

شكر... واعتزاز

الشكر لكل من وضع بصمته

بدء بالسيد المشرف الدكتور خليل عمرو الذي منحني جزء من وقته على الرغم من كثرة التزاماته و الذي تكرم بقبول الإشراف على بحثي وغمرني بنصائحه و توجيهاته كما أتوجه بالشكر إلى أستاذي الأستاذ الدكتور سريير الميلود رئيس اللجنة و إلى أعضائها الأساتذة الكرام و لا يمكن أن أنسى أخي مليك الذي كان نعم العون لي في إخراج هذا العمل إلى النور
فبالشكر تدوم النعم ...

اعتزاز

أعترف أنني مدين لكل من ساهم في هذا العمل و معسر أنا أن أكافئهم لذا أرجوا من الله أن يجازيهم عنى خير الجزاء
مصدقاً لقوله صلى الله عليه و سلم
** من صنع لكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا فادعوا له ... **

** شكرا لكم جميعا **

ملخص

إنه متى كانت التشريعات مختلفة النزعات متباينة المناحي فإنه لا يشك أحد في صعوبة الجمع بينها على أساس مخالفة المنطق بالإضافة إلا أن هذا النهج يأباه العقل السليم و يتناقض مع الفن التشريعي و القضائي فمصادر التشريع هي الأداة الأساسية التي لا يمكن أن نعرف النصوص القانونية و تطبيقها على الوجه الصحيح إلا بالرجوع إليها و إلى تاريخها و تطورها و مدى تطبيقها في القضاء و ما قاله العلماء فيها , و هذه الأهمية العظيمة لمصادر القانون و مرجعيته هي التي دعتنا إلى ما قمنا به من هذا البحث , فالفكرة تدور حول مرجعية المشرع الجزائري في نظرية الالتزام و في أحد أهم مصادره و هو العقد إذ يعتقد أنه تبني أفضل الحلول التي توصل إليها الفقه و القضاء الفرنسي , و لا يخفى على أحد أن كل ما قام به هو ترجمة القانون الفرنسي و الاعتماد على القانون المدني المصري هذا الأخير الذي جاء في مذكرته الإيضاحية أنه استمد نصوصه من نحو عشرين تقنيًا و هو موطن الداء و علة العلل و مدار البحث , و لنفرض جدلا أن المشرع نجح في الجمع بين التشريعات المختلفة النزعات المتباينة المناحي , و هو أمر يخالف المنطق و يأباه العقل المتزن و ينقضه الفن التشريعي و الفقه و القضاء و ما يؤخذ عليه أيضا أنه أهمل الشريعة الإسلامية كمصدر على الرغم من أن كل الحلول التي تبناها في باب العقد قد تناولتها بأكثر تفصيل و دقة .

فالمشرع الجزائري أخذ النصوص المتعلقة بالعقد عن المشرع الفرنسي صاحب النزعة الذاتية و لما رأي الحاجة إلى وجوب أخذ بعض الحلول عن مصادر أخرى تأخذ بالنزعة الموضوعية رجع أيضا للمشرع الفرنسي الذي تأثر بهذه الحلول و كانت قبلته في ذلك القانون الألماني و البولوني و البرازيلي ...

و الغريب في الأمر أن المشرع الجزائري لم يكلف نفسه عناء البحث عن هذه الحلول في الكنوز المدفونة في الشريعة الغراء إذ لو فعل لأدرك أن كل ما يعتقد أنه أحدث ما توصل إليه الفقه و القضاء في فرنسا هو موجود بأكثر تفصيل و فائدة في الشريعة الإسلامية و سوف نرى ذلك في كل مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد فنرى مظاهر هذه النزعة في تكوين العقد بدء بتعريفه إلى أركانه و شروطه ثم في مرحلة تنفيذه و في بطلانه و في آثار هذا البطلان العرضية و في تدخل القاضي و حتى في قيام المسؤولية العقدية لنستنتج في الأخير أن كل الحلول التي تبناها المشرع عن المشرع الفرنسي هي حلول موجودة في الشريعة الإسلامية .

	الشكر
	الملخص
	الفهرس
8	المقدمة
12	1 النزعة الموضوعية في تكوين العقد
12	1-1- النزعة الموضوعية في قيام العقد في الظروف العادية
12	1-1-1- في أركان العقد
12	1-1-1-1 في أركان العقد في الفقه الإسلامي
12	من خلال مفهوم العقد
14	تعريف العقد في التشريعات المستمدة من الفقه الإسلامي
14	أ - تعريف مجلة الأحكام العدلية للعقد:
14	ب- تعريف العقد في التقنين المدني العراقي
15	ج - تعريف العقد في القانون المدني الأردني
15	نزعة هذه التعاريف
16	حصر أركان العقد في الفقه الإسلامي
16	مظاهر النزعة الموضوعية في ركن التراضي في الفقه الإسلامي
16	أ - صيغة العقد
18	ب - تطابق الإرادتين
18	التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد
19	التعاقد بين غائبين ومجلس العقد
20	مظاهر النزعة الموضوعية في ركن المحل في الفقه الإسلامي
20	وجود المحل في الفقه الإسلامي
22	المحل الممكن
22	تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي
23	صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي
23	مظاهر النزعة الموضوعية في ركن السبب في الفقه الإسلامي
24	1-1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد في القانون المدني الجزائري
25	تعريف العقد في التقنين المدني الجزائري
25	بيان نزعة تعريف العقد في القانون المدني الجزائري
26	تبيان وحصر أركان العقد في القانون المدني الجزائري
27	مظاهر النزعة الموضوعية في الركن الرضا
27	التعبير عن الإرادة
29	موت المعبر أو فقدانه أهليته
29	أحكام الإيجاب والقبول

29	أحكام الإيجاب
31	التعاقد بين غائبين
32	مظاهر النزعة الموضوعية في الركن المحل في القانون المدني الجزائري
32	المحل المستقبل
33	المحل الممكن
33	مشروعية المحل في القانون المدني
35	مظاهر النزعة الموضوعية في ركن السبب
36	1-1-1-3 - تعقيب و موازنة
37	1-1-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد
38	1-1-2-1-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد في الفقه الإسلامي
38	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الغلط في الفقه الإسلامي
40	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر التدليس في الفقه الإسلامي
41	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الإكراه في الفقه الإسلامي
42	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الاستغلال في الفقه الإسلامي
44	1-1-2-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد في ق م ج
44	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الغلط في القانون المدني
45	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر التدليس في القانون المدني
47	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الإكراه في القانون المدني
48	مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الاستغلال في القانون المدني
49	1-1-2-3-3 - تعقيب و موازنة
51	1-2-2-2 - النزعة الموضوعية في قيام العقد في الظروف الاستثنائية
51	1-2-1-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تكوين العقد
51	1-1-2-1-1 :- مظاهر النزعة الموضوعية أثناء تدخل القاضي في تكوين العقد في الفقه الإسلامي
51	دور القاضي في تعديل العقد الاستغلال
52	دور القاضي في تعديل العقد لافترانه بشروط تعسفية
53	1-2-1-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي أثناء تكوين العقد في القانون المدني الجزائري
53	سلطة القاضي في التعديل للاستغلال في القانون المدني
55	سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقود الإذعان في ق م
56	1-2-1-3 - تعقيب و موازنة
57	1-2-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية لبطلان العقد
57	1-2-2-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية للبطلان في الفقه الإسلامي
57	إنقاص العقد في الفقه الإسلامي
58	في نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي
59	1-2-2-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية للبطلان في ق م ج
59	في إنقاص العقد في القانون المدني الجزائري
61	في تحويل العقد في القانون المدني الجزائري
62	1-2-2-3-3 - تعقيب و موازنة
63	2- النزعة الموضوعية في مرحلة تنفيذ العقد

64	1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي أثناء مرحلة تنفيذ العقد
64	1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في تفسير العقد
64	1-1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في تفسير العقد في الفقه الإسلامي
64	من حيث دور التفسير
65	من حيث أدوات التفسير
66	2-1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تفسير العقد في م ق ج
67	في دور التأويل كمظهر من مظاهر النزعة الموضوعية
68	في عوامل استخلاص الإرادة
70	2-1-1-3- تعقيب و موازنة
71	2-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد
71	1-2-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي
71	في دور القاضي في تعديل للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
73	في دور القاضي في تعديل أجل الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي
74	في دور القاضي إزاء الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي
75	2-2-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد في القانون المدني
75	في دور القاضي في الظروف الطارئة في القانون المدني
77	في دور القاضي إزاء أجل الالتزام العقدي في القانون المدني
78	في دور القاضي إزاء الشرط الجزائي في القانون المدني
79	2-2-1-3- تعقيب و موازنة
81	2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في الإخلال بتنفيذ العقد
81	1-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي
81	1-1-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي
81	في معيار قياس الإخلال
83	في معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
84	2-1-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي في القانون المدني
84	في معيار قياس الإخلال
85	في معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني
87	2-1-3- تعقيب و موازنة
89	2-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية
89	1-2-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي
89	في الرابطة السببية
90	في قيام المسؤولية العقدية عن الأشياء في الفقه الإسلامي
91	2-2-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري
91	في الرابطة السببية في القانون المدني الجزائري
92	في قيام المسؤولية العقدية عن الأشياء في القانون المدني الجزائري
93	2-2-2-3- تعقيب و موازنة
94	الخاتمة
98	الهوامش
101	المراجع المعتمدة

مقدمة

العقد هو مصدر من أهم مصادر الالتزام الإرادية يتنازعه كما في الالتزام مذهبين أحدهما شخصي تغلب عليه النزعة الذاتية و الآخر مادي يغلب النزعة الموضوعية , فالقانون الفرنسي و القانون الإيطالي , على رأس التشريعات التي تذهب مذهبا شخصيا في العقد , أما القانون الألماني , و القانون السويسري , و القانون النمساوي و القانون البرازيلي ... و هذه هي صفوة القوانين الحديثة فتتجه اتجاها ماديا, و من خلال دراستنا هذه سنحاول الكشف عن مظاهر النزعة الموضوعية في العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. ويقصد بالنزعة الموضوعية أو المادية هي أن ينظر إلى المادة والمحل باعتباره الأساس الأول في العملية التعاقدية , فينظر إلى العقد في المقام الأول باعتبار أثره في المعقود عليه , دون النظر إلى كونه علاقة بين العاقدين [1] ص 128, طبعا هذا لا يمنع من النظر إلى هذه العلاقة في المرتبة الثانية , أما النزعة الذاتية أو الشخصية فهي التي تعطي لطرفي الالتزام المكان الأول من الاعتبار في تلك الرابطة القانونية , وبالتالي فمقتضى النزعة الذاتية في نظرية العقد هو أن يكون الاهتمام بالتعبير عن الإرادة أكثر من الاهتمام بآثار العقد , وبذلك تكون اللحظة الهامة في كيان العقد هي لحظة تكوينه وان يكون الاهتمام بتعريف العقد هو أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين , وان يكون التعويل على الإرادة الباطنة أكثر من التعويل على الإرادة الظاهرة .

أما النزعة الموضوعية التي هي محور دراستنا فمقتضاها أن يكون الاهتمام في تعريف العقد بآثاره, أي تنفيذه أو عدم تنفيذه, وان يكون الاهتمام بالتوقعات القانونية أكبر من الاهتمام بتقابل الإرادتين , وان يكون التعويل على الإرادة الظاهرة أولى من التعويل على الإرادة الباطنة . وجدير بالذكر أن التفرقة بين النزعتين: الشخصية والموضوعية و ما تثيره من جدل لا تخلو من نتائج عملية سواء في نظرية الالتزام أو في نظرية العقد [2] ص 254 , فعلى هذا نظر الفقه الإسلامي للعقد نظرة مادية فأعتبره علاقة مالية أكثر من كونه علاقة شخصية ذاتية.

وسنرى من خلال بحثنا هذا أن هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها كبير الأثر في مبادئ

العقد الأساسية وفي تفصيلات أحكامه , وهي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة

الباطنة وذلك من خلال التعرف على مظاهر هذه النزعة الموضوعية في العقد , وهذه النزعة لا تتميز بها

الشريعة الإسلامية فقط وإنما تسود أيضا الفقه الألماني والفقه الإنجليزي , بخلاف الفقه اللاتيني المشتق من

القانون الروماني فإن النزعة الذاتية هي التي تسوده [3] ص 77

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لسبر موقفه بين موضوعية الألمان وذاتية اللاتينيين , على الرغم من

أن القوانين المستمدة من المدرسة اللاتينية تأثرت في الخمسين عاما الأخيرة , منذ ظهور التقنيين الجرمانى

بالنزعة الموضوعية تأثرا كبيرا , فإننا نجد أن القانون المصري الذي تأثر به القانون المدني الجزائري تأثر هو

بدوره مثل ما تأثر به القانون المدني الفرنسي المتأثر ببعض النزعات الجرمانية [4] ص 88 .

والملاحظ أن في القانون المدني الجزائري وبالخصوص الفصل منه المتعلق بمصادر الالتزام فإن لجنة إعداد

هذا القانون - كما جاء في عرض الأسباب

- أخذت بالمشروع الفرنسي الإيطالي , الذي اعتمد أساسا على المذهب الشخصي مع مراعاة الأوضاع

الجديدة التي طرأت على المجتمع الليبرالي منذ مطلع هذا القرن [5] ص 16 .

وبالتالي إن وجود بعض الأحكام السائدة في النظرية الموضوعية في القانون المدني لاسيما في نظرية العقد ,

والتي نحاول إبراز مظاهرها من خلال هذه الدراسة وقد تم استحداثها من أجل استقرار المعاملات , ومعنى

استقرار المعاملات أن تكون تصرفات الإرادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي

ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاص بأسباب جهلها المتعاقد وليس هو المقصر في اجتنابها , وذلك لكي

يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملته وهو مطمئن إلى استقرارها وعلى يقين بثباتها [6] ص 474 , فالنظر

إلى مصلحة استقرار المعاملات يقتضي أن يهدف القانون إلى أن يكون قانونا حيا وعمليا , بأن يحمل عوامل

التطور وعوامل الاستقرار , فعوامل التطور هي المعايير المرنة التي أخذها القانون المدني للتخفيف من النزعة

الذاتية الجامدة , أو حتى حلول النزعة الموضوعية محل النزعة الذاتية في بعض الأحيان , وهو ما نحاول أن

نكشفه في دراسة مظاهر النزعة الموضوعية في نظرية العقد .

فالموضوعية يرى السنهوري بأنها صنو للإرادة الظاهرة , من أكبر عوامل الاستقرار , وهي من أبرز سمات

القانون الجديد [7] ص 378, و التي من أمثلتها ما يسترشد به القاضي عند التفسير وكذا عناية الرجل المعتاد,

بالإضافة إلى انه رغم استعماله لبعض المعايير الذاتية إلا انه قيدها بضوابط موضوعية وهو ما نتعرض له في هذا البحث.

لذلك فقد يتساءل البعض عن جدوى المقارنة بين أحكام القانون المدني والشريعة طالما أن الشريعة الإسلامية تتم عن نزعة موضوعية وأنا سنكتشف وجود بعض مظاهر النزعة الموضوعية في القانون المدني الجزائري وبالتالي سنصل إلى أنه لا يوجد هناك تعارض مع الشريعة الإسلامية.

فنجيب ونقول أننا اخترنا المقارنة لما فيها من أهمية سواء اتفق الرأي القانوني مع الرأي الشرعي أم لم يتفق, وتبدو الأهمية من خلال ما يأتي :

- ففي حالة عدم الاتفاق إن وجد يفيد ذلك معرفة أوجه الاختلاف بين الأحكام الشرعية والقانون المدني.
- أما في حالة الاتفاق فالدراسة المقارنة مهمة كذلك، لأن إسناد الحكم القانوني إلى الرأي الشرعي الذي يتفق معه ويقطع صلته بمصادره في القانون الوضعي.

فاتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسا للقانون المدني من شأنه أن يحل العديد من المشكلات, ولعل أبرزها هي مشكلة الشعور بالزام أحكام القانون, ولا يكفي لتوليد هذا الشعور لدى الإنسان أن يقال له أن القانون هو ما أراه الحاكم لأنه بشر, كما لا يكفي القول بأن القانون هو إرادة الأمة ممثلة في نوابها لأننا نعلم أن النائب إنسان ينحرف ويميل, وبالتالي الشعور بالزام القانون لا يتحقق إلا إذا اقتنع الإنسان بأن مصدر القانون هو قوة عليا يسلم لها الحكم, وليس من قوة يمكن أن يسلم لها الإنسان بذلك غير قوة الله الحكم العدل.

ومن هنا تبرز فكرة هذا البحث أو الدراسة: (مظاهر النزعة الموضوعية في العقد بين القانون المدني والشريعة الإسلامية) والذي سنحاول فيه بيان ما مدى تأثير الحلول التي قننها المشرع الجزائري والتي تشكل مظاهر للنزعة الموضوعية على التوجه العام في القانون المدني الجزائري؟

وما مدى توافقها مع النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي؟ وبالتالي مدى نجاحه في انطلاقته وتدرجه؟

وعليه فإن الدراسة تقتصر على إبراز مظاهر النزعة الموضوعية في النظرية العامة للعقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, من خلال المراحل التي يمر بها العقد من مرحلة التكوين إلى مرحلة

التنفيذ, وفي كل مرحلة تشهد ظروفًا عادية وأخرى استثنائية, لذلك تكون الدراسة مظاهر النزعة الموضوعية في تكوين العقد (فصل 1) ثم مظاهر هذه النزعة في مرحلة تنفيذ العقد (فصل 2).

و أود أن أنوه أنه تم استعمال مصطلح الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي كمرادفين , رغم اختلافهما في علم الاصطلاح [8] , [9] , [10] , [11] ص 14 , 113 , 27 , 195 , فالمقصود بهما في هذه المذكرة هو التشريع الإسلامي أو القانون الإسلامي المتعلق بالمعاملات , لذلك فكل إشارة إلى الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي فإنه يقصد بهما القانون الإسلامي.

و انطلاقًا من قاعدة أن طبيعة الموضوع تحدد طبيعة المنهج, لذلك اعتمدت المنهج المقارن وحرصت على أن أجد أن الحلول التي توصل إليها التقنين المدني الجزائري لها أصل في الفقه الإسلامي, مع الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي في الحدود التي تسمح بها الدراسة.

1 - النزعة الموضوعية في مرحلة تكوين العقد :

الأصل أن العقد ينشأ بإرادة الطرفين دون تدخل لأي طرف أجنبي, مع الأخذ في الاعتبار باقي أركان العقد, و رغم هذه النشأة الذاتية أو العادية فإنه توجد بعض مظاهر النزعة الموضوعية في تكوين العقد في الظروف العادية (المبحث الأول), إلا أن تكوين العقد لا يقتصر على هذه الظروف العادية وإنما قد يتدخل طرف آخر منحه المشرع هذه السلطة و هو القاضي, و بذلك يكون القاضي قد ساهم في تكوين العقد مما يفيد انه نشأ في ظروف غير التي اعتاد عليها الأطراف, و هذه المرحلة لا تخلو من مظاهر النزعة الموضوعية, و بالتالي سنتناول هذه المظاهر أيضا في قيام العقد في الظروف الاستثنائية (المبحث الثاني)

1-1 - النزعة الموضوعية في قيام العقد في الظروف العادية :

تثار في هذه المرحلة العناصر التي تؤدي إلى قيام العقد و المستخلصة من تعريفه أساسا و التي تتمثل في أركان العقد (مطلب أول) ثم نتناول مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد (مطلب ثان)

1-1-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد :

نتناول في فرع 1 مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد في الفقه الإسلامي و التي نرى من خلالها مفهوم العقد في الفقه الإسلامي (1) ثم نزعة هذا التعريف (2) ثم نتطرق إلى حصر أركان العقد (3) ثم نبين مظاهر النزعة الموضوعية فيها (4) و نفس النهج نتبعه بالنسبة للقانون المدني و ذلك في فرع ثاني ثم نحاول الموازنة و التعقيب في فرع ثالث

1-1-1-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد في الفقه الإسلامي :

نستشف الأركان من خلال مفهوم العقد لذلك نتناول تعريف العقد في الفقه الإسلامي (1) ثم نحدد نزعة هذا التعريف (2) ثم نتناول أهم التقنيات التي أخذت بهذا المفهوم (3) لنصل إلى حصر أركان العقد في الفقه الإسلامي (4) ثم نبحث مظاهر النزعة الموضوعية في كل ركن على حدة.

من خلال مفهوم العقد في الفقه الإسلامي :

يدور العقد في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية حول معنيين عام وخاص, المعني العام هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي سواء أكان صادراً من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة أم

صادرا من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة [12] ص 43 وهذا التعريف أخذ به الكثير من الفقهاء ولا سيما فقهاء الحنفية , والمعنى الواسع الذي ذكره المفسرون للعقد لا يخرج عن أصل معناه اللغوي والذي هو الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد, وهذا الطرح لا ينفي وجود اختلافات كثيرة بين الفقهاء حول مفهوم العقد سواء بمعناه العام والخاص كل حسب الزاوية التي يرى منها ومدى اعتبار التصرفات الصادرة بإرادة منفردة عقدا أم لا .

وما يهمنا في بحثنا هو المعنى الخاص أو المعنى الشائع المشهور , والجدير بالذكر أن هناك تعاريف كثيرة للعقد في معناه الخاص سواء عند الفقهاء المتأخرين والمحدثين , ومعظم هذه التعاريف انتقدت [1] , [12] , [13] ص 112 , 40 , 16 , والتعريف الذي يلبي الحاجة تقريبا هو "التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول" [1] ص 128 , لأن الغاية من التعريف توضيح المراد بالمعريف فقط.

و هذا التعريف إخراج الالتزام الحاصل من غير ارتباط الإيجاب والقبول كالإرادة المنفردة من دائرة العقد. لذا نحاول شرح هذه المصطلحات التي جاءت في هذا التعريف حتى يسهل علينا فيما بعد تصنيف هذا التعريف وتحليل نزاعته .

جاء في هذا التعريف "التزام" والمراد به إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له , وهذا المفهوم أي تعريف العقد بالالتزام أورده الكثير من الفقهاء لأن العقد أريد به إلزام الوفاء , أيضا إضافة التزام إلى شيء لاكتمال العقد , لأن مجرد التزم أو تعهدت دون ذكر الملتمزم به صراحة أو ضمنا لا يسمى عقداً , والمراد بالارتباط هو تعلق الإيجاب بالقبول وهو شيء محسوس , وإلا إيجاب هو التعبير الصادر أولا والقبول ما صدر تعبيرا عن الرضا بما أعلن عنه الموجب وهناك تعريف آخر اختاره الدكتور محمد سعيد جعفرور وذلك بعد تتبعه لمختلف تعريفات الفقهاء إذ رأى بأن العقد هو "ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المحل المعقود عليه بما يدل على ذلك من عبارة أو إشارة أو فعل , ويترتب عليه التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب به للأخر سواء كان فعلا أو تركا" [13] ص 19 .

والملاحظ أن أغلب التعاريف التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخلو من عبارة ارتباط , يعني ذلك أنه متى حصل الإيجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين شخصين

بموضوع العقد - وموضوع العقد هو الأثر المقصود منه الذي شرع العقد لأجله - أي حكمه الشرعي [6] ص 382
ولمصطلح الارتباط دلالة تتم على نزعة ركن إليها فقهاء الشريعة الإسلامية, بالإضافة للمفاهيم الأخرى,
وهذا ما سنوضحه بعد التطرق إلى تعريف العقد في التشريعات المستمدة من الشريعة الإسلامية

تعريف العقد في التشريعات المستمدة من الفقه الإسلامي:

نريد أن نقول من خلال إدراج هذا العنصر أن ما تم طرحه من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لم يهمل ولم تكن
دراسة دون جدوى وإنما وجد طريقه للتشريعات الحديثة والاستفادة منه, ونأخذ بعض هذه الأمثلة من هذه
التشريعات التي قننت ما أبدعه فقهاء الشريعة الإسلامية .

أ - تعريف مجلة الأحكام [14] ص 105 العدلية للعقد:

مجلة الأحكام العدلية هي مستمدة من الفقه الحنفي قام بها طائفة من علماء الدولة العثمانية برأسه احمد
جودت باشا وزير العدلية وهي من أعظم آثار الدولة العثمانية وتمت صياغتها متأثرة بمنهجية القانون
المدني الفرنسي الصادر سنة 1804.

فقد عرفت المادة 103 من المجلة العقد بأنه "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط
الإيجاب بالقبول.

ب - تعريف العقد في التقنين المدني العراقي :

عرف التقنين المدني العراقي العقد تعريفاً مستمداً من الفقه الإسلامي وذلك في المادة 73 بنصها "العقد هو
ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره كما في المعقود عليه "
وهو نفس التعريف الوارد في المادة 103 من التقنين الكويتي وأيضا ذات التعريف الذي أورده المادة 262
من مرشد الحيران [15] ص 38

ج - تعريف العقد في القانون المدني الأردني [16]:

عرف التقنين المدني الأردني العقد في المادة 87 منه بقولها " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " .

هذه النماذج من التقنينات التي أخذت بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية سواء القديمة كمرشد الحيران أو مجلة الأحكام العدلية أو الحديثة كالتقنين العراقي و الكويتي و الأردني نماذج حية و حديثة تنم عن إبراز دور الفقه الإسلامي في حركة التقنين .

نزعة هذه التعاريف:

طالما أنه لم يتم التطرق إلى كل التعاريف التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية, وإنما في عينة منها فقط بقدر ما يخدم البحث, و أيضا لأن لهم وجهة نظر واحدة تقريبا, إذ نظروا للعقد باعتباره يترتب عليه الأثر في المعقود عليه وهو تغير المحل من حالة إلى حالة أخرى و باعتباره علاقة مالية أكثر من كونه علاقة بين طرفين , هذا التوجه ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي [1], [15]ص 138, 38 .
والدليل على ذلك أن أغلب الفقهاء, لاسيما الحنفية لم يجعلوا العاقدين ركنا من أركان العقد, و أيضا لتغليب المحل على الطرفين, ترتب على هذا التوجه آثار كثيرة , منها جواز انتقال الالتزام والأخذ بمبدأ النيابة و الحوالة وغيرها بما يتلاءم مع طبيعة المعاملات وذلك من أجل التيسير وهو ما يميز الفقه الإسلامي الذي يسعى إلى رفع الحرج والى التيسير, و هذا التوجه لا يمنع من النظر إلى العلاقة بين العاقدين ولكن في المرتبة الثانية فعلى هذا فالفقه الإسلامي نظر إلى الالتزام أو العقد نظرة مادية فاعتبره علاقة مالية أكثر من كونه علاقة شخصية ذاتية.

غير أن هذه النزعة الموضوعية لم تظهر في تعاريف بعض الفقهاء [1]ص 130 وذلك على أساس عدم ذكر عبارة "على وجه يترتب عليه أثره الشرعي " فليس في تعريفهم أي إشارة إلى هذه النزعة بدليل أنهم حصروا العقد في مجموع الإيجاب والقبول فقط دون التطرق إلى أثره في المعقود عليه إلا أن ذلك لم يفسر على أنه الأخذ بالنزعة الذاتية وإنما فسر ذلك بالنزعة الظاهرية أو الحسية [1]ص 130, لكن لا على تفسيرها

بالمحل ,بل على تفسيرها بالمحسوس وهو الصيغة التي تظهر عند من يعتدون بالإرادة الظاهرة لاسيما فقهاء الحنفية ولا تظهر عند من يعتدون بالإرادة الباطنة كفقهاء الحنابلة وسيوضح أكثر عند التطرق إلى أركان العقد وشروط صحته .

حصر أركان العقد في الفقه الإسلامي :

طالما أننا اخترنا المفهوم الغالب والمشهور للعقد والذي هو المعنى الخاص فإن تحديد أركان العقد يكون في هذا المعنى , وطالما أن أركان العقد في القانون المدني الجزائري هي التراضي والمحل والسبب وهي الأركان المتفق عليها فإننا سنتناول نزعة هذه الأركان في الفقه الإسلامي حتى يسهل علينا فيما بعد الموازنة بينهما بالإضافة إلى أن هذه الأركان هي الغالب في الفقه سواء الإسلامي أو القانوني .

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن التراضي في الفقه الإسلامي:

نتكلم في هذه النقطة عن مظاهر النزعة الموضوعية في وجود التراضي الذي نتناول فيه صيغة العقد وتطابق الإرادتين ونرجى الحديث عن صحة التراضي في المطلب الثاني عند الحديث عن شروط صحة العقد .

أ - صيغة العقد:

يراد بالصيغة ما يتحقق به العقد ويوجد بما يدل على ذلك من لفظ أو إشارة أو كتابة أو فعل أو غيرها من وسائل التعبير اللفظية وغير اللفظية^{[12]ص87} , و ينازع في هذا العنصر مذهبان في الفقه الإسلامي, مذهب يرتكن إلى النزعة الذاتية وأساسه في ذلك, قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". هذه القاعدة اعلمها بأوسع نطاق المالكية والحنابلة , أما الشافعية فاعتداهم بالألفاظ دون التحري عن قصود أصحابها أخذاً بالظاهر والله يتولى السرائر ,وفي ذلك قال الشافعي رحمه الله "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبائعين وأجزته بصحة الظاهر ,واكره لها النية لو ظهرت تفسد البيع , وكما يكره للرجل يشتري السيف على أن يقتل به, ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه انه يقتل به ظلماً, لأنه قد لا يقتل به ,ولا يفسد عليه البيع , وكما اكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه يعصر خمراً, ولا افسد عليه البيع إذا باعه, لأنه باعه حلالاً ,وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً, وفي صاحب السيف ألا يقتل به أبداً"^{[17]ص151} .

وقد أوضح هذه النزعة ما نقله ابن القيم إذ ذكر أنه لا تأثير للقصد المقرون بالعقد في بطلان الأسباب الظاهرة عند الشافعي, في حين يرى هو عكس ذلك, أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ [17]ص 152, بينما تظهر النزعة الموضوعية فيما ذهب إليه فقهاء آخرون مستندون إلى قاعدة فقهية تقول "أن المعتبر في أوامر الله المعنى, و المعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ" [17]ص 152, و أيضا هناك قاعدة يأخذ بها مذهب الشيعة تعضد القاعدة السابقة وهي تقول " إنما يحرم ويحلل الكلام ", وفي تفسير هذه القاعدة يقول أحد علماء الشيعة الشيخ آل كاشف الغطاء ((...العقود تابعة للمقصود, يريدون أن كل معاملة كالبيع والإجارة والرهن لها ألفاظ تخصصها بحسب الوضع و الشرع, فيعبر بالعقد, ولكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد إلا بقصد معناه من لفظه, فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر كما لو قصد من البيع الإجارة أو من الإجارة البيع جاز و لو مجازاً كان البيع باطلاً, لأن المدار على القصد وجد دون اللفظ " [17]ص 153 .

وللتدليل أكثر على النزعة الموضوعية بالنسبة لركن الصيغة, ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إعطاء تفسير يتلاءم مع هذا التوجه ويتكيف مع هذه النزعة, إثر إعطاء معنى آخر لقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ; انه لعل المراد بهذه القاعدة إن الألفاظ تتبع ما أريد وقصد منها لا ما هي دالة بحسب وضعها التعيني, ذلك أن للفظ أنساً وملابسة مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه نفور ووحشة من المعنى غير الموضوع له, وعلى كل فالصراحة اللازمة سيما في العقود اللازمة توجب استعمال الألفاظ الدالة على المعاني المقصودة بالوضع والمطابقة لا بالمجاز والكناية, فضلا عن الغلط, لذلك رأوا أن المادة تكون على النحو التالي : " العبرة في العقود للمقصود والمعاني مع الألفاظ والمباني " [17]ص 153 .

خلصنا بالنسبة لتعريف العقد في الفقه الإسلامي انه ينم عن نزعة موضوعية, وهذه النزعة التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في المبادئ الأساسية للعقد وفي تفصيل أحكامه, ومن بين هذه الآثار أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة وذلك وفق مبدأ عام هو أن الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة, فإن كانت الصيغة للحال انعقد العقد .

وإن كانت للاستقبال لا ينعقد , أما إذا كانت الإرادة غير واضحة بأن احتملت الصيغة الحال و الاستقبال تعين الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد , وإلا لم ينعقد . هذا بالنسبة إلى صيغة العقد اللفظية الذي تم بناء مبدئها وفقا لعدة نصوص فقهية وفي مختلف المذاهب^{[3]ص4} , والصيغة سواء كانت لفظية أو غير لفظية مثل الرسالة أو الكتابة , الإشارة أو التعاطي أو اتخاذ أي موقف آخر يدل على الرضا في بعض الأحيان, كالكسوت الذي يعتبر موقفاً سلبياً محض, لا يخرج هذا عن نطاق ما تم ذكره بشأن نزعة الصيغة لأنه مبدأ عام .

ب - تطابق الإرادتين:

تبرير إدراج هذا العنصر هو أن له مقابل في القانون المدني, لذلك نبحت مظاهر النزعة الموضوعية فيه, حتى يسهل علينا إجراء موازنة, هذا يحتم علينا التمييز بين التعاقد بين حاضرين وبين غائبين, فنعالج كل من الفرضيتين على أساس أنه تظهر النزعة الموضوعية في هذا العنصر أو ذاك.

التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد:

يقصد بمجلس العقد أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد والغرض هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل أو يرفض الإيجاب^{[18]ص6} , إلا أن بعض الفقهاء يرون أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد حتى غرقوا في وصف المكان و أخذوا بفكرة تغير المجلس بتغير المكان, فصار مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما^{[12]ص130} .

ولم يشترط الجمهور فورية القبول والتي أخذ بها المذهب الشافعي حتى لا يحرم المتعاقد من فرصة التدبر والتأمل, لذلك قالوا بخيار المجلس والمهم أن يكون القبول مادام المجلس قائماً إلا أنهم استثنوا من ذلك بعض العقود التي تتطلب أن يكون القبول بمجلس العقد منها الوصية و الايصاء والوكالة^{[12]ص131} .

ومن مظاهر النزعة الموضوعية ما أخذ به كل من الحنفية والمالكية بشأن منع خيار المجلس فالعقد عندهم تم في مجلسه بصدور القبول وبذلك يمتنع أي من المتعاقدين أن يرجع بعد ذلك, لأن صفة العقد الإلزام ولا إلزام إذ أجزى لأي منهما الرجوع وان تراخى القبول إلى نهاية المجلس^{[12], [18]ص137, 11} .

والنزعة الموضوعية تظهر في الإبقاء على العقد وعدم الالتفات إلى طرفي العقد في محاولة الرجوع عنه , لأن ذلك فيه مساس باستقرار المعاملات , وأيضا عدم تحقق أهداف العقد , وقد رجح الأستاذ السنهوري هذا المذهب لعدة اعتبارات منها قوة حجته وأيضا لان التسليم بخيار المجلس يؤدي إلى آثار سلبية لاسيما بتعليق مصير العقد وزعزعة قوته الملزمة[18]ص9 .

التعاقد بين غائبين ومجلس العقد:

يقصد بمجلس العقد بين غائبين هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول وفي هذه الحالة ينعقد العقد بمجرد القبول وإعلانه , طالما لم يرجع الموجب عن إيجابه , ويبقى خيار القبول للمتعاقد الذي بلغه الإيجاب وفي حالة الكتابة يجوز تكرار المجلس بتكرار قراءة الكتاب , كما يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر في التعاقد وقبل بلوغ الكتاب أو الرسالة سواء علم أو لم يعلم[12]ص150 المتعاقد الآخر بهذا الإيجاب , والظاهر من مختلف نصوص الكتب الفقهية لمختلف المذاهب أن العقد بين غائبين يتم بمجرد إعلان القبول قبل رجوع الموجب عن إيجابه , فكما أن رجوع الموجب عن إيجابه لا يشترط أن يكون قد علم به من وجه إليه بحيث لو سحب إيجابه قبل قبوله لم يتم العقد [1]ص1094 .

وهذا يفيد الأخذ بنظرية إعلان القبول وهذه النظرية في حقيقتها قريبة من النزعة الموضوعية لاقتربها من المذهب المادي , إذ يجعل العقد يتم بمجرد أن يتوافر لدى من وجه إليه الإيجاب ما يدعوه للثقة بقيام هذا الإيجاب .

هذا بايجاز عن مكان وزمان تمام العقد , أما بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة وأي الإرادتين أخذت الشريعة الإسلامية الإرادة الباطنة أم الظاهرة فإننا سنتطرق لها في عنصر تفسير العقد لأن مسألة الاعتداد بالإرادة الباطنة أو الظاهرة يوحى بوجود منازعة وهذه المنازعة تقتضي تدخل القاضي وتدخله في العقد يفيد ظروف غير عادية لدخول طرف آخر في العقد , وكل ما يؤثر على التكوين العادي للعقد نتطرق إليه في الظروف الاستثنائية في تكوين العقد .

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن المحل في الفقه الإسلامي:

المحل أو المعقود عليه هو ما يثبت فيه أثر العقد و أحكامه, وهو المقصود من العقد وغايته, والمعقود عليه

قد يكون مالا أو أعيانا مالية أو منافع أو عملاً [12]ص 216

والجدير بالذكر أنه اتخذ المحل كميّار لتقسيم وتصنيف بعض العقود , و لا نخوض في الجدل الفقهي الذي يدور حول هل المقصود بالمحل محل الالتزام أم محل العقد, وطالما انه يذكر عادة مقترنا بالعقد وطالما أن المشرع الجزائري اعتبره ركنا في العقد, لذلك سوف نرى مظاهر النزعة الموضوعية في شروط المحل في الفقه الإسلامي, وهي نفس الشروط التي سنتعرض لها في القانون المدني والتي هي أولا أن يكون المحل موجود أو ممكنا ثانيا أن يكون معنيا أو قابلا للتعيين ثالثا أن يكون صالحا للتعامل فيه.

وجود المحل في الفقه الإسلامي:

بتتبع نصوص الفقه الإسلامي وفي مختلف مذاهبه نجده يضيق بحاجات التعامل وذلك على الوجه الذي استقر عليه في عصور التقليد, فقد كان الأصل الذي قام عليه عدم جواز بيع المعدوم هو فكرة الغرر, ولكن سرعان ما اختلف هذا الأصل , و أصبح انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان ولو لم يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير [18]ص 31 , لذلك نجد إجماعا من المذاهب على أن الشيء إذا لم يكن موجوداً أصلا وقت التعاقد كان العقد باطلاً , حتى لو كان وجوده محققا في المستقبل , وسلم الفقهاء بأن الشيء إذا كان موجوداً في أصله دون أن يوجد كاملا كالزرع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه فهذا الوجود الأصلي يكفي لجواز العقد , أما انعدام الشيء أصلاً فقد خلطوا بينه وبين الغرر , واعتبروا أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد هذا كأصل عام. إلا انه ونظراً للحاجة وتعامل الناس اوجدا ثغرتين في المبدأ الذي جمد عليه الفقهاء , فأجاز الفقه الإسلامي بيع المعدوم في بيع السلم يعرف السلم على أنه بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوضة في الحال على أن يوجد الشيء و يسلم المشتري في أجل معلوم و سمي المشتري المسلم أو رب السلم و البائع المسلم إليه و المبيع المسلم فيه و الثمن

رأس المال [18], [19]ص 52 , 3602

و الإستصناع الذي هو أيضا كالسلم من ضروب بيع المعدوم و يختلف عنه في أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة أما المبيع في الاستصناع فهو عين لا دين , و البائع في الاستصناع هو الصانع و المشتري هو المستصنع (بالكسر) و المبيع هو المستصنع (بالفتح) . هذه الاستثناءات أجازها الفقهاء لجريان التعامل بها والضرورة وهذا يفيد مرونة الفقه الإسلامي بالإضافة رعايته لاستقرار المعاملات ونظريه للمجتمع وهذا كله يدخل في باب النزعة الموضوعية.

والحلول التي وصل إليها الفقه الإسلامي قننها التشريع المدني العراقي في نص المادة 129 [18]ص 53 منه بقولها "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعينا نافيا للجهالة والغرر - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل." وأيضا نص القانون المدني الأردني على الحلول التي تظهر فيها النزعة الموضوعية وذلك من خلال المواد 157 إلى 164 [16].

وبالتالي الملاحظ من نصوص الفقه الإسلامي بشأن محل العقد إذا كان غير وجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وغير محقق الوجود فإن له خطر المعدوم , ومن ثم يدخل عنصر الغرر وعليه يحرم الغرر لا بيع المعدوم [18]ص 44 و حتى الغرر ليس كله منهي عنه فقد توصل فقهاء الشريعة أنه إذا كان يسير أو كان لضرورة يغتفر , على أن معايير الغرر : الغرر الكثير والغرر اليسير والغرر المتوسط والغرر الذي تدعوا إليه الضرورة مختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة, وفي عصر عن عصر, وهنا تدخل المعايير المادية ولعل في هذا رعاية لكل المصالح, المجتمع والأطراف وتطبيق المعايير المادية يفيد الارتكان إلى النزعة المادية أو الموضوعية, حتى إن الفقه الإسلامي ميز بين فروض ثلاثة عند التطبيق الصحيح لمعايير الغرر وهي [18]ص 53 :

- التعامل في التركات المستقبلية, ويكون باطلا لما يقع فيه عادة من الغبن والغرر
- التعامل فيما هو غير محقق الوجود في المستقبل غير التركات المستقبلية إذا كان التعامل احتماليا جزافيا, ويكون باطلا أيضا لما يقع فيه من الغبن والغرر
- أما إذا كان التعامل غير جزاف , بل إن المشتري لا يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من البيع , فلا غبن

في ذلك و لا غرر , ومن ثم ينبغي أن يكون البيع صحيحاً , ومن باب أولى ينبغي أن يكون البيع صحيحاً فيما هو محقق الوجود في المستقبل إذا كان التعامل غير جزاف .

المحل الممكن:

إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه , ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدرو التسليم عند العقد^{[18]ص 53} والكلام عن القدرة على تسليم المبيع يجرنا للحديث عن الاستحالة , ويذهب الفقه الإسلامي إلى مدى أبعد في تحديد معنى الاستحالة إذ هو يتوسع كثيراً في هذا المعنى وذلك أنه حتى يكون التسليم ممكناً ويصبح التعامل ممكناً لا يكفي أن يكون المبيع مقدور التسليم , بل يجب أيضاً أن يكون من غير ضرر , فإن كان هناك ضرر في تسليمه فسد التعامل , ويميز الفقه الإسلامي بين الاستحالة المطلقة والنسبية وذلك وفق معايير خاصة به وجعل الاستحالة المطلقة تؤدي إلى بطلان العقد دون النسبية التي تكون على المدين , ويستوي في ذلك أن تكون هذه الاستحالة النسبية قائمة وقت العقد أو لاحقة للانعقاد , عكس الاستحالة المطلقة التي يميز فيها الفقه بين الموجودة وقت العقد أو التي وجدت بعده , ففي الأولى تجعل العقد باطلاً والثانية ينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم,^{[18]ص 55} وهذا التمييز للتيسير والإبقاء على العقد قدر الإمكان مما يفيد رعاية كل المصالح . وما يقتضيه استقرار المعاملات بالإبقاء على العقد حماية للمجتمع أيضاً وهذا بلا ريب فيه ارتكان للنزعة الموضوعية مما أدى بالتقنين المدني العراقي و الأردني بالأخذ بهذه الحلول التي توصل إليها فقهاء الشريعة الإسلامية^[16].

تعيين المحل أو قابليته للتعيين في الفقه الإسلامي:

الأصل في الفقه الإسلامي أن المحل يتعين بالعلم المانع للجهالة الفاحشة ما يمنع المنازعة فيه و إلا فسد العقد^{[18]ص 62} وفصلوا تفصيلاً دقيقاً في كيفية حصول العلم حسب طبيعة الأشياء والمجلس , والملاحظ من بعض النصوص انه لا يشترط أن يكون المحل معيناً فعلاً بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين , كما لا يجيز الفقه الإسلامي ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين , كما لا يجيز ترك تقدير الثمن لأجنبي عن العقد لأنه يعتبر في هذه الحالة مجهولاً جهالة فاحشة . وغاية الفقه الإسلامي من هذا كله بحيث انه يتطلب قدراً من التعيين وذلك لتوقي فكرة الغرر , فالفقه الإسلامي يتوقى الغرر ما استطاع ويتجنب مظانه^{[18]ص 72} حماية للأطراف والجماعة كما عالج الفقه

الإسلامي مشكلات النقد والعملية في تلك الأزمنة السالفة وتناولها الفقهاء بالتحليل مما يوضح مرونة الفقه الإسلامي ونزعة الموضوعية كونه أخذ بعذر الإشاعة أي أوجد حلولاً واخذ بعذر ما شاع بين الناس مما يدل على حرصه على بقاء الصفة و في هذا دليل على النزعة الموضوعية التي يتسم بها الفقه الإسلامي.

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي:

الشيء لا يصلح للتعامل فيه في الفقه الإسلامي إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء , وقد أسهب فقهاء الشريعة في بيان ذلك [18]ص 95 كما يمكن أن نجد نظيراً في الفقه الإسلامي لفكرة النظام العام والآداب فيما كان يدعى عادة حق الله أو حق الشرع [18]ص 99 الذي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام , بل إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي من خلال تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعدوم والمحل غير المعين ولها تطبيقات أخرى في الشروط الفاسدة, يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي :

-الأولى هي الشروط الفاسدة وهي مسألة تتصل بالصناعة الفقهية

-الثانية هي فكرة الربا وهي مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية وهما خاصتان بالفقه الإسلامي [18]ص 100 .

والغاية من كل هذا هي حماية المجتمع مما يطلق عليه بالمصلحة العامة التي تقتضي مراعاة حق الله تعالى وحق الشرع وهذا يدل على تغليب مصلحة المجتمع أو الارتكان للنزعة الموضوعية , وهذا لا يعني التضحية بمصلحة الأطراف وإنما حماية المجتمع تقتضي حماية الأطراف أيضاً وإنما ليست في المقام الأول في هذه المسألة . ولأن بقاء التعامل و استقراره يتطلب إحاطته بمجموعة من الضمانات يجب مراعاتها منذ البداية مثل فكرة النظام العام والشروط التي ينص عليها الفقه حتى يستقر العقد و لا يتهدد بالزوال.

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن السبب في الفقه الإسلامي :

نظرية السبب المستخلصة من نصوص الفقه الإسلامي لا يمكن أن تكون إناظرية مادية ,ويمكن أن يقال بوجه عام أن الشريعة تعد من الشرائع التي يتغلب فيها النظرة المادية حسب ما يعتقد الأستاذ عبد الرزاق السنهوري [20]ص 592 . وذلك على أساس أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتكلموا عن السبب ولم يجعلوه

ركنا أو شرطاً لانعقاد العقد, بل أكثر نصوص الفقه الإسلامي في هذا الموضوع وردت في المحل , وأوجبوا أن يكون مشروعاً معيناً, ممكناً وقابلًا للتعامل فيه , ويذكرنا هذا التوجه بالقوانين الجرمانية التي تكتفي بالمحل وتستغني عن السبب. إلا أن الأستاذ السنهوري يستدرك بالقول أن هناك بعض العقود لا يمكن الاستغناء فيها عن السبب وفي حال تخلفه يبطل العقد مثل لو استأجر شخص شخصاً آخر للقيام بعمل هو في الأصل واجب عليه كمن يستأجر رجل زوجته لترضع طفله منها لم يجز لأن الإرضاع واجب عليها إذن يكون التزامه بالأجر التزام لا سبب فيه لذلك يبطل العقد [20]ص 592 , وهو ما يكرس وجود السبب القسدي كركن من أركان العقد أي بتخلفه يصبح العقد باطلاً. ويؤيد الأستاذ السنهوري في هذا التوجه الدكتور مختار القاضي [21]ص 319 الذي يرى بأن الشريعة الإسلامية وإن كانت تأخذ بالسبب الدافع , إلا أنها شريعة مادية النزعة , لا تأخذ بالبواعث النفسية على إطلاقها , بل تضبطها بمقاييس مادية محددة , تملئها ضرورة استقرار المعاملات , فهي لا تبطل العقد لدافع غير مشروع إلا إذا كان مذكور في العقد وهذا ما أخذ به الشافعية والأحناف , وخلص الأستاذ السنهوري إلى أن نظرية السبب تتماشى مع نظرية السبب في القوانين الجرمانية والقانون الإنجليزي .

إلا أن هناك من يرى خلاف ذلك وهذا ما يثري الفقه الإسلامي و يجعله يتسع ليشمل جميع الحلول مثل ما يراه الدكتور صبحي المحمصاني [22]ص 346 أن نظرية السبب نظرية ذاتية تقوم على الإرادة والغرض والقصد وأعطى تعريفاً للسبب بأنه الغرض المباشر المقصود في الفقه مما يفيد إمكانية وجود نظرية مزدوجة هذا بإيجاز عن مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد في الفقه الإسلامي.

-1-1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد في القانون المدني الجزائري:

تطرقنا في الفرع السابق للنزعة التي ينم عنها تعريف العقد في الفقه الإسلامي لذلك سوف نتطرق إلى تعريف العقد في القانون المدني طالما أن المشرع أقدم على تعريفه ثم نتناول بيان نزعته ثم نقوم بحصر أركان العقد وإبراز الحلول التي تنم عن النزعة الموضوعية في هذه الأركان .

تعريف العقد في القانون المدني الجزائري :

لقد اختلفت نظرة المشرعين والفقهاء حول مدى الجدوى من تعريف العقد و إدراجه في صلب التقنين , فذهب اتجاه إلى عدم الحاجة إلى تعريف العقد في صلب المواد القانونية لان التعاريف من عمل الفقه وأيضا لوضوح العقد وظهور معناه لا يحتاج إلى تعريف بالإضافة إلى انه لا يسلم من النقد وذهب اتجاه آخر إلى تعريفه كما فعل المشرع الجزائري و أسوته في ذلك المشرع الفرنسي .

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني^[23] " العقد اتفاق يلتزم بموجبه

شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك التقنيات التي أوردت في نصوصها تعريفا للعقد.

وما يلاحظ من قراءة هذا التعريف انه قبل تعديل سنة 2005 بموجب القانون 10-05 كانت هناك ملاحظة شكلية^[13], [5], ص 13, 43 رغم انه تم تداركها إلا أنها تدل على انه تم نقل النص حرفيا من القانون الفرنسي المادة 1101 وأخطأ في ترجمته من الفرنسية إلى العربية على رغم أن العكس هو من المفروض حدوثه. ويلاحظ أيضا انه تعرض لنفس الانتقاد الذي تعرض له المشرع الفرنسي^[13] ص 14 وذلك على أساس انه أخلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام وأيضا تمييزه بين العقد و الاتفاق, وقد رأى د. سعيد جعفرور انه كان على المشرع اقتباس وجهة نظر المشروع الفرنسي, الايطالي أو ليته اقتدى بالتقنيات التي جاءت خلواً من تعريف العقد وترك هذه المهمة للاجتهاد الفقهي, وكان عليه أيضا إذا ما تبنى وجهة نظر التعريف أن يقوم بتعديل المادة 54 ق م فيتبنى فكرة نفي التفرقة بين الاصطلاحين وتمنى عليه أخيراً انه لو حذف المادة 54 ق م وهذا اضعف الإيمان حسب رأيه^[13] ص 15

بيان نزعة تعريف العقد في القانون المدني الجزائري :

هناك نزعتين بشأن تعريف العقد , نزعة ذاتية أو معنوية و أخرى موضوعية أو مادية وقد سبق الإشارة إلى نزعة تعريف العقد في الفقه الإسلامي أنه ذو نزعة موضوعية ويظهر من التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 54 ق م انه أخذ بالنزعة الذاتية مثل ما فعل المشرع الفرنسي^[5] ص 43 وكل ما قيل عن المشرع الفرنسي يقال عن المشرع الجزائري فتعريف المشرع الفرنسي يظهر فيه المذهب الشخصي

بالإضافة إلى انه ينصب على أمر باطني نفسي انطلاقاً من نزعته وأخذه بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة, باعتبارها منبثق من القانون الروماني[1]ص 142 .

وعلى هذا وطالما أن نزعة تعريف العقد في القانون المدني الجزائري نزعة ذاتية فإن هذا انتقاد آخر يضاف إلى الانتقادات الموجه إليه, وهو لا يقل أهمية ويتمثل في إن الحلول التي صاغها المشرع الجزائري مجارياً في ذلك ما وصل إليه أنصار النزعة الموضوعية فإن ذلك يخل بنزعته الذاتية التي اختارها من خلال التعريف ويقع في نوع من الخلل وهو عدم إرجاع هذه الحلول المنبثقة من النزعة الموضوعية لمرجعية معينة, وهو يبين أن المشرع لم يقف على أرضيه صلبة ويختار بذلك الوجهة الصحيحة.

أو على الأقل تفادي التعريف حتى لا يقيد نفسه بنزعة معينة و يأخذ من الحلول التي تقتضيها الضرورة كيفما يشاء دون قيد لمرجعية معينة لأنه باتخاذ التعريف السابق يعتبر وكأنه حدد مساره وارتكن إلى النزعة الذاتية وبالتالي أي حل خارج هذه النزعة يخلق نوعاً من عدم التوازن وكشف التردد الذي يتخبط فيه المشرع[1]ص 143 .

تبيان وحصر أركان العقد في القانون المدني الجزائري:

الملاحظ على تعريف المشرع الفرنسي للعقد انه يشير إلى أركان العقد الثلاثة [5] , [6]ص 81, 389

وهي التراضي , السبب والمحل حيث أن لفظ "اتفاق" يشير إلى تراضي للطرفين ثم إن الإرادة الحرة المعبرة لا تصدر دون أن تكون مدفوعة بسبب كما أشار التعريف إلى المحل بلفظ "نقل أو منح..." ونجد أن المشرع الجزائري تناول هذا في تعريفه للعقد و أضاف تقسيم أركان العقد في أقسام تحت مسمى شروط العقد رغم ما يوجد من اختلاف بين مصطلح الشرط ومصطلح الركن, فإ الركن أمر يتعلق بوجود العقد وهو ما يكون به قوام الشيء أما الشرط فهو خارج عن ماهية الشيء ولا يتعلق بوجوده و الأهمية تظهر أيضاً من خلال الجزاء على الرغم من أن هناك من يعتقد أن الظاهر من عبارة بل يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما أن المشرع قد رجح مذهب الإرادة الظاهرة و هو ما صرح به المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي كونه لم يتطلب توافق الإرادتين بل استلزم تبادل التعبير [24]ص 5, 19 , لذلك سنتطرق للأركان التي تناولها المشرع محاولين إبراز الحلول التي استقاها المشرع ويظهر من خلالها النزعة الموضوعية.

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن الرضا:

الإرادة ما يقابل صيغة العقد فيما سبق ذكره في الفقه الإسلامي وتطابق الإرادتين ونرجى الحديث عن صحة التراضي التي نتناولها في المطلب الثاني عند الحديث عن شروط صحة العقد.

التعبير عن الإرادة :

التعبير عن الإرادة هو نقل وتحويل الإرادة من كامن النفس إلى العالم الخارجي , وذلك انه لا يعتد بالأمر الخفية ما لم يعبر عنها , والإرادة قانونا ليست مفهوما مطلقا كما هو الحال في العلوم الأخرى , بل هي مقيدة بضوابط وشروط , و إذا ما اختلفت الإرادة الباطنة عن تلك التي عبر عنها فإننا نكون أمام حالة تستدعي البحث عن حقيقتها وذلك بإتباع قواعد موضوعية وهو ما يعتبر كذلك قيد على الإرادة , ولن يتأتى التعرف على مضمون الإرادة إلا بالتعبير عنها , فهو الوسيلة المادية التي تمكننا من الكشف عن مكنون النفس , ويؤدي التعبير دور نقل الإرادة من مفهوم نفسي إلى مفهوم ظاهر والذي يرتب آثار قانونية. وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع أعطى للإرادة الحرية في اختيار وسيلة التعبير , وهذا ما يستشف من خلال ما أقره في المادة 60 منه و التي تقضي بأنه " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك على مقصود صاحبه , و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " , إلا أن هذه الحرية تصطدم مع مبادئ العدالة العقدية إذا سمح في كل الأحوال لصاحب التعبير التحجج في كل مرة بأن ما صدر عنه من تعبير وبغض النظر عن الوسيلة في ذلك , لا يترجم حقيقة ما أراده.

فالتشريع يقر حقيقة بصلاحيّة التعبير و بأية وسيلة , وحتى بالإشارة المتداولة والمتعارف عليها , ويرجع مبدأ الحرية هنا إلى مقتضيات ومعطيات كانت سائدة في فترة زمنية سابقة تشبعت فيها الأفكار بما كان سائداً من مبادئ تنادي بحرية الإرادة , ومن ثم فلا يتصور تحديد وسيلة خاصة للتعبير عنها [25]ص 20 , ولكن بالتوازي يقيد المشرع الإرادة بالتعبير الذي دل عليها أي انه يرتب عليها آثار قانونية وذلك على أساس تحقق الاستقرار في المعاملات الذي تصبو إليه التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري , ذلك أن الحاصل اليوم إن الإرادة ليست تلك التي يريد صاحبها أي استبعاد الكامنة أو الباطنة والاعتداد بالعبرة الصادرة

وهذا يتماشى ومنطق نظرية الإرادة الظاهرة التي يرى كثير من الفقهاء من إن المشرع الجزائري أخذ بها [15]، [26]، [5]ص 94، 63، 96 لعدة اعتبارات منها استقرار المعاملات والمحافظة على الثقة ، وهذه الحلول التي تبناها المشرع الجزائري أراد بها التخفيف من سلبيات الإرادة الباطنة ، التي هناك من يرى انه أخذ بها كأصل لذلك نجد أن أساس التزام المتعاقد صار يرجع ويعود إلى الإرادة المعلنة والتي تقف عند المظاهر المادية والمحسوسة ، أي بمنظور موضوعي بعيد كل البعد عن الأمور الخفية والحل الذي توصل إليه المشرع الجزائري هو أنه بإظهار الإرادة ، والإفصاح عنها بمجرد التعبير عنها تتحول وتصبح ظاهرة اجتماعية لا يمكن لصاحبها ادعاء خلاف ذلك و إذا ادعى ذلك فلا يأخذ القاضي بهذه الإدعاءات إلا بعد إعماله لقواعد موضوعية تمكنه من كشف النية الحقيقية بعيداً عن ميولات صدرت عنه ، وذلك دائما بغرض ضمان الاستقرار والمحافظة على الثقة في المعاملات.

وهذا دائما يتماشى ومنطق نظرية الإرادة الظاهرة [5]ص 76 والحاصل هنا أن التراضي يتكون بتقابل التعبيرين ولو كان احدهما لا يتفق مع الإرادة الحقيقية ، وعلى المعبر تحمل نتائج تعبيره ولو جاز هذا المعنى ما أراد صاحبه [2]ص 294 ويفسر مسلك القانون في ذلك بالاعتبارات التي تتطلب كفاءة استقرار وحماية الثقة المشروعة فيه و يرى أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة يجد دعائه فيمن يرجعون القوة الملزمة للعقد إلى سلطان القانون لا إلى سلطان الإرادة [27]ص 54

ويشير المشرع الجزائري من خلال نصوص مواد القانون المدني إلى تطبيقات تتقيد فيها الإرادة فالمواد 59-60-61 منه تشير إلى التعبير عن الإرادة والذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة كما يستشف منها أن القانون يرتب آثارا قانونية على التعبير الذي يستعمله الشخص في الإفصاح عن إرادته ، وعلى ذلك فإنه يتحمل النتائج التي تترتب عن سوء تعبيره و عدم تمكنه من التعبير بطريقة سليمة عن ما هو بنفسه ، ويظهر ذلك جليا في عدة تطبيقات لعل من أهمها موت المعبر أو فقدانه لأهليته ، وما يتعلق بأحكام الإيجاب والقبول.

موت المعبر أو فقدانه أهليته:

لا يجعل القانون كأصل عام للموت أو فقدان الأهلية أثر على التعبير عن الإرادة وهذا ما يدل أيضا على اعتداد المشرع في هذه المسألة بالإرادة الظاهرة فتنص المادة 59 ق م "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين "

فيظهر من صياغة المادة اعتداد المشرع بالتعبير عن الإرادة ولقد أخذ المشرع هنا بالمذهب الجرمانى فقرر أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً.

كما يترتب عليه آثار قانونية على الرغم من موت صاحب التعبير أو فقدان أهليته^{[28]ص36} و تنص المادة 62 ق م على أنه " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه, هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل."

فهذا الحكم لا يستقيم مع الأخذ بالإرادة الباطنة الكامنة في النفس فمتى عبر الشخص فإن هذا التعبير يستقل عن صاحبه ويصبح له وجود قانوني ويترتب عليه آثار بالرغم من موت صاحبه أو بفقدان للأهلية, ويظهر هنا كذلك اخذ القانون بالإرادة الظاهرة^{[5]ص102} ولو قرر المشرع الأخذ بالإرادة الباطنة لقرر أن التعبير يسقط بموت من صدر عنه أو فقدان أهليته . وهذا كله لضمان استقرار المعاملات والارتكان للنزعة الموضوعية التي لا ينظر فيها للمتعاقدین بالدرجة الأولى و إنما للمجتمع في المقام الأول.

أحكام الإيجاب والقبول:

أحكام الإيجاب:

تعد الحالة المتعلقة بأحكام الإيجاب والقبول حالة أخرى يظهر فيها أخذ المشرع بالنزعة الموضوعية , وذلك انه تتقيد إرادة الموجب ببقائه على إيجابه, فلا يحق له الرجوع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائما , وهو الحكم نفسه في الحالة التي يحدد فيها أجل للإيجاب فتتقيد إرادة من صدر عنه الإيجاب خلال المدة المحددة , فإذا خلا الإيجاب من مثل هذه القرائن اعتبر غير ملزم , وجاز لصاحبه العدول عنه والرجوع فيه^{[29]ص42} .

ويتبين من نص المادة 61 ق م أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه

إليه، وهنا تظهر أهمية تحديد الوقت ذلك أن للمعبر الحق في العدول عن إيجابه وان يعدل فيه كيفما يشاء، وفي هذه الحالة لا ينتج أي اثر لأنه لم يتصل بعلم من وجه إليه، أما باتصال التعبير أيا كانت صورته بعلم من وجه إليه، فعندها يتحقق الوجود الفعلي والقانوني للتعبير يتحقق الوجود الفعلي بمجرد صدور التعبير لفظاً أو كتابة، أما الوجود القانوني فلا يتحقق إلا باتصال التعبير لمن وجه إليه [5]ص1120، هذا إن كان الطرفان في نفس المجلس أو ما يقوم مقامه حكماً، أما إذا كان لا يجمعهما مجلس واحد وتم تعبير بواسطة رسالة مثلاً فقد اعتبر المادة 61ق م وصول التعبير لمن وجه إليه قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، وهذه القرينة بسيطة يحق لمن وجه إليه التعبير أن يقيم الدليل على خلافها، كي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في حقه [26]ص65

وجاءت المادة 63ق م و نصت على أنه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " والمتعلقة بتحديد اجل للقبول هذا إذا كانت المدة محددة أما إذا كانت غير ذلك فإنها تستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل، وللقاضي السلطة التقديرية في هذا الشأن، فيمكنه بموجبها تحديد الفترة التي تبقى فيها إرادة الشخص مقيدة، فلا يستطيع التراجع عن إرادته.

كما تنص المادة 64 ق م على أنه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو أي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

ونستخلص من هذه النصوص أن إرادة الموجب تتقيد من خلال بقاءه على إيجابه إلى غاية انتهاء المدة المحددة للإيجاب، فلا يجوز له التراجع عنه في هاته الفترة، فالإرادة هنا وبالرغم من سلامة صاحبها من العيوب المقررة قانوناً إلا أنها مقيدة ومحدودة فهي لا تستطيع ولا يمكن لها القيام ببعض التصرفات، كل هذا خدمة للمجتمع مما يفيد التخلي عن النزعة الذاتية والارتكان إلى النزعة الموضوعية لأنها تخدم استقرار المعاملات وبالتالي المجتمع.

التعاقد بين غائبين:

قد تتم عملية التعاقد في مجلس واحد وهو التعاقد بين حاضرين ,وقد تتم عملية التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد, والتعاقد بين غائبين الذي يثير مشكلة تحديد مكان وزمان تطابق الإرادتين ,ولتحديد الزمان والمكان أهمية كبيرة [5] , [26] , [15]ص120 , 79 , 118 وذلك من حيث تحديد المحكمة المختصة إقليميا وحق الموجب في العدول عن لإيجابه وسريان المواعيد وسقوط الإيجاب و استحقاق المشتري الانتفاع بالشئ محل العقد وتحمل تكاليفه من يوم الحصول تطابق الإرادتين ,وبالتالي فتحدد وقت انعقاد العقد أمر مهم لذلك اقترح الفقه الإسلامي عدة نظريات لمعالجة المسألة هذه النظريات هي نظرية إعلان القبول و نظرية تصدر القبول , و نظرية تسليم القبول و نظرية العلم بالقبول وما يهمنا هو موقف المشرع الجزائري وغايته في ذلك ,فبالرجوع لنص المادة67ق م التي تنص على انه " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول , ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان, والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

نستنتج من هذا النص أن المشرع قد أخذ بنظرية العلم بالقبول [5]ص123 إلا انه يفترض أن العلم بالقبول قد حصل وقت وصوله, وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس إذ يمكن للموجب أن يثبت انه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق .

وبالتالي يتم العقد حسب هذه النظرية التي أخذ بها المشرع الجزائري في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول وهذا يقتضي أن يطلع هذا الأخير على الرسالة المتضمنة للقبول ,ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق وتوافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر.

إن الأخذ بهذه النظرية يحقق استقرار المعاملات [5]ص123 ويحافظ على بقاء العقد وبالتالي حماية للمجتمع مما يفيد الأخذ بالنزعة الموضوعية .

هذا بايجاز عن مظاهر النزعة الموضوعية في الركن التراضي سنرى هذه المظاهر في باقي الأركان وذلك في الظروف العادية لتكوين العقد.

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن المحل في القانون المدني الجزائري:

يختلف عنصر المحل عن العناصر الأخرى الطرفين والتراضي والأهلية في انه يعتبر ذو طابع موضوعي, إذ يوجد عنصر المحل مستقلا عن أشخاص طرفي العقد عكس العناصر الأخرى التي تعتبر كلها عناصر ذات طابع شخصي [2]ص317

وقد ذكرنا الحلول التي توصل إليها الفقه الإسلامي لحماية للمجتمع فيما يتعلق بركن المحل ونتناول الحلول التي تبناها المشرع لحماية للمجتمع والتي تظهر فيها النزعة الموضوعية في المسائل المتعلقة بهذا الركن .

المحل المستقبلي :

إن ضرورات التعامل وهي أقوى شأنًا من المنطق جعلت الكثير من القوانين الوضعية لا تمنع المحل المستقبلي أن يكون محلا للعقد , والمشرع الجزائري نص على ذلك في المادة 92ق م بنصها " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلا ومحققا "

والملاحظ في هذا النص انه أورد لفظ " ومحققا " وهذا يتناقض مع الحقيقة والواقع إذ لا يمكن مطلقا الجزم بأن الشيء المستقبلي سيتحقق لأنه محتمل الوجود مما جعل بعض الفقهاء ينكرون فائدة هذا الشرط ويقترحون إلغاءه [15], [5]ص223 , 226

ولقد اظهر المشرع بعض الليونة بخصوص احتمال وجود الشيء في المستقبل [5]ص227 إذ حدد مقدما المبلغ المكفول , و بالتالي يجوز التعامل في الأشياء المستقبلية , بل ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك في المادة 891ق م التي تنص " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي .. "

وأیضا أجاز التعامل فيما يسمى بالبيع على التصاميم و إقرار المشرع لهذه المعاملات التي أصبحت تدخل ضمن المعاملات اليومية والعادية , وأملته الضرورة وأيضا حتى يؤدي العقد دوره الاجتماعي وهذا كله يدخل فيما يسمى تغليب النزعة الموضوعية عن الذاتية لأن ما يهم المشرع هو توسيع مجال العقد والحرص على بقاء أكبر من المعاملات والحفاظ على استقرارها وذلك بعدم توقيع البطلان عليها على الرغم من أن الأمر يتعلق بوجود الشيء .

إلا أن الأمر لم يكن على إطلاقه بل منع المشرع بعض التصرفات ليس بسبب وجودها من عدمه و إنما لاعتبارات أخرى تتعلق أساسا بالنظام العام لذلك سوف نتطرق إليها في عنصر مشروعية المحل.

المحل الممكن:

إمكان المحل في القانون المدني هو انه يلزم أن لا يكون مستحيلا وفي ذلك تقضي المادة 93 ف م بأنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا مطلقا". وحتى يستقر العقد ولا يمكن الحكم ببطلانه, ويبدو أن المشرع الجزائري أخذ بما أقره المشرع المصري [26], [4]ص140 , 417 والذي رأى انه لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته فيكون الالتزام مستحيلا بالنسبة إلى موضوعه, لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخص آخر و عليه يجب أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية بالنسبة إلى جميع الناس لا استحالة شخصية بالنسبة إلى بعض دون بعض. وهناك من يرى أن المقصود بالاستحالة الموضوعية أن يكون تقديرها بمعيار موضوعي وهو معيار الرجل المعتاد, إذا وجد في مثل ظروف المدين الخارجية التي تم فيها التعهد و إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى اعتبار التزام بيع ملك الغير مستحيلا استحالة موضوعية لأن الرجل المعتاد إذا لم يكن مالكا لما يبيعه يستحيل عليه وفاء التزامه بنقل ملكية المبيع [4]ص418 . و تقسم الاستحالة إلى استحالة موضوعية و مادية أو مطلقة تؤدي إلى بطلان العقد و استحالة شخصية أو خاصة أو نسبية لا تؤدي إلى بطلان العقد , هذا يفيد رعاية كل المصالح , و ما يقتضيه استقرار المعاملات بالإبقاء على العقد حماية للمجتمع أيضا. وهذا بلا ريب فيه ارتكان للنزعة الموضوعية وذلك بإعمال المعيار الموضوعي .

مشروعية المحل في القانون المدني :

تتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل وفي عدم مخالفته للنظام العام فلم يعد للإرادة دور مطلق , حتى في مجال الالتزامات التعاقدية المجال الفسيح للإرادة فهي محدودة بقيود النظام العام لذلك يستلزم احترام مقتضياته وهو ما ينجم عنه منعهم من التعامل في بعض التصرفات [30]ص58 , ولم تعد حرية التعاقد مبدأ مطلق لورود هذا القيد عليها .

فقد يتعرض العقد للبطلان المطلق عند مخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة و فيما يخص مصير العقد الذي يصبح مخالفا للنظام العام و الذي يطرأ بعد قيام العقد , فيرى الأستاذ على فيلاي انه من المفروض أن يبقى العقد صحيحا باعتبار أن العقد يخضع للقانون المعمول به وقت انعقاده من جهة و إن القانون لا يسرى إلا على ما يقع في المستقبل [5]ص289, ولقد تضمن القانون المدني على سبيل المثال عدة تطبيقات وأخذ في كثير من الحالات بمقتضيات النظام العام والآداب مثلا المواد 92-94-107-112-110-204. ق م . و الجدير بالذكر انه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة والعكس صحيح , ويمتاز النظام العام باتساع مجالاته فهناك نظام عام سياسي يهدف إلى احترام تنظيم الدولة وحماية الأسرة والدفاع عن الآداب العامة , وهو ما يمثل أو يعتبر المجال التقليدي للنظام العام, والى جانب ذلك يوجد نظام عام آخر ظهر مسانرة التطورات الاجتماعية و الاقتصادية والثقافية التي مست المجتمعات وهو النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي يعبر عن الأسس التي يقوم عليها المجتمع بحيث يرمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد, وبالتالي التدخل في المعاملات التعاقدية بما يتماشى وسياستها العامة و الآخر حمائي الذي يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف التي توجد في مركز تعاقدى ضعيف بسبب حاجاتها الملحة للسلع والخدمات . و يحظى هذا الأخير بأهمية بالغة حيث يظهر جليا في العديد من النشاطات والمعاملات المهنية و الاقتصادية, كما كان نتاجاً لظهور أشكال وأوصاف جديدة من العقود [5]ص290. فبعد أن كانت أغلب القواعد القانونية الواردة في باب العقود مكملة صار يوجد إلى جوارها عدد كبير من القواعد الآمرة ومما أدى إلى ظهور فكرة العقد الموجه, حيث يتم تدخل المشرع من خلال جعل النصوص التي تنظم العقد نصوصا أمرة ويمكن أن ينصب التنظيم على أي عنصر من عناصر العقد , فقد ينصب على محل العقد فتمنع الدولة التعامل في بعض الأشياء أو تضع شروط لذلك , وقد ينصب التنظيم على السعر ... وهذا كله يفيد حماية المجتمع وتكريس الدور الاجتماعي للعقد والمساس بمبدأ سلطان الإرادة وهو في الواقع الابتعاد عن النزعة الذاتية وترسيخ النزعة الموضوعية كل ذلك لوقاية العقد من البطلان واستقرار المعاملات ويسهل أداء دوره.

مظاهر النزعة الموضوعية في ركن السبب:

للسبب عموما تصوران أساسيان, من تظفي على التصور الأول الصبغة الموضوعية حيث يقصد به السبب القسدي وأما التصور الثاني فتظفي عليه الصبغة الذاتية حيث يكون السبب هو الباعث أو الدافع للتعاقد وبذلك يخالف وظيفة السبب من تصور إلى آخر.

والمشروع الجزائري يتحدد موقفه من خلال قراءة المادتين 97 و98 ق م حيث يظهر أن اهتمام المشروع قد انصب على مشروعية السبب مما يفيد أنه أخذ بالنظرية الحديثة [5], [26]ص245, 170 التي تكفل مراقبة مشروعية السبب, في حين أنها لا تهتم بوجوده, والغرض من ذلك هو تقديم حماية المجتمع على حماية الأفراد, إلا أن هذا لا يعني أن المشروع لم يهتم بالتصرف لمجرد الذي لا يعتد فيه بالسبب على سبيل المال, وهو المبدأ السائد بالنسبة للقوانين الجرمانية, واخذ المشروع الجزائري بهذا الحل لضمان استقرار المعاملات رغم أن هناك من له رأي آخر مخالف استند إلى الفرق بين النص العربي للمادة 97 ق م و الترجمة و رأي أن المشروع أخذ بازدواجية السبب [5]ص263 .

فنظرية السبب تسمح بممارسة نوع من الرقابة من شأنه تصحيح البناء العقدي حيث تعيد التوازن إلى مضمون العقد عن طريق إبطال الشرط الذي كان سببا في حالة عدم التوازن العقدي, وبذلك تضمن هذه النظرية حماية واحترام العدالة التوزيعية عن الطريق تصحيح التوازن بين ذمتين ماليتين من ناحية وحماية الطرف المضروب من ناحية أخرى [31]ص155. ومما لا شك فيه أن حماية العقد من المخاطر التي تهدد زواله فتلك حاجة ضرورية بل أولوية للقانون لان عدم التوازن قد يفقد العقد أهميته الاجتماعية وسبب وجوده, فإذا كان التوازن ليس من طبيعة العقد نفسه, إلا أن توفير أو ضمان حد أدنى من العدالة للمتعاقدين يحميهم من الآثار المترتبة على اختلال ميزان القوى في العقد يتفق تماما مع جوهر القانون نفسه [31]ص95 و حماية العقد حماية للمجتمع يفيد الارتكان للنزعة الموضوعية .

1-1-3- تعقيب و موازنة :

مرَبنا عند تحليل نزعة التعاريف التي تناولت العقد أن تعريف العقد في الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية لذلك فلا غرابة في أن وجدنا مظاهر النزعة الموضوعية في أركان العقد و التدليل عليها بدون صعوبة أما في القانون المدني فرأينا أن التعريف الذي ورد في المادة 54 ق م ج ينم عن النزعة الذاتية , رغم أن المشرع حاول التخلص من كثير من مشاكل هذه النزعة و تبعاتها و ذلك من خلال الحلول التي تبناها سواء في أركان العقد أو في شروط صحته و التي يظهر من خلالها الأخذ بالنزعة الموضوعية , و التي نجدها بصعوبة على أساس أن المسار الذي اختاره المشرع من خلال التعريف ينم عن نزعة مغايرة لتوجه هذه الحلول لذلك نجد صعوبة في التدليل عليها . أما في الفقه الإسلامي فلا توجد صعوبة على أساس أن تعريف العقد ينم عن نزعة موضوعية لذلك جاءت المظاهر واضحة و متسلسلة .

و على كل فهناك اتفاق بشأن هذه المظاهر في أركان العقد فمثلا في الفقه الإسلامي خلصنا بالنسبة لتعريف العقد أنه ينم عن نزعة موضوعية , و هذه النزعة التي سادت الفقه لها اثر كبير في المبادئ الأساسية للعقد و في تفصيل أحكامه , و من بين هذه الآثار أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة , و ذلك وفق مبدأ عام هو أن الأصل في صيغة العقد في الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة , أما إذا كانت غير واضحة تعين الرجوع إلى النية أي الإرادة الباطنة وفق معايير موضوعية أما بالنسبة لتطابق الإرادتين فرأينا عند حديثنا عن التعاقد بين حاضرين و مجلس العقد . أن النزعة الموضوعية تظهر في الإبقاء على العقد قدر الإمكان و عدم الالتفات إلى طرفي العقد في محاولة الرجوع عن العقد لأن ذلك فيه مساس باستقرار المعاملات أما في مسألة التعاقد بين غائبين فتوصلنا إلى أن الفقه الإسلامي أخذ بنظرية إعلان القبول و هذه النظرية في حقيقتها قريبة من النزعة الموضوعية

أما في ركن المحل فالملاحظ من نصوص الفقه الإسلامي بشأن محل العقد إذا كان غير موجود توسع في هذه المسألة و ادخل معايير مادية , إذ ميز بين فروض ثلاث عند التطبيق الصحيح لمعايير الغرر و أيضا تناول مسألة صلاحية المحل للتعامل فيه و الغاية من كل هذا هي حماية المجتمع بما يطلق عليه المصلحة العامة .

أما بالنسبة لركن السبب رأينا اتساعه ليشمل جميع حلول النظرية المادية و النظرية الذاتية هذا كله يتمشى

مع ما ذهب إليه القانون المدني سواء في عنصر التعبير عن الإرادة فنصوص القانون المدني تشير إلى تطبيقات تتقيد فيها الإرادة لا سيما المواد : 59 , 60 , 61 ق م ج .

ويرتب القانون آثارا قانونية على التعبير الذي يستعمله الشخص و كذلك الأمر بالنسبة لموت المعبر أو فقدان أهليته و في أحكام الإيجاب و أحكام القبول وكل ما جاء به من حلول لخدمة المجتمع و الارتكان لما يخدم استقرار المعاملات و بذلك يتفق مع غاية التشريع في الفقه الإسلامي و نفس الملاحظات تقال بالنسبة للمحل و السبب فإن جميع الحلول التي تبناها المشرع لها أصل في الفقه الإسلامي رغم أن التقنين المدني لم يأخذ بهذه الحلول من الفقه الإسلامي مباشرة إلا أنه جاء بها من منابع مختلفة في التشريع المصري ,الألماني ,القضاء الفرنسي...

فمثلا الحل الذي وصل إليه المشرع بشأن مجلس العقد نقله حرفيا عن القانون المصري الذي تأثر بدوره بالقانون الفرنسي و هناك من رأي انه اختيار غير موفق بالنسبة للمادة 64 ق م [5]ص111 رغم أن نظرية مجلس العقد توسع فيها الفقه الإسلامي لتشمل جميع الجزئيات و الأحكام .

- 1-1-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد:

لا يكون الرضا سليما إلا إذا كان حراً متورا , ويعني أن يكون حراً أن يكون طليقا لا يشوبه ضغط ولا إكراه,و أن لا يكون مقيداً, ويكون متورا أي أن يكون واعيا ومدركا فلا يكون هناك شيء قد حال دون إدراك حقيقته من جهل أو تدليس وتغريب وتحايل أو استغلال أو غلط أو نحو ذلك مما يعيق إدراكه ,وقد تناول المشرع الجزائري هذه العيوب التي تمس بسلامة الرضا و أجملها في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال, لذلك سوف نتطرق لمظاهر النزعة الموضوعية في هذه العيوب في كل من الفقه الإسلامي (فرع1) والقانون المدني (فرع2) ثم نحاول التعقيب(فرع3)

- 1-1-2-1- مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد في الفقه الإسلامي:

نتناولها كما تناولها المشرع الجزائري وحسب ترتيبه بدء بعنصر الغلط (1) ثم عنصر التدليس(2) ثم عنصر الإكراه(3) وعنصر الاستغلال(4).

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الغلط في الفقه الإسلامي:

الفقه الإسلامي كما سبق الإشارة إليه ذو نزعة موضوعية واضحة ولذلك استعصى على الغلط وهو شيء نفسي ذاتي - أن يجد له مكانا موحداً في الفقه الإسلامي لذلك انتشرت نظرية الغلط في جوانب متفرقة ومبعثرة وقد عرف الأستاذ مصطفى الزرقاء الغلط بأنه توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام العقد، لولا هذا التوهم لما أقدم عليه [3]، [32]، [6] ص104، 130، 373، فهناك خيار الوصف، وهناك خيار العيب ويتقدم ذلك خيار الرؤية، ويبدو لأول وهلة أن هذه المسائل مستقلة بعضها عن بعض مع إنها جميعا تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط .

فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي فوق إنها مبعثرة بتنازعا عاملا متعارضان استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية، ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها معايير موضوعية. فالفقه الإسلامي وقف مابين الاعتبارين موقفا معتدلا، واقرب إلى موقف الجرمانية، وهي لا تضحى باستقرار التعامل في سبيل احترام الإرادة الحقيقية عكس ما تذهب إليه القوانين اللاتينية التي هي أكثر ميلا إلى إثارة الإرادة الحقيقية على استقرار التعامل [3] ص112 .

فالفقه الإسلامي حيث يخشى الزعزعة والتقلقل في التعامل ما بين الناس يضحى بالإرادة الحقيقية، فلا يعتد بالغلط وذلك حتى يكفل استقرار التعامل وحيث يطمئن إلى أن استقرار التعامل مكفول، يعني باحترام الإرادة الحقيقية ويعتد عندئذ بالغلط .

وهناك حالات يظهر فيها ما اخذ به الفقه الإسلامي في هذه النقطة

* في حالة عدم كشف المتعاقد عن إرادته الحقيقية هنا لا يعتد الفقه الإسلامي بها ولا بما يشوبها من الغلط، لأنها بقيت محجوبة عن المتعاقد الآخر فلم يكن له من سبيل للتعرف عليها، وعند ذلك يكون العاقد الآخر غير

عالم بالغلط وفي هذا لا يزيد الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في عدم الاعتداد بالغلط .

*يعتد الفقه الإسلامي بالغلط في حالة كشف العاقد لإرادته الحقيقية وبالتالي علم المتعاقد الآخر بالغلط .

*الحالة الثالثة وهي الاعتداد بالغلط و لو لم يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية , وخيار الرؤية هنا يقوم في

أساسه على فكرة الغلط وهذا يزيد الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي في الاعتداد بالغلط.

لذلك وترجيحا لمصلحة استقرار التعامل لم يهتم الفقه الإسلامي كثيرا بالغلط كنظرية موحدة وإنما كانت

مسائل الغلط غير مبحوثة في بحث خاص, بل متفرقة لأنه يعتمد على الإرادة الظاهرة أساسا في بناء العقد

مادامت الإرادة الباطنة خفية [6]ص374 , إلا أن ذلك لا يعني عدم جمع الخطوط الكبرى التي تسير فيها نظرية

الغلط التعاقدية في الفقه الإسلامي الذي عرف صور مختلفة من الغلط في نواحي أخرى مما يتعلق بالعقد مثل

النواحي التي يعتد فيها بالغلط التعاقدية كما في الفقه الغربي كالغلط في شخص

المتعاقد وكالغلط في القيمة, وفي الحكم الشرعي [6], [32], [3]ص486, 196, 127 .

ومجمل القول في عيب الغلط في الفقه الإسلامي انه حاول التوفيق بين احترام الإرادة و استقرار التعامل

, فباحترام الإرادة يستلزم أن نعتد بإرادة العاقد الحقيقية وبالتالي يمكن أن يهمل العقد, ولكن هناك مصلحة

عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماما وهي مصلحة استقرار التعامل وفي هذا ارتكان للنزعة

الموضوعية, وهذه المسائل تم تقنينها في القانون المدني العراقي الذي مزج بين نظريات الفقه الإسلامي

وبين النظريات الحديثة تأخذ في المادة 117 بما استقر عليه الفقه الإسلامي [1]ص831 كما أنه اخذ

بمصطلحات وراعى فيها أيضا في سرد عيوب الرضا المنهج الطبيعي للفقه الإسلامي .

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر التدليس في الفقه الإسلامي:

و قد تعمق الفقه الإسلامي في نظرية الغش والتدليس و قد تم تعريف يتردد كثيرا في الفقه الإسلامي عند التصدي لأحكام المعاملات ألفاظ "الغش", "التدليس", "التغريب", "الخداع", "الحيلة", "الخلافة",... وعند التعمق في معانيها والغوص في بيانها نجدها جميعا تجتمع حول معنى واحد وهو لدلالة على أن التصرف شابه نوعا من التحايل , [1], [3], [6], [32]ص 601, 149, 459, 154 وتكلم بشكل دقيق في تفصيلاتها و جزئيتها , بل خاض فيها وفي أغوارها إلى مدى بعيد وذلك لوجود نصوص كثيرة من الكتاب والسنة ,بالإضافة إلى أن هذه النظرية لا خوف منها على استقرار التعامل إذ المدلس في العادة يكون احد المتعاقدين وحتى لو كان غيرهما فان الطرف المستفيد على علم به في الغالب أو على الأقل في استطاعته أن يعلم بذلك , و لهذا لا نجد صعوبة في التوفيق بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة , فيمكننا ذلك في كثير من اليسر بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل [3], [1]ص 149, 669 لذلك وصل الفقه الإسلامي بهذه النظرية إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي ,فهو يعرف التغريب باستعمال الطرق احتيالية ويعرفه عن طريق مجرد الكذب ويعرفه أيضا عن طريق الكتمان ,وكذلك يعدد كالفقه الغربي بالتدليس الصادر من الغير .

واستطاع الفقه الإسلامي أن يوفق ويوازن بالعدل بين احترام لإرادة الحقيقية مع استقرار التعامل, وذلك من خلال انه وضع قاعدة عامة تقضي بأن الغش أو التغريب على الرغم من حرمة لا يعتبر لوحده من أسباب الخيار باعتبار عنصره النفسي إلا إذا صاحبه غبن خارج عن عرف التجارة أو فوات وصف مرغوب فيه بحيث يختلف الثمن به , أو كتمان عيب , وذلك على أساس أن الغش أمر نفسي يصعب إثباته , إلا إذا صاحبه دليل مادي , وحتى لا يؤدي إلى زعزعة التعامل وعدم استقراره وحتى إذا لم يستطع إثباتها فهو يملأ ساحة القضاء بدون جدوى , ولذلك وضع الفقه الإسلامي هذه القاعدة كأصل عام تحكم المعاملات العادية , غير انه لاحظ انه يوجد في المجتمع أشخاص ليس لديهم الخبرة بالتعامل ولا القدرة على المساومة فوجد لهم منفذاً و لتعاملهم مخرجاً فقام بحمايتهم وشرع لهم عقوداً مبنية على الأمانة تتوفر على حماية أكثر منها عقود المرابحة [1]ص 670 حيث إن أي غشا وكتمان أو كذب يؤثر فيها فيجعلها غير لازمة للطرف الذي وضع ثقته في الآخر . و بذلك استطاع الفقه الإسلامي أن يجمع بين الاستقرار المنشود في المعاملات العادية وبين

حماية من يحتاج إليها إذ التجأ إلى مثل هذه الطائفة من العقود, وفي هذا دليل واضح على النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي.

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الإكراه في الفقه الإسلامي :

يبرز الإكراه بشكل واضح في الفقه الإسلامي, ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة الأخرى, ذلك انه اقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية, فاستقرار التعامل هنا لا يتعارض مع احترام الإرادة الحقيقية [33]ص17 لا سيما إذا كان الإكراه واقعا من احد المتعاقدين على المتعاقد الآخر وقد تم تعريف الإكراه في الاصطلاح بأنه "حمل الإنسان غير فعلى فعل من الأفعال أو أقوال من الأقوال بالوعيد أو التهديد أو إنزال الأذى إن لم يجب داعية بغير وجه حق...".

و أكثر المذاهب الفقهية التي أولت عناية فائقة بعنصر الإكراه هو المذهب الحنفي كونه جمع شتاتة في باب مستقل فتميز عن سائر أبواب الفقه, وتناوله في جميع التصرفات, بل ذهبوا إلى ابعده من ذلك إذ اعتنوا به حتى عند كتابة الشروط والوثائق [1]ص411 و ذلك من خلال الإطلاع على الوثائق التي يكتبونها فيما بين المتعاقدين إنهم كانوا يحتاطون من الإكراه و ينصون فيها على "على أن العقد تم بين فلان وفلان دون إكراه... وإنهما رضيا بالعقد غير خائفين ولا مكرهين ولا مضطرين...". بل كان بعض القضاء يرفض أحيانا الوثائق إذا لم تتضمن من هذه العبارات.

ويتميز الفقه الإسلامي عندما ينظر إلى الإكراه كعيب في الإرادة بجعل الجزاء اشد من الجزاء الواقع من عيوب الإرادة الأخرى و أيضا في كيفية رجوع العاقد الذي وقع عليه الإكراه بالضمان, بالإضافة إلى انه يوسع من منطقة الإكراه إلى خارج دائرة العقود والتصرفات فقد دمج معه نظريات مختلفة يعالجها الفقه الغربي في مواطن أخرى مثل نظرية العمل غير المشروع, نظرية الضرورة ونظرية الدفاع الشرعي لاسيما المذهب الحنفي والشافعي [3]ص185 . ولدنا في الفقه الإسلامي كل الحلول التي يمكن أن نتصورها, فلدينا من يذهب بعيداً في حماية الإرادة الحقيقية كالمذهب المالكي حتى لو أهدر في سبيلها استقرار التعامل, ولدنا المذهب الذي يقف وسطاً معتدلاً في هذه المسألة فيعتد بالإرادة الحقيقية دون إهدار استقرار التعامل [3]ص207, واهتمام الفقه الإسلامي بالإكراه له ما يبرره فهو باعتباره ضغطا يسلط على المتعاقد وفي اغلب الأحيان من

المتعاقد الآخر فهذا يتماشى مع النزعة الموضوعية الذي تسوده.

فالنزعة الموضوعية دعت فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن يتصدر عيب الإكراه المكان الأول لكونه أقربها موضوعية و أبعدها عن الذاتية بسبب ما يتصل به من وسائل الضغط التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة [32]ص124 و أن الأخذ بالمعيار الشخصي على أساس أن الأخذ بعين الاعتبار ظروف من وقع عليه الإكراه من جنس و سن و حالة اجتماعية و صحية و ظروف الزمان و المكان و غيرها هذا لا يعني الأخذ بالنزعة الذاتية أو يهدد الأخذ بالنزعة الموضوعية بل بالعكس لأن الفقه الإسلامي وازن ذلك باشتراطه أن تكون وسيلة الإكراه شديدة إذ يجب أن يكون المكروه به أشد خطر و أثقل وطأة على الشخص من إكراهه على الاستجابة إليه, أما إذا كانت وسيلة الإكراه هينة بحيث لا تقاس معها النتيجة التي يريد المكروه الحصول عليها فلا اعتبار حينئذ للإكراه [32]ص138

ومن هذا الشرط يتضح أن الفقه الإسلامي يقرر شيئا من التناسب بين الخطر الذي يهدد المكروه والعمل الذي أكرهه على إتيانه, وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد وازن بين جميع المصالح.

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الاستغلال في الفقه الإسلامي :

لم يشتهر الاستغلال بين فقهاء المسلمين كمصطلح فقهي كما اشتهر بين القانونيين , على الرغم من أن من بين معانيه اللغوية المعنى الذي يقصد به في الفقه الوضعي , أي أن هذا المعنى ليس بمغزل , ولا خارج عن معانيه اللغوية لكنهم عالجوا مسائله من خلال مصطلحات فقهية أخرى كالغبن والتغريب و الاضطرار والغش [1]ص705 وهناك من يرى عدم الظهور الاستغلال في الفقه الإسلامي إلى أن الظهور الغبن بشكل كبير قد حجب الرؤية عن الاستغلال , وذلك انه لا يتحقق إلا مع وجود الغبن الفادح فما دام هو طور لوحدده لم يحتاج إلى وسيلة أخرى , ولا سيما أن البحث عن الجانب النفسي يرهق القضاء ليصل إلى ما يمتنع به وأما الجانب الآخر من الفقه الإسلامي الذي اعتد بالغبن مع التغريب فقد اضطر إلى البحث عن الغبن للبحث عن وسائل التحايل التي دفعت المتعاقد المعنون إلى وقوعه في الغبن وفي هذا الجانب نقترح من نظرية الاستغلال في الفقه الحديث مع الفارق بسيط وهو أن الغبن في نظرية الفقه الإسلامي ينظر إليه باعتباره القيمة المادية في حين أن الغبن في بعض الفقه الغربي ينظر إليه باعتباره القيمة الشخصية وفارق آخر في

التفسير الجانب النفسي في الاستغلال وأياما كان المصطلح وإنما المهم في كيفية العلاج والحلول.

فالفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه واتجاهات في مسألة الغبن التي نوجزها

فيما يلي [1]، [34]، [32]، [12]، [35] ص 22، 275، 168، 705، 393 :

-اتجاه يعتد بالغبن المطلق أو مجرد الغبن

-اتجاه لا يعتد بالغبن لان التصرف مع الغبن تجارة عن تراضى

-اتجاه يعتد بالغبن إذا صاحبه تغيير

وهذه الاتجاهات في المذاهب الفقهية تتسع لفكرة الاستغلال الموجودة في القانون الوضعي بعنصريها المادي

والمعنوي، وبعبارة أخرى نرى ذلك من خلال معالجة كل عنصر من عناصر الاستغلال، فالعنصر المادي

للاستغلال، والمتمثل في عدم التعادل أو الخلل الفادح، عالجه الاتجاه الأول والثالث في الفقه الإسلامي،

والعنصر النفسي للاستغلال، والمتمثل في استغلال ضعف معين، يتمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح

عالجه الاتجاه الثالث، ومنه يتضح أن الفقهاء المسلمين عالجوا مسائل الاستغلال من خلال الغبن والتغيير

أو الغبن المجرد أو الضرورة أو حالات السفه والعتة و الصغر، ويقول الدكتور السنهوري [3] ص 141 "إن

الغبن في صورة الغلط في القيمة في الفقه الإسلامي ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته أو

في غبائه ورعونته وهو ما يصدق على بيع المضطر وشراءه في الفقه الإسلامي، وانتهى إلى اكتمال صورة

الاستغلال المعروفة في الغرب. باعتبار أن الغبن في الفقه الإسلامي يقوم على اعتبارات موضوعية أقرب إلى

المرونة باتخاذ العرف والعادة والخبرة أساسا للتقدير أحيانا ومن ثمة أقرب إلى العدالة واستقرار المعاملات

بين الناس لسهولة الإثبات"، وفي هذا كله إظهار للنزعة الموضوعية.

ذلك أننا نلمس مظاهر النزعة الموضوعية من خلال احترام العدل ويراد بالعدل هنا العدل التبادلي كما يقدره

المجتمع، لا كما يقدره الفرد حين ارتضى إبرام العقد. فإذا انتقى العدل وتصدت الدولة عندئذ لحماية العاقد

ضحية الظلم، وذلك بتزويده بالوسائل التي تتيح له التخلص من الجور الذي تضمنه العقد بالحصول على

شروط أفضل.

- 1-1-2-2- مظاهر النزعة الموضوعية في شروط صحة العقد في ق م ج :

أن صحة التراضي شرط من شروط العقد , و العبرة فيه بسلامة رضا المتعاقد من العيوب المذكورة في التقنين المدني في القسم الثاني من الكتاب الثاني, و تماشيا مع المتطلبات الجديدة أدخل المشرع بعض التعديلات بشأن شروطها^{[5]ص157} و سنتناول دراسة مظاهر النزعة الموضوعية في هذه العيوب تبعا لورودها في التقنين المدني و التي تكون وفقا لما يلي : الغلط(1) , التدليس(2) , الإكراه(3) ولاستغلال(4) .

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الغلط في القانون المدني :

اكتفى المشرع الجزائري في المواد 81 – 85 ق م بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضا و الذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد, و بالتالي لم يهتم بالتقسيم الفقهي و لا حتى بتعريفه^{[32]ص11}, يعرف الفقه الغلط بأنه اعتقاد يخالف الحقيقة , يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد و ما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة اما بخصوص تقسيماتها فإنه أنواع ثلاث : غلط يعدم الرضا , غلط لا يؤثر في الرضا و الغلط الجوهرى كما جاء في أحكام القانون المدني يعطي إمكانية طلب إبطال العقد للمتعاقد الذي وقع فيه و قد نص المشرع الجزائري في مادة 81 ق م على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد , أن يطلب إبطاله " و رغم أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف الغلط إلا أنه أشار إلى مواصفاته و بعض صورته و ذلك من خلال المادة 82 ق م التي تنص على أنه " يكون الغلط جوهرى إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية , أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية . إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته , و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ."

و يستخلص مما ورد في هذه النصوص أن الغلط الجوهرى غلط جسيم و مؤثر , و هذه المميزات هي التي يتبين من خلالها مظاهر النزعة الموضوعية و ذلك على أساس أن اعتداد المشرع بالغلط الجوهرى يفيد أنه لا يعتد بأي غلط مهما كانت أهميته, و هدفه في ذلك الحفاظ على استقرار المعاملات, كما أن استحقاق الحماية القانونية يكون لأمر جدي^{[5]ص59}, فالتفاوتات البسيطة بين الأطراف هي أمور عادية, و الغلط الجسيم

هو ذلك الذي يبلغ درجة من الخطورة و الأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية. و بذلك المشرع يكون قد وازن بين مصلحة المتعاقد و مصلحة المجتمع و هذه الموازنة فيها أخذ بالنزعة الموضوعية رغم أن المسألة تتعلق بشخص المتعاقد , و ما يبرر أكثر هذه النزعة الموضوعية هو أن المشرع زيادة على ميزة الغلط الجسيم أضاف أن يكون الغلط جوهرى مؤثرا, أي أن يكون هو الدافع للتعاقد رغم أن القانون المدني أخذ بالمعيار الذاتي كون الغلط الجوهري عنده هو الغلط الذي يبلغ حدا من الجسامه في نظر المتعاقد الذي وقع فيه , على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضي أن يكون المعيار متعلق بحالة نفسية قد يصعب الكشف عنها, لذلك اتخذ القانون قرينة موضوعية لتكشف على هاته الحالة النفسية فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقا لمن انطوت عليه نيتها بالفعل , بل أيضا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرية وفقا لما أحاط العقد من ظروف و لما ينبغي في التعامل من حسن النية^{[4]ص320}.

و الأخذ بهذه الاعتبارات يرجع إلا وجوب استقرار المعاملات على أساس الثقة المشروعة , و يظهر ذلك بشكل خاص في اشتراط أن يكون الغلط مشتركا أو أن يكون الطرف الأخر عارفا به و المشرع الجزائري لا يشترط اشتراك المتعاقدين في الغلط و إنما أخذ بنظرتهم المشتركة أو بمعيار موضوعي لتحديد الصفة الجوهرية للشيء^{[5]ص173} , و الأخذ بهذه الحلول رغم الطابع الذاتي لعنصر الغلط هو من أجل التخفيف من النزعة الذاتية التي تطبع القوانين اللاتينية بصفة عامة و لا سيما تظهر في عيوب الإرادة و بالتالي فهي أحد مظاهر النزعة الموضوعية .

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر التدليس في القانون المدني :

نصت المادتان 86 , 87 ق م ج على أحكام التدليس إلا أنها لم تعرفه و من بين التعاريف الفقهية للتدليس هو " تضليل العاقد باستعمال وسائل احتيالية تدفعه إلى التعاقد ... " ^{[32]ص40}

إن نصت المادة 86 على انه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه, من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة . "

و تنص المادة 87 على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين , فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب

إبطال العقد , ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم , أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس ."
و يستخلص مما ورد في هذه النصوص أن التدليس يتكون من عنصرين عنصر مادي يتمثل في الوسائل
المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد و دفعه لإبرام العقد و عنصر معنوي يتمثل في نية التضليل و الخداع
عند المدلس , و لم يعتد المشرع بأي تدليس أو لمجرد استعمال حيل ضئيلة لأن السماح بإبطال العقد كلما قام
المتعاقد بحيل ضئيلة يكون خطرا اجتماعيا , فاستقرار المعاملات يقتضي وجود حدود لمفهوم التدليس كما أن
الاعتداد بالتدليس يقوم على الخطأ المقصود [5]ص178 .

لذلك تدخل المشرع كل ما دعت الضرورة ذلك مثل ما ورد في قانون التأمين المادة 25 منه^[36] , و القانون
التجاري [37]م79 بالإضافة إلى ما احتوته الشريعة العامة مثل ما جاء في المادة 86 ق م ج التي تضمنت
التزاما عاما بالإفشاء , و كل هذا حتى اعتبر السكوت العمد من وسائل الحيل, و يستند هذا الواجب إلى
التصور الجديد الذي يرى المتعاقد عضو في المجتمع, عليه واجبات نحو هذا المجتمع كما أن له حقوق , و
في إطار الواجبات يتعين على المتعاقد التعاون مع المتعاقد الآخر و ذلك بإبلاغه بكل المسائل الهامة التي
يجعلها. و المشرع أراد التخفيف من الطابع الذاتي لهذا العيب بأن اشترط بعض الشروط و جب تحققها حتى
يستجاب لطلب الإبطال و ذلك كله من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات و عدم المبالغة في حماية المتعاقد
على حساب المجتمع الذي مصلحته تكمن في تحقق الوظيفة الاجتماعية للعقد.

و الشروط التي تناولها المشرع هي ما يتعلق منها بخطورة التدليس إذ يجب أن يكون مؤثرا و أخرى تتعلق
بالمدلس فالأولى تؤكد أن المشرع لم يعتد بأي تدليس, ذلك أن التدليس الذي يترتب عليه قابلية العقد
للإبطال هو ذلك الذي ينال من سلامة الرضا, و بذلك وازن المشرع بين مصلحة المتعاقد و مصلحة المجتمع
. أما الشرط الثاني و المتعلق بالمدلس فقد أخذ المشرع بحل وسط [5]ص184, إذ يعتد بالتدليس الصادر من

الغير بشرط أن يكون المتعاقد على علم بذلك أو كان باستطاعته العلم به. و منه نستخلص من هذه الشروط و
هذا التدقيق هو حماية المجتمع من خلال بقاء العلاقة العقدية مما يفيد وجود مظهر من مظاهر النزعة

الموضوعية في هذا العنصر

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الإكراه في القانون المدني :

تناول المشرع الجزائري عنصر الإكراه عرف الفقه الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى

التعاقد [32]ص66 في المادتين 88 و 89 ق م ج

و نصت المادة 88 على أنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها

المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي

يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو , أو أحد أقاربه , في النفس , أو الجسم , أو الشرف , أو المال . و

يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه , و سنه , و حالته الاجتماعية , و الصحية , و

جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه ."

و تنص المادة 89 على أنه " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين , فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال

العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."

يتبين من هذه النصوص أن للإكراه عنصرين , أولا استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق و هذا

هو العنصر الموضوعي ثانيا رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد و هذا هو العنصر النفسي , و

متى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه و فسدت الإرادة . فجوهر الإكراه يتمثل في الرهبة و الخوف

النتائج عن وسيلة الإكراه , لأن هذه الرهبة تعيب الإرادة و تدفعها إلى إبرام التصرف بدون رضا , و لا شك

أن عيب الإكراه كما في عيوب الرضا ظاهرة من ظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي إلا

أنه لا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضا و الأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه

استقرار التعامل , و لا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع , و إن القوانين تطاوع المقتضيات العملية ,

فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة و المعايير الموضوعية حيث يغلب استقرار التعامل , و تأخذ طورا بالإرادة

الباطنة و المعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة و المنطق القانوني [4]ص377 .

و المشرع الجزائري في عيب الإكراه لم يعتد بأي إكراه أو لمجرد استعمال أي وسيلة من وسائل الإكراه ,

لأن السماح بإبطال العقد في هذه الحالة يؤدي إلى زعزعة التعامل و الثقة أو لمجرد الإدعاء , و إنما أقر

المشرع الجزائري و ضمن حرية الاختيار إلا أنه قيد طلب الإبطال بضرورة توافر الشروط المنصوص عليها

في المادتين 88 و 89 ق م ج إذ نصت على وجوب أن يكون التعاقد قد تم تحت سلطان رهبة بينة , و

الرغبة البينة قوامها الخطر فحتى تتحقق الرهبة البينة لابد أن يكون الخطر الذي يهدد المكره جسيما و محققا , رغم أن تقدير الإكراه يكون بمعيار ذاتي حسب المادة 88 ق م ج الفقرة الأخيرة فالشرط الأول يؤكد أن المشرع لم يعتد بأي إكراه ذلك أن الإكراه الذي يترتب عليه قابلية العقد للإبطال هو ذلك الذي ينال من سلامة الرضا و بذلك وازن المشرع بين مصلحة المتعاقد و مصلحة المجتمع .

و أشرت أيضا المشرع أن تكون الرهبة غير مشروعة أي بدون حق أما إذا كانت الرهبة البينة التي يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد معه قائمة على حق فإن رضاه هذا الأخير يكون سليما و ينعقد العقد صحيحا . أما الشرط الثاني المتعلق بمصدر الإكراه إذ اشترط المشرع في حال صدور الإكراه من الغير إثبات علم المتعاقد المستفيد أو كان من المفترض أن يعلم بهذا الإكراه , و في هذا دليل على رغبة المشرع من خلال هذا الحكم في استقرار المعاملات من غير أن يتجاهل مصلحة المتعاقد المكره [5]ص194 , إذ يمكنه سلوك طريق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه من طرف الغير و هذا كله يفيد وجود مظاهر للنزعة الموضوعية حتى في العناصر التي تظهر فيها النزعة الذاتية .

مظاهر النزعة الموضوعية في عنصر الاستغلال في القانون المدني :

عالج المشرع الجزائري أحكام الاستغلال في المادة 90 ق م التي تنص على أنه " إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع التزام المتعاقد الآخر , و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا , جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ... "

و بذلك يكون المشرع قد أخذ بنظرية الاستغلال الذي يعرفه بأنه هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام التصرف يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل البته مع المقابل [32], [5], ص90, 198 التي تعد نظام حديث يعمل على تحقيق الحماية للمتعاقد الذي يحتاج لذلك , فالمشرع يهدف من خلال تكريسها إلى حماية الطرف الضعيف , ذلك أن العقد المتفاوت في التزامات أطرافه يكون منافيا للعدل .

و مفاد هذه النظرية أن التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزاماته و الفائدة التي يحصل

عليها يكون ناتجا عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة و إلى استغلال الطرف الآخر لهذا الضعف من جهة أخرى , و تكون هنا العبرة بالضعف النفسي الذي نال من سلامة رضاء المتعاقد المغبون و يجب أن يكون هذا الضعف النفسي مؤثرا من جهة و مستغلا من طرف المتعاقد المستفيد من العقد من جهة أخرى [5]ص208 , لذلك اشترط المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 90 ق م أن تكون التزامات المتعاقد متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد.

و معيار التفاوت ينظر إليه نظرة موضوعية تكون بحسب قيمة الأشياء و بالتفاوت المادي, و في هذا أخذ بالمعيار الموضوعي و بالتالي مؤشر من مؤشرات النزعة الموضوعية , و لا شك أن النظرية المادية فيها مزية التحديد بالإضافة إلى ضمان استقرار التعامل [4]ص389 , و ما يؤكد غاية المشرع في ضمان استقرار التعامل هو قيده رفع الدعوى و جعلها مدة قصيرة و حدها بسنة واحدة , بالإضافة إلى اشتراط مواصفات الطيش و الهوى فلم يأخذ بأي طيش و إنما بالطيش البين أي معروف لدى الجميع و لم يأخذ بأي هوى و إنما بالهوى الجامح بالإضافة إلى استغلال الطرف الآخر لهذا الضعف النفسي , و هذا السلوك يقتضي العلم و الإرادة , و الغرض من كل هذا الموازنة بين حماية الشخص الضعيف و استقرار المعاملات و أيضا ما يفيد الأخذ بالنزعة الموضوعية التدرج في الجزاء و منح أكبر قدر ممكن من الحلول للإبقاء على العقد قائما و بالإضافة إلى التقليل من ميعاد رفع الدعوى هذا كله يفيد أيضا الارتكان إلى النزعة الموضوعية من خلال محاولة الحفاظ على استقرار التعامل .

- 1-1-2-3- تعقيب و موازنة :

رأينا أن عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي هي نفسها في القانون و التي هي الغلط , التدليس و الإكراه و الاستغلال و لقد كان للنزعة الموضوعية السائدة في الفقه الإسلامي أثرا كبيرا في مدى احتفاله بهذا العيب أو ذاك من هذه العيوب, فرغم ذاتية بعض العيوب إلا أنه لم يمنع ذلك الفقهاء من إدخال معايير مادية للتخفيف من هذه الذاتية , و في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل و انضباطه , بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين , فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي فوق أنها مبعثرة , يتنازعها عاملان متعارضان , استقرار التعامل و احترام الإرادة الحقيقية, و من ثم كانت المعايير السائدة هي معايير

موضوعية و هو نفس التوجه في القانون المدني الجزائري و المستخلص من النصوص التي تضمنت الغلط المواد 81 , 82 ق م ج مثل اعتداده بالغلط الجوهري و ليس أي غلط و إن يكون مؤثرا, و هذه المميزات هي التي يتبين من خلالها مظاهر النزعة الموضوعية , كون الأخذ بهذه الاعتبارات يرجع إلى وجوب استقرار المعاملات على أساس الثقة المشروعة.

أما بالنسبة لعنصر التدليس استطاع الفقه الإسلامي أن يجمع بين الاستقرار المنشود في المعاملات العادية و بين من يحتاج للحماية , إذ لجأ في بعض العقود إلى بعض المنافذ بغرض حماية المصلحة الأولى بالرعاية و هو ما يتماشى مع نهج المشرع الجزائري الذي تدخل كلما دعت الضرورة ذلك مثل ما ورد في عقد التأمين و القانون التجاري , و هذا كله للحفاظ على العقد .

و النزعة الموضوعية دعت فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إحلال عيب الإكراه المكان الأول لكونه أقربها موضوعية و أبعدها عن الذاتية بسبب ما يتصل به من وسائل مادية و كذا الإكراه الصادر من الغير و هذا أيضا يتفق مع ما ذهب إليه القانون المدني

أما عن عيب الاستغلال فرغم عدم اشتهاار هذا المصطلح لدى الفقهاء المسلمين إلا أنه تمت معالجة مسائله من خلال مصطلحات فقهية أخرى و الفقه الإسلامي نظر أيضا نظرة مادية للاستغلال باعتبار أن الغبن فيه يقوم على اعتبارات موضوعية و من ثم أقرب للعدالة و استقرار المعاملات , و أيضا هذا يتماشى مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري و الغرض من كل ذلك الموازنة بين حماية الطرف الضعيف و استقرار المعاملات و أيضا ما يفيد الأخذ بالنزعة الموضوعية فكرة التدرج في الجزاء.

فمجملة القول و رغم أن الظاهر من هذه العيوب أنها ذاتية و تدل على النزعة الذاتية إلا أن الفقه الإسلامي و كذا القانون المدني الجزائري حاول من خلال استعمال بعض المعايير المرنة التي تعتبر من أهم عوامل التطور في القانون و الفقه الإسلامي الغاية منها محاولة التكيف مع جميع الظروف و رعاية جميع المصالح قدر الإمكان ...

1- 2- النزعة الموضوعية في قيام العقد في الظروف الاستثنائية :

يقصد بالظروف الاستثنائية أن العقد لا يتم بالطريقة المعتادة و التي هي حكر على أطرافه فقط سواء في التكوين أو التنفيذ أو حتى في حالة بطلانه و بالتالي فأي تدخل لأي طرف آخر مهما كانت سلطته و من أين استمدتها خارج إرادة الأطراف المتعاقدة يعتبر قيذا على الإرادة فمجرد التدخل نلمس من خلاله مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية بالإضافة إلى كيفية التدخل و دوره لذا سنتطرق لمظاهر النزعة الموضوعية أثناء تدخل القاضي في تكوين العقد (مطلب أول) ثم في الآثار العرضية للبطلان (مطلب ثان) على أساس أن تقرير الآثار العرضية في حد ذاته ينطوي على مساس بمبدأ سلطان الإرادة و فيه تخفيف للنزعة الذاتية أملا في استقرار المعاملات .

1- 2- 1- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تكوين العقد:

عامل آخر في التقنين و الفقه يفسح أمامه المجال للمرونة و التطور هو هذه السلطة التقديرية الواسعة للقاضي , نراها في هذا العنصر فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقا للمناسبات تصل إلى التدخل في تكوين العقد سواء كان ذلك الدور يلعبه في الفقه الإسلامي أو في القانون المدني.

1- 2- 1- 1- مظاهر النزعة الموضوعية أثناء تدخل القاضي في تكوين العقد في الفقه

الإسلامي:

نتناول في هذا الفرع المسائل التي يتدخل فيها القاضي و تمس تكوين العقد و هي تعديل العقد للاستغلال (1)

بأن تعديل شروط التعسفية لعقد الإذعان (2)

دور القاضي في تعديل العقد للاستغلال :

رأينا أن هذا المصطلح لم يشتهر لدى الفقهاء المسلمين و لكن لا يختلف عن المعاني اللغوية للمصطلحات التي استعملها الفقهاء المسلمين, ما يهمننا في هذا العنصر هو معرفة مظاهر النزعة الموضوعية في هذا الحل الذي اهتدى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية و ذلك لحرصهم على التوازن العقدي , و بالتالي فإن كل وسيلة تحقق هذه الغاية تكون مشروعة , و هنا تظهر سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي و إصلاح الخلل عن طريق تعديل العقد و ذلك بإنقاص الالتزام على نحو يخفف من أعباء الطرف المغبون [38]ص279 .

لأن دور القاضي في تعديل الالتزام بالتخفيف عن الطرف المغبون إذا لحقه غبن فاحش يتفق مع الأصول العامة للشريعة الإسلامية خاصة إذا ما كان الغبن ناتجا عن جهل المتعاقد و عدم خبرته أو استغلال ضعفه, وللقاضي سلطة في تحديد و تقدير مدى الغبن الفاحش .

و منه فالشريعة الإسلامية عرفت أيضا حق الطرف المغبون في الإمساك أو الرد على خلاف بين الفقهاء^{[38]ص288} و اعتبرت ذلك وسيلة لرفع الضرر عن المغبون و المضرور حرصا على التوازن العقدي و استقراره كما أعطت للقاضي سلطة و دورا في العقد لإعادة التوازن العقدي و هذا التدخل من طرف القاضي في العلاقة العقدية تضحى فيه الشريعة الإسلامية باحترام الإرادة في سبيل استقرار التعامل و نرى صدق هذا التوجه في الاتجاهات الفقهية المختلفة حول الغبن و أثره في العقود^{[38]ص287} و بالتالي فتدخل القاضي في العلاقة العقدية و الاعتراف له بهذا الدور في الشريعة الإسلامية هو مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية على أساس التضحية بإرادة أحد الطرفين و ذلك لإعادة التوازن للعقد و للمحافظة عليه . و دور القاضي لم يقتصر على تدخله لتعديل العقد لشائبة الغبن أو التغيرير و إنما أيضا لتعديل الشروط التعسفية و كل ذلك قبل تنفيذ العقد.

دور القاضي في تعديل العقد لأفترائه بشروط تعسفية :

إنه و لنن كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح عقود الأذعان فإنه لا عبرة بالتسمية أو المصطلح إنما العبرة بوجود النظرير أو الحكم الذي يعالج المشكلة على نحو ما قرره من الفقهاء^{[39]ص174} و بالتالي يمكن القول بأن صورة عقود الادغان الحديثة التي تتم بموجب عقود نموذجية تتضمن شروط معدة سلفا وهي موجودة بالفعل في الفقه الإسلامي و إن كان الفقهاء قد عبروا عنها بتسميات مختلفة كعقود المعاظة أو التعاقد بالأفعال كعقود الكهرباء و الغاز و المواصلات^{[32]، [43]، [40]ص23، 244، 57} , لاشتراكهم في نفس الظروف التعسفية التي تلحق عقود الإذعان, فالفقه الإسلامي بدوره أقر من الوسائل ما يكلف حماية الطرف الضعيف و منع الاحتكار و أسبغ الحماية على بعض البيوع التي شابها جور و تعسف و يعتبر من قبل الشروط التعسفية ما قد تتضمنه بعض العقود مثل الإعفاء من المسؤولية و عدم التعويض .. لذا وجب إعطاء القاضي حق التدخل لتعديل ما

يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد, أو يخالف أصلا شرعيا عاما, أو يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية , فإذا وجد القاضي أن عقدا من العقود اشتمل على شرط تعسفي أو تأباه قواعد العدالة فإنه يقوم بتخفيف الشرط إلى الحد الذي يعيد التوازن في العلاقة العقدية و قد يصل به الأمر إلى إلغاء الشرط الجائر كلية لشبهة الاحتكار^{[38]ص241} . بالإضافة إلى اللجوء إلى وسيلة التسعير الجبري العادل بما يحقق العدل بين طرفيه^{[26]ص59} , و بالتالي فأينما وجد الضرر تعين أن يتدخل القاضي لإعادة التوازن بين الالتزامات بالوسائل^{[38]ص261} التي يراها أدعى لتحقيق الهدف و من بين هذه الوسائل البيع على المحتكر و حبسه و تغريمه في فقه بعض المذاهب. و الجدير بالملاحظة أن النهي عن الاحتكار كصورة من صور الإذعان ليس لذات الاحتكار و إنما لما ينشأ عنه من أضرار بالجماعة , و انطلاقا من أن العقد يؤدي وظيفة اجتماعية لذا وجب تدخل القاضي لحماية هذه الوظيفة بحماية العقد من خلال حماية أحد أطرافه المحتاج للحماية و هذا التدخل رغم ما فيه من تدخل في إرادة الأطراف إلا أنه يعتبر مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية الذي يعتبر حلا و حائلا أمام غلو النزعة الذاتية . لأن تدخل القاضي أو ولى الأمر لإعادة التوازن للسوق من مهام وظيفته الأساسية.

1 - 2 - 1 - 2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي أثناء تكوين العقد في القانون

المدنى الجزائري:

نتناول الحلول التي توصل إليها المشرع في القانون المدنى و سمح فيها للقاضي بالتدخل في مرحلة تكوين العقد متأثرا بالنزعة الموضوعية , محاولا بذلك معالجة ما قد يشوب تكوين العقد من اختلال في التوازن و نرى ذلك من خلال (1) سلطة القاضي في التعديل للاستغلال و (2) سلطته في تعديل الشروط التعسفية .

– سلطة القاضي في التعديل للاستغلال في القانون المدنى :

تتقيد الإرادة بإعمال نظرية الاستغلال لمقتضيات العدالة , و يهدف المشرع من خلال تقريرها إلى حماية الطرف الضعيف , و ذلك أن العقد المتفاوت في التزامات أطرافه يكون منافيا للعدل , و تكون العبرة هنا بالضعف النفسى الذي ينال سلامة رضا المتعاقد المغبون و يجب أن يكون هذا الضعف النفسى مؤثرا و مستقلا عن طرف المتعاقد المستفيد من العقد و تعد نظرية الاستغلال أو النظرية الشخصية للغبن نظام حديث يعمل على تحقيق الحماية للمتعاقد الذي يحتاج لذلك و مفاد هذه النظرية أي التفاوت الذي قد يوجد بين ما

يعطيه المتعاقد تنفيذًا لالتزاماته و الفائدة التي يجنبها يكون بناءً عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة و استغلال الطرف الآخر لهذا الضعف [5] ص 200 . و يشترط المشرع بموجب المادة 90 ق م أن تكون التزامات المتعاقد متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد مع التزامات المتعاقد الآخر , و هذه الفقرة تعد تعريف للغبن بمفهومه المادي , و معيار التفاوت قد يكون بين السعر الحقيقي للشيء و قيمته عند الشخص و يبدو هذا المعيار ذاتيا نوعا ما , و قد ينظر إليه نظرة موضوعية تكون بحسب قيمة الأشياء في السوق بإعمال هذه النظرية تنقيح الإرادة و يحد من دورها و ذلك بتدخل القاضي, إذ يجب عليه محاربة الاستغلال استجابة للدور الذي أعطاه إياه المشرع مما يتعين الاعتداد بالمساواة الحقيقية و ليست المجردة .

و لا يقصد بالمساواة الحقيقية المساواة التامة و إنما التعادل النسبي مع المضمون الحقيقي للعقد و ما يرفع الضرر [26] ص 213 .

و تمثل سلطة القاضي في مجال محاربة الاستغلال مساسا و قيادا يرد على حرية الإرادة و هو ما يتحتم معه التدخل في الرابطة العقدية التي نشأت بالتراضي انتصارا للنزعة الذاتية انتكست هذه النزعة بتدخل القاضي على نحو يحقق التوازن بين التزامات الأطراف و يمنع هذا الجور, و الاستغلال و في هذا انتصار للنزعة الموضوعية و كل ذلك لاستقرار المعاملات و حفاظا على العقد.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في هذا المجال فإنها تظهر من خلال أعماله لسلطته سواء في دعوى الإبطال أو الإنقاص , و هذه السلطة تضمن استقرار المعاملات , و لكنها لا تحقق توازنا كلياً فهي تقلل من الغبن , و يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة بخصوص المقدار الذي يجب إنقاظه من الالتزامات لرفع الغبن معتدا بضابط العدالة العقدية [5] ص 216 , و لا يقتصر دور القاضي في مرحلة تكوين العقد على تعديل العقد للاستغلال إنما أيضا يتدخل إذا شاب العقد شروط تعسفية .

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقود الإذعان في ق م :

حاول المشرع التخفيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان, فأجاز للقاضي بناء على طلب الطرف المدعى أن يعدل هذه الشروط أو يعفيه منها كلية لإعادة التوازن العقدي و رفعاً للإجحاف , و يبرز دور القاضي هنا كاستثناء يرد على سلطان الإرادة و هو المبدأ المقدس لدى أنصار النزعة الذاتية و المساس به يعني انتصار للنزعة الموضوعية , و القاضي بتدخله يستطيع مثلاً خفض سعر السلع إلى الحد الأدنى الذي يتقرر معه تحقيق التوازن و بذلك يكون قد تدخل في إرادة الأطراف , فتحويل المشرع للقاضي سلطة تعديل التزامات أحد الطرفين [41 | ص 131] إذا ما توافرت ظروف معينة , و لعل من أهم الحالات التي يجوز فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان تنص المادة 110 ق م على انه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان , و كان قد تضمن شروطاً تعسفية , جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط , و أن يعفى الطرف المدعى عنها و ذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " . ذلك أن هذه العقود تتميز بكون أحد أطرافها يحترف التعامل و يكتسب من هذا الاحتراف خبرة تمكنه من صياغة بنود العقد مما يحقق مصالحه [42 | ص 23] و مثال الشروط التعسفية في عقود الإذعان ما قد يشترطه الموجب فيها لمصلحته من حق العدول عن العقد أو وقف تنفيذه أو حق تعديل الثمن وفقاً للتعريف السارية وقت تسليم أو حق تعديل مواصفات السلعة أو الخدمة دون تعديل الثمن , أو الإعفاء من المسؤولية أو من إسقاط حقوق الطرف المدعى أو تقييدها ... و لتحديد مفهوم الشرط التعسفي , و قد جعل المشرع هذه السلطة من النظام العام إذ جعل كل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً , و هذا التدخل للقاضي في العقد يفيد الابتعاد عن النزعة الذاتية و إبراز مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية .

- 1 - 2 - 1 - 3 - تعقيب و موازنة :

و مما تقدم نرى أن الحلول التي تبناها المشرع الجزائري في الغبن المادي و كذلك الغبن المقترن بالعنصر النفسي المكون لنظرية الاستغلال إتباعا لنهج القانون الفرنسي فإن المشرع الجزائري اعتنق النظرية المادية , عدم التعادل و عدم التوازن بين الاداءات المتقابلة , و لكنه لم يأخذها على إطلاقها و إنما حصرها في بعض العقود , إلا أن المشرع الجزائري و على خلاف المشرع الفرنسي و توافقا مع المشرعين الألمانى و السويسري في تأسيس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية | 42 | ص 49 هي حلول تستقيم مع القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية التي تأبى الظلم و هضم حقوق الناس و أكل أموالهم بالباطل , كما إن تعديل الالتزامات التعاقدية بما يرفع الغبن عن المضرور نجد لها صدى في الفقه المالكي الذي أجاز الرجوع على المشتري في بعض الصور بالزيادة إذا كان المغبون هو البائع الذي يبعث سلعته بأقل من قيمتها , و الرجوع على البائع بانقاص الثمن إذا اشتراها المشتري بالزيادة, و قد قدر الغبن بالثلث زيادة و نقصانا و منهم من ترك ذلك للعرف | 38 | ص 305 , و منهم من يرى أن الغبن في صورة الغلط في القيمة في الفقه الإسلامي ينطوي على استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته أو في غبائه و رعونته و هو ما يصدق على بيع المضطر و شرائه في الفقه الإسلامي, إلى أن وصلوا إلى القول إلى اكتمال صورة الاستغلال المعروفة في الغرب و قننها المشرع الجزائري .

أما بالنسبة لفكرة الإذعان و الشروط التعسفية فلا نجد ثمة خلاف يذكر بين فكرة الأذعان في القانون المدني الجزائري و فكرة الاحتكار في الفقه الإسلامي , و إن السلطات التي حولها المشرع الجزائري للقاضي لحماية الطرف الضعيف تستقيم أيضا مع القواعد الأصولية في الشرع الإسلامي و تركز إلى العدالة التي هي أهم المبادئ التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية .

و الملاحظ أن أغلب التشريعات الحديثة تتجه إلى فرض أسعار جبرية لبعض السلع نظرا للحاجة الماسة إليها و ذلك عن طريق القرارات و المراسيم و اللوائح و هو ما تبناه المشرع الجزائري في بعض السلع الضرورية و حتى الأدوية محددًا هامشا للربح فيها بحيث لا يجوز بيعها بما يزيد على السعر المقرر و في الغالب يتعرض المخالف لعقوبات جزائية بالإضافة إلى البطلان كجزاء و لا ينسحب البطلان على العقد كله و إنما على القدر الزائد على الثمن, مهما كان الاتفاق على هذا الثمن المتجاوز هو شرط جوهرى لولاه لما تم

العقد أم لا , و يقابل ذلك في الفقه الإسلامي فكرة التسعير و التي الراجح فيها جواز التسعير في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها الغلاء عاندا إلى تدخل من إرادة أصحاب السلع, إلا أنه تم إخضاعه لعدة ضوابط معينة تراعى فيها مصالح جميع الأطراف و أن المخالف للالتزام بالتسعير – تستوجب أمرين الإثم ديانة و العقوبة من السلطان قضاء | 43 | ص 361 .

و منه فجميع الحلول التي تبناها المشرع الجزائري في هذا الخصوص تتماشى مع ما هو موجود في الفقه الإسلامي من إعطاء سلطة للقاضي في التدخل في العقد لتعديل العقد رعاية لمصالح الجميع من أطراف و مجتمع و الغاية في ذلك الحفاظ على استقرار المعاملات.

- 1 - 2 - 2 - مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية لبطلان العقد:

يقصد بالآثار العرضية أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً, و هذا خروج عن الأصل و شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل و أخرى وجوب حماية حسن النية , و قد تناول كل من الفقه الإسلامي و القانون بعض هذه الآثار العرضية التي نلمس من خلالها مظاهر النزعة الموضوعية .

- 1 - 2 - 2 - 1 - مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية للبطلان في الفقه الإسلامي:

من أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل أثاران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين إحداهما نظرية إنقاص العقد (1) و الأخرى نظرية تحويل العقد (2)

إنقاص العقد في الفقه الإسلامي :

يعرف الفقه الإسلامي فكرة الإنقاص و يقصد بالإنقاص أو البطلان الجزائي هو الجزاء الذي يتحقق بحذف أحد أجزاء العقد المعيبة أو بإنقاص القدر المبالغ فيه و يبقى العقد ذاته إذا كان ذلك مطابق لإرادة الأطراف , و تفترض نظرية إنقاص التصرف القانوني أن تصرفاً قانونياً باطلاً في جزء منه فقط و صحيح في الجزء الآخر و كان قابلاً للانقسام فإنه ينتقص أي يتم استبعاد الجزء الباطل و البناء على الجزء الصحيح في العقد | 44 | ص 51 في حالة ما إذا اقترن العقد بشرط فاسد , و الشروط الفاسدة في الفقه الإسلامي تختلف ضيقاً

و سعة بحسب المبادئ التي تفسر بها النصوص الشرعية و بحسب هذه المبادئ تضيق الإرادة و تتسع و أضيق المذاهب في قبول الشروط هو المذهب الحنفي و أوسعها هو المذهب الحنبلي [45] ص 8 , و يتضح من هذا أن دور القاضي في تعديل العقد بإلغاء الشرط الباطل إنما يلجأ لذلك للحد من بطلانه الكلي فهو نوع من تجزئة العقد المعروف في القوانين الحديثة أو إنقاصه مما شابهه من شروط باطلة أو فاسدة , و رغم الخلاف الكبير بين الفقهاء المسلمين حول مسألة نظرية الشروط المقترنة بالعقد و ثمره هذا الخلاف التي تظهر في إمكان تصحيح العقد الذي تضمن شرط فاسدا من عدم إمكان التصحيح , و المهم انه يوجد من الفقهاء من يقر بهذه المكنة للقاضي بالإضافة إلى اختلافهم في تحديد معنى الشرط الفاسد .

فالذي يرى وجوب تصحيح العقد و بالتالي إلغاء الشروط الفاسدة و أن هذه الشروط الباطلة أو الفاسدة تبطل وحدها دون أن تؤثر على العقد ذاته , و هو الاتجاه السائد عند الأحناف بوجه عام [38] ص 198 و هذا التدخل للقاضي إنما هو في المقام الأول للإبقاء على العقد لضمان استقرار المعاملات رغم أن إرادة الأطراف اتجهت إلى إقرار هذه الشروط و مع ذلك يتدخل القاضي طبعاً بناء على طلب أحد الأطراف و هذا يفيد أن هذا الحل فيه مساس بالنزعة الذاتية و تكريس اتجاه النزعة الموضوعية للعقد [27] ص 201

في نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي :

على الرغم من أنه يصعب القول بأن الفقه الإسلامي قد عرف مثل هذه النظرية أي نظرية تحول العقد نظرية تحول العقد المعروفة في القانون الألماني معناها أن العقد الباطل إذا تضمن رغم بطلانه أركان عقد آخر فإن هذا العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه , [46] ص 26 إلا أن الفقهاء المسلمين انصب اهتمامهم بضرورة استثمار العقد و الاستفادة منه في الحدود التي لا تخالف أحكام الشرع و لا تخل بميزان العدل و الحق , فوضعوا جملة من القواعد تكون أساساً للقاضي في تدخله في العقد , و من أبرز ما وضعوه قاعدة أعمال الكلام أولى من إهماله , و لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل و معنى هذه القاعدة إن الكلام يجب حمله على معنى كلما كان ذلك ممكناً , و أيضاً إن العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني [47] ص 49 , و مع صياغة هذه النظرية عرفت الشريعة الإسلامية عدة تطبيقات لنظرية تحول العقد , كما تعرض الفقهاء المسلمين في مؤلفاتهم لموضوع تحول العقد بشكل واضح لا لبس فيه , و اعتبروا

أيضا كتطبيق للنظرية كافة التصرفات الصادرة عن المريض مرض الموت من هبة ووقف , و ضمان و محاباة في الإجارة و الاستتجار و المهر و البيع و الشراء و الإبراء و الكفالة, و غير ذلك من المعاملات التي يصبح حكمها حكم الوصية في اعتبارها في الثلث , و لم يقف الأمر عند الفقهاء المسلمين عند حد إقرار نظرية التحول و تطبيقاتها بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك عندما أقاموا التحول على أساس موضوعي بدلا من الأساس الذاتي [46]ص15 . و أخذ الفقه الإسلامي بهذه الحلول لتحقيق الاستجابة للظروف العملية المختلفة ليحافظ على بقاء العقد, و قد أورد الأستاذ الدكتور السنهوري في مؤلفه مصادر الحق عدة تطبيقات حية لموضوع التحول في الفقه الإسلامي, منها انه إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين و لم يصح أجاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر , من ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل , فتتحول الكفالة إلى حوالة, و من ذلك أيضا إن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل فتتحول إلى كفالة [3]ص269 . و منه فالملاحظ إن هذا الحل أي نظرية تحول العقد و التي تهدف إلى المحافظة على العلاقة التعاقدية بين الطرفين قدر الإمكان سواء بتدخل من القاضي أو بتدخل من المشرع أي التحول بقوة القانون لها مكان في الفقه الإسلامي و التي رغم إنها لم تعن بوضع نظرية كاملة إلا أنها عرفت كل تطبيقاتها, رامية بذلك إلى استقرار مما يفيد وجود مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية و الذي يظهر من خلال بعث الحياة في عقد كان باطلا أصلا سواء كان بإرادة القاضي أو بإرادة الشارع .

1- 2- 2- 2- 1- مظاهر النزعة الموضوعية في الآثار العرضية للبطلان في ق م ج:

تتناول نفس الآثار التي تم التطرق لها في الفقه الإسلامي نظرية إنقاص العقد(1) ثم نظرية تحويل العقد(2)

في إنقاص العقد في القانون المدني الجزائري :

عالج المشرع الجزائري هذا الحل في المادة 104 ق م ج بنصها على " إذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للإبطال فهذا الشق وحده الذي يبطل , إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا , أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " . و قد اقتبس القانون الجزائري فكرة البطلان الجزئي من قانون الالتزامات السويسري (م 02 /20 ق م س) [44]ص51, و فضلا عن هذا النص فقد تضمن القانون المدني نصوصا أخرى تقضي بالإنقاص في حالات معينة و من الأمثلة عن ذلك الاتفاق على عدم جواز القاضي إعفاء الطرف المدعى

من الشروط التعسفية فإن هذا الشرط يبطل مخالفته نص م 110 ق م ج و أيضا نص م 107 ق م ج و أيضا مخالف القواعد المحددة للأسعار و المادة 722 ق م ج¹⁵ |ص 278, و مما لا شك فيه أن تقرير الإنقاص بنصوص تشريعية خاصة فيه اعتداء على مبدأ سلطان الإرادة الذي هو أساس النزعة الذاتية, فهذا الإنقاص يفرضه المشرع لمقتضيات النظام العام أو لحماية الطرف الضعيف من طرفي العقد, و هذا التدخل في إرادة المتعاقدين و عدم إقرار البطلان لكامل العقد, سواء كان هذا التدخل قضائيا أم قانونيا أو التي تجعل من الإنقاص تصحيحا للعقد, يفيد تكريس أحد المظاهر المبينة للنزعة الموضوعية, ذلك أن انتقاص العقد لا يتأسس في حقيقته القانونية على الإرادة المشتركة للطرفين, ولا يعتبر مجرد تفسير لها, بل يستند إلى الإرادة الشارعة التي تقصد قيام العقد في المعاملات بين الناس بالأثر الذي حددته, لتفرض هذا التحديد عليهم لا إعاقة إبرامه, لتجيز لهم التخلص منه عن طريق البطلان, و القانون الجزائري تولى بنفسه تطبيق فكرة الانتقاص بصرف النظر عما تتجه إليه إرادة المتعاقدين⁴⁴ |ص 53, فالغرض من أعمال هذه النظرية هو لضمان استقرار المعاملات, و يتبين من دراسة المادة 104 ق م ج بأن المشرع الجزائري يشترط لإعمال نظرية الإنقاص توافر شرطين⁴⁴ |ص 93 رغم أن د على فيلالي ذكر وجوب توافر ثلاث شروط إلا أن الشرط الثالث و المتمثل في أن يكون الشق الباطل غير مؤثر في الواقع هو ترجمة للشرط الثاني و هو قابلية العقد للانقسام هما :

- إن يكون العقد باطلا في جزء منه

- و إن يكون العقد قابلا للانقسام.

و منه فإذا كان العقد متضمنا جزء باطلا اقتصر البطلان عليه وحده أما بالنسبة للشق الصحيح فإنه يرتب كل آثاره القانونية الأصلية, فهذا الإجراء أي تصحيح العقد بدلا من إبطاله لا يكفي فقط لتحقيق مقتضيات العدالة و المساواة و يسمح بالإبقاء على العقد المفيد لطرفيه و الجماعة بدلا من إنهائه و إنما أيضا يبدو كجزاء أكثر فعالية و مساهمة في تحقيق الآثار القانونية⁴¹ |ص 125, و أعقب المشرع هذا الحل بحل آخر يعالج وضعية أخرى لا تقل أهمية في تكريس النزعة الموضوعية و هو فكرة تحول العقد.

في تحويل العقد في القانون المدني الجزائري :

تناول المشرع الجزائري نظرية تحول العقد في المادة 105 ق م ج التي نصت على انه " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه , إذا تبين أن نية المتعاقدي كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد . " و أخذ المشرع هذه النظرية من القانون الألماني [44 |ص 59 (المادة 140 ق م ألماني) , فالعقد في نظر المشرع اليوم يؤدي وظيفة اقتصادية و اجتماعية في تداول الأموال و تبادل الخدمات , لذلك يحظى بالحماية القانونية , و منه فإن ما يتطلبه القانون اليوم ليس إهدار العقد الذي ينطوي على مخالفة للمتطلبات الاقتصادية و إنما بقاء العقد , و ذلك بإخضاعه لهذه المتطلبات على نحو يكفل تنفيذه و فاعليته [46 |ص 239 .

إن مصلحة المجتمع تقتضي تنفيذ العقد , و بالتالي فتدخل المشرع لا يقتصر على تحديد مضمون العقد , بل يشمل كذلك تنظيما فنيا جديدا للجزاء , و المشرع الجزائري أخذ بهذه النظرية التي قوامها استقرار المعاملات , و اشتراط لإعمالها توافر بعض الشروط و هي أن يكون العقد باطلا – و أن يتضمن العقد أركان عقد آخر صحيح – و أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح. و تساهم هذه النظرية في تحقيق الاستقرار في التعامل و التوازن العقدي و زيادة النمو و التطور في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية [46 |ص 261 , إن تطبيق نظرية تحول العقد يجسد ازدياد تدخل المشرع في العقد الباطل إذ رتب عليه آثارا هي نفس الآثار التي يمكن أن تترتب على العقود الصحيحة , و هذا يدل على دور المشرع الجديد و الذي يعتبر أحد مظاهر النزعة الموضوعية لتحقيق المصلحة العامة , على أساس انه لا يتحول العقد إلى أداة للإضرار بالمجتمع أو إلى وسيلة لاستغلال الآخرين , لذلك إذا كان العقد باطلا فلا تترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان و إنما يجوز ان يرتب آثارا أرادها المشرع , فيظهر بأن آثار العقد الجديد في ضوء المتطلبات الجديدة تعتمد على سياسة قانونية مؤداها المحافظة على الآثار التي ستتلاءم مع أغراض النصوص القانونية و لا يوجد سبب لبطانها [46 |ص 240 .

- 1 - 2 - 2 - 3 - تعقيب و موازنة :

مما تقدم يظهر جليا أن الحلول التي توصل إليها المشرع الجزائري و قننها حفاظا على العلاقة التعاقدية حتى يؤدي العقد دوره سواء بالنسبة لفكرة الإنقاص أو فكرة تحول العقد, قد عرفت الشريعة الإسلامية مثل هذه الحلول, رغم أن مصدر القانون الجزائري في ذلك القوانين الجرمانية, و هذه الحلول التي تتركس التوجه نحو النزعة الموضوعية وصل إليها فقهاء الشريعة الإسلامية بل و أبدعوا فيها, و قد بني الفقهاء موضوع تحول العقد مثلا على أسس موضوعية مستبعدة الأسس الذاتية¹⁷ |ص158|. أما بالنسبة لآثار التحول فإن طبيعتها تتأثر إلى حد كبير بالأساس الذي وضعته القوانين المختلفة لصحة العقد الجديد, فالشريعة الإسلامية تخضع آثار التحول لحكم الشارع الذي يعرف مصلحة العباد أكثر من معرفة الأفراد لها, و القوانين الرأسمالية على الرغم من أنها تخضع آثار التحول لقيود النظام العام, إلا أن هذه القيود تأتي ضيقة في حدودها و مداها, لذلك تبقى آثار التحول في هذه القوانين وسيلة لإتباع حاجات المتعاقدين فقط.

و الملاحظ أيضا بالنسبة لإنقاص العقد فإن هذه الحلول التي أخذت بها القوانين تستقيم مع ما أخذت به الشريعة الإسلامية ذلك انه إذا كان من الأفضل أن يميل الجميع إلى تصحيح العقد بدلا من إبطاله فإن هذا ليس فقط بسبب أن هذا الإجراء يكفي لتحقيق مقتضيات العدالة و المساواة بين الأفراد, و يسمح بالإبقاء على العقد المفيد للمجتمع و لطرفيه بدلا من إنهائه, و لكنه يبدو كجزء و أكثر فعالية و مساهمة في تحقيق الآثار القانونية.

و من جهة أخرى فإن الحكم ببطلان الرابطة العقدية ككل قد يمنح أحد أطراف العقد فرصة أخرى لتكرار التعامل غير المشروع على نفس المحل ذاته محل الرابطة المقضي ببطلانها, و هذه الرؤية من صميم أهداف الشريعة الإسلامية التي بلغ فيها التطور إلى غايته القصوى و ذلك بإباحته الشروط المقترنة بالعقد إباحة عامة, إلا إذا كانت مخالفة للشرع أو النظام العام أو الآداب, و نبذ مبدأ وحدة العقد نبذا تاما باعتباره من مخلفات الصناعة القانونية القديمة و قد تخطته النظم القانونية الحديثة³¹ |ص175|. فنرى ذلك كله في تعديل سبق أن أدخل على مجلة الأحكام العدلية في عهد العثمانيين و أخذ به التقنين المدني العراقي في المادة 131 منه.

- 2- النزعة الموضوعية في مرحلة تنفيذ العقد :

طالما أن أهم محطات العقد هي مرحلة التكوين ثم مرحلة التنفيذ و رأينا في المرحلة الأولى أهم مظاهر النزعة الموضوعية , و في هذه المرحلة أيضا نلمس بعض المظاهر التي تكرر النزعة الموضوعية و نحاول أن ندلل عليها, إذ مرحلة التنفيذ لا تقتصر على أطراف العقد بل يتمتع القاضي بسلطة تقديرية فيها (المبحث الأول) إذ يمنح للقاضي في هذه المرحلة إمكانية تفسير العقد في حالة ما إذا توافرت له شروط ذلك . و لا يقتصر دوره في إبراز إرادة الأطراف أو إصباح إرادته و إنما قد تمتد إلى أن يكون له دور حتى في كيفية تنفيذ العقد (المبحث الثاني) إذ يمكن منح أجل, أو تعديل بعض الشروط مثل الشرط الجزائي, وقد يتدخل حتى في التزامات الأطراف إذا ما تغيرت ظروف الانعقاد.

- 2-1- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي أثناء مرحلة تنفيذ العقد:

قد يظهر أثناء مرحلة تنفيذ العقد بعض الصعوبة في تنفيذه , بسبب غموض عبارات العقد , فيقتضي ذلك تدخل القاضي لإزالة هذا الغموض , و ذلك لقيامه بعملية تفسير العقد حتى يسهل تنفيذه بإزالة كل غموض (مطلب أول) إلا أن دوره يمتد إلى التدخل في كيفية تنفيذ العقد (مطلب ثان) و ذلك بمنح أجل قضائي أو ما يسمى نظرية الميسرة أو تعديل أو إلغاء بعض بنود الاتفاق , أو تعديل الالتزامات في حالة الظروف الطارئة .

- 2-1-1- مظاهر النزعة الموضوعية في تفسير العقد :

تدخل القاضي يفيد وجود منازعة بين أطراف العقد, و إذا كان الأمر مرفوع إليه من أجل تحديد مضمون العقد بإزالة الغموض الوارد فيه فهذا يعني أنه يقوم بعملية اجتهادية تسمى تفسير العقد, في هذه العملية تظهر بعض مظاهر النزعة الموضوعية سواء في الفقه الإسلامي (فرع1) أو في القانون المدني (فرع2) , ثم نحاول أن نجري موازنة بين هذه الحلول التي تظهر فيها النزعة الموضوعية(فرع3)

- 2-1-1-1- مظاهر النزعة الموضوعية في تفسير العقد في الفقه الإسلامي:

نرى هذه المظاهر من خلال دور التفسير أو الحاجة إلى التفسير (1) ثم من خلال الوسائل المستعملة في هذه العملية (2)

من حيث دور التفسير :

التفسير عملية اجتهادية يقوم بها القاضي للوقوف على حقيقة العقد حتى يصل إلى تكيفه و إنزال الأحكام المتعلقة به و كذلك للتعرف على إرادة المتعاقدين و الكشف عن الألفاظ الغامضة³⁸ ص191 قد يحدث عند تفسير العقد أن يتم تعديله , و يتعلق ذلك بتكييف العقد ابتداء, حينما يفسر القاضي عبارات العقد و شروطه لإحاقه بعقد من العقود المسماة أو العقود القريبة منها, دون أن يقف عند تكييف المتعاقدين للعقد , على أساس أن التكيف من مهام القاضي الأساسية و هي مسألة أولية يجب النظر إليها, حتى يمكن المرور

للمرحلة التالية , و هي تطبيق الأحكام التي تتعلق بطبيعة العقد حسبما وصل إليه عن طريق التفسير مثال ذلك إذا المتعاقدان على تصرفهما وصف عقد هبة ووصل القاضي عن طريق التفسير بأنه عقد بيع .
و من جهة أخرى فإن التفسير قد يصل إلى تعديل جزئي للعقد , خاصة في حالة إتباع بعض أدوات التفسير كالعرف و العادة , ذلك أن من أهداف العرف تكملة العقد سدا للنقص الذي اعتراه , كما أن مقتضيات العدالة لها مكان في تفسير العقد , و هذا الدور المنوط بالقاضي عند التفسير عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية من أجل التوصل إلى تكييف العقد و تطبيق الأحكام الشرعية الملائمة له , و له أيضا أن يصل حد تعديل العقد إذا ما استطاع باجتهاده و بإتباع أصول التفسير و أدواته أن يكشف عن مكنون الإرادة الحقيقية الباطنة التي قد يعتمدا المتعاقدان إلى سترها بألفاظ غامضة أو قصرا بحسن نية في إيصال المعنى الواضح المعبر عنه , و مما لا خلاف عليه في نطاق الفقه الإسلامي أن القاضي عند تفسيره للعقد إنما يبحث أيضا عن الإرادة الباطنة للمتعاقدين توصلا لتطبيق العقد [38 |ص 140 .

و الملاحظ أن الإرادة الباطنة هي المعول عليها في العقود, و إن تفسير العقد يستهدف الكشف عن هذه الإرادة , و إن الأخذ باللفظ الظاهر إنما يكون باعتباره معبرا عن هذه الإرادة لاستقرار المعاملات و حسما لمادة النزاع.

و قد ذكر الدكتور السنهوري إلى أن الفقه الإسلامي يتبنى النزعة الموضوعية في تفسير العقد أي الحكم على العقد بما تدل عليه ألفاظه و أن حقيقة المقصود بحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم " ألا إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى " هو قصره على العبادات دون المعاملات [38 |ص 155 .

من حيث أدوات التفسير:

لا يستطيع القاضي القيام بالدور المنوط به بالتفسير إلا عن طريق أدوات يستعين بها في أداء هذه المهمة , و هذه الأدوات تتمثل في جملة قواعد فقهية أو لغوية يستأنس بها عند التفسير على ضوء الواقعة المطروحة , و التي تحتاج بطبيعتها إلى هذا العمل الاجتهادي .

و الملاحظ أن هناك من الفقه من قسم هذه الأدوات إلى أدوات و قواعد تفسير داخلية و قواعد تفسير خارجي, فالأول يعني بالتعرف على إرادة العاقدین من خلال نصوص العقد ذاته , بتحليل عباراته و الربط بينها, و منها الأصل في الكلام الحقيقة , و إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز, و انه لا عبرة بالدلالة في

مقابلة التصريح , و أعمال الكلام خير من إهماله و هكذا [38] ص 157 , و الثاني يهدف إلى التعرف على إرادة العاقدين من مظاهر مادية ثابتة خارجة عن العقد منها العرف و هناك من يقسم هذه الأدوات إلى قواعد فقهية و قواعد لغوية و هذه القواعد الفقهية وردت في العديد من كتب التراث في الفقه الإسلامي منها - الأشباه و النظائر , للإمام السيوطي - و القواعد , لابن رجب- و الفروق , للقرافي و الأشباه و النظائر , لابن نجيم و أشير إلى بعضها في الموافقات للشاطبي و كذلك في مجلة الأحكام العدلية .

و ما يهمننا هو ما يتم به إظهار النزعة الموضوعية في عملية التفسير, أو ما يعبر عنه بالتفسير الموضوعي, و التي يهدف من خلالها إلى تحقيق أغراض موضوعية , كحماية حسن النية و العدالة الاجتماعية , و من المعايير المستعملة في الفقه الإسلامي لتحقيق هذا الغرض و التي وردت في المجلة^[14] , و أهم معايير التفسير الموضوعي , هي: - معيار أعمال الكلام أولى من إهماله - و معيار المعروف عرفا كالمشروط شرطا و- يفسر الشك في مصلحة المدين .

يمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته و نسميها بالعوامل الداخلية , و أخرى يفسر بها العقد و هي خارجية عنه و نسميها بالعوامل الخارجية , و الكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية , يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماسا لاستقرار التعامل , إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين و هذه مسألة خفية . بعوامل مادية ظاهرة و في هذا نلمس أحد مظاهر النزعة الموضوعية و ذلك بمنح هذه السلطة أي سلطة التفسير للقاضي^[4] ص 679 , و إعطائه فرصة استعمال هذه المعايير الموضوعية.

- 2-1-1-2- مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تفسير العقد في ق م ج:

يلجأ القاضي عند غموض العبارة إلى محاولة تفسيرها , و ذلك بالجوء إلى معالم وضعها القانون بواسطتها تتضح له سبيل التوصل إلى الإرادة الحقيقية, و بذلك تتقيد الإرادة بالنظر إلى كونها تستخلص بعيدا عن ما كانت تصبوا إليه , نرى ذلك في دور التفسير(1) . كما تتقيد الإرادة بأعمال المشرع لقواعد تفسير البنود التي يتضمنها العقد لا سيما عندما يتضمن هذا الأخير بنود تعسفية تضر بمصالح أحد الأطراف , أو حالة عدم تمكن القاضي من التوصل إلى الإرادة الحقيقية بالرغم من استعانتة بعوامل التفسير و نرى ذلك من خلال أدوات التفسير(2) .

في دور التأويل كمظهر من مظاهر النزعة الموضوعية :

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير , كي يستطيع القاضي استخلاص الإرادة وإزالة الغموض, و ذلك كله من اجل الاهتداء إلى إرادة المتعاقدين, مما جعل البعض يقول عنها إنها إرادة مفترضة أو مستخلصة بعيدة كل البعد عن الإرادة الحقيقية | 27 |ص 295 , و بذلك

تتقيد الإرادة الحقيقية, لأن القاضي يستخلص إرادة أخرى من خلال المعايير أو العوامل التي وضعها القانون تحت تصرفه , و التي تجعل من الإرادة الظاهرة وسيلة للوصول إلى الإرادة الحقيقية , و مع ذلك لا تكون هي نفسها | 5 |ص 383 هذا ما يجعل الشكلية الحديثة وسيلة هامة في تجنب المتعاقدين كل لبس أو غموض في مدلول العقد , لأنه يترتب عليها وضوح المعنى أما الرضائيه فهي كثير ما تسيء إلى المتعاقدين . و يعد التفسير من صميم عمل القاضي إذا كانت عبارات العقد غير واضحة الدلالة, بأن كانت غامضة أو متناقضة أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى.

ووفقا لمقتضيات المادة 111 / 02 ق م التي تنص 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, و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين, وفقا للمعرف الجاري في المعاملات ". و منه يتعين اللجوء إلى تفسير الإرادة بهدف إزاحة الغموض الذي يشوبها , و من ثمة التوصل إلى نية الأطراف , و بطبيعة الحال يؤدي هذا العمل إلى تقيد الإرادة , حيث أن تفسير حقيقة العبارات الغامضة قد يؤدي إلى الابتعاد عن الإرادة الحقيقية و يستبدلها بإرادة مستخلصة | 5 |ص 389 , و في هذه الحالة يقوم القاضي بتفسير العقد من خلال البحث عن النية المشتركة و هو ما يفرض ضرورة الكشف عن هذه الإرادة, لا الإرادة الفردية لكل منهما, و هناك جدل فقهي بخصوص تحديد الإرادة المشتركة من الفقهاء من يرى أن هذه النية لا يمكن أن تكون إلا الإرادة الظاهرة لافتراض مطابقتها مع الإرادة الباطنة و هناك من يرى أنها تتمثل في الإيجاب الموجه إلى الطرف الآخر , و هناك من يرى إنها الإرادة القانونية و آخر يعتقد أنها هي التي يمكن التعرف عليها | 4 |ص 676 .

و مما لا شك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني العبارة بإرادة المتعاقدين معا , و ليس بإرادة أحدهما و

في هذا نلتمس أحد مظاهر النزعة الموضوعية و ذلك من خلال تقييد الإرادة في صورتها أو في مفهومها لأننا نذهب بالإرادة الحقيقية بعيدا عن الحقيقة , و ذلك أن إلزام القاضي بالبحث عن النية المشتركة من قبل المشرع دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فيه تفوق إرادته على إرادة الأطراف , كما قد يكون فيه إقصاء و إجحاف لأحدهما .

و يضع القانون تحت تصرف القاضي وسائل يمكن من خلالها كشف هاته النية .

في عوامل استخلاص الإرادة :

تعتبر العوامل التي جاءت في نص المادة 111 ق م ج, بمثابة وسائل يستهدي بها القاضي في سبيل وصوله إلى النية أو الإرادة المشتركة.

و يوجب القانون على القاضي مراعاة العوامل الموضوعية التي أحاطت بالمعاملة و التي تصرف على أساسها المتعاقدان , و توصلنا في دور التفسير إلى أن الإرادة التي يتوصل إليها القاضي هي إرادة محتملة أو مفترضة لأن القاضي يستخلصها في ضوء الظروف و الملابسات المحددة قانونا فهو يستهدي بطبيعة التعامل , و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات(م 111 / 02 ق م), و ما يلاحظ أن المشرع لم يصر هذه العوامل و إنما تم ذكرها على سبيل المثال إذ يمكن الاستهداء بوسائل أخرى المهم الوصول إلى الإرادة الحقيقية.

و هناك من قام بتصنيف هذه العوامل إلى عوامل داخلية و أخرى خارجية و الكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية أي خارجية لا عوامل ذاتية , يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماسا لاستقرار المعاملات , إذ هو يستدل على النية المشتركة و هذه مسألة نفسية خفية بعوامل مادية ظاهرة 41 |ص 653 و هناك من يميز عبد الحي حجازي, بين التفسير الشخصي الذي يقتضي البحث عن نية الطرفين المشتركة و التفسير الموضوعي الذي يرجع إليه عندما يتعذر الكشف عن الإرادة المشتركة , فيكون الغرض من قواعد التفسير الموضوعية ليس التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين و إنما تهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية كحماية حسن النية و العدالة .

و عليه يلجأ القاضي في ذلك إلى البحث في ضوء عوامل داخلية, ذكر القانون منها طبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة .

و بالنسبة لطبيعة التعامل يمكن اكتشاف النية المشتركة بالرجوع للعقد ذاته أي بحسب طبيعته و موضوعه إذ هناك احتمال انصراف الإرادة إلى الدلالة مع ما يتفق مع طبيعة هذا التعامل .

أما بالنسبة إلى عامل: ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين, هو أن الأمانة واجب على المتعاقد, و الثقة حق له و بيان ذلك أن من وجه إليه إيجاب يتحتم عليه أن يفهم عباراته بما تقتضيه الأمانة في التعامل [5] ص 390 . أما العوامل الخارجية وهي الكثرة الغالبة, فقد عد منها القانون, العرف الجاري في المعاملات, و يضاف لها الطريقة التي ينفذ بها العقد, فالعقد يفسر طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل, إذ يفترض في المتعاقدين أنهما عالمان به و قد ارتضياه لذا و جب تفسير العبارة المبهمة في ضوء هذا العرف, و هناك مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون كما في المسائل التجارية [4] ص 682 . كما تعد طريقة تنفيذ العقد وسيلة خارجية تفسر بها إرادة الأطراف, و هذا لا يمنع من الاستعانة بأي طرف أو عامل خارجي [15] ص 298 .

و يخضع القاضي دائما في التفسير لمجموعة من المبادئ يتقيد بها عند التفسير, مثلا في حالة الشك الذي يفسر لمصلحة المدين, و العبرة بمصلحة المدين مظهر آخر من مظاهر النزعة الموضوعية, إذ يكون التفسير لصالح المدين و لو لم تتجه إرادته إلى ذلك و تظهر تطبيقات لهذه القاعدة في مثلا : إذا ثار شك حول مقدار العين المؤجرة فسر ذلك في مصلحة المؤجر لأنه هو المدين و إذا ثار شك حول طريقة الوفاء فسر ذلك لصالح المستأجر و إذا ثار شك حول الأجل المحدد بشهر كان التفسير إلى نهاية الشهر [15] ص 301 . أيضا بالنسبة لتفسير الشك في عقد الإذعان فإنه إذا كان الأصل أن الشك يفسر لمصلحة المدين, فإن المشرع و كاستثناء عن هذا الأصل أو رد قاعدة مفادها أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعى و في هذا تنص المادة 112 / 01 ق م على ما يلي " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى ".

و في هذا التوجه تقييدا للإرادة ذلك أن الإرادة ليست تلك التي صدرت عن الطرف المتعاقد بل هي تلك التي تستنتج في ضوء مصلحة الطرف المدعى و لو كانت تخالف إرادته الحقيقية. و من هذا يمكن القول أن تفسير العبارة الغامضة يعتبر بمثابة قيودا على الإرادة, لأن القاضي لا يأخذ بما يريده صاحب الإرادة و إنما بما توصل إليه هو , و ذلك بطبيعة الحال بالاستعانة بالوسائل التي مكنه القانون منها , و التي تعد مرشدة

- 2-1-1-3 - تعقيب و موازنة :

يتضح لنا من عرض دور القاضي في تأويل العقد في القانون المدني الجزائري و صولا إلى النية المشتركة للمتعاقدين, أن هناك مكنة الانحراف عن الإرادة و قد تتقيد بإعمال الوسائل الموضوعية, و في هذا يلتقي القانون المدني من خلال الحلول التي توصل إليها مع أحكام الفقه الإسلامي في طرق ووسائل التفسير , و كذا الغرض منه فالفقرة 2 من المادة 111 ق م ج و التي تنص على أنه " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد, فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين, دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ... " .

هذا الحكم القانوني يتفق مع القاعدة الفقهية أن العبرة بالمقاصد و المعاني لا بالألفاظ والمباني, و الفقرة الأولى من المادة 111 / 1 ق م ج التي تنص على أنه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين" و هو نفس المعنى المستفاد من القاعدة الفقهية التي تقر و أن الأصل في الكلام الحقيقة, و أيضا أن الأصل في الكلام حمله على الحقيقة و لا يحمل على المجاز إلا إذا تعذر ذلك .

و أيضا بالنسبة للوسائل التي يستعملها القاضي و هذا النص أيضا يتفق مع القاعدة الفقهية التي تقضي بأن العادة محكمة عامة كانت أو خاصة في إشارة إلى العرف, و أيضا عند البحث فيما ينطبق مع روح العقد يتمشى ذلك مع القاعدة التي تقضي بإعمال الكلام أولى من إهماله , و نفس الملاحظات بشأن تفسير الشك إذ تنص المادة 112 ق م ج على أنه "يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى ". و هذا يتفق مع القاعدة مع القاعدة الفقهية التي تقرر أن الأصل في الإنسان براءة الذمة و أيضا أن اليقين لا يزول بالشك .

و يقول في هذا الأستاذ السنهوري " أن النص على أن يفسر الشك في مصلحة المدين يتفق كل الاتفاق مع

قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي و هناك قواعد كلية ثلاث أوردها , بن نجيم في الأشباه و النظائر تتصافر كلها على إقرار هذا المبدأ , في القاعدة الأولى أن اليقين لا يزول بالشك , فإن كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين انه برئ الذمة و لا يزول هذا الشك إلا باليقين , و القاعدة الثانية أن الأصل بقاء ما كان على ما كان و براءة الذمة تسبق المديونية فيتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت و لا تزول إلا بمديونية قامت على يقين . و القاعدة الثالثة أن الأصل براءة الذمة فإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته و فسر الشك في مصلحته .. " [38 | ص 190] .

و كل هذه الحلول المتوصل إليها في شأن التفسير سواء كان في القانون المدني أو في الفقه الإسلامي هي في الواقع مواطن تنقيد فيها الإرادة و بالتالي انتكاس للنزعة الذاتية و التي من ورائها مبدأ سلطان الإرادة و في هذا كله انتصار للنزعة الموضوعية .

- 2-1-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد:

لا يقتصر دور القاضي على التفسير و إنما يمتد حتى في كيفية و طريقة تنفيذ العقد إذا ما استجدت ظروف طارئة بل أكثر من ذلك يتدخل حتى في الأجل و في بعض بنود العقد كالشرط الجزائي لذلك نرى هذه السلطة في تنفيذ العقد سواء في الفقه الإسلامي (فرع 1) و في القانون المدني (فرع 2) ثم تجرى موازنة (فرع 3)

- 2-1-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد في الفقه

الإسلامي:

أهم المظاهر التي نراها في هذه السلطة هي دوره في حالة الظروف الطارئة (1) ثم في سلطة منح الأجل (2) ثم في الشرط الجزائي (3).

في دور القاضي في التعديل للظروف الطارئة في الفقه الإسلامي:

يقوم تنفيذ العقد على رعاية تقتضي العدالة في تحديد حقوق و واجبات الأطراف فإذا طرأت ظروف استثنائية مقتضيات العدالة في تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحدهما في الفترة بين إبرام العقد و تنفيذه تتنافى مع

و تجعل تنفيذه مرهقا لأسباب خارجية عن إرادته فهنا يبرز دور القاضي بتخفيف الالتزام المرهق | 38 |ص 196

لقد عرف الفقهاء المسلمون فكرة الظروف الطارئة , و مدى تأثيرها في الالتزام العقدي و عبروا عنها بالأعذار, أي تعذر الوفاء بالالتزام في العقود المتراخية في التنفيذ لأسباب لا دخل لإرادة المدين فيها , كارتفاع الأسعار أو ظروف طبيعية و قد ذهب البعض إلى أن نظرية الظروف الطارئة هي من صميم الفقه الإسلامي و هي تقوم على أساس الضرورة و العدل و الإحسان | 26 |ص 253 . رغم أن هناك من يعتقد بأنه يصعب القول في الفقه الإسلامي بوجود نظرية عامة متماسكة للظروف الطارئة كما في الفقه الغربي , ليس فقط لأن الفقه الإسلامي لم يألف وضع نظريات العامة , و إنما كذلك لأن ظهور هذه النظرية جاءت كرد فعل المغالاة في القوة الملزمة التي يتمتع بها العقد في ظل سيادة المذهب الفردي .

أما الفقه الإسلامي فهو في الأصل و منذ البداية يغلب اعتبارات العدالة على القوة الملزمة للعقد كلما دعت الحاجة إلى ذلك, و لذلك لم تقم الحاجة لديه لوضع نظرية عامة في الظروف الطارئة | 27 |ص 314 .

و بالتالي فلا يوجد شك في أن فقهاء الشريعة الإسلامية و على اختلاف مشاربهم في معرفتهم لهذه النظرية , وقد ناقشوا ذلك من وجهتين, أولهما فسخ الإجارة بالأعذار, و ثانيها وضع الحوائج في بيع الزروع و الثمار | 38 |ص 197 .

و مضمون النظرية في الفقه الإسلامي من خلال تطبيقاتها أن ثمة حادثا , أو ظرفا أو عذرا خاصا أو عاما قد طرأ بعد إبرام العقد و قبل تنفيذه أو أثناءه , سواء أكان لا حقا بشخص أحد طرفي العقد أو بمحل العقد مما لم يكن متوقعا و لا يمكن دفعه غالبا , جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا بالمدين ضررا زاندا أو فاحشا | 17 |ص 185 .

و قد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد و نحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي , في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف و الأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل, الذي بني عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما , فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق و ما يحمله من التزامات , و انتهى المجلس إلى ضرورة إبعاد الضرر المرهق لأحد المتعاقدين , بسبب لا يدل عليه عن طريق السماح للقاضي بالتدخل في العقد الذي غدا التزام المدين فيه مرهقا و قد جاء في القرار مما لا شك فيه أن العقد الذي يعقده وفقا لنظام الشرعي يكون ملزما لعاقديه قضاء عملا بقوله

تعالى " ... أوفوا بالعقود ... " لكن قوه العقد الملزمة ليست أقوى من النص شرعي الملزم للمخاطبة به كافة ... [48]ص217 . و لا يخفى أن طريق التدخل في مثل هذه الأحوال في العقود المترخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور , إنما هو من اختصاص القضاء الذي يحق له تعديل الحقوق و الالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز على الطرفين .

و هذا لعمرك من بين مظاهر انتكاس النزعة الذاتية و انتصار النزعة الموضوعية التي تسمح التدخل في العقد و لإزالة القدسية عنه . و للقاضي سلطة أيضا في هذه الظروف لا تقل خطورة عن تدخله السابق إن رأي ذلك ضروريا منح أجل للمدين .

في دور القاضي في تعديل أجل الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي :

هناك اتفاق بين مختلف المذاهب الفقهية في منح المدين المعسر أجلا قضائيا فيما يسمي نظرة الميسرة طالما ثبت إعساره بالبينة , و هذه النظرة للمدين المعسر في الفقه الإسلامي هي إحدى السبل التي تؤدي إلى تعديل العقد في نطاق المدة التي اتفق عليها العاقدان للوفاء بالالتزام, و يستخلص من فقه المذاهب أن القاضي و هو بصدد ممارسته لهذا الدور في إطالة أمد الالتزام التعاقدى تحكمه عدة شروط و تتمثل الشروط في ,حلول أجل الدين , تحقق عسرة المدين [38]ص454 . فتدخل القاضي بتعديل أجل الالتزام العقدي الذي سبق و أن اتفق عليه أطراف العقد, و جاء بندا في العقد هو قيد على الإرادة , و غالبا ما تكون هذه العقود هي العقود الزمنية التي يعتبر الأجل ركنا فيها كعقود التوريد و عقود الإيجار, و يرى الأستاذ السنهوري, أنه من غير الملائم اعتبار الأجل و صف في العقود الزمنية ذلك أن الأجل عنصر جوهري فيها بل هو محل العقد ذاته و يدل ذلك على أن العقد إذا انعدم فيه الأجل فإنه يكون باطلا لانعدام المحل و لو كان الأصل وصف و كان باطلا لكان من الجائز أن يسقط الأجل و يبقى العقد كما هو الحال في الشرط [4]ص454 , و قد يكون الأجل مجرد عنصر من عناصر العقد في باقي صور الأجل الاتفاقي. و الملاحظ أنه إذا حل الأجل في العقود التي تم النص فيها على أجل معين للوفاء, و كان المدين معسرا أنظره القاضي إلى ميسرة , فإذا انقلب العسر إلى يسر بات المدين ملزما بالوفاء دون مساومة أو مطاولة , و هنا يصبح الأجل من جانب القاضي تقديرا للظروف المدين

المعسر أجلا قضائيا. و من ناحية أخرى فإن العقد ذاته قد يكون لمدة محددة ينقضي بانقضائها فيتدخل القاضي و يقضي باستمرار العمل بموجب العقد المنقضي أجله دفعا للضرر الذي يلحق بالمدين و بالمجتمع. و هذا التدخل للقاضي في العقد بتمديده أو بمنح أجل للمدين المعسر إنما هو ضرب من ضروب النزعة الموضوعية التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية , و التي نظرت إلى المدين نظرة السماح و أثابت من انظر مدينه أو أسقط عنه دينه , و لم تجز إيذاء المدين في بدنه حيث كانت المسؤولية تطل الشخص المدين الذي يفقد صفته كآدمي و يصبح رفيع رقيق ثم اشتملت هذه الفكرة إلى الإكراه البدني باعتباره وسيلة ضغط على المدين [49]ص333, و اتجهت إلى أن أموال المدين هي الضامنة للوفاء بالدين و ليس للغرماء عليه شيء آخر, و قد جاءت الشريعة الإسلامية بنصوص صريحة في محكم التنزيل بمنح المدين المعسر نظرة الميسرة, حفاظا على العقد من الفسخ الذي هو جزاء عدم التنفيذ, و بذلك تكون الشريعة الإسلامية راعت جميع المصالح و تدخلها في العقد بالسماح للقاضي في ذلك دليل على حرصها على استقرار التعامل, و بالتالي يفيد ذلك مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية .

و لم تقف عند هذا الحد بل أيضا سمحت للقاضي بالتدخل حتى في الشرط الجزائي .

في دور القاضي إزاء الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي :

الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يتفق عليه أطراف العقد و يلزم به الشخص الذي أخل بالتزامه التعاقدية قبل المتعاقد الآخر [38]ص307 و قد يصل هذا الشرط الذي اتفق عليه أطراف العقد إلى حد الغلو فيه , بحيث لا يتناسب مع الضرر الذي لحق بالطرف المشتراط , و هنا يتدخل القاضي لإعادة التوازن بين المتعاقدين, بتخفيف الشرط الجزائي , و الراجح في كتب المذاهب الفقهية انه لا يوجد مصطلح الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي عن الخطأ العقدي و إنما وجد مرادف له لفظ الضمان تعبيرا عن ذات المعني [38]ص307 .

إن الضمان أو التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي يكون في الأصل قضائيا , و لكن لا يوجد ما يمنع أن يتفق الطرفان ابتداء على تعويض الضرر الذي يحدث فيه نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي بمقدار معين يكون محلا لاتفاق الأطراف , ذلك انه يحقق منفعة لأطراف العقد و يحمل المدين على التنفيذ .

و الأصل في الشروط الإباحة لأنها معاملات , و الملاحظ أن فقهاء المذاهب لم يتحدثوا عن الشرط الجزائي

كشروط في العقد إلا نادرا , و هناك من يرى ذلك بالخشية من أن يفضي هذا الشرط إلى الربا , فتجد مثلا فقهاء الحنابلة يقررون الشرط الجزائي صراحة في كتب الفقه [38]ص331 , و يدل ذلك على جواز النص في العقد على التعويض الاتفاقي عن الضرر, و هو من الشروط المقترنة بالعقد التي لا تتناقض مع مقتضى العقد و لا حكم الشرع ويحقق منفعة للجميع, و بالتالي يجري عليه ما يجري على غيره من الشروط المقترنة بالعقد من أحكام تدخل القاضي في تعديله وتدخله في العقد و هو يباشر سلطته في إطار الشرع الإسلامي, الذي يمنع الضرر في كل صوره و لذلك يستطيع القاضي أن يحد من غلو الشرط الجزائي, و أن ينزل به إلى الحد الذي يجبر الضرر, أخذا بعين الاعتبار الخطأ الذي ارتكبه المدين, و قد دعم هذا التوجه مجلس إدارة البحوث و الإفتاء في المملكة العربية السعودية

إذ نص على " إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسبقا لوجوبه حتى يزول , و إذا كان الشرط مبالغا فيه كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي , و يكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية , فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل و الإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة , و يرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة و النظر " [48]ص220 .

مما يفيد جواز إدراج الشرط الجزائي و جواز التدخل القضائي في العقد لتعديله, و هذا التدخل في إرادة المتعاقدين إنما هو دليل على النزعة الموضوعية التي تراعي جميع المصالح, الأطراف و الجماعة من خلال الإبقاء على استقرار المعاملات بدلا من فسخ العقد الذي هو جزاء عدم التنفيذ .

- 2 - 1 - 2 - 2 مظاهر النزعة الموضوعية في سلطة القاضي في تنفيذ العقد في القانون

المدني:

نحاول تتبع نفس المظاهر في نفس المسائل التي تم تناولها في الفقه الإسلامي فنرى ذلك في سلطة القاضي في الظروف الطارئة(1) ثم في أجل الالتزام (2) ثم إزاء الشرط الجزائي (3)

في دور القاضي في الظروف الطارئة في القانون المدني :

استحدثت المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 ق م الفقرة الثالثة منه التي تنص على

أنه " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى , و إن لم يصبح مستحيلا , صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول , و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . "

و تعد هذه النظرية انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد , و تفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة , بحيث أصبح المتعاقد في بعض الأحيان غير ملزم بما تعهد به, فمقتضيات العدالة تقتضي مراجعة العقد نظرا لاختلال التوازن العقدي من جراء تغير الظروف و بالتالي تنقيح الإرادة و يحد من دورها , ذلك أن الالتزامات التي تم تقريرها بإرادة الأطراف تعدل من طرف القاضي, و تبرير ذلك دائما بمقتضيات العدالة و الإنصاف , حيث لا يجوز الإبقاء على الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقدين عند ما يحدث ذلك جراء تغير الظروف بعد تكوين العقد و لا يد لأحد الطرفين فيها و لقد اعتمدت هذه النظرية أول مرة في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة تغير الظروف و مفادها أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها العقد , و إذا تغيرت الظروف و جب تغير الالتزامات تبعا لذلك , ثم انتقلت هذه النظرية إلى القانون الإداري في قضية شركة " غاز بوردو " و قد أخذ بها القانون الجزائري في المادة 107 الفقرة 3 ق م و هناك من يرى أنه كان ينبغي على المشرع وضع هذه الفقرة استثناء في = المادة 106 ق م التي تنص على الأصل و تتضمن نفس المادة الاستثناء من القوة الملزمة للعقد , و تضع نظرية الظروف الطارئة مبدأ عام سجلته أغلب التشريعات الحديثة يسمح للقاضي بتعديل العقد – خلافا لما تقضي به القوة الملزمة – إذا طرأت ظروف استثنائية عامة ترتب عليها إخلال بالتوازن بين التزامات الطرفين ،والمقصود بالتعديل هو إعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب الظروف الطارئ .

وبالنسبة لمجال أعمال نظرية الظروف الطارئة هي العقود الملزمة للجانبين و لا تنطبق هذه النظرية على عقود الغرر أنظر المادة 57 ق م , و الجدير بالذكر أن ثمة خلاف في هذا الجانب فهناك من يعمم أعمال أحكام النظرية على كافة العقود [5] ص 373 , إذ تفترض هذه النظرية أن عقدا متراخي في تنفيذه قد أبرم في ظل الأحوال العادية, فإذا بظروف عامة لم تكن متوقعة قد حدثت و لا يمكن دفعها , و تؤدي إلى أن تنفيذ الالتزام بالشكل المتفق عليه قبل حدوثها يهدد المدين بخسارة فادحة , ففي هذه الحالة لا بد أن تراعى هذه

التغيرات التي حدثت, و يعاد النظر فيما اتفق عليه المتعاقدان و هذا ليتم التوازن بين مصلحة الطرفين , و لو أن الحادث الطارئ قد جعل الالتزام مستحيلا لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام [30]ص82 . و تعد نظرية الظروف الطارئة مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية, ذلك انه ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة , إذ هو يعدل العقد بطلب احد المتعاقدين دون رضاء الآخر , و يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة 107 - 3 ق م أن تتوافر شروط نص عليها المشرع و هي [26]ص255 :

* أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه

* و أن يكون الحادث الذي طرأ حادثا استثنائيا و عاما, و ليس في الوسع توقعه

* و أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.

أما عن كيفية تدخل القاضي في العقد حتى اعتد ذلك مساسا بالقوة الملزمة للعقد, فإنه يتضح من نص المادة 107 - 3 ق م أنه إذا توافرت الشروط السابقة, جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول , و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

و الملاحظ أن نص المادة 107-3 ق م من النظام العام أي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه, لذلك فعبارة " جاز " التي أوردها المشرع لا يفهم منها أن القاضي مخير في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة , و إنما عليه إعمال أحكامها عندما تتوفر شروط الظرف الطارئ , و إلا كان ذلك يتنافى مع حكمه و هدف المشرع من إقرار هذه النظرية [4], [26]ص260, 728 .

و يتدخل القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بإتقاصه للكمية, و هناك من يرى انه يمكن له رد الالتزام المرهق بزيادة التزام الدائن كزيادة الثمن المحدد في العقد , و الغالب أن له إنقاص التزام المدين, ذلك أن هذه الطريقة هي الوسيلة الوحيدة الممنوحة للقاضي و التي يتمكن من خلالها من مراجعة مضمون العقد في إطار نظرية الطارئة [5]ص379 . و بتدخل القاضي في العقد نلتمس مظهر آخر من مظاهر النزعة الموضوعية و التي تتقيد فيه الإرادة حيث يحد من دورها فتلتزم بغير ما تريد .

في دور القاضي إزاء أجل الالتزام العقدي في القانون المدني :

تعد نظرة الميسرة حالة من الحالات التي يستند إليها القاضي للتدخل في العقود بالتعديل, و نجد أغلب التشريعات نظمت فكرة الأجل , و الذي يبرز السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقاضي في هذا المجال,

و المتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه, و هذا يعد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة, و بالتالي العزوف عن النزعة الذاتية .

و قد نظم المشرع الجزائري الأجل القضائي بالمواد 119 , 210 , 280 , 281 ق م .

و الأصل في نظرة الميسرة أن المدين يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه إلا إذا استدعت حالته التدخل لحمايته , و لم يلحق الدائن من التأجيل أي ضرر, و نظرية الميسرة كنظرية الظروف الطارئة يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالحماية , بمنحه أجلاً قضائياً , و ذلك للحفاظ على استقرار المعاملات, لأنه في حالة حلول الأجل و عدم التنفيذ سيكون مصير العقد الفسخ , و بالتالي إن نظرة الميسرة هي احدي الطرق التي ترمي إلى تعديل العقد في نطاق المدة المتفق عليها للوفاء بالالتزام , و القاضي و هو بصدده ممارسته لسلطة التعديل تحكمه عدة ضوابط و شروط هي :

أ - أن يكون حق الدائن حال الأداء .

ب - أن تتحقق عسرة المدين أي أن يكون أهلاً للحماية, وهذا الشرط يدخل فيه أيضاً عدم تسبب المدين بمماطلته في عدم الوفاء.

ج - أن لا يكون هناك نص قانوني يمنع ذلك.

ح - أن لا يتضرر الدائن من هذا الأجل.

و الملاحظ من خلال نصوص القانون المدني 119 , 210 , 280 , 281 ق م أن نظرة الميسرة هي أمر جوازي بالنسبة للقاضي أي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة, و رغم ذلك فهي تعد تدخلاً حقيقياً في نطاق العقد, و تمس بمبدأ قانوني كان مقدساً لدى أنصار النزعة الذاتية ألا و هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين^[30]ص105 . و بالتالي يعتبر هذا التدخل من أجل منح أجل قضائي من بين أحد مظاهر النزعة الموضوعية , و لا يقف دور القاضي عند منح أجل للمدين و إنما أيضاً يتدخل حتى في بنود الاتفاق مثل الشرط الجزائي .

في دور القاضي إزاء الشرط الجزائي في القانون المدني :

أقر القانون المدني الجزائري الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي الذي يتفق عليه أطراف العقد لمواجهة الإخلال بالالتزام العقدي أو حتى التراخي في تنفيذه و الشرط الجزائي يعتبر بمثابة اتفاق على مقدار

التعويضي عن الخطأ لم يقع بعد و هو يحقق نفعاً للمشتراط و يكون في بنود العقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة [38] ص 324 و قد تناول القانون المدني الجزائري فكرة الشرط الجزائي في المادتين 184 و 185 منه إذ جاء في المادة 184 ق م على انه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً وان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

و يكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "

و الملاحظ من خلال نص المادة 184 ق م ج أن المشرع قد اكتفى بتحديد حالات تدخل القاضي دون أن يرشده إلى كيفية تقدير الإفراط أو العناصر التي يمكن أن يستند إليها في تقديره, إلا أن الأكيد أنه يلجأ إلى المعيار الموضوعي, و الذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن, أي عدم التناسب الفاحش مراعيًا في ذلك أيضا مصالح الأطراف , و سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طريقة أو عناصر يستند إليها القاضي لممارسة سلطته في التخفيض, تعبير ضمني على أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبدأ العدالة .

و الجدير بالذكر أنه لا بد من توافر شروط لإعمال حكم الشرط الجزائي الذي اتفق عليه المتعاقدان و هي الشروط التي يتطلبها عادة الحكم بالتعويض بوجه عام , من خطأ من جانب المدين و المتمثل في الإخلال بالالتزام العقدي, بالإضافة إلى ضرر الدائن , و العلاقة السببية بينهما , هذا و قد اشترط المشرع شرطا آخر لاستحقاق الشرط الجزائي و هو إعدا المدين إلا أن هناك حالات يعفي فيها الدائن من هذا الشرط المواد 180,181 ق م ج . ولا يتدخل القاضي بتخفيف الشرط في حالة التنفيذ الجزائي فقط , و إنما أيضا زيادة مقدار التعويض في حالة جاوز الضرر قيمة التعويض, و ذلك بتوافر شرط أن يكون الدائن قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم [30] ص 105 .

و في تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي سواء بالتخفيض أو بالزيادة إن كان هناك مقتضي, يعد هذا أساسا بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر أحد أهم مظاهر النزعة الذاتية و بهذا المساس يكون المشرع قد أعطي لنا مظهرا من مظاهر النزعة الموضوعية, يرمى من خلاله إلى حماية مصالح جميع الأطراف , و

المجتمع أيضا بالمحافظة على استقرار المعاملات لأنه في حالة الوصول إلى نقطة نزاع معينة و هي عدم التنفيذ يؤدي ذلك إلى الفسخ و بالتالي إنهاء العلاقة التعاقدية و هو مالا يريده المشرع لذلك يتدخل ليحد من إرادة المتعاقدين و دور هذه الإرادة في العقد .

- 2-1-2 - 3 - تعقيب و موازنة:

بعد عرض الحلول التشريعية التي أخذ بها القانون المدني الجزائري في سبيل الحد من النزعة الذاتية , و ذلك بالسماح للقاضي بالتدخل في العقد , و التي من بينها نظرية الظروف الطارئة, الملاحظ أنها تتفق مع القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية, و ذلك لوحدة الهدف و الغاية في رفع الضرر عن المضرور, و تحقيق التوازن بين الالتزامات العقدية , و مما لا شك فيه أنه يوجد بعض الفروقات بين النظرية في القانون المدني الجزائري و بين فكرة الجوائح كتطبيق للنظرية في الفقه الإسلامي و ذلك من حيث تحديد الظروف الطارئ و من حيث أثره على العلاقة العقدية, و المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية تحقيقا للعدالة بهذا الخصوص [38] ص236 , إلا أن هذه الاختلافات لا تنال من نجاعة الحلول التي جاءت بها الشريعة الإسلامية, على اعتبار أن الفقه الإسلامي هو المصدر التاريخي لهذه النظرية لذا ينبغي الرجوع إليه بشأنها , رغم أن هناك من يزعم أن فكرة الجوائح عبارة عن صورة باهتة و غير متكاملة لنظرية الظروف الطارئة المعروفة في القانون , و التي لم يصل إليها الفقه الإسلامي , و الواقع إن هذا زعم غير صحيح لأن الفقه الإسلامي لم يعن بوضع النظريات بل عنى بالحلول الجزئية للمشكلات الموضوعية و بجمع هذه الحلول الجزئية و المشكلات تتولد النظريات العامة, بالإضافة إلى أن فكرة الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري تتفق مع الفقه الإسلامي من حيث شروطها و آثارها و أنه لا عبرة بالخلاف حول الجزئيات و أن العبرة بالأفكار العامة بل أكثر من ذلك فقد توافق قرار مجلس المجمع الإسلامي من حيث إمكان تعديل إلزام المدين إذا ما غدا مرهقا و توسع أكثر مما ذهب إليه النظرية .

أما بالنسبة للحل المتعلق بالأجل القضائي أو ما يسمى بنظرة الميسرة, يمكن أن نقول أن الحلول التشريعية التي أخذ بها المشرع الجزائري تتماشى أيضا مع نظرة الفقه الإسلامي لنظرة الميسرة وضوابطها. و الملاحظ أن هذه الفكرة من الأمور الوجودية على القاضي في الفقه الإسلامي لأنها حكم الشارع المترتب على وجود السبب و هو الإعسار في حين نجد المشرع الجزائري جعلها جوازيه للقاضي و على كل فهناك

اتفاق كبير من حيث تقرير هذه الحلول لعلاج هيمنة النزعة الذاتية و التي تتخذ مبدأ سلطان الإرادة كأساس لها, و ثبت أن هذه الحلول التشريعية تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات النزعة الموضوعية أصلا و التي ترفض كل أشكال الضرر .

أما بالنسبة للحل المتعلق بتدخل القاضي إزاء الشرط الجزائي فقد مر بنا أن دور القاضي في تخفيف الالتزام العقدي يعالجه الفقه الإسلامي في باب معالجة الشروط المقترنة بالعقد , وأقرت الشريعة مثل هذا الشرط على أساس أنه لا يخالف مقتضى العقد و لا يناقض أصلا شرعيا, فيظل على الأصل العام في الشروط و المعاملات و هو الإباحة , و إن لم يكن معروفا في الفقه الإسلامي بهذا المصطلح أي الشرط الجزائي إلا أنها عرفه بما يسمى بأحكام الضمان, و لا شك أن سلطة القاضي في هذا النطاق تنطلق من قاعدة أصولية تقضي بأن الضرر يزال, و لأن إلزام المدين بالتعويض رغم عدم وجود ضرر أو إلزامه بقدر يجاوز الضرر إنما يشكل ضررا و يجب إزالته و ذلك لحماية جميع المصالح .

- 2- 2- مظاهر النزعة الموضوعية في الإخلال بتنفيذ العقد :

مظاهر النزعة الموضوعية لا نلمسها فقط من خلال مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ, بل أيضا في حالة الإخلال بتنفيذ العقد, في هذه الحالة يبرز لنا الخطأ العقدي كأحد أهم صور هذه المرحلة و في هذه الصورة نرى المظاهر في مسألة تحديد الخطأ العقدي (المطلب الأول) ثم نلمس بعض المظاهر أثناء قيام المسؤولية العقدية (المطلب الثاني)

- 2- 2- 1- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي:

في تحديد الخطأ العقدي نكتشف بعض المظاهر التي تدل على النزعة الموضوعية لا سيما في المعايير المستعملة لقياس الخطأ العقدي أو التعسف في استعمال الحق لذا نرى هذه المظاهر في الفقه الإسلامي (فرع 1) ثم في القانون المدني (فرع 2) ثم نجري تعقيب و موازنة و أهم ما نستخلصه (فرع 3)

- 2- 1- 1- 1- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي:

نرى عنصرين نلمس من خلالهما ما يدل على النزعة الموضوعية في معيار قياس الخطأ (1) ثم في معايير

التعسف استعمال الحق (2)

في معيار قياس الإخلال :

الإخلال بتنفيذ العقد يتحقق من خلاله توافر أحد أركان المسؤولية العقدية, أو ما يعرف في الفقه الإسلامي بضمان العقد كثير من مسائل الضمان لا يختلف فيها ضمان العقد عن ضمان العدوان, لذلك فقد جرت العادة على الاكتفاء في دراسة ضمان العقد بما يتميز به عن ضمان العدوان [50] ص 230, و يعرف الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي – العدوان

– بأنه انحراف في سلوك عن معايير السلوك المعتبرة في المجتمع [51], [52] ص 9, 18 .

و الفقه الإسلامي يأخذ بمعيار موضوعي لتحديد التعدي, على أساس انه لا يعتد بالسلوك الذي اعتاده المرء و ما توافر له من ذكاء و قدرة على التبصر و الاحتياط, و إنما بسلوك مجرد بمثل سلوك أواسط الناس , فالشخص يعتبر متعديا في سلوكه وفقا لهذا المعيار إذا كان هذا السلوك مخالفا لسلوك الإنسان العادي , حتى و لو لم يكن يجري في حياته على مثل هذا السلوك .

و الملاحظ أن الخطأ التعاقدى في الفقه الإسلامي لا يمكن تجريده من الأطر الاجتماعية و إن كان الخطأ التعاقدى أو المسؤولية العقدية أقل تأثرا أو تفاعلا في الحياة الاجتماعية من المسؤولية التقصيرية في هذا المجال , و لكن سيتفادى بصورة تلقائية و منطقية, ورغم أن العقد من نتاج سلطان الإرادة , و يستمد قوته من هذا المبدأ و مع ذلك يبقى للمجتمع الذي فيه أطراف العقد دور في إضفاء صبغته الاجتماعية على روح العقد, و هذا الاعتبار يفيد أن المعيار الذي يجب الاسترشاد به لتمييز الخطأ التعاقدى عن سواه من الأخطاء هو معيار مرن يتأثر بتغير الأوضاع و الظروف الاجتماعية و الاقتصادية, إلا ان التمسك بهذا المعيار الموضوعي ضروري لاستقرار المعاملات .

و يتحقق هذا الخطأ سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن عمد أو عن إهمال , أو بسبب أجنبي وقد عرف الفقه الإسلامي نوعي الالتزام [52] ص 248 , الالتزام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام , و التزام يبذل

عناية , و العناية المطلوبة كأصل عام هي عناية الشخص المعتاد .

و الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقيق هذه الغاية , أما في الالتزام ببذل عناية فيكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة . و منه فإن معايير الشريعة الإسلامية في نظرية الضمان هي معايير موضوعية، و الضابط فيها سلوك الرجل العادي , الذي يمثل جمهور الناس , فهي تنظر إلى المؤلف من سلوك هذا الشخص الوسطي و تقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي [53] ص19 وهذا المعيار المرن يعين على التطور , و قد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور و الاستقرار , فالمعيار الموضوعي , من حيث هو معيار , عامل للتطور و من حيث هو موضوعي , عامل للاستقرار و الموضوعية من اكبر عوامل الاستقرار , و هي من مميزات الفقه الإسلامي التي تتفق مع أصوله و التي ترعى جميع المصالح .

غير أن فكرة التعدي ما لبثت أن تطورت فلم تقتصر على الخروج على حدود الحق , بل شملت عدم التبصر و الإهمال و التعسف في استعمال الحق .

في معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

أقرت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة , و عني الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع أحدث ما وصل إليه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب [54] ص18 . و قد عرف الفقه الإسلامي قاعدة عامة مفادها أنه يعتبر أن استعمال الحق بمقتضاها غير مشروع " إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه , أو عن وظيفته الاجتماعية " [48] ص142 , ثم اتبع ذلك بتطبيقات خاصة حدد فيها معايير التعسف في استعمال الحق . و أول هذه المعايير هو إنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الأضرار بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافا عن السلوك المؤلف للشخص العادي [4] ص957 , على الرغم من ذاتيته , فإنه يمكن ان يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ . و المعيار الثاني قوامه رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا , أي تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية , و هذا معيار مادي أو موضوعي , وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي للخطأ , معيار السلوك الرجل العادي , فليس من المؤلف أن الرجل العادي يستعمل حقا على وجه يضر بالغير أو بالطرف الآخر ضررا بليغا , و لا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع هذا الضرر و من يفعل ذلك لم

يلزم بخلق المسلم و قد قننت المجلة هذا المعيار في المادة 26 بقولها على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام .

أما المعيار الثالث و هو حالة استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة, و المعيار هنا أيضا موضوعي و إن كان الوصول إليه عاملا ذاتيا و هو نية صاحب الحق, و هو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ , فليس من سلوك المسلم المعتدل أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقه لتحقيق مصالح غير مشروعة .

هذا و قد مكنت الشريعة الإسلامية لفكرة التعسف في استعمال الحق و أعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع الحديثة[17] ص178 , و على هذا الأساس لم تنحصر فكرة التعسف عند الفقهاء المسلمين في

صورة التعمد بالإضرار بالغير, بل اتسعت لتشمل صوراً أخرى , كتخلف المصلحة عن صاحب الحق ,

و الضرر العام , و الضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق, و قد ذهب البعض إلى اعتبار انه يمكن أن

يجمع معايير التعسف معيارا عاما و هو استعمال الحق في غير ما شرع له [17] ص179 .

و الجدير بالذكر أنه للتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي جزاءان : جزاء وقائي و جزاء علاجي ,

و يمثل الجزاء الوقائي الشق الأول من قاعدة

" لا ضرر و لا ضرار " أي " لا ضرر " و هو الذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق و يحول بالتالي دون وقوع الضرر أصلا.

أما الجزاء العلاجي فيتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار و الذي تحكمه قاعدة " الضرر يزال " .

و منه فأقرار هذه النظرية في حد ذاته مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية بالإضافة إلى المعايير

المستعملة في تحديد التعسف التي في أغلبها موضوعية.

- 2- 1- 2- 2- مظاهر النزعة الموضوعية في تحديد الخطأ العقدي في القانون المدني:

نتبع نفس النهج فنتطرق في البداية إلى معيار قياس الإخلال (1) ثم في فكرة التعسف

استعمال الحق(2)

في معيار قياس الإخلال :

تناول المشرع الجزائري في المادة 176 ق م القاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولا بمجرد عدم

الوفاء, ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه و بين الوفاء, و بالتالي فإن هذه المادة هي التي تحكم الخطأ العقدي في القانون الجزائري إذ نصت المادة 176 ق م ج على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه , ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأة عن سبب لا بد له فيه . و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه . " , و عليه فإن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد أو التأخر في التنفيذ [15] ص 328 .

و منه فالخطأ العقدي هو انحراف في سلوك المدين, يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية إذا ما توفرت باقي أركانها , و معيار هذا الانحراف هو معيار الرجل العادي , أو ما يسمى برب الأسرة المعني بأمور نفسه, و هذا المعيار يستفاد من نص المادة 172 ق م, و فكرة الشخص العادي هي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي في طائفة من الناس التي ينتمي إليها المدين [26] ص 273 , و يختلف عدم التنفيذ بحسب نوع الالتزام , فيما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة أو مجرد التزام ببذل عناية [27] ص 333 . فالالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام أخذ فيه المدين على عاتقه نتيجة معينة , كالتزام بتسليم عين معينة أو إقامة عمل معين, و مثل هذا الالتزام لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق ذات النتيجة التي أخذها المدين على عاتقه, و بالتالي يكفي عدم تحقق النتيجة حتى يتحقق الخطأ العقدي في جانبه .

أما الالتزام ببذل عناية فهو التزام يتعهد فيه المدين مجرد بذل جهد معين للوصول للنتيجة المرجوة, سواء تحققت بالفعل أم لم تتحقق [26] , [27] ص 274,334 , و العناية المطلوبة وفقا للمادة 172 ق م هي عناية الرجل العادي, و هو رب الأسرة المعني بشؤون نفسه, أي الشخص المتوسط الحريص على نفسه وشؤونه , و يكفي هنا عدم بذل المدين العناية المطلوبة منه لوقوع الخطأ العقدي , والقانون المدني الجزائري يفرض هذه العناية مثلا ما ورد في نص المادة 495 ق م و المتعلقة بعناية المستأجر للعين المؤجرة عناية الرجل العادي, و كذا التزام المودع لديه وفقا لنص المادة 592 ق م و التزام المستعير المادة 544 ق م .

و رغم أن العقد هو نتاج مبدأ سلطان الإرادة و هو يستمد قوته الإلزامية من هذه الإرادة طبقا لقاعدة أن " العقد شريعة المتعاقدين " , و مع ذلك يبقى للمجتمع الذي يعيش فيه أطراف العقد الدور القريب أو البعيد في إضفاء صبغته الاجتماعية على روح العقد و المتعاقدين, أيا كانت الأنظمة و الاتجاهات الفكرية و التشريعية و الفقهية, و هذا الاعتبار يجرنا بدون تردد إلى القول بأن المعيار الذي يجب الاسترشاد به لتمييز الخطأ

التعاقدية عن سواه من الأخطاء هو معيار مرن متحرك و متغير يتغير مع الأوضاع و الظروف الاجتماعية, و ذلك أن الأخذ بالمعيار الموضوعي أو معيار الرجل المعتاد جاء تكريسا لقواعد العدالة و الإنصاف مقدم على أخذ مصلحة المدين في عين الاعتبار و في هذا بدون شك أحد مظاهر النزعة الموضوعية .

في معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني:

إن الحقوق شرعت لتحقيق مصالح معينة , و بالتالي فلا يجوز للشخص أن يسعى إلى تحقيق مصالحه بطريقة لا تتفق مع الغاية الاجتماعية التي توخاها المشرع من إقراره تلك الحقوق , و إلا يكون قد أساء استخدام هذه الحقوق بما يستوجب مساءلته [30] ص95 , و قد نص المشرع الجزائري على أحكام التعسف في المادة 41 قبل إلغائها بموجب القانون 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 في المادة 124 مكرر منه, و التي تنص على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

و كانت المادة 41 ق م تنص على أنه " يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية : - إذا وقع بقصد

الإضرار بالغير - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير - إذا كان

الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " و وجهت له انتقادات لا سيما بخصوص

موقع النص [55] ص14 و قد أخذ المشرع الجزائري هذه النظرية من القانون المصري رغم أنه خالفه في

موضعها [55] ص16 , و القانون المصري اخذ هذه النظرية بدوره من الفقه و القضاء الفرنسي [56] ص952 .

و موضع النص في باب المسؤولية التقصيرية لا يمنع من دراسته في المسؤولية العقدية, لأن هذا السلوك

الذي يشكل حالة من حالات التعسف هو في النهاية خطأ و نحن بصدد قياس الخطأ العقدي و معرفة مظاهر

النزعة الموضوعية فيه , ووفقا لهذا فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يتعسف في استعمال حقه في المجال العقدي ,

و قد راعى المشرع الجزائري في تحديد هذه الضوابط الثلاثة المعيار العام في الخطأ , و هو سلوك المؤلف

للشخص العادي [30] ص96 , الذي يهين للفاضي ما يمكن الاسترشاد به لمعرفة استعمال الحق المتعسف فيه , و عليه فإن الانحراف عن هذا السلوك في استعمال الحق لا يشكل تعسف إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي ذكرها المشرع .

- الحالة الأولى إذا وقع بقصد الإضرار بالغير, على الرغم من ذاتيته , إلا أنه يمكن أن يندرج في المعيار العام للخطأ الذي هو معيار موضوعي [36] ص957 , أي معيار الرجل العادي, فإنه لا يكفي أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي .
- الحالة الثانية ترجيح الضرر على المصلحة , فالمعيار هنا موضوعي و هو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ , و معيار السلوك المألوف للرجل العادي فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقه على وجه يضر بالغير , و هكذا إذا كان الضرر بليغاً و المنفعة ضئيلة فإن سلوك صاحب الحق قد انحرف عن سلوك الرجل العادي و ارتكب خطأً يوجب قيام المسؤولية .
- الحالة الثالثة عدم مشروعية المصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها , و المعيار هنا أيضاً معيار موضوعي, و إن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً و هو نية المتعاقدين [56] ص959 , و يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كان يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة , و تكون كذلك إذا كانت تخالف حكماً من أحكام القانون , و الشخص المعتاد لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع.

و عليه يتوافر التعسف إذا جاوز صاحب الحق حدود حسن النية , و كذا حدود الأغراض التي من أجلها قررت الحقوق أي الأغراض الاجتماعية و الاقتصادية و منه, فلا يوجد شك من أننا نلمس من خلال هذه المعايير الموضوعية احد مظاهر النزعة الموضوعية في تنفيذ العقد إذ تعتبر نظرية التعسف استعمال الحق أحد القيود التي تمس بمبدأ سلطان الإرادة [30] ص90 .

الملاحظ أنه من خلال تعريف الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي و في القانون المدني, أن هناك توافق بينهما , إذ يعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه " مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة " [57] ص 75 , و يعرفه فقهاء القانون على أنه انحراف عن سلوك الرجل المعتاد, و يتفق الفقه الإسلامي مع ما يأخذ به القانون المدني في وجوب تحقق المسؤولية العقدية أو الضمان إذا لم يرق المدين بتنفيذ التزامه, و أيضا تتماشى الشريعة مع ما ذهب إليه القانون المدني في تقسيم الالتزام , كون الفقه الإسلامي يتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق غاية و بين الالتزام ببذل عناية كما ورد في القانون و اتفق أيضا في تطبيقات هذين النوعين من الالتزام فمثلا الالتزام بتحقيق نتيجة عرف الفقه الإسلامي و القانون المدني مجموعة من الالتزامات مثل التزام البائع بضمان العيب , نقل الملكية , ضمان التعويض , ... و الالتزام بعناية مثل ضمان الأجير الوديعه – التزام المستعير.... [57] ص 75 , و أيضا يتفقان من حيث المعايير الموضوعية التي تم اتخاذها في تحديد الإخلال و اعتمادا على سلوك الرجل المعتاد في قياس الانحراف , فمعيار العناية الواجبة التي يجب الضمان باهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو " السلوك المعتاد " , و المؤلف بين الناس في البيئة الاجتماعية, و هذا الرجوع له في الفقه الإسلامي أساس من القواعد الفقهية [57] ص 184 . أما بالنسبة لنظرية التعسف في استعمال الحق فهناك تطابق تام بين ما أخذ به القانون المدني و مع ما ورد في الفقه الإسلامي بشأن هذه النظرية و اعتماد المعايير الموضوعية, و هي بحق أحد أبرز المظاهر الموضوعية كونها تقيد مبدأ سلطان الإرادة , و ها هو أحد الفقهاء الألمان المتزعمين للنزعة الموضوعية في التشريع و هو الفقيه " كوهلر " يقر في مقال له و يشيد بدور الفقه الإسلامي في نظرية التعسف في استعمال الحق .

إذ جاء في مقاله " إن الألمان كانوا يتيهون عجا على غيرهم لخلقهم نظرية الإعتساف في استعمال الحق , و إدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الألماني الذي وضع سنة 1787 , أما و قد ظهر كتاب الدكتور الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق- و أفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي فإنه يجدر بعلماء القانون الألمان أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم , و يعترفوا بالفضل لأهله , و

هم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية و أفاضوا فيها الكلام قبل عشرة قرون " [17] ص 178 , فهذه شهادة موضوعية ممن يتزعمون النزعة الموضوعية و بذلك فإن الحلول التي أخذ بها القانون المدني الجزائري نقلا عن غير مصدر الفقه الإسلامي هي موجودة في الشريعة الإسلامية بشهادة الغرب ...

- 2-2-2 - مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية:-

بعد أن تجاوزنا مرحلة التكوين ثم مرحلة التنفيذ سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية , هناك محطة أخرى يظهر فيها الأخذ بالنزعة الموضوعية مع بقاء العقد و هي مسألة قيام المسؤولية العقدية, نراها خصوصا في باقي عناصر قيامها لا سيما الرابطة السببية و في المسؤولية عن الأشياء لذلك سنرى هذه المظاهر في الفقه الإسلامي (فرع 1) ثم في القانون المدني (فرع 2) و نتبع نفس النهج بإجراء تعقيب و موازنة (فرع 3)

- 2-2-2-1 - مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي:

لم يرد اصطلاح المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي, و إنما ورد معناه تحت اسم آخر هو " الضمان " و بعد التطرق لعنصر الخطأ العقدي فإنه يستلزم لقيام المسؤولية أركان أخرى هي الضرر و الرابطة السببية و هذا الركن الأخير يظهر فيه آثار النزعة الموضوعية (1) ثم نتناول أيضا مظهر آخر و هو حالة المسؤولية العقدية عن الأشياء (2)

في الرابطة السببية :

نظر الفقه الإسلامي إلى الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر نظرة مادية بحتة [53] ص 21, فهو قد اشترط في الإلتاف بالمباشرة , الاتصال المادي المباشر بشخص المضرور أو ماله . و في الإلتاف بالتسبب اكتفى الفقه الإسلامي بوجود التعدي بقطع النظر عن عنصر الخطأ . و قرر الفقه تحميل المباشر المسؤولية دون المتسبب عند اجتماعهما طبقا للقاعدة " إذا ما اجتمع المباشر و المتسبب , يضاف الحكم إلى المباشر " و ذلك على أساس أن السبب القريب يحجب السبب البعيد , و بالتالي لا ضمان على المتسبب . و قد واجه الفقه الإسلامي مشكلة تعدد الأسباب بصياغة عدد من المعايير العملية الموضوعية, يستعين بها القاضي في مواجهة المشكلة, من ذلك القاعدة السابقة , إضافة الضرر إلى المباشر لا المتسبب عند اجتماعهما ما لم يكن الضرر ناشئا عن فعل المتسبب و متولدا عنه , و من ذلك أيضا قاعدة إضافة الضرر إلى السبب الأقوى في إنتاج الضرر أو إلى السبب الأقرب وغيرها من القواعد [27] ص 461 .

على أن المذاهب الفقهية قد تفرقت بعد ذلك في كيفية إعمال هذه القواعد, فقد اتجه فقهاء المذهب الحنفي إلى وضع قواعد منطقية تفصيلية أدت إلى حلول تخرج عن المفاهيم المتعارف عليها بين الناس في كثير من الأحيان, أما المذاهب الأخرى فقد اتجهت إلى ربط تطبيق هذه القواعد العامة بمفهوم للسببية يقرن الفعل بالنتائج المحتملة أو المتوقعة له وفقا للمجرى العادي للأمر [27] ص462 .

و بالتالي فهذه النظرة المادية للرابطة السببية هي احد مظاهر النزعة الموضوعية في قيام المسؤولية العقدية .

في قيام المسؤولية العقدية عن الأشياء [27] ص462 في الفقه الإسلامي :

الخطأ العقدي كما تم تعريفه هو عدم قيام المدين بتنفيذ العقد أو التأخر فيه, و هذا قد يرجع إلى فعله الشخصي أو إلى " فعل الشيء ", أي إلى تدخل إيجابي من الشيء أفلت من حراسته [57] ص525, و عليه كان المدين مسئولاً مسؤولية عقدية لا عن فعله الشخصي بل عن فعل الشيء, و هذا أمر متفق عليه في الفقه الإسلامي و القانون المدني .

و قد تناول الفقه الإسلامي أحكام هذه المسؤولية و تكلم الفقهاء المسلمون عن ضمان الجمادات و الأدوات الآلية, و من أكثر هذه المسائل وروداً في الكتب الفقهية تتعلق بالمسؤولية العقدية هي " ضمان الملاح ", و هذا الأخير يعتبر أجير فيضمن عند أبي حنيفة إذا شرط عليه الضمان, كما يضمن عنده ما تولد عن فعله و يجب عليه الضمان, و في كل ما كان التحرز منه [57] ص225, و تقوم المسؤولية عن الأدوات و الآلات عند الفقهاء المسلمين و فق القواعد العامة في الضمان, فيسأل المباشر للضرر و إن لم يتعد, كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الأضرار أو الإهمال في الصيانة [52] ص258,

و هذا كله طبقاً للقاعدة الفقهية " لا ضرر و لا ضرار " و كذا "الضرر يزال", و تقرير مثل هذه المسؤولية نلمس من خلاله مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية ذلك أن المتعاقد لا يسأل فقط عن فعله الشخصي فحسب بل حتى على فعل الشيء و هي من بين أهم المسؤوليات الموضوعية .

الجزائري :

نتناول في هذا الفرع نفس المسائل التي تم تناولها في الفقه الإسلامي و التي يظهر من خلالها الأخذ بالنزعة الموضوعية و نتناول في العنصر الأول مظاهر النزعة الموضوعية في الرابطة السببية (1) ثم في المسؤولية العقدية عن الأشياء (2)

في الرابطة السببية في القانون المدني الجزائري :

يقصد بالرابطة السببية ما بين الخطأ العقدي و الضرر, أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المدين و الضرر الذي أصاب الدائن , و السببية هي ركن من أركان المسؤولية و هي ركن مستقل عن ركن الخطأ [56] ص990, ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم التنفيذ أو الخطأ العقدي, و الضرر الذي لحقه, أما العلاقة بين عدم التنفيذ و سلوك المدين فهي مفترضة في نظر المشرع [26] ص290, الذي يفترض أن الضرر راجع إلى الخطأ العقدي , و على المدين إذا كان يدعى عكس ذلك عليه أن يقوم بنفي العلاقة السببية بين عدم التنفيذ و الضرر , و في هذا المعنى تقرر المادة 176 ق م انه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ... " .

و بالتالي فالمادة 176 ق م لا تتعلق في الحقيقة إلا بركن الخطأ و تفترض أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين [26] ص291, فهذه النظرة هي نظرة مادية كون المشرع افترض أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سلوك المدين.

أما بالنسبة لحالة تعدد الأسباب فالفقه القانوني عرف عدة نظريات [56] ص1023 و قد انحاز بصفة عامة إلى نظرية السبب المنتج التي أخذ بها المشرع الجزائري [26] ص292.

و الملاحظ أن هذه النظرية أي نظرية السبب المنتج تحقق التوافق بين حلول مشكلة إثبات السببية و بين حلول مشكلة تعدد الأسباب, فالضابط في الحالتين واحد , و هو اضطراب العلاقة بين الفعل بموجب للضمان و

بين الضرر وفقا للواقع المعتاد و المؤلف من الناس و هذا بلا شك مظهر من مظاهر النزعة الموضوعية.

في قيام المسؤولية العقدية عن الأشياء في القانون المدني الجزائري :

يسأل المدين مسؤولية عقدية سواء كان الضرر راجع إلى فعله الشخصي أو إلى فعل الشيء الذي هو في حراسته , فتقوم المسؤولية العقدية لا التقصيرية^{[56] ص753} , و ذلك لوجود عقد بين الطرفين , و يكون أساس هذه المسؤولية ليس الفعل الشخصي بل فعل الشيء و هو لا يعتبر سببا أجنبيا عنه و لا تنتفي به مسؤولية المدين .

و نطبق على أحكام هذه المسؤولية القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري ما عدا في حالة وجود نص خاص ^{[26] ص279} , و يدخل تحت هذا الباب ضمان أرباب العمل ما يصيب العمال, هذا و قد ذكر الأستاذ السنهوري عدة أمثلة لها مكان في القانون المدني الجزائري مثل : عندما يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن البائع كمن يسلم الآلة المباعة للمشتري فتفجر في يد المشتري و تصيبه بضرر في نفسه أو في ماله . هنا يصبح البائع مسنولا بمقتضى التزامه التعاقدى من ضمان العيوب الخفية , و هو الالتزام المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المادة 379 ق م, و أيضا مسؤولية المستأجر عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا عاديا, و هو ما نص عليه في المادة 495 ق م , و من ذلك إذا تدخل شيء تحت حراسته في هذا الهلاك أو الفساد.

و على كل فإن إقرار مثل هكذا مسؤولية أي المسؤولية العقدية عن الغير أو عن الأشياء هي خروج عن مبدأ المسؤولية عن الأفعال الشخصية التي تعتبر أحد مظاهر النزعة الذاتية و بالتالي المساس بها أو الخروج عنها يمثل بلا شك أحد مظاهر النزعة الموضوعية .

رأينا أن الفقه نظر إلى الرابطة السببية بين الخطأ العقدي و الضرر نظره مادية بحتة, و كذلك الشأن بالنسبة لمشكلة تعدد الأسباب, فقد واجهه الفقه بصياغة عدد من المعايير العملية يستعين بها القاضي , على أن المذاهب الفقهية قد تفرقت بعد ذلك في كيفية إعمال القواعد العامة, فأغلب المذاهب قد اتجهت إلى ربط تطبيق هذه القواعد العامة بمفهوم للسببية يقرن الفعل بالنتائج المحتملة أو المتوقعة له وفقا للمجرى العادي للأمر, و من ثم فإن هذه المذاهب تتلاقى مع نظرية السبب المنتج في القانون [27] ص462, و بذلك فمظاهر النزعة الموضوعية في هذه المسألة سواء الرابطة السببية أو تعدد الأسباب تتماشى مع ما أخذ به الفقه الإسلامي و القانون المدني.

أما بالنسبة لمسألة قيام المسؤولية عن فعل الأشياء فيمكن سحب ما قيل بشأن المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في باب المسؤولية التقصيرية, و ما شهدته من تطور حتى قيل عنها أنها بحق ضربة قاسية للنزعة الذاتية بخصوص الفعل المستحق للتعويض [58] ص10, و يمكن أن نقول في باب المسؤولية العقدية أن المسؤولية عن فعل الشيء أنها فعلا أحد مظاهر النزعة الموضوعية على أساس النظرة الموضوعية لهذه المسؤولية.

و هذه المظاهر كما هي موجودة في القانون المدني هي كذلك في الفقه الإسلامي , و بالتالي هذه الحلول التي تؤدي إلى إبراز النزعة الموضوعية أو على الأقل للتخفيف من النزعة الذاتية هي حلول لها مكان في الفقه الإسلامي .

خاتمة

يتبين من خلال عرض مظاهر النزعة الموضوعية في العقد , كيف أن الطابع العام الجماعي يتزايد في العقود , فالعقد إلى جانب كونه ذو طابع خاص صار ذو طابع جماعي , و لم تعد تلك المبادئ التي استقر عليها فترة من الزمن بتلك القوة و الحدة , بل دخل في الحسبان عامل آخر في العلاقة التعاقدية و هو سلطان القانون , من منطلق أن العقد لم يعد حكرا على أطرافه و إنما أصبح له وظيفة اجتماعية . من هنا جاءت فكرة هذه الدراسة لإبراز هذه المظاهر سواء في القانون المدني أو في الشريعة الإسلامية .

فلقد كان هناك هدفا أصيلا تدور حوله هذه الدراسة , ألا و هو إبراز الحلول التي أقرها المشرع الجزائري في القانون المدني فيما يخص نظرية العقد و التي يعتقد أنها أحدث ما وصل إليه القانون و القضاء الفرنسي , استجابة للظروف المستجدة و التي مست العقد , فهذه الحلول ثبت لدينا من خلال هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي لا يخلوا منها , بل بالعكس قد توسع في كثير من جزئياتها , فقد رأينا مدى توافق فلسفة المشرع الجزائري في نظرية العقد و التي تقوم على أساس تحقيق التوازن بين مصلحة طرفي العلاقة التعاقدية , وفقا لمقتضيات العدالة و الإنصاف , و مبادئ العدل , و أحكام النظام العام , فهذه الرؤية تتماشى مع أصول الشريعة الإسلامية التي تنبذ كل أشكال الظلم و الجور , و تراعى جميع المصالح , على الأقل فيما تم عرضه من حلول سواء في تكوين العقد أو في تنفيذه , لا سيما من خلال استعماله العديد من المعايير الموضوعية التي تعتبر إحداها عوامل الاستقرار , و بالرغم من استعمال بعض المعايير الذاتية إلا أنه خفف من وطئتها باستعمال ضوابط موضوعية . و من خلال ما تم دراسته تبين لنا أن المشرع الجزائري جاء بحلول تظهر النزعة الموضوعية إلا أنه يخالف التوجه الذي تبناه و الذي يظهر في تعريفه للعقد , عكس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ جاءت جميع الحلول مترجمة للتوجه الذي يظهر من تعريف الفقه الإسلامي للعقد الذي رأينا أنه ينم عن نزعة موضوعية , لذلك جاءت تلك الحلول سهلة و متسلسة و واضحة . و الغريب في الأمر أنه رغم أن جميع الحلول و مظاهر النزعة الموضوعية التي تبناها المشرع الجزائري لها

أصل في الشريعة الإسلامية , إلا أن المشرع الجزائري كانت قبلته في ذلك القانون و القضاء الفرنسيين بالإضافة إلى بعض المصادر الأخرى كالقانون الألماني أو السويسري على أساس أن القانون الفرنسي تأثر بها .

و يظهر من خلال سلوك المشرع أن أقواله لا تنسجم مع أفعاله , ذلك أنه جاء في عرض الأسباب أنه يراعي خصوصية المجتمع الجزائري لا سيما أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه عند إعداد القانون المدني تم تكليف لجنة متكونة من قضاة متأثرين بالقانون الفرنسي , و لم يحظ القانون المدني بأهمية من قبل السلطة في تلك الفترة , و التي كانت تسعى إلى تنظيم مجتمع اشتراكي عكس ما حدث في القوانين الأخرى التي اعتبرت أساسية و حظيت بأعمال تحضيرية و مناقشات جادة . بالإضافة إلى أن الوثيقة المتضمنة لنص عرض الأسباب مكتوبة باللغة الأجنبية (فرنسية) , و لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية و هي متكونة من حوالي 5 صفحات و تعتبر وثيقة سياسية أكثر منها قانونية . كونها تمثل خطاب سياسي يلقي على الهيئة التشريعية . و ما يدل أكثر على أن مصادر القانون المدني الجزائري في الحلول التي تم عرضها هو أن القانون الفرنسي أو الألماني هو ما رأيناه عند عرض بعض الحلول و قد تم تناول مصدرها , على الرغم من أن هناك من يعتقد أن الشريعة الإسلامية هي مصدر للقانون المدني الجزائري انطلاقاً من المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أن " ... إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ... " و اعتماداً أيضاً على أساس منطقي أن ما لا يتعارض مع الشريعة فهو من الشريعة .

نعتقد أن هذا الرأي ليس مسلماً به و ذلك على أساس أنه ثبت لدينا أن المشرع لم يتخذ الشريعة مصدراً للتشريع المدني بدليل أن لجنة إعداد القانون المدني قامت بنسخ القانون المدني المصري في كثير من جوانبه و اعتمدت على النسخة المترجمة لذلك كانت هناك العديد من مشاكل الترجمة نظراً لتكوين أعضاء اللجنة , و إذا كانت هناك حلول مصدرها الشريعة الإسلامية فلم يأتي بها مباشرة من الشريعة الإسلامية و إنما نظراً أن القانون المدني الفرنسي أو الألماني قد تأثر بهذه الحلول .

أما بالنسبة لنص المادة الأولى من القانون المدني فهي تخاطب القاضي و ليس المشرع و بالتالي هي ليست مصدراً للتشريع لأن الهيئة التشريعية غير ملزمة بها بل هي مصدراً لأحكام القضاء , و مصدر احتياطي فقط , إضافة إلى أنه لا توجد إمكانية لتطبيقها على أساس أنه لا يمكن أن نتصور عدم وجود نص تشريعي و هو

الشرط الذي يجب تحققه لتطبيق نص المادة 1 ق م و ذلك من خلال الكم الهائل من النصوص القانونية التي تتناول كل كبيرة و صغيرة , و حتى إذا افترضنا جدلا أن هناك إمكانية لتطبيق المادة الأولى من ق م في الأحكام القضائية , فإنه لم يمهد السبيل لذلك على أساس أنه لم يتم تكوين القاضي تكويننا شرعيا حتى يسهل عليه الأمر , و طالما أن العبرة هي بمبادئ الشريعة الإسلامية لا بالأحكام التفصيلية , فلا يمكن تطبيق الشريعة كمصدر احتياطي و إنما كل ما يمكن أن يقوم به القاضي هو الاستعانة بمبادئ الشريعة كمصدر مادي لا غير .

أما عن الحجة العقلية فلا يكفي أن تكون قواعد القانون المدني لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية, و إنما يجب أن تكون مصدرا أصليا للتشريع حتى تنسجم الأقوال مع الأفعال فهذا له عدة فوائد عملية نوجزها فيما يلي:

- *- تكتسب القاعدة القانونية صفة الالتزام على أساس أن بعض الدول الإسلامية التي نهجت نهج القوانين الغربية و نسجت على منوالها عجزت عن إيجاد أساس منطقي يمكن رد إلزام الأفراد بأحكامها إليه, فالشعور بإلزام أحكام القانون لا بد أن ينبع من ضمير الإنسان .
- *- عدم الحرج بإرجاع مصدر الحلول و القوانين إلى الشريعة الإسلامية لأنها كنز مشترك للإنسانية جمعاء, لا يستأثر به أحد و لا يزايد به أحد على أحد.
- *- إنها تنطوي على جميع الحلول التي يمكن أن نتصورها لا سيما و قد اعترف الغرب لها بهذه الإمكانية و خاصية التطور و المرونة و حتى في المؤتمرات الدولية و المتعلقة بالقانون و الاعتراف صراحة بصلاحياتها أن تكون مصدرا من مصادر التشريع عامة بل مصدرا رئيسيا .
- و عليه فإذا كان لب الإشكالية التي طارحناها في البداية بدور حول المرجعية فإنه يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري لم يوفق في انطلاقة و تدرجه في اتخاذ القوانين الأجنبية مصدرا لتشريع المدني على الرغم من ثراء الشريعة الإسلامية و احتوائها على جميع ما تبناه المشرع الجزائري في القانون المدني لذلك فما يمكن أن نخرج به من هذه الدراسة إن كان يحق لنا إبداء بعض المقترحات فإني أوجزها فيما يلي :
- *- ضرورة تعديل المادة الأولى من القانون المدني بجعل الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا و نقلها إلى الدستور بجعلها مبدأ دستوري يلزم كافة الهيئات التشريعية.

*- وجوب تكوين القضاة و المحامين و رجال القانون لدينا تكوينا شرعيا حتى يمكن فهم أحكام الشريعة الإسلامية.

*- ضرورة تدريس علم القواعد الفقهية في كليات و المعاهد الحقوق و جعلها مقياسا قارا لأهميتها في تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية.

*- تشجيع و إعطاء مزيد من الاهتمام للدراسات المقارنة و التي تكون موضوعاتها أحد مبادئ الشريعة مقارنا مع مبادئ القانون .

*- الأخذ بنصيحة الفقهاء الغربيين و العرب من اتخاذ الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع .

*- الاستفادة من تجارب الدول العربية التي اتخذت الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للقانون المدني لا سيما العراق و الأردن و الكويت و الإمارات و اليمن و هي تجارب ثرية و مثمرة , و الاستفادة من تجارب الآخرين فيما يوجد نقص أو تستدعي له الحاجة .

و أخيرا فإن هذا الموضوع جدير بمزيد من الاهتمام و العناية, و ما أردته له و رجوته لا يرقى إليه ما حققته و وصلت إليه, رغم أنني بذلت قصارى جهدي, و فضل الصواب فيه لله وحده.

- [1] - علي محي الدين القره داغي, مبدأ الرضا في العقود , دار البشائر الإسلامية , بيروت, لبنان الجزء الأول - الطبعة الثالثة 2008
- [2] - عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام وفق لقانون الكويتي , مصادر الإلتزام , مطبوعات جامعة الكويت, 1982, ج 1 المجلد الأول
- [3] - عبد الرزاق السنهوري -مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج 1 دار الفكر
- [4] - عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول -مصادر الإلتزام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان ط 2005
- [5] - علي فيلالي, الإلتزامات النظرية العامة للعقد, موفم للنشر 2008
- [6] - مصطفى الزرقا, المدخل الفقهي العام, الجزء الأول, دار الفكر ,دمشق, سوريا, ط 2, 2004
- [7] - غاي بيخور, ترجمة رشا جمال, مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني الغربي المعاصر , الشبكة العربية للأبحاث ونشر ,لبنان
- [8] - عمر سليمان الأشقر , تاريخ الفقه الإسلامي , قصر الكتاب , البليدة , الجزائر
- [9] - حليلة آيت حمودي , مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري , مقال , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية 2001 , رقم 3
- [10] - على على سليمان , نظرات قانونية مختلفة , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 1998,
- [11] - علي فيلالي , مقدمة في القانون , موفم للنشر , الجزائر
- [12] - عبد الحميد محمود البعلي , ضوابط العقود , مكتبة وهبة, القاهرة, ط 1
- [13] - محمد سعيد جعفرور ,نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي
- [14] - علي حيدر ,ترجمة المحامي فهمي الحسني درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ,المجلد الأول, دار عالم الكتاب ,مطبعة خاصة 2003
- [15] - محمد صبري السعيد, شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المتفردة ,ج 1
- [16] - القانون المدني الأردني رقم 43, لسنة 1976 , دار الثقافة 2010
- [17] - عكاشة راجع الموافقات و الفروق بين قواعد الفقه و مبادئ القانون, دار بن حزم, ط 1 2010
- [18] - عبد الرزاق السنهوري ,مصادر الحق, جزء 2, دار الفكر ,ص 31
- [19] - وهبة الزحيلي , الفقه الإسلامي و أدلته , المجلد 5 دار أفاق
- [20] - عبد الرزاق السنهوري , نظرية العقد

- [21] - القاضي مختار : مقال منشور, بمجلة رسالة الاسلام, العدد 51 و 52 المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية, www.resalatalislam.org
- [22] - صبحي المحمصاني, النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية, جزء 2, نظرية العقود, ط2, 1982 منشورات دار العلم للملايين, بيروت
- [23] - القانون المدني الجزائري
- [24] - ياسر أحمد كامل الصيرفي دور القاضي - في تكوين العقد دار النهضة العربية مصر - 2000
- [25] - مختار لبنى وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في ق م ج
- [26] - بلحاج العربي, النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري, جزء 1, د م ج الجزائر, ط, 1999
- [27] - مصطفى الحمال , مصادر الالتزام , ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية , مصر 1999
- [28] - على على سليمان , النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام في القانون المدني, د.م.ج. الجزائر , طبعة السادسة 2005
- [29] - خليل أحمد حسن قدارة , الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري , ج1, مصادر الالتزام, د.م.ج. الجزائر , طبعة 1994
- [30] - خليفاتي عبد الرحمان , مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة , رسالة ماجستير , الجزائر 1987
- [31] - ابراهيم العثماوي , نظرية السبب و العدالة , العقديّة , دار الفقه العربي, القاهرة 2008
- [32] - محمد سعيد جعفرور, نظرية عيوب الإدارة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي, دار هومة, الجزائر
- [33] - فخري لوصفه : الإكراه في الشريعة الإسلامية , شركة الشهاب, باتنة, 1982
- [34] - محمد أبو زهرة الملكية و نظرية العقد - دار الفكر العربي - مصر
- [35] - محمد علي عبد الرحمان , بيوع الغبن والغرر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري دراسة مقارنة , دار الفكر العربي , 1996,
- [36] - الأمر 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمين
- [37] - القانون التجاري 75 - 59
- [38] - فؤاد محمود معوض , دار الجامعة الجديدة, 2004
- [39] - لعشب محفوظ - عقد الإذعان - في القانون المدني الجزائري و المقارن - دار الكتاب - الجزائر
- [40] - بلحاج العربي مشكلات المرحلة السابقة
- [41] - محمد عبد الطاهر , حين الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقديّة, 2000 ,
- [42] - بودالي محمد , الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري , دراسة مقارنة , دار هومة , الجزائر 2007 ,

- [43] - محمد سليمان الأشقر , أ.د. ماجد محمد أبو رحية , محمد عثمان بشير , عمر سليمان الأشقر , بحوث
فقهية في قضايا اقتصادية المجلد الأول
- [44] - بلحاج العربي, أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي, ج1, د.م.ج الجزائر 1996
- [45] - عادل على السيد, أحكام إنقاص العقد الباطل , مكتبة وهبة القاهرة , ط1
- [46] - صاحب عبيد الفتلاوي , تحول العقد مقارنة , مكتبة دار الثقافة , ط1, الأردن, 1997 ,
- [47] - محمود مصطفى عبود لعرموش , القاعدة الكلية أعمال الكلام أولى من إهماله و أثرها في الأصول ,
المؤسسة الجامعية للدراسات , بيروت, ط1 , 1987 ,
- [48] - محمد وحيد الدين سوار الاتجاهات العامة في القانون المدني
- [49] - عكاشة محمد عبد العال , و طارق المجذوب , تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية , منشورات الحلبي
الحقوقية , بيروت , لبنان , 2004
- [50] - على على سليمان , نظرات قانونية مختلفة , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 1998,
- [51] - مروان كساب , الخطأ العقدي و آثار العقد , دار الكتب الجامعية , -لبنان 2004
- [52] - وهبه الزحيلي , نظرية الضمان , دراسة مقارنة , دار الفكر , دمشق سوريا , دار الفكر المعاصر,
بيروت , لبنان,
- [53] - وحيد الدين سوار – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي , الشركة الوطنية للنشر و التوزيع , ط2-
سنة 1979
- [54] - مصطفى أحمد الزرقاء , صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي , دار
البشير , عمان الأردن, ط2, 1987
- [55] - على على سليمان – ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري –ديوان المطبوعات
الجامعية, الجزائر
- [56] - عبد الرزاق السنهوري الوسيط , المجلد 2
- [57] - محمد نجدات محمد , ضمان العقد في الفقه الإسلامي , دار المكتبي سوريا , ط1, 2007
- [58] - على على سليمان , دراسات في المسؤولية المدنية , ديوان المطبوعات الجامعية,

المراجع

الكتب

- علي علي سليمان , نظرات قانونية مختلفة , ديوان المطبوعات الجامعية , 1994 ,
محمد أبو زهرة الملكية و نظرية العقد - دار الفكر العربي - مصر
ابراهيم العشاوي , نظرية السبب و العدالة , العقدية , دار الفقه العربي, القاهرة 2008
السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول - مصادر الالتزام منشورات الحلبي
الحقوقية بيروت-لبنان ط 2005
الشيخ محمود مصطفى عبود لعرموش , القاعدة الكلية أعمال الكلام أولى من إهماله و أثرها في الأصول
, المؤسسة الجامعية للدراسات , بيروت, ط1 , 1987 ,
خليل أحمد حسن قدارة , الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري , ج1, مصادر الالتزام, د.م.ج. الجزائر
, طبعة 1994
مصطفى الحمال, مصادر الالتزام, ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية, مصر 1999,
على علي سليمان, النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام في القانون المدني, د.م.ج. الجزائر, طبعة
السادسة 2005
أنظر خليفاتي عبد الرحمان , مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة , رسالة ماجستير ,
الجزائر 1987
بلحاج العربي, النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري, جزء 1 , د م ج الجزائر, ط, 1999
بلحاج العربي, أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي, ج1, د.م.ج الجزائر 1996
بودالي محمد , الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري , دراسة مقارنة , دار هومة , الجزائر
, 2007
صاحب عبيد الفتلاوي , تحول العقد مقارنة , مكتبة دار الثقافة , ط1, الأردن, 1997 ,
صبحي المحمصاني, النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية, جزء 2, نظرية العقود
, ط2, 1982, منشورات دار العلم للملايين, بيروت
عادل على السيد, أحكام إنقاص العقد
عبد الحميد محمود البعلي , ضوابط العقود , مكتبة وهبة, القاهرة, ط1
عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام وفق لقانون الكويتي , مصادر الإلتزام , مطبوعات جامعة,
الكويت, 1982, ج1 المجلد الأول
عبد الرزاق السنهوري -مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج1 دار الفكر
عبد الرزاق السنهوري ,مصادر الحق, جزء2, دار الفكر, ص 31

عكاشة محمد عبد العال , و طارق المجذوب , تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية , منشورات الحلبي

الحقوقية , بيروت , لبنان , 2004

عكاشة, راجع الموافقات و الفروق بين قواعد الفقه و مبادئ القانون, دار بن حزم, ط1 2010

على على سليمان - ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية,
الجزائر

على على سليمان , دراسات في المسؤولية المدنية , ديوان المطبوع المطبوعات الجامعية ,

على على سليمان , نظرات قانونية مختلفة , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر 1998,

علي حيدر , ترجمة المحامي فهمي الحسني درر الحكام في شرح مجلة الأحكام, المجلد الأول, دار عالم

الكتاب , مطبعة خاصة 2003

علي فيلالي , مقدمة في القانون , موفم للنشر , الجزائر

علي فيلالي, الإلتزمات النظرية العامة للعقد, موفم للنشر 2008

علي محي الدين القره داغي, مبدأ الرضا في العقود, دار البشائر الإسلامية, بيروت, لبنان الجزء الأول -

الطبعة الثالثة 2008

عمر سليمان الأشقر , تاريخ الفقه الإسلامي , قصر الكتاب , البلدية , الجزائر

غاي بيخور, ترجمة رشا جمال, مدونة السنهوري القانونية نشوء القانون المدني الغربي المعاصر ,

الشبكة العربية للأبحاث ونشر , لبنان

فؤاد محمود معوض , دار الجامعة الجديدة, 2004

فخري لوصفه : الإكراه في الشريعة الإسلامية , شركة الشهاب, باتنة, 1982

لعشب محفوظ - عقد الإذعان - في القانون المدني الجزائري و المقارن - دار الكتاب - الجزائر

ماجابدا أبورخيه

محمد سعيد جعفرور , نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي

محمد سعيد جعفرور, نظرية عيوب الإدارة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي , دار هومة,

الجزائر,

محمد سليمان الأشقر , أ.د. ماجد محمد أبو رحية , و د . بحث حكم التسعير في الإسلام بحث, ل. د . ,

محمد صبري السعيد, شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات العقد والإرادة المتفردة

ج1,

محمد عبد الطاهر , حين الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية, 2000 ,

محمد عثمان شبير , و د عمر سليمان الأشقر, بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة , المجلد الأول ,

دار النفائس , الأردن , ط1 , 1998,

محمد علي عبد الرحمان , بيوع الغبن والغرر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري دراسة مقارنة

, دار الفكر العربي, 1996,

محمد نجدات المحمد , ضمان العقد في الفقه الإسلامي , دار المكتبي سوريا , ط 1 , 2007
مروان كساب , الخطأ العقدي و آثار العقد , دار الكتب الجامعية , -لبنان 2004
مصطفى الزرقاء , المدخل الفقهي العام, الجزء الأول , دار الفكر , دمشق , سوريا , ط 2 , 2004
1مصطفى أحمد الزرقاء , صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي , دار البشير
عمان الأردن, ط 2 , 1987
1وحيد الدين سوار – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي , الشركة الوطنية للنشر و التوزيع , ط 2-
1979
وهبة الزحيلي , الفقه الإسلامي و أدلته , المجلد 5 دار أفاق
وهبة الزحيلي , نظرية الضمان , دراسة مقارنة , دار الفكر , دمشق سوريا , دار الفكر المعاصر, بيروت
لبنان ,
ياسر أحمد كامل الصيرفي دور القاضي - في تكوين العقد دار النهضة العربية مصر – 2000

مقالات:

القاضي مختار : مقال منشور, بمجلة رسالة الاسلام, العدد 51 و 52 المجمع العالمي للتقريب بين
المذاهب الإسلامية, www.resalatalislam.org
حليمة آيت حمودي , مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري , مقال , المجلة
الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية 2001 , رقم 3

رسائل:

1خليفاتي عبد الرحمان مدي اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ,
رسالة ماجستير , الجزائر 1987

نصوص قانونية:

الأمر 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمين
القانون المدني الأردني رقم 43, لسنة 1976 , دار الثقافة 2010
القانون التجاري 75 – 59
الصادر بموجب الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 1975/09/26 و
المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 1975/ 09 /30 معدل و متمم