

جامعة عمار ثلجي الأغواط
كلية حقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان:

دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية

مذكرة لنيل شهادة ماستر الأكاديمي
تخصص: عقود ومسؤولية

أستاذ المشرف:

أ/د بطيمي حسين

إعداد الطالبة:

- مسكري إيمان

لجنة المناقشة:

جامعة الأغواط

رئيسا

جامعة الأغواط

مناقشا

جامعة الأغواط

مشرفا

- أ.د بن الزويعر عمر

- أ.د غريبي عطاء الله

- أ.د بطيمي حسين

السنة الجامعية 2025/2024



قائمة المختصرات

-

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري.

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

• د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ص : الصفحة.

• ج : الجزء.

• ج.ر: الجريدة الرسمية.

مقدمة

إذا كانت الإرادة موجودة وجادة وقاصدة إحداث أثر قانوني، فإنها تكون صالحة لأن تنتج أثرها إذا ما عبر عنها تعبيراً صريحاً أو ضمناً¹.

ولا شك أن اهتمام الفقه القانوني بالإرادة كان اهتماماً بالغاً لما لها من دور يضيق ويتسع - في المجال التعاقدية سواء في الشرائع القديمة أو القوانين الحديثة.

ففي القانون الروماني لم تكن الإرادة تكفي بذاتها لإنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره، إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بإتباع شكلية معينة، كما أن آثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون²، فالسلطان الذي كان سائداً في هذا القانون هو سلطان الشكل وهو مصدر الالتزام، إضافة إلى ذلك لا يجوز الطعن في العقد الشكلي بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية³، وهذه هي مرحلة الشكلية في القانون الروماني، والتي تميزت بالشدة والصرامة في مراعاتها، وظهرت استعمالاتها في عدة صور كالألفاظ المحددة والدقيقة التي تتناسب مع فئة من التصرفات بحسب اختلافها وتنوعها، ومثال على ذلك سبائك الذهب التي تستعمل كرمز عن الثمن في عقد البيع مكان النقود التي لم تكن معروفة آنذاك، وكذلك عقد الزواج الذي عرف هو الآخر طقوساً ورموزاً مختلفة تعبر عن قيام الرابطة الزوجية⁴.

إن الحضارة الرمانية وكأي حضارة أخرى لم تعرف التوقف عن التطور والتوسع، فلقد عرفت تقدماً في الفكر القانوني والذي كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، ومنح الإرادة قسطاً من الأثر القانوني مما دعا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، أما الشكل فما هو إلا سبباً قانونياً للالتزام، إضافة إلى ظهور بعض العقود الرضائية في هذه المرحلة، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يقرر القانون الروماني في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام، بل ظلت الأوضاع والأشكال سارية حتى بعد تطوره وبقي العقد اللفظي إلى آخر عهود القانون هو القالب الذي تصب فيه الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة⁵.

بعد الانحطاط الذي عرفته الإمبراطورية الرومانية متأثرة بهجمات القبائل الجرمانية وظهور دويلات

¹ - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام مصادر (الالتزام)، الطبعة الثالثة الدار الجامعية، بيروت، لبنان بدون سنة النشر، ص 79

² عبد الرزاق أحمد السهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 91.

³ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج 1، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 43.

⁴ زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 7.

⁵ عبد الرزاق السهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 1، المرجع، ط الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 92-93.

صغيرة، ومقاطعات تكوّن في هذه الفترة نظام الإقطاع الذي يقوم على الاقتصاد المغلق، فعمت الفوضى وانقطعت الاتصالات بين الشعوب المختلفة، وعادت المجتمعات إلى الحياة البدائية، كما أن هذه الأوضاع أثرت على القانون الجرمني فأصبح يتميز في تلك الفترة بكثرة الأشكال التي يستلزمها القانون مثلما كان سائدا في القانون الروماني في أول مراحلها، فالقانون الجرمني كان هو أيضا قانونا شكليا برزت فيه الشكلية البدائية متمثلة في رموز وأعمال سحرية وطقوس.¹

أما الشريعة الإسلامية فلقد اعترفت بدور الإرادة في إنشاء العقد وترتيب آثاره، إذ أن غالبية العقود تتم فيها بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى إجراء آخر، وكل المطلوب في العقد أن تبرز الإرادة في مظهر خارجي كافي لإنتاج أثره²، إلا أن فقهاء الشريعة قد اختلفوا حول مدى قدرة الإرادة في إنشاء العقود وترتيب آثارها. فلقد ذهب الحنابلة إلى أن إرادة الأثر هي إرادة العاقد لا إرادة الشارع، فالأصل عندهم في الشروط العقدية هو حرية الاشتراط أخذا بما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"، ويرون أن العقود والشروط هي من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم لأنه ليس هناك ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم.³

أما المذهب المالكي فهو قريب من المذهب الحنبلي في إعطائه دورا بارزا للإرادة في مجال العقود والاشتراط إلا أنه لم يوافق موافقة تامة⁴، فقد جعل الرضا بأثر العبارة في التعاقد والقصد إليه أساسا في ترتيب الأثر وهكذا أبطل عقد الهازل والمخطئ في التعبير لانعدام القصد إلى الآثار التي تترتب على العبارة، كما اعترف للإرادة بدورها في تقرير بطلان العقود الصورية، والعقود المشوبة بالغلط، والإكراه إلا أن هذا المذهب لم يعترف بدور الإرادة على إطلاقه، إذ عرف الشكلية واشترطها في بعض العقود، فلا تتم عقود التبرعات وبعض العقود الأخرى إلا بالشهادة، كما أن هناك عقودا لا تتم إلا بالقبض كالهبة والقرض والرهن والوديعة.⁵

أما فقهاء الحنفية فلم يتجهوا إلى ربط الإرادة بمشيئة الشارع، كما لم يتجهوا إلى مبدأ سلطان الإرادة في كل العقود، وذهبوا إلى التفرقة بين الإرادة بمعناها الضيق الذي هو الرضا، أي الرغبة في آثار العقد، والإرادة بمعناها الواسع والذي هو الرغبة في عبارة العقد وآثار، ترتب على ذلك عندهم وجود الإرادة كركن

¹ - زواوي محمود المرجع السابق، ص 10.

² عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، 1976، ص 189.

³ محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص 456.

⁴ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 92.

⁵ - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 460.

في العقد، والرضا كشرط للصحة.¹

أما الشافعية فكان لهم رأي مناقض لحرية الإرادة فحكم العقد عندهم ليس هو نتيجة لما قصده المتعاقدان، بل هو من جعل الشارع وإرادته، والأخذ بفكرة الجعلية عند هؤلاء الفقهاء قد جعل دور الإرادة قاصرا ومحدودا.²

وهكذا فالشريعة قد اعترفت بدور الإرادة في إنشاء العقود وترتب آثارها في إطار الأحكام الجوهرية التي لا يمكن مخالفتها على أن ينظر إليها على أنها وحدة متماسكة دون النظر إلى كل مذهب من مذاهبها على حدة. لقد أعقبت القوانين القديمة فترة ازدهار المذهب الفردي نتيجة تطور الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع اللبرالي، فبالنسبة للأفكار الفلسفية، يرى أصحاب هذا المذهب أن للإنسان حقوقا طبيعية ذاتية يتمتع بها، وما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق، أما بالنسبة للأفكار الاقتصادية فإنها تركز على حرية الملكية باعتبارها حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان وحرية السوق التي يجب أن تخضع لمبدأ العرض والطلب.³

إن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته جسدها في ميدان القانون مبدأ يحكم العقد ألا وهو "مبدأ سلطان الإرادة"، والذي يقوم على فلسفة تتلخص في: "أن الناس في جوهرهم وحقيقة أمرهم ودون تمييز أحرار ومتساوون، وهذه الحرية و المساواة هما جوهر الإنسان، واعتبارهما بشكل مجرد تماما بعيدا عن الإكراهات والمساومات التي يمكن أن تتناول الأفراد بشكل ملموس في الواقع"⁴

لقد عرف فقه القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة تعريفا واسعا معتمدا في ذلك على الفلسفة القانونية - بأنه: "للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي ترتبها، بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية"،⁵

ومعنى ذلك أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، كما واصل مبدأ سلطان الإرادة تطوره هو الآخر وانتشاره في معظم المجالات وخاصة العقود، مدعما بالمذهب الفردي الذي أكد بأن الإرادة هي التي تولّد الحق، أي أنها مصدر الالتزام وأصبحت هذه القاعدة بعد ذلك روح القوانين آنذاك كقانون نابليون والقانون الفرنسي القديم الصادر سنة 1804، بإرساء في المادة 1134 وما يليها من

¹ عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 92.

² - عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 41.

³ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، الجزائر، 2001، ص 38.

⁴ جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص 45-46.

⁵ د. عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 85.

القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن: "الاتفاق إذا تم شرعا يقوم مقام القانون لمن تعاقده".
 أساسها إن تطور الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت هي الأخرى على النظرية العامة للعقد وتتمثل هذه المعطيات في ظهور المذهب الاجتماعي وفلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة.
 لقد اعتبر المذهب الاجتماعي الفرد جزءا لا يتجزأ من المجتمع الذي يقوم على أساس التضامن والمنفعة العامة، لذا كانت الروابط الاجتماعية تعلو إرادة الفرد، وأن الصالح العام هو الذي يسيطر على هذه الإرادة، فالإرادة لا تصلح أن تكون أساسا للعقد، بل العدالة أو المصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها المجال إلا بقدر ما يتفق أساسه مع هي المصلحة العامة، كما أن العقد حسب هذا المذهب ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، فالمتعاقد لا يتعاقد لأنه أراد ذلك، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات، وكذا الثقة التي يولدها التعاقد في نفسية المتعاقدين.¹
 مما جعل الإرادة تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يقوم بها الأفراد و أصبح العقد الذي كان يجسد إرادة الطرفين إما في تكوينه أو تحديد مضمونه. إلا أنها دخلت عليها قيود عدة.
 هذا ما سنحاول بحثه في هذا الموضوع دور الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية.
 وقد حاولنا في كل ذلك تجنب الدخول في تفاصيل بعض الموضوعات التي رأيناها ليست ضرورية لهذا البحث مكتفين بالإشارة إليها فقط.
 ولتحقيق هذه الدراسة من خلال الإشكالية المطروحة، فقد اتبعنا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي تماشيا مع طبيعة الموضوع، وقسمنا بحثنا هذا إلى فصلين:

- الفصل الأول: نطاق سلطان الإرادة في التصرفات القانونية
- الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية.

¹ عبد الرزاق السهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 103-107.

الفصل الأول: نطاق سلطان الإرادة

إن للإرادة سلطان أكبر في المجال التعاقدي نظرا لما تتمتع به من حرية الدخول في العلاقات التعاقدية، ونظرا لما لها من دور في إنشاء العقود وتحديد آثارها، وكذا إنهاء العلاقة التعاقدية بعد إبرامها .

فالمقصود بمبدأ سلطان الإرادة أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه ويأتي القانون بعد ذلك يحقق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة

فالإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات و القواعد التي يخضع لها وقانونيا الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية والالتزام التعاقدي، فمظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة والغاية منها هي احترام حريته وإرادته، فلا يلتزم إلا بما ارتضاه مختارا وهذا ما يبرر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي للعقد

فتقوم فكرة الحرية الاقتصادية على مبدأ أساسي وهو " دعه يعمل دعه يمر " المتواجد في مبدأ سلطان الإرادة الذي يسمح للأفراد بالتعاقد كما يشاءون كونها خير وسيلة لإنشاء علاقات أكثر عدلا ونفعا فيما بينهم لمنفعته الاجتماعية واستجابته لقانون العرض والطلب

لذا سنعالج في هذا الفصل نطاق سلطان الإرادة ونقسمه إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول دور الإرادة في تكوين العقد، ثم انعكاسها على آثاره في مبحث ثان.

المبحث الأول: دور الإرادة في تكوين العقد

إنَّ للإرادة دور في تكوين العقد سواء كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء إبرام العقد، لذا سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث التصرفات القانونية والرضائية في إبرام العقد والمطلب الثاني دور الإرادة في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول: التصرفات القانونية والرضائية في إبرام العقد

شملت الإرادة جميع أنواع التصرفات القانونية فلم تعد كافية لا لتحديد مفهوم التصرف القانوني ولا لتصنيفه.

لذا سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني و الفرع الثاني الرضائية في إبرام العقد.

الفرع الأول: الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني

أولاً: عدم كفاية الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني

التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية والتي يقصد بها كل حادثة مادية يولد القانون على اثر حدوثها آثار قانونية دون الاعتداد بإرادة محدثها، أما التصرف القانوني أنه كل تعبير عن الإرادة موجه لإحداث آثار قانونية فهو سلوك إرادي، بينما الواقعة القانونية سلوك عفوي للشخص وتظهر صعوبة في تعبيرات عن الإرادة في بعض الوقائع القانونية كجريمة القتل والتي تعتبر باتفاق الشراح واقعة قانونية تعبيراً عن الإرادة يتمثل في إرادة الجاني في القيام بسلوك إجرامي يترتب عليه أثر التزامه بتعويض أهل الضحية وهذا ما جعل تضارب في مدى كفاية وجود الإرادة للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية¹

أ - وجود الإرادة معيار كاف للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية

يرى الفقه الكلاسيكي في التصرف القانوني المصادر الإرادية وفي الواقعة القانونية المصادر غير الإرادية فيعرف التصرف القانوني على أنه كل واقعة قانونية إرادية مطابقة لإرادة منشئها ومرتبة لأثار قانونية فهنا يوسع من نطاق التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية، فهو يجعل من كل واقعة إرادية تصرفاً قانونياً، مما يجعل من معيار التمييز بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية غير دقيق، لأنه يدخل في زمرة التصرفات القانونية بعض الوقائع القانونية كالجرائم وشبه الجرائم والفضالة.² فهذا المعيار يبحث في مسائل نفسية لا يمكن استقاؤها من وقائع الحال كمثال تغيير الإقامة للشخص فإذا غيرها من أجل تغيير قواعد الاختصاص المحلي فتكيف على أساس أنه تصرف قانوني، أما إذا غيرها

¹ عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 103-107.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج 1، بدون طبعة، د.م.ج بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 44.

لأسباب شخصية فهنا تكيف على أساس أنه واقعة قانونية، فمجرد وجود الإرادة لا يكفي لتمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية¹

ثانياً: وجود الإرادة شرط ضروري غير أنه غير كافي لتمييز التصرفات عن الوقائع القانونية

اشترط بعض الشراح أن تلعب الإرادة دوراً أكبر من مجرد تواجدها، فهناك من اشترط أن تحدد آثار التصرف من قبلها وهناك من اشترط ضرورة توافر نية إحداث الآثار القانونية.

ب - ضرورة تحديد الآثار القانونية من قبل الإرادة

يرى أن وجود الإرادة شرط غير كاف لتكييف الواقعة على أساس أنها تصرف قانوني، إذ يميز بين الآثار القانونية التي تكون الإرادة هي التي تحدد مضمونها وتلك التي يقتصر دور الإرادة في إحداثها على تفعيل آلية منظمة من قبل القانون.

فهذا المعيار يصنف نفس الآلية تصنيفين مختلفين، فيكون عقد البيع تصرفاً قانونياً إذا كانت أحكامه منظمة من قبل الأطراف ويكون واقعة قانونية إذا تركت مسألة تنظيم أحكامه للقانون الوضعي وكذا في أحكامه التي لا يجوز مخالفتها فهل العقد تصرف قانوني في الجزء الذي يجوز للأطراف الاتفاق على مضمونه أو واقعة قانونية في الجزء الذي لا يجوز لهم الاتفاق على مضمونه.²

ج - توقف نشأة الآثار القانونية على ضرورة توافر نية إحداثها

حتى نكون أمام تصرف قانوني، يجب أن تكون إرادة الشخص قد سعت إلى إنشاء الآثار القانونية فنقول أن هناك تصرف قانوني في كل مرة تكون فيها نية إحداث الآثار القانونية ضرورية ولا غنا عنها لإنشائه ونكون أمام واقعة قانونية، إذا كانت نشأة هذه الآثار لا تتوقف على كون المعبر عن إرادته قد أراد إحداثها أم لا.

فأساس التصرف القانوني هو الإرادة، يجب أن نبحت في ما إذا كانت نية إحداث الآثار ضرورية لنشأتها.

الفرع الثاني: الرضائية في إبرام العقد.

لا شك أن نظرية سلطان الإرادة أثرت في تكوين العقد بأن حررته من الشكليات التي كان خاضعاً لها وجعلت من الرضى كافياً لإبرامه، فأصبح العقد - كأصل عام - يتم بإيجاب يصدر من شخص يطابقه قبول من الطرف الذي وجه إليه، كما أنه للطرفين أثناء إنشاء العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما.

لذا سنتطرق في الفقرة الأولى من هذا الفرع إلى تطور القانون نحو الرضائية، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ في الفقرة الثانية.³

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج2، المرجع السابق، ص45.

² عبد الرزاق السنهوري، ج1، المرجع السابق، ص107.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص107.

إن مبدأ الرضائية هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة ويقصد به أن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيًا كانت طريقة التعبير عنها¹، والقاعدة العامة حاليا هي رضائية العقود.

أولاً: مبدأ رضائية العقود

الأصل في العقود أنها رضائية فهي تتم بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إرادتهم المتطابقة وللمبدأ الرضائية أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية لدوره في تسهيل المبادلات التجارية، غير أنه له عيب يتمثل في صعوبة إثبات العقد الرضائي، فيبرم العقد بمجرد تبادل الرضى بين أطرافه.

لذا يجب أن يفهم من هذا المبدأ انعدام الشكل وإنما حرية الشكل، فإذا اتفق البائع والمشتري على تحرير عقد بيع منقول أمام موثق، فإن هذا العقد يبقى رضائياً على الرغم من أن الإرادة ستفرغ في قالب رسمي لأن الأطراف اختاروا بكل حرية هذا الشكل، فالعقد لا يكون شكلياً إلا إذا ألزم المشرع الأطراف بإفراغه في قالب معين، فليس إفراغ الإرادة في قالب معين هو الشكل وإنما هو إرغام الأطراف على إفراغ إرادتهم في قالب معين يشتق مبدأ الرضائية من مبدأ حرية التعاقد، غير أن الأصح هو اعتبار كل من الرضائية وحرية التعاقد مبدأين متميزين وهما تطبيقين لمبدأ سلطان الإرادة في مرحلة نشأة العقود، فيتعلق مبدأ الرضائية بشكل العقد.

في القانون الروماني الإرادة فيه لا تستطيع وحدها إنشاء الالتزامات إلا بخضوع إلى شكل معين، فالعقد لا يمكن أن يكن مقبولا أن ينشأ بمجرد توافق الإرادتين، فكان يستمد صحته من شكله لا من موضوعه.

أما القانون الجرمانى فجاءت بعض الأمثال التي توهم أن مجرد الرضى كاف لإنشاء العقد، فكانت تدل على بداية التطور نحو مبدأ الرضائية في العقود وهذا ما أدى إلى القول بصفة تدريجية أن القوة الملزمة للاتفاقات ناتجة عن مجرد الرضى بدون الرجوع إلى أشكال القانون الروماني.

أما في العصور الوسطى فقد بدأت الإرادة تستعيد دورها في تكوين العقود تدريجياً القانون الكنسي جعل أنصاره يؤمنون بمبدأ أن الثيران تربط من قرونها والرجال من ألسنتهم².

فهم يستبعدون مبدأ الشكلية في التصرفات القانونية، كما أن مبدأ الرضائية أكثر استجابة للمعطيات الاقتصادية فهو يجعل التصرفات القانونية أثر بساطة وسرعة و غير مكلفة عكس الشكلية التي تجعل التصرفات معقدة وبطيئة ومكلفة بالإضافة إلى أنها لا تعطي أي أهمية للتعبير الضمني للإرادة.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج1، المرجع السابق، ص45.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد الإرادة المنفردة)، الجزء

الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص55-56.

أما القانون الحديث فقد عرف تطورا نحو مبدأ الرضائية و شهد توسعا في القرن 19 و سادت الشكلية من أجل حماية الرضى، فالشكل وحده فيها غير كاف لإنشاء العقد دون رضى المتعاقدين بل ينظر إليه كركن أصلي في العقد على عكس الشكلية القديمة التي كانت وحدها تكفي لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضى و أعتبر كل من مبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية من الخيارات الأساسية في تنظيم العقود و يبقى التمسك بالرضائية هو المبدأ.¹

ثانيا: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري

لقد تبني المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث نص في المادة 59 من ق.م.ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، أما الشكلية فهي الاستثناء لوجود عبارة (دون الإخلال بالنصوص القانونية) والتي تعني مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة بإبرام العقد، كما أن المادة 60 من ق.م.ج تعد تطبيقا لمبدأ الرضائية إذ نصت على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة متداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".²

فللمتعاقدين الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما، فلا يشترط القانون أن يكون التعبير بوسيلة معينة أو شكل معين، ويجب التمييز هنا بين وجود العقد وطريقة إثباته، فالعقد يبقى رضائيا حتى لو اشترط القانون الكتابة لإثباته ما دام أن انعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي إن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه رغم اتجاه القانون الحديث نحو الرضائية واعتبارها قاعدة عامة، إلا أن عودة الشكلية مجددا كان بشكل كبير.

و في الأخير يتضح أن المشرع الجزائري في صياغته للمادتين 59 و 60 ق م ج قد رسخ مبدأ الرضائية كقاعدة عامة لما لها من دور في تنبيه الأطراف حول مدى أهمية التصرفات المقدمة عليها و تبسيط معاملات وسرعة العلاقات التعاقدية وكذا من أجل إثبات التصرف القانوني.

المطلب الثاني: دور الإرادة في مرحلة المفاوضات.

إن العقد ينشأ بتطابق إرادتين متمثلين في إيجاب يصدر من المتعاقد الأول يعرض فيه على الطرف الثاني الدخول في العلاقة العقدية، و يقبل يرضى به هذا الأخير بالعرض الموجه إليه فيتم بذلك العقد، ولكن أحيانا تسبق الإيجاب مرحلة تمهيدية يناقش المتعاقدان فيها أفكارهم قصد الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات تعد أولى فترات ما قبل التعاقد³، وتكتسي أهمية بالغة في

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 46.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 55.

تحديد الإطار العام للعقد وتتم عادة بإبداء أحد الطرفين لرغبته في التعاقد حول موضوع معين ودعوة الطرف الآخر لمناقشة تفاصيل هذا الموضوع.

لذا سنتطرق إلى تعريف المفاوضات وأهميتها في الفرع الأول ثم إلى حرية الإرادة في التفاوض وتدخل المشرع لحمايتها. في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها.

إن قيام حالة التفاوض مشروطة دائما بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك هو مشروع العقد النهائي، فإذا ما دخل الطرفان في دائرة التفاوض ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة حسن النية في هذه المرحلة.¹ لذا سنتطرق إلى تعريف المفاوضات في الفقرة الأولى ثم إلى أهميتها في الفقرة الثانية.

أولاً: تعريف المفاوضات:

يقصد بالمفاوضات بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين المتعاقدين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف المقابل، حتى يتسنى لهم الوصول إلى اتفاق يتم صبه في قالب إيجاب يوجه أحد الطرفين للآخر²، فالمفاوضات إذن مناقشة ما يعرضه أطراف العقد من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي، فمن هي يصدر منه الإيجاب لا يصل عادة إلى البث في إيجابه إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين.

المفاوضات وإن كان أساسها التوافق بين الإرادتين إلا أنها في الواقع اتفاقات تنحصر في تمهيد الطريق أمام المتعاقدين للتعاقد، فهي أعمال تحضيرية لا تنتهي باتفاق ملزم ولا يمكن اعتبار ما تم فيها كاف لإبرام العقد وهذا ما يميزها عن العقد الابتدائي الذي هو عقد تام وبات تدرج بنوده فيما بعد ضمن العقد النهائي.³

ثانياً: أهمية المفاوضات:

تلعب المفاوضات دوراً وقائياً سواء أسفرت عن إبرام العقد أو عدم إبرامه، فنجاحها يكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، وفشلها بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع- يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع¹، فهي إذن تساهم في معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط وبنود الطرف الآخر فإذا كنا بصدد عقد مثلاً بيع نعرف كل من المتعاقدين على المبيع و مشتملاته وقيمته وكيفية أداء الثمن

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم حسن النية في العقود (دراسة مقارنة بدون، طبعة منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 1995، ص151.

² د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995، ص170.
- عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص238.

³ برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992 ص83

واستطاع أن رأي من يتفاوض معه².

كما تعمل المفاوضات على توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، كما أن صياغة العقد النهائي والتركيز على النقاط المهمة فيه قد يتطلب جوانب فنية خاصة كالتجربة والاستعانة بالخبرة وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات.

تعتبر المفاوضات ركيزة أساسية لتحديد الإطار العام الذي تدور فيه موضوعات العقد من أجل التوصل إلى إبرامه، لذا ترك المشرع للأطراف الحرية في التفاوض، كما تدخل لحماية الإرادة في هذه الفترة¹.

الفرع الثاني: حرية الإرادة في التفاوض وتدخل المشرع لحمايتها.

ترتكز الحرية التعاقدية على التوازن المشروع للأداء، وعلى المساواة بين المتعاقدين من خلال تمتعهم بحق التفاوض والنقاش، ولكن قد تختلف مراكز أطراف العلاقة التعاقدية لذا يتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في هذه الحالة.

لذا سنتطرق إلى حرية الإرادة في التفاوض في الفقرة الأولى ثم إلى حماية المشرع الجزائي للإرادة في مرحلة المفاوضات في الفقرة الثانية.

أولاً: حرية الإرادة في التفاوض:

مادام العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، فإن للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية طبقاً لمبدأ حرية التعاقد، فلا يجبر الشخص في الأصل على التعاقد ويمكن له أيضاً أن يرفض التعاقد إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما له حرية اختيار الطرف الآخر ومن ثم له أيضاً حرية الاستمرار في العلاقة التعاقدية أو التخلي عنها، "وهذا يتم عن طريق التفاوض في المرحلة الخارجة عن الإطار العقدي وبكل حرية باعتباره مبادرة شخصية لمناقشة موضوع عقد معين يسوده مبدأ أساسي هو حرية الإنسان في عدم الالتزام بأي شيء لا يرغب الالتزام به، ولأن المناقشة في هذه المرحلة ليست التزاماً بل عرضاً واستماعاً لوجهات النظر، فالمفاوض فيها لا يجبر على إبرام العقد بعد إجرائه للمفاوضات"²

و عليه فإنه لا يلزم أطراف العملية التفاوضية بإنجاح المفاوضات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي ما دام لا يوجد أي شكل تعاقدية بين الأطراف مع أنه أحياناً يلجأ الأطراف بهدف إنجاح المفاوضات إلى إبرام بعض الاتفاقات المؤقتة بهدف تنظيم العلاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد، ولكن بالرغم من وجود هذه الاتفاقات إلا أنه ينبغي مراعاة وجود أي شكل تعاقدية بين الأطراف، مع أنه أحياناً يلجأ مبدأ الحرية

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 151

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 151.

التعاقدية، وأن الأفراد أحرار ضمن هذه الفترة، لأن هذا المبدأ يرافق المفاوضات إلى حين الوصول إلى العقد النهائي، ولا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض طالما أنه كان حسن النية، ويتعامل باستقامة وشرف، وطالما أن هذه الاتفاقات لم تعط لها الصفة العقدية من قبل الأطراف.¹

ما دام الشخص حراً في التفاوض، فإنه أيضاً حر في عدم التفاوض، لأن المفاوضات تخضع لمبدأ حرية العدول عنها، إذن إن كل متفاوض حر في قطعها ورفضه للتعاقد في الوقت الذي يريد ما لم يتجاوز هذه المرحلة.² لأن المفاوضات بذاتها لا تنشأ رابطة عقدية بين طرفيها فهي مجرد عمل مادي يقوم به المتفاوضان ولا ترقى إلى مرتبة التصرف القانوني، ولا تلزم أطرافها بضرورة التوصل إلى اتفاق أو تعاقد أو الاستمرار في التفاوض، بل يجوز للمفاوض أن ينسحب في أي وقت حتى ولو كان هو الذي دعا إلى التفاوض، لأن ما يميزها هو عنصر الاحتمال وليس لأحد أن يطالب المتفاوض بأن يبين سبب العدول، فقد يكون السبب أنه لم يرى داعياً لإتمام الصفقة أو أنه رأى أن ثمنها ليس في مصلحته، أو أن شخصاً آخر عرض عليه صفقة أفضل، ولأنه لو وقعت المسؤولية على من عدل عن التفاوض لصعب التعامل بين الأفراد ولأعرض كل شخص عن مفاوضة الغير في أمر يرغب التعاقد عليه وهذا يدعو إلى الاضطراب في التعاقد وفيه أيضاً قيداً على حرية الإرادة في وقطع الطريق على استقلالها في المجال التعاقدي.³

إن الكثير من العقود تحتاج إلى التروي وإمعان النظر، لذا يكون للأطراف حرية التفاوض بشأنها، كما لهم أيضاً حرية العدول عنها دون تسبب ذلك ماداموا لم يصلوا في مفاوضاتهم إلى حد الإيجاب البات.

ثانياً: حماية المشرع الجزائري للإرادة في مرحلة المفاوضات:

تعتبر المناقشة والمساومة وجه من أوجه التفاوض⁴، وقد أشار المشرع الجزائري لذلك من خلال القواعد العامة في القانون المدني دون وضع نظام قانوني للمفاوضات كمرحلة ممهدة للعقد حيث نص على طائفة من العقود تتم بعد المناقشة والأخذ والرد للوصول إلى التعادل في الالتزامات وهي العقود التي تتساوى في انعقادها إرادة الأطراف، حيث يكون كل واحد متساوي مع الطرف الآخر في مناقشة الشروط، كعقد البيع وعقد الإيجار... الخ، فكل متعاقد يساوم الآخر حتى تتحقق أفضل الشروط دون أن تطغى إرادة على أخرى.

إن الدخول في المفاوضات يترتب على أطراف العقد مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض أي التعامل باستقامة، وصدق ووجود هذا المبدأ في هذه المرحلة - مرحلة ما قبل التعاقد - يفرض على المتعاقدين الالتزام بالإعلام والاستعلام من أجل توضيح الموضوع التعاقدي من جميع جوانبه وبالتالي حماية الإرادة

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 238.

² عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 238.

³ د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديد للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 49.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 161.

من العيوب، وكذا ضمان سلامة المفاوضات،¹ لأنه لا أهمية للعقد إلا إذا كان نافعا ومنصفا، وكتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة يعد إخلالا بواجب حسن النية وواجب الإخلاص.²

لذا تدخل المشرع الجزائري لحماية المتعاقد قبل إبرامه للعقد حيث نص في المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".³

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد أنشأ التزاما بالإعلام على عاتق البائع اتجاه المشتري يمكن هذا الأخير من معرفة المبيع، مع أن نص المادة 352 من ق.م.ج هو نص خاص بعقد البيع فقط، ولا تكرر التزاما عاما بالنسبة لكل أنواع العقود الأخرى، إذ لا يوجد في القانون المدني الجزائري نص يفيد بوجود الالتزام بالإعلام ملقى على عاتق كل متعاقد، ولكن يمكن للقاضي الجزائري باسم قواعد النظام العام الاقتصادي أن يفرض التزام بالإعلام بالنسبة لكل العقود.⁴

كما أنه وتعزيزا لحماية إرادة المتعاقد قبل التعاقد فإن اهتمام المشرع الجزائري لم يقتصر على حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية من عيوب الرضا، بل تعدى إلى ضرورة إعطائه صورة واضحة ومفصلة حول ما سيتعاقد بشأنه خاصة في مجال عقود الاستهلاك، حيث نظم حق المستهلك في الإعلام طبقا لقانون 89-02 والمتعلق بحماية المستهلك⁵ بقواعد من النظام العام لا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها.⁶

كما تبني المشرع من خلال نص المادة الأولى والثانية والثالثة من قانون 89-02 مبدأ الالتزام العام بالسلامة والذي يعرف بأنه: "الالتزام قانوني يلتزم بمقتضاه كل منتج أو وسيط أو موزع، وبصفة عامة كل متدخل طوال عملية الوضع حيز الاستهلاك، على أن لا تمس المنتجات أو الخدمات المقدمة بصحة وأمن المستهلك وكذا بمصالحه المادية. وفي كل الأحوال، على هذه المنتجات أو الخدمات أن تلي وتستجيب للانتظار الشرعي للمستهلك"

من خلال هذا التعريف يتضح أن هذا الالتزام يلقي على عاتق كل متدخل في عملية العرض

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم المرجع السابق، ص 43.

² - بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان، أبريل 2001، ص 30.

³ المادة 352 ق. م. ج.

⁴ ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001، ص 5.

⁵ القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر، 1 العدد 06

⁶ - جمال النكاس، حماية مستهلك وآثارها على نظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد 02، 1989.

للاستهلاك ضرورة عدم مساس المواد المقدمة بالسلامة العامة للمستهلك، سواء الصحية أو الأمنية، وحتى في مصالحه المادية، وأكثر من ذلك استجابتها للانتظار الشرعي للمستهلك. وعليه تتبين لنا الطبيعة الخاصة للالتزام العام بالسلامة من حيث شموليته، والذي يظهر كإبداع حقيقي جاء به المشرع لتوطيد فكرة الوقاية التي تسبق التعاقد.¹

إن فرض المشرع لكل هذه الالتزامات - قبل إبرام العقد مرده إلى حماية إرادة الأطراف في هذه المرحلة أي عند إجراء المفاوضات لما لهذه الأخيرة من دور في توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية وتحديد حقوقهم بدقة، وكذا إزالة أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، قصد الوصول إلى ضبط نهائي لصياغة العقد والتركيز على النقاط المهمة فيه، إضافة إلى ذلك فقد رتب المشرع المسؤولية المدنية على الطرف السيئ النية عند إجرائه للمفاوضات.

ومن ثمة يلجأ الأطراف إلى تنظيم العلاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد ومتابعة المفاوضات بجدية ووفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية، إلا أنه قد تفشل المفاوضات ولا يتوصل الطرفان إلى إبرام العقد، وذلك إما لعدم جديتها أو ارتكاب أخطاء أثناء عملية التفاوض.

والقاضي بأن تكون المفاوضات مرحلة للتعامل بأمانة وثقة ونزاهة، لهذا فالخطأ في هذه المرحلة يتمثل في الإخلال بمبدأ حسن النية لما تستوجبه هذا الأخير ثقة من مشروعة بين الطرفين، ومن ثم يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري.

كما أن التفاوض على العقد يجب أن يتم وفق مبدأ حرية ينهي بإرادته المنفردة التفاوض التعاقد، هذا المبدأ الذي يعطي الحق لكل شخص في أن على إبرام عقد معين، ولكن إذا ثبت أن الانسحاب وقطع التفاوض كان بسوء نية، ففي هذه الحالة يكون هناك تعسف في ممارسته، ويرتب المسؤولية على الطرف المتسبب في قطع التفاوض إذا كانت هناك أضرار قد لحقت بالطرف الآخر من جراء هذا الانسحاب.

لذا فالعدول عن المفاوضات بالشكل الذي يلحق ضررا بالطرف المتعاقد يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق إذا توفرت حالاته الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري. وعليه فالدخول في المفاوضات ثم قطعها لا يربط أية مسؤولية إلا إذا تبث خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية أو كان هناك تعسف في استعمال الحق.²

وفي الأخير يتضح من خلال ما سبق أن القانون ضمن للأطراف حرية إجراء المفاوضات وحرية

¹ بن عامر أمينة حماية المستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة تلمسان، معهد العلوم القانونية والإدارية، 1997.

1998، ص 3-4.

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص 39.

العدول عنها مادامت في شكل جدي، إلا أنه رتب عليها مسؤولية تقصيرية إذا وجد خطأ أو كان هناك تعسف في استعمال الحق، وهذا حماية لإرادة الطرف المتضرر في الفترة السابقة على التعاقد، لما لها من دور في إبرام العقد وتحديد آثاره.¹

المبحث الثاني: دور الإرادة في تحديد مضمون العقد وانعكاسها على آثاره

يلتزم المتعاقدان بما ورد في عقودهم التي أبرماها برضاها، ويقومان بتنفيذ التزاماتهم المترتبة عنها وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد، كما أن تفسير العقد يكون وفقا لما تضمنته إرادة طرفيه المشتركة.² لذا سنتعرض في هذا المبحث دور الإرادة في تحديد مضمون العقد في المطلب الأول و انعكاسها على آثار العقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دور الإرادة في تحديد مضمون العقد

للإرادة دور جوهري في تحديد مضمون العقد لذا سنتطرق له وفقا لمبدأ حرية التعاقد في الفرع الأول و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الفرع الثاني .

الفرع الأول : حرية التعاقد

قبل أن يتم العقد تكون هناك مرحلة تفاوض يتم خلالها تحديد جل أحكامه ويدخل طرفان متساويان في المركز الاقتصادي في نقاش حريته باتفاق و يفترض أن يكون الطرفان قد ناقشا كل بنود العقد و تم قبولها بكل حرية الطرفين.

سنتطرق لمبدأ حرية التعاقد في الفقرة الأولى و بعض النماذج لحرية تحديد بنود العقد في الفقرة الثانية .

أولا : مبدأ حرية التعاقد

يقضي مبدأ حرية التعاقد بأن الأشخاص أحرار في التعهد أو عدم التعهد، أي أحرار في اختيار الطرف الذي سيتعاقدون معه في تحديد شروط العقد و مضمونه بناء على مناقشة أساسها المساواة ولا يحد من هذه الحرية سوى أحكام النظام العام والآداب العامة.

تعتبر هذه الفكرة حوصلة لتأثير مبدأ سلطان الإرادة على نظام نشأة التصرفات القانونية، أين عرف هذا المبدأ مرحلة سيطرة و هيمنة على نظرية العقد، غير أن هذه الهيمنة قد عرفت تراجعا فعرفت بذلك نظرية العقد تحولا كبيرا، فبعدما كان ينظر إلى العقد على أنه تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية أصبح ينظر إليه على أنه ظاهرة اجتماعية.³

فبعدما كانت آثار العقد تحددها إرادة المتعاقدين أصبحت تحددها إرادة المجتمع، هذا ما يعطي حجة

¹ أ. بوعزة ديدن، شروط إعفاء من مسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 10،

ديسمبر 2004

² عبد الحاكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، بدون الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص123.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص49.

لتدخل الدولة في توجيه إرادة الأفراد من أجل تحقيق الصالح العام¹.

غير أنه حتى تكون هناك حرية حقيقية في إبرام العقود يجب أن تكون مساواة في المراكز الاقتصادية للأطراف، فلا يعقل أن تكون حرية مناقشة عند إبرام عقد مع طرف مهيمن على السوق، هذا ما جعل المشرع يتدخل عن طريقة توجيه إرادة أشخاص من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية نكون أما توجيه تشريعي كلما كانت الإرادة غير حرة في تحديد مضمون العقد، ففي البيع مثلاً لا يجوز الاتفاق على عدم الضمان إذا كان نزع اليد ناشئ عن فعل البائع و في عقد الشركة لا يجوز للشركاء الاتفاق على ألا يسم أحد الشركاء لا في أرباح الشركة ولا في خسائرها ، كما أنه لا يجوز الاتفاق على الأجر في عقد القرض بين الأفراد.

فدور الإرادة في تحديد مضمون التصرفات القانونية قد تراجع نتيجة تدخل المشرع ولهذا فلا بد من توافر شروط معينة في الإرادة حتى يعتد بها.²

- الشروط الواجب توافرها في الإرادة حتى تنشأ العقد

ككل التصرفات القانونية، لا ينشأ العقد إلا عن إرادة سليمة خالية من العيوب، لكن إذا كان وجود الإرادة شرط ضروري لتكوين العقد فهو غير كافٍ لأن الآثار القانونية لا تنشأ إلا بعد إظهار هذه الإرادة و الإعلان عنها.

فحتى ينشأ التصرف القانوني يجب توافر شرطين و هما وجود قصد قانوني أي يريد الشخص الآثار القانونية الناتجة عن التصرف ووجود إعلان عن الإرادة هدفه هو إعلام الغير بالقصد القانوني لصاحبه يكتشف القصد القانوني من سلوك الشخص و يجب أن ينصب في لغة قانونية متعارف عليها و قد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك ايجابي أو سلبى³.

1 – السلوك الايجابي

يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق سلوك ايجابي فيكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي يتخذه مظهراً في حد ذاته موضوعاً للكشف عن هذه الإرادة لا يحتاج إلى تفسير من طرف الموجه إليه و يكون كذلك باستعمال الكتابة (تحرير عقد أو رسالة أو فاكس...) أو بالكلام (اللفظ أو الهاتف أو أي وسيلة أخرتعبّر عن ذلك أ عن طريق الإشارة المتداولة عند الصم والبكم⁴. و يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي يتخذه ليس في حد ذاته موضوعاً للكشف عن

د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، بدون طبعة الدار الجامعية الجديدة للنشر ، بيروت ، 2000.

² عبد الرزاق أحمد السنبوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد – الجزء الثاني، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص47.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص48.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص131.

الإرادة وبذلك يكون في حاجة الى تفسيره من طرف من وجه حتى يتم فهمه ، فإذا تعارض تفسيره مع تفسير المعبر عن الإرادة تدخل القاضي لتفسير التعبير¹.

2 - السلوك السلي

يظهر ذلك في السكوت، فتكون فيه الإرادة غير معلنة وبالنتيجة يكون القصد القانوني غير مؤكد ولكن في بعض الحالات التي يكون فيها السكوت مرافقا لبعض الوقائع يمكن اعتباره تعبيرا عن الإرادة وهذا لا يمكن تصوره بالنسبة للإيجاب أو التصرف بإرادة منفردة لأن كلاهما يفترض في الشخص القيام بمبادرة أي اتخاذ سلوك ايجابي².

فالسكوت في حد ذاته مجردا من أي ظروف ملابسة لا يمكن أن يشكل تعبيرا عن الإرادة، لأن امتناع الشخص عن الإعلان عن إرادته دلالة عن التعبير عنها فالعدم لا ينتج وجودا غير أن السكوت إذا ارتبط بظروف لا تترك مجالا للشك في دلالاته وقد حدد القانون الحالات التي يكون فيها السكوت ملابسا وهي:

- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاملين كما لو اعتاد تاجر توريد سلعة إلى عميل دون أن ينتظر ردا

— إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تقضي باعتبار السكوت قبولا

- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه كتخفيض بدل الإيجار يوجهه المؤجر الى المستأجر فيسكت

— إذا نص العقد صراحة على ذلك أو نص القانون على أن يكون السكوت قبولا.

ثانيا : بعض النماذج لحرية تحديد بنود العقد.

أ - حرية تحديد بنود العقد

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد بنود العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها، لذا سنتعرض في هذا الفرع إلى أهم الاتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها.

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة، الطرفين لا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها.

ب - حرية الاتفاق على فسخ العقد

¹ د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، بدون طبعة الدار الجامعية الجديدة للنشر ، بيروت ، 2000.

² عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة، 1976، ص39.

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للأطراف، الاتفاق على فسخ العقد طبقاً للمادة 120 ق.م.ج، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحاً كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة تلقاء العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يقر أحدهما بتنفيذ التزاماته وقد يرد الاتفاق في صورة "اعتبار العقد مفسوخاً من نفسه" ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين، وإنما لابد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته ويأتي في عبارة أشد.

وهو اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخاً من نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعدار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقراً لا منشئاً له.¹

ج - حرية الاتفاق على الشرط الجزائي

كما أورد المشرع الجزائري في ق.م.ج عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقاً لنص المادة 183 ق.م.ج الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد²

د - حرية الاتفاق على تعيين بدلات الإيجار

كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلاً أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقاً لنص المادة 363 ق.م.ج. يلاحظ أيضاً بالرجوع إلى القواعد العامة أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين بدلات الإيجار (ثمن الإيجار) حسب المادة 471/01 من ق.م.ج، وأكد ذلك من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 والتي تنص على أنه: "تحرر نسب الإيجارات المطبقة على المحلات ذات

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 50-51.

² عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية النهضة، بيروت، 1974. بدون طبعة، دار

³ المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، العدد 4.

الاستعمال غير السكني وتحدد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني والقانون التجاري المذكورين أعلاه، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقاً لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين، وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري. كما يمكن أيضاً للمتعاقدین في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزح اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه¹، ويجوز لهما التخلي عن إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعاً وجدية من الضمان القانوني².

هـ - حرية الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية اتفاقاً يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي. وقد يتفقا على التخفيف فيها مما يجعل المدين غير مسئول عن خطئه وتقصيره³، وفي هذا المجال توجد عدة اتفاقات تخص المسؤولية العقدية كالتأمين على المسؤولية، وهذا لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية وإنما مجاله عقد التأمين كما أن هناك اتفاقات أخرى تتم بعد وقوع الضرر ويراد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر كتحديد مقدار التعويض أو النزول عنه، وهذه الاتفاقات تعتبر من قبيل عقود الصلح⁴، ولكن ما بهما هنا الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر وهي غالباً ما ترد في العقد عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجدها تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسئولاً في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي، ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن اعتباره نوعاً من التأمين ضد خطر القوة القاهرة للعقد⁵ والحادث الفجائي ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من كما أن الأصل

هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما وُجد في الظروف التي وُجد فيها المدين، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل

¹ المادة 337 من ق.م.ج

²² المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر، العدد 40.

³ بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، عدد 1 ديسمبر 2004، ص 6.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام بدون طبعة الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 305

⁵ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، مؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1983، ص 62.

الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أن التعويض لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم طبقا للمادة 182/02 ق.م.ج، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة التزام المدين وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع.¹

إضافة إلى اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية فإنه يمكن لها أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه أو التخفيف منها طبقا للفقرة الثانية من المادة 178 من ق.م.ج، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

الفرع الثاني: العقد شريعة المتعاقدين

يعد هذا المبدأ أحد النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة، بحيث يضي على العقد قوته الملزمة، لذلك يجب معرفة معناه وكذا النتائج المترتبة عنه سنتطرق لمعنى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الفقرة الأولى و النتائج المترتبة عليه في الفقرة الثانية. أولا – معنى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

وفقا لهذا المبدأ فإن ما تقرره الإرادة يشكل قوة ملزمة للطرفين فيما اتفق عليه المتعاقدين و ما يدخل في نطاق العقد يكون ملزما لهما، كما لو كان القانون قد نص عليه، فبمجرد أن يتم العقد بين المتعاقدين بتوافر شروط وجوده وصحتها تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينشأ لهما حقوقا ويرتب عليهما التزامات²

جاءت هذه القاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله وإلا باتفاق الطرفين...."

ثانيا – النتائج المترتبة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا نشأ العقد صحيحا واستوفى الشروط المقررة قانونا، تحددت الالتزامات وتحققت للعقد قوته الإلزامية يتعين على المتعاقدين والقاضي على حد سواء التقيد به و ضرورة تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه.

أ – خضوع الأطراف لسلطان العقد

يعترف المشرف للإرادة بسلطان في حدود النظام العام والآداب العامة، لذلك طالما التزم المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذ ما التزم به ولا يجوز له نقض العقد أو تعديله أو إنهائه دون رضا المتعاقد الآخر وهو بذلك وسيلة توقع أو تبصرو أمان قانوني و ضمان اقتصادي ، فلما تكون العقد

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 67 .

² بوعزة ديدين، المرجع السابق، ص 97.

باتفاق إرادي لا يمكنه أن يعدل إلا باتفاق إرادي جديد.

كما أن تنفيذ العقد من قبل المتعاقدين يقتضي أن يكون بطريقة تتماشى مع حسن النية استنادا لما ورد في أحكام المادة 1/107 من ق م ج التي تنص على "يجب تنفيذ جميع العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" وبالتالي فإن العقود طابعها حسن النية.

يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون ما دام أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي أساس العقد يمكن تعديله كذلك باتفاقها أو نقضه وقد تم هذا الاتفاق عند إبرام العقد كأن يتضمن العقد شوطا يخول لأحد الطرفين أو كلاهما حق النقص أو تعديل في أحكام العقد ويمكن أيضا أن يتحقق ذلك بموجب اتفاق لاحق لقيام العقد، بحيث أن هذا الاتفاق يكون بمثابة عقد جديد يشترط لقيامه ما يشترط لقيام العقد الأول.¹

إن التعديل العام لاستقرار الرابطة العقدية و حمايتها لأنه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه ويمكن أطراف العلاقة التعاقدية من إعادة تطبيقها بترك الحرية لها في مراجعة العقد وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 2/10 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، نصت " ويمكن أن يستكمل العقد النموذجي من جهة أخرى بأي بند آخر خاصة تراه الأطراف ضروريا"، كما أن القانون استثنى حالات عديدة يجوز فيها لأحد أطراف العقد حق نقض العقد و من بينها يجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة و لو وجد اتفاق يخالف ذلك وهذا حسب نص المادة 587 ق م ج، كذلك للوهاب مثلا الحق في نقض عقد الهبة بعد إبرامه و بعد تنفيذه لأن عقد الهبة من العقود التي يجوز الرجوع فيها.²

ب - القوة الملزمة بالنسبة للقاضي

حفاظا على حرية الأطراف في تنظيم عقودهم يتوجب على القاضي احترام الشروط العقدية و تنفيذها حرفيا، لذلك لا يجوز له بداعي تحقيق العدالة التدخل في الشروط التي اتجهت إليها إرادة الأطراف بتعديلها الإسقاط منها أو إنشاء شروط لم يتضمنها العقد، أي بمعنى أن القاضي لا يملك سلطة الحلول في محل الإرادة الفردية.

مهمة القاضي في هذا الشأن تقتصر في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد و تعيين أصحابها متى استوفى لشروط صحته.

و نستخلص أن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة وتستوجب تنفيذه من جهة ثانية.³

المطلب الثاني: انعكاس الإرادة على آثار العقد

¹ د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 57.

² مصطفى لعروم، عقد الهبة، نشرة الموثق، العدد 7، جويلية 1999، ص 89.

³ جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في قانون المدني، تكوين العقد، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات ونشر وتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص 70.

للإرادة وحدها دور في إنشاء العقد ما لم ينص القانون على شكل معين له، في المقابل لها أيضا دور في تحديد نتائج آثاره القانونية دون تعديله، حيث يحكم المسألة مبدأين: مبدأ القوة الملزمة للعقد سنتعرض له في الفرع الأول ومبدأ نسبية أثره في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد

يقصد به مبدأ القوة الملزمة للعقد أنه متى نشأ صحيحا التزم به المتعاقدان وخضعا له كما يخضعان للقانون، كما أن للمتعاقدين دون غيرهم واجب الالتزام بما ورد فيه وما دامت للإرادة سلطان في مجال العقود فما هو إذن أثرها على هذا المبدأ؟

للإجابة على هذا السؤال فإننا سنتطرق في الفقرة الأولى إلى مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد، ثم إلى تدخلها في تعديل العقد وإنهائه في الفرع الثاني.¹

أولا: مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد.

إن القاعدة العامة هي التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقا للمضمون الذي حدده الطرفان، وهذا ما ورد في المادة 106 من ق.م.ج إذ تنص على أن: العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون "وبالتالي متى انعقد العقد صحيحا التزم كل من طرفيه بتنفيذه، فلا يمكن لأي منهما أن يستقل بنقضه أو تعديله بإرادته المنفردة، وهذا حفاظا على استقرار المراكز القانونية، كما أن تطبيق أحكام العقد تكون في حكم تطبيق القانون، لأن الالتزام الذي ينشأ عنه له نفس قوة الالتزام الناشئ عن القانون.

قد تستند القوة الملزمة للعقد إلى قيم دينية وأخلاقية ذلك لأن كل الديانات السماوية أوصت بالوفاء بالعهد فالعقد ملزم لأنه يشكل عهدا قطعه الأفراد على أنفسهم ولا بد من تنفيذه، كما أن مبدأ حسن النية ومبادئ الاستقرار في العلاقات المالية تفرض احترام أطراف العقد للالتزامات التي أقروها وألزموا أنفسهم بها، إلا أن أساس القوة الملزمة للعقد قد نتج في البداية من مبدأ سلطان الإرادة² باعتباره مبررا ومفسرا لها، فحسب نظرية سلطان الإدارة، أنه ما دام الشخص المتعاقد حرا بطبيعته فهو لا يلتزم إلا بما أملت إرادته، لأن الإرادة وحدها مصدر أساسي في ترتيب آثار العقد وتحديد محتواه بسلطان مطلق، وهذه الآثار لا تترتب إلا لأن الأطراف أرادوا ذلك، وما دام الإنسان لا يمكنه أن يتصرف بما يخالف مصالحه تكون إذن الالتزامات التي أرادها عادلة، ويقتصر دور القانون في هذا المجال على ضمان المساواة بين الحريات التعاقدية، ولكن هذا من الوجهة النظرية لأن الالتزام بتنفيذ العقد في هذه الحالة يبقى التزام أخلاقيا وأدبيا أكثر منه قانونيا ولا يمكن لأحد طرفي العقد خارج إطار القانون إلزام الطرف الآخر بتنفيذه. وعليه " فللقوة الملزمة للعقد مصدران، الأول وضعي نابع من المبادئ العامة التي كرسها القانون الوضعي ،

¹ د. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994.

² رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

والثاني شخصي نابع من إرادة طرفي العقد، سواء كان الباعث أدبيا أو أخلاقيا أو اقتصاديا أو نفعيا أو معنويا أو دعما للثقة في التعامل أو حسن النية.

فإذا تخلف المصدر الشخصي بقي المصدر الوضعي مهيمنا على النظام القانوني للعقد، فيلجأ إليه من يرغب في تنفيذ العقد لإجبار الطرف المتخلف عن ذلك، وهنا يتدخل النية القاضي ليس فقط لمنح العقد القوة الملزمة بل أيضا لتوفير التنفيذ وفقا لمبدأ حسن وعليه فأساس الالتزام العقدي وإن كان يستند إلى سلطان الإرادة بجانب سلطان القانون، إلا أنه لا يمكن للإرادة إطلاقا أن تبرر بصورة مستقلة قوته الإلزامية لأنه لا يمكن الاستناد إليها لإجبار المتعاقد على تنفيذ العقد في حالة امتناعه، لذا فالقوة الملزمة ليس سندها إرادة الطرفين وإنما القانون الوضعي، كما هو الحال عليه في القانون المدني الجزائري¹.

ثانيا: تدخل الإرادة في تعديل العقد وإنهاء قوته الملزمة.

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين فمقتضى ذلك أنه لا يمكن لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا إذا اتفقت معه إرادة الطرف الآخر وقد يتم هذا الاتفاق بعد إبرام العقد كما يمكن أن يكون عند إبرام العقد، كأن يتضمن العقد عند إبرامه شرطا يخول لأحد الطرفين أو كلاهما التحلل من العقد أو التعديل في أحكامه لذا سنعالج في هذا الفرع حالة تعديل العقد بإرادة الطرفين، ثم حالة إنهاء قوته الملزمة¹.

(أ) تعديل العقد بإرادة الطرفين:

إن تعديل العقد باتفاق الطرفين هو تصرف قانوني بمقتضاه يتفق الطرفان أثناء تنفيذ العقد على تغيير بند أو أكثر من بنود العقد الذي يربط بينهما²، ويعتبر بذلك قيда إراديا يرد على القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع يقوم على أساس أنه ما دام العقد قد انعقد باتفاق الطرفين فيمكن تعديله باتفاقهما، ولا يعدو أن يكون بمثابة عقد جديد تطبق عليه القواعد العامة للعقد.

إن حرية التعديل هي حق مخول للأطراف لتمكنهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة على مضمون العقد سواء كانت تخص مسائل جوهرية أو ثانوية وذلك بوضع حد للإخلال بالالتزامات التعاقدية والاتفاق على تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد الأصلي ويستمد الأطراف حق حرية التعديل من مبدأ سلطان الإرادة طبقا لأحكام المادة 106 من ق. م. ج .

بما أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأي منهما أن ينفرد بتعديله، لأنه ثمرة اتفاق بين إرادتين ولا تستطيع إرادة واحدة أن تعدل فيه.

¹فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، فرع (عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

ص190.

²مصطفى المتولي قنديل، المرجع السابق، ص72.

إن التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، لأنه عن إنهاء بالابتعاد يسمح العقد أو عدم تنفيذه وبالتالي يهدف إلى الحفاظ على العلاقة التعاقدية، كما يمكن الطرفين من إعادة تنظيمها بترك الحرية لهما في مراجعة العقد، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري¹، حيث اعتبر السعر التقديري و كفيات مراجعته من مشتملات عقد بيع العقار على التصاميم، وترك للأطراف الحرية الكاملة في تحديده، فإذا اعترضت تنفيذ العقد ظروف اقتصادية كانهيار العملة أو ارتفاع الأسعار العامة، يتدخل الطرفان لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته، وذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب وتغيرات تكاليف مواد البناء، كما أن هذه الفئة من العقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة وليس من العدل أن يقوم البائع بمراجعة السعر التقديري بنفسه، إضافة إلى أن حماية المشتري والمتعامل في الترقية العقارية تقتضي من كليهما اتخاذ الحيطة والحذر كركيزة أساسية لمراجعة سعر، وذلك بإدراج شروط تخدم المصالح المشتركة للطرفين وتضمن حماية واستقرار المعاملات.

إن الاتفاق على تعديل العقد يتم بعد إبرامه، ويمكن أن يكون هذا التعديل عند الإبرام، وذلك بوضع شروط تخول لأحد الطرفين أو كلاهما التعديل في أحكام العقد في حالة تغير الظروف، وتكون عادة هذه الشروط في شكل شروط مراجعة عامة يطلق عليها شروط إعادة التفاوض، يمكن من خلالها للطرفين التقابل ومناقشة الصعوبات التي تواجههما أثناء تنفيذ العقد، وتفترض فكرة إعادة التفاوض وجود عقد صحيح وعند مرحلة تنفيذه يتفق الأطراف على إعادة النظر في أحكامه حتى يتماشى مع الظروف الجديدة، وذلك بتعديل بعض بنوده واستبدالها بأخرى يتفقون عليها، فالعقد الذي يتم إعادة التفاوض عليه هو نفسه العقد الأصلي، ولكنه يحتاج إلى تعديلات، وهذا ما يميز إعادة التفاوض عن التجديد، بالرغم أن كلاهما يفترض استمرار الطرفين في العلاقة التعاقدية، إلا أنه عند إعادة التفاوض تبقى الرابطة القانونية هي الرابطة الأصلية، أما في حالة التجديد فالرابطة القانونية يتم استبدالها برابطة أخرى.

بالرجوع إلى التطبيقات العملية نجد أنه نادرا ما يضع طرفا العقد شرطا عاما بشرط إعادة التفاوض، لأن إعادة التفاوض هي في الغالب عبارة عن إحدى المراحل المنظمة بواسطة شروط أكثر تعقيدا، فبدلا من أن يقوم المتعاقدان بوضع شرط عام لإعادة التفاوض فإنهما يقومان بتنظيم ذلك داخل شروط أخرى. متنوعة كشرط تغير الظروف وذلك عند تغير المعطيات الأصلية للعقد، وينتج عنها عدم التوازن في الالتزامات وموضوع شرط تغير الظروف ما هو إلا موضوع العقد الذي يحتفظ الطرفان بإعادة تعديله وفقا لتغير الظروف، كما يعتبر شرط القوة القاهرة فرصة مناسبة للنص على إعادة التفاوض ويرجع ذلك إلى أن هدفه هو الاعتماد على إرادة الطرفين في تجنب أن تؤدي القوة القاهرة إلى وضع نهاية للعقد، ويتعين التأكيد في هذه الحالة على أن النص على إعادة التفاوض يرتبط بصفة أساسية بمفهوم القوة

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر.، ر. العدد 14

القاهرة المشار إليها في العقد وكذا بالاعتراف بها بواسطة الطرفين¹

وتجدر الإشارة هنا إلى التمييز بين شروط إعادة التفاوض كشرط تغير الظروف وشروط القوة القاهرة وبين الشروط التي يضعها الأفراد لتسوية المنازعات إذ أن هذه الأخيرة تفترض وجود نزاع في المستقبل بين الطرفين وموضوعها ليس الاتفاق الأصلي بينهم وإنما النزاع الذي يحتمل أن ينشأ في المستقبل حول العلاقة التعاقدية، وتهدف إلى بحث موضوع هذا النزاع من أجل التوصل إلى تسوية.

أما شروط إعادة التفاوض فإنها لا تفترض وجود نزاع وإنما حدوث تغير في الظروف التي أبرم فيها العقد بظروف استثنائية غير متوقعة عند التنفيذ مما يرتب خلافا في الالتزامات، الأمر الذي يستلزم تعديلا لأحكام العقد.

وعليه فإذا كان للطرفين وحدهم سلطة إبرام العقد وفقا لمتطلباتهما فلا يمكن تعديله إلا بمقتضى إرادتهما طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، ولهما الحرية الكاملة في توقع الصعوبات قد تواجههما أثناء تنفيذ العقد وكذا إيجاد الحلول المناسبة لها والتي تسمح بإعادة التوازن العقدي والإنقاص من حدة تلك الظروف في حدود مضمون العقد ومستلزماته التي ودون إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين.²

(ب) إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين:

إذا اتفق طرفا العقد على إنهاء العلاقة التعاقدية فيما بينهما كان لهما ذلك، لأنه ما دام العقد نشأ بإرادة الطرفين فيمكن لهما أيضا إنهاءه بإرادتهما، وهو ما يطلق عليه بالتقابل أو الإقالة وهو عقد جديد يتم بين الطرفين صراحة أو ضمنا مضمونه هو التحلل من العقد الذي يربط بينهما، والتقابل ليس له أثر رجعي باعتباره عقدا جديدا ينتج آثاره من وقت حدوثه ومع ذلك يمكن أن تنصرف إرادة الطرفين إلى جعل أثره يمتد إلى المستقبل.

كما تنقضي الرابطة التعاقدية إذا قام الطرفان بتنفيذ الالتزامات المترتبة عنها، يرى جانب من الفقه أن العقد لا ينقضي بل الالتزامات المترتبة عنه هي التي تنقضي بالوفاء عادة، أما العقد فيبقى قائما، لأن تنفيذه لا يؤدي إلى زواله ولا يؤثر في وجوده بل يؤكد هذا الوجود ويظل العقد سندا لما يترتب عليه من آثار، ففي عقد البيع مثلا بعد أن يسلم البائع المبيع للمشتري ويستلم هذا الأخير الثمن فإن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالتنفيذ إلا أن العقد لم ينقض بل يبقى يؤدي دوره في أنه سند لحق المشتري في ملكية المبيع ولحق البائع في استفاء الثمن، ولكن هذا لا يكون إلا في العقود الفورية، أما عقود المدة فتتنقضي بانقضاء المدة المحددة، لأن المدة تعتبر ركنا من أركان هذا العقد، كما الشأن في عقد

¹ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 81.

² عادل بيسوني، المرجع السابق، ص 46.

الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل".¹

كما يمكن للطرفين أيضا إنهاء العقد بالاتفاق على فسخه طبقا لنص المادة 120 ق.م.ج في حالة عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، ويختلف أثر هذا الاتفاق بحسب ما يرد في العقد من اتفاقات بين الطرفين.

ج) إنهاء القوة الملزمة للعقد بالإرادة المنفردة

كما أجاز المشرع إنهاء العقد لأحد طرفيه بالإرادة المنفردة، إذا توافرت الشروط القانونية التي روعي فيها حماية الطرف الآخر في العقد، إذ أن الأصل هو عدم جواز ذلك، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري، ومن هذه العقود عقد الوديعة كما نصت على ذلك للمادة 594 من ق.م.ج، وكذا عقد الهبة طبقا للمادة 202 من ق.أ.ج.

وقد يجعل القانون لأحد العاقدين الحق في إبطال العقد دون أن يكون هذا الحق للطرف الآخر، كإبطال عقد المقاولة وعقد التأمين على الحياة.²

الفرع الثاني: مبدأ نسبية آثار العقد

إن مبدأ نسبية آثار العقد تقتضي أن الحقوق والالتزامات المترتبة عنه لا تنصرف إلا للمتعاقدين الذين وقعوا العقد بأنفسهم فقط باعتباره قانونهما، حيث تنص المادة 106 ق م ج أن العقد شريعة المتعاقدين، فالأجنبي الذي لم يكن طرفا في العقد لا تشمل آثاره، غير أن المتعاقد أحيانا قد لا يباشر عملية التعاقد بنفسه وإنما بواسطة شخص آخر كنائب عنه، إلا أن هذا لا يعني أن هذا النائب يعد طرفا في العقد كون آثار العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصيل تنصرف إلى الأصيل ويبقى النائب بالنسبة إلى العقد الذي يبرمه من الغير فلا يكتسب حقا ولا يتحمل التزاما. سنتطرق في الفقرة الأولى إلى أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخاص ثم إلى أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين والغير في الفرع الثاني.³

أولاً: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخاص

أ - أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام

تنصرف إلى الخلف العام وهو الموصى له آثار العقد الذي أبرمه سلفه المتمثلة في جزء من التركة التي كانت حقوق للسلف والتزاماته الناشئة عن العقد، فيكون للورثة وللموصي لهم بجزء من التركة أن

¹أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في تشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، ج2، بدون طبعة، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص49.

²محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص65.

³محمد حسنين، النظرية العامة للإلتزام، الوجيز في النظرية الإلتزام (مصادر الإلتزام والاحكامها في القانون المدني الجزائري)، بدون طبعة، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص79.

يطالبوا بهذه الحقوق ، كما يقع عليهم القيام بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد والتي التزم بها سلفهم وقد نصت المادة 108 ق م ج أنه ينصرف العقد إلى المتعاقدين في الخلف العام، إذ تنتقل عن طريق الميراث جميع حقوق السلف المالية عينية كانت أو معنوية أو شخصية، فحقوق المتوفي التي تكون في ذمة الغير تدخل في أموال التركة فهي حق للسلف باعتباره دائنا وكذا لورثته من بعد وفاته و ينتقل بالميراث حق الملكية، أما الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فلا تنتقل بالميراث لكونها تنقضي بموت صاحبها كحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى، كما أنه لا تورث الحقوق العينية التبعية كحق الرهن والتخصيص والامتياز إذ أنها تنتهي بانقضاء الدين المضمون كون سداد الدين يكون قبل توزيع التركة على الورثة ويستثنى حق الارتفاق الذي ينتقل للورثة و توجد حالات لا ينصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام وهي بنص قانون أو طبيعة التعامل أو كان موصى له بجزء من التركة فلا تكون نافذة فيما يجاوز الثلث، إلا إذا أجازوه الورثة¹.

ب - أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص

تنصرف آثار العقد الذي يبرمه السلف إلى خلفه الخاص بشروط، حيث نصت المادة 109 ق م ج أنه إذا أنشأ العقد التزامات و حقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، فإذا أبرم شخص عقدا وترتب عن هذا العقد حقوق أو التزامات متصلة بشيء معين، كما لو أومن على منزله ثم باعه إلى شخص آخر فإن هذا الأخير تنتقل إليه الحقوق والالتزامات السابقة عن البيع وهي تلك الناشئة عن عقد التأمين.²

ثانيا: أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين والغير

أ - أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

الدائن لأحد المتعاقدين لا تنصرف إليه الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد الذي أبرمه مدينه، إلا أنه قد يتأثر بهذا العقد بطريق غير مباشر، كونه يؤثر على ذمته بما يحثه من انتقاص لحقوق أو زيادة في الالتزامات، فأثر العقد بالنسبة للدائن لا يكون باعتباره تصرفا قانونيا بل واقعة مادية فالدائن باعتباره من الغير لا يمكنه تجاهل العقد ويمكن أن يكون حجة عليه ويتعين احترام الحقوق التي رتبها والامتناع عن كل فعل أو تصرف من شأنه المساس بهذه الحقوق، كما يكون حجة له يمكنه الاحتجاج به في مواجهة المتعاقدين نفسيهما، كما يكون مصدر معلومات بالنسبة له³

ب - أثر العقد بالنسبة للغير

الأصل أن آثار العقد لا تنصرف الى غير المتعاقدين أو من يمثلهما، إلا أنه استثناء يمكن لهما أن

¹ خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الإلتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 29

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 70.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 55.

ينشأ باتفاقهما حقا واشتراطه لمصلحة الغير يعرف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه عقد يتم بين شخصين يهدف إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد، حيث يشترط أحدهما يدعى المشتراط على آخر الذي يدعى متعهدا أن يقوم بأداء لفائدة شخص آخر يدعى المستفيد و صورته أن يتعهد أحد المتعاقدين للأخر بالتزام تجاه شخص ثالث أجنبي عن العقد ينشأ له بمقتضاه حق مباشر و يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير الاستثناء الحقيقي على قاعدة نسبية أثر العقد للأشخاص، فيتعدى أثر العقد المتعاقدين، إذ ينصرف إلى شخص أجنبي عنه وينحصر هذا الاستثناء في اكتساب الغير حقوقا ناشئة عن عقد ليس طرفا فيه دون تحمل الالتزامات.¹

تطبيقا لذلك فإن المشرع الجزائري قد أجاز الاشتراط لمصلحة الغير طبقا للمادة 112 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا ".
ويجب التمييز هنا بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، ذلك أن

1 - التعهد الغير ما هو في الحقيقة إلا تطبيقا للقواعد العامة، بحيث إذا قبله الغير يصبح لدينا عقد عن العقد الأول، أما إذا رفضه الغير يبقى مسئولا عن العقد الذي أبرمه مع المتعهد له و يلتزم المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به

2 - الاشتراط لمصلحة الغير فهو عقد يلتزم بمقتضاه شخص المتعهد في مواجهة شخص يسمى المشتراط بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص المستفيد، وبذلك يعد استثناءا حقيقيا على مبدأ نسبية العقد من حيث يسمى ثالث مختلف يسمى الأشخاص، حيث تنصرف فيه إرادة العاقدين إلى ترتيب حق مباشر للمنتفع من عقد الاشتراط دون أن يكون طرفا فيه.²

و لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة يمكن أن تنصب على العديد من العقود، مسماة كانت أو غير مسماة، ولو أنّ صورته المثلى تكمن في عقد التأمين فعقد التأمين على الحياة، إذ يشترط على المؤمن له الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده يكسبون جزاء هذا العقد بعد وفاته حقا مباشرا من العقد الذي أبرمه مع شركة التأمين رغم أنهم أجنب عن هذا العقد و من ذلك عقد النقل الذي يتم بين المرسل وشركة النقل، الذي ينشأ عنه للمرسل حق مباشر يخوله حق مطالبة هذه الشركة بتنفيذ العقد كتسليم البضاعة في حالة جيدة تطبيقا لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.³

¹ د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 71.

² فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 89.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 73.

الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة عند إنشاء العقد.

الواقع أنّ الإرادة هي جوهر العقد، إلا أنّ وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع والتي تحدّد في غالب الأحيان بقواعد أمرّة.

لذا فقد وردت على مبدأ سلطان الإرادة الكثير من القيود التشريعية والقضائية، وهذا لمعالجة الأوضاع الناشئة عن التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية من جهة، وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى.

وقد سبقت الإشارة في الفصل الأول إلى نطاق سلطان الإرادة

وسنتعرض في هذا الفصل إلى القيود التي ترد عليها. لذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول القيود الواردة على الإرادة عند إنشاء العقد، وفي المبحث الثاني تدخل المشرع في إرادة العقد

المبحث الأول: القيود الواردة على الإرادة عند إنشاء العقد

إن القيود الواردة على سلطان الإرادة في تكوين العقد إما قيودا شكلية أو موضوعية تطلبها المشرع لتحديد دور الإرادة في ذلك.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه الشكلية كقيد على الإرادة، وفي المطلب الثاني فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة.

المطلب الأول: الشكلية كقيد على الإرادة عند إنشاء العقد

لم تكن التصرفات القانونية في القديم تستمد قوتها من الإرادة بل من الشكل،¹ أما في العصر الحديث فلم تعد الشكلية بذات الإطلاق الذي كانت عليه قديما، فالقوانين الحديثة أعطت للإرادة دورها في إنشاء العقود في حدود معينة إلى جانب ذلك أوردت الشكلية كإسناد على هذا الأصل.

ويبدو الاختلاف بين الشكلية القديمة والحديثة من خلال الأهداف والوظائف التي يؤديها الشكل حديثا، فلم يعد هذا الأخير تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها لقيام العقد والذي لا تكفي الإرادة وحدها لإنشائه، بل أصبحت ذات أهداف ومبررات تستوجب وجودها.

فإذا اشترط المشرع إتباع شكلية معينة لتصرف ما وجب إتباعها، وإذا تخلفت كان الجزاء باختلاف ما إذا كانت تلك الشكلية مطلوبة للانعقاد أو لم تكن كذلك، لهذا سنتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب إلى الشكلية المطلوبة للانعقاد كقيد على الإرادة في إنشاء العقد ثم للشكلية غير المطلوبة للانعقاد كقيد على إرادة طرفي العقد في فرع ثاني.

الفرع الأول: الشكلية المطلوبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة

قد يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد ويرتب البطلان على عدم توفرها، وعلى المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحا، وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن رابع إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ومن ثمة يلزم الطرفين بكتابة العقد، وقد تكون هذه الكتابة التي تترجم ركن الشكلية كتابة رسمية أو عرفية، كما قد يشترط التسليم في العقد لانعقاده.²

سنتعرض في الفقرة الأولى إلى الشكلية الرسمية في العقود المدنية ثم الشكلية العرفية في العقود المدنية في الفقرة الثانية ثم اشتراط التسليم في العقود العينية في الفقرة الثالثة.

¹ خواجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008، ص111.

² كاتي أحمد، شروط انعقاد بيع العقار وشروط انتقال ملكية العقار، نشرة الموثق، العدد 10، ص 40

أولاً: الشكلية الرسمية في العقود المدنية:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم الشركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حضر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسدة أو المعدلة لشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد."

إن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة اشترط التوثيق واعتبره ركناً لقيام العقود التي ذكرها، بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلاناً مطلقاً، لذا سنتطرق إلى أهم تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات كل من عقد بيع العقار وعقد الرهن الرسمي وعقد الهبة، وكذا انعقاد عقد الشركة المدنية.¹

1- الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع الواقع على العقار:

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها وأهمها عقد البيع الواقع على العقار، فبعد ما كان أطراف العقد أحراراً في تحرير عقودهم في شكل رسمي أو عرني قبل صدور الأمر 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق،² اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في شكل رسمي، وهذا ما أكدته المادة 102 من ق.م.ج، وهذا ما كرسه القضاء بقوله: "أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطاً ضرورياً لصحته وأن تحرير هذا العقد في شكله الآخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد."³

وعليه فعدم إتباع أحكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله، ويثبت هذا الحق للخلف العام والخاص ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقاً لأحكام المادة 102 من ق.م.ج، وهذا ما كرسه القضاء بقوله: "أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطاً ضرورياً لصحته وأن تحرير هذا العقد في شكله الآخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد."³

إنّ ما يقال في بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان يقال أيضاً في الوعد بالبيع فيجب أن يتوافر فيه

¹ زواوي محمود، شكلية للصحة في تصرفات المدنية في قانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 197.

² الأمر رقم 70-191 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر، العدد 71.

³ القرار رقم 136156 مؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1، ص 10.

الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقاً لأحكام المادة 71/02 من ق.م.ج والتي تنص على إذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

فالشكلية حسب هذه الفقرة تعتبر ركناً لازماً لإبرام عقد الوعد ببيع العقار، إضافة إلى أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً، بل لابد أن يتدخل الواعد بنفسه لإتمام رسمية بيع العقار، كما أنه لا يجوز للموعد له أن يحصل على حكم يقوم مقام عقد بيع العقار الموعد به لأن تخلف الشكلية في هذه الحالة يجعل العقد باطلاً، ولو جاز الحصول على مثل هذا الحكم رغم عدم توافر الشكلية في هذه الحالة لأمكن للطرفين اللجوء إلى إبرام عقد بيع العقار دون إجراء الرسمية التي فرضها القانون، فيقتصران بذلك على وعد بالتعاقد غير رسمي ثم يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مكان عقد البيع وفي هذا تحايل على القانون.¹

2- الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي:

لقد نظم المشرع عقد الرهن الرسمي واعتبره عقداً شكلياً فهو لا ينشأ إلا بورقة رسمية كما تنص على ذلك 883/01 من ق.م.ج على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون..."، كما نصت المادة 886 من ق.م.ج على أنه: "... وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً".

يتضح من خلال المادتين 883 و 886 من ق.م.ج، أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا شكل رسمي، ونفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون،² مع أن المشرع في المادة 883 من ق.م.ج لم يبين الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج، نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تكون تحت طائلة البطلان، وعقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوقاً عقارية والتي ألزم المشرع بتحريها في شكل رسمي وإلا كانت باطلة، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي جزاءه البطلان المطلق.

3- الشكلية لانعقاد عقد هبة العقار:

لقد عرّف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها تملك بلا عوض واعتبرها من العقود الشكلية، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 206 ق.أ.ج على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب

¹ كاتي أمحمد، شروط انعقاد بيع العقار، وشروط انتقال ملكية العقار، نشرة موثق، العدد 10، 1999، ص74.

² محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص122.

والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات..."، ولم تختلف أغلب التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة وإنما اختلفت في نوع الشكلية الواجبة فيه، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين: أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين فتنعقد الهبة بالتراضي ولكن لا بد من تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها ، أما النوع الثاني من الشكلية، فينصب على التراضي ذاته، إذ لا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص،¹ وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في رسمية الهبة الواقعة على العقارات وذلك بتحرير عقد الهبة في عقد توثيقي Acte notarié تحت طائلة البطلان.

4- الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية:

لقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد الشركة، وذلك بفرض إتباع أركان شكلية لانعقاده، ورتب الجزاء على مخالفتها، فلقد نص في المادة 418 من ق.م.ج على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد...". استنادا إلى هذه المادة يتضح تأكيد المشرع على ضرورة كتابة عقد الشركة واعتبارها

ركنا من أركانه أنه ، مع من خلال النص العربي لم يحدد نوع الكتابة الواجبة لانعقاد عقد الشركة المدنية فيمكن أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، واقتصر على القول بضرورة كتابة عقد الشركة في مرحلة إبرامه ولكن بالاطلاع على النص الفرنسي لنفس هذه المادة ، نلاحظ أنه يشترط لقيام عقد الشركة المدنية إفراغه في الشكل الرسمي.²

زيادة على ذلك فإن الكتابة وإن كانت واجبة في عقد الشركة فهي ضرورية بنفس الدرجة في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كالزيادة أو التخفيض في رأس المال أو إحالة الحصص كما تنص على ذلك المادة 418 من ق.م.ج ، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 08/05/1982³ الذي قضت فيه بما يلي : "ومتى كانت رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 تشترط... أو التخلي عن أسهم من الشركة أو جزء منها إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان ، وكانت المادة 572 من ق.ت.ج هي الأخرى تنص على عدم إمكانية إثبات إحالة الحصص إلا بموجب عقد المادة 12 من رسمي الأمر ولما كان ثابتا في قضية الحال – أن المجلس القضائي صرح بصحة الاتفاق الشفوي المتضمن تنازلا عن حصص في الشركة فإنه لم يلتزم صحيح القانون.⁴

¹ دحماني لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002-2003، ص132.

² مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط2، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000، ص69.

³ قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 08/05/1982

⁴ المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989، ص125.

ثانيا : الشكلية العرفية في العقود المدنية

إضافة إلى الكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع في بعض العقود والتي تعد ركنا في العقد ، فإنه يرى أحيانا ضرورة توفر الكتابة في العقد الذي يقوم به الطرفان ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية ولكنه يقرر بطلان العقد الذي يتم بدونها، فتعد حينئذ قيدا على إرادة المتعاقدين في إنشائهما للعقد، ولابد إذن من مراعاة هذه الشكلية لأجل صحة العقد.

من العقود التي فرض فيها المشرع الجزائري شكلية الكتابة العرفية نجد عقد مرتب مدى الحياة، والذي يعرف بأنه: " إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد إلى شخص الدائن بالإيراد أو المستفيد، وقد يقرر مدى حياة الملتزم له المستفيد وقد يكون لمدين الدائن له أو لشخص آخر"، وهذا ما نصت عليه المادة 614 من ق.م.ج، كما نصت المادة 615 من ق.م.ج على أن: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

إن نص المادة 615 من القانون المدني الجزائري واضح وصريح بأن جعل عقد مرتب مدى الحياة ينعقد بالكتابة من أجل أن يكون صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، دون أن يحدد الكتابة التي يتم بها فقد ينعقد بالكتابة الرسمية أو بالكتابة العرفية ، والشرط الأساسي هو أن يفرغ العقد في محرر مكتوب ، ويفهم من ذلك أن هذا العقد لا يجوز أن يتم بمجرد التراضي بين الطرفين.¹

ثالثا : اشتراط التسليم في العقود العينية:

إضافة إلى الشكلية التي اشترطها المشرع لانعقاد العقد والتي يفرغ التراضي فيها في شكل كتابة عرفية، أو في شكل سند رسمي يقوم بتحريره موظف مختص، فقد اشترط شكلا آخر هو التسليم.

يعتبر فعل التسليم شكلية لابد منها لقيام العقد، ويرجع إلى القانون الروماني أصله الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الاستهلاكي والوديعة من والرهن الحيازي.

إن هذا النوع العقود أصبح نادرا بالنسبة للقانون الجزائري إذ أنّ هناك حالة واحدة أشار إليها المشرع في قانون الأسرة. طبقا للمادة 206 بخصوص عقد الهبة، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ..."، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "... إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".²

لقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة عقدا عينيا إذا كان واردا على منقول، إذ أن عبارة (وتتم بالحيازة أي أن الحيازة تعد ركنا لقيام هذا العقد إذا لم تتم اعتبر باطلا وفقا للفقرة الثانية من المادة 206 من ق.أ.

¹ مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية منازعات العقديّة، بدون الطبعة، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005،

ص123

² مصطفى لعموم، المرجع السابق، ص89.

ج، فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قيذا يرد على إرادة المتعاقدين في إجرائهما لهذا التصرف.

الفرع الثاني: الشككية غير المتطلبة لانعقاد كقيد على الحرية الإرادة.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد يشترط شككية لانعقاد العقد، ويرتب على تخلفها البطلان، كما قد يفرض في بعض الحالات شككية أخرى غير مباشرة ليست لازمة لانعقاد العقد ولكنها تشكل قيذا على إرادة الطرفين ومن هذه الشككية اشتراط الكتابة للإثبات وكذا اشتراط الشهر في بعض العقود.

أولاً: اشتراط الكتابة للإثبات:

تعتبر الكتابة أهم شككية في ظل القوانين الحديثة، وفي هذا الشأن يجب التمييز بين شككية الصحة وشككية الإثبات، فإغفال الشككية الأولى يمنع قيام العقد حيث يكون منعدم الوجود ولا يرتب أي أثر ولا يجوز لأي كان أن يدعي به أو يتمسك به، أما إغفال شككية الإثبات فتجعل المتعاقد في وضع عسير وصعب بخصوص إثبات وجود العقد، غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات ويبقى العقد رضائيا في هذه الحالة ولو اشترط الكتابة لإثباته، طالما كان انعقاده غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل مكتوب، ويمكن إثباته بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين كما هو الحال في عقد الكفالة.¹

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنه : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علاقات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها "، وتعتبر هذه المادة أول نص عرّف المشرع من خلاله الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الالكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها التقليدي كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة الكترونية افتراضيه، والتي تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.²

ويرجع تقدم الكتابة على ما سواها من طرق الإثبات لاسيما الشهادة إلى انتشارها وتعدد وسائلها وتنوع أشكالها وبساطتها عن الشهادة التي تؤخذ عنها على أنها عرضة للتأثيرات والضغوطات والإغراءات لأي سبب كان، ناهيك عن ذاكرة الشهود المشوبة بالتقصير عن استيعاب أو تذكر تفاصيل التصرف القانوني المدعى به كالبيع والشراء والهبة، خاصة إذا تقادم عليها الزمن ومرت عليها سنين أو عقود، إذ تبقى الأحرف المكتوبة مؤكدة لا يشوبها تقادم الزمان ولا تغير المكان، فتفضيل الكتابة عن الشهادة من مقتضيات العصر الحديث لأن الأحرف المكتوبة موقع عليها أما الشهادة فتكذب كما يمكن دحضها عندما يتعلق الأمر بالتأثير

¹ مي يوسف زاهية، نقل ملكية في البيوع العقاري، مجلة المحاماة، المنظمة الجهوية للمحامين بتيزي وزو، العدد 1، ماي 2004، ص123.

² برني نذير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006، ص47.

الشخصي أو التورط في جرم شهادة الزور، لذلك فقد يشترط المشرع شكلا خاصا للإثبات دون أن يترك للأطراف حرية إثبات التصرف الذي قاموا به كاشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة.

كما اشترط المشرع في بعض العقود اتخاذ شكل مكتوب أو إتباع إجراءات شكلية إجبارية، ومنها عقد المقاوله مثلا والذي يعد عقدا رضائيا يكفي لانعقاده توافق إرادة طرفيه دون حاجة لإعطائه شكلا معيناً ولكن نظرا لطبيعته وأهمية تكاليفه فإنه يخضع لشكليات يفرضها القانون، كما تنص على ذلك المادة 10 من المرسوم التشريعي 94-07 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري على أنه: "يجب أن تحدد العلاقة بين صاحب المشروع أو صاحب المشروع المنتدب وصاحب العمل بموجب عقد يبرم حسب الأشكال المطلوبة"، فإثبات عقد المقاوله لا يكون إلا بعقد مكتوب، مع أن مخالفة ذلك لا يؤدي إلى بطلانه.¹

والحال نفسه بالنسبة لعقد الإيجار إذ ألزم المشرع - طبقا للمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري - طرفيه بكتابته حسب نموذج موحد إذ تنص المادة 21 منه على أنه: "تجسد العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى"، مع أنها لم تبين ما إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوبا أمام الموثق أم يكفي العقد العربي بشأنها، إلا أنه من خلال الاطلاع على نموذج عقد الإيجار الذي تنص عليه المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 والذي جاء واردا ومفصلا في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 خاصة في ذيل هذا النموذج الذي يتم بتوقيع المؤجر والمستأجر فقط وليس هناك إشارة إلى توقيع موظف مختص كالموثق مثلا، كما أن جزاء تخلف هذه الشكلية لم يطبق عليه المشرع قواعد نظرية البطلان التي أكدها في العقود الشكلية الرسمية والعرفية، وإنما رتب على ذلك جزاء عقابيا حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم التشريعي المذكور على أنه: "... يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها"، وهناك جزاء آخر يمكن وصفه بأنه جزاء مدني نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها: "... ومن جهة أخرى ودون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد فإن أي وصل يحوزه شاغل الأمكنة يخوله الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة".²

إضافة إلى اشتراط المشرع الكتابة لإثبات العقد في بعض الحالات، فإنه قد اشترطها في حالات أخرى عند تعديله، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/06/1997 ملف رقم 144122، بالزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر

¹ رحمانى لطيفة، المرجع السابق، ص 192.

² ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 58.

عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 نوفمبر 1994 والذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر من محكمة حسين داي في 14 أبريل 1993، والقاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي في حين كان لزاما على المفاوض عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي، إذ أن إبرام عقد جزائي على أساس التصميم المتفق عليه مع رب العمل لا يخول للمفاوض أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة.¹

ثانيا: اشتراط الشهر في بعض العقود

إن العقارات بطبيعتها تتمتع بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها إلى إجراءات تكون في مجملها ما يسمى بنظام الشهر العقاري، وهو عبارة عن نظام قانوني يراد به إعلان بيع العقار بطريقة قانونية، وإعلام الغير بمعظم التصرفات الواردة على العقارات لبعث نوع من الثقة في التعامل وتحقيق استقرار الملكية العقارية ودعم الانتماء العقاري.

وللشهر العقاري دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية، ويكون إلزاميا بالنسبة لكافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلقة الواردة على الملكية العقارية ومثاله الارتفاق والرهن الحيازي العقاري وعقد البيع، وعقد الشهرة وشهادة الحياة ... الخ، فعملية الشهر هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لأحكام القانون المدني ما أكدته المادة 15 و 16 من الأمر، 74-75، وهو أيضا ما سار عليه الاجتهاد الجزائري وهو القضائي في هذا المجال.

فانتقال الملكية في العقار قد ربطه المشرع بإجراء شكلي وهو التسجيل وفي هذا قيد على حرية الإرادة من حيث إجراءات للتصرفات المتعلقة بالعقار، إضافة إلى هذا الإجراء يشترط المشرع أحيانا القيد في بعض التصرفات العقارية لتثبيت الحق العيني التبعية وذلك لاحتجاج به على الغير، وحتى بالنسبة للطرفين.²

المطلب الثاني: فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة ومظهر تفسيرها

إن دور الإرادة في إنشاء العقد وتحديد مضمونه ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود عديدة تحد منه ترجع في معظمها إلى فكرة النظام العام والآداب العامة باعتبارها ضابطة من ضوابط الحرية التعاقدية.

وسنحاول في هذا المطلب تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في فرع أول ثم إلى مظهر الإرادة عند تفسير العقد في فرع ثاني.

¹ - المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1997، ص 21.

² دحماني لطيفة، المرجع السابق، ص 133.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام والآداب العامة

إذا كان للمتعاقدين أن ينشأ العقود ويقوموا بتنفيذها، فإن ذلك يجب أن يكون في إطار النظام العام والآداب العامة، وتعد فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، كما تعدد جوانب هذه الفكرة وتتنوع مصادرها، فلا تنبع من التشريع وحده بل يسهم القضاء إلى حد كبير في صياغتها وتحديد مضمونها.¹

لذا سنعالج هذا الفرع في ثلاث فقرات، نتطرق في الفقرة الأولى إلى تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة، أما في الفقرة الثانية فنتطرق إلى تحديد مصادرها، وفي الفقرة الأخيرة سنتعرض إلى تحديد مجالها.

أولاً: تعريف النظام العام والآداب العامة:

لقد اختلف الفقهاء في تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة اختلافا كبيرا ، وتعددت التعريفات في شأنها تعددا يكاد لا فلقد عرفه كابتان (Capitant): "بأنه ينتهي مجموعة القواعد الهادفة في بلد معين إلى المحافظة على حسن أداء المرافق العامة والتي لا يمكن مبدئيا استبعادها"، وعرفه هيما (Heimard) بأنه: "مجموعة القواعد الموضوعية من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع، كما عرفه دوجي (Duguit): بأنه: "مادة إلا المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها..."²

عموما يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية فهو إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة وضمان حسن سير علاقات الأفراد فيما بينهم ولا يمكن لهم الاتفاق على عكسها أو استبعادها ، ويتميز بأنه مفهوم نسبي متغير مع الزمن والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين، ومادام يلجأ إليه لحماية هذه الأنظمة، فإن حمايته تتكيف مع تغيرها، فما كان محظورا في الماضي يمكن أن يصبح مباحا اليوم والعكس صحيح.

أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد الخلقية التي يلتزم بها الأفراد في بيئة معينة وزمن معين، ويكون مصدرها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع، ومن ثم فهي تدخل في فكرة النظام العام وتعتبر الشق الخلقى منه، وإن اختلفت معه من حيث مجال كل منهما ، إلا انه لا يوجد فرق جوهري بينهما من حيث الوظيفة المسندة إليهما والمتمثلة في حماية المجتمع والمحافظة على النظام والأمن الاجتماعي.³

¹ محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبادئ حرية التعاقد، بدون الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 27.

² مصطفى العوي، المرجع السابق ، ص 402.

³ علي . فيلاي، المرجع السابق، ص 211.

ثانيا: مصادر النظام العام

يستمد النظام العام مصدره من النصوص القانونية حيث يتولى المشرع تحديد مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا، حيث يقضي النص صراحة أنه لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه، كما جاء ذلك على سبيل المثال في المواد 96 و98 و107 من القانون المدني الجزائري، فيكون النص القانوني إذن من النظام العام إذا كان يمنع مخالفة أحكامه، وقد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة محيلا المتعاقدين من التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية بواسطة المراسيم والقرارات، والمنشورات، وتكون كل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها.¹

لكن قد يغفل المشرع عن تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص، كأن لا يتضمن ترخيصا أو منعا من الاتفاق على ما يخالفها، كما هو الحال بالنسبة للمادة 112 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه يؤول الشك في مصلحة المدين... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى"، إن هذه المادة اكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية أو عدم إمكانية مخالفته، لذا يتولى القاضي تكييف مثل هذا النص معتمدا في تقديره على الغرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام ولا يمكن حينئذ مخالفته.²

طلما أن الأمر كذلك، أصبح من الواجب على القاضي أن يبحث عن مصدر النظام العام وأن يحدد مفهومه فينظر أولا في القوانين التي لم يصفها المشرع بأنها تتعلق بالنظام العام ليقرر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة بالنظر إلى المصلحة التي تحميها أو إلى النظام الذي تقرره، فإذا لم يكن هناك نص متصف بصفة النظام العام أو من الممكن وصفه بها، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على المصلحة العامة والفردية سواء كانت اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية، فالقاضي إذن ليس حرا في تحديد مفهومه للنظام العام بل عليه أن يبحث عنه في مجموع المبادئ العامة التي تسود نظاما قانونيا واجتماعيا معينا.³

ثالثا: مجال النظام العام:

يمكن التمييز في إطار فكرة النظام العام بمعناها الواسع ومن زاوية أثرها على سلطان الإرادة وحرية التعاقد بين شقين رئيسيين، يتمثل الأول في المفهوم التقليدي لهذه الفكرة وهو ما يعرف بالنظام العام

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 212

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 213.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 407.

السياسي والأخلاقي، أما الشق الثاني فهو المفهوم الحديث لهذه الفكرة والذي يجسد التطورات التي لحقتها وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي.¹

أ - النظام العام السياسي والأخلاقي:

يشكل النظام العام السياسي والأخلاقي، كما سبق، المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام، ويعبر عن المضمون الذي كان سائدا لها في ظل المذهب الفردي والذي يجسد قدرا القيود التي تحد من نطاق الإرادة في المجال التعاقدي من ويمكن تحديد الأنظمة المحمية بموجب النظام العام السياسي والأخلاقي كما يلي:²

1 - النظام السياسي المتجسد بالقوانين الدستورية والتشريعية والإدارية والقضائية والسياسية والحريات العامة، والوظائف والمؤسسات العامة، فتعد من النظام العام كل القوانين التي تنظم الهيئات العمومية وتحدد الروابط بين بعضها البعض من جهة وبينها وبين الأفراد من جهة أخرى.

2 - النظام الاجتماعي بما فيه نظام الأسرة، كالزواج البنوة والأهلية والجنسية والإرث.

3 - الإجراءات القضائية والمحاكمات الحامية لحقوق الإنسان، والتنظيم القضائي وعمل المحاكم بالقدر الذي تكون فيه المصلحة العامة ومصلحة الأفراد هي محور هذا العمل.

4 - النظام الأخلاقي وقوامه المبادئ السلوكية في مجتمع معين والتي تعتبر ضمانا لأخلاقيات الفرد والجماعة.

وعليه فكل اتفاق أو عقد يجري من قبل الأفراد يمس بهذه الأنظمة يكون مصيره البطلان المطلق لأنه يشكل تعديا على مصلحة عليا أحاطها المشرع بحماية صارمة.

إن تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفكرة النظام العام بمفهومه التقليدي كان منذ البداية على شكل قيود تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، وذلك من خلال إبطاله للعقد عند عدم احترام الشروط والعناصر اللازمة لانعقاده،³ وقد جاءت نصوص القانون المدني الجزائري صحيحة وقاطعة في هذا الشأن، ففيما يتعلق بمحل العقد تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا، وفيما يتعلق بركن السبب تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا "، أما فيما يتعلق بركن الرضا فقد اشترط المشرع في بعض العقود شكلا معيناً لإنقاذها.

وعليه يتضح أن قواعد النظام السياسي تقرر في غالبيتها جملة من الممنوعات، إذا خالفها المتعاقدان

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 51 .

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 410.

³ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 56 .

كان اتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا.

ب - النظام العام الاقتصادي:

منذ نهاية القرن التاسع عشر بدأت فكرة النظام العام تشهد اتساعا في مضمونها وتطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع، وقد أدى هذا التطور إلى ظهور مفهوم جديد للنظام العام يعرف بالنظام العام الاقتصادي حيث كان يهدف في البداية إلى حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة والفقيرة، مما أدى إلى الحد من سلطان الإرادة بهدف حماية الجانب الضعيف في العقد وهذا ما يعرف بالنظام العام الحمائي، وفي مرحلة لاحقة قامت فكرة النظام العام الاقتصادي لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي اتجهت، وشهدت الإرادة قيودا أخرى تهدف إلى إجبار الأفراد على احترام هذه السياسة وتوجيههم إليها، وهذا ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي.¹

ويتميز النظام العام الاقتصادي عن النظام العام السياسي بعدة مميزات يمكن تحديدها فيما يلي:²

- إن أحكام النظام العام التقليدي (السياسي) تقتصر على ممنوعات يجب احترامها، أما أحكام النظام العام الاقتصادي زيادة على ذلك - فإنها تفرض واجبات وسلوكيات يجب إتباعها.

كما يمكن تصنيف أحكام النظام العام الاقتصادي من حيث قوتها الإلزامية إلى أحكام تتعلق بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي لا تختلف عن أحكام النظام العام السياسي، بحيث تكون ملزمة ولا يمكن مخالفتها بأي شكل من الأشكال، وأحكام تتعلق بالنظام العام الاجتماعي، والتي تتضمن بعض الأحكام أو الشروط لحماية المتعاقدين الضعيف، وتكون ملزمة في مواجهة الجميع، وخاصة المتعاقدين، مع جواز مخالفتها لصالح الطرف الضعيف، فهذه الأحكام لا تسمح إذن بإنقاص الحقوق التي تتضمنها، ولكن يجوز للمتعاقدين الزيادة فيها، إلى جانب ذلك يمكن للطرف المستفيد من الحماية التنازل من تنفيذه،

عنها بعد اكتساب الحق محل الحماية كما يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام العام السياسي، أما بالنسبة لمخالفة أحكام النظام الاجتماعي الحمائي، فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصالح المتعاقدين القوي وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي، لذلك فإن حماية المتعاقدين الضعيف تقتضي بقاء العقد لا إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقدين كما نصت على ذلك المادة 110 من القانون المدني الجزائري بخصوص عقد الإذعان، وقد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف لنظام العام بحكم القانون، كما نصت على ذلك المادة 136 من قانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل:

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 79-80.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 228-229.

¹ "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

في الأخير يمكن الإشارة إلى أن فكرة النظام العام قد انحصرت في بدايتها في نطاق ضيق كانت مقتصرة على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع، لذا لم تشهد حرية التعاقد في ظلها إلا قيودا محددة تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، ولكنها بدأت تشهد اتساعا شديدا في مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر حيث تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر حديث عرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي يضاف إلى المفهوم التقليدي وهذا ما أدى إلى زيادة القيود على الإرادة بإجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد.²

الفرع الثاني: مظهر الإرادة عند تفسير العقد

تفسير العقد يقوم به القاضي لتوضيح معنى النصوص الواردة فيه وبيان مدلولها قصد الوقوف على الإرادة الحقيقية و المشتركة للمتعاقدين وتحديد الالتزامات التي تنشأ عند العقد حتى يتمكن الأطراف من تنفيذه.

و أساس التفسير هو الإرادة الباطنة للطرفين أو الظاهرة حتى يتم إبرام العقد فيحدد مضمونه ولا يمكن التقيد بالعبارات الواردة بالعقد إلا إذا كانت تعبر عن نية المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة² فالقاضي عند تفسيره للعقد يهدف إلى الوصول إلى ما انصرف إليه إرادة المتعاقدين و مقصودهما و تتحدد بمجوع العبارات التي تشكل التعبيرين للمتعاقدين. نتطرق إلى التفسير في حالة وضوح عبارات العقد في فرع أول ثم إلى التفسير في حالة غموض عبارات العقد في فرع ثاني.

أولا- التفسير في حالة وضوح عبارات العقد

فإذا كانت عبارات العقد واضحة تعين على الطرفين تنفيذ العقد دون تغيير أو تأويل و يلزم ذلك القاضي بالأخذ بالمعنى الظاهر لهذه العبارات طبقا للفقرة الأولى من المادة 111 ق م ج و إلا اعتبر ذلك تعديا على القوة الملزمة للعقد.

ويأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة أي التطابق الكلي بين الإرادة الباطنة والتعبير عنها و عما انصرف إليه إرادة المتعاقدين

¹ القانون 90/11 المؤرخ في 11 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج ر ، العدد 03.

² محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص79

فمضى كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في الكشف عن إرادة الطرفين الباطنة يستخلص القاضي هذه الإرادة من المعنى الظاهر على أساس افتراض أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة .

أن التعبير عن الإرادة طبقا للمادة 60 ق م ج يكون باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه

فعلى قضاة الموضوع احترام إرادة الطرفين المشتركة التي يقوم عليها العقد في تكوينه و تفسيره، فلا يجوز لهم تفسير إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها¹

ثانيا- التفسير في حالة غموض عبارات العقد

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فيحتاج ذلك إلى تفسير ، فيتعين على القاضي الكشف عن إرادة المتعاقدين و من خلال المادة 111 ق م ج الفقرة " 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 و وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"

و يقصد بعدم وضوح العبارة هو قصورها في الدلالة على الإرادة الحقيقية للطرفين، أي عدم التطابق بين الإرادة الظاهرة المعبرة عنها في عبارات العقد و الإرادة الباطنة، حيث يحتمل العقد عدة تفسيرات مختلفة و يتعذر ترجيح وجه على آخر.

و يرجع غموض العبارات إلى أسباب كاستخدام المتعاقدين الألفاظ المعبرة عن إرادتهما الحقيقية باستعمال ألفاظ مشتركة لها معاني متميزة و متعارضة يصعب معرفة مقصود معناها أو استعمال تعبيرات قانونية في غير معناها القانوني الصحيح أو تأتي عبارات العقد واضحة ولكن متناقضة في جزئياتها داخل البند الواحد أو بين أكثر من بند أو الحصر أو وجود أخطاء مادية وقع فيها المتعاقدان.²

و قد يرجع غموض العبارات إلى إغفال المتعاقدين لبض المسائل التفصيلية في العقد، فإذا كانت

عبارات العقد غير واضحة للقاضي سلطة تقديرية في تفسير العلاقة و تبين النية المشتركة للمتعاقدين

أما المشرع الجزائري فأخذ بالإرادة المشتركة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها و يمكن للقاضي الكشف عنها بالرجوع إلى العقد ذاته بالنظر إليه بصفته وحدة واحدة و بترجيح المعنى الأثر انطباقا مع الغرض المقصود من التعاقد فإذا وجد صعوبة يلجأ إلى الوسائل الخارجية و المتمثلة في طبيعة التعامل

¹ طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 58-74 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بالزامية التامين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور، والمعدل والمتمم بالقانون 31-888 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج ر، العدد 15 .

² طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 58-74 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بالزامية التامين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور، والمعدل والمتمم بالقانون 31-888 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج ر، العدد 15 .

و العرف الجاري في المعاملات وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

يسعى القاضي من تفسير عبارات العقد لإظهار ما أراده في أذهان المتعاقدين من العبارات المستعملة وله السلطة التقديرية إذا كانت واضحة تقيد بها ويعطيها المعنى المتفق عليه وأما إذا كان غامضا يحتمل أكثر من معنى تعين عليه تحديد مفهومه من إرادة المتعاقدان و يعطيه المفهوم الذي يتناسب مع روح العقد و ما قصده الطرفان.

المبحث الثاني: تدخل المشرع في إرادة العقد

إذا كانت وظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيق أحكامها دون تعديل بنودها، فإنّ المشرع قد يتدخل أحيانا في بعض الحالات وذلك بإعطاء القاضي سلطة تقديرية في إحداث هذا التوازن حسب الحالة المعروضة عليه، وذلك نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم يتوقعها الأطراف والتي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي. كما يتدخل المشرع في حالات أخرى لإنهاء الرابطة التعاقدية وذلك إما بترك السلطة التقديرية للقاضي في إنهاؤها أو النص صراحة على ذلك في حالات معينة لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى تدخل المشرع لتقييد إرادة العقد في المطلب الأول ثم تدخله لتعديل العقد عند التنفيذ في المطلب الثاني ثم تدخله لإنهاء العقد في المطلب الثالث.¹

المطلب الأول: تدخل المشرع لتقييد إرادة تنفيذ العقد

رغم أن إرادة تنفيذ العقد حرة، إلا أن المشرع قد يقيدها

سنتطرق في هذا المطلب إلى تدخل المشرع لتقييد حرية إبرام العقد في الفرع الأول ثم تدخله في تحديد مضمون العقد في الفرع الثاني ثم تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير في الفرع الثالث

الفرع الأول: تقييد المشرع لحرية إبرام العقد:

أولا: المضمون الحقيقي لمفهوم حرية التعاقد:

باعتبار حرية التعاقد نتيجة مترتبة على مبدأ سلطان الإرادة فهي إذن بهذا المعنى تتضمن حرية الشخص في إبرام العقد أو عدم إبرامه وكذا حريته في اختيار الشخص المتعاقد معه.

لهذا قد يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على الدخول في علاقات تعاقدية ولو لم يريدوا ذلك، كما هو الحال في عقود التأمين، حيث تعرض قانون التأمينات الجزائري إلى التأمينات الإلزامية، وذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري، كما ألزم كل مالك مركبة أو مستفيد بالاككتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها مركبته للغير.

¹ عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 110 .

أما في مجال الحماية الاجتماعية فقد تبنى المشرع نظاما قانونيا¹ موحدا يغطي أغلب الأخطار المرتبطة بحياة الأجراء وغير الأجراء ، وتميز هذا القانون بأنه نظام إجباري ألزم المشرع من خلاله كافة الهيئات دون استثناء بالقيود الإجباري للأشخاص الموضوعين تحت أجراء كانوا أو غير أجراء مهما كانت جنسيتهم إذا كانوا يمارسون مهامهم داخل رقابتهم التراب الوطني ، ومن صور الإيجار على التعاقد أيضا إلزام المشرع في بعض الأحوال الأشخاص أو الهيئات التي تقدم خدمات للجمهور أو تباع السلع الضرورية بأن تتعاقد يطلب هذه الخدمة أو تلك السلعة إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة المقدمة متوفرة² وكجزء عن رفض البيع والامتناع عن التعاقد في هذه الحالة نجد أن المشرع قد رتب لرفض التعاقد بدون مبرر شرعي عقوبة ردعية متمثلة في غرامة تساوي على الأقل مرة ونصف الربح المحقق الناتج عن استعمال الوضعية المهيمنة على السوق دون أن تتجاوز ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع ، وفي حالة غياب تقويم هذا الربح تساوي هذه الغرامة 7% على الأكثر من رقم الأعمال لآخر سنة مالية مختتمة أو للسنة المالية الجارية للأعوان الاقتصاديين الذين لم يكملوا سنة من النشاط، هذا وقد يحيل مجلس المنافسة الدعوى إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعة القضائية إذا كان تنظيم وتنفيذ عملية رفض التعاقد يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولي شخصية، وللقاضي في هذه الحالة زيادة على العقوبات السالف ذكرها أن يحكم بالحبس من شهر إلى سنة ضد الأشخاص الطبيعيين الذين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها.³

إذا كان القانون يجبر المتعاقد أحيانا على التعاقد فإنه في حالات أخرى يمنعه من ذلك وهذا إما نظرا لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذات أهمية وبالتالي لا يسمح بالتعاقد في هذه الحالات، لذا يمنع القانون الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع واقتناء العتاد الحربي، وهذا طبقا للمادة الأولى من المرسوم المتعلق بقمع الجرائم المتمثلة في الأسلحة والذخائر والمتفجرات⁴ حيث تنص على أنه: "يحظر في اكتساب وحياسة وصنع مجموع التراب الوطني بيع واقتناء وحياسة وصنع العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة والمتفجرات"، كما حظر على الأفراد إبرام بعض العقود، كحظر البيع المشروط أو الخدمة المشروطة⁵ وكذا البيع بالمكافئة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على مال

¹ القانون رقم 83/11 المؤرخ في 02/07/1983 والمتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر، العدد 28 .

² المادة 15 الفقرة الأولى والثانية من قانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41.

³ المادة 15 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة ، ج.ر، العدد 09 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج ر، العدد 43.

⁴ المرسوم رقم 63-85 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحياسة وصنع الأسلحة و الذخائر والمتفجرات، ج ر، العدد 14.

⁵ المادة 60 من الأمر 95/06 المتعلق بالمنافسة.

أخدمة، وأدرج قانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أيضا عقود أداءات الخدمة أي العقود التي محلها التزام بعمل، سواء تمت الخدمة بمفردها كعقد العمل أو كانت مصحوبة ببيع، كالخياط الذي يبيع القماش مع تفصيله بدلة،¹ زيادة على هذا المنع الذي يشمل كل الأفراد، قد يمنع المشرع فئات معينة فقط من إبرام بعض العقود، كما هو الحال بالنسبة للقضاة والمحامين، حيث يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.²

إضافة إلى إجبار الأفراد على إبرام العقود أو منعهم منها، فإن القانون قد يفرض عليهم التعاقد أشخاص معينين دون أن تكون لهم حرية اختيار الطرف الآخر مع فالشخص يجبر على التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة مثلا ويلتزم بالبيع لمن أعطاهم المشرع هذا الحق دون غيرهم، والحال كذلك بالنسبة للمؤجر فإنه يلتزم بالتعاقد مع من يعطيهم القانون حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن أو المهن المنتفع بها عن طريق الإيجار".

ثانيا - تدخل المشرع في تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

في الأصل العام أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، أي أنهم أحرار في تحديد حقوقهم و التزاماتهم الناشئة عن العقد، فقد يكون العقد الذي تم إبرامه ناقصا لإغفال الأطراف لبعض عناصره الأساسية في عقودهم و طبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة سلطان الإرادة

فيلجأ القضاء في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها ، فيلزم المتعاقد بتنفيذه العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

وهذا ما قرره المادة 107 فقرة 1،2 من القانون المدني الجزائري ، حيث تنص " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل تناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

الفرع الثاني: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد

خلافا للدور السلبي الذي يؤديه النظام العام السياسي والأخلاقي فقد تميز النظام العام الاقتصادي والاجتماعي بطابع إيجابي حيث إنه يؤدي إلى تحديد مضمون العقد وآثاره وامتد ليشمل فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد باعتبارها تشكل هدفا رئيسيا له.

استنادا إلى ذلك تدخل المشرع الجزائري لتحديد مضمون العقد، وذلك عن طريق تنظيم بعض العقود

¹ سيد محمد ، عمران حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، بدون طبعة، الدار الجامعية للطبع والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص 42

² المادة 02-04 والمادة 03-04 من ق.م.ج .

بنصوص أمرة، وكذا توسيع مضمونها.¹

أولا : تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص أمرة :

لقد تولى المشرع الجزائري تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة بنوع من التفاصيل والدقة، حتى يجنب المتعاقد الضعيف كل تعسف من قبل الطرف القوي، فإضافة إلى إبطال بعض الشروط قام بفرض شروط أخرى في العقد، فأصبح العقد الذي كان يجسد إرادة طرفيه تتدخل فيه إرادة المشرع حيث تحل النصوص القانونية- ولو جزئيا- محل إرادة الطرفين في تحديد بنوده،² ومن بين العقود التي نظمها المشرع بنصوص أمرة عقد الإيجار وعقد التأمين وعقد العمل وعقود الاستهلاك بصفة عامة... الخ، حيث أبطل الشروط المخالفة لهذا التنظيم ولو كانت ناتجة عن اتفاق بين إرادة الطرفين، الأمر الذي جعلها تقترب مما أسماه البعض بالتصرف الشرطي.³

ففيما يتعلق بعقد الإيجار فقد ألزم المشرع الأطراف على تجسيد العلاقة الإيجارية مع معاقبة المؤجر في حالة عدم كتابة العقد، ومنح محتل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل الإيجار.

أما فيما يتعلق بعقد التأمين فقد نظم المشرع بنصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا فيه إذ لا يناقش شروطه بل يكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل الشروط المقترحة،⁴ فاشترط أن يكون عقد التأمين وفق نموذج معين طبقا لأحكام المادة 07 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، وأبطل كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد،⁵ كما أبطل بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين طبقا لنص المادة 622 من ق.م.ج والمتمثلة في:

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن لدى السلطات، أو في تقديم المستندات، إلا إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 81.

² علي فيلاي المرجع السابق، ص 41.

³ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص 105.

⁴ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 128.

⁵ تنص المادة 622 ق.م.ج على أنه " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد "

3- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

4- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

أما في مجال علاقات العمل فإن تدخل المشرع يبدو واضحا من خلال تنظيمه لعقد العمل تنظيما مفصلا ودقيقا طبقا لقانون 90/11 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم وذلك بتحديد مواقيت العمل الليلي والساعات الإضافية والحق في الراحة الأسبوعية والعطل السنوية والأجر... الخ،¹ كما تدخل أيضا بصفة دورية في تعديل بنوده طبقا لتغير الظروف كما هو الشأن في إنقاص مدة العمل من 44 ساعة إلى 40 ساعة طبقا للمادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ المتعلق بالمدة القانونية للعمل.²

إن هذا التقييد للإرادة في عقد العمل بتحديد كل من الحقوق والالتزامات الأساسية للعمال وأصحاب العمل على حد السواء يهدف المشرع من خلاله إلى حماية العامل ضد تعسف رب العمل، الأمر الذي لم يترك أي مجال للاجتهاد أو التأويل إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعمال³ حيث اعتبر أن كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام هذا القانون تعد باطلة وعديمة الأثر كما تعتبر باطلة كل البنود المخالفة له و تحل محلها أحكام هذا القانون.

أما فيما يتعلق بالعقود التي تبرم في مجال الاستهلاك فقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيمها بنصوص عديدة ذات طابع إلزامي منها القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وتعرض بالمناسبة إلى ما أسماه " بالممارسات التعاقدية التعسفية " وذلك من خلال المادتين 29 و 30 ، حيث نص في المادة 30 في هذا القانون على أنه: "يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه ، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر عن طريق التنظيم تعسفية " ، كما حدد في العقود التي تبرم بين البائع والمستهلك، أنواعا من الشروط واعتبرها تعسفية طبقا لنص المادة 29 والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه : "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير .

وتوجد كذلك قيود ترد على حرية التعاقد وعدم التعاقد وهذا ما يتجلى في تدخل الدولة المتزايد بقواعد قانونية يهدف حماية طائفة من الأفراد كالإجبار على التعاقد التي تقضي بأن الشخص مجبرا على التعاقد بحكم القانون إما حماية للمصلحة الخاصة أو تحقيقا للمصلحة العامة في المجتمع فالملكية حق مطلق ينفرد المالك لوحده بمزايا الشيء دون أن يشاركه في ذلك غيره من الأشخاص وتترك له

¹ أنظر المواد 27 و 28 و 33 من القانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل.

² الأمر 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997، المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج.ر، العدد 03.

³ أحمية سليمان، المرجع السابق، ص 141.

حرية في استعماله دون أن يكون مسئولاً عما ينجر عنه من أضرار، إلا أنها قد يرد عليها القانون حقوق كمصلحة الغير من بينها:

- حق المجري، بحيث تمر المياه إلى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر مقابل تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجري نصت عليه المادة 94 من قانون المياه¹

- حق المرور، بحيث يقرر القانون لمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام حق المرور في الأرض المجاورة له في سبيل الوصول إلى الطريق العام وذلك تفادياً لتعطيل الأرض المحبوسة عن الاستغلال أو الانتفاع بها وهذا يسمح للغير بالمرور في أرضه رعاية لمصلحة هذا الأخير مقابل تعويض لصاحب الأرض وهذا ما نصت عليه المادة 693 ق م ج

- الشفعة فهنا يفرض القانون على الأفراد التعاقد مع شخص معين دون أن تكون له حرية اختيار الطرف الآخر، فهي تعد قيداً على حرية التصرف لأنها تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية المبيع ولو جبراً عنه²، نصت عليه المادة 795 ق م ج

- نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، قد رخص المشرع الجزائري للإدارة سلطات استثنائية فمكّنها من الحصول وامتلاك على العقار دون موافقة ورضا صاحبه، فنزع الملكية للمنفعة العامة يعد قيد قانوني بموجبه³ تجبر الإدارة الفرد التنازل عن ملكيته الخاصة مقابل تعويض مسبق و عادل لغرض إنجاز أعمال ذات منفعة عمومية كبناء المدن و شق الطرقات و المطارات وهذا ما نصت عليه المادة 1/677 ق م ج

ثانياً : تدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد :

قد يلجأ المشرع في حالات معينة إلى توسيع مضمون العقد وذلك بفرض التزامات على الأطراف دون إرادتهم بل وحتى دون علمهم بها ومن أمثلتها :

1 - الالتزام بالضمان :

والذي يعرف على أنه : " التزام ذو مصدر قانوني أو تعاقدى يكون في بعض عقود المعاوضات التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضوع العقد ويدرج ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد كما يمكن في نفس الوقت من تعويض الضرر الحاصل في حالة عدم بلوغ النتيجة. بالرجوع إلى ق.م. ج لا نجد فيه مبادئ عامة تلزم بالضمان، إلا أنّ هناك نصوصاً بهذا الشأن تخص كل عقد على حدة كما هو الحال في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة.

¹ مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص 132.

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 86.

³ خواجدية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 133.

ففيما يتعلق بعقد البيع تطرق المشرع لمسألة الضمان من خلال قواعد ق.م.ج وكذا النصوص المتعلقة بمادة حماية المستهلك إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 339 من ق.م.ج على أنه : " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

من خلال هذه المادة يتضح أن الالتزام المفروض على البائع لا يقتصر فقط على أن تبقى حيازة المستهلك حيازة هادئة ومستقرة عن طريق ضمانه لتعرضه الشخصي وتعرض الغير للمبيع، وإنما عليه أن يضمن انتفاع المستهلك بالمبيع انتفاعا كاملا، فإذا وجد عيبا ينقص من قيمة ومنفعة المبيع التزم بضمانه عن طريق التعويض، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة هذا الالتزام.

كما عالج المشرع الجزائري شروط و كفاءات ضمان البضاعة المعروضة للاستهلاك، وجعل ضمان البائع للمشتري ضمانا قانونيا من النظام العام، طبقا للمادة 07/02 من القانون 90-02 المتعلق بحماية المستهلك، وكذا المادة العاشرة من المرسوم التنفيذي رقم 90/266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.¹

أما فيما يخص عقد الإيجار وطبقا للفقرة الثانية من المادة 383 من ق.م.ج، فقد رتب المشرع على عاتق المؤجر الالتزام بالضمان على الأعمال التي تصدر منه ومن مأموريه، وكذا ضمان كل إضرار أو تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر، وأبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد منه²، وكذا الشأن بخصوص الالتزام بالضمان بالنسبة للمقاول والمهندس المعماري.³

2 - الالتزام العام بالإعلام:

إن الالتزام العام بالإعلام هو واجب فرضه القانون لاسيما على بعض البائعين والمؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي يواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية وإعلانية ، ولقد حاز هذا الالتزام على نسبة كبيرة من الشمولية في المعاملات الضرورية حول السعر والحدود الاتفاقية للمسؤولية، وكل المعلومات الضرورية حول المبيع وصفات الإنتاج،⁴ وللالتزام العام بالإعلام أهمية قصوى في مجال حماية المستهلك خاصة في ظل التطور العلمي والصناعي الذي جعل التعاملات تتم دون توازن بين المستهلك والمنتج من حيث علم هذا الأخير بأسرار منتجاته.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في الفقرة الأولى من المادة 352 من ق.م.ج، حيث ركز على

¹ المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج. ر، العدد 40.

² المادة 490 من ق.م.ج.

³ المادة 556 من ق.م.ج.

⁴ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 2006، ص 81.

ضرورة إعلام المشتري ، هذا الإعلام الذي يسهر على تحقيقه بالدرجة الأولى البائع في القانون المدني، ثم جاء بعد ذلك قانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك ليؤكد ويرسخ هذا المبدأ في المادة الرابعة، وذلك بإجبار المهني على تقديم كل العناصر التي تميز المنتج أو الخدمة.¹

3 - الالتزام العام بالسلامة:

لقد فرض المشرع الجزائري الالتزام العام بالسلامة في بعض العقود رغم أن موضوعها لا يتطرق إلى مثل هذا الالتزام، كما هو الحال في عقد نقل الأشخاص حيث يلتزم الناقل إلى جانب الالتزام بتوصيل المسافر إلى الوجهة المحددة في الميعاد المحدد بضمان سلامته أثناء السفر، فإذا ما لحقه ضرر التزم الناقل بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، وفي هذا الشأن قرر المجلس الأعلى في قراره رقم 29-274 بتاريخ 30/03/1983 بأنه: "على الناقل أن يضمن سلامة المسافر، ولا يجوز إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر سببه قوة قاهرة أو خطأ المسافر وأنه لم يكن يتوقعه ولم يكن في استطاعته تفاديه"² وأكد قانون 90-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك على هذا الالتزام وجعله يمتد إلى جميع المنتوجات والخدمات، وعاقب على مخالفته بالعقوبات المنصوص عليها في المواد 429 و 430 و 431 من قانون العقوبات.³

إضافة إلى تحديد المشرع لمضمون العقد، فإنه سمح أيضا للقاضي بالتدخل في العقد لتكملة إرادة طرفيه إذ أجاز له أن يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية- التي يرجئها المتعاقدان ليتفقا عليها فيما بعد وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، ليصدر حكمه فيما لم يتفق عليه الطرفان فمهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو لا يقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدان بل يتجاوز إلى تدبير ما اختلفا فيه مساهما بذلك في العقد.⁴

كما قد يتدخل القاضي ويحل حكمه محل إرادة طرفي العقد أو أحدهما مثلما هو الحال في الوعد بالتعاقد إذا ما نكل أحد المتعاقدين بعد الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبرام عقد في المستقبل، إذ يجوز للطرف المتضرر أن يرفع دعوى إلى القضاء ويحل حكم القاضي محل العقد.

وفي الأخير يمكن الإشارة إلى أن المشرع قد يتدخل لتحديد مضمون بعض العقود وذلك بتعديل أحد شروطها أو إبطاله، أو تضمينها شروطا لم يقررها الأطراف، وذلك تبعا للمصلحة التي يسعى إلى المحافظة عليها وهي عادة مصلحة الطرف الضعيف في العقد، كما قد يترك للقاضي السلطة التقديرية في بعض الحالات، يكون له بموجبه أن يتدخل ليرى رأيه فيها.

¹ مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2005-2006، ص 26.

² نشرة القضاة ، وزارة العدل ، العدد 02 ، لسنة 1983، ص 64.

³ قانون 90-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 218 .

الفرع الثالث: تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير

القاعدة العامة أن العقد لا ينصرف أثره إلا إلى العاقدين وخلفهما العام والخاص، أما بالنسبة للغير الذي لم يكن طرفا في العقد ولم تربطه أية صلة بطرفيه، فلا ينصرف إليه هذا الأثر سواء كان حقا أو التزاما إلا أن المشرع ولاعتبارات العدالة واستقرار المعاملات قد خرج عن هذه القاعدة العامة وذلك بالنص على عدة استثناءات قانونية.

وأبرز مثال على انصراف أثر العقد إلى الغير حالة الدعوى المباشرة،¹ ونظرا لأن هذه الدعوى تتضمن خروجاً على مبدأ نسبية العقد واستثناءً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في التنفيذ على أموال المدين، فإنها تعد بمثابة امتياز ولا يستطيع الدائن استعمالها إلا في حالات معينة نص عليها القانون. وللدعوى المباشرة تطبيقات عملية في القانون المدني الجزائري أهمها:

دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن أو المستأجر الفرعي، إذ يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته التزامات ناشئة من عقد الإيجار للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر (م 507 ق.م.ج).

- دعوى العمال والمقاولين من الباطن ضد رب العمل يستطيعون بموجبها أن يطالبوا بما في ذمة رب العمل للمقاول (م 565 ق.م.ج).

- دعوى المتضرر ضد شركة التأمين مباشرة للمطالبة بما في ذمتها للمسئول المدني أي المؤمن له (م 619 ق.م.ج).

دعوى كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر، إذ يجوز لكل منهما أن يرجع مباشرة على الآخر (م 580 ق.م.ج)، وكذلك بالنسبة لنائب الفضولي (م 154/1 و 2 و 3 ق.م.ج).

هذا وهناك أمثلة أخرى على الدعوى المباشرة وردت في بعض القوانين الخاصة، الأمر الذي جعل البعض يقول أن ثمة اتجاه إلى مد آثار العقد إلى ما يجاوز عاقيه،² ففيما يتعلق بعقود الاستهلاك مثلاً - وتجنباً للصعوبات التي قد تحول دون حصول المستهلك على حقوقه - فقد لجأ المشرع إلى الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقود عن طريق فتح المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك،³ إضافة إلى ذلك فإن جمعيات المستهلكين المنشأة قانوناً لها الحق في رفع الدعاوى أمام أي محكمة مختصة للمطالبة بالتعويض مباشرة باسم مجموعة من المستهلكين تضررت

¹ المادة 184 من ق.م.ج .

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 236.

³ المادة 12 الفقرة الأولى من قانون 89 - 02 والتي: تنص على: "... إن إلزام المطابقة كما نصت عليه المادة 03 من هذا القانون، ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك، حق للمستهلك..."

بنفس السلعة،¹ ولا شك أن تقرير الصفة الجماعية لدعاوى المستهلكين على نحو ما رأيناه يتعارض بشكل صارخ مع مقتضيات مبدأ الأثر النسبي للعقود، ولكن التأسيس السليم لهذا التطور الذي نظرية العقد لا يحتمل الجدل، حيث أن حماية المستهلكين إنما هي مسؤولية جماعية وحق جماعي وبالتالي فإن كل خطوة تتخذ في هذا السبيل إنما ينبغي دعمها جماعيا لأنها تخص كل مصالح المستهلكين".²

إضافة إلى هذه الحالات، هناك أيضا التزامات أخرى يرتبها العقد في ذمة الغير في بعض الأحيان، كحالة العقود التي تبرمها الأغلبية والتي تلزم الأقلية، كما الشأن هو حالة تصالح جماعة الدائنين مع التاجر المفلس، إذ تلتزم الأقلية بما يستقر عليه رأي الأغلبية، وبذلك يرتب الاتفاق بين الأغلبية وبين المفلس أثره بالنسبة للأقلية التي لم تكن طرفا في هذا الاتفاق.³ والحال نفسه بالنسبة للعقود التي يبرمها أغلبية الشركاء في الشيوخ.⁴

المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد عند التنفيذ

إن الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد فلا يمكن له أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله لما في ذلك من مساس بمبدأ القوة الملزمة له، إلا أنه استثناء هذا المبدأ، من رخص المشرع الجزائري للقاضي تعديل العقد نتيجة لوجود ظروف قد تؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين أو ضرر فاحش، وكذا من أجل ضمان مرونة العلاقة التعاقدية وبقائها.

فما هي إذن الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد؟ وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول، وما هو مبرر هذا التعديل؟ وهو ما نعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حالات تدخل القاضي لتعديل العقد.

يمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد في ظروف خاصة، كإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ لاحق على تكوين العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة، كما يتدخل لتعديل الشرط الجزائي وتعديل عقد الإذعان، وكذا تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال.

أولا: تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة:

تفترض نظرية الظروف الطارئة وجود حادث غير متوقع أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة ويصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة إليه من جهة، ويتعارض

¹ المادة 12 الفقرة الثانية من قانون 89 - 02

² جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، لسنة 1989، العدد 02، ص 114.

³ المادة 318 من ق.ت.ج.

⁴ المواد 716 - 717 . من ق.م.ج .

مع العدالة ونية المتعاقدين من جهة أخرى، إذ لو توقعوا تلك التغيرات ما أبرموا العقد.¹

لقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية في الفقرة الثالثة المادة 107 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

كما نجد تطبيقات لهذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 561/3 القانون المدني الجزائري، وعقد الإيجار طبقا لأحكام المادة 510 من ق.م.ج.

وقد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظرف الطارئ

لإعادة التوازن الاقتصادي في العقد وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولكن حتى يتمكن القاضي من تطبيق هذه النظرية طبقا لأحكام المادة 107/03 من ق.م.ج وجب توفر مجموعة من الشروط

أ - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

- 1 - أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ
- 2 - أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ
- 3 - أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا:

ب - سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة:

متى توافرت شروط الظرف الطارئ جاز للقاضي طبقا لنص المادة 107/3 من ق.م.ج أن يتدخل لتعديل العقد في حدود مهمته وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل ما دام أنه يسعى إلى إعادة التوازن في العقد وتوزيع تبعه الحادث الطارئ على الطرفين.²

فقد يرى القاضي ضرورة إنقاص التزام المدين، وفي هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بالالتزام الذي حدده القاضي فقط، ويعتبر إنقاص التزام الوسيلة العادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون إما بإعفاء المدين من تنفيذ قسط معين مما التزم به، أو تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري، وقد يتمثل الإنقاص كذلك في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتى تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة. الشيء كما قد يلجأ القاضي إلى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق بتوزيع الزيادة على كل من

¹ عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقات النظرية في تفهيمات البلاد العربية، بدون طبعة، دار الفكر، 1971، ص 162.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258.

الدائن والمدين تماشيا مع العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، مع أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 107/03 من ق.م.ج لم يأخذ بوسيلة زيادة الالتزام المقابل بل اكتفى بعبارة الإنقاص والتي تعبر عن الإرادة الحقيقية للمشرع،¹ ولم يأخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل إلا كحل استثنائي كما هو الحال في نص المادة 561 من ق.م.ج، لأن وسيلة الزيادة في الالتزام وإن كانت توجد في العقود الملزمة للجانبين، فإنه يصعب التسليم بها في العقود الملزمة لجانب واحد لأنه ليس ثمة التزام مقابل وفي الأخير يمكن للقاضي اللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الطرف الطارئ مؤقت ويمكن زواله وأن اللجوء إلى وسائل أخرى من زيادة أو إنقاص من شأنه أن يؤدي إلى إخلال في توازن العقد ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع أسعار مواد وأدوات البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع سيزول بعد طرح كميات من المواد في السوق، كما نصت على ذلك المادة 281/2 من ق.م.ج بأنه: "... و يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها....".

إن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة سواء كانت بإنقاص الالتزامات أو الزيادة فيها أو وقف تنفيذ العقد ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي مثلا ملزم باللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد، بدلا من الزيادة في الالتزامات المتقابلة أو الإنقاص إذا تبين له من الظروف أن الحادث الاستثنائي مؤقت وقريب الزوال، كما يتقيد أيضا بضرورة الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، إذ يجب عليه أثناء قيامه بتوزيع عبئ الطرف الطارئ بين المتعاقدين توقي الدقة بهدف تحقيق العدالة العقدية،² وهذا ما تضمنته المادة 107/03 من ق.م.ج حيث نصت على: "... جاز للقاضي... وبعد مراعاة مصلحة الطرفين..."، فعلى القاضي إذن الابتعاد أثناء تطبيق نظرية الظروف الطارئة عن كل ظلم يسببه لأحد المتعاقدين، لأن وظيفته طبقا لهذه النظرية تقتصر على تحقيق التوازن العادل لطرفي العقد.

ثانيا: تعديل القاضي للشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، ويحصل مقدما قبل وقع الضرر،³ ويشترط للاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية و إعدار المدين.

وجب بعد فحص القاضي كل شرط على حدة، والتأكد من مدى توافر الشروط السابقة عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض إذا كان مفرطا (مبالغا فيه) طبقا للمادة 184/02 من ق.م.ج، أو الزيادة فيه إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما طبقا لأحكام المادة 185 من ق.م.ج، وهذا ما نبينه في النقاط التالية:

¹ جميلة بولحية، نظرية ظروف الطارئة ، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص132.

² علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، بدون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر، 1994 ، ص179

³ عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 179

أ - تخفيض الشرط الجزائي:

لكي يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغاً فيه، وقد نصت المادة 184/02 من ق.م.ج على أنه: "...و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."، ولم تحدد هذه المادة صراحة كيفية تقدير الإفراط، فيتم مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن.

فالمشرع عندما خوّّل للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد طريقة أو عناصر يستند إليها، قد ترك له بذلك الحرية الكاملة في ممارسة سلطته التقديرية في التدخل، ولكن لا يجوز له أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه إلا إذا طلبه المدين، وأثبت هذا الأخير أن مبلغ التعويض مفرطاً بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ، كما يلجأ القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، والذي مفاده قيام المدين فعلاً بتنفيذ التزامه، ولكنه توقف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه، ألحق ضرراً بالدائن، لأنه ليس من العدل أن يلتزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كلياً لأن هذا يلحق ضرراً به ويجعل التعويض المتفق عليه مفرطاً.

ب - زيادة الشرط الجزائي:

تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً". منع المشرع القاضي من التدخل لأجل الزيادة في الشرط الجزائي بصفة مبدئية، إلا أنه واستثناء على ذلك، فقد خول له رخصة الزيادة في حالة ما إذا لحق الدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، وكان هذا الضرر ناتجاً خطأً للمدين أو عن غشه، وهذا حتى يتساوى مقدار التعويض مع الضرر الواقع، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن مدى حسن النية أو سوءها -مع أن سوء النية يقع عبء إثباتها على الدائن لأنه ملزم بإثبات أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه ويحكم للدائن بتعويض إضافي عن الضرر الذي لم يتوقعه الطرفان والذي أساسه الغش والخطأ الجسيم، وكذا بالتعويض عن الضرر المتوقع والذي مصدره الشرط الجزائي.

يتضح مما تقدم أنه إذا كانت للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض الاتفاق فإنه لا يجوز له أن يزيد في هذا المبلغ المحدد بالشرط أو أن يخفض منه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من عدم تنفيذ الالتزام¹، لأن المشرع الجزائري قد ربط بين الشرط الجزائي والضرر²، وأجاز للمدين نفي وقوع الضرر

¹ علي علي سليمان المرجع السابق، ص 184.

² من لأن الضرر شرط الاستحقاق التعويض في الشرط الجزائي، باعتبار أنه تعويض اتفاقي في المسؤولية العقدية، وباعتباره ركناً في المسؤولية، كما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا بد أن يترتب عليه ضرر للدائن ولو كان معنوياً، لأن الدائن لم يترتب هذا الالتزام في ذمة المدين عبثاً ودون أن تكون له مصلحة في تنفيذه، لدى فالشرط الجزائي لا يستحق إذا لم يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أي ضرر للدائن.

ليتخلص من الشرط الجزائي كلية¹، كما أجاز تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر²، والهدف في الحالتين هو حماية المدين، لذلك جعل هذين الحكمين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ثالثا: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان:

الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، وهذا هو الشأن في جميع العقود، إلا أنه بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد المتعاقدين يستغل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور هذا الأخير إما على قبول الصفقة كلها وإما رفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، كما قد يضطر المتعاقد الضعيف إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى له عنه، وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان.³

فيعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مفرزة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها،⁴ ولما كان أحد طرفي عقد الإذعان يستغل بوضع شروط العقد، فإن هذا النوع العقود غالبا ما يخضع لتنظيم ورقابة سابقة من جانب المشرع لحماية الطرف الضعيف، ومن أهم مظاهر هذه الحماية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يشتمل عليها هذا العقد.

لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان طبقا لنص المادة 110 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا به العدالة..."، فقد أعطى للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا لما تقتضي تبين له أنه يشتمل على شرط تعسفي وذلك بإزالة هذا الشرط، بل وله أيضا أن يعفي هذا النص أداة فعالة الطرف المذعن منه في حدود ما تقتضيه العدالة، وبذلك يصبح خلالها أن يستطيع القاضي من يحيي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف، مدى ما في الشرط من جور وشدة، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، لأن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام.

¹ المادة 184 الفقرة الأولى من ق.م.ج.

² المادة 184 الفقرة الثانية من ق.م.ج.

³ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، بدون الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص

26 .

⁴ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 120.

رابعاً: تعديل القاضي للعقد في حالة الغبن والاستغلال:

الغبن هو عدم التعادل المادي بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، أما الاستغلال فإنه لا يكفي فيه أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد المغبون،¹ وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن بنصوص متفرقة.²

إن التزامات المتعاقدين وإن لم تكن متساوية تماماً في كل الأحوال، إلا أنه لا بد أن يكون هناك تناسب بينها، فإذا ما اختل هذا التناسب بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة وكان هذا الاختلال ناتجاً عن استغلال أحد المتعاقدين للطرف الآخر لما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد بإبطاله أو إنقاص التزاماته.³

فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال، له أن يقضي بالبطلان دون الزيادة في الالتزامات، لأن مبادئ التقاضي تقيد به بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، ولكن يجوز له أن يقضي بأقل منها، ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، لذا فالاختيار في هذه الحالة بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزام أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي حسب ما تقتضيه ظروف وملابسات القضية، فقد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وبقاء العقد إذا كان ذلك كافياً لرفع الغبن.

كما أنه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م.ج. يجوز للطرف الآخر أن يتوقى دعوى الإبطال وذلك بالزيادة في مقدار التزامات الطرف المستغل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، وتعد هذه الزيادة في هذه الحالة أمر إرادياً يتم برضا المتعاقد وإرادته، ويلزم القاضي بهذا الطلب إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن، إلا أنه يتمتع فيما يخص تقديرها بسلطة واسعة معتمداً في ذلك على العدالة العقدية فقط.

وعليه فسواء قام القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو قام بزيادة التزامات الطرف المستغل، فإن الهدف من ذلك هو رفع التفاوت الفاحش بين الالتزامات وتحقيق المساواة بين الأطراف.

منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية يمكن له بمقتضاها التدخل لتعديل العقد حسب الحالات المعروضة عليه، كما أن هناك حالات أخرى يمكن للقاضي أن يتدخل من خلالها لتعديل العقد، نذكر منها على سبيل المثال تعديل عقد الوكالة إذا كانت بأجر، فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز

¹ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ط3، دار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون السنة للنشر، ص164.

² المادة 91 من القانون المدني الجزائري.

³ المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

الوكيل مهمته، وظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطأ في تقدير هذا المقدار، فإن القانون في هذه الحالة أجاز للقاضي أن يتدخل ليصحح هذا الخطأ حسب سلطته التقديرية إذ يمكن له أن يزيد في هذا الأجر أو يخفض منه إذا كان مبالغاً فيه،¹ وال حال كذلك بالنسبة لأجل الدين، فإنه يمكن للقاضي أن يعين ميعاداً مناسباً لحلول الأجل المتفق عليه.²

في الأخير يتبين لنا مما سبق أنه إذا كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج بنود العقد التي يرونها مناسبة وموافقة لمصالحهم، إلا أن وجود اختلال في توازن العقد بعد إبرامه يؤدي إلى تدخل القاضي لتعديله حسب كل حالة إذا توفرت شروطها وهذا قصد إعادة التوازن بين الالتزامات وتكريس العدالة العقدية.

الفرع الثاني: مبرر تدخل القاضي لتعديل العقد.

إذا كان العقد قانون الأطراف، فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في تحديد شروطه ما دامت هذه الشروط واضحة ومحددة، إلا أن المشرع قد يرخّص له - كلما توفرت الشروط القانونية - بالتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والقضاء على التجاوزات المرتكبة من أحد طرفيه.

فالقاضي إذن عليه أن يجتهد في حدود سلطاته دون خروجه عن أحكام القانون، في أن يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية،³ والتي مفادها الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالقضاء وفق قواعد العدالة والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقاً لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي.⁴

وللعدالة تأثير في تدخل القاضي لتعديل العقد، إذ أن توازن المصالح وتعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئها للإبقاء على كفتي الميزان في حالة من التعادل والمساواة، وحتى مع غموضها وإبهامها إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي،⁵ لاسيما وأن العدالة تجد مصدرها في أحكام الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

إن العقد في وظيفته الأساسية هو أداة تبادل الأموال والخدمات، وهو كالاتزامات عموماً خاضع لمبدأ

¹ المادة 581 الفقرة الثالثة من ق.م.ج.

² المواد 210، 119/02، 281/02 من ق.م.ج.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص 258.

⁴ رمزي حوحو، مختصرات في مقياس القانون المدني، ألفت على الطلبة السنة جذع مشترك قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017، ص 36.

⁵ فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 88.

العدالة التبادلية،¹ وليس من العدل إبطاله أو فسخه نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية بل لأبد من الحفاظ عليه وتوزيع عبئ الظرف العقد الطارئ على كلا المتعاقدين وذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازنات المختلفة بتعديل بعض شروطه أو حتى إلغائها ، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقضي به العدالة،² كما يمكن التأكيد على أن تدخل القاضي وجد لمنع وقوع الضرر بأحد المتعاقدين والعمل على تحقيق العدل فيما بينهما، لأن عدم المساواة في الالتزامات المتقابلة يقتضي ضرورة البحث عن التعادل الاقتصادي إذا كانت إمكانية إعادة التوازن ممكنة بما تقتضيه مبادئ العدالة وروح الإنصاف واستقرار العلاقات العقدية، فالعدالة – لما تمتاز به من مرونة في إعادة التناسب في الالتزامات - تصلح إذن كمبرر لتدخل القاضي لتعديل العقد ورفع الظلم عن الطرف المتضرر".³

وعليه فالقاضي يمكن له تعديل العقد وفق الشروط القانونية لكل حالة، وفي حالة عدم تحقق تلك الشروط لا يجوز له التدخل وإلا اعتبر متجاوزا في استعمال سلطته، ويكون مبرر القاضي في التدخل غالبا العدالة العقدية بما تفرضه من إعادة التوازن في الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، وكذا ضمان استقرار المعاملات وتحقيق مصالح الأطراف.

المطلب الثالث: تدخل المشرع لإنهاء العقد

يتدخل المشرع أحيانا لإنهاء العقد وذلك بإعطاء القاضي السلطة التقديرية في فسخه، كما قد ينص على حالات معينة لإنهائه لذا سنبين في هذا المطلب حالة الفسخ القضائي في فرع أول، ثم نتطرق لبعض حالات الإنهاء التشريعي للعقد في فرع ثان.

الفرع الأول: الفسخ القضائي للعقد

إذا اختار الدائن المطالبة بالفسخ فإن هذا لا يقع بمجرد إخلال الطرف الآخر بالتزامه وإنما لا بد له من حكم قضائي، ويعتبر حكم القاضي في هذه الحالة حكما منشئا وذلك بخلاف حالة الحكم بالانفساخ الذي يقع تطبيقا لنص القانون حيث يقتصر دور القاضي فيه على تقرير إعلان فسخ العقد.⁴

وعليه إذا حدث وأن لم يتم أحد طرفي العقد بما التزم به فإن القانون يجبر المتعاقد الآخر ، بعد أن يعذر المدين، لكن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه إذا ما كان ملزما للجانبين، وهنا يظهر دور القاضي في هذا الإجراء الذي يطالب به الدائن كما توضح ذلك المادة 119 من القانون المدني الجزائري،⁵ فبعد إعدار المدين أي مطالبته بالتنفيذ في مهلة معينة، يجوز للدائن أن يطلب من القضاء تنفيذ العقد جبرا على

¹ جاك غستان، المرجع السابق، ص 258 .

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، ص 77.

³ فاضل خديجة ، تعديل العقد أثناء التنفيذ المرجع السابق، ص89

⁴ برهام محمد عطاء الله، أساسيات النظرية الالتزام في قانون المصري ولبناني، بدون الطبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992، ص116.

⁵ حيث تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنه : "... ويجوز للقاضي ، أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ."

المدين أو فسخه له مع التعويض في الحالتين، فإذا ما اختار الدائن الفسخ تولى القاضي الأمر، إذ يجوز في هذه الحالة أن يحكم به أو لا يحكم، لأن له سلطة تقديرية في ذلك، فقد يرى إهمال المدين واضحا في عدم التنفيذ أو تماطله بالرغم من مطالبة الدائن له بالتنفيذ، فيحكم في هذه المرحلة بفسخ العقد، وقد يرى عدم فسخ العقد فيمنح المدين أجلا للوفاء.

وتطبيقا لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أشار في المادة 561 من القانون المدني الجزائري إلى إجازة فسخ عقد المقاولة أو زيادة الأجرة من طرف القاضي إذا ما طرأت ظروف أدت إلى انعدام التوازن بين التزامات رب العمل والمقاول، بحيث أصبح تنفيذ التزام المقاول مرهقا له إذا قام به وفقا للاتفاق. فالقاضي في هذه الحالة قد يفضل فسخ العقد إذا وجد مبررا لذلك، كأن يرى أن بقاء التزام المقاول مرهقا بالرغم من زيادة الأجرة.¹

الفرع الثاني: حالة الإنهاء التشريعي للعقد

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد دون رضا الطرفين ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية في إبقاء العقد أو إنهائه ومن حالات إنهاء العقد التي نص عليها المشرع.

أولا: إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين

ومن حالات إنهاء العقد التي نص عليها المشرع حالة إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين، كإنقضاء عقد شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء طبقا للمادة 439 من ق.م.ج وانتهاء العارية بموت أحد طرفيها طبقا للمادة 548 من ق.م.ج وكذا انتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل طبقا للمادة 586 من ق.م.ج، ولكن يلاحظ بالنظر الدقيق إلى هذه الحالات أنها لا تعتبر في الحقيقة خروجاً عن قاعدة القوة الملزمة للعقد لأنه يراعى في إبرامها الاعتبار الشخصي للمتعاقدين.²

ثانيا: العقود الزمنية التي لم تعين مدتها

كما أن العقود الزمنية التي لم تعين مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون قابلة للإنهاء من طرف واحد دون رضا الطرف الثاني،³ ونذكر في هذا الشأن بعض الحالات الواردة في التقنين المدني الجزائري كالمادة 440 من ق.م.ج والتي تنص على أنه تنتهي ق.م.ج الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محددة "...، والمادة 474 من إذا عقد الإيجار دون اتفاق على حدة أو عقد لمدة غير محددة أو التي تنص على أنه: تعذر إثبات المدة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرسل إلى الآخر إنذار بالتخلي إلا بناء على الآجال التي تحددها المادة 475 من هذا القانون من المادة 546 من ، وجاء أيضا في الفقرة الثانية ق.م.ج " ... فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت ... ".

¹ حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، الكلية الحقوق، جامعة تلمنسان، 2002-2003، ص 129.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 317.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176.

ثالثا: استحالة تنفيذ الالتزام (انفساخ العقد)

كما أن استحالة تنفيذ الالتزام، إذا كانت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين من تلقاء فيه، فإنها تؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام ويترتب على ذلك انفساخ العقد نفسه وبحكم القانون،¹ ويقصد بالاستحالة تلك التي تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كهلاك المبيع مثلا بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ.

ويلزم لانفساخ العقد توافر الشروط الآتية:

أ - أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة من تاريخ لاحق لقيام العقد، أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرامه فإن العقد لا ينعقد أصلا إذ أنه يقع باطلا لاستحالة محله

ب - أن تكون الاستحالة في تنفيذ الالتزام كاملة، فإذا كانت جزئية فلا يقع الانفساخ، وللدائن الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكنا من محل الالتزام .

ج - أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي المدين أي لا يد له فيه ، فإذا كانت الاستحالة راجعة للمدين فالعقد لا يفسخ بل يظل الالتزام قائما، ويحل التعويض محل التنفيذ العيني في حالة تعذره.

فإذا توافرت شروط الانفساخ ترتب عليه زوال العقد تلقاء نفسه وبقوة القانون من وله نفس الأثر الذي يترتب على فسخ العقد بحكم القضاء، إذ يعاد المتعاقدان إلى الحالة أنه لا كانا عليها قبل العقد وفقا لنص المادة 122 من القانون المدني الجزائري، مع مجال للتعويض في هذه الحالة ،لأن عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع لسبب أجنبي لا يد له التي فيه.²

رابعا: الإرادة المنفردة

أجاز المشرع إنهاء العقد لأحد طرفيه بالإرادة المنفردة ، إذا توافرت الشروط القانونية التي روعي فيها حماية الطرف الآخر في العقد، إذ أن الأصل هو عدم جواز ذلك لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بإرادة المتعاقدين طبقا للمادة 106 ق م ج، وكذا عقد الهبة طبقا للمادة 202 ق أ ج

وقد جعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في إبطال العقد دون أن يكون هذا الحق للطرف الآخر كإبطال عقد المقاولة وعقد التأمين على الحياة.

في جميع هذه الحالات يتقيد الإنهاء بأن لا يكون تعسفيا كما يتقيد بمراعاة المواعيد والأوضاع التي يكون النص القانوني قد حددها.

¹ المادة 121 من ق.م.ج.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 77.

خاتمة

أن أساس إبرام العقد بين الأفراد في المجتمعات ومختلف التشريعات تقوم على الأصل عام وهو مبدأ سلطان الإرادة، أين يطبق على العقد الإرادة الحرة فيه بحيث إن المتعاقدان يبرمان العقد الذي يردانه ويحددان الشروط التي ترضيهما اعتقدا منهما أن الحرية هي أفضل الوسيلة لتحقيق المصالح الخاصة ونتيجة حتمية لتنازلات المتبادلة في العقد، وقد تترتب على هذا المبدأ حرية التعاقد ورضائية واحترام الإرادة الأطراف عند تكوين وتنفيذ العقد، ويكون العقد هو شريعة المتعاقدين

لقيام العقد يجب توافق إرادتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين، فالإرادة إذن هي جوهره وأساسه، إذ يمكنها أن تنشئ ما تشاء من العقود، غير مقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني والتي يطلق عليها العقود المسماة، إن الإرادة باعتبارها مصدرا منشأ للالتزامات التعاقدية يظهر دورها بوضوح في إبرام العقد وتحديد آثاره.

فبالنسبة لإبرام العقد يجمع فقهاء القانون الحديث على أن القانون تطور نحو الرضائية، وأصبح هذا المبدأ بمثابة القاعدة العامة التي تحكم تكوين العقد وقيامه، إذ أن مجرد تطابق إرادتي العاقدین ينشأ العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها.

أما فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد فإن للأفراد الحرية في تحديد الالتزامات المترتبة، ففي عقد الإيجار مثلا للأطراف الحرية الكاملة في تحديد بنوده كتحديد مدة الإيجار والأجرة التي يلتزم بها المستأجر، وكذلك الشأن بالنسبة لسائر العقود، كما أن مضمون العقد يعكس ما اتفق عليه الأطراف، لذا يتحتم على القاضي عند التفسير أن يتقيد بما انصرفت إليه هذه الإرادة بهدف الوقوف على الالتزامات التي يولدها العقد حتى يتسنى تطبيقه.

كما يتضح دور الإرادة بعد إبرام العقد في حالة التعديل الاتفاقي لبنوده، فطالما أنه مبني على اتفاقات الأطراف، فإن لهم إمكانية القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة لتغيير مضمون العقد سواء بالزيادة أو الإنقاص، وذلك عن طريق إدراج شروط يتم الاتفاق عليها مسبقا أو لاحقا تمكنهم من إعادة تنظيم العقد بهدف إبقائه و استمراره وكذا السهر على تنفيذه بما يتماشى ومصالحهم المشتركة، وضمنان في الوقت نفسه مساواة حقيقية في الالتزامات المتقابلة بين الأطراف.

إن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال التعاقدي ليس مطلقا إذ أن هناك قيودا عديدة فرضها المشرع في كل المراحل التي يمر بها العقد، إلا أن هذا التقييد له في المقابل ما يبرره.

فبالنسبة للشكلية وإن كانت تحد من دور الإرادة في إنشاء العقود فإن الفقه الحديث يجمع على أنها أصبحت من أحدث أدوات النظام العام لحماية الرضا، فهي تهدف إلى التأكد توافر هذا الأخير لدى أحد الطرفين في العقود ذات الأهمية، كعقد من هبة العقار وبيعه، وعقد الرهن الرسمي... الخ، حيث يصدر هذا الرضا عن بصيرة وعلم بحقيقة وطبيعة التصرف، إضافة إلى أن اشتراط الكتابة للإثبات يتسم بالوضوح ويحقق قدرا كبيرا من الأمان لأطراف العقد لا توفره لهم طرق إثبات أخرى، كما أن فكرة الشهر - وإن كانت تشكل شرطا للاحتجاج بالتصرف على الغير - فإنها في المقابل تسمح بالتعبير على الإرادة وبسط

نفوذها في نطاق أكثر اتساع تحوطه الثقة والاستقرار، وذلك بافتراض العلم بوجود التصرف لدى الكافة، وبذلك يتحقق التوازن بين الحرية في إبرام العقود دون شكل معين تصب فيه إرادة المتعاقدين وبين تأكيد وحماية هذه الإرادة بفرض شكلية معينة يجب احترامها بمناسبة إبرام العقد .

كما أن مسألة حماية إرادة الطرف الضعيف في العقد، والتي شكلت موضع اهتمام كل التشريعات جعلت المشرع الجزائري يتدخل بنصوص أمرة في مضمون العقد قصد إعادة التوازن، ولم يكتف في هذا المجال بالقواعد العامة للقانون المدني التي أصبحت قاصرة عن تحقيق هذا التوازن بل تدخل بإصدار قوانين خاصة كما هو الحال في إصداره لقانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ومجموعة المراسيم والأوامر التي تخدم هذا الأخير .

إضافة إلى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد في نص المادة 106 من ق.م.ج، بما يوحي أنه أطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها إلا أنه أورد على ذلك قيودا مختلفة وذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله وتحديد مضمونه وإنهاءه حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية، وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام. إن ما تم التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث هو :

✓ أن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات المترتبة عنه، وكذا القيام بالتعديلات المناسبة لتغيير مضمونه.

✓ إن التقييد الوارد على الإرادة في المجال التعاقدي سواء في إنشاء العقد أو تحديد آثاره يجب أن لا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور، وإنما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة، وتبقى هذه القيود رغم تزايدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد.

✓ إن التطور الحديث لفكرة النظام العام قد أثر على دور الإرادة في المجال التعاقدي بزياد القيود الواردة عليها ولكنه في المقابل جسد مضمونا جديدا تمثل في حماية الإرادة ذاتها فلم يعد يقتصر على حماية المتعاقد في إبرام العقد وتحديد آثاره وإنما امتد ذلك إلى دعم حريته في التعاقد ابتداء وضمن سلامة رضاه قبل إبرام العقد، ويظهر ذلك جليا في مجال حماية المستهلك، حيث قام المشرع بتجريم التدليس والغش نحو هذا الأخير، وكذا كفالة إعلامه في هذه المرحلة بشروط التعاقد وملابساتها في إطار أحكام النظام العام الحمائي الذي بات يهدف في المقام الأول إلى حماية إرادة الفرد لما لها من دور أساسي في المجال التعاقدي.

✓ يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع عدالة والصالح العام.

✓ إن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات

التعاقدية المترتبة عنه.

✓ إن التقييد الوارد على إرادة في مجال التعاقدي سواء في إنشاء العقد أو تحديد أثره يجب أن لا يقودنا إلى إعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور وإنما بلغت انتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة وتبقى هذه القيود رغم تزايدها مجرد استثناءات على مبادئ العامة التي تحكم العقد .

✓ إن تدخل المشرع في تقييد الإرادة لا يرجع إلى المساس بحرية التعاقد بين أطراف العقد وإنما هو حماية للطرف الضعيف وتقوية حجية في استرجاع الحقوق.

قائمة المراجع والمصادر

باللغة العربية:

- 1- د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.
- 2- أ. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
- 3- برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام في القانون المصري واللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992.
- 4- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الثاني، بدون طبعة ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
- 5- د. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007.
- 6- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان بدون سنة النشر.
- 7- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، 2000.
- 8- د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديد للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 9- ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 10- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، بدون مطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
- 11- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد - الجزء الأول، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 .
- 12- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد - الجزء الثاني، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 13- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان ، 2006 . دون طبعة،

- 14-د. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994.
- 15-د. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الفكر، 1971.
- 16-د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية النهضة، بيروت، 1974. بدون طبعة، دار
- 17-د. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 18-د. علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ج1، وحدة الرغبة، الجزائر، 2001.
- 19-د. عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 20-لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 21-د. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995.
- 22-د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 23-د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، بدون طبعة الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، 2000.
- 24-د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 25-د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 26-د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- 27- د. محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، بدون طبعة المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
 - 28- د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979.
 - 29- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004.
 - 30- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
 - 31- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986.
 - 32- حسن علي الذنون، محمد السعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، جزء 1، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، درا وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
 - 33- مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط 2، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
 - 34- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- المقالات والرسائل الجامعية:**
- أ) المقالات:**
- 1- عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم جامعة القاهرة ، 1976.
 - 2- د. جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد 02، 1989.
 - 3- مصطفى لعروم، عقد الهبة، نشرة الموثق، العدد 07، جويلية 1999.
 - 4- أ. كاتي أمحمد، شروط انعقاد بيع العقار وشروط انتقال ملكية العقار، نشرة الموثق، العدد 10، 1999.
 - 5- أ. بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، أفريل 2001.
 - 6- أ. بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق،

جامعة تلمسان، أفريل 2001.

7- ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام ، مجلة مخبر القانون الخاص لكلية الحقوق بجامعة تلمسان، أفريل 2001.

8- أ. سي يوسف زهية، نقل الملكية في البيوع العقارية، مجلة المحاماة، المنظمة الجهوية للمحامين بتيزي وزو، العدد 01، ماي 2004.

9- أ. بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 10، ديسمبر 2004

ب) الرسائل الجامعية

1- جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1984.

2- خواجدية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008.

3- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1987.

4- بن عامر أمينة ، حماية المستهلك في عقد البيع ، رسالة ماجستير في قانون الأعمال معهد العلوم القانونية والإدارية ، جامعة تلمسان ، 1997-1998.

5- فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، فرع (عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

6- دحماني لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2002-2003.

7- حمادي جازية مجيدة، عقد مقاوله البناء في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، 2002-2003.

8- مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2005-2006.

المحاضرات:

- 1- رمزي حوحو، محاضرات في مقياس القانون المدني، أقيمت على طلبة السنة الثانية جذع مشترك، قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2016-2017.

المصادر:

القوانين:

- 1- القانون 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية ، ج.ر، العدد 28 لسنة 1998.
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، العدد 15.
- 3- القانون رقم 89-02 المؤرخ 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، العدد 06 ، لسنة 1989. ، ج. ر
- 4- القانون 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر، العدد 17 ، لسنة 1990.
- 5- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات لتجارية، جر، العدد 41، لسنة 2004.
- 6- قانون 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 21 صادر في 08-05-1991 المعدل ومتمم.
- 7- قانون 05-12 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 يتضمن قانون مياه، ج، ر، ج، ج، العدد 60 الصادر في 04-09-2005 المعدل ومتمم.

المواد:

- 1- المادة 221 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09-06-1984 يتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ج، ج، العدد 24، صادر في 12-06-1984، معدل ومتمم.
- 2- المواد 108، 795، 587، 586، 852، قانون المدني الجزائري.

الأوامر:

- 1- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر، العدد 71، لسنة 1970.

- 2- الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث المرور والمعدل والمتمم بالقانون 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1980 ، ج. ر. ، العدد 15، لسنة 1980.
- 3- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج. ر. ، العدد 92، لسنة 1975.
- 4- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، 101، لسنة 1975. جر العدد 5-5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. ، العدد 78، لسنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج. ر. ، العدد 44، لسنة 2005.
- 6-6- الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، العدد 09 ، لسنة ج. ر. ، 1995، المعدل والمتمم بالأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، جر، العدد 43، لسنة 2003.
- 7- الأمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات جر، العدد 13، لسنة 1995.
- 8- ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-2004 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج. ر. ، العدد 15، لسنة 2006.
- 9- الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج. ر. ، العدد 03، لسنة 1997.
- 10- الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997، الذي يحدد المدة القانونية للعمل ، ج. ر. ، العدد 43 ، لسنة 1997.

المراسيم :

- 1- المرسوم رقم 63-985 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات، ج. ر. ، العدد 14، لسنة 1963.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ، ج. ر. ، العدد 40 ، لسنة 1990.
- 3- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج. ر. ، العدد 14 ، لسنة 1993.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 94-969 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج. ر. ، العدد 17، لسنة 1994.
- 5- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ، ج. ر. ، العدد 32 ، لسنة 1994.

- 6- المرسوم التنفيذي رقم 96-31 المؤرخ في 15 جانفي 1996 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الإستراتيجية ، ج.ر ، العدد 04 ، لسنة 1996.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج.ر ، العدد 04 ، لسنة 1996.

القرارات القضائية:

- 1- قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، رقم 19449 مؤرخ في 08-12-1993.
- 2- قرار المجلس الأعلى رقم 25642 الصادر بتاريخ 08-05-1982، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1989.
- 3- قرار المجلس الأعلى رقم 31315 الصادر بتاريخ 13-04-1983، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1990.
- 4- قرار المحكمة العليا رقم 49174 الصادر بتاريخ 17-06-1987، المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1992.
- 5- قرار المحكمة العليا رقم 68467 الصادر بتاريخ 21-10-1990، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1992.
- 6- قرار المحكمة العليا رقم 36156 الصادر بتاريخ 18-02-1997، المجلة القضائية، العدد 1 ، لسنة 1997.
- 7- قرار المحكمة العليا رقم 14412 الصادر بتاريخ 18-06-1997، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 1997.

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ- ث
الفصل الأول: دور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية وتحديد مضمونها	
المبحث الأول: دور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية	07
المطلب الأول: دور الإرادة في التصرفات القانونية	07
الفرع الأول: الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني وتصنيفاته	07
أولاً: عدم كفاية الإرادة لتحديد مفهوم التصرف القانوني	07
ثانياً: وجود الإرادة شرط ضروري غير أنه غير كافي لتمييز التصرفات عن الوقائع القانونية	08
الفرع الثاني: الرضائية في إبرام التصرف القانوني	08
أولاً: مبدأ رضائية العقود	09
ثانياً: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري	10
المطلب الثاني: دور الإرادة في مرحلة المفاوضات	10
الفرع الأول: تعريف المفاوضات وأهميتها	11
أولاً: تعريف المفاوضات	11
ثانياً: أهمية المفاوضات	11
الفرع الثاني: حرية الإرادة في التفاوض وتدخل المشرع لحمايتها	12
أولاً: حرية الإرادة في التفاوض	12
ثانياً: حماية المشرع الجزائري للإرادة في مرحلة المفاوضات	13
المبحث الثاني: دور الإرادة في تحديد مضمون التصرف القانوني وانعكاسها على آثار العقد	16

المطلب الأول: حرية التعاقد وبعض نماذج لحرية تحديد بنود العقد	16
الفرع الأول: حرية التعاقد	16
أولاً : مبدأ حرية التعاقد	16
ثانياً: بعض النماذج لحرية تحديد بنود العقد	18
الفرع الثاني: العقد شريعة المتعاقدين	21
المطلب الثاني: انعكاس الإرادة على أثار العقد	22
الفرع الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد	22
أولاً: مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد	23
ثانياً: تدخل الإرادة في تعديل العقد وإنهاء قوته الملزمة	24
الفرع الثاني: مبدأ نسبية أثار العقد	27
أولاً: أثار العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخاص	27
ثانياً: أثار العقد بالنسبة إلى الدائنين والغير	28
الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد	
المبحث الأول: الشكلية وفكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة	31
المطلب الأول: الشكلية كقيد على الإرادة في إنشاء العقد	31
الفرع الأول: الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة	31
أولاً: الشكلية الرسمية في العقود المدنية	32
ثانياً: الشكلية العرفية في العقود المدنية	35
ثالثاً: اشتراط التسليم في العقود العينية	35
الفرع الثاني: الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على الحرية الإرادة	36

أولاً: اشتراط الكتابة للإثبات	36
ثانياً: اشتراط الشهر في بعض العقود	38
المطلب الثاني: فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة ومظهر تفسيرها	38
الفرع الأول: مفهوم النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة	39
أولاً: تعريف النظام العام والآداب العامة	39
ثانياً: مصادر النظام العام	40
ثالثاً: مجال النظام العام	40
الفرع الثاني: مظهر الإرادة عند تفسير العقد	43
أولاً: التفسير في حالة وضوح عبارات العقد	43
ثانياً: التفسير في حالة غموض عبارات العقد	44
المبحث الثاني: تدخل المشرع في إرادة التصرفات القانونية	45
المطلب الأول: تدخل المشرع لتقييد إرادة التصرفات القانونية	45
الفرع الأول: تقييد المشرع لحرية إبرام العقد	45
أولاً: المضمون الحقيقي لمفهوم حرية التعاقد	45
ثانياً تدخل المشرع في تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية	47
الفرع الثاني: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد	47
أولاً: تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص أمرة	48
ثانياً: تدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد	50
الفرع الثالث: تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير	53
المطلب الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد عند التنفيذ	54

54	الفرع الأول: حالة تدخل القاضي لتعديل العقد
54	أولا : تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة
56	ثانيا: تعديل القاضي للشرط الجزائي
58	ثالثا: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
59	رابعا: تعديل القاضي للعقد في حالة الغبن والاستغلال
60	الفرع الثاني: مبرر تدخل القاضي لتعديل العقد
61	المطلب الثالث: تدخل المشرع لإنهاء العقد
61	الفرع الأول: الفسخ القضائي للعقد
62	الفرع الثاني: حالة الإنهاء التشريعي للعقد
62	أولا: إنهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين
62	ثانيا: العقود الزمنية التي لم تعين مدتها
63	ثالثا: استحالة تنفيذ الالتزام (انفساخ العقد)
63	رابعا: الإرادة المنفردة
65	خاتمة
69	قائمة المراجع والمصادر
77	الفهرس

ملخصـــــــــــــــــص:

من هذا التلاقي ينشأ إن جوهر العقد وأساس وجوده هو تلاقي إرادة المتعاقدين التراضي الذي يمثل أساس كل اتفاق، كما أنّ تحديد مضمون العقد وتعديله وإنهائه مردّه في أغلب الأحيان إلى إرادة طرفيه، وقد يتدخل المشرع في توجيه هذه الإرادة بالقدر الذي يسمح بتوفير الاستقرار في المراكز القانونية وإحداث التوازن في العقود، وكذا حماية الإرادة ذاتها لما لها من دور في المجال التعاقدي.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ سلطان الإرادة - الحرية التعاقدية - تقييد الإرادة - تعديل العقد.

Summary:

Contract essence and its existence are justified by the meeting of contractor will. This meeting emerges consent which represents the basis of every agreement. As determination and cancellation are usually done by the two parts. In addition, the legislator can intervene to guide the will in order to stabilize lawful positions and to balance contracts. Thus, he protects the will itself - because of the role that played in contractual field.

Key words:

The principal of will independence – The contractual freedom – The will restriction - The contract modification.