

جامعة عمّار ثليجي - الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الإرادة في إنشاء العقد

مذكرة مكّلة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إشراف الأستاذ الدكتور:

- بن الزويير عمر

إعداد الطالب:

- قمام أحمد

لجنة المناقشة:

- الدكتور:رئيسًا
- الأستاذ الدكتور: بن الزويير عمر.....مشرفًا ومقررًا
- الدكتور:عضوًا مناقشًا

السنة الجامعية: 2024/2023

كلمة شكر وتقدير

يتقدّم الطالب بأسمى عبارات التقدير والإحترام إلى:

الأستاذ الدكتور الفاضل والمحترم بن الزوبير عمر، الذي ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة وعلى تشجيعاته ونصائحه القيّمة ومساعدته الدائمة لنا رغم إنشغالاته الخاصّة.

فَلَكْ دكتورنا أسمى عبارات الإحترام والتقدير.

كما لا يفوتنا أن نشكر أساتذتنا قبولهم مناقشة مذكرتنا.

الطالب: قمام أحمد

الإهداء

إلى إخوتي كلّ باسمه.

إلى جميع موظفي وعمّال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عمّار
ثليجي الأغواط.

إلى جميع الأصدقاء والأحباب.

وكل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

الطالب: قمام أحمد

مقدمة

إنَّ الإنسان كائن إجتماعي لا يَألف العيش إلا في وسط الجماعة، فغريزته تدفعه إلى السعي حول
تحصيل رزقه وتحقيق مصلحته بالإعتماد على غيره، فتتجّه إرادته إلى إبرام مختلف التصرفات القانونية
من أجل تحقيق رغبته وذلك لتحصيل متطلباته عيشه، وأهم تصرف يبرمه الشخص هو العقد، إذ يعتبر
هذا الأخير توافق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني معين.

فالإرادة هي المحرك الذي تدور حوله أعمال الإنسان الخاصة منها، أو في علاقاته مع أفراد
المجتمع الذي يعيش فيه.

ولقد إرتبطت حرية الإرادة والحرية العقدية بالمبدأ المعروف "مبدأ سلطان الإرادة"، والذي يعني أنّ
الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والإلتزامات وهي أساس تنفيذها، بل أكثر من ذلك فهي مصدر
للقانون.

وبهذا فإنَّ إرادة الشخص في هذا الشأن لها دور فعّال في إنشاء العقود، ولا بدّ أن تكون حرة وهو
ما يرتبط في الأساس بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني قدرة الإرادة وكفايتها الذاتية لإنشاء العقود
ومختلف التصرفات القانونية، وأنَّ إرادة الطرفين هي التي تحدد ما يترتب على العقد من آثار.

إلا أنّ لهذه الإرادة قيود قد تحدّ من دورها بل وصل إلى الحدّ من إلغائها، ويظهر ذلك مبدئيًا من
خلال نصوص القانون لاسيما تلك الواردة في مواد من القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، فالمشرّع
الجزائري يُكرّس مبدأ سلطان الإرادة، غير أنّه عند النظر في الموضوع يظهر عكس ذلك، فالمادة 59
من القانون المدني تنص على مبدأ الرضائية، إلا أنّه يرد على ذلك عدّة قيود موضوعية وشكلية يجب
مراعاتها، حيث لم يعد ما كان مقرّرًا في ظل مبدأ سلطان الإرادة، وصارت العبرة بتقابل التعبيرين لا
بتقابل الإرادتين.

إلى غير ذلك من التطبيقات التي تمّ النص عليها من خلال نصوص القانون المدني الجزائري،
والتي يُستشف منها توجّه المشرّع نحو الإعتداد بمصلحة الجماعة، فالهدف المرجو من المشرّع ليس
وضع تقنين تقليدي، وإنما هو ضرورة وضع قانون يتلاءم وظروف المجتمع، وكذا الشروط والتوجّه
الاقتصادي للجزائر، وبطبيعة الحال مُراعاة الخصوصية الإسلامية للمجتمع الجزائري.

وفيما يتعلّق بأهمية الموضوع، فنُميّز في هذا الصدد بين أهمية علمية وأخرى عملية، فبالنسبة
لأهمية الأولى فيظهر ذلك من خلال تبيان طبيعة مبدأ سلطان الإرادة في توافق الإرادتين لإنشاء الإلتزام،
أمّا الأهمية العملية فتتمثّل في كونها محاولة لإبراز دور الإرادة في أنّها تعتبر أساس الإلتزام التعاقدية
وأساس عدالة التعاقد.

أمّا فيما يخص أهداف الموضوع، فإنّ أيّ دراسة قانونية تصبو إلى تحقيق مجموعة من الأهداف والتي تتمثل فيما يلي:

- إبراز وتوضيح دور الإرادة في إنشاء الحقوق والإلتزامات المتقابلة بين الطرفين.
 - إبراز دور في أنّها حُرّة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على التصرفات القانونية.
 - تحديد القيود التي يحددها القانون مُراعاهً لمصلحة الطرفين.
- وعن أسباب إختيارنا للموضوع، فيتعلق الأمر بدافعين ولسبيين، سبب ذاتي وآخر موضوعي، فبالنسبة للسبب الذاتي فيتعلق الأمر برغبتنا الملحة لمعرفة الإطار القانوني للإرادة التي تنشأ التصرفات القانونية، أمّا السبب الثاني فهو موضوعي والذي يتعلّق الأمر أساس دور الإرادة في إنشاء العقد.
- غير أنّه وبطبيعة الحال قد إعترضتنا الكثير من العقبات والصعوبات في إعداد هذا البحث والتي لم تخرج عن إطار ما يواجهه أيّ باحث من صعوبات، من ضيق الوقت، وشحّ للمراجع المتخصصة.
- ومن خلال موضوع دراستنا أرتأينا طرح الإشكالية التالية:

- كيف نظم المشرع الجزائري حُرّية الإرادة في إنشاء العقد؟ وماهي القيود التي يفرضها للحدّ من حُرّيتها في مجال التعاقد؟

أمّا فيما يتعلّق بمنهج دراستنا المتّبع، فنُشير إلى أنّه لا يمكن للباحث أن يصل إلى هدفه إذا لم يتّبع مناهج البحث العلمي التي تتماشى وموضوع بحثه، ولذلك فقد إتبعنا في مذكرتنا المنهج الوصفي الذي يتلاءم وموضوع دراستنا بإعتباره منهج أساسي من خلال وصف كامل لمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود، كما إتبعنا أيضاً المنهج التحليلي، بإعتباره من أكثر المناهج إستعمالاً في مجال العلوم القانونية، لغرض تحليل القواعد والنصوص القانونية المتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة والقيود المترتبة عليه.

أمّا خطة دراستنا فقد تمّ تقسيم خطة بحثنا إلى فصلين حيث خُصص الفصل الأوّل إلى حُرّية الإرادة في إنشاء العقود، والذي بدوره إنطوى على مبحثين المبحث الأوّل نتطرق فيه إلى حُرّية الإرادة في التفاوض على شروط العقد، أمّا المبحث الثاني نُعالج فيه حُرّية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه.

وفي الفصل الثاني نتطرق إلى القيود الواردة على حُرّية الإرادة في إنشاء العقد، والذي إحتوى بدوره على مبحثين، ففي المبحث الأوّل نتناول القيود الواردة على حُرّية الإرادة في التفاوض على العقد، أمّا المبحث الثاني نُعالج القيود الواردة على حُرّية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه.

وخاتمة حاولنا ومن خلالها تخلص جملة من النتائج.

الفصل الأول:

الإرادة حرة في إنشاء

العقد

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

المبحث الأول: حرية الإرادة في التفاوض على شروط العقد:

لم يعد الإقتران الفوري للقبول والإيجاب وإن كان محققاً في العقود البسيطة المألوفة في الحياة العملية التي تقتضي السرعة في إبرامها يتحقق في العقود المركبة التي أسفرت عنها التطورات الحديثة التي يعرفها عصرنا بشكل جعلها لا تنعقد إلا بعد مراحل من المفاوضات.

وعلى الرغم من إعتبار المفاوضات بمثابة الأعمال التحضيرية، إلا أنها تعتبر من الأعمال التي تتقيد إرادة الأطراف فيها في كثير من الأحيان.¹

ولأن إنشاء العقود، وخاصة المركبة تتطلب المرور بمرحلة المفاوضات، فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلب أول نتناول فيه مفهوم التفاوض على العقد، والمطلب الثاني مبادئ التفاوض على العقد وأهم المشكلات التي تثيرها هذه المرحلة.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات على العقد:

مرحلة المفاوضات هي العملية السابقة للتعاقد، وهي من أهم المراحل التي تكون بين أطراف العقد، وذلك ليس ما تتمثله من إمكانية إبرام العقد من عدمه.

ومن أجل التطرق لمفهوم المفاوضات، يتعين علينا تعريف المفاوضات وبيان خصائصه (فرع أول)، ثم نعالج خصائص المفاوضات (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف المفاوضات وخصائصها:

حيث نتناول من خلال هذا الفرع تعريف المفاوضات (أولاً)، ثم نتطرق إلى خصائصها (ثانياً).

أولاً: تعريف المفاوضات:

المقصود من المفاوضات العقدية هي المرحلة السابقة على التعاقد، فهي كل الأعمال التحضيرية بين طرفي العقد في المرحلة السابقة على التعاقد الرضائي، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين.²

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المفاوضات على أساس أنها: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة إقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية".

¹ حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2017، ص 162 ، 163.

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 28.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

والأصل في المفاوضات قبل التعاقدية الحرية والإختيار، إلا أن يكون أحد الطرفين قد ألزم نفسه باتفاق بالدخول في مفاوضات عقدية، بإعتبار أن العقد في القانون المدني الجزائري لا يرتب حقوقاً ولا التزامات قانونية بين أطرافه قبل إنعقاده نهائياً حسب المواد 106 و 107 و 160 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

وعلى كل فإن عملية التفاوض على العقد تنتهي في الوقت التي يتوصل فيه الأطراف إلى صياغة الإيجاب، فالإيجاب هو الحدّ الفاصل بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد.¹

ثانياً: خصائص المفاوضات:

- المفاوضات عملية احتمالية تأتير بهيكل العلاقات الاجتماعية، عادات وتقاليد الأطراف المتفاوضة.
- المفاوضات عملية متكاملة تحتاج إدارة واعية تقوم على التخطيط الجيد والتنظيم والتوجيه والمتابعة.²
- المفاوضات تصرف إرادي، أي أن أطراف التفاوض لهم الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضات دون أي إكراه وحتى الانسحاب منها، ويبقى المتفاوض حراً طيلة فترة التفاوض.
- المفاوضات تقوم على الأخذ والعطاء، أي أنها تبادلية تحقق مصالح متبادلة وهي ل تحقق مكسب أحد أطرافها على حساب الآخر، حيث يقتضي مبدأ حسن النية وشرف التعامل في المرحلة السابقة للتعاقد أن يحرص كل طرف على إدراك إهتمامات الطرف الآخر، وذلك بالتوصل لنتيجة نهائية تُرضي الجميع.³

الفرع الثاني: ضرورة المفاوضات والحدّ الفاصل بينها وبين مرحلة إبرام العقد:

حيث نتناول من خلال هذا الفرع ضرورة المفاوضات العقدية (أولاً)، ثم نتطرق إلى الحدّ الفاصل بين المفاوضات وبين مرحلة إبرام العقد (ثانياً).

أولاً: ضرورة المفاوضات العقدية:

لا تعتبر المفاوضات شرطاً لازماً لتكوين العقد أو لحصته، فالعقد يقوم بين طرفيه بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، أي بإيجاب يحدد العناصر الأساسية للعقد ويوافق الطرف الآخر على ذلك. غير أن مرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة ذات أهمية بالغة خاصة من الناحية القانونية فهي تلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، كما أن حُسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحدّ ممّا قد يثور من منازعات في المستقبل.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 28.

² سامر سمية، شباح محمد، المفاوضات، مقاربة علمية قانونية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 09، العدد 03، سنة 2020، ص 276.

³ قايد ليلى، حماية إرادة المتعاقد أثناء مرحلة تكوين العقد، مذكر ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2018/2019، ص 09.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

ففي هذه المرحلة يمكن للأطراف الالتفات إلى ما يمكن أن يلحق أركان العقد من خلل، كأن يكون المحل منعدمًا، أو السبب غير مشروع مثلاً، فيجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. ومن ثمَّ فإنَّ حسن إدارة المفاوضات يقتضي من الطرفين مراعاة جميع القواعد الخاصَّة بوجود العقد وكذا الإنصياح لإعتبارات النظام العام والآداب.

وبإمكان الأطراف أيضاً بفضل مرحلة المفاوضات تجنّب عيوب الرضا التي قد تطال إرادة أحدهم وهو ما يمنع أحد المتعاقدين من طلب إبطال العقد لعيب في إرادته، إذ أنَّ تبادل الآراء ووجهات النظر يُجنّب الوقوع في مثل هذه العيوب.

وإضافة إلى هذا، تلعب المفاوضات دوراً هاماً في عملية تفسير العقد، فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة فيمكن للقاضي في هذه الحالة الإسترشاد بها، إذ يستطيع من خلالها الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن دور تجاوز عملية تفسير العقد إلى تعديله، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

ومن أهم الأهداف التي تحققها المفاوضات هو أنَّها تمنع من الادعاء بالإذعان، ففي بعض الأحوال، قد يكون لمن يتمتع بقوة إقتصادية وإحتكارية لبعض السلع والخدمات سلطة فرض شروط العقد، فيكون للقاضي في هذه الحالة الحق في التدخل لتحقيق التوازن بين الطرفين، غير أنَّه لا محلّ للإدعاء بهذه الحماية والتي يوفّرها القانون للطرف المُدعّن إذا تعلّق الأمر بعقود تمَّ إبرامها بعد مفاوضات سابقة.¹

ثانياً: الحد الفاصل بين المفاوضات وبين مرحلة إبرام العقد:

إنَّ المرحلة السابقة للعقد تثير جدلاً فقهيًا حول تحديد نطاق مرحلة التفاوض، بحيث يرى جانب من الفقه أنَّ مرحلة المفاوضات تشمل كلّ المرحلة السابقة للتعاقد على أن تنتهي عند إبرام العقد النهائي، ويرى جانب آخر من الفقه أنَّ المرحلة السابقة للتعاقد تنتهي بصدور الإيجاب الجازم وبوصل هذا الإيجاب يكون قد تحقق الهدف من المفاوضات.

وعليه فالتمييز بين الدعوى للتفاوض والإيجاب يُعدُّ في غاية الأهمية، فالإيجاب عموماً هو إتجاه إرادة الموجب لإبرام العقد ويتضمّن كل الشروط الجوهرية للعقد وبمجرّد تلقّي قبول مطابق ينعقد العقد.²

¹ بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015، ص ص 15 - 17.

² جاك غاستان، المُطوّل في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 292.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

فالإيجاب البات الجازم متى إقترن بقبول مُطابق إنعقد العقد حسب نص المادة 59 من القانون المدني¹، ولا يعني هذا عدم جاوز الرجوع فيه، ففي القانون المدني الجزائري بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه، ويُميّز المشرّع في هذا الخصوص بين حالتين: حالة ما إذا لم يقترن الإيجاب بمُدّة فإذا إقترن بأجل فعلى الوجوب الإبقاء على إيجابه حتّى إنتهاء المُدّة.

وما لم يقترن الإيجاب ببول فإذا إقترن بقبول إنعقد العقد، أمّا إذا إقترن الإيجاب بأجل وعدّل عنه صاحبه قبل إنتهاء الأجل تقوم مسؤوليته، فإذا إنتهت المُدّة سواء كان الأجل صريح أو ضمني يسقط الإيجاب دون حاجة لسحبه². أمّا الدعوى للتفاوض فليس لها الأثر، ويمكن العُدول عنها دون أن يترتب عليها مسؤولية، إلّا إذا إقترنت بخطأ فتقوم مسؤوليته التقصيرية عن العمل الشخصية ذلك أنّ الدعوى للتفاوض ليست مُلزّمة كالإيجاب فهي دعوى للدخول في المفاوضات متى تُلقت قبولا يبدأ التفاوض.

كما أنّه أهمّ ما يميّز الإيجاب ع الدعوى للتفاوض هي النية في الإرتباط بالعرض وهي مسألة واقع خضع لتقدير القاضي وتختلف باختلاف الظروف والمُلابسات.

من ناحية أخرى فإنّ الإيجاب يكون مستوفي جميع الشروط والبيانات وكلّ ما يتعلق بالعقد المُراد إبرامه، عكس الدعوى للتفاوض فهي لا تتضمن كلّ البيانات مثل: عرض بضاعة مع ثمنها يعتبر إيجاباً والعرض الخالي من الثمن والإعلانات هي دعوى للتفاوض، فالعرض الموجّه للجمهور لا يعتبر إيجاباً بسبب عدم تحديد الشخص الموجّه إليه وبسبب عدم إستفائه لكل العناصر الضرورية الجوهرية للعقد المُراد إبرامه، وهذا حسب ما نصّت عليه المادة 61 من القانون المدني الجزائري³.

المطلب الثاني: مبادئ المفاوضات على العقد وأهم المُشكلات التي تثيرها هذه المرحلة:

حيث نتناول من خلال هذا المطلب مبادئ المفاوضات على العقد (فرع أول)، ثمّ نُعالج المُشكلات التي تثيرها مرحلة المفاوضات (فرع ثان).

¹ المادة 59 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومو للطبع، 2014، ص 15.

³ المادة 61 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصلّ فيه، بعلم من وجّه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

الفرع الأول: مبادئ المفاوضات على العقد:

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى حرية الإرادة في التفاوض (أولاً)، ثم حرية الأطراف في العدول (ثانياً).

أولاً: حرية الإرادة في التفاوض:

تعتبر المفاوضات هي بذل مجهود للوصول إلى تفاهم متبادل، بحيث يقبل كل طرف ما يعرضه للطرف الآخر من العقد من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي، فهذا لا يعتبر عقد نهائي إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين، وما دام العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، فإن للمتعاقدين الرية في الدخول إلى العلاقة التعاقدية طبقاً لمبدأ حرية التعاقد، فلا يجبر الشخص في الأصل على التعاقد ويمكن له أيضاً أن يرفض التعاقد إذا إقتضت مصلحته ذلك، كما له حرية إختيار الطرف الآخر ومن ثم له أيضاً حرية الإستمرار في العلاقة التعاقدية أو التخلي عنها.

وهذا ما يتم عن طريق التفاوض في المرحلة الخارجة عن الإطار العقدي وبكل حرية بإعتباره مبادرة شخصية لمناقشة موضوع عقد معين يسوده مبدأ أساسي هو حرية الإنسان في عدم الإلتزام بأي شيء لا يرغب الإلتزام به، ولأن المناقشة في هذه المرحلة ليست إلتزاماً بل عرضاً وإستماعاً لوجهات النظر، فالمفاوض فيها لا يجبر على إبرام العقد بعد إجراءه للمفاوضات.

وللمفاوضات دور كبير سواء قد تحقق إبرام العقد أم لا، فنجاح المفاوضات لها دور كبير قد يمنع من حدوث أي نزع بعد تنفيذ العقد إذ كل طرف قد يتبين على حقيقة الوضع، كما يوضح الإلتزامات كل طرف في العلاقة التعاقدية في حالة الوصول إلى إبرام العقد النهائي، كما أنها قد تتطلب طبيعة العقد جوانب فنية خاصة كالخبرة والإستعانة بالخبرة والتشخيص الدقيق، وهذا لا يكون إلا في مرحلة التفاوض.¹

ثانياً: حرية الأطراف في العدول:

الأصل أن الشخص حر في التفاوض، والعدول عنها لا يلزم صاحبها أي مسؤولية عقدية وذلك إنطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد فيجوز لأي طرف أو كلاهما أن يضع حد للمفاوضات ويرفض الإستمرار فيها، إن قطعها دون قيام المسؤولية من ذلك ودون أن يترتب أي أثر قانوني.

¹ بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص ص 16 ، 17.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

وبما أنّ الشخص حرٌّ في التفاوض فإنّه أيضاً حرّاً في عدم التفاوض لأنّ المفاوضات تخضع لمبدأ حرية العدول عنها، إذ أنّ كل متفاوض حرٌّ في قطعها ورفضه للتعاقد في الوقت الذي يريد ما لم يتجاوز هذه المرحلة.¹

لأنّ 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 إتفاق أو تعاقد أو الإستمرار في التفاوض، بل يجوز للمفاوض أن ينسحب في أيّ وقت حتّى ولو كان هو الذي دعا إلى التفاوض، لأنّ ما يميّزها هو عنصر الإحتمال وليس لأحد أن يطالب المتفاوض بأن يبيّن سبب العدول، لأنّ الطرفان هم في علاقة خارج هم إطار التعاقد ورغم ارتكابهم لبعض الأخطاء في هذه الفترة فلا مجال لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ، لأنّه لا تجد رابطة عقدية بين الطرفين²، فقد يكون السبب أنّه لم يرى داعياً لإتمام الصفقة أو أنّه رأى ثمنها ليس في مصلحته، أو أنّ شخصاً آخر عرض عليه صفقة أفضل، ولأنّه لو وقعت المسؤولية على من عدل عن التفاوض لصعبت التعامل بين الأفراد بحيث يعتبر قيّداً على حرية الإرادة.³ إلاّ أنّه بالرجوع إلى قواعد القانون المدني الجزائري نجد أنّ التخلي عن المفاوضات ترتب مسؤولية تقصيرية على قطعها، يستوجب توفّر شروط لقيامها وهي ثلاثة وهي أن يرتكب شخص خطأ ويسبب ضرراً للغير يستوجب التعويض.

وبالنسبة للشرط الأول ألا وهو عنصر الخطأ فقطع المفاوضات بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر فيستحق هذا الأخير بسبب هذا الخطأ، وذلك وفقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري تعويضاً عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الخطأ⁴، كالمجهودات التي بذلها والمصاريف التي أنفقها، أو ضياع صفقة أخرى رابحة دون أن يقوم الطرف الآخر بإخطاره بالعدول، فقطع المفاوضات بدون سبب جدي، أو سوء النية فهنا يسأل عندئذ مسؤولية تقصيرية.

والشرط الثاني هو عنصر الضرر، إذ يشمل تعويض الضرر المادي والأدبي الذي لحق بالطرف الآخر الذي تضرر جزاء قطع المفاوضات، بما أنّ هذه الأضرار كثيرة ومتنوعة وقد تمتّ بمناسبة التفاوض، نذكر أهمها كنفقات التفاوض مثل نفقات إعداد العقد والدراسات الفنية وتقارير الخبرة.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، شرح القانون المدني، نظرية العقد، الجزء الأول، ص 238.

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 27.

³ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 239.

⁴ المادة 124 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "كُلُّ فعلٍ أيّاً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويُسبب ضرراً للغير يُلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

أمّا الوقت الضائع هو من الأضرار المتوقعة عادةً في المفاوضات يستحق التعويض عنه كلما تبين دليل، ونلم بتقويت الفرصة والحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي، ويشترط في الضرر أن يكون مشروع وجدّي.¹

وهذا ما استخلصه المشرع الجزائري من خلال المادة 182 من القانون المدني، وأن يقوم على عنصرين هما الخسارة التي كلفت المضرور والكسب الذي فاتته، والتي نصّ في هذه المادة على أنّه: "إذ لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يُقدّره، ويشمل التعويض كلّ ما لحق الدائم من خسارة وما فته من كسب".²

أمّا العنصر الثالث والأخير وهو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالنظر إلى المادة 176 من القانون المدني³، فإنّه يتّضح أنّ العلاقة السببية مفترضة حيث لا يكفّف الدائن بإثباتها بل عليه إثبات الضرر والخطأ أيّ وجود قرينة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر الذي إرتكبه المتفاوض العادل من جرّاء قطع المفاوضات والإخلال بالإلتزام.⁴

وعليه فالدخل في المفاوضات ثمّ قطعها لا يربّب أيّة مسؤولية إلّا إذا أثبت خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية أو هناك تعسف في استعمال.⁵

الفرع الثاني: أهمّ المشكلات التي تُثيرها مرحلة المفاوضات:

ومن المشكلات القانونية الصعبة التي تثار نتيجة الفصل بين مرحلة المفاوضات على العقد ومرحلة إبرام العقد، في عدّة فروض وإشكالات عملية، ونذكر منها على الخصوص ما يلي:
أولاً: إذا خرج الطرفان من تفاوضهما بإيجاب بات ومُحدد: ولكن إذا ما وجّهه أحدهما إلى الآخر، تقدّم بعرض من جانبه يتضمّن إضافة بالزيادة أو النقصان أو التعديل، كأن يطلب خفض الثمن أو إستبعاد شرط

¹ بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالإلتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفا تر السياسة والقانون، عدد 10، جانفي 2014، ص 122.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم.

³ المادة 176 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "إذا إستحال على المدين أن يُنفذ الإلتزام عينًا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزامه، ما لم يثبت أنّ إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخّر المدين في تنفيذ الإلتزامه".

⁴ دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامّة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 63.

⁵ بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 20.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

أو أجل للوفاء، وقد حسم المشرع المدني الجزائري هذه المشكلة، إذا اعتبر قبول الإيجاب مع التعديل فيه هو بمثابة رفض له يتضمّن إيجاباً جديداً¹، حسب نص المادة 66 من القانون المدني الجزائري². وعلى هذا الأساس، فإنّ المفاوضات العقدية قد تتضمن سلسلة من الإيجاب المتلاحق، حتّى لو صدر إيجاب ثالث ورابع وخامس وسادس.. إلخ، ويُعتبر الإيجاب الجديد حينئذٍ مجرد عرض تفاوضي جديد تستمر على أساسه المفاوضات، حتّى يصدر إيجاب جديد بالعقد حازم وكامل، يتم قبوله قبولاً مُطابقاً فينعقد العقد نهائياً.

ثانياً: إنّ العرض الجديد المُشار إليه في المادة 66 من القانون المدني الجزائري هو بمثابة رفض للإيجاب يتضمّن في الحقيقة إيجاباً جديداً: سواء كان هذا الرفض صريحاً قاطعاً، أم كان رفضاً جُزئياً يتضمّن تعديلاً له، وهو ما يُسمّى في مرحلة التفاوض قبل التعاقدية، بـ(الإقتراح المقابل أو المُضاد)، وهو القبول المُعدّل للإيجاب بالزيادة أو النقصان أو المقترن بتحفظ أو المُعلّق على شرط مثلاً، وهو ما عبّرت عنه مُقتضيات المادة 66 من القانون المدني الجزائري، ممّا يُستتبع قانوناً سقوط الإيجاب الأوّل، حتّى ولو لم تنقض المُدّة التي يكون فيها مُلزماً، وحينئذٍ تكون في الحقيقة أمام الإحتمالين وهما:

- **الإحتمال الأوّل:** أن يتم قبول هذا الإيجاب الجديد، من الموجب الأوّل، قبولاً مُطابقاً فينعقد العقد قانوناً، وذلك لأنّ العقد ينعقد قانوناً، بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، لأنّ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلّا بإتفاق الطرفين³، أو للأسباب التي يقررها القانون حسب المواد 54 و 59 و 106 من القانون المدني الجزائري⁴.

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني مرحلة المفاوضات، المرجع السابق، ص 68.

² المادة 66 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "لا يعتبر القبول الذي يغيّر الإيجاب إلّا إيجاباً جديداً".

³ بلحاج العربي، النظام القانوني مرحلة المفاوضات، المرجع السابق، ص 68 ، 69.

⁴ المادة 54 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

المادة 59 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

المادة 106 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلّا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

- الإحتمال الثاني: أن يفتح باب التفاوض والنقاش والمساومة ول مضمون الإيجاب الجديد، ممّا يؤدي إلى سقوط الإيجاب الأول، ومن ثمّ تحوّل الإيجاب الجديد إلى دعوة بالتفاوض موجّهة إلى الموجب الأول طبقاً للمادة 66 من القانون المدني، ممّا سيؤدّي بالطرفين إلى دخول دائرة المفاوضات أو المباحثات على العقد، ممّا يسمح بإمكانية إنتقال صفة الموجب أثناء التفاوض من طرف لآخر، إلى أن ترسى على أحدهما، ممّن إنتمت على يده جميع العناصر الجوهرية اللازمة لقيام العقد المرجو، طبقاً للمواد 59 و 71 و 106 من القانون المدني الجزائري.

وعلى كلّ، فإنّ الإقتراح المضاد يجيز للموجب أن يعدل عن إيجابه، وإن لم يفعل ذلك، فإنّ ظروف التفاوض العقدي يمكن أن ترخص للطرف الآخر، بإعتبار هذا الإيجاب قائماً، بحيث يكفي لإبرام العقد نهائياً أن يقترن به قبول لاحق مطابق له تماماً طبقاً للمادة 59 من القانون المدني، لأننا أثناء فترة المفاوضات بصدد حرك مستمرة للتقارب تقتضي إعتبار كل إقتراح جديد قائماً، ما لم يتم العدول عنه صراحةً، ويمكن في الواقع العملي للمفاوضات العقدية أن يوجد إيجابان في الوقت نفسه، فالعد يمكن عندئذ أن ينشأ إمّا بالتوافق بينهما أو بقبول أحدهما.¹

ونلاحظ هنا، أنّ المتفاوضين المتعاقدين بالخيار إلى آخر المجلس طبقاً للمادة 64 فقرة 02 من القانون المدني²، فلو رجع الموجب عن إيجابه، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدلّ على الإعتراض، يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك، وهذا يستفاد أيضاً من قوله صلّ الله عليه وسلّم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرّقا"، والخيار الذي يقرره هذا الحديث النبوي هو خيار المجلس وليس خيار الإيجاب، فإذا إنفضّ المجلس يبطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك.

ثالثاً: إذا علّق الطرفان إبرام العقد، ولو كان رضائياً، على إفراغه في محرر مكتوب والتوقيع عليه نهائياً، فإنّ الطرفين يظلّان في دائرة المفاوضات حتّى لحظة التوقيع النهائي على محرر العقد، ومن ثمّ فإذا عدل أحد الطرفين قبل التوقيع، ولو بلحظات فإنّه بذلك يكون قد قطع المفاوضات الجارية على العقد.³

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني مرحلة المفاوضات، المرجع السابق، ص 70.

² المادة 64 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "...غير أنّ العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدلّ على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفضّ مجلس العقد".

³ بلحاج العربي، النظام القانوني مرحلة المفاوضات، المرجع السابق، ص 71.

الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد

فقد أشارت المادة 71 فقرة 02 من القانون المدني¹، إلى أنّه إذا اشترط القانون لتمام العقد إستقاء شكل مُعيّن، فهذا الشكل يُطبّق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد، وعلى ذلك فإنّه إذا كان العقد المُراد إبرامه عقداً شكلياً، فيجب أن يتم الوعد بالتعاقد في هذا الشكل، فإنّ الوعد ببيع العقار، ولو كان مُعلّقاً على شرط، يجب إفراغه في الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعد به، وإلا كان باطلاً بطلاناً مُطلقاً، ولا يمكن الإحتجاج بالوعد بالبيع العقاري في مواجه الغير، إلا إذا إتبعته فيه إجراءات الشهر العقاري.

فالقاعدة في القانون المدني الجزائري هي رضائية العقود، وهذا هو الأصل العام، بأن يتمّ العقد بمجرّد إرتباط الإيجاب بالقبول طبقاً للمادتين 59 و 60 من القانون المدني، ومع ذلك فد يرد على هذه القاعدة إستثناءات قليلة، يستلزم فيها القانون إفراغ التراضي في شكل خاص، يعتبر عندئذٍ رُكنًا في العقد لا يقوم بدونه قانوناً حسب المواد 71 فقرة 02 و 324 مكرر 01 و 793 من القانون المدني.

وفي هذا السياق، فإنّ العقود المنصبة على نقل ملكية العقارات تحرر وجوباً في الشكل الرسمي، وإلا كانت باطلة، ومن ثمّ فإنّ العقد العرفي بصدها هو عقد باطل بطلاناً مُطلقاً، كما أنّه تستلزم العقود النقالة للملكية العقارية، إضافة إلى الشكل الرسمي، الشهر العقاري الذي يتم بموجب عقد توثيقي مشهر.

ونُلاحظ في هذا الخصوص، أنّ الأعمال التحضيرية التي سبقت وضع القانون المدني الجزائري غير منشورة، وأنّ التعديلات الحديثة التي مسّته قد تمت بموجب الأوامر الرئاسية كما أنّ نشر الأحكام القضائية ما يزال محدوداً وصعب المنال، كلّها مُعطيات وغيرها من الصعوبات التي لا تساعد رجال الفقه القانوني الجزائري، في محاولاتهم الإجتهدية المتواضعة لخلف فقه مُبدع وأصيل، يسترشد به رجال القانون، من قضاة ومحامين وطلاب العلم.

بالإضافة إلى هذا، نذكر فلة المؤلفات التي تتناول مواضيع القانون المدني الجزائري، كلّها مُعطيات تجعل عمل شراح القانون المدني الجزائري عملاً صعباً وشاقاً، وهي الأمور التي جعلت الفقه المدني الجزائري في تحليله وتأصيله لأيّ حكم قانوني، حبيس النصوص التشريعية لا يحيد عنها، متأثراً في ذلك بالأراء الفقهي والشروح والتفاسير الإجتهدية في كل من مصر وفرنسا على الخصوص.²

¹ المادة 71 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "...وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستقاء شكل معيّن فهذا الشكل يطبّق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

² بلحاج العربي، النظام القانوني مرحلة المفاوضات، المرجع السابق، ص ص 71 - 74.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

المبحث الثاني: حرية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه:

نتطرق من خلال هذا المبحث إلى مبدأ الرضائية في إبرام العقود (مطلب أول)، ثم نتناول حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد (مطلب ثان).

المطلب الأول: مبدأ الرضائية في إبرام العقود:

إنّ مبدأ الرضائية هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وهو لا يتصلّ إلا بطريقة إبرام العقد، ويقصد به أنّ مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيّاً كانت طريقة التعبير عنها، والقاعدة حاليّاً هي رضائية العقود، ولكن لم تصل إلى القوانين الحديثة إلا بعد تطوّر تدريجي.¹

لذا سننظر من خلال هذا المطلب إلى تطور القانون نحو الرضائية (فرع أول)، ثمّ إلى مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري (فرع ثان).

الفرع الأول: تطور القانون نحو الرضائية:

لقد عُرف عن القانون الروماني أنّه قانون شكلي، فالإرادة لا تستطيع وحدها إنشاء الإلتزامات إلاّ بالخضوع إلى شكل معيّن، فمن أجل جعل الأطراف ملتزمين فيما بينهم لابدّ من القيام بطقوس معيّنة، أيّ أنّ العقد لم يكن مقبولاً أبداً أن ينشأ مجرد توافق الإرادتين، فالمدين يلتزم لا لسبب إلاّ لأنّه إستوفى أشكالاً معيّنة، ويعتبر إلتزامه صحيحاً حتّى لو كان السبب الحقيقي الذي إلتزم من أجله غير موجود أو غير مشروع، فالعقد كان يستمدّ صحته من شكله لا من موضوعه.

أمّا القانون الجرمانى فكان هو أيضاً شكلياً رغم وجود بعض الأمثال التي توهم أنّ مجرد الرضا كافٍ لإنشاء العقد، كقول المثل: "تقيّد الثيران بقرونها والرجال بكلامهم ومجرد أو إتفاق يعدل عقود الرومان اللفظية"، وقولهم أيضاً: "أنّ الإتفاق يغلب القانون"، إلاّ أنّ هذه الأقوال وضعت كقواعد خُلقية لا كمبادئ قانونية، وإن كانت تدلّ على بداية التطوّر نحو مبدأ الرضائية في العقود²، لأنّ القانون الجرمانى تأثر فيما بعد بعلماء اللاهوت وأخلاق المسيحية التي كانت تدعو إلى فرض إحترام الوعد من أجل تجاوب مع النهضة التجارية التي تعبّر عنها المعارض الدولية الكبرى التي كانت تقام في القرون الوسطى، هذا ممّا أدّى إلى القول بصفة تدريجية أنّ القوّة الملزمة للإتفاقات ناتجة عن مجرد الرضا بدون الرجوع إلى أشكال القانون الرومانى.³

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الجزائر، 1999، ص 45.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ص 90 ، 91.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص 372.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

أمّا في العصور الوسطى فقد بدأت الإرادة تستعيد دورها في تكوين العقود تدريجياً، وذلك بفضل عدّة عوامل نذكر منها ما يلي:

- العامل الديني، وذلك بتأثير المبادئ الدينية ممّا ساهم في سهولة الإنتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلتزام فأصبح للإتفاق دعوى تحميه، ويمكن طلب تنفيذه أمام المحاكم الكنسية.

- العامل الاقتصادي، بفعل إزدهار التجارة وتطوّر علاقات الناس وتتنوّع مواضيع العقود ممّا أدّى إلى إستبعاد ما يعوق المبادلات التجارية من أشكال، فقد كانت المحاكم الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم إستناداً إلى قواعد العدالة دون تمييز بين العقد الشكلي ومجرّد الاتفاق من حيث الإلزام.

- العامل السياسي، وتمثّلت في تدخّل الدولة في الروابط القانونية وتوليّها حماية حقوق الفرد المتعاقد بمجرّد الاتفاق.

- العامل القانوني، والتمثّل في إحياء القانون الروماني والبدأ في دراسته والتأثر به خصوصاً فيما وصل إليه في أواخر مراحله من ظهور لبعض العقود الرضائية.

أمّا القانون الحديث فقد عرف تطوّرًا نحو مبدأ الرضائية الذي شد توسّعًا خصوصاً في القرن التاسع عشر، أدّى ببعض الفقه إلى القول بأنّ النظم القانونية ليست إلاّ تاريخاً لتحرر الإرادة من الشكلية شيئاً فشيئاً حتّى أصبحت مجردة من أيّ وضع أو شرط، وأصبحت تُبس "سيادتها وسلطانها على جميع ناحي القانون وليس على العقود فقط، بل حتّى على النظم الاجتماعية والإقتصادية¹، ونتيجةً لذلك تعرّضت الشكلية في العقود لعدّة إنتقادات وأُعتبرت غير قادرة على مواكبة التطوّر لبطنها وقيامها على قواعد قديمة، كما أنّ الفرد يجد نفسه ملنّزماً لقيامه بأشكال معيّنة.

هذا بخصوص الشكلية التي كانت سائدة في القوانين القديمة، أمّا الشكلية الحديثة فتختلف عنها تماماً إذ أنّها تُفرض من أجل حماية الرضا، فالشكل وحده فيها غير كافٍ لإنشاء العقد دون رضا المتعاقدين بل يُنظر إليه كركن أصلي في العقد، على عكس الشكلية القديمة التي كانت وحدها تكفي لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضا²، وبالتالي يُلاحظ أنّه حدث تجدد في مفهوم الشكلية وأُعتبر كلٌّ من مبدأ الرضائية ومبدأ الشكلية من الخيارات الأساسية وذلك لأهميتها في تنظيم العقود، ولكن بالرغم من إتساع مجال الشكلية خاصّةً بمفهومها الواسع يبقى التمسك بالرضائية هو المبدأ³.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 102.

² دحماني لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003/2002، ص 14.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص 372.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

الفرع الثاني: مبدأ الرضائية في القانون المدني:

يجمع فقهاء القانون الحديث على أنّ الرضائية أصبحت هي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه، ولقد تبنّى المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث نصّ في المادة 59 من القانون المدني على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان العبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فمن خلال هذا النص يتّضح أنّ مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو الأصل، أمّا الشكلية فهي الإستثناء لوجود عبارة "دون الإخلال بالنصوص القانونية"، والتي تعني مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة بإبرام العقد، كما أنّ المادة 60 من القانون المدني تُعدّ تطبيقاً لمبدأ الرضائية إذ نصّت على أنّه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".¹ إستناداً إلى هذه المادة فإنّه للمتعاقدين 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 رضائياً حتّى ولو اشترط القانون الكتابة لإثباته ما دام أنّ إنعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، لأنّه إذا تخلّفت الكتابة المتطلبة للإثبات فإنّه لا يجوز إثبات العقد بطرق أخرى، كالإقرار واليمين ما لم ينصّ القانون على غير ذلك²، كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة، حسب ما نصّت عليه المادة 645 من القانون المدني.³

إنّ ما تجدر الإشارة إليه هو أنّه رغم إتجاه القانون الحديث نحو الرضائية وإعتبارها قاعدة عمّة، إلّا أنّ عودة الشكلية مجدداً كان بشكل كبير لما لها من دور في تنبيه الأطراف حول مدى أهميّة التصرفات المقدمون عليها، وكذا من أجل إثبات التصرف القانوني.

إنّ العقود الرضائية لا تترك أثرها في الحياة الإقتصادية بين الأطراف ممّا يجعل العلاقات التعاقدية تتم في سرّيّة، وهو ما دفع الدولة إلى التدخل -لإعتبارات الرقابة والحصول على مداخيل الضريبة- لفرض شكلية معينة على إرادة المتعاقدين، كما وردت على مبدأ الرضائية إستثناءات كثيرة، حيث أصبح عدد كبيرة من العقود خاضعاً لصيغة شكلية معينة أهمها الكتابة، لأنّه من الناحية العملية القليل من المتعاقدين الذين

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم

² السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص ص 58 ، 59.

³ المادة 645 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "لا تثبت الكفالة إلّا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة".

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

يبرمون العقود شفاهةً، وذلك لصعوبة إثبات العقد عند حصول النزاع إذا كانت قيمته تتجاوز حدًا معينًا¹، والذي حدده المشرع الجزائري بـ 100.000 دج طبقاً للفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني الجزائري.²

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة:

إنّ موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة قد أخذ بمبدأ الرضائية من جهة، ومفادها أنّ المتعاقدين يتمتعن بحرية كاملة فيما يخص الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد، فتتص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتأولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ومن جهة أخرى فإنّ آثار العقد تخضع إلى مبدئين هما: إلزامية العقد، ونسبية آثار العقد، فجاء في نص المادة 106 من القانون المدني على أنّه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلاّ بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"³. فالإرادة الحرة الواعية هي التي تكسب العقد إلزاميته، أمّا المبدأ الثاني فمفاده أنّ آثار العقد لا تتصرف إلى غير المتعاقدين.

لكن تطوّر المجتمع أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلّى هذا التطوّر في أمرين على وجه الخصوص، وهما تطوّر وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة إجتماعياً وإقتصادياً وثقافياً، من جهة أخرى.

فتقلّصت الحرية العقدية في مجال الإلتزامات العقدية، ولم يبق الأمر كما كان، فقد قيّد ظهور المذاهب الاجتماعية التي تُرَجِّح مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية من نتائج المذهب الفردي، ونتيجة لسيادة هذه المذاهب صار المشرع يتدخّل في معاملات الأطراف وإتفاقاتهم وهو ما جعله يتدخّل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادتهم من عدّة جوانب، وقد عبّر الفقه عن هذه الظاهرة الجديد

¹ السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 59.

² المادة 333 فقرة 01 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانون تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشعور في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

بِعَيْمَةِ العقد، ويقصد بهذه العبارة أنّ العقد الخاص الذي كان من قبل مقصوراً على الإرادة الفردية قد تدخلت الإرادة العامة (إرادة الدولة) فيه فأصبحت تُشارك إرادة الطرفين في تكوينه، وتحديد مضمونه. ومن جهة أخرى تقضي المعطيات الجديدة لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقدياً، وهو ما يُعدّ مجالاً آخر يحدّ فيه من ور الإرادة.

حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم، يهتم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية، وأداة لتحقيق النفع العام وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد. وقد زاد إتساع مجال القواعد الآمرة، ممّا أدّى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة، إذ أنّ هذه القواعد الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب العامة، ومن ثمّ فهي تخرج عن الدائرة التي تتوسّع فيها حرية الإرادة، فليس للإرادة أن تنشئ تصرفاً يخالف سببه أو محلّه النظام العام والآداب، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظم العام والآداب يكونا قد عرّضا عقدهما للبطلان¹، حسب نص المادة 93 من القانون المدني والتي تنص على أنّه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلًا في ذاته، أو مُخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلاً بطلاناً مُطلقاً".²

وممّا أدّى إلى تقلّص الحرية العقدية كذلك تنظيم القانون لبعض العقود عن طريق قواعد آمرة، ومن صور ذلك الإلزام على التعاقد، ومثاله ضرورة الحصول على إذن مُسبق من السلطة العامة قبل التعاقد، وكذلك تدخل الدولة بتحديد أسعار السلع والأجور، وكذلك إعتبار الإمتناع عن التعاقد جريمة يعاقب عليها القانون إذا تعلّق الأمر ببيع السلع الأساسية، ويمنع كذلك رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، حسب ما نصّت عليه المادة 15 من القانون رقم 04-02.³

وقد يُجبر الشخص على التعاقد مع شخص معيّن كما هو الحال في حالة الإحتكار بالنسبة للمُحتكر. وصورته التّأنيّة تتمثّل في المنع من التعاقد، ويرجع هذا المنع والحظر من التعاقد لخطورة محل العقد أو لأسباب ذات أهميّة، أو لإحتكار الدولة استيراد بعض المواد والسلع التي تمنع الأشخاص التعامل بخصوصها.⁴

¹ فيلاي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص ص 51 - 53.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم.
³ المادة 15 من القانون رقم 04-02 مؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 23 جوان 2004، تنص على أنّه: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع... إلخ".

⁴ بورزق أحمد، بورزق خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 139.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

ثانياً: القوة الملزمة للعقد:

01 - معنى مبدأ القوة الملزمة للعقد:

إنَّ القوَّةَ الملزمة للعقد منظم في القانون المدني الجزائري ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثاني المُعنون بـ"الإلتزامات والعقود" جاعلاً منه أثر من آثار العقد في القسم الثالث بموجب المادة 106 والتي تنص على أنَّه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاَّ بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".¹

يتَّضح من خلال محتوى هذه المادة أنَّ المشرِّع الجزائري لم يعرّف القوَّةَ الملزمة للعقد، لكن المعنى الذي قصدت إليه هذه المادة هو الذي أبان عن التكريس الصريح لهذا المبدأ من خلال جعل العقد هو القانون الذي يسري على الأطراف المُتعاقدَة عند التنفيذ، ومن ثمَّ يمنع المساس به من طرف المتعاقدين والقاضي عن طريق التعديل أو الإنهاء.

02 - تحديد نطاق القوَّةَ الملزمة للعقد:

يظهر من خلال ما سبق أنَّ الإرادة الحرَّة هي أساس العقد بين المتعاقدين وهي التي تكسبه القوَّةَ الملزمة²، وبالتالي فإنَّ الحقوق والإلتزامات المرتبة عن العقد لا تتعدَّاه المتعاقدين اللذان أبرماه وفقاً لفكرة الأثر النسبي للعقد، ومع ذلك قد تتصرف هذه الآثار إلى غير العاقدين الأصليين كما تقضي به المادة 108 من القانون المدني، وذلك إلى الخلف العام ما لم يتبيَّن من طبيعة التعامل أو من نص القانون أنَّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، مع مُراعاة القواعد المتعلقة بالميراث.³

والمُرَاد بالخلف العام حسب هذه المادة هو من يخلف الشخص في ذمَّته المالية من حقوق أو إلتزامات أو جزء منها، ومعنى ذلك أنَّ ما يكتسبه الخلف من حقوق وما يتحمَّله من واجبات ليست له ولا عليه وإنَّما يتحمَّلهما لحلوله محل السلف.

أمَّا بشأن إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين فهو مقيد حسب أحكام المادة 108 السالفة الذكر، إمَّا بموجب القانون كما هو عليه الأمر بالنسبة لإنقضاء العقد بوفاة المُتعاقد⁴، ومثال ذلك المادة 394 من القانون المدني والتي تنص على أنَّه: "تنتهي الشرطة بموت أحد الشركاء... إلخ"، وكذلك

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمَّن القانون المدني، المُعدَّل والمتمم.

² فيلالي علي، المرجع السابق، ص 50.

³ المادة 108 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمَّن القانون المدني، المُعدَّل والمتمم، تنص على أنَّه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبيَّن من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أنَّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مُراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

⁴ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 401.

الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد

المادة 852 منه التي تنص على أنه: "ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عدّ مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتّى قبل إنقضاء الأجل المعين... إلخ"، أضف إلى ذلك المادة 586 والتي تنص على أنه: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنتهاء الأجل العين للوكالة وتنتهي أيضًا بموت الموكل أو الوكيل... إلخ"¹، أو لأنّ طبيعة التعامل تمنع ذلك وهو الحال بالنسبة لوضع إيراد لمدى الحياة، وكذلك إذا كان الشخص المتعاقد المتوفى محل إعتبار كالرسام أو المحامي، فضلًا عن حق النفقة بإعتباره حق غير قابل للإنتقال، هذا ويحق للأطراف المتعاقدة أن يتفقًا في العقد على عدم إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام.²

بالإضافة إلى ما تقدّم يترتب على إنصراف آثار العقد إلى الخلف العام أيضًا ضرورة إحترام قواعد الميراث من بينها "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، التي تقتضي بقاء شخصية المتوفى على قيد الحياة إلى أن يتم الفراغ من تصفية تركته وسداد ديونه، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون إنتقلت ملكيتها إلى الوارث، وايضًا قاعدة أنّ الوارث غير ملزم بدفع ديون مورثه من ذمته الخاصّة، بل تؤخذ من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز، والدفع بالقدر المشروع وقبل تنفيذ الوصية.

إذا كان الخلف العام يخلف الشخص في مّته المالية أو في جزء منها في حدود معيّنة، فإنّ الخلف الخاص يخلف الشخص في عين معيّنة بالذات أو في حق عيني عليها، ولا تنتقل إليه الإلتزامات والحقوق اللصيقة بالشيء الذي إنتقل إليه، إلا إذا كانت من مستلزماته وكان على علم بها وقت إنتقال الشيء إليه³، وهذا طبقًا للمادة 109 من القانون المدني.⁴

أمّا الغير الذي لم يكن طرفًا في العقد ولا خلفًا لأحد من أطراف العلاقة التعاقدية فأثر العقد لا ينصرف إليه لأنّه بعيد عن دائرة التعاقد، ومع هذا هناك حالات معيّنة تقتضي إنصراف آثار العقد إلى الغير كما في حالتيّ الإشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير، إذ يكتسب الغير في الحالة الأولى حقًا من عقد ليس طرفًا فيه وهو أمر يجيزه القانون المدني⁵، في نص المادة 113 والتي تنص على أنه: "لا

¹ الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² فيلاي علي، المرجع السابق، ص 402.

³ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 541.

⁴ المادة 109 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنه: "إذا أنشأ العقد إلتزامات، وحقوقًا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإنّ هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه".

⁵ حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث، العدد 14 الجزء 01، أكتوبر 2020، ص

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، في حين يتعهد المتعاقد في الحالة الثانية بجعل الغير يلتزم بالتزام معين.¹

ما دام أنّ العقد نسبي في قوته الملزمة من حيث الأشخاص كما تقدّم فهو كذلك من حيث موضوع التعاقد، فلا يلتزم المتعاقدان إلا بما يحتويه العقد من شروط أو بنود تراضاً على تضمينها عند إبرامه، وبتحتّم على القاضي بفعل القوة الملزمة للعقد التدخّل لتفسير العقد والكشف عن نية وإرادة طرفيه إذ ما تنازعا حول الآثار دون المساس بالالتزامات التي أرادها الطرفين.²

03 - الإرادة حربية التصرفات التي تقرّها "العقد شريعة المتعاقدين":

ممّا لا شكّ فيه أنّ تنفيذ العقد وفقاً لما إشتمل عليه لا يعتبر لوحده وسيلة لتحقيق الأمن التعاقدية إذا لم يتمّ بأمانة وإخلاص كما تشترطه الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني³، ويعتبر هذا من قبيل الأمانة والإخلاص تحلي المتعاقد خلال عملية تنفيذ العقد بنية حسنة تتطوي على الإلتزام بالنزاهة والتعاون.⁴ ويظهر واجب حسن النية في تنفيذ العقد في صورة الإلتزام بالنزاهة في مواد عدّة من القانون المدني الجزائري نذكر منها على سبيل المثال نص المادة 384 والتي تنص على أنّه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن يُنقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أنّه كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمدّ البائع على إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"⁵، ويكون المتعاقد قد أخلّ بواجب النزاهة أيضاً في الاتفاق المتضمن إعفاء المدين من أيّة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدية إذا كان عدم التنفيذ قد نشأ عن غش المدين أو خطأ، وكذلك في قوانين خاصّة ضمن القانون رقم 02-04 من خلال تحديد قواعد ومبادئ الشفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديّين، على غرار ضمان النزاهة في التعاملات بالقرض الإستهلاكي.⁶

04 - الإرادة حرة للأطراف:

تجد القوة الملزمة للعقد أساها في إرادة المتعاقدين (مبدأ سلطان الإرادة)، لما لها من سلطان كبيرة في تكوين العقد والآثار التي تترتب عليه، وأيضاً جميع الروابط القانونية وإن لم تكن تعاقدية، وبالتالي فإنّ إسناد

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² حليس لخضر، المرجع السابق، ص 63.

³ المادة 107 فقرة 01 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية".

⁴ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 365.

⁵ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

⁶ حليس لخضر، المرجع السابق، ص 71.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

قوة العقد الملزمة إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة أصبح بمثابة قانون يجب تطبيقه من طرف المتعاقد، لأن بنود العقد وشروطه هي من إنشاء الإرادة الحرة، ومن ثمّ فل يخضع المتعاقد إلاً للإلتزامات التي ارتضاها مختاراً.

رغم إتجاه الفقه إلى اعتبار الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد، إلا أن هذه الفكرة قد تعرّضت للنقد، وأهم ما وُجّه إليها هو عدم صلاحية هذه الإرادة في العقود الشكلية التي تشترط فضلاً على تراضي الطرفين حول إبرام العقد وتحديد محتواه إلزامية إفرغه في قالب شكلي، على غرار صلايتها في فكّ نفسها بنفسها ما دامت هي منشأة العقد.¹

المطلب الثاني: حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد:

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتُنظّمها، لذا نتناول من خلال هذا المطلب بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد (فرع أول)، ثمّ نتطرق إلى الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بإعتباره من أهم الإتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها (فرع ثان).

الفرع الأول: بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد:

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقاً على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون لأن الأصل هو إلتزام الشخص بإرادته وإن إقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء إلتزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأنّ تقرير إلتزامات غير الإرادية ل يكون إلاً إستثناءً، كما أنّ تدخل المشرّع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا إتفقاً الطرفان على مخالفتها.²

أولاً: إنّ أبرز الإتفاقات التي أجازها المشرّع للأطراف، الإتفاق على فسخ العقد طبقاً للمادة 120 من القانون المدني، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، ويلاحظ أنّ إتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحاً كل الوضوح في أنّ المقصود منه إستبعاد تدخل القضاء وتحتية سلطته في هذا الشأن.

وإتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء فقد يتفق المتعاقدان على إعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يقر أحدهما بتنفيذ إلتزاماته وقد يرد الاتفاق في صورة "إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه"، ومثل هذا الشرط يُفسّر على أنّه يسلب القاضي

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 141.

² السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 45.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين، وإنما لابد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن، وقد يندرج هذا الاتفاق من حيث قوته ويأتي في 'بارة أشد وهو إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حم، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك بإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعدار، وإذا إقتضى الأمر فع دعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يُعدّ مقررًا لا منشئًا له.¹

ثانيًا: كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني عدّة حالات أخرى فيما يخص الإتفاقات التي يجوز لأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقاً لنص المادة 183 من القانون المدني²، الاتفاق على إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير في تنفيذه، ويُسمّى هذا الإتفاق بالشرط الجزائي مع أنّ الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من إختصاص القاضي وبعد إبرام العقد، كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلاً أن يشترط دفع الثمن كلّ من طرف المشتري حتّى تنتقل الملكية إليه ولو تمّ تسليم الشيء المبيع طبقاً لنص المادة 363 من القانون المدني.³

كما يمكن أيضاً للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدية يشكل أكثر نفعاً وجدية من لضمان القانوني.

الفرع الثاني: الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

إنّ الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية إتفاقاً يجعل المدين مسؤولاً حتّى عن السبب الأجنبي، وقد يتفقاً على التخفيف فيها ممّا يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه وتقصيره.⁴

¹ السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 45.

² المادة 183 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

³ المادة 363 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تمّ تسليم الشيء المبيع.. إلخ".

⁴ بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وامين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، العدد 01، ديسمبر 2004، ص 06.

الفصل الأول: الإرادة حرة في إنشاء العقد

أولاً: الإتفاقات الرامية إلى التشديد من أحكام المسؤولية:

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 من القانون المدني، التي تنص على أنه: "يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة... إلخ"¹، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الإلتزام العقدي يرجع إلى قوة فقااهرة أو حادث مفاجئ، ول شك أنّ مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن إعتباره نوعاً من التأمين ضد خطر القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، ويكون عادةً بالزيادة في المقابل الذي يتقاضها المدين من العقد.

كما أنّ الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما ود في الظرف التي وُجد فيها المدين، ولكن يجوز الاتفاق على إلتزام المدين ببذل قدر من العناية يُجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الإلتزام ببذل عناية إلى الإلتزام بتحقيق نتيجة، كما أنّه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أنّ التعويض ل يكون في الأصل إلاّ عن الضرر المباشر والمتوقع أيّ الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين بإستثناء حالتَي الغش والخطأ الجسيم²، طبقاً للمادة 182 فقرة 02 من القانون المدني، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة الإلتزام المدين، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالإلتزام التعاقدية بما فيه الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع³.

01 - التشديد في نوع الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة:

الأصل أنّه إذا ثبت الخطأ في جانب المدين لعدم تحقيقه النتيجة الواجبة عليه في العقد وعجزه عن إثبات ما ينفي خطأه بإثبات السبب الأجنبي، إذا كان ملتزماً بتحقيق نتيجة، أو لعدم بذله العناية المطلوبة، إذا كان ملتزماً ببذل عناية، تحقق في جانبه الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية ألاّ وهو ركن الخطأ غير أنّه ليس ثمة مانع يحول دون المتعاقدين للإتفاق على تشديد المسؤولية العقدية من خلال تحويل الإلتزام ببذل عناية إلى الإلتزام بتحقيق غاية معينة، كأن يتفق المريض مع الطبيب على أن يُصبح إلتزامه في العلاج الطبّي ليس مجرد الإلتزام ببذل عناية على النحو المقرر وفق القواعد العامّة وإنما إلتزاماً بتحقيق نتيجة

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² سحنين محمد، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 178.

³ المادة 182 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنه: "...غير أنّه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب عشاءً أو خطأً جسمياً إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقّعه عادةً وقت التعاقد".

الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد

بحيث تترتب مسؤولية الطبيب العقدية في حالة عدم نجات العملية الجراحية المنفق على إجرائها وإن أثبت أنه قد بذل عناية الطبيب المعتادة.

02 - الاتفاق على التشديد في درجة الإلتزام المطلوب:

يحدث أن يتفق الأطراف على التشديد في مسؤولية المدين من خلال إشتراط الدائم على المدين بذل عناية أكبر من العناية المفروضة بموجب القواعد العامّة والمتمثلة في عناية الرجل العادي وذلك بأن يكون المدين مسؤولاً عن الخطأ التافه أو اليسير الصادر من جانبه، بالرغم من أنه ما كان ليسأل عنها في الأحوال العادية.

ثانياً: الإتفاقات الرامية إلى التخفيف من أحكام المسؤولية:

تعريف إتفاقات التخفيف من المسؤولية العقدية بأنها عبارة عن بند يرد في عقد أو إتفاق منفصل تخفف بموجبه مسؤولية المدين وذلك بحصرها في جزء من المسؤولية فتكون بمثابة إعفاء جزئي من المسؤولية، كما يمكن أن يورد المتعاقدون أيضاً بموجب بند يرد في عقد أو إتفاق منفصل ما قد يفيد بالتخفيف من درجة العناية المطلوبة، أو يتم الاتفاق على التخفيف من نوع الإلتزام المفروض من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية فقط، أو الاتفاق على الإنقاص من مدّة التقادم.

01 - الاتفاق على إعفاء المدين إعفاءً جزئياً من المسؤولية:

يحدث أن يتفق الأطراف على إستبعاد بعض الأضرار من التعويض، كأن يتم الاتفاق على أنّ المدين يسأل عن تعويض الأضرار الناجمة عن خطئه المادي جرّاء عدم تنفيذ الإلتزامه أو التأخر في ذلك أو تنفيذه تنفيذاً معيباً دون أن يسأل عن تعويض الأضرار الأدبية التي يمكن أن تلحق بالدائن جرّاء الخطأ نفسه.¹

02 - الإتفاقات الرامية إلى تخفيف درجة العناية المطلوبة:

طبقاً للمادة 172 من القانون المدني، فإنّ الأصل هو إلتزام المدين ببذل العناية المفروضة على الرجل العادي حين أدائه لأعماله، غير أنّه يجوز الاتفاق على خلاف هذا كأن تستعير شركة من شركة أخرى رافعة فإنّه يكون لزاماً على الشركة المستعيرة أن تحافظ على الرافعة كما تحافظ آلتها الأخرى كانت تزيد على عناية الرجل المعتاد فإن كانت تدير رافعتها عن طريق مهندسين وخبراء، فإنّه يكون عليه أن تفعل نفس الشيء مع الرافعة المستعارة، غير أنّه يجوز في هذه الحالة أن تتفق الشركتان على تخفيف درجة

¹ خوالده أحمد مفلح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص ص 127 ، 128

الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد

العناية المطلوبة في تشغيل الرافعة وبالتالي فإنّ الشركة المستعيرة لا تكلف بأكثر من عناية الرجل العادي ولا تكون قد أخطأت إذا ما أسندت تشغيل الرافعة إلى أشخاص عاديين.¹

03 - الاتفاق على تخفيف الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية:

قد يطلب المدين أحياناً نشاط معيّن يؤمل من ورائه تحقيق نتيجة محددة فإن لم تحقق هذه النتيجة أعتبر مخطئاً بالإلتزامه ممّا يقيم مسؤوليته تجاه الدائن بالإلتزام وهنا نكون أمام الإلتزام بتحقيق نتيجة، وأحياناً أخرى قد يعهد للمدين بذل ما بوسعه وقدرته من أجل تحقيق الهدف المرجو من تعاقدته فعدم تحقق النتيجة في هذه الحالة لا تترتب عليه المسؤولية إذا أثبت أنّه قد بذل العناية المطلوبة وهنا نكون أمام الإلتزام ببذل عناية.²

ويحدث أن تتجه إرادة الأطراف إلى التخفيف من نوع الإلتزام ليصبح إلتزاماً ببذل عناية فقط بعد أن كان إلتزاماً بتحقيق نتيجة.

04 - الاتفاق على إنقاص مدّة التقادم:

من الممكن أن يتفق الطرفان على أن تتقادم دعوى المسؤولية التي قد تنشأ عن علاقتهما العقدية خلال مدّة عشر سنوات مثلاً، في حين أنّ تقادمها في الأصل هو خمس عشر سنة، ومن الواضح أنّ مل هذا الاتفاق لا يمس المسؤولية بشكل مباشر، وإنّما يرتبط بدعوى المسؤولية وهي أثر من آثار المسؤولية وتقضي القاعدة العامة بعدم جواز الاتفاق على إنقاص مدّة التقادم، إلّا أنّه إذا وُجدة نص في التشريع يجيز مثل هذا الاتفاق، يمكن للأطراف الإتفاق على مدّة أقل³، مثل ما جاء في نص المادة 386 من القانون المدني التي تنص على جواز الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة.⁴

¹ خمسون ناهد، الاتفاق على تعديل أحام المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016، ص 143.

² حمداوي نورة، الإلتزام ببذل العناية والإلتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، يوم 22 جانفي 2020، ص 116.

³ سريم زهية، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012/2011، ص 118.

⁴ المادة 386 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثمّ ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعوته في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد

05 - الإتفاقات الرامية إلى الإعفاء من أحكام المسؤولية:

بالإضافة إلى الأسباب التي ينص عليها القانون للإعفاء من المسؤولية كما يحدث في حالة إثبات السبب الأجنبي قد يتفق الأطراف أيًا على ذلك حيث أنّ العقد شريعة المتعاقدين شرط عدم المساس أو الإخلال بالنظام العام والآداب العامّة، ويعرّف الاتفاق المعفي من المسؤولية بأنّه ذلك الاتفاق الذي يرمي إلى أن يرفع عن كاهل الشخص كليًا أو جزئيًا الإلتزام أو الواجب الملقى على عاتقه أيّ يخلّصه من المسؤولية، لكنّه يفترض تحقق المسؤولية أولًا بأركانها، سواء أكانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية.¹

¹ سريم زهية، المرجع السابق، ص 120.

الفصل الثَّانِي:

القيود الواردة على حرية

الإرادة في إنشاء العقد

الفصل الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

المبحث الأوّل: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد:

نتناول من خلال هذا المبحث الإلتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات (مطلب أوّل)، ثمّ نتطرق إلى القيود الواردة على حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: الإلتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات:

حيث نتناول من خلال هذا المطلب الإلتزام بمبدأ حسن النية (فرع أوّل)، ثمّ نتطرق إلى الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: الإلتزام بمبدأ حسن النية:

أولاً: دور حسن النية في مرحلة التفاوض:

حسن النية في فترة تكوين العقد، والإتفاقات والعقود المُمهّدة للتعاقد، يهدف إلى الحفاظ على توازن العلاقة التعاقدية، خلال مرحلة التفاوض على بنود العقد، كما أنّه يفرض قانون الإلتزام بالإعلام والإدلاء بكافّة البيانات للطرف الآخر، وكذا حماية حريته وإرادته التعاقدية، بهدف الإحاطة الشاملة بمضمون العلاقة التعاقدية وعناصرها الأساسية في كل الجوانب ومن ثمّ حماية الرضا وسلامته من العيوب التي يمكن أن تتمخّض في فترة التكوين، فكان لا بدّ من تزويد المفاوضات المقابل (المستهلك) بالمعلومات الضرورية والبيانات الكافية، للاختيار بين السلع والخدمات المعروضة.¹

ومنه فإنّ المقصود بحسن النية هو ترسيخ مبادئ الصدق والأمانة والثقة والصراحة والشفافية وعدم الغش والإحتيال، حفاظاً على مصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والإستمرار في إنجازها بنشئ الطرق، في الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض، وذلك بتقديم المقترحات والحلول المقنعة بالوسائل المشروعة والمقبولة من طرفي التفاوض.²

ثانياً: أساس الإلتزام بالتفاوض بحسن نية:

إنّ الإلتزام القانوني بالتفاوض بحسن نية يفرض على المتفاوض الأمانة والإستقامة والعدالة والإنصاف، وهو الإلتزام تبادلي يقع على كلا الطرفين خلال مرحلة التفاوض، بأن لا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخداع والإحتيال، بل يتبع المسلك المألوف والمُعْتاد في التفاوض، وهو السلوك القويم والإبتعاد عن نية الإضرار، ممّا يتطلب منه القيام بتصرفات إيجابية معيّنة للعاون مع الآخر وفقاً لما يمليه مبدأ حسن النية، والإمتناع عن إتيان تصرفات معيّنة، كمحاولة خداع الطرف الآخر.³

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص 86 ، 87.

² الخضري محسن، مبادئ التفاوض، دار مجموعة النيل العربية، القاهرة، 2003، ص 34.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 87 - 89.

الفصل الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

وعلى هذا الأساس، فإنّ الإلتزام بالتفاوض بحسن نية كالإلتزام رئيسي يقع على عاتق كل من طرفيّ المفاوضة، وهو الإلتزام بتحقيق نتيجة، وليس الإلتزام ببذل عناية، فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنّه بذل كل ما في وسعه لكيّ يكون حسن النية فلم يستطيع، كما أنّه لا يجوز له بصورة صورية كاذبة أو وعود خادعة، لمجرد التسلية أو الدعاية أو إستطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد. ومنه فإنّ مبدأ حسن النية في القانون المدني هو قاعدة عامّة لكافة التصرفات، عملاً بمقتضيات المادة 107 من القانون المدني والتي تنص على أنّه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية"¹ بما يعني صراحة ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبمفهوم الضمني يسري هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد، حيث إشتراط المشرع الجزائي البحث في النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ حسب المادة 111 من القانون المدني²، كما إشتراط حسن النية للتمسك بإبطال العقد، وبأن لا يضّر الإبطال بالغير حسن النية، وأجاز للمشتري حق الرجوع بضمان العيوب الخفية وطلب التعويض ولو كان البائع حسن النية، كما أنّه إفترض حسن النية في الحائز حتّى يقوم الدليل على العكس، وتملك الشيء الجديد للمالك حسن النية في حالات الإلتصاق.

الفرع الثّاني: الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام:

وعلى هذا الأساس نتناول من هذا المطلب دور الإعلام في مرحلة التفاوض (أولاً)، ثمّ الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد (ثانياً).

أولاً: دور الإعلام في مرحلة التفاوض:

يقتضي حسن الية في التعامل أن لا يكتفي المدين بالإلتزام بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يجب عليه كذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر لمّا كان هناك مقتضى لذلك، وعذا إذا كانت طبيعة الشيء محل العقد، أو الظروف المحيطة بالتعاقد تفرض عليه بالإضافة إلى الإعلام أن يحذّر الطرف الآخر، أو يلفت إنتباهه، إلى إحتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن العقد، وذلك حتّى يتخذ هذا الأخير الأوضاع الوقائية المناسبة لتفادي مثل هذه الخطورة ويطبّق ذلك في المقام الأوّل على صانع وبائع الأشياء الخطرة، والواقع أنّ هذا الإلتزام بالتحذير ليس إلتزاماً مستقلاً بذاته، ولكن هو إلتزاماً مكماً للإلتزام بالإعلام، وبالتالي يعتبر الإلتزام مشدداً مثل الإلتزام بالتحذير، ويكون الإلتزام بالنصيحة على الدين المحترف

¹ الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.
² المادة 111 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "إذا كانت عبارة العقد واضح فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، إمّا إذا كان هناك محلّ لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

في المجال الذي يتم غفيه التعاقد، وبالتالي يلزم المدين المحترف بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يرغب التعاقد معه فبيّن له مدى ملائمة العقد من الناحية الفنيّة والمالية، فالإلتزام بالنصيحة إذاً الواقع على اعاتق المهني هو أيضاً قائم على مبدأ حسن النية.¹ أمّا بخصوص مضمون هذا الإلتزام فإنّه يتبيّن بأنّ الإلتزام بالإعلام في فترة المفاوضات لا يقتصر على مجرد إلزام الطرف المتفاوض بالإدلاء بالبيانات والمعلومات والمُعطيات ذات الصلة بالعقد بل قد يصل مداه إلى أبعد من ذلك ويشمل على الإلتزام بالإعلام المحض والتحذير والنصيحة، كما يلي:

01 - الإلتزام بالإعلام المحض:

ويُمثّل هذا الإلتزام الأصل فيما يلتزم به كل طرف يتفاوض أثناء فترة المفاوضات على العقد، إذ يلتزم من حيث الأصل بالإدلاء بكافة البيانات والمعلومات والمُعطيات ذات الصلة بالعقد المتفاوض عليه فحسب، وهذا الإدلاء أو الإفصاح عن البيانات العقدية قد يتم شفاهةً أو كتابةً، وهذا الإلتزام يمثّل الإلتزام بالإعلام بمعناه الضيق وهو لا يقتصر على مجرد البيانات التي يعطها الطرف المتفاوض فعلاً بل يمتدّ ليشمل البيانات التي كان من المفروض عليه أن يعلمها.

02 - الإلتزام بالتحذير والنصيحة:

الأصل هو أن يقوم الطرف المتفاوض في الظروف العادية بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المعطيات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه بغيره أن يفرض عليه بالإعلام، إلاّ أنّه وفي بعض الأحيان فإنّ طبيعة الشيء محل العقد المرتقب أو الظروف المحيطة بالتعاقد قد تفرض عليه فضلاً عن ذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر أو يلفت إهتمامه أو إنتباهه إلى احتمال وجود خطورة ماديّة أو قانونية مترتبة على العقد.

كما يقوم الطرف المتفاوض بتقديم النصيحة إلى الطرف المتفاوض الآخر لأنّ مبدأ حسن النية في التفاوض يلزم المتفاوض بعدم الإكتفاء بتقديم البيانات والمعلومات فحسب بل القيام بإبداء النصح إذا تطلب الأمر ذلك وهو يُعد بمثابة مرحلة مشددة ومتقدمة في الإلتزام بالإعلام.

ومنه فإنّ حدود هذا الإلتزام تقتصر على البيانات والمُعطيات والمعلومات التي يستحيل على الطرف الآخر العلم بها بنفسه لأنّ الإلتزام بالإعلام لا يقوم إلاّ عندما يكون الطرف المتفاوض الآخر جاهلاً بالمعلومات والمُعطيات المطلوبة لأنّ الأصل أنّ كل طرف متفاوض يلتزم بالإستعلام بنفسه عن المعلومات والبيانات ذات الصلة بالعقد المرتقب ولذلك فإنّ هذا الإلتزام يرتبط بالإلتزام آخر وهو الإلتزام بالإستعلام.²

¹ بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012، ص 90.

² يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيديّة، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص ص 182 -

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ثانياً: الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام قبل التعاقد:

الأساس القانوني للإلتزام قبل التعاقد نستشفه من خلال أحكام الإلتزام بالإعلام التي نجدها في الفقه والقانون المدني، حيث يعتبر الغلط أحد العيوب التي تشوب الرضا، وقد عرّفه الفقه على أنه: "وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصوّر له الأمر على غير حقيقته"¹، وقد عرّفته المادة 82 من القانون المدني على أنه: "يكون الغلط جوهرياً، إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"²، وللمطالبة بإبطال العقد لا بدّ أن يكون الغلط جوهرياً، ويكون كذلك إذا بلغ حدّاً من الجسامة، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص ما وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهريّة أو يجب إعتبارها كذلك، أو في صفة من صفاته، كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، وعليه لا يكون العقد باطلاً حسب المادة 82 من القانون المدني المادة المقابلة للمادة 1132 من القانون المدني الفرنسي الجديد ما لكن يعدم الإعلام منصباً على صفة جوهريّة في الشيء المبيع.³ كما نجد الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام في التدليس حيث تناول المشرّع أحكامه من خلال المادتين 86 و 87 من القانون المدني غير أنّه لم يعرفه، بينما عرّفه الفقه بأنّه: "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد"⁴. أمّا القانون الفرنسي الجديد عرّف التدليس بموجب المادة 1137 على أنه: "التدليس هو وصول أحد المتعاقدين على ضراء الآخر باستخدام الطرق الإحتيالية أو الأكاذيب، ويعتبر تليساً كذلك إخفاء أحد المتعاقدين عمداً لمعلومة يعرّف صفتها الحاسمة بالنسب للأطراف الآخر"⁵.

وفي الأخير نجد أنّه إذا كان الإلتزام بالإعلام هو الإلتزام قبل تعاقد يهدف إلى حماية رضا المتعاقدين، لذلك فإنّ الإخلال بهذا الإلتزام من شأنه أن يؤثّر في رضا المتعاقد الدائم بما يؤدي إلى تعيب إرادته، فكان طبيعياً بالتالي التوجّه نحو الجزاء المقرر في حالة عيوب الإرادة، أيّ نحو بطلان العقد في حالة الإخلال بهذا الإلتزام، إذا ما ترتب على هذا الإخلال أن تعيب رضا المتعاقد بعيب من هذه العيوب،

¹ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامّة للإلتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 76.

² الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

³ المادة 82 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني،

المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو

لم يقع هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب إعتبارها

كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكن تلك الذات أو هذه الصفة

السبب الرئيسي في التعاقد".

⁴ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 124.

⁵ القانون المدني الفرنسي الجديد، المؤرخ في 10 فيفري 2016، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 35،

بتاريخ 11 فيفري 2016.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

وهي الغلط والتدليس، حيث إذا ما تبين أنّ عدم الإدلاء بالبيانات المطلوبة فقد تمّ بقصد إخفائها عن المتعاقد معه بقصد تضليله ودفعه إلى المتعاقد، كان له طلب إبطال العقد إستناداً إلى هذا الكتمان التدليسي.¹

والقانون الجزائري ركّز كثيراً على الإلتزام السابق على التعاقد، والتمثّل في إعلام المتعاقد، وإخباره بمضمون العقد من جهة، وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى، كما أنّه تدخل لحماية إرادة المشتري وإعادة التوازن بين طرفيّ العقد، حيث أوجب من خلال المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على كل متعامل أم يعلم المستهلك لبكل المعلومات المتعلقة بالمنتوح الذي يضعه للإستهلاك.

ونجد كذلك المادة 04 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تقتضي بأنّه يتولّى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع. وبهذا فإنّ الإلتزام بالإعلام هو إلتزام يفرضه القانون خاصّة على المتفاوض المهني أو المحترف، بضرورة تبصير المتعاقد وتبرير إرادته بكافّة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد محلّ التفاوض، في المرحلة السابقة على لتعاقد، وعلى ذلك فإنّ الإخلال بهذا الإلتزام الذي تفرضه طبيعة الإلتزامات المعنية إذا وقع في مرحلة التفاوض على العقد يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيري وفقاً لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني الجزائري.²

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد:

نتناول من خلال هذا النظام العام والآداب العامّة كقيّد على حرية التعاقد (فرع أوّل)، ثمّ نتطرّق إلى المحل والسبب (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: النظام العام والآداب العامّة كقيّد على حرية التعاقد:

من بين الحدود التي أوردها المشرّع على حرية إرادة المتعاقد في إنشاء العقود نجد فكرة إحترام النظام العام والآداب العامّة وعدم مخالفة العقد المزمع إنشائه لأحكام النظام العام والآداب العامّة، وبهذا نتطرّق إلى توضيح معنى فكريّ النظام العام والآداب العامّة، ثمّ إلى تطبيقاتهما.

أوّلاً: فكرة النظام العام كقيّد على حرية الإرادة:

01 - تعريف النظام العام:

لم يُعرّف المشرّع الجزائري النظام العام ولم يحدد فكرته بل إكتفى بالنص فقط على بطلات التصرفات القانونية متى كانت تخالف النظام العام، تاركاً بذلك للفقهاء والقضاء مسألة تعريفه، ولقد اختلف الفقهاء في تعريف فكرة النظام العام، ومن بين التعاريف يوجد ما يلي:

¹ قاسم محمد حسن، القانون المدني، الإلتزامات، العقد، المجلد الأوّل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2018، ص ص 278 ، 279.

² بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص ص 104 - 109.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

عرّفه جانب من الفقه بأنّه: "الأساس السياسي والاجتماعي والإقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين السارية فيها".¹

وعرّف أيضاً بأنّه: "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامّة سياسية، أو إجتماعية، أو إقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد".²

02 - تطبيقات فكرة النظام العام:

إنّ فكرة النظام العام مجال واسع فنجدها في القانون العام كما نجدها في القانون الخاص، لكن ما يهّمنا هو فكرة النظام العام وتطبيقاتها في مجال القانون الخاص، وبمعنى أدق في المعاملات المالية. ففي مجال المعاملات المالية يجدر بنا التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملّة للنظر في مدى تطبيق فكرة النظام العام في كلتا القاعدتين.

فالقواعد الآمرة هي تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، فمن خلال معنى القواعد الآمرة يتّضح لنا بأنّه لا يجوز للأشخاص الإتفاق على مخالفة حكمها وذلك إلى أنّ القواعد التي تحمي المصالح التي يراها القانون تحتاج للإستقرار وعدم إستطاعة الأشخاص الإتفاق على ما يُخالفها وكذلك لتعلقها بالمصلحة العامّة.³

ومن بين القواعد الآمرة الموجودة في مجال العقود يوجد ما يلي:

حسب نص المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني، والتي تنص على أنّه: "غير أنّه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الإلتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك".

وكذلك المادة 110 من القانون المدني، والتي تنص على أنّه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك".

أمّا القواعد المكملّة فتعتبر تلك القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، وهي بذلك تترك الموضوع الذي تتناوله لإرادة الأطراف لينظموه وفق مشيئتهم، وتضع إلى جانب ذلك حكماً يكون تطبيقه لازماً إذا أغفل الأطراف الإتفاق على تنظيم ما ترك لمشيئتهم، أو عجزوا عن التوصل إلى إتفاق

¹ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 138.

³ حسنين محمد، المرجع السابق، ص 66.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

بشأنه، وهي توصف بأنها قواعد مكملة لأنها تكمل النقص والقصور في إرادة الأطراف عند إبرامهم لتصرف معين، ويظهر هذا النقص من خلال فشل الأطراف في التوصل إلى إتفاق.¹

ثانياً: فكرة الآداب العامة:

01 - تعريف الآداب العامة:

إن فكرة الآداب العامة مثلها مثل فكرة النظام العام فلم يعرفها المشرع الجزائري، وترك تعريفها للفقهاء؛ فهناك من عرفها بأنها: "هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين به الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتصلة، وما جرى به العرف".

أو هي "مجموعة الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المعنوية، ومن القواعد التي تهم الآداب هي المسائل المتعلقة بالقمار والدعارة، وكل إتفاق يكون محلّه مخالفًا للآداب العامة يُعدّ باطلاً".²

02 - تطبيقات لفكرة الآداب العامة:

يعتبر العقد باطلاً إذا كان مخالفًا للآداب ومنافياً للأخلاق وفقاً لنص المادة 97 من القانون المدني³، كما أنه يقع باطلاً كل إتفاق يُخالف الآداب، ومتعلق بالمقامرة، وقد نصّ المشرع على بطلان كل إتفاق خاص بالمقامرة أو الرهان، وذلك من خلال نص المادة 611 فقرة 01 من القانون المدني، وإستثنى الرهان الخاص بالسياق، والرهان الرياضي الجزائري في الفقرة الثانية من نفس المادة.⁴

الفرع الثاني: المحل والسبب:

أولاً: المحل في العقد:

أ - تعريف المحل في العقد:

هو الشيء الذي يلتزم به المدين، فقد يكون القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، أو نقل حق عيني، أمّا محل العقد، فهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها.⁵

¹ يحي عبد الحميد، محاضرات في مقياس مدخل العلوم القانونية، أقيمت على طلببة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014/2013، ص 38.

² فيلاي علي، المرجع السابق، ص 279.

³ المادة 97 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنه: "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غي مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً".

⁴ المادة 611 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنه: "يحظر القمار والرهان، غير أنّ الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري".

⁵ السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص 204.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ب - شروط المحل في العقد:

ب/1 - أن يكون المحل موجود أو ممكن الوجود: إذا كان محل الإلتزام إعطاء شيء، يجب أن يكون هذا الشيء موجوداً، أما إذا كان عملاً، فيجب أن يكون العمل ممكناً، وذلك طبقاً لنص المادة 92 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، وكذلك ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".¹

ب/2 - أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين: حيث تنص المادة 94 من القانون المدني على أنه: "إذا لم يكن محل الإلتزام معين بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً"، كالعقار بتعيين موقعه، ومساحته، وحدوده، وإذا كان إمتناع عن عمل وجب تحديدي الأمور التي يمتنع عنها المدين. ب/3 - أن يكون المحل مشروعاً: حيث يجب أن يكون المحل مشروعاً، وغير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة طبقاً لنص المادة 93 من القانون المدني، وفي حالة عدم المشروعية يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويجب ألا يكون المحل من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل كالشمس والقمر، وألا يكون المحل من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون.

ثانياً: السبب في العقد:

01 - تعريف السبب:

هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه نتيجة إلتزامه، وهو كذلك ركن جوهري في العقد.

02 - نظريات السبب:

أ - النظرية التقليدية: كانت العقود خاضعة للشكل، ولم يكن للسبب أي مجال في نظرية الإلتزام، وترجع فكرة السبب للقانون الروماني، وهو الغرض القريب المباشر دون النظر إلى غيره من الأسباب البعيدة أو غير المباشرة، واشترط أنصار هذه النظرية شرطين وهما:

- وجود السبب، بمعنى أن يكون للإلتزام سبباً، وإذا لم يوجد سبب كان العقد باطلاً.

- أن يكن السبب مشروعاً، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ب - النظرية الحديثة:

تدخل هذه النظرية في السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، كلما كان متصلاً بالمتعاقد الآخر أي أنه كان عالمياً به أو أنه يستطيع أن يعلم به، فإذا كان الباعث الدافع كامناً في نفس المتعاقد يظل غريباً ولا يدخل في تكوين السبب، فيجب أن يكن الباعث الدافع من الأمور الجوهرية التي أدت بالمتعاقد إلى تحمّل الإلتزام، ويجب أن يكو الباعث الدافع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.²

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² السعدي محمد الصبري، المرجع السابق، ص ص 217 - 228.

الفصل الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ج - موقف المشرّع الجزائري من النظريتين:

طبقاً لنص المادة 97 من القانون المدني والتي تنص على أنّه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً"، وبهذا فإنّ المشرّع الجزائري قد جعل من السبب أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من القوانين وإذا كان السبب غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاً مطلقاً. وبهذا أخذ المشرّع الجزائري بالنظرية الحديثة في السبب، بمعنى الباعث الدافع للتعاقد، واشترط أن يكون مشروعاً طبقاً لنص المادة 98 من القانون المدني والتي تنص على أنّه: "كل إلزام يفترض أن يكون له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".¹

المبحث الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه:

حيث نتناول من خلال هذا المبحث القيود على حرية الإرادة في إبرام العقد (مطلب أوّل)، ثمّ نتطرق إلى القيود الواردة على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: القيود على حرية الإرادة في إبرام العقد:

وبهذا نتناول الشكلية كقيّد على حرية الإرادة في التعاقد (فرع أوّل)، ثمّ الفرع الثّاني: سقوط التعبير عن الإرادة (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: الشكلية كقيّد على حرية الإرادة في التعاقد:

تتجلّى الشكلية المباشرة في اشتراط الكتابة في العقود الشكلية، أو اشتراط التسليم في العقود العينية. أوّلاً: اشتراط الكتابة:

فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل إضافة إلى أركان الأخرى من التراض ومحل وسبب تحتاج كذلك إلى شكل معيّن، وتتجسّد في شكلية رسمية أو شكلية عرفية.²

01 - الكتابة الرسمية:

جاءت أحكام المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني كإستثناء على القواعد العامّة في إثبات التقنين المدني المعدل والمتمم، حيث نصّت المادة 324 مكرر 01 على أنّه: "زيادة عن 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 من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".³

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² فيلالي علي، المرجع السابق، ص 296.

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

وعلق أحد المتخصصين على مضمون هذه المادة حيث أكد بأنّ المشرع الجزائري فرض هذه الشكلية الرسمية لإنعقاد التصرفات القانونية، بمعنى أنّ هذه القاعدة المتعلقة بالرسمية جاءت أمرّة وجوبية لصحة التصرفات القانونية، وليست بمجرد إثباتها¹، لذلك يرى الدكتور علي علي سليمان أنّ العقود الشكلية هي تلك العقود التي لا نكتفي فيها بتطابق الإرادتين حتّى تكون تلك العقود مصدرًا للإلتزامات.²

وبالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني، فإنّها حددت الهيئة التي تصدر عنها تلك الكتابة الرسمية، حيث جاء فيها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامّة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن".³

وإنطلاقًا ممّا جاء في أحكام المادة 324 فإنّه لا بدّ أن تتوفر شروط شكلية وأخرى قانونية حتّى يتحقق مقصود الورقة الرسمية، وهو ما أكّدته فعلاً المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 19 أكتوبر 1985 حيث جاء في قرارها ما يلي: "من المقرر قانونًا أنّ الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامّة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقًا للأوضاع القانونية في حدود سلطته وإختصاصه، ولذا فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ خرقًا للقانون".⁴

02 - الشكلية العرفية:

إضافة إلى الكتابة الرسمية التي إشتراطها المشرّع في بعض العقود والتي تعد ركنًا في العقد، فإنّه يرى أحيانًا ضرورة توفر الكتابة في العقد الذي يقوم به الطرفان ولا يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية ولكنه يقرر بطلان العقد الذي يتم بدونها فنُعد حينئذٍ قيّدًا على إرادة المتعقد في إنشائها للعقد، ولا بدّ إذن من مراعاة هذه الشكلية لأجل صحة العقد. وبالتالي تُعد الكتابة العرفية الصورة الأخرى للشكلية اللازمة لإنعقاد بعض العقود، تضاف إلى الشكلية الرسمية، وقبل تحديد العقود التي تقوم على الشكلية أو الكتابة العرفية، ينبغي علينا تعريفها وتحديد شروط إكتمالها وتحققها باعتبارها ركنًا للإنعقاد أو يمكن إستعمالها في الإثبات مستقبلاً.⁵

أ - تعريف الكتابة العرفية:

المحرر العرفي هو المحرر الذي يتولّى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ويشمل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذا في الكتابة العرفية لا غير، ولقد نصّت المادة 327 من القانون المدني على أنّه: "يعتبر

¹ زواوي محمود، الشكلية للمصلحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1987، ص ص 79 ، 80.

² علي علي سليمان، محاضرات عامّة حول القانون المدني الجزائري، ص ص 07 ، 08.

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم.

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 36662، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 152

⁵ بطيمي حسين، محاضرات الشكلية في العقود، أُلقيت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2017/2018، ص 10.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

العقد العرفي صادرًا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه... إلخ".¹ لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً للعقد العرفي، لكن هناك من الفقه من يعرفه على أنه: "كل سند مُعد للإثبات، يتولّى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون، بدون تدخل الموظف العام، فالكتابة العرفية هي تلك الكتابة التي تفرغ في محرر ما وتتبع بتوقيع من أصحاب الشأن الذين يتولون ذلك بأنفسهم، وهي ذلك الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلةً لإثبات تصرفاتهم القانونية، ثمّ قننه المشرع وأعطاه تسمية العقد العرفي، وقد نظّمه المشرع في نصوص القانون المدني لاسيما المادتين 327 و 328 منه.²

ب - شروط الكتابة العرفية:

لكي نكون أمام الكتابة العرفية، فإنّه لا بدّ من توافر شرطين أساسيين، الشرط الأوّل وهو التصرّور الكتابي، والشرط الثاني وجود التوقيع.

ب/1 - الكتابة:

ولا يستلزم في هذا النوع من الكتابة شروط معيّنة، حيث يكفي لأنّ تكون دليلاً في الإثبات أن تون العبارات مخطوطو، أيّاً كانت لغة التعبير أو طريقة التحرير وأيّاً كان الشخص الذي تولّى كتابتها فهي تصبح بلغة أجنبية، أو برموز متفق عليها وتصحّ أن تكون بالمداد أو بالرصاص وغيرهما، كما أنّها تصحّ حتّى من الشخص الذي لا يكون مؤهلاً لإبرام التصرفّ الثبات في الورقة العرفية، لأنّه ليس أداة للتعبير عن إرادة أصحاب الشأن.³

ولا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية إلّا أنّها لا تكون حجّة على الغير إلّا إذا كان لها تاريخ ثابت حسب نص المادة 328 من القانون المدني.⁴

وإذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإنّ التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلّا إذا أثبت تزويره.

ب/2 - التوقيع:

يتمثّل التوقيع على الورقة العرفية في أن يضع الشخص بخط يده عليها لقبه واسمه أو هما معاً أو كنيته أو أيّة كتابة أخرى ومن ثمّ لا بد أن يكون التوقيع باليد، وأمّا في المواد التجارية فإنّ بالإمكان أن يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع.

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 11.

³ بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 129.

⁴ المادة 328 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "لا يكون العقد العرفي حجّة على الغير في تاريخه إلّا منذ أن يكون له تاريخ ثابت،... إلخ".

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ولا يمكن إعطاء أيّة قيمة للتوقيع إلا إذا كان صادراً من الطرف الذي يُنسب إليه ولذلك فإنّ الوكيل لا يوقّعه باسم موكله ولو تلقّى تعليمات في ذلك وإنّما يجب أن يوقّع بإسمه الشخصي وبصفته نائباً عن موكله.

ولا يشترط لصحة العقد العرفي إلا توقيع المدين بالإلتزام الثابت فيه، وإذا كان العقد الثابت فيه عقداً ملزماً للجانبين كعقد البيع، وجب أن يحمل العقد توقيع كل من البائع والمشتري إذ كلاهما مدين بالإلتزام الأوّل بنقل ملكية المبيع والثاني بدفع الثمن فيكون توقيع كل منهما بحجّة على من صدر منه، ولا يشترط شكلاً خاصّة في هذا التوقيع، حيث يكفي أن يكون هو التوقيع الذي إعتاد عليه من صدر منه، بحيث يمكن أن يكون بصمة أو ختمًا أيضاً.

وقد يقع التوقيع على الورقة العرفية من طرف جميع ذوي الشأن في وقت واحد كما أنّه قد يتم متفرّقاً أو على مراحل أو في أماكن مختلفة.

وقد يكون التوقيع قبل كتابة النص وعلى ورقة بيضاء ليقع ملؤها فيما بعد وهذا ما يسمّى بالتوقيع على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتصلّ من الإلتزام المضاف على تلك الورقة يوقّع على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتصلّ من الإلتزام المضاف على تلك الورقة فيثبت أنّ البيانات الموجودة بها ليست مطابقة لنوايا الحقيقة، وقد أضاف المشرّع الجزائري البصمة.

والتوقيع ببصمة الإصبع لم يكن التقنين القديم ينص عليه إلا أنّه أظهر في العمل أكثر ضماناً من التوقيع المذكور أعلاه، حيث أثبت العلم أنّ بصمات الإصبع لا تتشابه، وقد جعل المشرّع الجزائري للبصمة قوّة الإمضاء تلبيةً للطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجّه في المستقبل إلى صحّة الإمضاء.¹

وقد أضاف المشرّع الجزائري كذلك التوقيع الإلكتروني حسب المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني.²

الفرع الثاني: سقوط التعبير عن الإرادة:

يسقط التعبير عن الإرادة بموت من صدره منه التعبير وكذا بنقص أهلية أحد المتعاقدين.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 121.

² المادة 323 مكرر 01 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورث، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

أولاً: موت من صدر منه التعبير:

الأصل أن للإنسان الذي يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، الحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها أو بعضها بتصرفات عوضية أو تبرعية بدون إعتراض من أحد حتى ورثته المحتملين، فالتصرف طالما أنه صدر حال حياته فهو تصرف صحيح نافذ في حق الورثة.

إلا أنه إستثناءً فيدّ المشرع والشريعة الإسلامية هذه الحرية حمايةً للغير، ومن بين هذه القيود تلك التي فرضها على تصرفات المالك في مرض الموت، والتي تعود بالضرر على الدائنين والورثة، وذلك لأنه في مرضه هذا يحسّ بدنو أجله ونهاية حياته فيتصرف في ملكه كيفما يشاء.¹

وتنص المادة 62 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند إتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".²

وبهذا فإن التعبير عن الإرادة لا يتأثر بموت من صدر منه أو بسبب فقدانه لإرادته متى إتصل بعلم من وجه إليه، ويرجع ذلك باعتبار أن التعبير عن الإرادة من وقت صدوره يصبح له حياة ووجوداً مستقلاً عمّن صدر منه، بحيث يمكن تصوّر وجوده بموت أو فقدان من صدر منه هذا التعبير، ويعتبر هذا من نتائج الأخذ بفكرة الإرادة الظاهرة، بعكس لو إرتبط التعبير بالإرادة الباطنة فإنه سياترب على ذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بمجرد موت من صدر منه أو بسبب فقدانه لأهليته، فمن خصائص نظرية الإرادة الباطنة أن لا تجعل للتعبير عن الإرادة مظهرًا ووجودًا مستقلاً عمّن صدر منه، إنما تربط هذه النظرية بين التعبير وممن صدر منه إرتباط عدمًا أو وجودًا، ومع ذلك فقد وضعت كل من المادة 62 السابقة الذكر أعلاه إستثنائين على القاعدة السابقة، وهما:

- الإستثناء الأول: إذا ظهر من التعبير عن الإرادة ذاته بأن العقد لا ينعقد إلا مع من وجه إليه نفسه لا مع ورثته.

- الإستثناء الثاني: إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقضي بأن العقد لا يتم إلا مع من وجه إليه التعبير نفسه، ويقع ذلك في العقود التي تقوم على الإعتبارات الشخصية كالتعاقد مع فنان أو رسام أو ممثل. ولفهم القاعدة التي وضعها المشرع الجزائري في المادة 62 من القانون المدني، بعدم تأثر التعبير عن الإرادة بموت أو فقدان ألية من صدر منه التعبير يجب أن يؤخذ في الإعتبار أن المشرع الجزائري قد ربط قدرة التعبير عن الإرادة على إنتاج آثاره القانونية بعلم من وجه إليه التعبير عن الإرادة، يترتب على ذلك النتائج التالية:

¹ لرجم أمينة، تحوّل العقد، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2016/2015، ص 20.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

- إذا صدر التعبير عن الإرادة بالإيجاب، ثمّ مات هذا الموجب أو فقد أهليته، فإنّ تعبيره يبقى قائماً وفقاً لأحكام المادة 62 من القانون المدني، فإذا صدر القبول ممّن وجّه إليه التعبير بالإيجاب فإنّ العقد في هذه الحالة لا ينعقد رغم قيام التعبير عن الإرادة بالإيجاب، والسبب في ذلك أنّ الموجب لم يعلم بالتعبير عن القبول حيث مات أو فقد أهليته.

- لكن على خلاف هذا الحكم لو أنّ من صدر منه التعبير عن الإرادة بالقبول مات أو فقد أهليته ثمّ إتصل هذا القبول بعلم من وجّه إليه (الموجب) فإنّ العقد ينعقد حينئذٍ.¹

ثانياً: نقص الأهلية:

يقصد بالأهلية في هذا الصدد صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وهذه الصلاحية تختلف بحسب المراحل التي يمرّ بها الشخص في حياته فالصغير غير المميّز عديم الأهلية، والصبي المميّز ناقص الأهلية، ويظل كذلك حتّى يبلغ سن الرشد ويكون بذلك كامل الأهلية.

تنقسم الأهلية إلى أهلية أداء، وأهلية وجوب، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحملّ الإلتزامات، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص ليباشر بنفسه التصرفات القانونية التي قد تكسبه حقوق وتحملّ الإلتزامات القانونية، والأصل أنّ أهلية الوجوب يتساوي فيها الناس جميعاً، ذلك أنّ الناس كقاعدة عامّة متساوون في التمتع بالحقوق، إستثناءً فقد تكون هذه الأهلية منعدمة أو تكون ناقصة أو مقيدة تدور مع الشخص وجوداً وعدماً فإذا وجدت الشخصية وجدت بالضرورة أهلية الوجوب وإذا إنعدمت الشخصية إنعدمت معها أهلية الوجوب لأنّ الأهلية وصف في الشخص فإذا زال الشخص زال معه هذا الوصف.

أمّا أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لإستعمال الحق ويمكن أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، دون أن يستطيع إستعمالها بنفسه وهذه هي أهلية الأداء.²

يلاحظ مدى إرتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا نصّت المادة 45 من القانون المدني على أنّه: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"، وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الإتفاق على تعديلها أو مخالفتها.³

والمُرَاد بالأهلية هنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده حتّى وفاته، وهي بلغة القانون المدني الجزائري الوضعي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتدّ به شرعاً.

¹ قداة خليل أحمد حسن، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة، أثره القانوني والشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الأزهر بغزّة، سلسلة العلم الإنسانيّة، المجلد 08، العدد 02، 2006، ص 36 ، 37.

² بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2015/2014، ص 30.

³ الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

إدًا بالتمييز الكامل تكمل الأهلية، وتنقص إذا نقص وتتعدم إذا إنعدم، ومع ذلك فهي أي الأهلية ليست التمييز بعينه، ويظهر ذلك في حالة ما إذا أريد الإستناد إلى إنعدام التمييز وهو ما يستتبع إنعدام الإرادة أو إنعدام الأهلية في مهاجمة تصرف المجنون مثلاً عقده قبل الحجر عليه أو بعده.¹ أمّا بعد الحجر، فكل تصرف يعقد المجنون يقع باطلاً لإنعدام الأهلية ولو كان ذلك في وقت الإفاقة، أمّا قبل الحجر فالطعن في تصرف المجنون لا يكون على أساس إنعدام الأهلية بل على أساس إنعدام وقت التصرف وهو ما يلزم إقامة الدليل عليه.

والمشرع الجزائري لم يتعرض لحكم تصرفات الصبي المميّز، واقتصرّت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على إعتباره ناقص الأهلية، كما أنّه أحال في شأن قواعد الأهلية على قانون الأسرة.² أمّا بالنسبة إلى تصرفات غير المميّز فقد تولّت المادة 42 من القانون المدني الجزائري، النص على حكمها فنصت على أنّه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر السن أو عته أو جنون... إلخ".³ فطبقاً لهذا النص تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة باطلة بطلائاً مطلقاً، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو غير نافعة، وذلك وفقاً لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة وينوب عنه وليّه أو وصيّه في هذه التصرفات.⁴

إذا بلغ الصبي ثلاثة عشر سنة أصبح مميّزاً حتّى يبلغ سن الرشد، والذي حدّدته المادة 40 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية بتسعة (19) سنة كاملة.⁵

كذلك لا تكون الإرادة كاملةً لو صدر التصرف عن شخص ذي عاهتين فتقضي المادة 80 من القانون المدني على أنّه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعدّر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تُعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها

¹ مندى آسيا يسمينه، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 52.

² المادة 43 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.
⁴ المادة 82 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984 يتضمّن قانون الأسرة، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنّه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني، تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

⁵ المادة 40 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة".

الفصل الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

مصلحته، ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عيّن من أجل مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".¹

ثالثاً: عيوب الإرادة:

بما أنّ المشرّع الجزائري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فقد جعل العقد قابلاً للإبطال إذا ما شاب رضا المتعاقد الضعيف عيب من عيوب الرضا، فتكون هذه الأخيرة موجودة ولكنها معيبة، وسوف نتناول هذه العيوب فيما يلي:

01 - الغلط:

أ - تعريف الغلط:

يكاد ينعقد الإجماع لدى الفقه على تعريف الغلط بأنه ذلك الوهم الذي يقوم في ذهن المتعاقد يتصور الأمر على غير حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد نتيجة ذلك التصور الخاطيء.²

أمّا المشرّع الجزائري قلم يورد تعريفاً للغلط، وإنما إكتفى بتحديد مواصفاته، حيث نصّت المادة 82 فقرة 01 من القانون المدني على أنّه: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدّاً من الجسامّة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط... إلخ"، والمشرّع الجزائري وضع معياراً موحّداً للغلط المعيب للرضا وهو الغلط الجوهري بحيث لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد، مستنداً في ذلك إلى المعيار الشخصي دون الموضوعي لتحديد الغلط.³

ب - صور الغلط:

من خلال الفقرات الثّانية والثالثة من المادة 82 من القانون المدني، حدد المشرّع الجزائري صور الغلط الجوهري، فذكر على التوالي الغلط في صفة الشيء والغلط في ذات المتعاقد، ولغلط صفة من صفاته، وأجمع الفقه على أنّ التعداد الوارد في المادة 82 جاء على سبيل المثال لا الحصر، وتضيف المادة 83 صورة أخرى للغلط وهي الغلط في القانون، ويضيف الفقه صوراً أخرى مثل الغلط في الباعث والغلط في القيمة، وتطبيقاً لمفهوم الغلط الجوهري نصّت المادة 84 على أنّ مجرد الغلط في الحساب أو غلطات القلم، لا تؤثر في سلامة الرضا ولا تعيب الإرادة، ولكن يجب تصحيح الغلط.

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

² بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني وفق آخر التعديلات مدعم بأحداث إجهادات المحكمة العليا، الجزء الأوّل، الصادر الإرادية والإرادة المنفرة، دار هومه للنشر والتوزيع، 2016/2015، ص 384 - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامّة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 174.

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ب/1 - الغلط في صفة الشيء:

وهو أن يكون الغلط قد وقع على ذات الشيء أو في نوعه أو صفته، وتُحدد الصفة الجوهرية للشيء طبقاً للمادة 82 فقرة 02 من القانون المدني وفقاً للمعيار الشخصي¹، بأن تكون الصفة جوهرية في نظر المتعاقدين معاً وقت إبرام العقد وفقاً لظروف التعاقد ومقتضيات حسن النية، وإذا لم يفصح المتعاقدان عن الصفة التي يريهاها جوهرية، فيتعين إستخلاصها من شروط العقد أو وفقاً لمقتضيات حسن النية.²

ب/2 - الغلط في ذات المتعاقد:

طبقاً للمادة 82 فقرة 03 من القانون المدني³، يكون الغلط في ذات المتعاقد في عقود الإعتبار الشخصي، أي تلك العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد أو إحدى صفاته محلّ اعتبار للمتعاقد الآخر، وهي السبب الوحيد الدافع للتعاقد، ويلاحظ أنّه في عقود التبرّع، يكون شخص المتعاقد كقاعدة عامّة محل اعتبار.

ب/3 - الغلط في القانون:

طبقاً للمادة 83 من القانون المدني، يكون الغلط في القانون مؤثراً في العهد إذا توافرت فيه شروط الغلط الجوهري، أي متى كان هو السبب الرئيسي للتعاقد، كالإلتزام الوارث شخصياً بدفع ديون مورثه مُعتقداً أنّ القانون يلزمه ذلك، فالغلط في القانون في المثال السابق، هو السبب الذي دفع به إلى سداد ديون المورث، وبذلك يكون قد وقع في غلط جوهري يترتب عليه قابلية العقد للإبطال، ولا تمنع قاعدة "لا يعذر بجهل القانون"، للدفع في مواجهة الوارث الذي يتمسك بالإبطال لغلط في القانون.⁴

ب/4 - الغلط في الباعث:

لا يعتدّ بالغلط في الباعث إلا إذا كان متصلاً بالصفة الجوهرية للشيء أو إذا جعل المتعاقدين منه شرطاً من شروط العقد، ويبدو أنّ المشرّع الجزائري يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب، حيث نَتّت المادة 97 من القانون المدني على أنّه: "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخلف للنظام العام أو للآداب العامّة كان العقد باطلاً"⁵، يفيد هذا الحكم أنّ الغرض من ركن السبب في العقد هو مراقبة مشروعية

¹ المادة 82 فقرة 02 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "...ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع على صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب إعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية".

² فيلاي علي، المرجع السابق، ص 117.

³ المادة 82 فقرة 03 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "...وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

⁴ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 182.

⁵ الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المُعدّل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

المعاملات وليس وجود ركن السبب، فالغلط في السبب أو الباعث في مفهوم النظرية الحديثة يخضع لنظرية الغلط الجوهرية دون سواها، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال للغلط في السبب.

ب/5 - الغلط في القيمة:

لم يقيد المشرع مجال الغلط الجوهرية واشترط فقط ان تكون تلك المعتقدات الخائطة هي الدافع للتعاقد فقد يقع الغلط في قيمة الشيء كأن ثمن المبيع هو السبب الرئيسي الذي يدفع بالتعاقد لإبرام العقد ولا شك عندئذ أنه وقع في غل جوهرية عندما يتضح له أن الثمن مرتفع جداً لو لم بحقيقته قبل التعاقد لما كان ليبرم هذا العقد.¹

ج - مواصفات الغلط المعبر معيياً للإرادة:

طبقاً للمادة 82 من القانون المدني، يشترط في الغلط الذي يعتد به كسبب لإبطال العقد أن يكون جوهرياً، وهو يكون كذلك إذا كان جسيماً ومؤثراً.

ج/1 - أن يكون الغلط جسيماً:

حددت المادة 82 من القانون المدني، الغلط الجوهرية بذلك الغلط الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد، فمن البديهي ألا يعتد بأي غلط، وذلك حفاظاً على إستقرار المعاملات.

ج/2 - أن يكون الغلط مؤثراً:

لا يكفي أن يكون الغلط جسيماً فحسب، بل يجب أن يكون مؤثراً، أي أن يكون هو الدافع للتعاقد، فالعبرة بسلامة الرضا، ويجب على من يدعي الوقوع في الغلط أن يثبت أن الإعتقادات الخائطة هي حملته على التعاقد، وهو شرط من شروط الغلط الجوهرية، ويتم اعتماد المعيار الذاتي أو الموضوعي في تقدير الغلط، ويفضل البعض المعيار الموضوعي في تقدير الغلط.

د - شروط التمسك بالغلط:

إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية وقت إبرام العقد، كان مستحقاً للحماية القانونية المتمثلة في حقه في المطالبة بإبطال العقد طبقاً للمادة 81 من القانون المدني، وأورد المشرع بعض القيود لتفادي التعسف في إستعمال الق في المطالبة بإبطال العقد.

د/1 - حسن النية:

يجب أن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط حسن النية في تمسكه بالغلط، أما إذا كان سيئ النية بحيث إغتمت فرصة وقوعه في الغلط لإبطال العقد، فهذا يحرمه من حق المطالبة بالإبطال.

¹ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 184.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

د/2 - إستحقاق الحماية القانونية:

للحصول على إبطال العقد يجب أن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط مستحقاً للحماية القانونية، وهو يكون كذلك إذا لم يكن هذا الغلك بسبب طيش منه أو إهماله الفادح، فلا يمكنه التمسك بالحق في المطالبة بالإبطال لأنه كان بإمكانه أن يتفادى الوقوع في مثل هذا الغلط، ومن ثمّ يتحمّل نتيجة طيشه وإهماله.

د/3 - أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر:

لا يشترط المشرع الجزائري إشتراك المتعاقدين معاً في العلط، لكنّه إشتراط أن يكون المتعاقد الآخر يعلم به أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه والهدف من ذلك هو إستقرار المعاملات والحدّ من التعسف في إستعمال حق المطالبة بالبطلان، فلا يجوز حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط على حساب المتعاقد الآخر الذي لا ذنب له.¹

02 - التديس:

تناول المشرع الجزائري أحكام التديس في المواد 86 و 87 من القانون المدني، وللوقوف على مضمون فكرة التديس يتعيّن علينا التطرّق إلى تعريف التديس، وعناصره، وشروطه:

أ - تعريف التديس:

تنص المادة 86 من القانون المدني على أنّه: "يجوز إبطال العقد للتديس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تديساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".²

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد إكتفى بتنظيم أحكام التديس دون التطرّق لتعريفه، وبحسب الفقه التديس هو إستخدام الوسائل الإحتيالية قد تمويه الحقيقة وتضليل المتعاقد لدفعه للتعاقد، ويرى جانب آخر من الفقه أنّ التديس هو غلط مُدبّر بإستخدام حيل يلجأ إليها المتعاقد لتضليل المتعاقد معه ودفعه للتعاقد.³

ب - عناصر التديس:

ب/1 - الركن المادي:

ويتمثّل في تلك الوسائل المستعملة في تضليل المتعاقد لدفعه للتعاقد، وهي تشمل الحيل والكذب والسكوت العمد المنصوص عليه في المادة 86 من القانون المدني.

ب/1/1 - الحيل: وهي كل الأعمال والأفعال المستعملة لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد لإيقاعه في غلط يدفعه لإبرام العقد.

¹ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 177 - 187.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

³ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 358.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

ب/1/2- الكذب: يلجأ المدلس إلى الكذب من أجل إخفاء الحقيقة، ولا يعتبر الكذب حيلة يترتب عليها التدليس ما لم يبلغ درجة من الخطورة، ويكون الكذب تدليسياً يبطل العقد إذا لم يتمكن المدلس عليه من إكتشاف الحقيقة، رغم كل الإحتياطات والجهود التي بذلها.¹

ب/2 - الركن المعنوي:

يتمثل في نية الخداع والتضليل، ولتحقيق هذا لا بد أن يكون الغرض من الحل المستعمل خداع المدلس عليه وإيقاعه في الغلط لدفعه للتعاقد، فالهدف من السكوت هو إخفاء الحقيقة على المدلس عليه حتى يعيب رضاه ويدفعه لإبرام العقد، ويعطي بعض الفقه معنًا واسعًا لفكرة نية التضليل، فيرى أنها تتحقق بمجرد علم المدلس بالضرر الذي قد يلحق المدلس عليه نتيجة سلوكه.²

ج - شروط التدليس:

طبقاً للمادة 86 فقرة 01 ق م، فإن شروط التدليس هي: استخدام الطرق الإحتيالية، أن تكون الطرق الإحتيالية هي الدافع للتعاقد، وصدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه.³

ج/1 - استخدام الطرق الإحتيالية:

وفقاً للمادة 86 فقرة 01 من القانون المدني، فإنه يشترط لقيام التدليس أن يستعمل المدلس طرقاً إحتيالية لتمويه الحقيقة وإيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، مما يؤثر على إرادته ويدفعه لإبرام العقد، كالوسائل الإحتيالية الفعلية، القولية، أو السلبية، والمادة 86 أشارت على سبيل المثال إلى الحيل والكتمان كنموذج لهذه الأساليب، فالخداع يعتبر الأسلوب الغالب في ارتكاب الغش وهو يختلف عن الغش في كون هذا الأخير يقع أثناء تنفيذ العقد، في حين أن الخداع يمس الإرادة أثناء تكوين العقد.

وحتى نكون أمام تدليس يترتب عليه قابلية العقد للإبطال يجب أن يكون التدليس مؤثراً ينال من سلامة رضا المدلس عليه، وأن تكون الحيل التي لجأ إليها المدلس هي التي تقف وراء عزم المدلس عليه على التعاقد، وإلا يعتبر رضاه سليماً وينعقد رضاه صحيحاً.⁴

ج/2 - أن تكون الطرق الإحتيالية هي الدافع إلى التعاقد:

من خلال نص المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني، يتضح أن المشرع إشتراط أن تكون هذه الحيل المستعملة مؤثرة أي تبلغ حداً من الجسامه، فتكون هي الدافع إلى التعاقد، بحيث لو علم بها المدلس عليه

¹ هانية محمد، فقيه علي، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 104 - 106.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة.

³ المادة 86 فقرة 01 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، تنص على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

⁴ جاك غاستان، المرجع السابق، ص 995.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

من قبل لما أبرم العقد، وجسامة هذه الحيل تخضع لتقدير القاضي بالإستناد على المعيار الشخصي لأنه من الأشخاص من سهل غشه ومنهم من يصعب خداعه، وكذلك ضرورة مراعاة أحوال المتعاقدين والظروف المحيطة بالتعاقد.¹

ج/3 - صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه:

تنص المادة 87 من القانون المدني على أنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمً أن يعلم بهذا التدليس"²، يتضح من خلال هذه المادة أنه إذا صدر التدليس من الغير أي من شخص من غير المتعاقدين، فيشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالمًا بالحيل الصادرة عن الغير أو من السهل علمه بها، وإلا لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد.³

03 - الإكراه:

إلى جانب الغلط والتدليس نصّ المشرع الجزائري على الإكراه كعيب من عيوب الرضا في المواد 88 و 89 من القانون المدني.

أ - تعريف الإكراه:

لم يعرف المشرع الجزائري الإكراه، أمّا الفقه فيرى جانب منه أن الإكراه هو: "ضعف غير مشروع بوسائل مادية أو معنوية فعالة تبعث الرهبة بشخص يتحمّله على قبول تصرف قانوني لم يكن ليقبله لو كانت إرادته سليمة عند مباشرته".⁴

ب - صور الإكراه:

يتمييز الفقهاء بين الإكراه المعدم للإرادة، وبين الإكراه المعني للرضا، وهو ذلك الضغط عن طريق التهديد المفزع أو القهر الواضح في النفس والمال الذي يؤثر على إرادة المكره من خلال الخوف الشديد الذي يحمله على التعاقد، والإكراه المعيب للرضا ينقسم إلى إكراه مادي ومعنوي، فأما الإكراه المادي هو تلك القوة التي تمارس على المتعاقد مباشرةً وتشلّ إرادته ولا يمكن دفعها فتقده حرية الإختيار كالضرب

¹ المادة 86 فقرة 01 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، تنص على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

² الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 62 - هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 109 - 112.

⁴ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 201، هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 114 - 116، جاك غاستان، المرجع السابق، ص 633، بلحاج العربي، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 64.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

الشديد، أمّا الإكراه المعنوي فهو ذلك التهديد الذي يتلقاه المتعاقد ويؤثر في نفسه فيخلق لديه حالة رعب وفضع ممّا يدفعه للتعاقد من أجل الحفاظ على سلامته كالتهديد بالقتل، أو هلاك المال.¹

ج - شروط الإكراه:

ج/1 - التهديد بخطر جسيم محدّق لتحقيق غرض غير مشروع:

تنص المادة 88 من القانون المدني على أنّه: "تعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تصوّر للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محدّقًا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو السج أو الشرف أو المال"، يتّضح من خلال هذه المادة أنّ وسيلة الإكراه هي بعث الرهبة في المتعاقد على أنّ خطرًا يهدده في فسه أو جسمه أو ماله أو شرفه أو أحد أقاربه وهي تتحقق إذا كان الخطر الذي يهدده محدّقًا أيّ وشيك الوقوع، وقد أخذ المشرّع الجزائري بالمعيار الذاتي في تقدير جسامته الخطر المحدّق بالمكره فما هو جسيم بنظر شخص قد لا يكون كذلك بنظر شخص آخر وهذا بسبب الاختلاف في الشخصية²، وهذا ما نصّت عليه المادة 88 فقرة 03 من القانون المدني.³

ج/2 - حصول رهبة في نفس المتعاقد تدفعه للتعاقد:

الرهبة هي إستلاء الخوف على نفسية المتعاقد فتدفعه على التعاقد وهذه هي المسائل الجوهرية في موضوع الإكراه ويؤخذ بعين الاعتبار مدى تأثير هذه الوقائع في رضا المتعاقد بما يتولّد لديه من رهبة بسبب ذلك، ويرجع للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى تأثير الإكراه في نفس المتعاقد⁴، طبقًا للمادة 88 فقرة 02 من القانون المدني.⁵

ج/3 - إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر:

تشرط المادة 88 من القانون المدني، أن يكون الإكراه الذي دفع بالمتعاقد لإبرام العقد متصلًا بالمتعاقد الآخر، حيث يجب أن يكون الطرف الآخر عالمًا به أو يفترض فيه أن يعلم به.⁶

¹ هانية محمد علي فقيه، المرجع السابق، ص 117 - 124، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 65، السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 365.

² جاك غاستان، المرجع السابق، ص 644.

³ المادة 88 فقرة 03 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "...ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 451 - السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 360.

⁵ المادة 88 فقرة 02 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم، تنص على أنّه: "وتعتبر الرهبة قائمة على بيّنة إذا كانت ظروف الحال تصوّر للطرف الذي يدعيها أنّ خطرًا جسيمًا محدّقًا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال".

⁶ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 380.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

04 - الإستغلال:

نصّ المشرّع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني على الإستغلال وإعتبره من عيوب الرضا لأنه يقع على إستغلال الضعف النفسي للمتعاقدين الآخر، وبهذا نتناول تعريفه وعناصره.

أ - تعريف الإستغلال:

يعرّفه جانب من الفقه بأنه إنتهاز المتعاقد لحالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمّل بمقتضاه إلتزامات لا تتعادل بتاتاً مع العوض المقابل، وسار المشرّع الجزائري على نفس النهج الذي سارت عليه القوانين المدنية الحديث فأخذ بفكرة الإستغلال كعيب عام في الإرادة متى ثبت الطيش البين والهوى الجامح.¹

ب - عناصر الإستغلال:

من خلال نص المادة 90 فقرة 01 من القانون المدني، يظهر جلياً أنّ المشرّع جعل الإستغلال عيباً في الرضا وقيام الإستغلال يتوقّف على عنصران أساسيان وهما:

ب/1 - العنصر المادي للإستغلال:

ويتمثّل في التفاوت الفادح بين إلتزامات المتعاقدين، أي أن يكون الإخلال فاحشاً يخرج عن المألوف، ولم يضع المشرّع حدّاً معيّناً لتقدير الإختلال الفاحش وفداحة الإستغلال وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، ويستند القاضي في ذلك على المعيار المختلط (الذاتي والموضوعي) بالنظر للقيمة الشخصية والظروف النفسية للمتعاقد، وبالنظر لنوع العقد المعني بالإستغلال وقد يأخذ العنصر المادي عدّة صور، فقد يكون التفاوت في الإلتزامات أو التفاوت في العوض الذي يتحصّل عليه كلّ متعاقد كما قد يكون التفاوت بين حظّ الربح والخسارة الذي يتحمّله كل متعاقد ويتّضح هذا التفاوت أكثر عند مقارنة قيمة ما قدّمه بقيمة ما تحصّل عليه.²

ب/2 - العنصر المعنوي للإستغلال:

وهو عنصر مزدوج له مظهران: الأوّل يتمثّل في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون، والمظهر الثّاني يتمثّل في إستغلال المتعاقد الآخر لهذا الضعف، فبالنسبة للضعف النفسي للمتعاقد فقد حصره المشرّع في حالتين: الطيش البين والهوى الجامح، وذكرهما على سبيل الحصر في المادة 90 من قانون المدني، التي نصّت على أنّه: "...وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد إستغلّ فيه طيش بيئاً أو هوى جامح... إلخ".³

¹ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 217.

² هانية محمد علي فقية، المرجع السابق، ص 128 - السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 393.

³ الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

فأمّا الطيش البين فهو حالة الخفة الزائدة والتسرّع الذي يصحبه التهور وعدم التبصر ويجعل صاحبه يتخذ قرارات دون تقدير عواقبها، ويشترط في الطيش أن يكون بيناً واضحاً لحدّ كبير.

أمّا الهوى الجامح، فهو تسلّط الشهوة الجامحة والرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد ولا يستطيع كبحها فيقع في الإستهواء، فيصبح مسلوب الإرادة.

وأما المظهر الثاني، وهو إستغلال ضعف المتعاقد المغبون، فالمادة 90 من القانون المدني تشترط أن يتم إستغلال ضعف المتعاقد المغبون من طرف المتعاقد الآخر ليدفع به لإبرام العقد فالإستغلال هنا هو الإستعمال الملائم لظروف معيّنة أتاحت للمتعاقد قصد حصوله على فائدة.

وطالما أنّ الإستغلال عيب في الرضا فيكون هذا الرضا معيياً بتوافر الركنين المادي والمعني للإستغلال بغضّ النظر عن علم المتعاقد الآخر المستفيد منه إن كان يعلم أو لا بهذا الضعف ووضع مثل هذا الشرط ما هو إلّا تضيق لمجال الإستغلال.¹

ج - سلطة القاضي في تعديل العقد الخاضع للغبن والإستغلال:

حتّى يمارس القاضي هذه السلطة يجب أن يتأكد من توافر الشروط المطلوبة قانوناً، أيّ توفرّ حالة الإستغلال بعنصريها المادي والنفسي، لأنّه بتوافرها يجوز للقاضي بناءً على طلب من المتعاقد لمغبون أن يبطل أو يُعدّل العقد.

تقدير توافر عناصر الإستغلال هو مسألة متروكة لقاضي الموضوع الذي يجوز له، بناءً على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الإلتزامات المتعاقد المغبون إذا كانت الإلتزامات متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع الإلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلّا لأنّ المتعاقد الآخر قد أستغلّ عليه من طيش أو هوى.

إنّ المتعاقد الذي تعيب رضاؤه بعيب الإستغلال على طلب الإبطال أو إنقاص الإلتزامات في العرض، دون أن يكون له حق مطالبة القاضي بزيادة الإلتزامات المتعاقد، فلا يملك القاضي سوى القضاء بالإبطال أو إنقاص الإلتزامات المتعاقد المغبون، وبالتالي لا يملك القضاء الحق في زيادة الإلتزامات المتعاقد الآخر من تلقاء نفسه أو حتّى بناءً على طلب المتعاقد المغبون، إلّا إذا طلب المتعاقد نفسه زيادة الإلتزامات في العقد.

يحق للمتعاقد المغبون أن يقتصر طلبه على دعوى إنقاص الإلتزامات الباهظة، وقد يطلب دعوى الإبطال، إلّا أنّ القاضي يرى عدم تأثير الإستغلال على إرادته بشكل كبير، فيؤثّر الإقتصار على إنقاص الإلتزامات المتعاقد المغبون دون إبطال العقد، وفي كلا الحالتين يقضي القاضي بإنقاص الإلتزامات المتعاقد المغبون بما يؤدي لرفع الغبن الفاحش بحسب تقديره للظروف، إلّا أنّ هاذ لا يعني أن يصل هذا الإنقاص إلى حدّ مساواة الثمن بالبيع.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 473.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

وعلى خلاف دعوى الإبطال لا يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد إذا ما إقتصرت طلب المتعاقد المغبون على إنقاص الإلتزامات، وإلا قضى بأكثر ما هو مطلوب منه، لاسيما وأن المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته وإختار الإنقاص.¹

د - الشروط التعسفية لعقود الإذعان:

إن عقود الإذعان أو عقود الإنضمام كما سُميَ في فرنسا فهي عقود ترتبت على إحتكار بعض المرافق العامة إحتكاراً قانونياً أو فعلياً، فأصبح هناك شركات تحتكر ذمة من الخدمات الضرورية للمجتمع مثل الكهرباء، الغاز، المياه، النقل، والعقود التي تبرم بشأنها هذه الخدمات يضعها المحتكر أو تضعها المصلحة العامة في نموذج واحد، لا تقبل شروطها التعديل فيها (تسمى بالشروط التعسفية)، ويجب على المشترك فيها أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها أصبح متعاقدًا.²

د/1 - تعريف عقود الإذعان:

المشرع الجزائري عالج نظرية الإذعان في نصوص القانون المدني حيث نصت المادة 70 منه على أنه: "يُحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها". كما نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه: "إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف الذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك".

وأيضاً بخصوص التفسير في عقد الإذعان جاءت نص المادة 112 فقرة 02 من القانون المدني كالاتي: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".³

ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، ذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل إحتكار قانون أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها".

ويمكن تعريف الشروط التعسفية في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 03 من القانون رقم 04-02 على أنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".⁴

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 406.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 26.

³ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

⁴ القانون رقم 04 - 02 مؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

د/2 - سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

حسب نص المادة 110 من القانون المدني المذكورة أعلاه، والتي تتضمن الشروط التي يجب توافرها في عقد من العقود السماح للقاضي ومنحه سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، وهذا يعتبر خروجاً على مبدأ حرية التعاقد أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبتحليل هذين النصين يتضح أنّ الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته هي:

- أن يكون هناك عقد إذعان.

- أن يتضمّن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

أضاف المشرّع الجزائري في قواعد القانون المدني طبقاً للمادة 112 من القانون المدني بتفسير الشك لمصلحة المدين، وهي سلطة ممنوحة للقاضي إذا كانت عبارات العقد غامضة لأنّه يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من أجل تفسير هذه العبارات الغامضة، وهذا ما جاءت به المادة أعلاه بأنّ الشك يؤول لمصلحة المدين دون أن يكون التفسير مضرّاً لمصلحة الطرف المذعن.

القاضي يقوم إمّا بتعديل الشرط ويعني الإبقاء عليه، مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدد الأوجه لذلك وتتمثّل في: قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها، أو قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ، أو مدّته، فيكون التعديل إمّا بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخّاه المشرّع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد:

حيث نتناول من خلال هذا المطلب تدخّل المشرّع المباشر في تحديد مضمون العقد (فرع أوّل)، ثمّ نُعالج تدخّل المشرّع غير المباشر في تحديد مضمون العقد (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل: تدخّل المشرّع المباشر في تحديد مضمون العقد:

إنّ مبدأ المساواة بين المتعاقدين ما هو إلّا فرضية فلسفية أثبت الواقع عدم صحتها الأمر الذي إستدعى تدخّل المشرّع بوضع قواعد تفرض إلتزامات جديد لم يتم الاتفاق عليها بين أطراف العقد كما هو الشأن في عقد العمل وعقد الإستهلاك وعقد الإيجار، فحلّت إرادة المشرّع محل إرادة الأطراف تكريساً للعدالة العقدية ولا يعتبر هذا الدخل مساساً بالرية التعاقدية لأنّه يهدف إلى حماية الطرف الضعيف من الطرف القوي باسم النظام العام الحمائي.¹

¹ حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، تدخّل المشرّع في مضمون العقد، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 07، العدد 04، سنة 2022،

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

أولاً: عقد العمل:

عقد العمل من العقود التي تدخل في مضمونها المشرع بصفة كلية إذا لم نقل مطلقاً للأسباب المذكورة سالفاً، فنظم المشرع البنود التعاقدية فيه على الوجه الذي تتحقق فيه حماية العمل وهي البنود التي تمس المسائل الجوهرية في عقد العمل كالأجر وتحديد ساعات العمل وشروط السلامة والصحة والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي بل إن هذا العقد صار مجرد قرار للنصوص القانونية والإتفاقيات الجماعية.

إن عقد العمل في القانون الجزائري هو: "عقد يتم حسب الأشكال التي يتفق عليها الأطراف المتعاقدة"، وبهذا فإن المشرع اعتبر عقد العمل مجرد أداة لإبرام عقد العمل كغير من العقود إلا أنه يتميز بخصوصية ينفرد بها عن غيره من العقود منها التبعية (تبعية العامل لرب العمل) فيتحمل هذا الأخير مسؤولية الأضرار التي يلحقه العامل بالغير بالإضافة إلى الأجر الذي يتلقاه مقبل تنفيذ العمل المكلف به.

ويعتبر حق العمل من الحقوق المكفولة دستورياً وجاءت القوانين العادية لتجسدها تنظيمياً وحمايةً فحدد الحد الأدنى للأجور وساعات العمل وشروط الصحة والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي.

ودفاعاً عن حقوق العمال رصدت لهم آليات حامية كالمفتشية العامة للعمال والنقابات العمالة والمشرع الجزائري أبرز دوره المتدخل في مضمون عقد العمل من خلال تنظيم هذا المضمون وتحديد بنوده تحديداً دقيقاً من خلال القانون رقم 90-11.

ثانياً: عقد الإستهلاك:

تسبب التطورات الحديثة التي فرضها واقع المعاملات التجارية ولاسيما في المجال العلمي والصناعي والتكنولوجي إلى ظهور أنماط وقيم إستهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة مما أدى إلى زيادة الحاجيات إلى الإستهلاك، فما كان في السابق من الكماليات أصبح اليوم من الضروريات التي يستحيل الإستهناء عنها كالهاتف والإنترنت...إلخ.

وأصبحت هذه العقود تحمل شروطاً محررة مسبقاً مما يجعل المستهلك يذعن لها بالقبول نظراً لحاجته الماسة إليها وهذا ما يؤدي إلى إختلال التوازن في البنود التعاقدية بإعتبار الشروط غير متوازنة توفّر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني.¹

وعلى الرغم من الضمانات التي حددتها القواعد العامة في العقد (عيوب الرضا، ضمان المبيع من العيوب الخفية، العلم الكافي...إلخ) إلا أنها لم تعد كافية لحماية المتعاقد والمستهلك خصوصاً ولاسيما في الإثبات الذي يقع على عاتقه الشخص المدعي الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل بفرض ضمانات جديدة وإضافية على عاتق المتدخل منها الإلتزام بالإعلام الذي هو وسيلة لإحاطة المستهلك بالمعلومات اللازمة والكافية حول السلعة والخدمة أو المنتج، ويظهر التعسف في هذا النوع من العقود منذ نشأته أي في مرحلة

¹ حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 505.

الفصل الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

تكوين العقد وتكشف البنود التعسفية في ألفاظ العقد أو في روح النص ومثال على ذلك البمد الذي يضعه المؤمن على المؤمن لديه في تحديد الأجل وسقوط حق المطالبة بالتعويض بمرور ذلك الأجل وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 البنود التعسفية التي تحظر على العون الاقتصادي، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

- الإحتفاظ بحق التعديل أو الفسخ بصفة منفرد.

- تقليص لعناصر الأساسية للعقد المذكورة في المادة 02 و 03 من المرسوم المذكور أعلاه 06-306.

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد أو التعويض.

- التخلي عن المسؤولية بصفة منفردة.

- فرض بنود لم تكن في علم المستهلك.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد إتخذ جُلّ التدابير الحماية والوقائية سواء كانت هذه التدابير تشريعية

أو تنظيمية.

كل ذلك لتنظيم العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين بغرض تحقيق التوازن العقدي

بين طرفي العقد والرسوم التنفيذية رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان

الإقتصاديين والمستهلكين بالضافة إلى ذلك إستحدث المشرع أساليب أخرى في مواجهة المنتج والمورع

لخلق التوازن، ومن بين هذه الأساليب يوجد:

- الإشتراط شكلية معينة مثل إشتراط بيانات محددة للسلعة وأوصافها وثنمها وكيفية الوفاء بها مثلما

نصت عليه المادة 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

- تقرير الإلتزام بالإعلام ويكون هذا الإلتزام في مرحلة ما قبل التعاقد (المرحلة التفاوضية).

ثالثاً: العقد المنظم:

العقود المنظمة هي عقود يفرضها النظام العام الاقتصادي والتوجيهي إذ يكون مضمونها منظماً من

قبل المشرع تنظيمياً مسبقاً ولا يجوز للأطراف الخروج عنها يكون هذا التنظيم شاملاً للمسائل الجوهرية في

العقد كعنصر الثمن الذي يكون محددًا من قبل الدولة، حيث تكون هذه العقود مفرغة من محتواها الإرادي

فل ند للحرية التعاقدية ولا الإرادية أي أثر ولا ماكن إذ أنّ المشرع يتدخل في مضمونها وذلك تحقيقاً لغايات

إقتصادية واجتماعية.¹

¹ حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 506.

الفصل الثّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إنشاء العقد

الفرع الثّاني: تدخّل المشرّع غير المباشر في تحديد مضمون العقد:

إنّ العدالة التعاقدية تقتضي أنّ العقد ينفّد في نفس الظروف التي إنعقد فيها، لأنّه قد تطرأ ظروف أو مستجدات تجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقاً أو مستحيلاً، ممّا يستدعي تكييف بنود العقد مع الظروف الراهنة والمستجدات وهذا ما يسمّى في الفقه والقضاء والتشريع بنظرية الظروف الطارئة التي يتدخل فيها القاضي بتعديل بنود العقد أو إلغائها أو يوقف تنفيذ العقد ريثما تنتهي هذه الظروف على حسب تقدير القاضي. يعتبر تدخل القاضي في تعديل العقد خروجاً عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد والريّة التعاقدية إلاّ أنّه يتدخل ليعيد التوازن العقدي ويحقق العدالة التعاقدية التي هي الغاية من إبرام العقود، ولقد رخص المشرّع للقاضي في حالات عديدة التدخل بتعديل مضمون العقد كتدخله في حالة الظروف الطارئة وتدخله في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الإتفاقي)، حسب المادتين 183 و 184 من القانون المدني، كما يتدخل في الغبن الإستغلالي في عقود الإذعان إذ ورد فيها شروط تعسفية، بالإضافة إلى تدخله بإنقاص العقد حسب المادة 104 من القانون المدني، إذا احتوى العقد على شق باطل أو قابل للإبطال غير أنّ تدخله هذا يكون في مرحلة تكوين العقد لا في سريانه إضافة إلى ذلك رخص المشرّع للقاضي تفسير مضمون العقد وتكييفه في حالات معيّنة ضمن شروط وكيفيات معيّنة تحت رقابة قضائية.¹

¹ حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 506.

الختامة

الخاتمة

وفي الأخير، ومن خلال هذا البحث فإنَّ الإرادة هي مناط التصرفات القانونية وأساسها، ولأجل ذلك فقد أحاطها القانون بعناية خاصّة، تظهر من خلال التنظيم القانوني الذي يظهر بوضوح في الشروط التي يجب أن تتوافر فيها كي تكون معتبرة ويعتدّ بها قانوناً.

وإنَّ إرادة المتعاقد مطلقة كأصل عام لها الحرية التامة في إنشاء العقد وفي تحديد آثاره وهذا تجسيداً وتحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لكن سرعان ما أوجد فقهاء القانون إستثناءات أوردوها على هذا المبدأ وقد اعتدّ به القانون تقييداً لحرية هاته الإرادة في إنشاء العقد، وبالتالي أصبح سلطان الإرادة ضعيفاً ومضمحلاً نوعاً ما بالنظر إلى كثرة القيود التي أوردتها المشرّع والتي قننها جلّ أحكام القانون المدني عامّة وفي نصوص قانونية خاصّة، ومن خلال ما سبق نستنتج مجموعة من النتائج والتي تتمثّل فيما يلي:

- حرية الإرادة هي أساس الرابطة التعاقدية، فمن الضروري الإعتناء بها قانوناً لكيلا تضعف كلياً في ظل تطوّر القانون وتدخله الواسع لحماية أطراف العلاقة العقدية.

- لم تعد الإرادة مصدر الحقوق والواجبات كما كانت من قبل، بل صارت تنقيد من حيث صوّرها بالقانون، فهي ليست تلك التي يريدها صاحبها وإنّما تلك التي يفهمها المخاطب بها.

- نجد أنّ أساس إلتزامات الأفراد أصبح يرجع ويعود إلى الإرادة المعلنة، والتي تقف عند المظاهر المادية المحسوسة، أي بمنظور موضوعي بعيد كل البعد عن الأمور النفسية.

- تنقيد الإرادة بإعمال قواعد التفسير في حالة غموضها، ذلك أنّ القاضي هنا يفترض أو يستخلص الإرادة بعيداً عن كل ما يريده الأطراف.

- تنقيد الإرادة عند تأويل الشكّ في التعرّف عليها، إذ يتم تأويله وفق ضوابط قانونية، حيث يؤول الشكّ لمصلحة المدين في العقود العادية، وفي مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، ولو لم تتّجه إرادتهم إلى ذلك.

- مبدأ سلطان الإرادة لعب دوراً رئيسياً في نشأة العقود وفي تحديد آثارها، هذا بطبيعة الحال مسابرةً للتوجهات التي كانت سائدة والتي قلّصت من سلطة القانون أمام سلطة الأفراد، فجعلت هذه الأخيرة هي الأساس، أمّا القانون وإن وُجد لتنظيم هذه التصرفات فإنّه يكون في شكل قواعد مكملة لإرادة الأفراد وليس موجّهاً ولا ملزماً لها.

- لم تعد الحرية الفردية هي تلك التي تبيح لصاحبها أن يقوم بما يشاء بل قيّدت هذه الحرية إلى الحد الذي تتحقق فيه مصالح الفرد والمصلحة العامّة للمجتمع.

- أصبحت قواعد النظام العام الاقتصادي لاسيما الاجتماعي منه كثيرة ومختلفة، حيث يجب على الأشخاص مراعاتها في تصرفاتهم التي يقومون بها، وذلك حمايةً لمصالح الفئات الضعيفة تعاقدياً.

- الإرادة كانت أسمى من القانون، ثمّ صارت في مرحلة أخرى تتماشى وتتساير معه، وهي اليوم في مرتبة ومنزلة أقلّ، حيث صار القانون يسمو ويعلو عليها.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات:

- 01 - بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 02 - بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومه للطبع، 2014،
- 03 - بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 04 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الجزائر، 1999.
- 05 - بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
- 06 - بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار هومه، الطبعة الثانية، 2016.
- 07 - بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني وفق آخر التعديلات مدعم بأحداث إجهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الصادر الإردية والإرادة المنفردة، دار هومه للنشر والتوزيع، 2016/2015.
- 08 - بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، عدد 10، جانفي 2014.
- 09 - جاك غاستان، المُطوّل في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 10 - الخضري محسن، مبادئ التفاوض، دار مجموعة النيل العربية، القاهرة، 2003.
- 11 - خوالده أحمد مفلح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011.
- 12 - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 13 - سحنين محمد، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

قائمة المصادر والمراجع

- 14 - السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 15 - السنهوري أحمد عبد الرزاق، شرح القانون المدني، نظرية العقد، الجزء الأول.
- 16 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة.
- 17 - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.
- 18 - فيلاي علي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 19 - قاسم محمد حسن، القانون المدني، الإلتزامات، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2018.
- 20 - هانية محمد، فقية علي، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014.
- 21 - يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيديّة، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- ثانياً: أطروحات والمذكرات:**
- 01 - بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
- 02 - بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012.
- 03 - بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.
- 04 - خمشون ناهد، الاتفاق على تعديل أحام المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017/2016.
- 05 - دحماني لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2023/2002.

قائمة المصادر والمراجع

- 06 - زاوي محمود، الشكلية للمصلحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1987.
- 07 - سريم زهية، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2012/2011.
- 08 - لرجم أمينة، تحوّل العقد، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2016/2015.
- 09 - مندى آسيا يسمينه، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.
- 10 - قايد ليلى، حماية إرادة المتعاقد أثناء مرحلة تكوين العقد، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2019/2018.
- ثالثاً: المقالات:**
- 01 - بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015.
- 02 - بورزق أحمد، بورزق خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019.
- 03 - بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، العدد 01، ديسمبر 2004.
- 04 - حسيني عزيزة، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث، العدد 14 الجزء 01، أكتوبر 2020.
- 05 - حشلاف ملوكة، عجالي بخالد، تدخل المشرّع في مضمون العقد، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 07، العدد 04، سنة 2022.
- 06 - حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2017، ص ص 162.
- 07 - سامر سمية، شباح محمد، المفاوضات، مقاربة علمية قانونية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 09، العدد 03، سنة 2020.

قائمة المصادر والمراجع

08 - قدارة خليل أحمد حسن، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة، أثره القانوني والشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الأزهر بغزة، سلسلة العلم الإنسانية، المجلد 08، العدد 02، 2006.

رابعًا: المحاضرات:

01 - بطيمي حسين، محاضرات الشكلية في العقود، أقيمت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، 2018/2017.

02 - علي علي سليمان، محاضرات عامّة حول القانون المدني الجزائري.

03 - يحي عبد الحميد، محاضرات في مقياس مدخل العلوم القانونية، أقيمت على طلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014/2013.

خامسًا: ملتقى:

01 - حمداوي نورة، الإلتزام ببذل العناية والإلتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، يوم 22 جانفي 2020.

خامسًا: النصوص القانونية:

01 - الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، المعدّل والمتمم.

02 - القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، يتضمّن قانون الأسرة، المعدّل والمتمم.

03 - القانون رقم 04-02 مؤرخ في 05 جمادي الأولى 1425 الموافق لـ 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 23 جوان 2004.

04 - القانون المدني الفرنسي الجديد، المؤرخ في 10 فيفري 2016، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 35، بتاريخ 11 فيفري 2016.

05 - قرار المحكمة العليا رقم 36662، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
04	- الفصل الأول: الإرادة حرّة في إنشاء العقد
05	المبحث الأول: حرّية الإرادة في التفاوض على شروط العقد
05	المطلب الأول: مفهوم المفاوضات على العقد
05	الفرع الأول: تعريف المفاوضات وخصائصها
06	الفرع الثاني: ضرورة المفاوضات والحدّ الفاصل بينها وبين مرحلة إبرام العقد
08	المطلب الثاني: مبادئ التفاوض على العقد وأهم المشكلات التي تثيرها هذه المرحلة
09	الفرع الأول: مبادئ التفاوض على العقد
11	الفرع الثاني: أهم المشكلات التي تثيرها مرحلة التفاوض
15	المبحث الثاني: حرّية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه
15	المطلب الأول: مبدأ الرضائية في إبرام العقود
15	الفرع الأول: تطوّر القانون نحو الرضائية
17	الفرع الثاني: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري
23	المطلب الثاني: حرّية الإرادة في تحديد مضمون العقد
23	الفرع الأول: بعض النماذج التشريعية لحرّية تحديد بنود العقد
24	الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية
29	- الفصل الثاني: القيود الواردة على حرّية الإرادة في إنشاء العقد
30	المبحث الأول: القيود الواردة على حرّية الإرادة في التفاوض على العقد
30	المطلب الأول: الإلتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات
30	الفرع الأول: الإلتزام بالتفاوض بحسن النية
31	الفرع الثاني: الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام

الفهرس

34	المطلب الثَّاني: القيود الواردة على حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد
34	الفرع الأوَّل: النظام العام كقيِّد على حرية التعاقد
36	الفرع الثَّاني: المحل والسبب في العقد
38	المبحث الثَّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام العقد وتحديد مضمونه
38	المطلب الأوَّل: القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام العقد
38	الفرع الأوَّل: الشكلية كقيِّد على حرية الإرادة في التعاقد
41	الفرع الثَّاني: سقوط التعبير عن الإرادة
55	المطلب الثَّاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد
55	الفرع الأوَّل: تدخل المشرِّع المباشر في تحديد مضمون العقد
58	الفرع الثَّاني: تدخل المشرِّع غير المباشر في تحديد مضمون العقد
59	الخاتمة.
61	قائمة المصادر والمراجع
66	الفهرس