارة العقد واضحة في تحديد مضمون العقد⁴.

¹ - هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 54.

² - فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 58.

³ - فوده عبد الحكم، المرجع السابق، ص 325.

⁴ - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 185.

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات التي تدعم توجههم منها:

- يجوز لثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة، أو تحديد ما ورد في محرر مكتوب بشكل مطلق، وذلك بكافة طرق الإثبات، وليس في ذلك إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

- أنه يجوز إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بتنظيم العقد بكافة طرق الإثبات

- أن المشرع قد نص على أن العرف الجاري في المعاملات أحد المعايير التي يستند إليها القاضي لتحديد النية المشتركة للمتعاقدین، والقاضي وفي سبيل التحقق من وجود عرف معين له وهو ما يسمى بالعرف الخاص أن يستمع إلى شهادة الشهود للثبوت من وجوده¹.

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف لرفضها قبول القرائن المقدمة في الدعوى من الخصم لتحديد مضمون الوكالة الضمنية، بحجة عدم وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي هذا المنهج في قرار محكمة النقض بعدم جواز رفض هذه القرائن التي تكشف عن النية المشتركة طالما أن العناصر الداخلية للعقد لا تكفي للكشف عنها، وكانت عبارات العقد غامضة في هذا الصدد².

الفرع الثالث

الفرق بين العبارات الواضحة والغامضة في مدى جواز

الاستعانة بكافة طرق الإثبات

¹- هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 55.

²- فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 59.

إن أنصار هذا الرأي يفرقون بين الواضحة والغامضة، حيث يرون أنه إذا كانت العبارة غامضة فإنه يجوز الاستعانة بكافة طرق الإثبات، أما إذا كانت العبارة واضحة فإنه يجب التقييد بشأنها بقواعد الإثبات¹.

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات تدعم توجههم منها:

- إن العبارة الغامضة ليس لها معنى محدد حتى يصار إلى القول بأن من شأن شهادة الشهود والقرائن أن تحرف في معناها، أو أن يتم مخالفة ما هو ثابت بالكتابة.
- إن العبارة الواضحة في العقد تكشف عن معنى واضح ومحدد وأن من شأن إثبات ما يخالفها بشهادة الشهود مخالفة لما هو ثابت بالكتابة بغير الكتابة².

ويميل الباحث إلى جواز الاستعانة بكافة طرق الإثبات، ذلك أننا نتحدث عن استخلاص أمر في نفس المتعاقد، إلا وهو النية وأن في إتاحة الفرصة أمام القضاة الاستعانة بكافة طرق الإثبات ما يمكنهم من القيام بهذه المهمة على أكمل وجه. هذا بالإضافة إلى أن إثبات الظروف المادية التي أحاطت بتنظيم العقد، كأحدى الوسائل التي يتم الاستعانة بها لتفسير بنود العقد وصولاً للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدین لا يمكن أن يتم إلا بالبينة الشفوية³.

¹- فوده عبد الحكم، المرجع السابق، ص 338-339.

²- هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 56.

³- هيثم عصام عيسى، المرجع نفسه، ص 56.

الفصل الثاني

التفسير في حالة الوصول إلى النية
المشتركة للمتعاقدین

المبحث الأول

قواعد التفسير الموضوعية

سبق وأن درسنا في الفصل الأول تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فعلى القاضي الالتزام بالبحث عن النية المشتركة للأطراف، حتى يحدث تطابق بين العبارات المستعملة وروح العقد، ورغم ذلك يمكن للقاضي أن يتعذر عليه إلى الوصول إلى النية الحقيقية للطرفين في حالة استحالة تفسير عبارات العقد، فالمشرع الجزائري في هذه الحالة منح للقاضي قواعد موضوعية يلجأ إليها عند قصور التفسير الشخصي وعدم امكانية تبيان النية المشتركة، وهذا ما يأخذنا إلى دراسة قواعد التفسير الموضوعي من خلال التقسيم الثنائي للمبحث حيث سندرس في (المطلب الأول) قاعدة الشك لمصلحة المدين، والاستثناء الوارد على القاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين

تعتبر قاعدة الشك لمصلحة المدين من القواعد العامة، والتي تهدف إلى معالجة الشك، في حالة استحالة الكشف عن إرادة للطرفين، كما تعتبر هذه القاعدة من القواعد الاحتياطية أي لا يلجأ إليها القاضي إلا بعد التعذر إلى الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وهذا ما بينته المادة 112 ق.م.ج.

وعليه فالسؤال المطروح ما معنى هذه القاعدة؟ وما نطاقها؟

الفرع الأول

معنى قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين

تنص المادة 166 ق.م. العراقي على ما يلي: "يفسر الشك في مصلحة المدين". وهذه القاعدة تعني أنه إذا عجز القاضي عن استقصاء الآراء المشتركة للمتعاقدين وفقا لقواعد التفسير التي ذكرها القانون، وظل الشك يتردد بين وجهتين تحتلها عبارة العقد، تعين عليه في هذه الحالة أن يفسر الشك لمصلحة المدين، وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الاحتياطية في التفسير، بحيث لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محدودة بموجب قواعد التفسير الأصلية¹. ولقد أقرت معظم التشريعات هذه القاعدة بما فيها القانون المدني الجزائري وذلك وفقا للمادة 112 من ق.م.ج. وقد وضع المشرع هذه القاعدة من أجل إزالة الغموض الذي انتاب إرادة الطرفين².

يجب أن نلاحظ المعنى المقصود في لفظ المدين في هذه القاعدة، فالرأي المجمع عليه بين الفقهاء أن المقصود هو المدين في الالتزام، غير أن هذا القول على إطلاقه لا يصدق في جميع الحالات، والصحيح أن المدين هنا يراد به المدين في الشرط، أي الشخص الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره، فهو تارة يكون مدينا في الالتزام الذي يقرره الشرط، وهذا هو الغالب، وتارة أخرى يكون مدينا في الشرط فحسب³. ويشترط أن يكون المدين أو من عليه الالتزام حسن النية بمعنى أن لا يكون له ذنب في غموض عبارات العقد، فإذا تبين سوء النية أو الإهمال من المدين فعندئذ تسقط الحماية عنه، فلا يمكن أن يستفيد

¹-محمد عبد الرزاق، تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، جامعة كيرلاء، 2011، ص 156.

²-عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 306.

³-عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974. ص 12.

المهمل أو السوء النية من عمله¹. وكذلك يشترط وجود شك في التعرف على النية المشتركة حيث لا يمكن للقاضي الاستمرار في أعمال قاعدة تفسير الشك في التعرف على الإرادة المشتركة رغم استخدام وسائل التفسير واضح بأنه يستحيل عليه الوقوف على وجه من الأوجه المتعددة إذا عجز الدائن أو أن الأدلة التي تقدم بها لا تثبات الحق الذي يدعيه على المدين غير كافية في نظر القاضي، فإنه يجب أن يحكم لصالح المدين².

تستند هذه القاعدة إلى عدة مبررات وهي:

1- براءة الذمة:

إن الأصل براءة الذمة وعدم الالتزام، والاستثناء من هذا الأصل أن يكون ملتزماً، فما هو محتمل وغير واضح لا يمكن أن يسقط به الأصل، ويجب أن يحمل القاضي عبارات العقد على أضيق نطاق ولا يحمله أكثر من ذلك.

2- عبء الإثبات:

إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام على المدين، فإذا كان هناك شك في مدى الالتزام هل هو على نطاق ضيق أو واسع وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فإنه يجب عليه أن يثبت ذلك وإلا أخذ الالتزام على المدى الضيق لأنه وحده الذي قام عليه الدليل³.

¹ - أنس بن رشيد بن محمد المبدل، المرجع السابق، ص 98.

² - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 140.

³ - أنس بن رشيد بن محمد المبدل، المرجع السابق، ص 99.

3- مصلحة الطرف الضعيف في العقد:

القاعدة أن يراعي للطرف الضعيف في المعاملات التعاقدية وبذلك يعمل المشرع على حمايته، فالطرف الضعيف في الالتزام هو المدين لذا وجب حمايته. فالدائن هو الذي يميل التزامه ويحدد شروطه، ويعين ابعاده بوضوح كامل، فإن كان هناك أي غموض أو إبهام فعليه ازالته، وفسر ذلك لمصلحة المدين إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً يحول الشك فيه¹.

الفرع الثاني**نطاق تطبيق القاعدة**

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الآمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها، وإذا خالف الحكم، فإن فسر الشك لمصلحة الدائن بالالتزام من الشرط، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيقه للقانون، مما يستوجب عليه نقض حكمه، فنطاق تطبيق وجود تفسير الشك لمصلحة المدين يقتصر، فحسب على الحالات التي تكون فيها عبارات العقد غامضة من معنى إلى آخر ولا يمكن الاخذ بوجه آخر².

إن هذه القاعدة جزء من قواعد التفسير، فإذا كانت نصوص العقد واضحة وصريحة في دلالتها فلا حاجة إلى التفسير والتأويل، إما إذا كانت بعض الألفاظ الواردة في العقد تعطي أكثر من معنى أو قصد. ويقصد بالمعنى أو القصد هو ما قد يكون قصده المتعاقدين، فإن كان في أحد تلك المعاني ما هو لصالح المدين فإن التفسير يسير إليه، أو إذا كانت العبارة تعطي معنى لمصلحة الدائن وتعطي معنى آخر لمصلحة المدين فإن المعنى الذي في مصلحة المدين يكون هو الراجع للتفسير³.

¹ - معمر صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 64.

² - رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2003، ص 211.

³ - مبدأ الشك يفسر لمصلحة المدين حماة الحق تم الاطلاع، 10/33/90/11، 2021، <https://jordan.lawyer.com>

هناك بعض الفقهاء ذهبوا للقبول إن قاعدة الشك وضعت ليتأسس بها القاضي دون أن يتقيد بها وبذلك فهو غير ملزم باتباعها، لأن شأنها في ذلك شأن غيرها في قواعد التفسير، لا يمكن التسليم بهذا الرأي، وهذا ما ذهب إليه الفقه المصري وذلك وفقا للمادة "151" من ق.م.م.

إن هذه القاعدة من القواعد الامرة لذا يتعين على القاضي أن يلتزم بها أما في حالة سوء نية المدين أو إهماله، فانعدام تطبيق القاعدة لا يرجع الى عدم إلزامها، بل لانتهاء الشروط الاساسية لتطبيقه، أما فيما يخص بتطبيق هذه القاعدة فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها، وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم، وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أي من المتعاقدين، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وتارة أخرى لمصلحة الآخر¹.

وفيما يتعلق بالاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة "112" من ق.م.ج أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الازعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن". ويفهم من هذا النص أن التفسير يكون لمصلحة المدين دائما، ولو كان دائما، بخلاف قاعدة الشك لمصلحة المذعن والتي يكون التفسير في الشك لا يكون لمصلحة الطرف المتعاقد إلا إذا كان مدينا. وهذا ما سنعرضه في المطلب الثاني تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الازعان.

¹ - معمري صونية، وعراب نورة المرجع السابق، ص 65.

المطلب الثاني

تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الاذعان

أورد التقنين المدني الجزائري استثناء في هذه القاعدة في عقود الاذعان في الفقرة الثانية من المادة 112 ق.م.ج. وهو نفس الحكم الوارد في القانون المصري في الفقرة الثانية من المادة 141 ق.م.م باستثناء الاختلاف في العبارة "تأويل" بدل "التفسير".

وبالرجوع الى التقنين المدني الجزائري فان تفسير الشك دائما لا يكون في مصلحة المذعن دائما كان أو مدينا.

الفرع الأول

تعريف عقد الاذعان

إن النصوص التشريعية لم تتعرض لتعريف عقد الاذعان وتركت ذلك للفقهاء ويمكن ارجاع ذلك لتطور هذا النوع من العقود واتساع دائرتها، رغم أن الأصل أن المشرع لا يعرف غير أن التشريعات العربية تعرضت لعقد الاذعان لكن لم تتعرض إلى تعريفه، لكن أوردت فقط كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من ق.م.ج. على أنه يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة¹.

أ-التعريف من الناحية الفقهية:

تتعدد التعريفات لعقد الاذعان التي تنصب حول نفس المعنى تقريبا نذكر منها:

- عرف الفقيه الفرنسي "سالي" الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة الاذعان يرى أن عقد الاذعان هو محض تغليب لارادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها

¹ - يمينة بليمان، عقود الاذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة عدد 51، جوان 2019 الجزائر، ص 553-552.

ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقا، ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى اذعان من يقبل قانون العقد¹.

عرف جاك غستان عقد الاذعان: "إن عقد الاذعان هو انضمام لعقد نموذجي يحره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله². وعرفه السنهوري وهو أول من أطلق عليه تسمية الاذعان بقوله: "قد يكون القبول بمجرد إذعان لما يميله الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولا كان في حاجة إلى شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود الاذعان³.

ب- التعريف من الناحية التشريعية:

أما في القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الاذعان مصطلح الاذعان في العديد من الأحكام القضائية، وبمناسبة النزاع في قضايا تتعلق بالتعامل بالعقد الدولي، وقد وضع هذا الحكم بأنه سواء في اللوائح الدولية أو الداخلية فإنه يعتد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، وهي الإرادة الحقيقية دون الاعتداد بالألفاظ الخارجية، كما يجب أن يعتد في عقد الاذعان بما أعد مسبقا من إيجاب. وهذا يتضح أن القضاء الفرنسي وإن كان قد استعمل مصطلح الاذعان في العديد من الأحكام إلا أنه من الصعوبة بمكان القول بأنه قد أوجد تعريفا جامعاً

1 - عامر رحمون، عقد الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 2013/2012، ص 15.

2- لشعب محفوظ، المرج السابق، ص 25.

3- عامر رحمون، المرجع السابق، ص 15.

مانعا لعقد الاذعان، ولا شك أن صعوبة تحديد تعريف دقيق إنما مرجعة إلى تعدد أنواع هذه العقود¹.

أما عقد الاذعان في التقنين المدني، فنجد المشرع الجزائري عالج هذا العقد في ثلاثة نصوص قانونية دون وضع تعريف محدد له مثل باقي التشريعات، واكتفى بتنظيم أحكامه وهي الوظيفة المنوطة به خلال وضع نصوص قانونية تكون إطارا الأحكام ولا يستقيم هذا مع الاطراد، كما أن التعريفات هي شأن الفقه والقضاء. فقد نصت المادة 70 من ق.م.ج. على أنه: "يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"².

كما نصت المادة 110 ق.م.ج. أيضا على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

أما المادة 112 فقد نصت على أنه "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"³.

من خلال هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد حرص على معالجة عقد الاذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وما تقتضيه هذه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد أو إلغائه وذلك

¹ - لشعب محفوظ، المرجع السابق، ص 30.

² - عامر حمرون، المرجع السابق، ص 18.

³ - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، صدر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

احتراما لإرادة المتعاقدين، إذ أنه بموجب الحكم الذي تضمنت النصوص الخاصة بعقد الاذعان فقد خول القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن منها.

الفرع الثاني

طبيعة عقد الاذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لهما أكثر من فائدة إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة، ولا شك أن هذه الطبيعة كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى فريقين¹:

إختلف القانونيون فيما بينهم في تحديد عقود الاذعان وكان خلافهم حاصلًا في المذهبين التاليين الذي ذكرهما السنهوري على النحو التالي:

- المذهب الأول: أن عقود الاذعان ليست عقودًا حقيقية، ذهب إلى ذلك بعض فقهاء القانون.
- المذهب الثاني: إن عقود الاذعان عقود حقيقية ملزمة بكل ما جاء فيها لا تختلف عن سائر العقود الأخرى، ذهب إلى ذلك أكثر فقهاء القانون ومنهم السنهوري والهاجري².

أ- المذهب الأول: النظرية غير التعاقدية.

يرى هذا الاتجاه أن عقد الاذعان مركز قانوني منظم وعلى رأسهم الأستاذ ساليي وأكثرهم من فقهاء القانون العام أنها ليست عقود بالمعنى المعروف وألقتها بمتابفة قوانين تفرض على الناس فرضًا، يجب أن تفسر على هذا الاعتبار وليس هناك مجال للبحث عن إرادة المتعاقدين، حيث لا توجد إلا إرادة المحتكر فيه يطلق عليها عقود بل يطلق عليها

¹- لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 33.

² - منال جهاد احمد خلة، احكام عقود الاذعان في الفقه الاسلامي، قدم هذا البحث استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن، جامعة الاسلامية، غزة، ص 52.

المركز القانوني المنظم¹. ويرى الأستاذ "ديموج" ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعني تطبيقه لصالح العمل أولاً ثم ما يستحق الحماية لصالح كلا من طرفين العقد، فعقد الإذعان حسب هذا الرأي لا تتوفر فيه الإرادة التعاقدية والإرادة المشتركة ولا توجد المساواة التي تفترضها فكرة العقد والنقاش فيه معدوم، وصول المذعن فيه لا يكون عن حرية وبينة، كما فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية².

في نفس السياق فإن هوريو هو الآخر يرى أن ما يسمى عقد الإذعان ليس عقداً، وإنما هو نظام أو تنظيم بحيث أن العقد أمر سريع الزوال ينشأ علاقات تنقضي بسرعة في حين أن فكرة المشروع تفترض بعض الدوام، ومن ثم أن فكرة المشروع تتفق معها فكرة التنظيم الكثير من فكرة العقد، ويعرف هوريو التنظيم بأنه وسيلة قانونية دائمة يلتجأ إليها لتحقيق مشروع ما وهو يعتبر من قبل التنظيم شركات التامين، وشركات الانارة والنقل والهاتف³.

وطبيعة عقد الإذعان عند سالي الذي كرس هذا الفقيه جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه التعبير عن الإرادة، وقد ذهب إلى أن عقد الإذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب سالي بأن "عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم، لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملّي قانونها على مجموعة غير محددة وتلزم مسبقاً انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد وحسب رأيه فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 283.

- عامر حمرون، المرجع السابق، ص 38.

³ - جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 211.

ب- المذهب الثاني: النظرية التعاقدية.

يرى أنصار هذه النظرية وهم غالبية فقهاء القانون المدني أن الحجج التي يتقدم بها أصحاب المذهب الأول غير مقنعة¹. وذلك لأن أغلب العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الاذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيعه بل أنه أقل ضررا في عقود الاذعان منه في العقود الأخرى².

واحتجوا أيضا بأن الضرر في عقود الاذعان يعم جميع من يبرم عقدا مع المذعن له، فالكل فيه سواء فالإيجاب في عقود الاذعان معروض على الكافة واحتجوا بأن الطرف الذي يملئ شروط العقد هو نفسه خاضع للملابسات الاقتصادية المحيطة به، فهي التي تملئ عليه تلك الشروط التعاقدية وليس إلى مراعاة ما تقضي به الأحوال وخلاصة مذهب هذا الفريق أن عقود الاذعان عقود حقيقية³ يتم بتوافق الإرادتين، يخضع للأحكام التي تنظم سائر العقود⁴، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فهذا لا أثر له في طبيعة العقد ولا يسوغ تدخل القضاء لحماية الضعيف ما دام لم يستغل والذي يبرز التدخل هو استغلال الضعيف لا الضعف في ذاته⁵.

ج- موقف المشرع الجزائري من المذهبين:

¹ - جيلالي بن عيسى، المرجع نفسه، ص 05.

² - مباحج حبيب يوسف القاضي، عقود الذعان دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، ص 09.

³ - بحث حول استشارات قانونية مجانية محاماة نت، يوم الاطلاع 2021/10/9 على 14:

<http://www.mohamah.net>

⁴ - جمال اسماعيل زكي، حماية المستهلك في عقود الاذعان، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 08، العدد 01، 2019، ص 35.

⁵ - منهل عبد الغني دلنر، الاذعان بين العقد والنظام القانوني مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 59، السنة 18، ص 48.

تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه واعتبر عقود الاذعان عقودا حقيقية وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 70 من ق.م.ج.¹.

والجدير بالذكر أن المفهوم الحديث لعقود الاذعان قد تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 03 الحالة 04 من الفقرة الأولى من قانون 04-02 القانون المطبق على الممارسات التجارية، حيث نصت أنه يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي "عقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".²

الفرع الثالث

تفسير عقد الاذعان لمصلحة الطرف الضعيف

من خلال التعريف لعقد الاذعان والتطرق إلى الطبيعة القانونية فعقود الاذعان تختلف عن غيرها من العقود من حيث التفسير، لأن طريقة تفسيرها لا تعامل معاملة العقود الأخرى وذلك لغياب الإرادة الحقيقية المشتركة في عقد الاذعان. نصت المادة 111 من ق. م. ج. على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات". وتقضي المادة 112 ق.م.ج. بأنه "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

¹ - منهل عبد الغني دلنر، المرجع نفسه، ص 49.

² - محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية الجديدة الاسكندرية، 2006، ص 75.

ويبين من نص المادتين أن القانون الجزائري ذكر حالات في تفسير العقد¹. وهي:

أ- الحالة الأولى: وضوح عبارة العقد.

نجد المادة 111ف1 من ق.م.ج. التي تنص: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويل للتعرف على إرادة المتعاقدين".
في حالة عندما تكون العبارة واضحة في جملتها في الدلالة، وكانت هذه الدلالة تتطابق لما اتجهت إليه الإرادة فنجد العقد، في غير حاجة إلى بذل جهد من أجل تفسير، بل يتعين على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها، وهذا ما اتجهت إليه التشريعات العربية².

ويعتبر بعض الفقهاء هذه الحالة بوضوح الإرادة، بمعنى أن إرادة الأطراف واضحة وفي غير حاجة إلى تفسير أو تأويل عباراتها، وهو أمر يعكس مبدأ سلطان الإرادة. وبهذا نجد أن المشرع قد اعتمد مذهب الإرادة الظاهرة للحفاظ على استقرار المعاملات والمراكز القانونية³.

ب- الحالة الثانية: غموض عقد الإذعان.

تنص المادة 111 من ف2 من ق.م.ج. على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن تتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين"، نستنتج من خلال هذه المادة أن في حالة إذا ما كانت العبارة غامضة فيجب على القاضي تفسير هذا الغموض وإلا سوف يكون تفسير الشك ضار للطرف المدعن، سواء كان مدينا أو دائنا.

¹- عامر حمرون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

²- لشعب محفوظ بن حامد، مرجع سابق ص 147.

³- آثار العقد- نطاق العقد، تم الاطلاع 2021/10/10 على 20:33، الموقع <http://cte.uuniv.setif2.dz>

ونصت الكثير من القوانين المقارنة على أحكام خاصة لعقد الاذعان، تقضي بحماية الطرف المذعن في العقد، ذلك ما نصت عليه المادة 119 من ق.م.م. و المادة 150 من ق.م.س.¹

قضت محكمة النقض المصرية بأن مفاد المادة 1/150 من القانون المدني المطابق لها نص المادة 1/111 جزائري أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى المعنى آخر. ولكن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ، إلا أن المفروض في الأصل إن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، وعلى القاضي إذا حمل العبارة على معنى مغاير للظاهر أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، ولما كان ما تقضي به المادة المشار إليها بعد من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الالتزام وينطوي الخروج عنها عن مخالفة للقانون لما فيه من تحريف ونسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة، ويخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.²

ج- الحالة الثالثة: عندما يكتنف الشك إرادة المتعاقدين.

تنص المادة 112 فقرة 2 ق.م.ج والتي تقابلها المادة 240 ق.م.أ الفقرة 01 على أنه يفسر الشك لمصلحة المدين.

يضع هذا النص القاعدة التي يتوجب على القاضي إتباعها في حالة قيام الشك لديه في حقيقة مدلول عبارات العقد، وهي قاعدة احتياطية في التفسير، بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى نتيجة محددة بموجب قواعد التفسير الأصلية.³

الفرع الرابع

¹- أنس بن رشيد بن محمد المبدل، المرجع السابق ص 96.

²- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 278.

³- علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 67.

أساس تطبيق قاعدة الشك لصالح المذعن

بين المشرع الجزائري من خلال استقراء المادة 2/112 أنه كان صائب وحاسم بتقرير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الاذعان هي مأخوذة من الفقه الغربي ونجد هذه المادة تقابلها المادة 157 من القانون العراقي. بحيث أوجب على القاضي تفسير الغموض على شرط أن يكون في صالح الطرف المذعن لعدة اعتبارات منها¹:

- إن الطرف الآخر في عقود الاذعان هو الذي يستقل بوضع شروط وبنود العقد، وهو من يتولى صياغة وهو الذي يستقل بوضع شروط العقد بصورة واضحة لا غموض فيها، فعدم التزامه بذلك يوجب عليه أن يتحمل وحده عدم الاضطلاع بهذه المسؤولية على النحو المفروض عليه².

- في عقد الاذعان الارادة المشتركة تكاد أن تكون مختفية تماما، بحيث يحدد الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحال بالنسبة إلى التوقيع، وكما هو الحال في عقد التأمين وهو المجال الخصب لعقود الاذعان وكان من الأخرى أو تجدر الإشارة تحقيق العدالة فيه بحيث يفسر ذلك الغموض لصالح المذعن سواء كان دائنا أو مدينا³.

- غياب التفاوض بين أطراف عقد الاذعان، فالمذعن لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة وإنما سلم بشروط مقررة يضعها الموجب الطرف الآخر في العقد دون مناقشة فيها⁴.

المطلب الثالث

تأويل عقد التأمين

1 - وعراب صونية ، المرجع السابق، ص 73.

2 - الجمال المصطفى، النظرية العامة للالتزام، د.ط. الدار الجامعية الاسكندرية، 1987، ص 215.

3- بدر حاسم يعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، مطابع دار القيس، 1981، ص 287.

4- سوار محمد وحيد الدين ن شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام الارادية وغير الارادية ، د.ط.

ج1، حلب، 1989-1990 ص 79.

إن عقد التأمين نوع من أنواع عقود الاذعان حسب ما اعتبره الفقه، ونظرا لاهتمام الفقهاء فيما يخص تأويله، فخصصنا هذا المطلب لدراسة تأويل التأمين حيث سنتطرق إلى مفهوم التأمين في (الفرع الأول)، ثم تأويل التأمين لصالح المؤمن له في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين.

عرف المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة من المدني الجزائري على أنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"¹.

وعرف المشرع المصري عقد التأمين في المادة 747 من القانون المدني كالاتي:
"التأمين عقد يلتزم المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤدي المؤمن له للمؤمن".

ومن التعريف المقدم يمكن استخلاص أهم خصائص عقد التأمين²:

أ- عقد التأمين من عقود حسن النية:

إن مبدأ حسن النية ينبغي أن، يسود في كافة العقود، طبقا للمادة 1134 من القانون الفرنسي "... يجب أن يكون منفذة بحسن نية"³.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج. عدد 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

² - سمير عبد الحميد رضوان حسن، المشتقات المالية ودورها في المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة أدواتها، ط1، دار النشر للجامعات، مصر، 2005، ص 300.

³ - Art .c. c. f, 1134 « ... elles doivent être exécutées de bonne foi».

وبما أن عقد تأمين من العقود حسن النية، فلا يجوز لأي طرف العقد أن يحرف misreprésent في البيانات الجوهرية التي تهم الطرف الثاني، وعليه فإن مثل هذه البيانات المحرفة ولو كانت بريئة أي صادرة عن حسن نية أو نسيان، تعطي الطرف الآخر الحق في فسخ العقد¹.

ودور حسن النية في عقد التأمين هو مبدأ يجب أن يسود في العقد عند تكوينه وخلال تنفيذ وينتج عن هذا الاعتبار التزام المؤمن له بأن يقدم إلى المؤمن (شركة التأمين) بيانات حقيقية عن الخطر المؤمن منه، وكل كتمان في هذا الشأن يبطل العقد، كما يلزم المؤمن له بأن يتخذ كل الاحتياطات المناسبة لمنع تحقيق الخطر أو الانقاص من أثاره الضارة عند تحقيقها والمحافظة على حقوقه تجاه الغير المسؤول الذي كان متسببا في الضرر، إلا أن هذا المبدأ يلعب في عقد التأمين دورا هاما وحاسما سواء في تكوينه أو عند تنفيذه².

ب- عقد التأمين من عقود الإذعان:

يعتبر عقد التأمين، عقد إذعان بالنسبة للمؤمن له، فهو الطرف الضعيف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يميلها المؤمن، والتي ترد مطبوعة بالوثيقة، ومعرضة على الناس كافة فالتأمين عقد لا يتم الا بتوافق الايجاب والقبول، إلا أن المؤمن له ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما يملكه هو قبول الشروط النمطية التي يميلها المؤمن أو رفضها³.

الفرع الثاني

¹ - بغدادي ايمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة العلوم الادارية والمالية، المجلد 01، جامعة الشهيد حمه لخضر الواد، الجزائر، 2017، ص 615.

² - دالي بشير، المرجع السابق، ص 44.

³ - دالي بشير، المرجع نفسه، ص 44.

تأويل عقد الإذعان لصالح المؤمن له

عقد التأمين بوصفه من عقود الإذعان، ينبغي تفسير الشك والعبارات الغامضة فيه لمصلحة الطرف المذعن وهو المؤمن له، وينبغي النظر في مجموع الشروط الموجودة فيه لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وإذا قام التعارض بين الشروط العامة والشروط الخاصة، تعين الأخذ بالأخيرة لأنها أدل وأدق في التعبير عن إرادة الطرفين¹. ويجدر القول، أنه يفسر الغموض الموجود في العقد لصالح المؤمن له، فواضع الشرط الغامض هو الذي يتحمل تبعات هذا الشرط، ما دام أنه هو الذي وضعه وهو المسؤول عنه.

وقد يوجد تعارض بين نسخة العقد الموجودة بيد المؤمن له، والنسخة الموجودة بيد المؤمن، وفي هذه الحالة يتعين تغليب النسخة العقد التي بيد المؤمن له، باعتبار أن المؤمن هو الذي حررها فتكون حجة عليه، وأن المؤمن له لم يتوافر له العلم بما تتضمنه النسخة التي في طرف المؤمن، إلا بمناسبة التمسك بها في النزاع بين الطرفين². ومن جدير بالذكر أنه في مجال تفسير شروط وثيقة التأمين إذا ما وجد تعارض بين الشروط المطبوعة بالمطبوعة والشروط المكتوبة بالألأة الكاتبة أخذ بالشروط المكتوبة باعتبارها الدالة أكثر على إرادة طرفي العقد³.

³ ميسوم فضيلة، دور القاضي المدني في تفسير العقد (عقد التأمين نموذجاً)، 2021/12/5، على 17:09، الموقع:

<http://reuvuealmanara.com>

² - دالي بشير، المرجع السابق، ص 45.

³ - ماجدة حسين ربيعة، عقد الإذعان في التأمين، 2021/12/5، على 18:47، الموقع:

<https://altamin.hooxs.com>

المبحث الثاني

سلطة المحكمة العليا في عملية التفسير

على القاضي الالتزام عند تفسير العقد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما عليه أن يأخذ بالعبارات الواضحة كما اشرنا إليه سابقاً، إلا أن الخروج عن ذلك يؤدي إلى تحريف العقد، مما يؤدي ذلك الخضوع لرقابة محكمة النقض حرصاً على سلامة تطبيق القانون وعدم الخروج من القواعد في عملية التفسير، والجدير بالذكر أن المحكمة العليا تلعب دور هام في عملية التفسير، غير أن رقابتها تختلف، فالتفسير الموضوعي يقوم عند الشك في

التعرف على النية الحقيقية للمتقدين فرقابة المحكمة العليا في هذا الصدد على نتيجة التي تتحدر مباشرة عند تطبيق القاعدة القانونية.

وبالنسبة للتفسير الشخصي تكون الرقابة بالتفسير، لأن القاضي مخول بطريقة مخصصة كما له السلطة في البحث عن النية الحقيقية، وعلى هذا فالمحكمة العليا يكمن دورها في مسائل القاعدة القانونية وأما مسائل الواقع فهي لا تخضع إلى رقابة المحكمة. لكن الإشكال المطروح في هذا السياق كيف يمكن التفرقة بين القانون والواقع وما هو المعيار المعتمد للوصول إلى التمييز بينهما؟

المطلب الأول

التمييز بين الواقع والقانون

سنشرح من خلال هذا المطلب معيار التمييز بين الواقع والقانون في (الفرع الأول) والتطرق إلى ما يعتبر قانون يخضع لرقابة محكمة النقض في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معيار التمييز بين الواقع والقانون.

إن مسألة التمييز بين ما هو واقع وما هو قانون، وأن كانت سهلة التحديد نظريا أو بشأن حالة معينة مطروحة، إلا أنه يصعب وضع معيار عملي محدد بصيغ قاعدة عامة يمكن تطبيقها بسهولة لمعرفة ما إذا كنا بصدد مسألة قانون أو مسألة واقع إذ كثيرا ما يدق الخط الفاصل بينهما حتى يصبح رقيقا وهما¹.

¹ - هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 96.

يقصد بالواقع كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية يرتب عليه، القانون اثرا، وهذه الوقائع (القانونية) قد تكون واقعة أو تصرفا ماديا، أما القانون فيقصد به مجموعة القواعد القانونية سواء كانت موضوعية أم اجرائية، وسواء كانت وطنية أو أجنبية¹.

ومن خلال المعايير الفقهية والقضائية التي سادت بصدد التمييز بين مسائل الواقع ومسائل القانون، يذهب الفقه إلى أنه إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى بتقرير الأدلة المقدمة من الخصوم وموازنتها بين اقوال الشهود وترجيح قرينة على أخرى فإن ذلك كله واقع يكون البت فيه من اختصاص قاضي الموضوع².

ولقد لجأ الفقه بصفة عامة للتمييز بين الواقع والقانون إلى عدة طرق منها:

أ- **الطريقة الأولى:** وضعها الأستاذ "بونيه"، وتتبلور هذه الطريقة في تتبع المراحل التي يمر بها النزاع امام القاضي، إذ عندما تطرح الدعوى أمامه يجري تمحيصا وتحقيقا في وقائعها لينتهي إلى ثبوت بعضها بأدلة رأي أنها مقنعة في الكشف عنها، وإهدار بعضها لعدم وجود أو عدم كفاية الدليل عليها، ثم تأتي مرحلة ثانية وهي مرحلة تكيف الوقائع الثابتة بإعطائها الوصف المناسب الذي أوجب القانون، أي تكيف التصرف فيقرر أن هذا بيع أو إيجار بحسب الأحوال، وأخيرا تأتي مرحلة استخلاص النتائج القانونية وذلك بإنزال حكم القانون على ما ثبت من وقائع³.

ب- **الطريقة الثانية:** يسير عليها الألمان والايطاليون، فمؤداها أن كل حكم يصدر في دعوى، أو في شق فيها يفترض أنه طبق قاعدة قانونية معينة على وقائع محددة ثابتة لدى القاضي، وهذه القاعدة القانونية لها شروط معينة، في التطبيق فإذا ثبت من وقائع الدعوى توفر شروط تطبيق تلك القاعدة، يتعين على القاضي تطبيقها واعمال حكمها، فإن أخطأ

¹ - مقني عمار، المرجع السابق، ص 467.

² - فاطمة عاشور، المرجع السابق، ص 79.

³ - هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 97.

القاضي في التطبيق القانوني، بحيث لم يختر القاعدة الواجبة التطبيق، أو طبقها بطريقة معينة، فإننا نكون بصدد مسألة قانون لمخالفته للقانون أو خطأ لم يقر عليها دليل يقيني أو أخذ بظروف ليست جدية، فإن ذلك يعد من مسائل الواقع التي يترك أمرها للتقدير لقاضي الموضوع وخطأ في فهم الواقع لا شأن لمحكمة النقض به¹.

ت- الطريقة الثالثة: لقد عمد بعض الفقه إلى إنتهاج فكرة الاستدلال والقياس، فاعتبر حكم صدر في دعوى أو مسألة منها هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس تتكون من مقدمتين "إن مجموع الوقائع وهي المقدمة الصغرى، والقاعدة القانونية، وهي المقدمة الكبرى، والحكم أو القرار القضائي تعتبر منطقية لهذا القياس أو الاستدلال القضائي².

استخلص أصحاب هذا الرأي نتيجة مؤداها أنه إذا كان الخطأ وقع في القاعدة القانونية بمعنى في المقدمة الكبرى كان ذلك خطأ في القانون، وبذلك يستوجب أعمال رقابة محكمة النقض، وعلى عكس ذلك فإذا الخطأ قد وقع في مجموعة الوقائع أي في المقدمة الصغرى فإن هذا الخطأ لا يستوجب رقابة المحكمة، فإذا الخطأ في الحكم صادر من القاضي نتيجة القياس المنطقي، فتكون بذلك أمام خطأ في القانون يستوجب رقابة المحكمة³.

الفرع الثاني

كل ما هو قانون يخضع للرقابة

تفرض المحكمة العليا رقابتها على عمل القاضي فيما يتعلق بتفسير العقد، بوسائل مختلفة، على كل ما يعتبر من وسائل القانون، فهذه الأخيرة تخضع للرقابة، أما المسائل

¹ - هيثم عصام عيسى، نفس المرجع، ص 97-98.

² - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 472.

³ - معمري صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 87.

الواقعية المتعلقة بما للقاضي من سلطة تقديرية في البحث عن ارادة المتعاقدين معتمدا في ذلك على الوقائع فإنه لا تخضع للرقابة¹، ومن ذلك نذكر على سبيل الخصوص:

أ- حالة وضوح عبارة العقد:

من خلال إطلاعنا على أحكام الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م. المذكورة اعلاه يتضح جليا أنه إذا كانت ارادة المتعاقدين واضحة في عبارة العقد وجب التقيد بها قانونا، ولزم أن تعبر تعبيرا صادقا عن إرادتهما المشتركة الحقيقية بعيدا عن كل تفسير أو تأويل أو انحراف وهذا هو الأصل الذي أخذه المشرع الجزائري وكذا الاجتهاد القضائي الجزائري حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه: "إذا كانت الفاظ العقد واضحة امتنع قانونا البحث عن قصد صاحبها، وأنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا ارادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها."²

ب- الالتزام بالإرادة الحقيقية المشتركة:

الارادة المشتركة، أو النية المشتركة للمتعاقدين، بتعبير المادة 111 من ق.م. ج. ف2 فهي عماد العقد، وجوهره، ويستمد قوته الملزمة منها، وأن إبطالها إبطال لهذه القوة. وهذه المسألة من مسائل القانون التي لا يستقيل بها القاضي الموضوع بل تراقبه المحكمة العليا، فالعبرة بالإرادة الباطنة، على أن تكون هذه الارادة هي الارادة المشتركة للمتعاقدين . وهذه قاعدة قانونية ملزمة فلا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد، الذي يقرر في حكمه أن الطرفين أرادا شيئا معينا، ولكن هذا الشيء جائزا قانونا، ثم يصرح بعد ذلك

¹ - عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص 82.

² - عدنان بوزيد، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، المجلد الحادي عشر، العدد3، 2020، ص 443.

بأنه لا يقضي بما أراده الطرفين، بل بما تقضي به العدالة، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه¹.

ج- الالتزام بقواعد الإثبات في استخلاص إرادة المتعاقدين:

إن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الثابت عنده يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من المصادر الموجودة فعلاً ولا وهماً، وغير متناقضة للثابت في الدعوى المعروضة أمامه، وأن تؤدي هذه المصادر إلى استخلاص سائغ عقلاً لتلك الواقعة الثابتة، فإذا أثبت القاضي في حكمه واقعة من مصدر وهمي ولا وجود له، أو كان موجود ولكنه مناقض لوقائع القاضي لرقابة محكمة النقض².

د- قاعدة الشك يفسر لصالح المدين:

تقوم حالة الشك كلما تعدد على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين كأن يكون محل التأويل عبارات ذات دلالات منعدمة، ولا يمكن ترجيح احدهما فيحدث تردد في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة³. فلا يمكن للقاضي أن يفسر الشك لمصلحة الدائن إذا كان هناك شك حول نية الطرفين، فإن هذه القاعدة تعد من مسائل القانون، فإذا خرج عن هذه القاعدة يعد خرقاً للقانون ويعرض للنقض، ويخضع لرقابة المحكمة العليا وهو يطبق هذه القاعدة⁴.

هـ- تفسير الشك في عقد الأذعان لصالح المدعى:

1- معمري صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 90.

2- هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 103.

3- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 315.

4- معمري صونية وعراب نورة، المرجع السابق، ص 90.

هذه القاعدة هي قاعدة قانونية أيضا، ويتوجب على القاضي إذا كان بصدد عقد اذعان تفسير هذا العقد، إذا ما ثار شك حول نية المتعاقدين بما فيه مصلحة الطرف المذعن وأن هذه القاعدة ملزمة فإذا خالفها القاضي نقض حكمه¹.

المطلب الثاني

دور قاضي الموضوع في التفسير وموقف الجهة العليا من الرقابة

يعتبر قاضي الموضوع قاضي أساسي في تفسير العقد لما له عدة سلطات منحها له القانون، كسلطة تعديل العقد أو تعديل الشروط التعسفية في عقد الاذعان أو سلطة تكملة العقد لتحديد نطاقه أو سلطة التفسير. فعلى قاضي الموضوع تقدير الوقائع تقديرا صحيحا عند التفسير بمعنى اعتماد ما هو ثابت من الوقائع. فالعمل الذي يقوم به القاضي مقيد بحيث تكون الرقابة من طرف محكمة النقض سواء تعلق الأمر بتأويل العقد أو تفسيره أو تكييفه، وهذا حرصا على سلامة تطبيق القانون.

ومن خلال هذا المطلب سنحاول التطرق إلى دور قاضي الموضوع في (الفرع الأول) وموقف الجهة العليا من الرقابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور قاضي الموضوع في عملية التفسير

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن قاضي الموضوع هو قاضي الأساس في تفسير العقد، ولا يمكن أن يخضع لأي رقابة في ابطال سلطته². وبهذا سنتناول في هذا الفرع سلطة محكمة الموضوع في تفسير جميع العقود (أولا) ثم محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رايها (ثانيا).

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 474.

2 - دالي بشير، المرجع السابق، ص 83.

أولاً: سلطة محكمة الموضوع في تفسير جميع العقود.

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية ازاء بحثه لمسائل الواقع في مجال تفسير العقد، فلا يخضع في شأنها لرقابة محكمة النقض¹. ولمحكمة الموضوع الحق في تفسير جميع العقود والشروط بما تراه ملائماً أو في مصلحة الاطراف المتعاقدين². واستخلاص نية المتعاقدين فيها³.

كما ينبغي على قاضي الموضوع أن يحاول التوفيق بين شروط العقد المختلفة، بإعتبار أنها تمثل النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا لم يتمكن من ذلك فإنه يرجع معنى الشرط الذي يتوافق مع مقاصد المتعاقدين المستمدة من عبارات العقد في جملتها، والاستعانة بعبارات العقد في مجموعها، قد تفيد القاضي في تحديد معنى معين لعبارة تتحمل أكثر من معنى⁴. وإن أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة، أو أساء فهم اي معيار من المعايير، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع ولا رقابة عليه من المحكمة العليا⁵. ولقاضي الموضوع التعرف على حقيقة العقد، والتحري عن قصد المتصرف من تصرفه، وسلطة تقدير الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى، واستخلاص ما تقتنع به، منها من كان استخلاصاً سائغاً متفقاً مع الثابت بالأوراق، وهي إذ تباشر سلطتها في تقدير الأدلة تملك الاخذ بنتيجة دون اخرى، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كانت الأدلة التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى هذه النتيجة⁶.

1- هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 105.

2- دالي بشير المرجع السابق ص 84.

3- أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف الاسكندرية، 2004، ص ص 169-170.

4 - دالي بشير، المرجع السابق، ص 86.

5- مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 482.

6- دالي بشير، المرجع السابق، ص 86.

أكد القضاء المصري في العديد من المناسبات أن تفسير العقد من اطلاقات قاضي الموضوع، ومن أمثلة ذلك ما قضت محكمة النقض المصرية قائلة: "إن تفسير العقد يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما كان استخلاصها نية المتعاقدين المشتركة بيقين عبارات العقد وظروفه وملابساته استخلاصا سائغا مستندا إلى أصل ثابت في الأوراق وليس في خروج على ما تحتمله عباراته¹.

بينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 1997/07/23 بأن غموض العقد وتأويله يعد من اختصاص قاضي الموضوع وجاء في القرار على أنه "من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ..."².

على غرار القاضي المدني يمكن للقاضي الجزائري هو الآخر أن يفسر العقود إذا ما عرض عليه ذلك بصفة عرضية، ويتصور ذلك في بعض الجرائم، كما هو الحال في جرائم خيانة الأمانة، ومعلوم أن محلها هو عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها حصرا في قانون العقوبات³. وفق المادة 376 من ق.ع.⁴ والجدير بالذكر سلطة القاضي (قاضي الموضوع) في تفسير العقود الغامضة لا تبرر له بأي حال من الأحوال انتهاك النص الجزائي، كان يحكم على المتهم بالإدانة من أن العقد محل الجريمة ليس من عقود الأمانة المحددة حصرا بنص قانوني، فالقاضي الجزائري مقيد ومضبوط بمبدأ الشرعية المعروف "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"⁵.

ثانيا: محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رأيها.

¹ - مقتني بن عمار، المرجع السابق ص 484.

² - قرار مؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300 المجلة القضائية سنة 1997، العدد 02، ص 51.

³ - مقتني بن عمار، المرجع السابق، ص 486.

⁴ - أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1996، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

⁵ - مقتني بن عمار، المرجع السابق، ص 487.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن التعرف إلى أسباب العقد يعود إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع، فالعقد يكون باطلا لسبب غير مشروع، حتى ولو كان أحد الأطراف يجهل الصفة الغير المشروعة أو المخالفة للأداب والنظام العام، حيث يجب على القاضي البحث على مجموع الاسباب الرامية للتعاقد فقد يكون أحد الاطراف دفع للتعاقد لمصلحة معينة¹.

وأكدت محكمة التمييز الأردنية بقولها: "تملك المحكمة حق تفسير العقود ذلك، أن لها السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه ومقصود المتعاقدين ولهما السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط أن تبين في حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه².

وفي حكم آخر لها قضت "إن من المبادئ القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عقائدها مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها شريطة عدم الخروج عن عبارات العقود المطروحة"³.

فمن الأمور التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض تقديره للواقع المعنوي والمتعلق بالتغلغل في أعماق الخصوم والكشف عن نيتهم، وهذا البحث من الأمور الشاقة والتي تتطلب جهدا من قاضي الموضوع، حيث يقوم بتقدير أمور داخلية، وذلك باستخلاص نية المتعاقدين في العقد لتحديد مضمونه وأثره وذلك عن طريق الشروط الواردة في العقد⁴.

¹- Henri Esponon, François terré Yves lequette, «les grand arrêts de la jus prudence civile, tome2, obligations contrat spercause sûretés ,Daloz ,11edition 2000, p. 91

²- هيثم عصام عيسى، المرجع السابق، ص 107.

³- المرجع نفسه، ص 107.

⁴- مدى رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع تم الاطلاع يوم 21/10/22 على 11:23

واتجهت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها بتاريخ 1983/05/07، إلى أن التنازع حول تكييف عقد الايجار يرجع البت فيه لقضاة الموضوع، وذلك طبقا لنص المادة 203،173 (ق. ت.)، وقالت أنه "متى كان من المقرر قانونا أن المشرع نظم أحكام التسيير الحر، وتأجير التسيير في أحكام المادة 203 وما بعدها من ق. ت. كما نظم كل العقود والتصرفات التي هي من طبيعة تجارية، وإذا اختلف الأطراف حول تحديد طبيعة تكييف العقد، إذ أن أحدهما يكفيه على أساس أنه تسيير حر، في حين أن الآخر ينازعه في ذلك باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط م. 3/203 ق. ت. فإنه من المتعين على قضاة الموضوع البت في هذه المسألة القانونية الأساسية، التي يتوقف عليها مصير النزاع وذلك بتحديد طبيعة العقد، وتكييفه ليتمكن المجلس الأعلى (المحكمة العليا) من موافقة مدى تطبيق القانون¹.

الفرع الثاني

موقف الجهة العليا من الرقابة

إن المهام المخول، لمحكمة النقض هي الرقابة على العمل الذي يقوم به القاضي إذا تعلق الأمر بتفسير العقد، وكذلك تفرض على القاضي عمليات التكييف وتفسير العقد والتحريف غير أن أصدرت تفسيرات عدة حول هذا المجال ومجال الاجتهاد القضائي فعلى هذا سنتطرق إلى دور الرقابة على تكييف العقد والرقابة على تكملة العقد وفي الأخير دور الرقابة على التحريف ويكون كالنحو التالي:

أولاً: الرقابة على تأويل العقد.

وضع المشرع الجزائري عدة قواعد يلتزم بها القاضي في تأويل العقد، وذلك من خلال المادة 111 و112 (ق.م.ج) لذلك فعندما يقوم بتفسير هذه العقود فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن التطبيق من مسائل القانون لا من مسائل الواقع، فإذا لم يلتزم القاضي بقاعدة من هذه القواعد يكون الحكم الذي حكم به للنقض¹. الغاية من التفسير هو الكشف عن قصد المتعاقد، ولكن التفسير قد ينصب على تعبير كل منهما عن إرادتهما، سواء كان هذا التعبير قولاً أو كتابة أو فعلاً من الأفعال²، والواقع أن محكمة النقض الفرنسية كرسّت مبدأ النظر في تفسير المحكمة لبود العقد، فاعتبرت أن تفسير محكمة الموضوع لبود العقد تفسيراً خاطئاً يخضع لرقابة محكمة النقض، التي يحق لها أن تعطي العقد تفسيره الحقيقي³.

ثانياً: الرقابة على تكييف العقد.

يخضع قاضي الموضوع بشأن تكييف العقد لرقابة المحكمة العليا، فإذا كان لقاضي الموضوع سلطة تامة في إثبات الوقائع على النحو السابق إيضاحه، فإن مما يدخل في اختصاص قضاة القانون بحيث ما إذا كان قاضي الموضوع، عند ممارسته لسلطاته لم ينكر صفات العقد كما نص عليه القانون وعرفه بإعطاء العقد وصفه القانوني الصحيح. وبالتالي تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالعقد، سواء كانت هذه الأحكام أمراً يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين، أي القواعد القانونية الأمرة. أو ما يعد تكميلاً لإرادتهما في حالة عدم تعرضهم لهذه المسائل سواء عن قصد أو من غير قصد، ونكون هنا بصدد القواعد المكملة إذ أن التكييف الخاطئ أو السيئ يترتب عليه خطأ في تطبيق القاعدة القانونية الخاصة بهذا

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 245.

² - معمري صونية، المرجع السابق، ص 95.

³ - إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 248.

العقد¹. وتنطلق محكمة النقض في مراقبتها في تكييف العقد من الوقائع التي حكم لها القاضي في الموضوع وبسلطته المطلقة، وكذلك لها حق التحقق من تكييف العقد ما دام أن قضاة أدنى درجة لجأوا إلى إستنتاج قانوني انطلاقا من الواقع، والقاضي بدوره يقوم عن طريق التكييف².

وبصدد تكييف العقد، اتجهت المحكمة العليا الجزائرية بموجب قرار صادر في 20-05-1990، إلى تكييف العقد محل النزاع على أنه عقد تجاري وليس حرفي، بالاستناد على المرسوم رقم 88-230 المؤرخ في 05-11-1988، المتعلق بسجل الصناعات اليدوية أو الحرفية فقالت المحكمة بموجب هذا القرار أنه من "المقرر قانونا أن الحرفي هو كل شخص يملك مؤهلات مهنية ثابتة بشهادات تأهيلية ومسجل في سجل الصناعات اليدوية والحرفية في البلدية المقيم بها، ومن ثم فإن النعي على القرار بخرقه القانون في غير محله³.

ثالثا: الرقابة على تحريف العقد.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بينت موقفها من تحريف العقد وذلك في قرارها الصادر في 16/01/2002، على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين، ولذلك يفرض الدعوة الزامية إلى الغاء عقد الوصية، مادام قصد المورث كان ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته⁴.

ويرى القضاء الفرنسي والمصري أيضا أن الأخذ بالإرادة المستمدة من عبارات العقد الواضحة، لا يجوز رفض تطبيقها، مما يؤدي إلى تحريف العقد، غير أن محكمة النقض ميزت بين المعنى الظاهر وغير الظاهر لعبارة العقد، فالقاضي إذا التزم في تفسيره للشرط

¹ - بلبشير هجيرة، تكييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 56.

² - محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 290.

³ - دالي بشير، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - قرار مؤرخ، في 16/01/2003، المجلة القضائية، ملف رقم 278004، العدد الأول، 2003، ص 367.

المتنازع عليه بالمعنى الظاهر لعبارته، وضمن أسبابه إن هذا المعنى ما قصده المتعاقدان، وبذلك لا يكون القاضي مطالب بسرد أسباب أخرى لاستناده بالمعنى الظاهر للعبارة¹.
ويظهر أن سلطة المحكمة العليا بشأن مراقبة تفسير القضاة للعقد في ما يخص التحريف أصبحت بموجب قانون الإجراءات المدنية والادارية محدودة ومقصورة على تحريف المضمون الواضح لوثيقة معتمدة في الحكم طبقا للإحكام المادة 358 من قانون إ.م.إ. الفقرة 12. بمفهوم المخالفة فإن تحريف الوقائع غير خاضع لرقابة المحكمة العليا لعدم النص عليه بموجب قانون إ.م.إ. بمعنى أن مراقبة المحكمة العليا لا تخص إلا تحريف مضمون الوثيقة عبارة عن فاتورة أو سند مطروح في النزاع، وبذلك يكون المشرع الجزائري ساير موقف محكمة النقض التي قضت بأن مراقبة التحريف لا يكون إلا من خلال الوثيقة المكتوبة وليس بالرجوع إلى الوقائع².

رابعاً: الرقابة على تكملة العقد.

يخضع تحديد نطاق العقد من طرف القاضي لرقابة محكمة النقض، فبذلك يكون حكمه معرضاً للنقض، إذا لم يدخل في نطاق العقد كل ما يعبر عن مستلزماته من طبيعة الالتزام أو نصوص القانون، أو العدالة أو العرف، لأن ما يزيد عن نطاقه أو إنقاصه هو ادخال ما لا يجوز ادخاله بمقتضى العوامل المكتملة³.

وفي هذا الصدد، أوضحت مختلف التشريعات المصادر التي يستهدي بها القاضي اثناء تكملة للعقد، من بينها المشرع الفرنسي في المادة 1135 ق.م.ف حيث تنص: "تلتزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه فيها، بل أيضا بجميع النتائج التي يقرها الانصاف،

¹ - أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 167.

² - عدنان بوزيد، قماري بن ددوش نضرة، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، المجلد الحادي عشر، العدد3، 2020، ص451.

³ - معمري صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 101.

أو العرف، أو القانون للالتزام بحسب طبيعته"¹. إما في القانون الجزائري تنص المادة 65 ق.م.ج. على أنه: "إذا إتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما يعد ولم يشترطان أن لا للعقد عند عدم الاتفاق عليهما، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليهما فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة"².

تقضي هذه المادة أيضا على تكملة العقد حيث يتضح من خلال استقراءنا لها نجد أنه إذا اختلف المتعاقدان حول المسائل التي إحتفظ بها، لاتفاق لاحق ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإنه يجب على القضاء أن يستكمل ما يتناوله العقد بتحديد مسائله التفصيلية وفق الأسس التي نص عليها المشرع، ولا شك أن الحكم لا يختلف إذا كان الأطراف قد سكت عن بعض المسائل التفصيلية في العقد فلم يعرض لتحديدها ولم يحتفظا بها لاتفاق لاحق، ففي هذه الحالة أيضا ينعقد العقد ويكون على القضاء أن يكمله بتحديد مسائله الجوهرية³.

¹ – Art1135 du code civil .f. «les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'après sa nature».

² – أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ح، عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

³ – معمري صونية، وعراب نورة، المرجع السابق، ص 102.

خاتمة

خاتمة:

في الختام يمكن أن نستخلص مجموعة من النتائج من هذا البحث، الذي قسمناه إلى قسمين، قسم خصصناه لدراسة ماهية التفسير حيث تطرقنا فيه ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة ورفع الغموض الذي قد تحمله عبارات العقد، وتطرقنا أيضا إلى الحالات التي يلجأ إليها القاضي من خلال أحكام المادتين 111 و112 من القانون المدني وتتمثل هذه الحالات في حالة وضوح عبارات العقد، فإذا كانت واضحة لا يجوز للقاضي الانحراف فيها وإلا كان معرضا إلى النقص، كذلك من بين حالات التفسير حالة غموض العبارة أين يتعين على القاضي تفسيرها لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين وفقا لطبيعة التعامل، الأمانة، والثقة والعرف، غير أن القاضي قد يجد صعوبة في البحث عن النية المشتركة وتتمثل في المصدر الذي يأخذه به لاستخراج النية بين الأطراف، فيتوجب على القاضي أن يكون صارما بالاتخاذ بالإرادة التي تمكنه من الوصول إلى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، وهذا تدعيما للثقة في العقود وحفاظا على استقرار المعاملات بين الأفراد.

وأشرنا في القسم الثاني من البحث إلى أن في حالة تعذر القاضي عن كشف أو الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين يفسر الشك لمصلحة المدين، فهذه القاعدة ملزمة للقاضي. تنفيذ هذه القاعدة في حالة تعذر الكشف عن نية الأطراف، ففي هذه الحالة لن يقف عند النية المشتركة وإنما يغلب نية المدين على نية الدائن كونه الطرف الضعيف في العقد، وأورد المشرع الجزائري استثناءا لهذه القاعدة من خلال المادة 112 من القانون المدني وتتمثل هذه القاعدة في تفسير الشك لمصلحة المدعى في عقد الإذعان سواء كان مدينا أو دائنا فعلى عكس المشرع الفرنسي الذي لم يرد نص صريح بخصوص تفسير عقود الإذعان . ويمكن القول أن قاعدتنا الشك لمصلحة المدين والشك لمصلحة المدعى قاعدتان مستقرتان في القوانين المدنية ويشكلان مظهران من مظاهر الحماية التشريعية الخاصة،

وأنها تتعلقان بمسائل القانون وليس الواقع، كما أن القاعدتين مبنيتين على الافتراض أي بمعنى أن المدين والمذعن كلاهما طرف ضعيف.

ونستنتج مما تقدم، أن المحكمة العليا في مجال تفسير العقد هي محكمة القانون التي تفرض رقابتها على مدى احترام القاضي للقواعد التي تفرض رقابتها على مدى احترام القاضي للقواعد القانونية ونية المقرر لتفسير العقد الغامض، كذلك تظهر الرقابة في تقييد السلطة الممنوحة للقاضي في تفسير الوقائع، ويجدر الإشارة أن القاضي يخضع لرقابة من المحكمة العليا، سواء في تفسيره لمسائل القانون أو تفسيره لمسائل الواقع. وفي مجال تفسير العقد يعد الانحراف عن المعنى الظاهر في حالة وضوح عبارات العقد الصريحة بمحاولة تفسيرها خرقاً للقانون يستتبع نقضه، وكما يعد الأخذ بحكم النية أمر واجب الاتباع والاحترام من قضاة الموضوع تحت طائلة نقض أحكامهم بخلاف الحال عن حالة البحث والاستدلال على وجود هذه النية التي تتم بالاستعانة بمعايير مادية يترك أمرها لقضاة الموضوع دون رقابتهم عليهم في ذلك لمحكمة النقض.

وهذه أهم النتائج التي توصلنا إليها:

- يعرف تفسير العقد بأنه "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة بين الطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به". وأن الحالات التي تدعو إلى التفسير ترجع مجملها إلى عدم التوافق بين الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وبين إرادة التعبير عنها، وقد يكون هذا الاختلاف غير ارادي كالغلط والانحراف في التعبير عن الإرادة، وقد تكون اراديا كالصوربة وفي هذه الحالة ينصب التفسير على التصرف المستتر دون الاعتداد بالإرادة الظاهرة، وحالة التحفظ الذهني.

- يختلف تفسير العقد عن غيره من الأعمال التي يقوم بها القاضي مثل: تكميل العقد، وتكييف العقد.

- يقصد بالنية المشتركة "ما اتفق عليه المتعاقدين وتقابلت إرادتهما الحقيقية بشأنه، فعبر عنه بتعبيرات متطابقة تكشف عن مضمونها"، وهناك من إعتد بالإرادة الباطنة في استخلاصها وهناك من اعتد بالإرادة الظاهرة، فالمشرع الجزائري أخذ بالإرادة الظاهرة كطريقة لاستخلاص النية المشتركة وأخذ بالإرادة الباطنة لاستخلاص النية في حالة غموض عبارات العقد.
- يلجا القاضي لتفسير العقد بغية رفع اللبس والابهام والغموض، ويستعين فيها بالعناصر الداخلية المستمدة من شروط وبنود العقد، ويلجأ القاضي إلى عناصر خارجية عن العقد كالعرف الجاري وطريقة تنفيذ العقد.
- إن أهمية قواعد الاثبات للوصول إلى نية المتعاقدين لها أهمية بالغة من الناحية العملية، فالعلاقة الموجودة بين الاثبات والتفسير علاقة وطيدة، فعلى القاضي أن يبدأ أولاً بالعقد محل التفسير، حين يستخدم الوسائل الداخلية في الكشف عن نية الطرفين المشتركة، فإذا لم تسعفه هذه الوسائل كان له أن يحيل الدعوى إلى التحقيق ليتمكن المدعى من تقديم ما لديه من وسائل إثبات.
- قد يتعذر تفسير عبارات العقد، بالتالي يقوم الشك حول المضمون الذي اتجهت إليه نية الأطراف المشتركة، فالقواعد الموضوعية هي التي تمكن من حل النزاع في الاتفاق حيث يعرض على القاضي إلا يعطي للعقد معنى مخالف الذي يحقق مصلحة الطرف المدين، إلا أن المبدأ العام ليس مطلق وإنما يرد عليه استثناء وذلك في عقود الازعان ويتمثل في تفسير الشك في عقود الازعان لمصلحة المذعن.
- إن القاضي في موضوع رقابة التفسير لا يكون حكمه معرضاً للنقض بمناسبة تفسيره لعبارات العقد المبهمة المتنازع فيه باعتبارها من الوقائع، شريطة تقيده بالضوابط والقيود القانونية التي أدرجها المشرع الجزائري بموجب أحكام المادتين 111-112 من القانون المدني.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب.

1. أحمد شوقي، عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف الاسكندرية، 2004.
2. إلياس ناصيف، الموسوعة المدنية والتجارية، ج2، دراسة مقارنة، ط2، بيروت، 1998.
3. برهان رزيق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الإرشاد اللاذقية، د.س.
4. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، دار هومة للنشر، الجزائر، 2001.
5. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني وفق تعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات قضائية، ج1، ط2، دار هومة للنشر، 2015-2016.
6. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام مع مقارنة القوانين العربية، ط3، دار النهضة العربية، د.س. ن.
7. جمال المصطفى، أصول الإلتزام، دار القيس، الإسكندرية، 1981.
8. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
9. رمضان أبو سعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
10. سمير عبد الحميد رضوان حسن، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعات إدارتها، ط1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2005.

11. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام الارادية والغير الارادية، حلب، 1989.
12. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، الإسكندرية، 2002.
13. عبد الرحمان الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
14. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة، المصادر الإرادية والإرادة المنفردة، مطبوعة جامعة الكويت، 1982.
15. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية القاهرة 1992.
16. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
17. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا الاحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة 2001.
18. علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، مدينة النشر، 1997.
19. لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
20. محمد حسن منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2006.
21. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزامات، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2012.
22. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004.

23. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

24. نيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

ثانيا: الرسائل والمذكرات:

- رسائل الدكتوراه:

1. برنايا كورينا اوبنقاير، السلطة التقديرية للقاضي المعنى في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القاضي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات العليا، قسم القانون، السودان، 2017.

2. سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ط1، 2015-2016.

3. عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

4. عرعارة حساني، التوازن التعاقدية عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.

5. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

6. مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير، وتطبيقها في المنازعات العمل والضمان الإجتماعي، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، جامعة وهران، 2008-2009.

رسائل الماجستير:

1. أنس بن رشيد بن محمد المبدل، سلطة القاضي في تفسير العقد، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة، المملكة العربية السعودية، 2010-2011.
2. بلبشير هجيرة ، تكييف العقد في ظل الإجتهد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
3. بوقرة خولة، الصورية في التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، 2016-2017.
4. تواتي محمد، سلطة القاضي في العقد الذي يتضمن حالة الإستغلال (رسالة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2003.
5. جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012-2013.
6. دالي بشير، مبدأ العقد، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقاسم، 2007-2008.
7. عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003.

8. عامر حمرون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2012-2013.
9. علاء الدين محمد علي، مقابلة تفسير العقد القانوني المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانون، جامعة آل البيت دون ذكر البلد، 2004.
10. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
11. مباحج حبيب يوسف القاضي، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري، كلية الحقوق جامعة الخرطوم، د.ذ. س.
12. منال جهاد أحمد خلة، أحكام الإذعان في الفقه الاسلامي، قدم هذا البحث إستكمالاً لمتطلبات للحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة القانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الاسلامية، غزة، 2008.

- **مذكرات الماستر:**

1. أجعود أزواو، أيت موهوب نور، دور الإرادة في إنشاء العقد مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص شامل كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2017.
2. حسان دواجي سميرة، وسائل الاثبات في القانون المدني الجزائري ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018.

3. مجد لمين مرجاني، لمين حنيش، دور القضاء الإداري في عملية التفسير، مذكرة ضمن متطلبات نيل الماستر حقوق تخصص ادارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور - جلفة، 2017-2018.

4. معمر صونيه، وعراب نورة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق التخصص القانون الخاص الشامل، كلية العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

ثالثا: المقالات والمداخلات.

1. بردان رشيد، بوراس نجية، القاضي وتفسير العقد، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، العدد 1، سيدي بلعباس، 2018.

2. جمال إسماعيل زكي، حماية المستهلك في عقود الإذعان، مجلة الإجتهد للدارسات القانونية والاقتصادية، مج 8، العدد 1، 2019.

3. صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني، وحدود إنعكساته على العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي، مجلة أفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018.

4. عدنان بوزيد، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، المجلد الحادي عشر، العدد 3، 2020.

5. منهل عبد الغني، الإذعان بين العقد والنظام القانوني، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 59، 2018.

رابعا: المحاضرات الجامعية.

1. حزيط محمد، ملخص محاضرات طرق الإثبات والتنفيذ، لطلبة السنة الثالثة حقوق، تخصص: القانون الخاص، السداسي الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة لونيبي علي، البليدة 2، 2020/2021، ص 5-6.

2. لبيض ليلي، ملخص محاضرات طرق الإثبات، السنة ليسانس حقوق (القانون الخاص)، كلية العلوم والحقوق السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019/2018، ص 18.

خامسا: النصوص القانونية.

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1996، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج.، عدد 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.
3. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ج. ر. ج. ج. ، عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل 2008

سادسا: المجالات القضائية.

1. قرار محكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 16/01/2003، المجلة القضائية، ملف رقم 278004، العدد الثاني، 2003.
2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 23/07/1997، المجلة القضائية، ملف رقم 149300، العدد الثاني، 1997.

المراجع باللغة الفرنسية:

1. Henri Esponon, François, Yves Liquette: «Les grands arrêts de la jurisprudence civile», tome 2, Obligations, contrats spercause sûretés, Dalloz, 11^{ème} édition, 2000.

المواقع الالكترونية:

1. المحامي، العقد تم الإطلاع يوم 2021/06/11 على 10:20 الموقع:
<http://elmouhami.com>
2. تصنيف المقررات الدراسية كلية الحقوق و العلوم السياسية تم الاطلاع 2021/05/27 على 14:56، الموقع <http://elearning.univ-ghardaia.dz>
3. سهير حسن هادي، أثر الشرط المؤلف في تفسير العبارات الغامضة للعقد، 2017/03/09، تم الاطلاع عليه يوم 2021/07/20 على 16:45، الموقع <http://almejra.com>
4. علي حميد كاظم الشكري، نظرية الإرادة في القوانين المدنية، تم الإطلاع عليه 2021/09/12، على الساعة 21:14 الموقع <http://almejara.com>
5. فواز صالح، اثار العقد، تم الإطلاع يوم 2021/07/21، على 10:11 الموقع <http://arab-ency.com>
6. مدى رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع خلال تفسيره للعقد، تم الإطلاع يوم 2021/10/22، الساعة 11:23 الموقع <http://www.drotentreprise.com>
7. مبدأ الشك يفسر لمصلحة المدين، حماة الحق، تم الإطلاع 2021/9/11، على 10:33 <https://jordan.lwyer.com>
8. إستشارات قانونية، تم الإطلاع يوم 2012/10/09 على 14:00 الموقع <http://www.mohamat.net>
9. أثار العقد -نطاق العقد، تم الإطلاع يوم 2021/10/10 على 20:33 الموقع، <http://cte.unniv.setif2.dz>
10. ميسوم فضيلة، دور القاضي المدني في تفسير العقد (عقد التأمين نموذجاً)، تم الاطلاع يوم 2021/12/05، على 17:09، الموقع <http://reuvuealmanara.com>
11. ماجدة حسين ربيعة، عقد الإذعان في التأمين، 18:47 الموقع <http://altamin.hoox5.com>

فهرس الموضوعات

شكر و عرفان

إهداء

قائمة المختصرات

01 مقدمة

الفصل الأول

تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین

03 المبحث الأول: مفهوم التفسير

03 المطلب الأول: ماهية التفسير

03 الفرع الأول: التعريف بالتفسير

06 الفرع الثاني: صور التفسير

10 الفرع الثالث: الحاجة إلى التفسير

13 المطلب الثاني: التمييز بين التفسير والأنظمة ذات الصلة

13 الفرع الأول: الفرق بين تفسير العقد وتكملة العقد

14 الفرع الثاني: الفرق بين تفسير العقد وتعديل العقد

15 الفرع الثالث: الفرق بين تفسير العقد وتكييف العقد

16 المطلب الثالث: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین

17 الفرع الأول: تعريف النية المشتركة

18 الفرع الثاني: الإرادة الظاهرة للوصول إلى النية المشتركة

19 الفرع الثالث: الأخذ بالإرادة الباطنة في التعرف على النية

20 الفرع الرابع: موقف بعض التشريعات من النظريتين

23 المبحث الثاني: نطاق إعمال سلطة القاضي في تفسير العقد

| | |
|---|----|
| المطلب الأول: سلطة القاضي في التفسير في حالة الوضوح وفي حالة الغموض | 23 |
| الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة الوضوح | 23 |
| أولاً: التعريف بالعبارة الواضحة | 23 |
| ثانياً: مدى جواز تفسير وضوح عبارة العقد | 25 |
| ثالثاً: موقف القضاء من تفسير العبارة الواضحة | 27 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي في حالة الغموض | 28 |
| أولاً: تعريف العبارة الغامضة | 29 |
| ثانياً: حالات العبارات الغامضة | 30 |
| المطلب الثاني: قواعد التفسير المستمدة من الداخل والخارج | 31 |
| الفرع الأول: قواعد التفسير المستمدة من داخل العقد | 32 |
| أولاً: حسن النية | 32 |
| ثانياً: الشرط المألوف | 33 |
| ثالثاً: الأمانة والثقة | 34 |
| رابعاً: طبيعة التعامل | 34 |
| الفرع الثاني: قواعد التفسير المستمدة من خارج العقد | 35 |
| أولاً: العرف الجاري في المعاملات | 35 |
| ثانياً: ظروف المتعاقدين والوقائع المحيطة بالعقد | 36 |
| ثالثاً: طريقة تنفيذ العقد | 37 |
| المطلب الثالث: طرق الاثبات و دورها في تفسير العقد | 38 |
| الفرع الأول: الاستعانة بالقواعد العامة في الاثبات | 38 |
| الفرع الثاني: الاستعانة بكافة طرق الاثبات | 42 |

الفرع الثالث: الفرق بين العبارات الواضحة والغامضة في مدى جواز الاستعانة بكافة طرق
الاثبات..... 43

الفصل الثاني

التفسير في حالة الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدین

المبحث الأول: قواعد التفسير الموضوعية..... 46
المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين 46
الفرع الأول: معنى قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين 47
الفرع الثاني: نطاق تطبيق القاعدة..... 49
المطلب الثاني: تفسير الشك لمصلحة المذعن في عقد الازعان 50
الفرع الأول: تعريف عقد الازعان 51
الفرع الثاني: طبيعة عقد الازعان..... 53
الفرع الثالث: تفسير عقد الازعان لمصلحة الطرف الضعيف 56
الفرع الرابع: أساس تطبيق قاعدة الشك لصالح المذعن 59
المطلب الثالث: تأويل عقد التأمين 60
الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين 60
الفرع الثاني: تأويل عقد الازعان لصالح المؤمن له..... 62
المبحث الثاني: سلطة المحكمة العليا في عملية التفسير..... 64
المطلب الأول: التمييز بين الواقع والقانون 64
الفرع الأول: معيار التمييز بين الواقع والقانون 65
الفرع الثاني: كل ما هو قانون يخضع للرقابة 67
المطلب الثاني: دور قاضي الموضوع في التفسير وموقف الجهة العليا من الرقابة..... 69
الفرع الأول: دور قاضي الموضوع في عملية التفسير 69

- أولاً: سلطة محكمة الموضوع في تفسير جميع العقود 70
- ثانياً: محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فرض رأيها 72
- الفرع الثاني: موقف الجهة العليا من الرقابة 73
- أولاً: الرقابة على تأويل العقد 74
- ثانياً: الرقابة على تكييف العقد 74
- ثالثاً: الرقابة على تحريف العق 75
- رابعاً: الرقابة على تكملة العقد 76
- خاتمة 79
- قائمة المصادر والمراجع 83
- فهرس الموضوعات 91
- الملخص.

المخلص:

سلطنا الضوء في هذا البحث تحت عنوان سلطة القاضي في تفسير العقد، وكانت دراستنا حول دور القاضي الذي يكون ملزماً برفع الغموض واللبس بالبحث عن نية المشتركة، على القاضي اللجوء أولاً إلى عملية التفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، لكن يمكن للقاضي أن يخفق في الوصول إلى النية المشتركة لاستحالتها، ففي هذه الحالة القاضي يسعى محاولاً في البحث عنها من جديد وذلك بالإستناد إلى قواعد الخارجية لتفسير العقد.

وفي حالة تفسير الشك لمصلحة المدين يجب أن يكون لمصلحة الطرف المدعن، والجدير بالذكر أن على القاضي الالتزام عند تفسير العقد بالإرادة المشتركة، كما عليه الأخذ بالعبارات الواضحة، إلا أن الخروج منها يؤدي إلى تحريف وبالتالي يخضع القاضي إلى رقابة محكمة النقض.

الكلمات المفتاحية:

العقد - القاضي - تفسير - الإرادة - الأطراف - الرقابة - محكمة النقض - النية المشتركة - غموض العبارة.