

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق



# دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إشراف :

د. دايم بلقاسم

إعداد الطالب:

بوفلجة عبد الرحمان

لجنة المناقشة :

- |              |              |                      |                        |
|--------------|--------------|----------------------|------------------------|
| رئيسا        | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | أ.د. تشوار جيلالي      |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر          | د. دايم بلقاسم         |
| مناقشا       | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر          | د. مامون عبد الكريم    |
| مناقشا       | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر          | د. بن مرزوق عبد القادر |

السنة الجامعية

2008 / 2007



# II

[ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا  
بِالْعُقُودِ ]

سورة المائدة ، الآية 1



# شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نحمد الله الذي

وفّقنا لإنجاز هذه المذكرة.

وأتقدّم بتشكراتي الخالصة للأستاذ المحترم "دايم بلقاسم" الذي تفضّل بالإشراف

على هذا البحث ولم ييخل عليّ بالنصح والإرشاد والتوجيه.

وأتقدّم بتشكراتي الخالصة إلى أساتذة مشواري الدراسي بكلية الحقوق بجامعة

تلمسان دون استثناء.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم

مناقشة هذا العمل المتواضع.

# الإهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله عمرهما.

إلى كل أفراد العائلة.

إلى جميع الزملاء والأصدقاء.

الذين بادلناهم شعور المحبة بين أحضان الجامعة.

## قائمة المختصرات

- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

- ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري.

- ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

- د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

- ص : الصفحة.

- ج : الجزء.

- ج.ر : الجريدة الرسمية.

## قائمة المختصرات

- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

- ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري.

- ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

- د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

- ص : الصفحة.

- ج : الجزء.

- ج.ر : الجريدة الرسمية.

## المقدمة :

إذا كانت الإرادة موجودة وجادة وقاصدة إحداث أثر قانوني، فإنها تكون صالحة لأن تنتج أثرها إذا ما عبر عنها تعبيراً صريحاً أو ضمناً<sup>1</sup>.

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

ففي القانون الروماني لم تكن الإرادة تكفي بذاتها لإنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره، إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا باتباع شكلية معينة، كما أن آثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون<sup>2</sup>، فالسلطان الذي كان سائداً في هذا القانون هو سلطان الشكل وهو مصدر الالتزام، إضافة إلى ذلك لا يجوز الطعن في العقد الشكلي بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية<sup>3</sup>، وهذه هي مرحلة الشكلية في القانون الروماني، والتي تميزت بالشدة والصرامة في مراعاتها، وظهرت استعمالاتها في عدة صور كالألفاظ المحددة والدقيقة التي تتناسب مع فئة من التصرفات بحسب اختلافها وتنوعها، ومثال على ذلك سبائك الذهب التي تستعمل كرمز عن الثمن في عقد البيع مكان النقود التي لم تكن معروفة آنذاك، وكذلك عقد الزواج الذي عرف هو الآخر طقوساً ورموزاً مختلفة تعبر عن قيام الرابطة الزوجية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص 79 .  
<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 91 .  
<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج1، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 43.  
<sup>4</sup> - زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 7.

إن الحضارة الرومانية وكأي حضارة أخرى لم تعرف التوقف عن التطور والتوسع، فلقد عرفت تقدما في الفكر القانوني والذي كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، ومنح الإرادة قسطا من الأثر القانوني مما دعا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، أما الشكل فما هو إلا سببا قانونيا للالتزام *causa civilis*، إضافة إلى ظهور بعض العقود الرضائية في هذه المرحلة، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يقرر القانون الروماني في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام، بل ظلت الأوضاع والأشكال سارية حتى بعد تطوره وبقي العقد اللفظي *contrats uerbis* إلى آخر عهود القانون هو القالب الذي تصب فيه الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة<sup>1</sup>.

بعد الانحطاط الذي عرفته الإمبراطورية الرومانية متأثرة بهجمات القبائل الجرمانية وظهر دويلات صغيرة ومقاطعات، تكوّن في هذه الفترة نظام الإقطاع الذي يقوم على الاقتصاد المغلق، فعمّت الفوضى وانقطعت الاتصالات بين الشعوب المختلفة، وعادت المجتمعات إلى الحياة البدائية، كما أن هذه الأوضاع أثرت على القانون الجرمني فأصبح يتميز في تلك الفترة بكثرة الأشكال التي يستلزمها القانون مثلما كان سائدا في القانون الروماني في أول مراحلها، فالقانون الجرمني كان هو أيضا قانونا شكليا برزت فيه الشكلية البدائية متمثلة في رموز وأعمال سحرية وطقوس<sup>2</sup>.

أما الشريعة الإسلامية فلقد اعترفت بدور الإرادة في إنشاء العقد وترتيب آثاره، إذ أن غالبية العقود تتم فيها بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى إجراء آخر، وكل المطلوب في العقد أن تبرز الإرادة في مظهر خارجي كافي لإنتاج أثره<sup>3</sup>، إلا أن فقهاء الشريعة قد اختلفوا حول مدى قدرة الإرادة في إنشاء العقود وترتيب آثارها.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص92-93.

<sup>2</sup> - زواوي محمود، المرجع السابق، ص10.

<sup>3</sup> - عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، 1976، ص 189.

فلقد ذهب الحنابلة إلى أن إرادة الأثر هي إرادة العاقد لا إرادة الشارع، فالأصل عندهم في الشروط العقدية هو حرية الاشتراط، أخذاً بما ورد عن الرسول  $\rho$ : "المسلمون عند شروطهم"، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ويرون أن العقود والشروط هي من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم لأنه ليس هناك ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، وانتفاء دليل التحريم على عدم التحريم<sup>1</sup>.

أما المذهب المالكي فهو قريب من المذهب الحنبلي في إعطائه دوراً بارزاً للإرادة في مجال العقود والاشتراط، إلا أنه لم يوافق موافقة تامة<sup>2</sup>، فقد جعل الرضا بأثر العبارة في التعاقد والقصد إليه أساساً في ترتيب الأثر، وهكذا أبطل عقد الهازل والمخطئ في التعبير لانعدام القصد إلى الآثار التي تترتب على العبارة، كما اعترف للإرادة بدورها في تقرير بطلان العقود الصورية، والعقود المشوبة بالغلط والإكراه، إلا أن هذا المذهب لم يعترف بدور الإرادة على إطلاقه، إذ عرف الشكلية واشترطها في بعض العقود، فلا تتم عقود التبرعات وبعض العقود الأخرى إلا بالشهادة، كما أن هناك عقوداً لا تتم إلا بالقبض كالهبة والقرض والرهن والوديعة<sup>3</sup>.

أما فقهاء الحنفية فلم يتجهوا إلى ربط الإرادة بمشيئة الشارع، كما لم يتجهوا إلى مبدأ سلطان الإرادة في كل العقود، وذهبوا إلى التفرقة بين الإرادة بمعناها الضيق الذي هو الرضا، أي الرغبة في آثار العقد، والإرادة بمعناها الواسع والذي هو الرغبة في عبارة العقد وآثار، تترتب على ذلك عندهم وجود الإرادة كركن في العقد، والرضا كشرط للصحة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص 456.

<sup>2</sup> - عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> - محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 460.

<sup>4</sup> - عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 92.

أما الشافعية فكان لهم رأي مناقض لحرية الإرادة، فحكم العقد عندهم ليس هو نتيجة لما قصده المتعاقدان، بل هو من جعل الشارع وإرادته، والأخذ بفكرة الجعلية عند هؤلاء الفقهاء قد جعل دور الإرادة قاصرا ومحدودا<sup>1</sup>.

وهكذا فالشريعة قد اعترفت بدور الإرادة في إنشاء العقود وترتب آثارها- في إطار الأحكام الجوهرية التي لا يمكن مخالفتها- على أن ينظر إليها على أنها وحدة متماسكة دون النظر إلى كل مذهب من مذاهبها على حدة.

لقد أعقبت القوانين القديمة فترة ازدهار المذهب الفردي نتيجة تطور الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع اللبرالي، فبالنسبة للأفكار الفلسفية، يرى أصحاب هذا المذهب أن للإنسان حقوقا طبيعية ذاتية يتمتع بها، وما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق، أما بالنسبة للأفكار الاقتصادية فإنها تركز على حرية الملكية باعتبارها حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان وحرية السوق التي يجب أن تخضع لمبدأ العرض والطلب<sup>2</sup>.

إن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته جسدها في ميدان القانون مبدأ يحكم العقد ألا وهو "مبدأ سلطان الإرادة"، والذي يقوم على فلسفة تتلخص في: "أن الناس في جوهرهم وحقيقة أمرهم ودون تمييز أحرار ومتساوون، وهذه الحرية وهذه المساواة هما جوهر الإنسان، واعتبارهما بشكل مجرد تماما بعيدا عن الإكراهات والمساومات التي يمكن أن تتناول الأفراد بشكل ملموس في الواقع"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عادل بسيوني، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعة وحدة الرغبة، الجزائر، 2001، ص 38.

<sup>3</sup> - جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص 45-46.

لقد عرّف فقه القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة- تعريفاً واسعاً معتمداً في ذلك على الفلسفة القانونية- بأنه: "للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي ترتبها، بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية"<sup>1</sup>، ومعنى ذلك أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، كما واصل مبدأ سلطان الإرادة تطوره وانتشاره في معظم المجالات وخاصة العقود، مدعماً بالمذهب الفردي الذي أكد هو الآخر بأن الإرادة هي التي تولّد الحق، أي أنها مصدر الالتزام، وأصبحت هذه القاعدة بعد ذلك روح القوانين آنذاك كقانون نابليون والقانون الفرنسي القديم الصادر سنة 1804، بإرساء أساسها في المادة 1134 وما يليها من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن: "الاتفاق إذا تمّ شرعاً يقوم مقام القانون لمن تعاقد".

إن تطور الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت هي الأخرى على النظرية العامة للعقد وتتمثل هذه المعطيات في ظهور المذهب الاجتماعي وفلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة.

لقد اعتبر المذهب الاجتماعي الفرد جزءاً لا يتجزأ من المجتمع الذي يقوم على أساس التضامن والمنفعة العامة، لذا كانت الروابط الاجتماعية تعلقو إرادة الفرد، وأن الصالح العام هو الذي يسيطر على هذه الإرادة، فالإرادة لا تصلح أن تكون أساساً للعقد، بل أساسه هي العدالة أو المصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها المجال إلا بقدر ما يتفق مع المصلحة العامة، كما أن العقد - حسب هذا المذهب - ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، فالتعاقد لا يتعاقد لأنه أراد ذلك، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الثبات والاستقرار الواجب

---

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص 85 .

توافرها في المعاملات، وكذا الثقة التي يولدها التعاقد في نفسية المتعاقدين<sup>1</sup>، كما أرجع مؤيدو هذا المذهب أساس القوة الملزمة للعقد إلى ضرورة الإنتاج والتوزيع التي تتم بإبرام العقود، وكذا ضرورات الاستقرار في التعامل، فالإرادة في حد ذاتها ليست قادرة على أن تولد التزامات في العالم الخارجي، وإنما يقتصر دورها على إكمال النظام القانوني الذي أنشأه المشرع لهذا الغرض.

إنّ تطور وظيفة الدولة كان نتيجة للتأثر بالمذهب الاشتراكية والاجتماعية، وبلغ هذا التطور إلى حد اهتمامها بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره وتوجيهه، مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يقوم بها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وأصبح العقد الذي كان يجسد إرادة الفرد تتدخل فيه إرادة الدولة وتشارك إرادة الطرفين إما في تكوينه أو تحديد مضمونه.

وعليه فمادام للإرادة دور في المجال التعاقدية، فإلى أي مدى يمكن أن نعتد بهذا الدور في القانون المدني الجزائري؟

هذا ما سنحاول بحثه في هذا الموضوع "دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري".

وقد حاولنا في كل ذلك تجنب الدخول في تفاصيل بعض الموضوعات التي رأيناها ليست ضرورية لهذا البحث مكتفين بالإشارة إليها فقط.

كما قمنا بإعداد هذا الموضوع بهدف بيان دور الإرادة في القانون المدني الجزائري، وهذا على ضوء التقنين المدني وبعض النصوص الخاصة، خاصة وأن نظرية العقد تشهد تأثراً من ناحية القيود المتزايدة في المجال التعاقدية بصدور قوانين خاصة كقانون الاستهلاك

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص103-107.

وقانون المنافسة، ولتحقيق هذه الدراسة من خلال الإشكالية المطروحة، فقد اتبعنا المنهج

الوصفي والمنهج التحليلي تماشياً مع طبيعة الموضوع، وقسمنا بحثنا هذا إلى فصلين :

- الفصل الأول : دور الإرادة في تكوين العقد وانعكاسها على آثاره.

- الفصل الثاني : القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني الجزائري.

## الفصل الأول

### دور الإرادة في تكوين العقد وانعكاسها على آثاره.

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

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

## المبحث الأول

### دور الإرادة في تكوين العقد.

إنّ للإرادة دور في تكوين العقد سواء كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء إبرام العقد ، لذا سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث دور الإرادة في مرحلة المفاوضات ثم دورها في إبرام العقد في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

### دور الإرادة في مرحلة المفاوضات.

إن العقد ينشأ بتطابق إرادتين متمثلين في إيجاب يصدر من المتعاقد الأول يعرض فيه على الطرف الثاني الدخول في العلاقة العقدية، وبقبول يرضى به هذا الأخير بالعرض الموجه إليه فيتم بذلك العقد، ولكن أحيانا تسبق الإيجاب مرحلة تمهيدية يناقش المتعاقدان فيها أفكارهم قصد الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات، وتتم عادة بإبداء أحد الطرفين لرغبته في التعاقد حول موضوع معين ودعوة الطرف الآخر لمناقشة تفاصيل هذا الموضوع.

إن قيام حالة التفاوض مشروطة دائما بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك هو مشروع العقد النهائي، فإذا ما دخل الطرفان في دائرة التفاوض ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة حسن النية في هذه المرحلة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 1995، ص151.

لذا سنعالج هذا المطلب في ثلاثة فروع، نتطرق في الفرع الأول إلى التعريف بالمفاوضات وأهميتها، ثم إلى حرية الإرادة في التفاوض وتدخّل المشرع لحمايتها في فرع ثان، أما في الفرع الأخير فنتطرق إلى أثر عدم التفاوض بحسن نية.

## الفرع الأول

### تعريف المفاوضات وأهميتها.

تعدّ المفاوضات أولى فترات ما قبل التعاقد<sup>1</sup>، وتكتسي أهمية بالغة في تحديد الإطار العام للعقد، لذا سنتطرق إلى تعريف المفاوضات في الفقرة الأولى، ثمّ إلى تحديد أهميتها في الفقرة الثانية.

### أ) تعريف المفاوضات :

يقصد بالمفاوضات بذل المحاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين المتعاقدين ليقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف المقابل، حتى يتسنى لهم الوصول إلى اتفاق يتم صبه في قالب إيجاب يوجهه أحد الطرفين للآخر<sup>2</sup>، فالمفاوضات إذن هي مناقشة ما يعرضه أطراف العقد من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي، فمن يصدر منه الإيجاب لا يصل عادة إلى البث في إيجابه إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين<sup>3</sup>.

إن المفاوضات وإن كان أساسها التوافق بين الإرادتين إلا أنّها في الواقع اتفاقات تنحصر في تمهيد الطريق أمام المتعاقدين للتعاقد، فهي أعمال تحضيرية لا تنتهي باتفاق ملزم

---

<sup>1</sup> - وهذه المفاوضات تتميز عن المفاوضات اللاحقة لإبرام العقد، لأن هذه الأخيرة يفرضها العقد وتكون أثر من آثاره ولاحقة على إبرامه، لذلك تكون ذات طابع تعاقدي يحكمها ما تم بشأنها من اتفاق، يراجع: الدكتور مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، بدون طبعة، الدار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 56 - 57.

<sup>2</sup> - د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995، ص 170.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد-الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 238.

ولا يمكن اعتبار ما تم فيها كاف لإبرام العقد، وهذا ما يميزها عن العقد الابتدائي الذي هو عقد تام وبات تدرج بنوده فيما بعد ضمن العقد النهائي<sup>1</sup>.

### ب) أهمية المفاوضات:

تلعب المفاوضات دورا وقائيا سواء أسفرت عن إبرام العقد أو عدم إبرامه، فنجاحتها يكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، وفشلها - بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع- يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع<sup>2</sup>، فهي إذن تساهم في معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط وبنود الطرف الآخر، فإذا كنا بصدد عقد بيع مثلا تعرف كل من المتعاقدين على المبيع ومشمولاته وقيمته وكيفية أداء الثمن، واستطاع أن يتبين رأي من يتفاوض معه<sup>3</sup>.

كما تعمل المفاوضات على توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية وتزليل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ، كما أن صياغة العقد النهائي والتركيز على النقاط المهمة فيه قد يتطلب جوانب فنية خاصة كالتجربة والاستعانة بالخبرة وهذا لا يكون إلا في مرحلة المفاوضات<sup>4</sup>.

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

## الفرع الثاني

---

<sup>1</sup> - برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992 ص83.

<sup>2</sup> - جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص31.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص212.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، 2000، ص53.

## حرية الإرادة في التفاوض وتدخّل المشرع لحمايتها.

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

### أ) حرية الإرادة في التفاوض :

مادام العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، فإن للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية طبقاً لمبدأ حرية التعاقد، فلا يجبر الشخص في الأصل على التعاقد، ويمكن له أيضاً أن يرفض التعاقد إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما له حرية اختيار الطرف الآخر، ومن ثم له أيضاً حرية الاستمرار في العلاقة التعاقدية أو التخلي عنها<sup>1</sup>، "وهذا يتم عن طريق التفاوض - في المرحلة الخارجة عن الإطار العقدي وبكل حرية - باعتباره مبادرة شخصية لمناقشة موضوع عقد معين يسوده مبدأ أساسي هو حرية الإنسان في عدم الالتزام بأي شيء لا يرغب الالتزام به، ولأن المناقشة في هذه المرحلة ليست التزاماً بل عرضاً واستماعاً لوجهات النظر، فالمفاوض فيها لا يجبر على إبرام العقد بعد إجرائه للمفاوضات"<sup>2</sup>.

وعليه فإنه لا يلزم أطراف العملية التفاوضية بإنجاح المفاوضات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي ما دام لا يوجد أي شكل تعاقدي بين الأطراف، مع أنه أحياناً يلجأ الأطراف بهدف إنجاح المفاوضات إلى إبرام بعض الاتفاقات المؤقتة بهدف تنظيم العلاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد، ولكن بالرغم من وجود هذه الاتفاقات إلا أنه ينبغي مراعاة مبدأ الحرية التعاقدية، وأن الأفراد أحرار ضمن هذه الفترة، لأن هذا المبدأ يرافق المفاوضات

<sup>1</sup> - François Terré, Philippe Simles, Yves Lequette, Droit civil, les obligations, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1999, P29.

<sup>2</sup> - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص151.

إلى حين الوصول إلى العقد النهائي، ولا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض طالما أنه كان حسن النية، ويتعامل باستقامة وشرف، وطالما أن هذه الاتفاقات لم تعط لها الصفة العقدية من قبل الأطراف<sup>1</sup>.

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

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

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص 238.

<sup>3</sup> - جابر عبد الهادي سالم، المرجع السابق، ص 49، د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني- نظرية العقد-، المرجع السابق، ص

## ب) حماية المشرع الجزائري للإرادة في مرحلة المفاوضات :

تعتبر المناقشة والمساومة وجه من أوجه التفاوض<sup>1</sup> ، وقد أشار المشرع الجزائري لذلك من خلال القواعد العامة في القانون المدني - دون وضع نظام قانوني للمفاوضات كمرحلة ممهدة للعقد - حيث نص على طائفة من العقود تتم بعد المناقشة والأخذ والرد للوصول إلى التعادل في الالتزامات وهي العقود التي تتساوى في انعقادها إرادة الأطراف، حيث يكون كل واحد متساوي مع الطرف الآخر في مناقشة الشروط، كعقد البيع وعقد الإيجار... الخ، فكل متعاقد يساوم الآخر حتى تتحقق أفضل الشروط دون أن تغطي إرادة على أخرى.

إن الدخول في المفاوضات يترتب على أطراف العقد مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض أي التعامل باستقامة وصدق، ووجود هذا المبدأ في هذه المرحلة - مرحلة ما قبل التعاقد - يفرض على المتعاقدين الالتزام بالإعلام والاستعلام من أجل توضيح الموضوع التعاقدية من جميع جوانبه وبالتالي حماية الإرادة من العيوب، وكذا ضمان سلامة المفاوضات<sup>2</sup>، لأنه لا أهمية للعقد إلا إذا كان نافعا ومنصفا، وكتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة يعد إخلالا بواجب حسن النية وواجب الإخلاص<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 161.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> - بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، أبريل 2001، ص 30.

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

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد أنشأ التزاما بالإعلام على عاتق البائع اتجاه المشتري يمكن هذا الأخير من معرفة المبيع، مع أن نص المادة 352 من ق.م.ج هو نص خاص بعقد البيع فقط، ولا تكرر التزاما عاما بالنسبة لكل أنواع العقود الأخرى، إذ لا يوجد في القانون المدني الجزائري نص يفيد بوجود الالتزام بالإعلام ملقى على عاتق كل متعاقد، ولكن يمكن للقاضي الجزائري باسم قواعد النظام العام الاقتصادي أن يفرض التزام بالإعلام بالنسبة لكل العقود<sup>1</sup>.

كما أنه وتعزيزا لحماية إرادة المتعاقد قبل التعاقد فإن اهتمام المشرع الجزائري لم يقتصر على حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية من عيوب الرضا، بل تعدى إلى ضرورة إعطائه صورة واضحة ومفصلة حول ما سيتعاقد بشأنه خاصة في مجال عقود الاستهلاك، حيث نظم حق المستهلك في الإعلام طبقا لقانون 02-89 والمتعلق بحماية المستهلك<sup>2</sup> بقواعد من النظام العام لا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعادها<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> - ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، مجلة نخب القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2001، ص.5.

<sup>2</sup> - القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر، العدد 06.

<sup>3</sup> - لقد وضع المشرع الجزائري أحكاما خاصة بإعلام المستهلك حيث فرض على كل المتدخلين في عملية العرض للاستهلاك التزاما عاما بالإعلام بموجب المادة 03 والمادة 04 والمادة 21 من قانون 07 فبراير 1989، كما نظم حق المستهلك في الإعلام بأحكام خاصة لمنتوجات معينة.

وفي كل الأحوال، على هذه المنتوجات أو الخدمات أن تلي وتستجيب للانتظار الشرعي للمستهلك".

من خلال هذا التعريف يتضح أن هذا الالتزام يلقي على عاتق كل متدخل في عملية العرض للاستهلاك ضرورة عدم مساس المواد المقدمة بالسلامة العامة للمستهلك، سواء الصحية، أو الأمنية، وحتى في مصالحه المادية، وأكثر من ذلك استجابتها للانتظار الشرعي للمستهلك.

وعليه تبين لنا الطبيعة الخاصة للالتزام العام بالسلامة من حيث شموليته، والذي يظهر كإبداع حقيقي جاء به المشرع لتوطيد فكرة الوقاية التي تسبق التعاقد<sup>1</sup>.

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

### الفرع الثالث

#### أثر عدم التفاوض بحسن نية.

إن بدأ المفاوضات بإرادة الطرفين تنشأ عنه حالة واقعية لا بد أن يعتد بها، وذلك أن كل طرف يبعث في نفس الآخر الثقة في المناقشة بجدية لكل مسائل العقد المراد إبرامه،

<sup>1</sup> - بن عامر أمينة، حماية المستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة تلمسان، معهد العلوم القانونية والإدارية، 1997-1998، ص 3-4.

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

إن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنه مادامت علاقة المتفاوضين خارجة عن الإطار التعاقدية وتم ارتكاب أخطاء خلال هذه الفترة فلا مجال لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ العقدي لأنه لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين<sup>1</sup>، ولكن إذا كان الخطأ هو مخالفة التزامات يفرضها القانون في مرحلة التفاوض، كالتزام البائع بالضمان مثلاً، فهنا نكون أمام مسؤولية عقدية للبائع، فإذا أخفى البائع عن المشتري عيباً في الشيء المبيع ينقص من قيمته فإنه يلتزم بضمان العيوب الخفية، بالرغم من أن هذا الضمان يستند إلى خطأ وقع في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>2</sup>.

إن القانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات أي أثر، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، ولا مسؤولية عليه في حالة العدول عنها، بل لا يكلف حتى بإثبات أنه قد عدل لسبب جدي، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني نجد أن التخلي عن المفاوضات يرتب مسؤولية تقصيرية على من قطعها إذ اقترن بخطأ صدر منه، فترتيب المسؤولية هنا ليس بمجرد ترك التفاوض وإنما نتيجة للخطأ الذي ارتكبه المفاوض في هذه المرحلة<sup>3</sup>، والمتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك المألوف والمعتاد، الذي يتفق مع مقتضيات حسن النية، والقاضي بأن تكون المفاوضات مرحلة للتعامل بأمانة وثقة ونزاهة، لهذا فالخطأ في هذه المرحلة يتمثل في الإخلال بمبدأ حسن النية

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 03.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 206.

لما تستوجه هذا الأخير من ثقة مشروعة بين الطرفين<sup>1</sup>، ومن ثم يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري.

كما أنّ التفاوض على العقد ضرورة اجتماعية ويجب أن يتم وفق مبدأ حرية التعاقد، هذا المبدأ الذي يعطي الحق لكل شخص في أن ينهي بإرادته المنفردة التفاوض على إبرام عقد معين، ولكن إذا ثبت أن الانسحاب وقطع التفاوض كان بسوء نية، ففي هذه الحالة يكون هناك تعسف في ممارسته، ويرتب المسؤولية على الطرف المتسبب في قطع التفاوض إذا كانت هناك أضرار قد لحقت بالطرف الآخر من جراء هذا الانسحاب<sup>2</sup>.

لذا فالعدول عن المفاوضات بالشكل الذي يلحق ضررا بالطرف المتعاقد يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق إذا توفرت حالاته الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

وعليه فالدخول في المفاوضات ثم قطعها لا يرتب أية مسؤولية إلا إذا تبث خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية أو كان هناك تعسف في استعمال الحق<sup>3</sup>.

وفي الأخير يتضح من خلال ما سبق أن القانون ضمن للأطراف حرية إجراء المفاوضات وحرية العدول عنها مادامت في شكل جدي، إلا أنه رتب عليها مسؤولية تقصيرية إذا وجد خطأ أو كان هناك تعسف في استعمال الحق، وهذا حماية لإرادة الطرف المتضرر في الفترة السابقة على التعاقد، لما لها من دور في إبرام العقد وتحديد آثاره.

## المطلب الثاني

### دور الإرادة في إبرام العقد.

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص28.

<sup>2</sup> - J. Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3eme édition . L.G.D.J. delta, 1993, p 576.

<sup>3</sup> - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 85.

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

لذا سنعالج هذا المطلب في فرعين نتعرض فيه إلى مبدأ الرضائية في إبرام العقود في فرع أول ، ثم حرية تحديد مضمون العقد في فرع ثان.

## الفرع الأول

### مبدأ الرضائية في إبرام العقود.

إن مبدأ الرضائية Principe De Consensualisme هو احد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة ، وهو لا يتصل إلا بطريقة إبرام العقد ، ويقصد به أن مجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد أيا كانت طريقة التعبير عنها<sup>1</sup> ، والقاعدة العامة حاليا هي رضائية العقود ، ولكن لم تصل إلى القوانين الحديثة إلا بعد تطور تدريجي<sup>2</sup> .  
لذا سنتطرق في الفقرة الأولى من هذا الفرع إلى تطور القانون نحو الرضائية ، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ في الفقرة الثانية.

### أ) تطور القانون نحو الرضائية :

لقد عُرف عن القانون الروماني على أنه قانون شكلي ، فالإرادة لا تستطيع وحدها إنشاء الالتزامات إلا بالخضوع إلى شكل معين ، فمن أجل جعل الأطراف ملتزمين في ما بينهم لا بد من القيام بطقوس معينة ، أي أن العقد لم يكن مقبولا أبداً أن ينشأ بمجرد

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة) ، ج1 ، بدون طبعة ، د.م.ج ، بن عكنون ، الجزائر ، 1999 ، ص 45.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 55 .

توافق الإرادتين Nudum Pactum فالمدين يلتزم لا لسبب إلا لأنه استوفى أشكالا معينة ، ويعتبر التزامه صحيحا حتى لو كان السبب الحقيقي الذي التزم من أجله غير موجود أو غير مشروع ، فالعقد كان يستمد صحته من شكله لا من موضوعه<sup>1</sup>.

أما القانون الجرمني فكان هو أيضا قانون شكليا رغم وجود بعض الأمثال التي توهم أن مجرد الرضى كاف لإنشاء العقد ، كقول المثل : " تقييد الثيران بقرونها ورجال بكلامهم ومجرد أو اتفاق يعدل عقود الرومان اللفظية " ، وقولهم أيضا : " أن الاتفاق يغلب القانون " ، " Convenance Vaiquent Loy "، إلا أن هذه الأقوال وضعت كقواعد خُلقية لا كمبادئ قانونية ، وإن كانت تدل على بداية التطور نحو مبدأ الرضائية في العقود<sup>2</sup> ، " لأن القانون الجرمني تأثر فيما بعد بعلماء اللاهوت وأخلاق المسيحية التي كانت تدعو إلى فرض احترام الوعد من أجل تجاوب مع النهضة التجارية التي تعبر عنها المعارض الدولية الكبرى التي كانت تقام في القرون الوسطى ، هذا مما أدى إلى القول بصفة تدريجية أن القوة الملزمة للاتفاقات ناتجة عن مجرد الرضى بدون الرجوع إلى أشكال القانون الروماني"<sup>3</sup>.

أما في العصور الوسطى فقد بدأت الإرادة تستعيد دورها في تكوين العقود تدريجيا ، وذلك بفضل عدة عوامل نذكر منها<sup>4</sup>:

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، النظرية العقد ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 90.  
- Jaque Flour , Luc Aubert, les obligations, volume 1, l'acte juridique, paris, Armand Colin, p 224.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، النظرية العقد ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 90 - 91.

<sup>3</sup> - جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 372.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 56 ود . عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات -نظرية العقد- ، ج1، المرجع السابق ، ص 93-94.

- أولاً : العامل الديني ، وذلك بتأثير المبادئ الدينية مما ساهم في سهولة الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الالتزام فأصبح للاتفاق دعوى تحميه تسمى بـ " Action ex nudopcto " ، ويمكن طلب تنفيذه أمام المحاكم الكنسية.
  - ثانياً : عوامل اقتصادية ، بفعل ازدهار التجارة وتطور علاقات الناس وتنوع مواضيع العقود مما أدى إلى استبعاد ما يعوق المبادلات التجارية من أشكال ، فقد كانت المحاكم الإيطالية - في القرن الرابع عشر - تحكم استناداً إلى قواعد العدالة دون تمييز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام.
  - ثالثاً : العوامل السياسية ، وتمثلت في تدخل الدولة في الروابط القانونية وتوليها حماية حقوق الفرد المتعاقد بمجرد الاتفاق.
  - رابعاً : العامل القانوني والمتمثل في إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته والتأثر به خصوصاً فيما وصل إليه في أواخر مراحله من ظهور لبعض العقود الرضائية.
- أما القانون الحديث فقد عرف تطوراً نحو مبدأ الرضائية والذي " شهد توسعاً خصوصاً في القرن التاسع عشر ، أدى ببعض الفقه إلى القول بأن النظم القانونية ليست إلا تاريخاً لتحرر الإرادة من الشكلية شيئاً فشيئاً حتى أصبحت مجردة من أي وضع أو شرط ، وأصبحت تبسط سيادتها وسلطانها على جميع نواحي القانون وليس على العقود فقط ، بل حتى على النظم الاجتماعية والاقتصادية"<sup>1</sup> ، ونتيجة لذلك تعرضت الشكلية في العقود لعدة انتقادات واعتبرت غير قادرة على مواكبة التطور لبطئها وقيامها على قواعد قديمة ، كما أن الفرد يجد نفسه ملتزماً لقيامه بأشكال معينة.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد- ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 102.

هذا بخصوص الشكلية التي كانت سائدة في القوانين القديمة ، أما الشكلية الحديثة فتختلف عنها تماما إذ أنها تُفرض من أجل حماية الرضى ، فالشكل وحده فيها غير كاف لإنشاء العقد دون رضى المتعاقدين بل يُنظر إليه كركن أصلي في العقد ، على عكس الشكلية القديمة التي كانت وحدها تكفي لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضى<sup>1</sup> ، وبالتالي يلاحظ أنه حدث تجدد في مفهوم الشكلية واعتُبر كل من مبدأ الرضائية ومبدأ الشكلية من الخيارات الأساسية وذلك لأهميتهما في تنظيم العقود ، ولكن بالرغم من اتساع مجال الشكلية خاصة بمفهومها الواسع يبقى التمسك بالرضائية هو المبدأ<sup>2</sup>.

### ب) مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري :

يجمع فقهاء القانون الحديث على أن الرضائية أصبحت هي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه ، ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث نص في المادة 59 من ق.م.ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " ، فمن خلال هذا النص يتضح أن مبدأ الرضائية في إبرام العقود هو الأصل ، أما الشكلية فهي الاستثناء لوجود عبارة ( دون الإخلال بالنصوص القانونية ) ، والتي تعني مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة بإبرام العقد ، كما أن المادة 60 من ق.م.ج تعد تطبيقا لمبدأ الرضائية إذ نصت على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة متداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه .

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

<sup>1</sup> - دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، 2002-2003 ، ص

<sup>2</sup> - جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 372.

استنادا إلى هذه المادة فإنه 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 رضائيا حتى لو اشترط القانون الكتابة لإثباته ما دام أن انعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي ، لأنه إذا تخلفت الكتابة المطلوبة للإثبات فإنه يجوز إثبات العقد بطرق أخرى ، كالإقرار واليمين ما لم ينص القانون على غير ذلك<sup>1</sup> ، كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة<sup>2</sup>.

إن ما تجدر الإشارة إليه هو أنه رغم اتجاه القانون الحديث نحو الرضائية واعتبارها قاعدة عامة ، إلا أن عودة الشكلية مجددا كان بشكل كبير لما لها من دور في تنبيه الأطراف حول مدى أهمية التصرفات المقدمون عليها ، وكذا من أجل إثبات التصرف القانوني<sup>3</sup>.

إن العقود الرضائية لا تترك أثرها في الحياة الاقتصادية بين الأطراف مما يجعل العلاقات التعاقدية تتم في سرية ، وهو ما دفع الدولة إلى التدخل - لاعتبارات الرقابة والحصول على مداخيل الضريبة - لفرض شكلية معينة على إرادة المتعاقدين ، كما وردت على مبدأ الرضائية استثناءات كثيرة، حيث أصبح عدد كبير من العقود خاضعا لصيغة شكلية معينة أهمها الكتابة ، لأنه من الناحية العملية، القليل من المتعاقدين الذين يبرمون العقود شفاهة، وذلك لصعوبة إثبات العقد عند حصول النزاع إذا كانت قيمته تجاوز حدا معيناً والذي حدد المشرع الجزائري بـ 100.000 دج طبقاً للفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

وفي الأخير يتضح أن المشرع الجزائري في صياغته للمادتين 59 و60 من ق.م.ج قد رسخ مبدأ الرضائية كقاعدة عامة ، لما له من دور في تبسيط معاملات وسرعة العلاقات

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 58 - 59 .

<sup>2</sup> - المادة 645 من ق.م.ج .

<sup>3</sup> - F.TERRE ,Ph Simler , Y. Lequette , Op . Cite , P131-132 .

التعاقدية ، ولكن وضع له حدود معينة ، وذلك بالتخفيف منه بفرض بعض الإجراءات قبل إبرام العقد وهو ما يعرف بالشكلية غير المباشرة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى وضع له حدودا تمثل استثناءات حقيقية تُعرف بالشكلية المباشرة لاتصالها بتكوين العقد وهو ما سنعالجه في لاحقا.

## الفرع الثاني

### دور الإرادة في تحديد مضمون العقد.

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها ، لذا سنتعرض في هذا الفرع إلى بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد في الفقرة الأولى ، ثم نتطرق إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتباره من أهم الاتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها.

#### أ) بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد :

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون ، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء<sup>1</sup> ، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها.

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للأطرفين ، الاتفاق على فسخ العقد طبقا للمادة 120 ق.م.ج ، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد ، ويلاحظ

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 45.

أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحا كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزاماته وقد يرد الاتفاق في صورة "اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه" ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين ، وإنما لا بد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن ، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته ويأتي في عبارة أشد وهو اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم ، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعدار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررا لا منشئا له<sup>1</sup>.

كما أورد المشرع الجزائري في ق.م.ج عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم ، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 ق.م.ج الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه ، و يسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد ، كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 ق.م.ج .

يلاحظ أيضا بالرجوع إلى القواعد العامة أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين بدلات الإيجار ( ثمن الإيجار ) حسب المادة 01/471 من ق.م.ج، وأكد

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، 385 .

ذلك من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي<sup>1</sup> رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 والتي تنص على أنه: " تحرر نسب الإيجارات المطبقة على المحلات ذات الاستعمال غير السكني وتحدد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني والقانون التجاري المذكورين أعلاه"، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقاً لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين ، وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري.

كما يمكن أيضاً للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه<sup>2</sup>، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدية يشكل أكثر نفعاً وجدية من الضمان القانوني<sup>3</sup>.

### ب) الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية :

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية اتفاقاً يجعل المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وقد يتفقا على التخفيف فيها مما يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه وتقصيره<sup>4</sup> ، وفي هذا المجال توجد عدة اتفاقات تخص المسؤولية العقدية كالتأمين على المسؤولية ، وهذا لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية ، وإنما مجاله عقد التأمين ،

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15 يناير 1996 المتعلق بتعيين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها ، ج.ر ، العدد 4.

<sup>2</sup> - المادة 337 من ق.م.ج .

<sup>3</sup> - المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ، ج.ر ، العدد 40.

<sup>4</sup> - بوعزة ديدن ، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية ، مجلة مخبر القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، عدد 1 ديسمبر 2004 ، ص 6.

كما أن هناك اتفاقات أخرى تتم بعد وقوع الضرر ويراد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر كتحديد مقدار التعويض أو النزول عنه، وهذه الاتفاقات تعتبر من قبيل عقود الصلح<sup>1</sup>، ولكن ما يهمنا هنا هي الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر وهي غالباً ما ترد في العقد عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجد أنها تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة..."، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي، ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن اعتباره نوعاً من التأمين ضد خطر القوة القاهرة والحادث الفجائي، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد<sup>2</sup>.

كما أنّ الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما وُجد في الظروف التي وُجد فيها المدين، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة<sup>3</sup>.

كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أن التعويض لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم طبقاً للمادة 02/182 ق.م.ج، ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 305.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، بدون طبعة، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 178.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 409.

التزام المدين ، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالتزام التعاقدى بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 411 .

## المبحث الثاني

### انعكاس دور الإرادة على آثار العقد.

يلتزم المتعاقدان بما ورد في عقودهم التي أبرماها برضاها، ويقومان بتنفيذ التزاماتهم المترتبة عنها وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد ، كما أن تفسير العقد يكون وفقا لما تضمنته إرادة طرفيه المشتركة.

لذا سنتعرض في هذا المبحث إلى أثر الإرادة على مبدأ القوة الملزمة للعقد في مطلب أول ، ثم إلى مظاهرها عند تفسيره في مطلب ثان.

### المطلب الأول

#### أثر الإرادة على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

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

للإجابة على هذا السؤال فإننا سنعالج هذا المطلب في ثلاثة فروع نتطرق في الفرع الأول إلى مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد، ثم إلى تدخلها في تعديل العقد وإنهائه في الفرع الثاني وفي الأخير نتطرق إلى انصراف أثر العقد إلى الغير بإرادة الطرفين في فرع ثالث.

### الفرع الأول

#### مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد.

إن القاعدة العامة هي التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقا للمضمون الذي حدده الطرفان ، وهذا ما ورد في المادة 106 من ق.م.ج إذ تنص على أن : " العقد شريعة

المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله ، إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " ، وبالتالي متى انعقد العقد صحيحا التزم كل من طرفيه بتنفيذه ، فلا يمكن لأي منهما أن يستقل بنقضه أو تعديله بإرادته المنفردة ، وهذا حفاظا على استقرار المراكز القانونية ، كما أن تطبيق أحكام العقد تكون في حكم تطبيق القانون ، لأن الالتزام الذي ينشأ عنه له نفس قوة الالتزام الناشئ عن القانون.

قد تستند القوة الملزمة للعقد إلى قيم دينية وأخلاقية ذلك لأن كل الديانات السماوية أوصت بالوفاء بالعهد فالعقد ملزم لأنه يشكل عهدا قطعه الأفراد على أنفسهم ولا بد من تنفيذه ، كما أن مبدأ حسن النية ومبادئ الاستقرار في العلاقات المالية تفرض احترام أطراف العقد للالتزامات التي أقروها وألزموا أنفسهم بها<sup>1</sup> ، إلا أن أساس القوة الملزمة للعقد قد نتج في البداية من مبدأ سلطان الإرادة<sup>2</sup> ، " باعتباره مبررا ومفسرا لها، فحسب نظرية سلطان الإدارة ، أنه ما دام الشخص المتعاقد حرا بطبيعته فهو لا يلتزم إلا بما أمثته إرادته، لأنّ الإرادة وحدها مصدر أساسي في ترتيب آثار العقد وتحديد محتواه بسلطان مطلق ، وهذه الآثار لا تترتب إلا لأن الأطراف أرادوا ذلك ، وما دام الإنسان لا يمكنه أن يتصرف بما يخالف مصالحه تكون إذن الالتزامات التي أرادها عادلة، ويقتصر دور القانون في هذا المجال على ضمان المساواة بين الحريات التعاقدية"<sup>3</sup> ، ولكن هذا من الوجهة النظرية لأن الالتزام بتنفيذ العقد في هذه الحالة يبقى التزام أخلاقيا وأدبيا أكثر منه قانونيا ولا يمكن لأحد طرفي العقد - خارج إطار القانون - إلزام الطرف الآخر بتنفيذه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 113 - 114 .

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص 210.

<sup>3</sup> - J.Ghestin , Op,cit , p27.

<sup>4</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 105 .

وعليه " فللقوة الملزمة للعقد مصدران ، الأول وضعي نابع من المبادئ العامة التي كرسها القانون الوضعي ، والثاني شخصي نابع من إرادة طرفي العقد ، سواء كان الباعث أدبيا أو أخلاقيا أو اقتصاديا أو نفعيا أو معنويا أو دعما للثقة في التعامل أو حسن النية ، فإذا تخلف المصدر الشخصي بقي المصدر الوضعي مهيمنا على النظام القانوني للعقد ، فيلجأ إليه من يرغب في تنفيذ العقد لإجبار الطرف المتخلف عن ذلك، وهنا يتدخل القاضي ليس فقط لمنح العقد القوة الملزمة بل أيضا لتوفير التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية"<sup>1</sup> وعليه فأساس الالتزام العقدي وإن كان يستند إلى سلطان الإرادة بجانب سلطان القانون ، إلا أنه لا يمكن للإرادة إطلاقا أن تبرر بصورة مستقلة قوته الإلزامية لأنه لا يمكن الاستناد إليها لإجبار المتعاقد على تنفيذ العقد في حالة امتناعه ، لذا فالقوة الملزمة ليس سندها إرادة الطرفين وإنما القانون الوضعي ، كما هو الحال عليه في القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### تدخل الإرادة في تعديل العقد وإنهاء قوته الملزمة.

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

### أ) تعديل العقد بإرادة الطرفين :

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 118.

<sup>2</sup> - د. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 45 .

إن تعديل العقد باتفاق الطرفين هو تصرف قانوني بمقتضاه يتفق الطرفان أثناء تنفيذ العقد على تغيير بند أو أكثر من بنود العقد الذي يربط بينهما<sup>1</sup> ، ويعتبر بذلك قيذا إراديا يرد على القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع يقوم على أساس أنه ما دام العقد قد انعقد باتفاق الطرفين فيمكن تعديله باتفاقهما ، ولا يعدو أن يكون بمثابة عقد جديد تطبّق عليه القواعد العامة للعقد<sup>2</sup> .

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

بما أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأي منهما أن ينفرد بتعديله ، لأنه ثمرة اتفاق بين إرادتين ، ولا تستطيع إرادة واحدة أن تعدل فيه ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 09 مارس 1999 ، حيث قضت بما يلي: " حيث يتبين من الحكم المطعون فيه ووثائق الدعوى ، أن المطعون ضده رُسم بموجب قرار تثبيت رقم 90/805 في منصب سائق آلة الصقر ابتداء من 1990/02/21 وتم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط ابتداء من تاريخ 1995/05/29 ورفض ذلك، وحيث انه ثابت فقها وقضاء إن التغيير في وظيفة العامل لا تتم إلا بناء على الإرادة المشتركة للطرفين.

حيث أن المستخدمة لم تثبت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد وتنفيذ علاقة العمل بناء على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية،

<sup>1</sup> - مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 57 .

<sup>2</sup> - جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص 259 .

خاصة وأن الأمر في حقيقته يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط ، مما يجعل الوجه في غير محله "1.

إن التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها ، لأنه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه ، وبالتالي يهدف إلى الحفاظ على العلاقة التعاقدية ، كما يمكن الطرفين من إعادة تنظيمها بترك الحرية لهما في مراجعة العقد ، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في أحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>2</sup> ، حيث اعتبر السعر التقديري وكيفيات مراجعته من مشتملات عقد بيع العقار على التصاميم ، وترك للأطراف الحرية الكاملة في تحديده ، فإذا اعترضت تنفيذ العقد ظروف اقتصادية كأنهيار العملة أو ارتفاع الأسعار العامة ، يتدخل الطرفان لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته ، وذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب وتغيرات تكاليف مواد البناء ، كما أن هذه الفئة من العقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة وليس من العدل أن يقوم البائع بمراجعة السعر التقديري بنفسه ، إضافة إلى أنّ حماية المشتري والمتعامل في الترقية العقارية تقتضي من كليهما اتخاذ الحيطة والحذر كركيزة أساسية لمراجعة سعر ، وذلك بإدراج شروط تخدم المصالح المشتركة للطرفين وتضمن حماية واستقرار المعاملات.

إن الاتفاق على تعديل العقد يتم بعد إبرامه ، ويمكن أن يكون هذا التعديل عند الإبرام ، وذلك بوضع شروط تحوّل لأحد الطرفين أو كلاهما التعديل في أحكام العقد في حالة تغيّر الظروف<sup>3</sup> ، وتكون عادة هذه الشروط في شكل شروط مراجعة عامة يطلق عليها شروط إعادة التفاوض ، يمكن من خلالها للطرفين التقابل ومناقشة الصعوبات التي

<sup>1</sup> - الغرفة الاجتماعية ، قرار صادر بتاريخ 09 مارس 1999 ، ملف رقم 170077 ، غير منشور.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، ج . ر ، العدد 14.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 107.

تواجههما أثناء تنفيذ العقد ، وتفترض فكرة إعادة التفاوض وجود عقد صحيح وعند مرحلة تنفيذه يتفق الأطراف على إعادة النظر في أحكامه حتى يتماشى مع الظروف الجديدة ، وذلك بتعديل بعض بنوده واستبدالها بأخرى يتفقون عليها ، فالعقد الذي يتم إعادة التفاوض عليه هو نفسه العقد الأصلي ، ولكنه يحتاج إلى تعديلات ، وهذا ما يميز إعادة التفاوض عن التجديد ، بالرغم أن كلاهما يفترض استمرار الطرفين في العلاقة التعاقدية ، إلا أنه عند إعادة التفاوض تبقى الرابطة القانونية هي الرابطة الأصلية ، أما في حالة التجديد فالرابطة القانونية يتم استبدالها برابطة أخرى<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى التطبيقات العملية نجد أنه نادرا ما يضع طرفا العقد شرطا عاما يسمى بشرط إعادة التفاوض ، لأن إعادة التفاوض هي في الغالب عبارة عن إحدى المراحل المنظمة بواسطة شروط أكثر تعقيدا ، فبدلا من أن يقوم المتعاقدان بوضع شرط عام لإعادة التفاوض فإنهما يقومان بتنظيم ذلك داخل شروط أخرى متنوعة كشرط تغير الظروف وذلك عند تغير المعطيات الأصلية للعقد ، وينتج عنها عدم التوازن في الالتزامات وموضوع شرط تغير الظروف ما هو إلا موضوع العقد الذي يحتفظ الطرفان بإعادة تعديله وفقا لتغير الظروف ، كما يعتبر شرط القوة القاهرة فرصة مناسبة للنص على إعادة التفاوض ويرجع ذلك إلى أن هدفه هو الاعتماد على إرادة الطرفين في تجنب أن تؤدي القوة القاهرة إلى وضع نهاية للعقد ، ويتعين التأكيد في هذه الحالة على أن النص على إعادة التفاوض يرتبط بصفة أساسية بمفهوم القوة القاهرة المشار إليها في العقد وكذا بالاعتراف بها بواسطة الطرفين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 54.

<sup>2</sup> - مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 59.

وتجدر الإشارة هنا إلى التمييز بين شروط إعادة التفاوض كشرط تغيير الظروف وشروط القوة القاهرة وبين الشروط التي يضعها الأفراد لتسوية المنازعات إذ أن هذه الأخيرة تفترض وجود نزاع في المستقبل بين الطرفين وموضوعها ليس الاتفاق الأصلي بينهم وإنما النزاع الذي يحتمل أن ينشأ في المستقبل حول العلاقة التعاقدية ، وتهدف إلى بحث موضوع هذا النزاع من أجل التوصل إلى تسوية ، أما شروط إعادة التفاوض فإنها لا تفترض وجود نزاع وإنما حدوث تعيّر في الظروف التي أبرم فيها العقد بظروف استثنائية غير متوقعة عند التنفيذ مما يرتب خللا في الالتزامات، الأمر الذي يستلزم تعديلا لأحكام العقد<sup>1</sup>.

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

### ب) إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين :

إذا اتفق طرفا العقد على إنهاء العلاقة التعاقدية فيما بينهما كان لهما ذلك، لأنه ما دام العقد نشأ بإرادة الطرفين فيمكن لهما أيضا إنهاءه بإرادتهما ، وهو ما يطلق عليه

<sup>1</sup> - مصطفى المتولي قنديل ، المرجع السابق ، ص 61-62 .

<sup>2</sup> - من الحلول التي يلجأ إليها الطرفان لتعديل عقودهما إدراج بنود لتعديل العقد ، فإذا تم اتفاق عليهما أثناء إبرام العقد يطلق عليها " البنود التلقائية " ، ومنها بند التقيس ، وشرط المقاس المتغير ... ، أما إذا تم الاتفاق عليها لاحقا أي أثناء مرحلة التنفيذ فيطلق عليها البنود غير التلقائية ، كبنود إعادة التفاوض ، يراجع الدكتور: مصطفى متولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، المرجع السابق ، ص 53 وما يليها.

بالتقابل أو الإقالة *la réalisation conventionnelle* وهو عقد جديد يتم بين الطرفين صراحة أو ضمنا مضمونه هو التحلل من العقد الذي يربط بينهما ، والتقابل ليس له أثر رجعي باعتباره عقدا جديدا ينتج آثاره من وقت حدوثه، ومع ذلك يمكن أن تنصرف إرادة الطرفين إلى جعل أثره يمتد إلى المستقبل<sup>1</sup>.

كما تنقضي الرابطة التعاقدية إذا قام الطرفان بتنفيذ الالتزامات المترتبة عنها<sup>2</sup> ، مع أن هناك جانب من الفقه - ومنهم الدكتور سليمان مرقس والدكتور محمد صبري السعدي - يرى أن العقد لا ينقضي بل الالتزامات المترتبة عنه هي التي تنقضي بالوفاء عادة ، أما العقد فيبقى قائما ، لأن تنفيذه لا يؤدي إلى زواله ولا يؤثر في وجوده بل يؤكد هذا الوجود ويظل العقد سندا لما يترتب عليه من آثار ، ففي عقد البيع مثلا بعد أن يسلم البائع المبيع للمشتري ويستلم هذا الأخير الثمن فإن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالتنفيذ إلا أن العقد لم ينقض بل يبقى يؤدي دوره في أنه سند لحق المشتري في ملكية المبيع ولحق البائع في استفاء الثمن<sup>3</sup> ، ولكن هذا لا يكون إلا في العقود الفورية، أما عقود المدة فتتنقضي بانقضاء المدة المحددة، لأنّ المدة تعتبر ركنا من أركان هذا العقد، كما هو الشأن في عقد الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل<sup>4</sup>.

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

### الفرع الثالث

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص 279 .

<sup>2</sup> - أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 266 .

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 368 .

<sup>4</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 324 .

## انصراف أثر العقد إلى الغير بإرادة الطرفين.

إن مبدأ نسبية آثار العقد تقتضي أن الحقوق والالتزامات المترتبة عنه لا تنصرف إلا للمتعاقدين ، إلا أنه استثناء يمكن لهما أن ينشئا باتفاقهما حقا واشتراطه لمصلحة الغير ، وينحصر هذا الاستثناء في اكتساب الغير حقوقا ناشئة عن عقد ليس طرفا فيه دون تحمل الالتزامات.

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

ويجب التمييز هنا بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ، ذلك أن التعهد عن الغير ما هو في الحقيقة إلا تطبيقا للقواعد العامة بحيث إذا قبله الغير يصبح لدينا عقد ثاني مختلف عن العقد الأول ، أما الاشتراط لمصلحة الغير فهو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المتعهد في مواجهة شخص يسمى المشترط بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المستفيد ، وبذلك يعد استثناء حقيقيا على مبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص حيث تنصرف فيه إرادة العاقدين إلى ترتيب حق مباشر للمنتفع من عقد الاشتراط دون أن يكون طرفا فيه<sup>1</sup>.

ولقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة يمكن أن تنصب على العديد من العقود ، مسماة كانت أو غير مسماة ، ولو أنّ صورته المثلى تكمن في عقد التأمين ، فعقد التأمين على الحياة مثلا يعتبر أهم تطبق لها ، إذ أن المستأمن الذي يؤمن على حياته لمصلحة زوجته وأولاده يشترط في عقد التأمين شروطا لمصلحتهم ، ويكتسبون بالتالي حقوقا من العقد الذي كانوا أجانبا عنه.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 222.

## المطلب الثاني

### مظاهر الإرادة عند تفسير العقد.

إنّ تفسير العقد هو توضيح معنى النصوص الواردة فيه وبيان مدلولها ، وذلك قصد الوقوف على الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين ، وتحديد الالتزامات التي تنشأ عن العقد حتى يتمكن الأطراف من تنفيذه<sup>1</sup>.

وأساس التفسير وفقا للنظام الشخصي في تفسير العقد هو الإرادة الباطنة للطرفين، لأنها ما دامت هي أساس إبرام العقد فهي أيضا الأساس في تحديد مضمونه ، ولا يمكن التقييد بالعبارات الواردة بالعقد إلا إذا كانت تعبر عن نية المتعاقدين ، أمّا النظام الموضوعي في تفسير العقد فيعتمد أساسا على التعبير عن الإرادة دون أن يعتدّ بالإرادة الباطنة<sup>2</sup>، وسواء أخذنا بمذهب الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة تبقى القاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة<sup>3</sup>.

إن القاضي عند تفسيره للعقد يهدف إلى الوصول إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ومقصودهما والذي يتحدّد بمجموع العبارات التي تشكل التعبيرين المتطابقين ، وقد تكون هذه العبارات واضحة حيث تطبق كما وردت في العقد ولا تحتاج إلى تفسير، ولكن أحيانا يشوبها بعض الغموض وذلك إمّا لأنّ اللفظ ذاته يكون غامضا أو يكون واضحا ولكنّه لا يتفق مع ما قصده المتعاقدان ، فيحتاج العقد في هذه الحالة إلى تفسير.

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 297.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002 ، ص 18.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - ، ج2 ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات حلي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 227.

وسنعالج هذا المطلب في فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى تقيّد القاضي بعبارات العقد في حالة وضوحها احتراماً لإرادة الطرفين ، ثمّ إلى بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض عبارات العقد.

## الفرع الأوّل

### تقيّد القاضي بعبارات العقد في حالة وضوحها.

إذا كانت عبارات العقد واضحة تعيّن على الطرفين تنفيذ العقد دون تغيير أو تأويل ويلزم ذلك القاضي أيضاً بالأخذ بالمعنى الظاهر لهذه العبارات ، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 111 ق.م.ج والتي تنصّ على أنّه : "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..." ، فإذا كان محولاً لقضاة الموضوع البحث عن إرادة الطرفين لتحديد مضمون العقد فإنّ ذلك لا يعني الخروج عن العبارة الواضحة الكاشفة عن هذه الإرادة لأنّ ذلك يعتبر تعدياً على القوة الملزمة للعقد<sup>1</sup>.

وعليه فحالة الوضوح تمنع القاضي كلياً من التفسير والبحث عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، وله أن يأخذ بالإرادة التي دلت عليها العبارة الواضحة ، ويقصد بوضوح العبارة وضوح الألفاظ المستعملة في حدّ ذاتها أو وضوح بنود العقد كل على حدة ، إلا أنّ هذا غير صحيح لأنّ العبارة الواضحة في حدّ ذاتها لا تعبر بصدق عن إرادة المتعاقدين ، فقد تتناقض مع عبارات أخرى ، وقد يكون البند واضحاً في ذاته إلا أنّه متناقض مع بند آخر مما يجعل العقد غامضاً ، فالوضوح المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 111 من ق.م.ج هو وضوح العقد في دلالاته الكلية<sup>2</sup> ، أي التطابق الكلي بين الإرادة الباطنة والتعبير عنها أي أنّ الألفاظ والكلمات المستعملة تعبر عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين ، وليس وضوح

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 509.

<sup>2</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 308.

العبرة هو الهدف بل هو وسيلة تؤدي بنا إلى الغاية التي هي الإرادة الواضحة<sup>1</sup> باعتبارها الهدف الذي يجب على القاضي أن يصل إليه.

لذلك فمتى كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في الكشف عن إرادة الطرفين الباطنة عندئذ وفي هذه الحالة يستخلص القاضي هذه الإرادة من المعنى الظاهر ، أما إذا كانت العبارات واضحة ظاهريا ولكنها متعارضة في الواقع مع الإرادة الباطنة للطرفين فإنّ هذا الوضوح للعبرة لا يمنع من التفسير<sup>2</sup>.

وبالتالي فالمشرع الجزائري عندما منع القاضي من الانحراف عن عبارات العقد الواضحة كان هذا على أساس افتراض أنّ الإرادة الظاهرة في هذه الحالة هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة ، وبذلك فهو يعول في الفقرة الأولى من المادة 111 من ق.م. على عبارات العقد الواضحة باعتبارها ترجم إرادة المتعاقدين ، لذا لا يمكن تغييرها والانحراف عنها.

وللعبرة الواضحة أهمية في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين لأنّ الإرادة باعتبارها مرجع ما يرتب المتعاقدين من آثار فهي ذاتية في تطبيقها ، ولا يمكن استخلاصها إلاّ بوسائل مادية أو موضوعية والتي تتمثل في عبارات العقد ذاتها، فإذا كانت هذه العبارات واضحة لزم أن تعدّ تعبيراً صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة<sup>3</sup>.

إنّ التعبير عن الإرادة طبقا للمادة 60 ق.م.ج ، يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، إلاّ أنّ اختيار أطراف العقد للتعبير عن الإرادة بالكتابة يخضعهم لحكم المادة 01/111 ق.م.ج التي تعدّ بعبرة العقد الواضحة دون غيرها في الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين.

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 254.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 91.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 240.

وعليه فإذا عمد قاضي الموضوع إلى تفسير العبارات الواضحة رغم عدم حاجتها إلى التفسير ، فإنه في هذه الحالة يتجاهل المعنى الواضح وينسب إلى الطرفين إرادة ليست لهما محرفا بذلك العقد ، لذا يتعيّن على قضاة الموضوع احترام إرادة الطرفين المشتركة التي يقوم عليها العقد في تكوينه وفي تفسيره ، ولا يجوز لهم بحجة تفسير العقد أن يستبدلوا إرادة الطرفين بإرادة وهمية لا دليل عليها ، لأنّهم بذلك يعدّلون الآثار القانونية للعقد ، الأمر الذي يؤثّر على مصالح الأفراد واستقرار المعاملات<sup>1</sup>.

لذا فمتى دلّ وضوح العبارة على إرادة الطرفين فإنه يعد تعبيراً صادقاً عن هذه الإرادة وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 49174 المؤرخ في 1987/06/17 والذي قضى بما يلي : "من المقرر قانوناً أنّ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون، من ثمّ فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها"<sup>2</sup>.

فوضوح العبارة حسب الفقرة الأولى من المادة 111 من ق.م.ج يمنع تأويلها، إلاّ أنّه إذا كان هذا الوضوح لا يكشف عن الإرادة الباطنة للمتعاقدين فيمكن العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود للمتعاقدين ، ويتعيّن على القاضي في هذه الحالة أن يبيّن أسباب هذا العدول بأدلة تكشف عن انقطاع الصلة بين الألفاظ والأفكار التي تعبر عنها<sup>3</sup> ، وهذا حتّى يتسوّى للمحكمة العليا مراقبة أسباب هذا التأويل والانحراف ، فإذا اقتنعت أنّ هذا العدول عن المعنى الظاهر مؤسس على اعتبارات تبرره كان الحكم سليماً، وإلاّ تعرّض للنقض والقصور في التسبب، كما أنّ تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو غامضة يعتبر أيضاً من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 544 - 549.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية ، العدد رقم 01 ، 1992 ، ص 84.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 240 ؛ أ. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 310.

المحكمة العليا ، ويترتب عليه في هذه الحالة الالتزام بالتسبب ، فلا يمكن تفسير العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون ذكر أسباب ذلك ، مكتفياً بذكر أنّ العبارة غامضة وأنّ المستخلص هو إرادة المتعاقدين المشتركة<sup>1</sup>.

وعليه فإن مسألة وضوح العبارة نسبية وتختلف من قاض إلى آخر ، وبالتالي فالمعيار الصحيح لرقابة قاضي الموضوع عند انحرافه عنها هو وضوح الإرادة ذاتها، أي الإرادة الباطنية المشتركة لطرفي التعاقد ، فإذا كانت هذه الإرادة واضحة من خلال العبارات الواضحة تعين الالتزام بهذه العبارات ليس لوضوحها بل لأنها تكشف عن إرادة الطرفين ، ولا يوجد من ظروف الواقع ما يناقضها ، أمّا إذا كانت واضحة ظاهرياً فقاضي الموضوع ملزم في هذه الحالة بالعدول عن هذا المعنى الظاهر - مع تبرير ذلك - والتأكيد على أنّ هذا الوضوح لا يتفق وإرادة الطرفين.

## الفرع الثاني

### بحث القاضي عند تفسيره للعقد

#### عن الإرادة المشتركة في حالة غموض العبارات.

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة فإنّ الأمر يحتاج بالضرورة إلى تفسير ، وبالتالي يتعين على القاضي الكشف عن إرادة المتعاقدين. وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 111 من ق.م.ج على أنّه : " إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 293 - 294.

الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات " .

ويقصد بعدم وضوح العبارة هو قصورها في الدلالة على الإرادة الحقيقية للطرفين، أي عدم التطابق بين الإرادة الظاهرة المعبر عنها في عبارات العقد والإرادة الباطنة حيث يحتمل العقد عدّة تفسيرات مختلفة ويتعذر ترجيح وجه على آخر<sup>1</sup>.

ويرجع غموض العبارة إلى أسباب عديدة كاستخدام المتعاقدين الألفاظ المعبرة عن إرادتهما الحقيقية باستعمال ألفاظ مشتركة لها معان متميزة ومتعارضة حيث يصعب معرفة المعنى المقصود منها ، أو استعمال تعبيرات قانونية في غير معناها القانوني الصحيح، وقد تأتي عبارات العقد واضحة ولكن متناقضة في جزئياتها داخل البند الواحد أو بين أكثر من بند، كما يمكن أن يشتمل العقد على حالة معينة لا يعرف ما إذا كانت واردة على سبيل المثال أو الحصر ، أو وجود أخطاء مادية وقع فيها المتعاقدان<sup>2</sup> ، وقد يرجع غموض العبارة إلى إغفال المتعاقدين لبعض المسائل التفصيلية في العقد كما يتضح ذلك من قرار المجلس الأعلى رقم 31315 والمؤرخ في 1983/04/13 والذي قضى بأنه: "حيث أنّ أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك ، أمّا بالنسبة لطرفي البيع فالعبارة بما اتفق عليه الطرفان ، وبما أنّ العقد لم يشر إلى الرسم ، فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة"<sup>3</sup>.

وعليه فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة فإنّ الأمر يحتاج بالضرورة إلى تفسير ولا يمكن القول بأنّ أساس التفسير هو غموض تعبير المتعاقدين بل أساسه هو إرادة الطرفين

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 261 .

<sup>2</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 262 .

<sup>3</sup> - المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد 1 ، ص 19 .

، وما الغموض إلا مبرر ودافع لإجرائه<sup>1</sup> ، لذا يتعيّن على القاضي في هذه الحالة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والتي يقصد بها العزم على أمر معين تتجه الإرادة النفسية إلى تحقيقه ، فالنية إذن هي الإرادة ، وإذا قلنا النية المشتركة فإنّ هذا لا يختلف عن قولنا الإرادة المشتركة ، وتكون النية مشتركة إذا تقابلت وتطابقت مع نية أخرى واشتركتا في نفس المضمون<sup>2</sup>.

ولكن هل يستخلص القاضي النية المشتركة من الإرادة الظاهرة أم من الإرادة الباطنة للمتعاقدين ؟

يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حكما للإرادة الباطنة، وهذا وإن صحّ في غالبية الأحوال، إلاّ أنّه يقع أحيانا أن يكون المتعاقدان قد قصدا أمرا اتفقا عليه ولكن عبّرا عنه تعبيرا غير دقيق ، فتختلف هنا الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ولا نكون في هذه الحالة في منطقة صحة العقد - لوجود الاختلاف والتفاوت بين الإرادتين - فالعقد صحيح والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد ، وإنّما نكون في منطقة تفسير العقد<sup>3</sup>.

كما يرى جانب من الفقه وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أنّ التفسير ينصب على الإرادة الظاهرة ما دامت متفقة مع الإرادة الباطنة ، أمّا عند الاختلاف فيتعين استخلاص النية المشتركة من الإرادة الباطنة للمتعاقدين<sup>4</sup> ، والعبارة هنا ليست بنظرة واحدة لأحد المتعاقدين دون الآخر ، وإنّما بنظرتهما المشتركة التي تم الاتفاق عليها ، فإذا لم يحصل في هذا الشأن اتفاق تكون العبارة بظروف العقد وحسن النية ،

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 21.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص 66.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص 606.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع نفسه ، ص 73.

وتستبعد النظرة الذاتية للإرادة الباطنة التي ينفرد بها أحد المتعاقدين ، لذا يلزم القاضي بالبحث عن هذه النية المشتركة حسب المعالم التي حددها المشرع طبقاً لنص المادة 02/111 ق.م.ج ، والغرض من ذلك هو الحد من تعسف أحد المتعاقدين في تأويل إرادته، وعليه فالعبرة إذن تكون بالإرادة الباطنة شريطة أن تكون هذه الأخيرة مطابقة لما تقتضيه طبيعة المعاملة والثقة والأمانة وحسن النية بين المتعاقدين<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فالإرادة المشتركة التي يأخذ بها هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها *La volonté reconnaissable* وهي مسألة نفسية بحتة وذات صفة شخصية<sup>2</sup> ويمكن للقاضي الكشف عنها بالرجوع إلى العقد ذاته عن طريق الوسائل التالية<sup>3</sup>:

**أولاً :** العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة ، بل يجب عليه ترجيح المعنى الأكثر انطباقاً مع الغرض المقصود من التعاقد.

**ثانياً :** إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات أثر ، والمعنى الآخر لا يجعل له أثر في العقد فيجب ترجيح المعنى الأول ، طبقاً لقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله.

**ثالثاً :** لا بدّ من النظر إلى العقد بصفته وحدة واحدة ، فلا يمكن تفسير كل بند على حدة بعيد عن البنود الأخرى.

تبقى هذه الوسائل الداخلية التي يستعين بها القاضي في تفسيره بعبارات العقد الغامضة ليتبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين غير ملزمة، فإذا لم تسعفه في تفسير العقد يلجأ

<sup>1</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 80 .

<sup>2</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 241 ود. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 81.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 265.

إلى الوسائل الخارجية والمتمثلة في طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين طبقاً للفقرة الثانية من المادة 111 ق.م.ج.

وفي الأخير يتضح أن تفسير العقد يقتضي الوقوف على إرادة طرفيه وليس على إرادة أحدهما فقط ، ويسعى القاضي لإظهار ما أراداه في أذهانهما من العبارة المستعملة ، فإذا كانت واضحة تقيد بها وأعطاهما المعنى المتفق عليه ، أما إذا كان غامضاً يحتمل أكثر من معنى تعين عليه تحديد مفهومه انطلاقاً من تقديره لما أراداه المتعاقدان ، وله السلطة التقديرية في ذلك ، طالما كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى ، وأعطاه القاضي المفهوم الذي يتناسب مع روح العقد وما قصده الطرفان.

## الفصل الثاني :

### القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني الجزائري.

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

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

وقد سبقت الإشارة في الفصل الأول إلى دور الإرادة في تكوين العقد وانعكاسها على آثاره ، وسنتعرض في هذا الفصل إلى القيود التي ترد عليها. لذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول القيود الواردة على الإرادة عند تكوين العقد، وفي المبحث الثاني نتعرض إلى تدخل المشرع في تعديل العقد وإنهائه.

## المبحث الأول

### القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد.

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

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

## المطلب الأول

### الشكلية كقيود على الإرادة.

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

ويبدو الاختلاف بين الشكلية القديمة والحديثة من خلال الأهداف والوظائف التي يؤديها الشكل حديثاً ، فلم يعد هذا الأخير تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها لقيام العقد والذي لا تكفي الإرادة وحدها لإنشائه ، بل أصبحت ذات أهداف ومبررات تستوجب وجودها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 43 .

<sup>2</sup> - كاتي أحمد ، شروط انعقاد بيع العقار وشروط انتقال ملكية العقار ، نشرة الوثائق ، العدد 10 ، ص 40.

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

## الفرع الأول

### الشكلية المطلوبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد.

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

### أ) الشكلية الرسمية في العقود المدنية :

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

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

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

#### 1- الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع الواقع على العقار :

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها وأهمها عقد البيع الواقع على العقار، فبعد ما كان أطراف العقد أحرارا في تحرير عقودهم في شكل رسمي أو عرفي قبل صدور الأمر 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق<sup>1</sup>، اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في شكل رسمي، وهذا ما أكدته المادة 12 من هذا الأمر والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر من ق.م.ج.

وعليه فعدم اتباع أحكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله، ويثبت هذا الحق للخلف العام والخاص ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق.م.ج، وهذا ما كرسه القضاء بقوله: " أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطا ضروريا لصحته وأن تحرير هذا العقد في شكله الآخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر، العدد 71.

<sup>2</sup> - القرار رقم 136156 مؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1، ص 10.

إنّ ما يقال في بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان يقال أيضا في الوعد بالبيع فيجب أن يتوافر فيه الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقا لأحكام المادة 02/71 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "... إذا اشترط القانون لتمام العقد استفتاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

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

## 2- الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي :

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

يتضح من خلال المادتين 883 و886 من ق.م.ج ، أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في شكل رسمي، ونفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 137.

المرهون<sup>1</sup>، مع أن المشرع في المادة 883 من ق.م.ج لم يبين الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج، نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تكون تحت طائلة البطلان، وعقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوقا عقارية والتي ألزم المشرع بتحريها في شكل رسمي وإلا كانت باطلة، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي جزاءه البطلان المطلق.

### 3- الشكلية لانعقاد عقد هبة العقار :

لقد عرّف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها تمليك بلا عوض واعتبرها من العقود الشكلية، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 206 ق.أ.ج على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات..."، ولم تختلف أغلب التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة وإنما اختلفت في نوع الشكلية الواجبة فيه، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين: أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين فتتعقد الهبة بالتراضي ولكن لا بد من تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها، أما النوع الثاني من الشكلية، فينصبّ على التراضي ذاته، إذ لا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص<sup>2</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في رسمية الهبة الواقعة

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 122.

<sup>2</sup> - دهماني لطيفة، المرجع السابق، ص 95.

على العقارات وذلك بتحرير عقد الهبة في عقد توثيقي Acte notarié تحت طائلة  
البطلان<sup>1</sup>.

#### 4- الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية :

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

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

زيادة على ذلك فإن الكتابة وإن كانت واجبة في عقد الشركة فهي ضرورية بنفس الدرجة في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كالزيادة أو التخفيض في رأس المال أو إحالة الحصص كما تنص على ذلك المادة 418 من ق.م.ج، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 1982/05/08 الذي قضت فيه بما يلي : "ومتى كانت المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 تشترط... أو التخلي عن أسهم من الشركة أو جزء منها إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وكانت المادة 572 من ق.ت.ج هي الأخرى تنص على عدم إمكانية إثبات إحالة الحصص إلا بموجب عقد رسمي .

<sup>1</sup> - مصطفى لعموم، عقد الهبة، نشرة الموثق، العدد 8 لسنة 1999، ص 20.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس القضائي صرح بصحة الاتفاق الشفوي المتضمن تنازلا عن حصص في الشركة ، فإنه لم يلتزم صحيح القانون "1.

### ب) الشكلية العرفية في العقود المدنية :

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

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

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

<sup>1</sup> - المجلة القضائية ، العدد 1 ، لسنة 1989 ، ص 125 .

## ج) اشتراط التسليم في العقود العينية :

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

يعتبر فعل التسليم شكلية لا بد منها لقيام العقد ، ويرجع أصله إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الاستهلاكي والوديعة والرهن الحيازي<sup>1</sup>.

إن هذا النوع من العقود أصبح نادرا بالنسبة للقانون الجزائري إذ أنّ هناك حالة واحدة أشار إليها المشرع في قانون الأسرة<sup>2</sup> طبقا للمادة 206 بخصوص عقد الهبة ، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه : " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة<sup>3</sup> ، ومراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ... " ، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه : " ... إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

لقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الهبة عقدا عينيا إذا كان واردا على منقول ، إذ أن عبارة ( وتتم بالحيازة أي أن الحيازة تعد ركنا لقيام هذا العقد إذا لم تتم اعتبر باطلا وفقا للفقرة الثانية من المادة 206 من ق.أ.ج ، فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قييدا يرد على إرادة المتعاقدين في إجرائهما لهذا التصرف.

<sup>1</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 242 .

<sup>2</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر ، العدد 15 .

<sup>3</sup> - يبدو أن الصواب في عبارة ( وتتم الحيازة ) هو ( وتتم بالحيازة ) أي أن الحيازة تعد ركنا في هذا العقد ، وهذا ما يظهر واضحا في النص الفرنسي لنفس المادة.

"l'acte de donation se forme par l'offre et l'acceptation et se complète par la prise des possessions ...".

## الفرع الثاني

### الشكلية غير المتطلبة لانعقاد كقيد على الإرادة.

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

#### أ) اشتراط الكتابة للإثبات :

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

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنه : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علاقات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها " ، وتعتبر هذه المادة أول نص عرّف المشرع من خلاله الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة ، والتصرفات الالكترونية بصفة خاصة ، وذلك

<sup>1</sup> - المادة 645 من القانون المدني الجزائري.

لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها التقليدي كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة الكترونية افتراضيه، والتي تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات<sup>1</sup>.

ويرجع تقدم الكتابة على ما سواها من طرق الإثبات لاسيما الشهادة إلى انتشارها وتعدد وسائلها وتنوع أشكالها وبساطتها عن الشهادة التي تؤخذ عنها على أنها عرضة للتأثيرات والضغوطات والإغراءات لأي سبب كان، ناهيك عن ذاكرة الشهود المشوبة بالتقصير عن استيعاب أو تذكر تفاصيل التصرف القانوني المدعى به كالبيع والشراء والهبة، خاصة إذا تقادم عليها الزمن ومرت عليها سنين أو عقود، إذ تبقى الأحرف المكتوبة مؤكدة لا يشوبها تقادم الزمان ولا تغير المكان، فتفضيل الكتابة عن الشهادة من مقتضيات العصر الحديث لأن الأحرف المكتوبة موقع عليها أما الشهادة فتكذب كما يمكن دحضها عندما يتعلق الأمر بالتأثير الشخصي أو التورط في جرم شهادة الزور<sup>2</sup>. لذلك فقد يشترط المشرع شكلا خاصا للإثبات - دون أن يترك للأطراف حرية إثبات التصرف الذي قاموا به - كاشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة<sup>3</sup>.

كما اشترط المشرع في بعض العقود اتخاذ شكل مكتوب أو اتباع إجراءات شكلية إجبارية، ومنها عقد المقاوله مثلا والذي يعد عقدا رضائيا يكفي لانعقاده توافق إرادة طرفيه

<sup>1</sup> - برني نذير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006، ص 47.

<sup>2</sup> - دحماني لطيفة، المرجع السابق، ص 20.

<sup>3</sup> - المادة 333 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

دون حاجة لإعطائه شكلا معيناً ولكن نظراً لطبيعته وأهمية تكاليفه فإنه يخضع لشكليات يفرضها القانون، كما تنص على ذلك المادة 10 من المرسوم التشريعي 94-07 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري على أنه: "يجب أن تحدد العلاقة بين صاحب المشروع أو صاحب المشروع المنتدب وصاحب العمل بموجب عقد يبرم حسب الأشكال المطلوبة"<sup>1</sup>، فإثبات عقد المقاول لا يكون إلا بعقد مكتوب، مع أن مخالفة ذلك لا يؤدي إلى بطلانه<sup>2</sup>.

والحال نفسه بالنسبة لعقد الإيجار إذ ألزم المشرع - طبقاً للمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري - طرفيه بكتابته حسب نموذج موحد إذ تنص المادة 21 منه على أنه: "تجسد العلاقة بين المؤجر والمستأجر وجوباً في عقد إيجار طبقاً للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابياً بتاريخ مسمى"، مع أنها لم تبين ما إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوباً أمام الموثق أم يكفي العقد العرفي بشأنها، إلا أنه من خلال الاطلاع على نموذج عقد الإيجار الذي تنص عليه المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 والذي جاء وارداً ومفصلاً في المرسوم التنفيذي رقم 94-69<sup>3</sup> خاصة في ذيل هذا النموذج الذي يتم بتوقيع المؤجر والمستأجر فقط وليس هناك إشارة إلى توقيع موظف مختص كالموثق مثلاً، كما أن جزاء تخلف هذه الشكلية لم يطبق عليه المشرع قواعد نظرية البطلان التي أكدها في العقود الشكلية الرسمية والعرفية، وإنما رتب على ذلك جزاءً عقابياً حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم التشريعي المذكور على أنه: "... يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب طبقاً للأحكام التشريعية المعمول بها"، وهناك جزاء آخر يمكن وصفه

<sup>1</sup> - المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج.ر، العدد 32.

<sup>2</sup> - حمادي جازية مجيدة، عقد مقاوله البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002-2003، ص 50.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر، العدد 17.

بأنه جزاء مدني نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة بقولها: "...ومن جهة أخرى ودون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد فإنّ أي وصل يجوز شاغل الأمكنة يخوله الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة<sup>1</sup>.

إضافة إلى اشتراط المشرع الكتابة لإثبات العقد في بعض الحالات، فإنه قد اشترطها في حالات أخرى عند تعديله، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/06/18 ملف رقم 144122 ، بإلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلبه، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 نوفمبر 1994 والذي يؤيد الحكم الابتدائي الصادر من محكمة حسين داي في 14 أبريل 1993 ، والقاضي بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي في حين كان لزاما على المفاوض عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة حسب العقد الأصلي ، إذ أن إبرام عقد جزائي على أساس التصميم المتفق عليه مع رب العمل لا يخول للمفاوض أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهة<sup>2</sup>.

### ب) اشتراط الشهر في بعض العقود :

إن العقارات بطبيعتها تتمتع بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها إلى إجراءات تكوّن في مجملها ما يسمى بنظام الشهر العقاري ، وهو عبارة عن نظام قانوني يراد به

<sup>1</sup> - ذيب عبد السلام ، عقد الإيجار المدني ، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001 ، ص 58.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 1997 ، ص 21.

إعلان بيع العقار بطريقة قانونية ، وإعلام الغير بمعظم التصرفات الواردة على العقارات لبعث نوع من الثقة في التعامل وتحقيق استقرار الملكية العقارية ودعم الانتماء العقاري<sup>1</sup> .  
وللشهر العقاري دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية<sup>2</sup> ، ويكون إلزاميا بالنسبة لكافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلقة الواردة على الملكية العقارية ومثاله الارتفاق والرهن الحيازي العقاري وعقد البيع ، وعقد الشهرة وشهادة الحيازة ... الخ ، فعملية الشهر هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري وهو ما أكدته المادة 15 و16 من الأمر 74-75<sup>3</sup> ، وهو أيضا ما سار عليه الاجتهاد القضائي في هذا المجال<sup>4</sup> .

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

## المطلب الثاني

### فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة.

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

<sup>1</sup> - سي يوسف زاهية ، نقل الملكية في البيوع العقارية ، مجلة المحاماة ، المنظمة الجهوية للمحامين بتيزي وزو ، العدد 01 ، ماي 2004 ، ص 120 .

<sup>2</sup> - المادة 793 والمادة 165 من ق.م.ج .

<sup>3</sup> - الأمر رقم 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج.ر ، العدد 92 .

<sup>4</sup> - قرار رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 01 ، ص 86 .

وسنحاول في هذا المطلب تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في فرع أول ثم نتطرق إلى مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام والآداب العامة في فرع ثان.

## الفرع الأول

### مفهوم النظام العام والآداب العامة

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

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

### أ) تعريف النظام العام والآداب العامة :

لقد اختلف الفقهاء في تعريف فكرة النظام العام والآداب العامة اختلافا كبيرا ، وتعددت التعريفات في شأنها تعددا يكاد لا ينتهي ، فلقد عرفه كابتان (Capitant): "بأنه مجموعة القواعد الهادفة في بلد معين إلى المحافظة على حسن أداء المرافق العامة والتي لا يمكن مبدئيا استبعادها " ، وعرفه هيمار ( Heimard ) بأنه: "مجموعة القواعد الموضوعية من

<sup>1</sup> - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 47 .

قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع ، كما عرفه دوجي (Duguit): بأنه: " ما هو إلا المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها ..."<sup>1</sup>.

عموماً يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، فهو إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة ، وضمان حسن سير علاقات الأفراد فيما بينهم ولا يمكن لهم الاتفاق على عكسها أو استبعادها ، ويتميز بأنه مفهوم نسبي متغير مع الزمن والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين ، ومادام يلجأ إليه لحماية هذه الأنظمة ، فإن حمايته تتكيف مع تغيرها، فما كان محظوراً في الماضي يمكن أن يصبح مباحاً اليوم والعكس صحيح<sup>2</sup>.

أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد الخلقية التي يلتزم بها الأفراد في بيئة معينة وزمن معين ، ويكون مصدرها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع ، ومن ثم فهي تدخل في فكرة النظام العام وتعتبر الشق الخلقى منه<sup>3</sup> ، وإن اختلفت معه من حيث مجال كل منهما ، إلا أنه لا يوجد فرق جوهري بينهما من حيث الوظيفة المسندة إليهما والمتمثلة في حماية المجتمع والمحافظة على النظام والأمن الاجتماعي<sup>4</sup>.

#### ب) مصادر النظام العام :

يستمد النظام العام مصدره من النصوص القانونية حيث يتولى المشرع تحديد مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا ، حيث يقضي النص صراحة أنه لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه ، كما جاء ذلك على سبيل المثال في المواد 96 و98

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي، المرجع السابق ، ص 402 .

<sup>2</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 149 .

<sup>3</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 153.

<sup>4</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 211.

و107 من القانون المدني الجزائري ، فيكون النص القانوني إذن من النظام العام إذا كان يمنع المتعاقدين من مخالفة أحكامه ، وقد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة محيلا التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية بواسطة المراسيم والقرارات ، والمنشورات ، وتكون كل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها<sup>1</sup>.

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

طالما أن الأمر كذلك ، أصبح من الواجب على القاضي أن يبحث عن مصدر النظام العام وأن يحدد مفهومه فينظر أولا في القوانين التي لم يصفها المشرع بأنها تتعلق بالنظام العام ليقرر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة بالنظر إلى المصلحة التي تحميها أو إلى النظام الذي تقرره ، فإذا لم يكن هناك نص متّصف بصفة النظام العام أو من الممكن وصفه بها ، يبحث عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي والتي يمكن وصفها بأنها تتعلق بالنظام العام بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على المصلحة العامة

<sup>1</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 212.

<sup>2</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 213.

والفردية سواء كانت اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية ، فالقاضي إذن ليس حرا في تحديد مفهومه للنظام العام بل عليه أن يبحث عنه في مجموع المبادئ العامة التي تسود نظاما قانونيا واجتماعيا معينا<sup>1</sup>.

### ج) مجال النظام العام :

يمكن التمييز في إطار فكرة النظام العام بمعناها الواسع ومن زاوية أثرها على سلطان الإرادة وحرية التعاقد بين شقين رئيسيين ، يتمثل الأول في المفهوم التقليدي لهذه الفكرة وهو ما يعرف بالنظام العام السياسي والأخلاقي ، أما الشق الثاني فهو المفهوم الحديث لهذه الفكرة والذي يجسد التطورات التي لحقتها وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي<sup>2</sup>.

#### 1- النظام العام السياسي والأخلاقي :

يشكل النظام العام السياسي والأخلاقي، كما سبق، المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام ، ويعبر عن المضمون الذي كان سائدا لها في ظل المذهب الفردي والذي يجسد قدرا من القيود التي تحد من نطاق الإرادة في المجال التعاقدية .

ويمكن تحديد الأنظمة المحمية بموجب النظام العام السياسي والأخلاقي كما يلي<sup>3</sup>:

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

<sup>1</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 407 .

<sup>2</sup> - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 51 .

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص 410 .

ثانيا : النظام الاجتماعي بما فيه نظام الأسرة ، كالزواج البنوة والأهلية والجنسية والإرث.

ثالثا : الإجراءات القضائية والمحاکمات الحامية لحقوق الإنسان ، والتنظيم القضائي وعمل المحاكم بالقدر الذي تكون فيه المصلحة العامة ومصصلحة الأفراد هي محور هذا العمل.

رابعا : النظام الأخلاقي وقوامه المبادئ السلوكية في مجتمع معين والتي تعتبر ضمانا لأخلاقيات الفرد والجماعة.

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

إن تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفكرة النظام العام بمفهومه التقليدي كان منذ البداية على شكل قيود تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد ، وذلك من خلال إبطاله للعقد عند عدم احترام الشروط والعناصر اللازمة لانعقاده<sup>1</sup> ، وقد جاءت نصوص القانون المدني الجزائري صحيحة وقاطعة في هذا الشأن، ف فيما يتعلق بمحل العقد تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا " ، وفيما يتعلق بركن السبب تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا " ، أما فيما يتعلق بركن الرضا فقد اشترط المشرع في بعض العقود شكلا معيناً لإنقاذها<sup>2</sup>.

وعليه يتضح أن قواعد النظام السياسي تقرر في غالبيتها جملة من الممنوعات، إذا خالفها المتعاقدان كان اتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا.

## 2- النظام العام الاقتصادي:

<sup>1</sup> - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 56 .

<sup>2</sup> - لقد سبقت الإشارة لهذه العقود تحت عنوان الشكلية المطلوبة للانعقاد كقيود على حرية الإرادة في إنشاء العقد.

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

ويتميز النظام العام الاقتصادي عن النظام العام السياسي بعدة مميزات يمكن تحديدها فيما يلي<sup>2</sup>:

- إنّ أحكام النظام العام التقليدي ( السياسي ) تقتصر على ممنوعات يجب احترامها ، أمّا أحكام النظام العام الاقتصادي - زيادة على ذلك - فإنّها تفرض واجبات وسلوكات يجب إتباعها.

- كما يمكن تصنيف أحكام النظام العام الاقتصادي من حيث قوتها الإلزامية إلى أحكام تتعلق بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي ، وهي لا تختلف عن أحكام النظام العام السياسي ، بحيث تكون ملزمة ولا يمكن مخالفتها بأي شكل من الأشكال ، وأحكام تتعلق بالنظام العام الاجتماعي ، والتي تتضمن بعض الأحكام أو الشروط لحماية المتعاقد الضعيف ، وتكون ملزمة في مواجهة الجميع ، وخاصة المتعاقدين ، مع جواز مخالفتها لصالح

<sup>1</sup> - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 79-80.

<sup>2</sup> - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 228-229.

الطرف الضعيف ، فهذه الأحكام لا تسمح إذن بإنقاص الحقوق التي تتضمنها ، ولكن يجوز للمتعاقدين الزيادة فيها، إلى جانب ذلك يمكن للطرف المستفيد من الحماية التنازل عنها بعد اكتساب الحق محل الحماية .

- كما يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام العام السياسي ، أما بالنسبة لمخالفة أحكام النظام الاجتماعي الحمائي ، فإن بطلان التصرف القانوني يخدم مصالح المتعاقد القوي ، وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي ، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي بقاء العقد لا إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه، كما نصت على ذلك المادة 110 من القانون المدني الجزائري بخصوص عقد الإذعان ، وقد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف لنظام العام بحكم القانون، كما نصت على ذلك المادة 136 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل<sup>1</sup>: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون "

في الأخير يمكن الإشارة إلى أن فكرة النظام العام قد انحصرت في بدايتها في نطاق ضيق حيث كانت مقتصرة على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع ، لذا لم تشهد حرية التعاقد في ظلها إلا قيودا محددة تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد ، ولكنها بدأت تشهد اتساعا شديدا في مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر حيث تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر حديث عرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي يضاف إلى المفهوم

<sup>1</sup> - القانون 11/90 المؤرخ في 11 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر ، العدد 03.

التقليدي ، وهذا ما أدى إلى زيادة القيود على الإرادة بإجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام والآداب العامة.

إن أحكام النظام العام التقليدي قد اقتضت على ممنوعات يجب احترامها<sup>2</sup>. أما أحكام النظام العام الاقتصادي والاجتماعي - زيادة على ذلك - فهي تهدف إلى حماية بعض الفئات الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا، وذلك عن طريق التدخل في تنظيم العلاقة العقدية وفرض بعض الأحكام على المتعاقدين<sup>3</sup>.

وسواء كنا في إطار أحكام النظام العام التقليدي أو الحديث فإن المشرع قد تدخل إسنادا إلى ذلك بنصوص أمرة لا يجوز مخالفتها مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدية .

فما هي إذن مظاهر هذا التقييد ؟

للإجابة على هذا التساؤل سنعالج هذا الفرع في النقاط التالية ، نتطرق بداية إلى تقييد المشرع لحرية إبرام العقد ، ثم تدخله في تحديد مضمونه ، وفي الأخير تدخله في صرف آثاره إلى الغير.

### أ) تقييد المشرع لحرية إبرام العقد :

إن المضمون الحقيقي لمفهوم حرية التعاقد يجب أن يقتصر على حرية إبرام العقد، لأنه في إطار هذا المعنى فقط يمكن الحديث عن حرية التعاقد باعتبارها نتيجة مترتبة على

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

2 - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق، ص 56.

3 - علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 227.

مبدأ سلطان الإرادة وليست مرادفة له<sup>1</sup>، فهي إذن بهذا المعنى تتضمن حرية الشخص في إبرام العقد أو عدم إبرامه وكذا حرته في اختيار الشخص المتعاقد معه<sup>2</sup>.

لهذا قد يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على الدخول في علاقات تعاقدية ولو لم يريدوا ذلك<sup>3</sup>، كما هو الحال في عقود التأمين، حيث تعرض قانون التأمينات الجزائي إلى التأمينات الإلزامية، وذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري<sup>4</sup>، كما ألزم كل مالك مركبة أو مستفيد بالإكتتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها مركبته للغير<sup>5</sup>.

أما في مجال الحماية الاجتماعية فقد تبنى المشرع نظاما قانونيا<sup>6</sup> موحدا يغطي أغلب الأخطار المرتبطة بحياة الأجراء وغير الأجراء، وتميز هذا القانون بأنه نظام إجباري ألزم المشرع من خلاله كافة الهيئات دون استثناء بالقيود الإجباري للأشخاص الموضوعين تحت رقابتهم أجراء كانوا أو غير أجراء مهما كانت جنسيتهم إذا كانوا يمارسون مهامهم داخل التراب الوطني، ومن صور الإلزام على التعاقد أيضا إلزام المشرع في بعض الأحوال الأشخاص أو الهيئات التي تقدم خدمات للجمهور أو تبيع السلع الضرورية بأن تتعاقد مع كل من يطلب هذه الخدمة أو تلك السلعة إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت

1 - محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص44.

2 - محمد حسين عبد العال، نفس المرجع، ص45.

3 - يبقى عنصر الإلزام في هذه الأحوال ليس مطلقا، لأن الفرد يمكن له أن يرفض إبرام العقد وإن تعرض نتيجة لذلك لجزاء ما يقرره القانون، يراجع: الدكتور محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 65 وما يليها.

4 - لقد تعرض المشرع في الأمر رقم 75-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر، العدد 13، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر، العدد 15، في الكتاب الثاني منه إلى التأمينات الإلزامية، وكان الفصل الأول منه تحت عنوان التأمينات البرية أما الفصل الثاني فقد تعرض إلى التأمينات البحرية والجوية، وركز على أهم حالات التأمين الإجباري مقيدا بذلك إرادة الأطراف في هذه الإنفاقات وهذا راجع إلى أن هذا النوع من التأمينات يحقق ضمان المصلحة الاجتماعية التي يجب أن يلتزم بها الجميع.

5 - طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 74-58 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، والمعدل والمتمم بالقانون 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج.ر، العدد 15.

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

الخدمة المقدمة متوفرة<sup>1</sup>، وكجزء عن رفض البيع والامتناع عن التعاقد في هذه الحالة نجد أن المشرع قد رتب لرفض التعاقد بدون مبرر شرعي عقوبة ردعية متمثلة في غرامة تساوي على الأقل مرة ونصف الربح المحقق الناتج عن استعمال الوضعية المهيمنة على السوق دون أن تتجاوز ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع، وفي حالة غياب تقويم هذا الربح تساوي هذه الغرامة 7% على الأكثر من رقم الأعمال لآخر سنة مالية مختتمة أو للسنة المالية الجارية للأعوان الاقتصاديين الذين لم يكملوا سنة من النشاط، هذا وقد يحيل مجلس المنافسة الدعوى إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً قصد المتابعة القضائية إذا كان تنظيم وتنفيذ عملية رفض التعاقد يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولية شخصية، وللقاضي في هذه الحالة - زيادة على العقوبات السالف ذكرها - أن يحكم بالحبس من شهر إلى سنة ضد الأشخاص الطبيعيين الذين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها<sup>2</sup>.

إذا كان القانون يجبر المتعاقد أحياناً على التعاقد فإنه في حالات أخرى يمنعه من ذلك وهذا إما نظراً لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذات أهمية وبالتالي لا يسمح بالتعاقد في هذه الحالات، لذا يمنع القانون الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع واقتناء العتاد الحربي، وهذا طبقاً للمادة الأولى من المرسوم المتعلق بقمع الجرائم المتمثلة في اكتساب وحياسة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات<sup>3</sup> حيث تنص على أنه: "يحظر في مجموع التراب الوطني بيع واقتناء وحياسة وصنع العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة والمتفجرات"، كما حظر على الأفراد إبرام بعض العقود، كحظر البيع المشروط أو الخدمة المشروطة<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> - المادة 15 الفقرة الأولى والثانية من قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41.

<sup>2</sup> - المادة 15 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر، العدد 43.

<sup>3</sup> - المرسوم رقم 63-85 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحياسة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات، ج.ر، العدد 14.

<sup>4</sup> - المادة 60 من الأمر 95/06 المتعلق بالمنافسة.

وكذا البيع بالمكافئة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على مال أو خدمة ، ولا ينحصر هذا الحضر في عقود البيع التي تنظمها المادة 352 من ق.م.ج ، ولكن قانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أدرج أيضا عقود أداءات الخدمة أي العقود التي محلها التزام بعمل ، سواء تمت الخدمة بمفردها كعقد العمل أو كانت مصحوبة ببيع ، كالحياط الذي يبيع القماش مع تفصيله بدلة<sup>1</sup> ، زيادة على هذا المنع الذي يشمل كل الأفراد ، قد يمنع المشرع فئات معينة فقط من إبرام بعض العقود ، كما هو الحال بالنسبة للقضاة والمحامين حيث يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها<sup>2</sup>.

إضافة إلى إجبار الأفراد على إبرام العقود أو منعهم منها ، فإن القانون قد يفرض عليهم التعاقد مع أشخاص معينين دون أن تكون لهم حرية اختيار الطرف الآخر ، فالشخص يجبر على التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة مثلا ويلتزم بالبيع لمن أعطاهم المشرع هذا الحق دون غيرهم<sup>3</sup> ، والحال كذلك بالنسبة للمؤجر فإنه يلتزم بالتعاقد مع من يعطيهم القانون حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن أو المهن المنتفع بها عن طريق الإيجار<sup>4</sup>.

#### ب) تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد :

<sup>1</sup> - سيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، بدون طبعة، الدار الجامعية للطبع والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص 42.

<sup>2</sup> - المادة 402 والمادة 403 من ق.م.ج .

<sup>3</sup> - المادة 795 من ق.م.ج .

<sup>4</sup> - لقد نص ج.م.ج على أحكام حق البقاء عند صدور الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني وذلك ابتداء من المادة 514 وما يليها من ق.م.ج ولكن تم إنهاء العمل به بالنسبة لإيجار المحلات السكنية التي تمت بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري وهذا نظرا للإحصائيات التي دلت على امتناع المؤجرين عن كراء محلاتهم خوفا مما يحتوي عليه التشريع المدني من أحكام تمس بحقوقهم كمالك .

خلافًا للدور السلبي الذي يؤديه النظام العام السياسي والأخلاقي فقد تميز النظام العام الاقتصادي والاجتماعي بطابع إيجابي حيث إنه يؤدي إلى تحديد مضمون العقد وآثاره<sup>1</sup> ، وامتد ليشمل فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد باعتبارها تشكل هدفًا رئيسيًا له<sup>2</sup> .

استنادًا إلى ذلك تدخل المشرع الجزائري لتحديد مضمون العقد، وذلك عن طريق تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة، وكذا توسيع مضمونها.

#### 1- تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص أمرة :

لقد تولى المشرع الجزائري تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة بنوع من التفاصيل والدقة ، حتى يجنب المتعاقد الضعيف كل تعسف من قبل الطرف القوي، فإضافة إلى إبطال بعض الشروط قام بفرض شروط أخرى في العقد ، فأصبح العقد الذي كان يجسد إرادة طرفيه تتدخل فيه إرادة المشرع حيث تحل النصوص القانونية - ولو جزئياً - محل إرادة الطرفين في تحديد بنوده<sup>3</sup> ، ومن بين العقود التي نظمها المشرع بنصوص أمرة عقد الإيجار وعقد التأمين وعقد العمل وعقود الاستهلاك بصفة عامة... الخ ، حيث أبطل الشروط المخالفة لهذا التنظيم ولو كانت ناتجة عن اتفاق بين إرادة الطرفين ، الأمر الذي جعلها تقترب مما أسماه البعض بالتصرف الشرطي L'acte - condition<sup>4</sup> .

ففيما يتعلق بعقد الإيجار فقد ألزم المشرع - في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري - الأطراف على تجسيد العلاقة الإيجارية في عقد إيجار طبقاً للنموذج الذي بينه المرسوم التنفيذي 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994، مع معاقبة

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

2 - محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق، ص 81.

3 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 41.

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

المؤجر في حالة عدم كتابة العقد، ومنح محتمل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل الإيجار.

أما فيما يتعلق بعقد التأمين فقد نظمه المشرع بنصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا فيه إذ لا يناقش شروطه بل يكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل الشروط المقترحة<sup>1</sup>، فاشتراط أن يكون عقد التأمين وفق نموذج معين طبقا لأحكام المادة 07 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، وأبطل كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد<sup>2</sup>، كما أبطل بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين طبقا لنص المادة 622 من ق.م.ج والمتمثلة في :

- 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.
- 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن لدى السلطات، أو في تقديم المستندات، إلا إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- 3- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
- 4- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

أما في مجال علاقات العمل فإن تدخل المشرع يبدو واضحا من خلال تنظيمه لعقد العمل تنظيما مفصلا ودقيقا طبقا لقانون 11/90 والمتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم ،

---

<sup>1</sup> - لعشب محفوظ بن حامد ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1990 ، ص 128.

<sup>2</sup> - تنص المادة 625 ق.م.ج على أنه " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد ".

وذلك بتحديد مواقيت العمل الليلي والساعات الإضافية والحق في الراحة الأسبوعية والعطل السنوية والأجر... الخ<sup>1</sup> ، كما تدخل أيضا بصفة دورية في تعديل بنوده طبقا لتغير الظروف كما هو الشأن في إنقاص مدة العمل من 44 ساعة إلى 40 ساعة طبقا للمادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ المتعلق بالمدة القانونية للعمل<sup>2</sup>

إن هذا التقييد للإرادة في عقد العمل بتحديد كل من الحقوق والالتزامات الأساسية للعمال وأصحاب العمل على حد السواء يهدف المشرع من خلاله إلى حماية العامل ضد تعسف رب العمل ، الأمر الذي لم يترك أي مجال للاجتهاد أو التأويل إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعمال<sup>3</sup> حيث اعتبر أن كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام هذا القانون تعد باطلة وعديمة الأثر كما تعتبر باطلة كل البنود المخالفة له وتحل محلها أحكام هذا القانون.

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

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

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

<sup>3</sup> - أهمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري (علاقة العمل الفردية)، ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة، الجزائر، 2002 ، ص 141 .

تعسفية طبقا لنص المادة 29 والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه : "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

1- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك... " ، يستشف من خلال هذه الفقرة أن هذه الشروط واردة على سبيل المثال لا الحصر حتى تمكن من توفير حماية فعالة للمستهلك

يضاف إلى ذلك أن القانون 02-04 لم يكتف بإيراد قائمة للشروط التعسفية وإنما أورد كذلك تعريفا للشرط التعسفي وهو ما يسمح للقضاء بإدخال شروط لم يرد ذكرها في المادة 29 كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع<sup>1</sup>.

2- تدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد :

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

1-2- الالتزام بالضمان :

والذي يعرف على أنه : "التزام ذو مصدر قانوني أو تعاقدية يكون في بعض عقود المعاوضات التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضوع العقد ، ويدرج ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد كما يمكن في نفس الوقت من تعويض الضرر الحاصل في حالة عدم بلوغ النتيجة"<sup>2</sup>.

بالرجوع إلى ق.م.ج لا نجد فيه مبادئ عامة تلزم بالضمان، إلا أنّ هناك نصوصا بهذا الشأن تخص كل عقد على حدة كما هو الحال في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاول.

<sup>1</sup> - بودالي محمد، المرجع السابق ، ص 137 .

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 143.

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

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

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

أما فيما يخص عقد الإيجار وطبقا للفقرة الثانية من المادة 383 من ق.م.ج ، فقد رتب المشرع على عاتق المؤجر الالتزام بالضمان على الأعمال التي تصدر منه ومن مأموريه ، وكذا ضمان كل إضرار أو تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ، ج. ر، العدد 40 .

أي شخص تلقى الحق عن المؤجر، وأبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد منه<sup>1</sup>، وكذا الشأن بخصوص الالتزام بالضمان بالنسبة للمقاول والمهندس المعماري<sup>2</sup>.

## 2-2- الالتزام العام بالإعلام :

إن الالتزام العام بالإعلام هو واجب فرضه القانون لاسيما على بعض الباعين والمؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي يواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية وإعلانية ، ولقد حاز هذا الالتزام على نسبة كبيرة من الشمولية في المعاملات الضرورية حول السعر والحدود الاتفاقية للمسؤولية ، وكل المعلومات الضرورية حول المبيع وصفات الإنتاج<sup>3</sup>، وللالتزام العام بالإعلام أهمية قصوى في مجال حماية المستهلك خاصة في ظل التطور العلمي والصناعي الذي جعل التعاملات تتم دون توازن بين المستهلك والمنتج من حيث علم هذا الأخير بأسرار منتوجاته.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في الفقرة الأولى من المادة 352 من ق.م.ج ، حيث ركز على ضرورة إعلام المشتريين ، هذا الإعلام الذي يسهر على تحقيقه بالدرجة الأولى البائع في القانون المدني ، ثم جاء بعد ذلك قانون 02-89 المتعلق بحماية المستهلك ليؤكد ويرسخ هذا المبدأ في المادة الرابعة ، وذلك بإجبار المهني على تقديم كل العناصر التي تميز المنتج أو الخدمة<sup>4</sup>.

## 2-3- الالتزام العام بالسلامة :

لقد فرض المشرع الجزائري الالتزام العام بالسلامة في بعض العقود رغم أن موضوعها لا يتطرق إلى مثل هذا الالتزام، كما هو الحال في عقد نقل الأشخاص حيث يلتزم الناقل

1 - المادة 490 من ق.م.ج.

2 - المادة 556 من ق.م.ج.

3 - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 8.

4 - مغنية محمد ، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان، 2005-2006 ، ص 11.

إلى جانب الالتزام بتوصيل المسافر إلى الوجهة المحددة في الميعاد المحدد بضمان سلامته أثناء السفر<sup>1</sup>، فإذا ما لحقه ضرر التزم الناقل بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، وفي هذا الشأن قرر المجلس الأعلى في قراره رقم 29-274 بتاريخ 1983/03/30 بأنه: "على الناقل أن يضمن سلامة المسافر، ولا يجوز إعفاؤه من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر سببه قوة قاهرة أو خطأ المسافر وأنه لم يكن يتوقعه ولم يكن في استطاعته تفاديه"<sup>2</sup>، وأكد قانون 90-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك على هذا الالتزام وجعله يمتد إلى جميع المنتوجات والخدمات<sup>3</sup>، وعاقب على مخالفته بالعقوبات المنصوص عليها في المواد 429 و430 و431 من قانون العقوبات<sup>4</sup>.

إضافة إلى تحديد المشرع لمضمون العقد، فإنه سمح أيضا للقاضي بالتدخل في العقد لتكملة إرادة طرفيه، إذ أجاز له أن يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية- التي يرحئها المتعاقدان ليتفقا عليها فيما بعد- وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، ليصدر حكمه فيما لم يتفق عليه الطرفان، ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال أن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو لا يقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدان بل يتجاوز إلى تدبير ما اختلفا فيه مساهما بذلك في العقد<sup>5</sup>.

كما قد يتدخل القاضي ويحل حكمه محل إرادة طرفي العقد أو أحدهما مثلما هو الحال في الوعد بالتعاقد إذا ما نكل أحد المتعاقدين بعد الاتفاق مع المتعاقد الآخر على

1 - المادة 62 من ق. ت .

2 - نشرة القضاة، وزارة العدل، العدد 02، لسنة 1975، ص 64 .

3 - المادة الثالثة من قانون 90-02 .

4 - المادة 28 من قانون 90-02 .

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

إبرام عقد في المستقبل ، إذ يجوز للطرف المتضرر أن يرفع دعوى إلى القضاء ويحل حكم القاضي محل العقد<sup>1</sup>.

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

### ج) تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير:

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

وأبرز مثال على انصراف أثر العقد إلى الغير حالة الدعوى المباشرة<sup>2</sup> ، ونظرا لأن هذه الدعوى تتضمن خروجاً على مبدأ نسبية العقد واستثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في التنفيذ على أموال المدين ، فإنها تعد بمثابة امتياز ولا يستطيع الدائن استعمالها إلا في حالات معينة نص عليها القانون.

وللدعوى المباشرة تطبيقات عملية في القانون المدني الجزائري أهمها :

1 - المادة 172 من ق.م.ج.

2 - المادة 184 من ق.م.ج .

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

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

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

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

هذا وهناك أمثلة أخرى على الدعوى المباشرة وردت في بعض القوانين الخاصة ، الأمر الذي جعل البعض يقول أن ثمة اتجاه إلى مد آثار العقد إلى ما يجاوز عاقيه<sup>1</sup> ، ففيما يتعلق بعقود الاستهلاك مثلاً - وتجنباً للصعوبات التي قد تحول دون حصول المستهلك على حقوقه - فقد لجأ المشرع إلى الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقود عن طريق فتح المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك<sup>2</sup> ، إضافة إلى ذلك فإن جمعيات المستهلكين المنشأة قانوناً لها الحق في رفع الدعاوى أمام أي محكمة مختصة للمطالبة بالتعويض مباشرة باسم مجموعة من المستهلكين تضررت بنفس السلعة<sup>3</sup> ، ولا شك أن تقرير الصفة الجماعية لدعاوى المستهلكين على نحو ما رأيناه يتعارض بشكل صارخ مع مقتضيات مبدأ الأثر النسبي للعقود، ولكن التأسيس

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 236.

<sup>2</sup> - المادة 12 الفقرة الأولى من قانون 89 . 02 والتي تنص على: "... إن إلزام المطابقة كما نصت عليه المادة 03 من هذا القانون، ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك، حق للمستهلك..."

<sup>3</sup> - المادة 12 الفقرة الثانية من قانون 89 - 02 .

السليم لهذا التطور الذي مس نظرية العقد لا يحتمل الجدل، حيث أن حماية المستهلكين إنما هي مسؤولية جماعية وحق جماعي وبالتالي فإن كل خطوة تتخذ في هذا السبيل إنما ينبغي دعمها جماعيا لأنها تخص كل مصالح المستهلكين<sup>1</sup>.

إضافة إلى هذه الحالات، هناك أيضا التزامات أخرى يرتبها العقد في ذمة الغير في بعض الأحيان، كحالة العقود التي تبرمها الأغلبية والتي تلزم الأقلية، كما هو الشأن في حالة تصالح جماعة الدائنين مع التاجر المفلس، إذ تلتزم الأقلية بما يستقر عليه رأي الأغلبية، وبذلك يرتب الاتفاق بين الأغلبية وبين المفلس أثره بالنسبة للأقلية التي لم تكن طرفا في هذا الاتفاق<sup>2</sup>. والحال نفسه بالنسبة للعقود التي يبرمها أغلبية الشركاء في الشروع<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - جمال النكاس ، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، لسنة 1989 ، العدد 02 ، ص

.114

<sup>2</sup> - المادة 318 من ق.ت.ج.

<sup>3</sup> - المواد 716 - 717 من ق.م.ج .

## المبحث الثاني

### تدخل المشرع لتعديل العقد عند التنفيذ وإنهائه.

إذا كانت وظيفة القاضي في الأصل تقتصر على تفسير العقود وتطبيق أحكامها دون تعديل بنودها<sup>1</sup>، فإنّ المشرع قد يتدخل أحيانا في بعض الحالات وذلك بإعطاء القاضي سلطة تقديرية في إحداث هذا التوازن حسب الحالة المعروضة عليه، وذلك نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم يتوقعها الأطراف والتي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

كما يتدخل المشرع في حالات أخرى لإنهاء الرابطة التعاقدية وذلك إما بترك السلطة التقديرية للقاضي في إنهائها أو النص صراحة على ذلك في حالات معينة .

لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى تدخل القاضي لتعديل العقد عند التنفيذ في مطلب أول ثم إلى تدخل المشرع لإنهاء العقد في مطلب ثان.

### المطلب الأول

#### تدخل القاضي لتعديل العقد عند التنفيذ.

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

---

<sup>1</sup> - عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 110 .

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

## الفرع الأول

### حالات تدخل القاضي لتعديل العقد.

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

### أ) تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة :

تفترض نظرية الظروف الطارئة وجود حادث غير متوقع أثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى إخلال التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة ويصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة إليه من جهة ، و يتعارض مع العدالة ونية المتعاقدين من جهة أخرى ، إذ لو توقعوا تلك التغيرات ما أبرموا العقد<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> - عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، بدون طبعة ، دار الفكر ، 1971 ، ص 162.

كما نجد تطبيقات لهذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 3/561 من القانون المدني الجزائري، وعقد الإيجار طبقا لأحكام المادة 510 من ق.م.ج. وقد حول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق ظرف الطارئ لإعادة التوازن الاقتصادي في العقد ، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولكن حتى يتمكن القاضي من تطبيق هذه النظرية طبقا لأحكام المادة 03/107 من ق.م.ج يجب توفر مجموعة من الشروط .

فما هي إذن شروط تطبيق هذه النظرية ؟ وما مدى سلطة القاضي في تعديلها ؟

#### 1- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ، وأن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ ، وأن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا .

#### أولا : أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ :

مفاد العقد المتراخي التنفيذ ، أن تكون هناك مدة زمنية من تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه ، وهذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية التي تقتضي بطبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن، سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد ، كما أنه للقاضي سلطة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ولكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى آجال متتالية وذلك بموجب اتفاق الأطراف على تأجيلها كتأجيل دفع الثمن في البيع بالتقسيط أو

تأجيل تسليم المبيع ، كما تطبق هذه النظرية أيضا على العقد الفوري إذا وقع ظرف طارئ مباشرة بعد انعقاده<sup>1</sup>.

وعليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود التي يتراخى تنفيذها ويطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى إرهاب في تنفيذ الالتزام سواء كانت عقودا زمنية أو فورية ، إلا أنه يستثنى من هذه الفئة العقود الاحتمالي<sup>2</sup>، التي تحمل بطبيعتها الكسب والخسارة ، والعقود التي يكون محل التزامها نقودا طبقا للمادة 95 من القانون المدني الجزائري ، وقد سكت المشرع الجزائري في المادة 3/107 من ق.م.ج عن ذكر هذا الشرط، إلا أنه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق، خاصة وأن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن.

ثانيا : أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ :

يشترط المشرع في الحادث الطارئ ، أن يكون استثنائيا ، وعاما ، وغير متوقع

- أن يكون الحادث استثنائيا : مفاد الحادث الاستثنائي أن يكون الحادث الطارئ غير مألوف ونادر الوقوع، فإذا كان مألوفا فلا يعتد به لأنه من عادة المؤلف أن يكون محتملا بحكم العادة أو التعامل<sup>3</sup> ويلحق وصف الاستثنائية بأثر الظرف دون النظر إلى طبيعته أو منشأه، فقد يكون الظرف الطارئ عاديا مألوفا ، ولكن ما يترتب عنه من نتائج وآثار تؤدي إلى إخلال التوازن في العقد وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا<sup>4</sup>، فمثلا إصابة المحصول بالدودة

1 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 353.

2 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 354.

3 - عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 136.

4 - جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، 1984 ، ص 113 .

حادث مألوف، ولكن قد يبلغ من الجسامه حدا غير مألوف فينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي، لذا فالعبرة إذن ليست بالحادث فقط بل أيضا بالآثار المترتبة عنه<sup>1</sup>.

- أن يكون الحادث الاستثنائي عاما : معنى الحادث الاستثنائي العام أن لا يكون خاصا بالمدين وحده ، ولا يشترط فيه أن يعم جميع البلاد بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس ينتمون إلى إقليم أو مدينة واحدة ، أما إذا كان الحادث استثنائي خاصا بالمدين وحده فلا تطبق عليه النظرية ، فإفلاس المدين ، أو هلاك بضاعته أو مرضه كل هذه الحوادث خاصة به وليست عامة<sup>2</sup>

- أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع : يجب أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع ، غير أن توقعه أو عدم توقعه من الأمور الذاتية التي يختلف تقديرها باختلاف الناس ، لذا فالمعيار المتفق عليه في تحديدها هو المعيار الموضوعي ، فإذا كان الحادث مما يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه وقت التعاقد كالارتفاع أو الهبوط المألوف في الأسعار فإنه لا يشكل حادث استثنائي ، لأنه يعتبر من الاحتمالات المألوفة التي يتوقعها المتعاقد وعليه أن يتحمل خطرها ، أما إذا كان الحادث مما لا يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه، كقيام الحرب أو وقوع الزلزال أو انتشار وباء ، فهو حادث استثنائي لأنه من لاحتمالات غير المألوفة التي تباغت المتعاقد وليس في وسعه أن يحسب لها حساب وقت العقد<sup>3</sup> ، كما أن المدين لا يستطيع تفاديه أو دفعه عن نفسه أو حتى التقليل من آثاره ، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 ، ملف رقم 99694 ، حيث قضت بأنه : "

<sup>1</sup> - جميلة بولحية ، المرجع السابق ، ص 116.

<sup>2</sup> - عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 137.

<sup>3</sup> - عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 139.

حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي ، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع "1 .

إن شرط عدم توقع الحادث يغني عن كونه استثنائيا، لأن الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا وعلى العكس من ذلك فإن الحادث غير المتوقع لا بد أن يكون استثنائيا وبالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>2</sup> .

ثالثا : أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا :

مفاد هذا الشرط طبقا للمادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري أن الحادث الاستثنائي يهدد المدين بخسارة فادحة، مما يؤدي إلى إرهاق تنفيذ التزامه دون استحالة ذلك ، والإرهاق الذي يقع فيه المدين نتيجة الظرف الطارئ يتم تحديده وفقا للمعيار الموضوعي ، والذي لا يعتد فيه بشخص المدين وظروفه الخاصة وإنما يقتصر على الصنفقة التي أبرمها ، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحددة في العقد وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ ، ولو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء ، لأن الغاية من النظرية هي تعديل التوازن الاقتصادي للعقد إذا وجدت خسارة فادحة وغير مألوفة حصلت من حادث غير متوقع ، فإذا لم تلحق المتعاقد أية خسارة ، أو لحقت به خسارة لا تزيد عن الحد المألوف فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة<sup>3</sup> .

أما المشرع الجزائري وطبقا للمادة 3/107 من ق.م.ج، فإنه لم يحدد مقدار الإرهاق بل اكتفى بأن تكون الخسارة فادحة أي غير مألوفة وفيها نوع من الظلم للمدين، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد.

1 - المجلة القضائية ، العدد الأول ، لسنة 1994 ، ص 217 .

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

3 - عبد السلام الترماني ، المرجع السابق ، ص 160 .

## 2- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

متى توافرت شروط الظرف الطارئ جاز للقاضي طبقا لنص المادة 3/107 من ق.م.ج أن يتدخل لتعديل العقد *la révision du contrat* في حدود مهمته، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل ما دام أنه يسعى إلى إعادة التوازن في العقد وتوزيع تبعه الحادث الطارئ على الطرفين<sup>1</sup>.

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

كما قد يلجأ القاضي إلى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق بتوزيع الزيادة على كل من الدائن والمدين تماشيا مع العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين، مع أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 03/107 من ق.م.ج وحسب النص الفرنسي- لم يأخذ بوسيلة زيادة الالتزام المقابل بل اكتفى بعبارة الإنقاص *réduire* والتي تعبر عن الإرادة الحقيقية للمشرع<sup>2</sup>، ولم يأخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل إلا كحل استثنائي كما هو الحال في نص المادة 561 من ق.م.ج، لأن وسيلة الزيادة في الالتزام وإن كانت توجد في العقود الملزمة للجانبين، فإنه يصعب التسليم بها في العقود الملزمة لجانب واحد لأنه ليس ثمة التزام مقابل.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258

<sup>2</sup> - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

وفي الأخير يمكن للقاضي اللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الطرف الطارئ مؤقت ويمكن زواله، وأن اللجوء إلى وسائل أخرى من زيادة أو إنقاص من شأنه أن يؤدي إلى إحلال في توازن العقد، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع أسعار مواد وأدوات البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع سيزول بعد طرح كميات من هذه المواد في السوق كما نصت على ذلك المادة 2/281 من ق.م.ج بأنه: "...ويجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها....".

إن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة - سواء كانت بإنقاص الالتزامات أو الزيادة فيها أو وقف تنفيذ العقد - ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بالقضية، فالقاضي مثلا ملزم باللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد، بدلا من الزيادة في الالتزامات المتقابلة أو الإنقاص إذا تبين له من الظروف أن الحادث الاستثنائي مؤقت وقريب الزوال، كما يتقيد أيضا بضرورة الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، إذ يجب عليه أثناء قيامه بتوزيع عبئ الطرف الطارئ بين المتعاقدين توقي الدقة بهدف تحقيق العدالة العقدية<sup>1</sup>، وهذا ما تضمنته المادة 03/107 من ق.م.ج حيث نصت على: "...جاز للقاضي... وبعد مراعاة مصلحة الطرفين..."، فعلى القاضي إذن الابتعاد - أثناء تطبيق نظرية الظروف الطارئة - عن كل ظلم يسببه لأحد المتعاقدين، لأن وظيفته طبقا لهذه النظرية تقتصر على تحقيق التوازن العادل لطرفي العقد.

## ب) تعديل القاضي للشرط الجزائي:

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994، ص

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض سواء عن عدم التنفيذ أو عن التأخير فيه، ويحصل مقدما قبل وقع الضرر<sup>1</sup>، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 183، 184، 185 من القانون المدني الجزائري، ويشترط للاستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وإعذار المدين.

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

#### 1- تخفيض الشرط الجزائي:

لكي يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه مفرطاً أو مبالغا فيه، وقد نصت المادة 02/184 من ق.م.ج على أنه: "...ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."، ولم تحدد هذه المادة صراحة كيفية تقدير الإفراط، ولا العناصر التي يمكن للقاضي الاستناد إليها في تقديره، إلا أنه جرى العمل باللجوء إلى المعيار الموضوعي، والذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن.

فالمشرع عندما حوّل للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد طريقة أو عناصر يستند إليها، قد ترك له بذلك الحرية الكاملة في ممارسة سلطته التقديرية في التدخل، ولكن لا يجوز له أن يجري التخفيض من تلقاء نفسه إلا إذا طلبه المدين، وأثبت هذا الأخير أن مبلغ التعويض مفرطاً بالنسبة إلى الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ، كما

<sup>1</sup> - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 179

يلجأ القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، والذي مفاده قيام المدين فعلا بتنفيذ التزامه، ولكنه توقف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضررا بالدائن، لأنه ليس من العدل أن يلتزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كليا لأن هذا يلحق ضررا به ويجعل التعويض المتفق عليه مفرطا.

## 2- زيادة الشرط الجزائي :

تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

من خلال هذه المادة، منع المشرع القاضي من التدخل لأجل الزيادة في الشرط الجزائي بصفة مبدئية، إلا أنه واستثناء على ذلك، فقد حول له رخصة الزيادة في حالة ما إذا لحق الدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، وكان هذا الضرر ناتجا عن خطأ جسيم للمدين أو عن غشه، وهذا حتى يتساوى مقدار التعويض مع الضرر الواقع، فالقاضي في هذه الحالة يبحث عن مدى حسن النية أو سوءها -مع أن سوء النية يقع عبء إثباتها على الدائن لأنه ملزم بإثبات أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه- ويحكم للدائن بتعويض إضافي عن الضرر الذي لم يتوقعه الطرفان والذي أساسه الغش والخطأ الجسيم، وكذا بالتعويض عن الضرر المتوقع والذي مصدره الشرط الجزائي.

يتضح مما تقدم أنه إذا كانت للقاضي سلطة في تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي فإنه لا يجوز له أن يزيد في هذا المبلغ المحدد بالشرط أو أن يخفض منه إلا في حدود الضرر الذي أصاب الدائن من عدم تنفيذ الالتزام<sup>1</sup>، لأن المشرع الجزائري قد ربط بين الشرط الجزائي

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 184.

والضرر<sup>1</sup>، وأجاز للمدين نفي وقوع الضرر ليتخلص من الشرط الجزائي كلية<sup>2</sup>، كما أجاز تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>3</sup>، والهدف في الحالتين هو حماية المدين، لذلك جعل هذين الحكمين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

### ج) سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان:

الأصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط العقد، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة بين أطراف العقد، وهذا هو الشأن في جميع العقود، إلا أنه بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد المتعاقدين مستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور هذا الأخير إما على قبول الصفقة كلها وإما رفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، كما قد يضطر المتعاقد الضعيف إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى له عنه، وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان<sup>4</sup>.

يعرف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مفرزة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"<sup>5</sup>، ولما كان أحد طرفي عقد الإذعان مستقل بوضع شروط العقد، فإن هذا النوع من

<sup>1</sup> - لأن الضرر شرط الاستحقاق التعويضي في الشرط الجزائي، باعتبار أنه تعويض اتفاقي في المسؤولية العقدية، وباعتباره ركنا في المسؤولية، كما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا بد أن يترتب عليه ضرر للدائن ولو كان معنويا، لأن الدائن لم يترتب هذا الالتزام في ذمة المدين عبثا ودون أن تكون له مصلحة في تنفيذه، لدى فالشرط الجزائي لا يستحق إذا لم يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أي ضرر للدائن.

<sup>2</sup> - المادة 184 الفقرة الأولى من ق.م.ج.

<sup>3</sup> - المادة 184 الفقرة الثانية من ق.م.ج.

<sup>4</sup> - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 26.

<sup>5</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 120.

العقود غالبا ما يخضع لتنظيم ورقابة سابقة من جانب المشرع لحماية الطرف الضعيف، ومن أهم مظاهر هذه الحماية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد يشتمل عليها هذا العقد.

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

#### د) تعديل القاضي للعقد في حالة الغبن والاستغلال:

الغبن هو عدم التعادل المادي بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، أما الاستغلال فإنه لا يكفي فيه أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل

أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد المغبون<sup>1</sup>، وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن بنصوص متفرقة<sup>2</sup>.

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

فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال، له أن يقضي بالبطلان دون الزيادة في الالتزامات، لأن مبادئ التقاضي تقيده بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، ولكن يجوز له أن يقضي بأقل منها، ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، لذا فالاختيار في هذه الحالة بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزام أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي حسب ما تقتضيه ظروف وملابسات القضية، فقد يحكم بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون وبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن ولا رقابة عليه من المحكمة العليا لأن الأمر يتعلق بمسألة وقائع لا مسألة قانون<sup>4</sup>.

كما أنه طبقا للفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م.ج يجوز للطرف الآخر أن يتوقى دعوى الإبطال وذلك بالزيادة في مقدار التزامات الطرف المستغل عوض إنقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد، وتعد هذه الزيادة في هذه الحالة أمر إراديا يتم برضا المتعاقد

1 - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص164.

2 - المادة 91 من القانون المدني الجزائري.

3 - المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

4 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص132.

وبإرادته، ويلزم القاضي بهذا الطلب إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن، إلا أنه يتمتع فيما يخص تقديرها بسلطة واسعة معتمداً في ذلك على العدالة العقدية فقط<sup>1</sup>.

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

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية يمكن له بمقتضاها التدخل لتعديل العقد حسب الحالات المعروضة عليه، كما أن هناك حالات أخرى يمكن للقاضي أن يتدخل من خلالها لتعديل العقد، نذكر منها على سبيل المثال تعديل عقد الوكالة إذا كانت بأجر، فإذا اتفق المتعاقدان على مقدار الأجر قبل أن ينجز الوكيل مهمته، وظهر بعد إنجاز المهمة أنهما أخطأ في تقدير هذا المقدار، فإن القانون في هذه الحالة أجاز للقاضي أن يتدخل ليصحح هذا الخطأ حسب سلطته التقديرية إذ يمكن له أن يزيد في هذا الأجر أو يخفض منه إذا كان مبالغاً فيه<sup>2</sup>، والحال كذلك بالنسبة لآجال الدين، فإنه يمكن للقاضي أن يعين ميعاداً مناسباً لحل الأجل المتفق عليه<sup>3</sup>.

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

## الفرع الثاني

<sup>1</sup> - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 163.

<sup>2</sup> - المادة 581 الفقرة الثالثة من ق.م.ج.

<sup>3</sup> - المواد 210، 02/119، 02/281 من ق.م.ج.

## مبرر تدخل القاضي لتعديل العقد.

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

" فالقاضي إذن عليه أن يجتهد في حدود سلطاته دون خروجه عن أحكام القانون في أن يحقق في نطاق الممكن العدالة العقدية "<sup>1</sup> ، والتي مفادها الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي ، فالقضاء وفق قواعد العدالة والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء ، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي "<sup>2</sup>.

وللعدالة تأثير في تدخل القاضي لتعديل العقد، إذ أن توازن المصالح وتعادلها في العقود يقتضي الرجوع إلى مبادئها للإبقاء على كفتي الميزان في حالة من التعادل والمساواة، وحتى مع غموضها وإبهامها إلا أن هذا لا يمنع من اتخاذها كمبرر لتدخل القاضي <sup>3</sup> ، لاسيما وأن العدالة تجد مصدرها في أحكام الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : "... إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

<sup>1</sup> - جاك غستان ، المرجع السابق ، ص 258 .

<sup>2</sup> - حسن كير ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1974 ، ص 141 .

<sup>3</sup> - فاضل حديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير فرع (العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص

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

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

## المطلب الثاني

<sup>1</sup> - جاك غستان، المرجع السابق، ص 258.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 76 ود. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> - فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص 89.

## تدخل المشرع لإنهاء العقد

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

### الفرع الأول

#### الفسخ القضائي للعقد

إذا اختار الدائن المطالبة بالفسخ فإن هذا لا يقع بمجرد إخلال الطرف الآخر بالتزامه ، وإنما لا بد له من حكم قضائي ، ويعتبر حكم القاضي في هذه الحالة حكما منشئا وذلك بخلاف حالة الحكم بالانفساخ الذي يقع تطبيقا لنص القانون حيث يقتصر دور القاضي فيه على تقرير إعلان فسخ العقد<sup>1</sup>.

وعليه إذا حدث وأن لم يقم أحد طرفي العقد بما التزم به فإن القانون يجبر المتعاقد الآخر ، بعد أن يعذر المدين ، لكن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه إذا ما كان ملزما للجانبين ، وهنا يظهر دور القاضي في هذا الإجراء الذي يطالب به الدائن كما توضح ذلك المادة 119 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، فبعد إعدار المدين أي مطالبته بالتنفيذ في مهلة معينة ، يجوز للدائن أن يطلب من القضاء تنفيذ العقد جبرا على المدين أو فسخه مع التعويض في الحالتين ، فإذا ما اختار الدائن الفسخ تولى القاضي الأمر ، إذ يجوز له في هذه الحالة أن يحكم به أو لا يحكم ، لأن له سلطة تقديرية في ذلك ، فقد يرى إهمال

<sup>1</sup> - برهام محمد عطاء الله ، المرجع السابق ، ص 116.

<sup>2</sup> - حيث تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنه : " ... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات " .

المدين واضحا في عدم التنفيذ أو تماطله بالرغم من مطالبة الدائن له بالتنفيذ، فيحكم في هذه المرحلة بفسخ العقد ، وقد يرى عدم فسخ العقد فيمنح المدين أجلا للوفاء.

وتطبيقا لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أشار في المادة 561 من القانون المدني الجزائري إلى إجازة فسخ عقد المقاولة أو زيادة الأجرة من طرف القاضي إذا ما طرأت ظروف أدت إلى انعدام التوازن بين التزامات رب العمل والمقاول ، بحيث أصبح تنفيذ التزام المقاول مرهقا له إذا قام به وفقا للاتفاق<sup>1</sup>.

فالقاضي في هذه الحالة قد يفضل فسخ العقد إذا وجد مبررا لذلك ، كأن يرى أن بقاء التزام المقاول مرهقا بالرغم من زيادة الأجرة .

## الفرع الثاني

### حالات الإنهاء التشريعي للعقد

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد دون رضا الطرفين ، ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية في إبقاء العقد أو إنجائه.

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

<sup>1</sup> - يلاحظ أنه إذا كانت هذه المادة هي تطبيق لنظرية الظروف الطارئة ، السابق الإشارة إليها ، إلا أن الجزاء هنا يختلف عما سبق ، بحيث يمكن للقاضي فسخ العقد في هذه الحالة على عكس حالة الظروف الطارئة.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 317.

كما أن العقود الزمنية التي لم تعين مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون قابلة للإلغاء من طرف واحد دون رضا الطرف الثاني<sup>1</sup>، ونذكر في هذا الشأن بعض الحالات الواردة في التقنين المدني الجزائري كالمادة 440 من ق.م.ج والتي تنص على أنه : " تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محددة ... "، والمادة 474 من ق.م.ج والتي تنص على أنه : " إذا عقد الإيجار دون اتفاق على حدة أو عقد لمدة غير محددة أو تعذر إثبات المدة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرسل إلى الآخر إنذار بالتخلي إلا بناء على الآجال التي تحددها المادة 475 من هذا القانون ... " ، وجاء أيضا في الفقرة الثانية من المادة 546 من ق.م.ج " ... فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت ... " .

كما أنّ استحالة تنفيذ الالتزام ، إذا كانت ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإنّها تؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام ، ويترتب على ذلك انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون<sup>2</sup>، ويقصد بالاستحالة تلك التي تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها ، كهلاك المبيع مثلا بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ.

ويلزم لانفساخ العقد توافر الشروط الآتية :

**أولا :** أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة من تاريخ لاحق لقيام العقد ، أما إذا كانت الاستحالة قائمة عند إبرامه فإن العقد لا ينعقد أصلا إذ أنّه يقع باطلا لاستحالة محله .

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

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 176 .

<sup>2</sup> - المادة 121 من ق.م.ج .

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

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

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

وقد يجعل القانون لأحد العاقدين الحق في إبطال العقد دون أن يكون هذا الحق للطرف الآخر<sup>1</sup>. كإبطال عقد المقاولة وعقد التأمين على الحياة.

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

---

<sup>1</sup> - المادة 99 من ق.م.ج.

## الخاتمة

لقيام العقد يجب توافق إرادتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين ، فالإرادة إذن هي جوهره وأساسه ، إذ يمكنها أن تنشئ ما تشاء من العقود، غير مقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني والتي يطلق عليها العقود المسماة.

إن الإرادة باعتبارها مصدرا منشأاً للالتزامات التعاقدية يظهر دورها بوضوح في إبرام العقد وتحديد آثاره.

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

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

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

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

فبالنسبة للشكلية وإن كانت تحد من دور الإرادة في إنشاء العقود فإن الفقه الحديث يُجمع على أنها أصبحت من أحدث أدوات النظام العام لحماية الرضا ، فهي تهدف إلى التأكد من توافر هذا الأخير لدى أحد الطرفين في العقود ذات الأهمية ، كعقد هبة العقار وبيعه ، وعقد الرهن الرسمي... الخ ، حيث يصدر هذا الرضا عن بصيرة وعلم بحقيقة وطبيعة التصرف، إضافة إلى أن اشتراط الكتابة للإثبات يتسم بالوضوح ويحقق قدرا كبيرا من الأمان لأطراف العقد لا توفره لهم طرق إثبات أخرى ، كما أن فكرة الشهر - وإن كانت تشكل شرطا للاحتجاج بالتصرف على الغير - فإنها في المقابل تسمح بالتعبير على الإرادة وبسط نفوذها في نطاق أكثر اتساع تحوطه الثقة والاستقرار ، وذلك بافتراض العلم بوجود التصرف لدى الكافة ، وبذلك يتحقق التوازن بين الحرية في إبرام العقود دون شكل معين تصب فيه إرادة المتعاقدين وبين تأكيد وحماية هذه الإرادة بفرض شكلية معينة يجب احترامها بمناسبة إبرام العقد .

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

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

إن ما تمّ التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث هو :

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

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

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

## قائمة المراجع والمصادر.

### I- المراجع :

#### 1- باللغة العربية :

- 1- د. أنور سلطان ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1998.
- 2- أ. أحمية سليمان ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري ، علاقة العمل الفردية ، الجزء الثاني ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002.
- 3- برهام محمد عطا الله ، أساسيات نظرية الالتزام في القانون المصري واللبناني ، بدون طبعة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1992.
- 4- د. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني ( العقد والإرادة المنفردة ) ، الجزء الثاني ، بدون طبعة ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1999.
- 5- د. بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، 2007.
- 6- د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام ) ، الطبعة الثالثة ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة النشر.
- 7- جاك غستان ، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة د . فيصل كلثوم ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2000.

- 8- د. جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام) ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1994.
- 9- د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة ، الدار الجامعية الجديد للنشر ، الإسكندرية ، 2001.
- 10- ذيب عبد السلام ، عقد الإيجار المدني ، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001.
- 11- د. رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الطبعة الأولى، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1990.
- 12- سيد محمد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، بدون طبعة ، الدار الجامعية للطبع والنشر ، بيروت ، لبنان ، 2003.
- 13- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، بدون مطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة النشر.
- 14- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد - الجزء الأول ، الطبعة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998.
- 15- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات- نظرية العقد - الجزء الثاني ، الطبعة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998.

- 16- أ. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ( دراسة مقارنة ) ، بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006.
- 17- د. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون ، الجزائر ، 1994.
- 18- د. عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة) ، بدون طبعة ، دار الفكر ، 1971.
- 19- د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، بدون طبعة ، دار النهضة ، بيروت ، 1974.
- 20- د. عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، بدون طبعة، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002.
- 21- د. علي فيلاي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) ، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة ، الجزائر ، 2001.
- 22- د. عبد الحكم فوده ، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1999.
- 23- لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990.
- 24- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد) ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مؤسسة بحسون ، بيروت ، لبنان ، 1995 .

- 25- د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات ، التصرف القانوني ( العقد الإرادة المنفردة ) ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2004.
- 26- د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام ) ، بدون طبعة ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، بيروت ، 2000.
- 27- د. مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، بدون طبعة ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- 28- د. محمد حسين عبد العال ، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
- 29- د. محمد حسنين ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986.
- 30- د. محمد حسنين ، النظرية العامة للالتزام ، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري) ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1983.
- 31- د. محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، بدون طبعة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1979.
- 32- نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، بدون طبعة ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004.

## 2- المراجع باللغة الفرنسية :

- 1- François Terre , Philippe Simles ,Yres Lequette , Droit civil , les obligation , 7<sup>ème</sup> édition , Dalloz , 1999.
- 2 - Jaque Fluor , Luc Aubert , les obligations , volume 1 , l'acte juridique, paris , Armand colin .
- 3- Jaque Gestion, Traite de droit civil ,la formation du contrat , 3<sup>ème</sup> édition. L.G.D.J. delta , 1993 .

## 3- المقالات والرسائل الجامعية :

### أ) المقالات:

- 1- عادل بسيوني ، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم ، جامعة القاهرة ، 1976.
- 2- د. جمال النكاس ، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، العدد 02 ، 1989.
- 3- مصطفى لعلوم ، عقد الهبة ، نشرة الموثق ، العدد 07 ، جويلية 1999 .
- 4- أ. كاتي أحمد ، شروط انعقاد بيع العقار وشروط انتقال ملكية العقار ، نشرة الموثق، العدد 10 ، 1999.
- 5- أ. بوعزة ديدن ، الالتزام بالإعلام في عقد البيع ، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، أبريل 2001.
- 6- أ. بوعزة ديدن ، الالتزام بالإعلام في عقد البيع ، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، أبريل 2001.
- 7- ملاح الحاج ، حق المستهلك في الإعلام ، مجلة مخبر القانون الخاص لكلية الحقوق بجامعة تلمسان ، أبريل 2001.

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

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

### ب) الرسائل الجامعية:

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

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

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

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

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

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

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

## II- المصادر :

### 1- القوانين :

1- القانون 11-83 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية ، ج.ر ، العدد 28 لسنة 1998.

2- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر ، العدد 15.

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

4- القانون 11-90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر ، العدد 17 ، لسنة 1990.

5- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج.ر ، العدد 41 ، لسنة 2004.

### 2- الأوامر :

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

2- الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث المرور والمعدل والمتمم بالقانون 31-88 المؤرخ في 19 جويلية 1980 ، ج.ر ، العدد 15 ، لسنة 1980.

- 3- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج. ر ، العدد 92 ، لسنة 1975.
- 4- الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، ج.ر ، العدد 101 ، لسنة 1975.
- 5- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر ، العدد 78 ، لسنة 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج.ر، العدد 44، لسنة 2005.
- 6- الأمر 06-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة ، ج.ر، العدد 09 ، لسنة 1995 ، المعدل والمتمم بالأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 ، ج. ر ، العدد 43 ، لسنة 2003.
- 7- الأمر 07-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات ، ج.ر ، العدد 13 ، لسنة 1995 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج.ر، العدد 15 ، لسنة 2006.
- 8- الأمر رقم 03-97 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج.ر، العدد 03 ، لسنة 1997.
- 9- الأمر رقم 03-97 المؤرخ في 11 يناير 1997 ، الذي يحدد المدة القانونية للعمل ، ج.ر، العدد 43 ، لسنة 1997.

### 3- المراسيم :

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

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

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

4- المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر، العدد 17 ، لسنة 1994.

5- المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ، ج. ر ، العدد 32 ، لسنة 1994.

6- المرسوم التنفيذي رقم 96-31 المؤرخ في 15 جانفي 1996 المتعلق بكيفيات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الإستراتيجية ، ج.ر ، العدد 04 ، لسنة 1996.

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

#### 4- القرارات القضائية :

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

## الفهرس

1.....	المقدمة
8.....	الفصل الأول : دور الإرادة في تكوين العقد وانعكاسها على آثاره
9.....	المبحث الأول : دور الإرادة في تكوين العقد
9.....	المطلب الأول : دور الإرادة في مرحلة المفاوضات
10.....	الفرع الأول : تعريف المفاوضات وأهميتها
10.....	أ) تعريف المفاوضات
11.....	ب) أهمية المفاوضات
11.....	الفرع الثاني : حرية الإرادة في التفاوض وتدخل المشرع لحمايتها
12.....	أ) حرية الإرادة في التفاوض
14.....	ب) حماية المشرع الجزائري للإرادة في مرحلة المفاوضات
16.....	الفرع الثالث : أثر عدم التفاوض بحسن نية
18.....	المطلب الثاني : دور الإرادة في إبرام العقد
19.....	الفرع الأول : مبدأ الرضائية في إبرام العقود
19.....	أ) تطور القانون نحو الرضائية
22.....	ب) مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري
24.....	الفرع الثاني : دور الإرادة في تحديد مضمون العقد
24.....	أ) بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد
26.....	ب) الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية
29.....	المبحث الثاني : انعكاس دور الإرادة على آثار العقد
29.....	المطلب الأول : أثر الإرادة على مبدأ القوة الملزمة للعقد
29.....	الفرع الأول : مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد
31.....	الفرع الثاني : تدخل الإرادة في تعديل العقد وإنهاء قوته الملزمة
31.....	أ) تعديل العقد بإرادة الطرفين
35.....	ب) إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين
36.....	الفرع الثالث : انصراف أثر العقد إلى الغير بإرادة الطرفين

38	المطلب الثاني : مظاهر الإرادة عند تفسير العقد .....
39	الفرع الأول : تقيّد القاضي بعبارات العقد في حالة وضوحها.....
	الفرع الثاني : بحث القاضي عند تفسيره للعقد عن الإرادة المشتركة في حالة غموض العبارات
42	.....
47	<b>الفصل الثاني : القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني الجزائري</b> .....
48	المبحث الأول : القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد .....
48	المطلب الأول : الشكلية كقيد على الإرادة .....
49	الفرع الأول : الشكلية المتطلبة لانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد .....
49	أ) الشكلية الرسمية في العقود المدنية .....
50	1- الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع الواقع على العقار .....
51	2- الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي .....
52	3- الشكلية لانعقاد عقد هبة العقار .....
53	4- الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية .....
54	ب) الشكلية العرفية في العقود المدنية .....
55	ج) اشتراط التسليم في العقود العينية.....
56	الفرع الثاني : الشكلية غير المتطلبة لانعقاد كقيد على الإرادة.....
56	أ) اشتراط الكتابة للإثبات .....
59	ب) اشتراط الشهر في بعض العقود .....
60	المطلب الثاني : فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على الإرادة .....
61	الفرع الأول : مفهوم النظام العام والآداب العامة .....
61	أ) تعريف النظام العام والآداب العامة .....
62	ب) مصادر النظام العام.....
64	ج) مجال النظام العام .....
64	1- النظام العام السياسي والأخلاقي .....
66	2- النظام العام الاقتصادي .....
68	الفرع الثاني : مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام والآداب العامة .....
68	أ) تقييد المشرع لحرية إبرام العقد .....

72	..... (ب) تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد
72	..... 1- تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص آمرة
75	..... 2- تدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد
79	..... (ج) تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير
82	..... المبحث الثاني : تدخل المشرع لتعديل العقد عند التنفيذ وإنهائه
82	..... المطلب الأول : تدخل القاضي لتعديل العقد عند التنفيذ
83	..... الفرع الأول : حالات تدخل القاضي لتعديل العقد
83	..... أ) تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة
84	..... 1- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
88	..... 2- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
89	..... (ب) تعديل القاضي للشرط الجزائي
90	..... 1- تخفيض الشرط الجزائي
91	..... 2- زيادة الشرط الجزائي
92	..... (ج) سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان
93	..... (د) تعديل القاضي للعقد في حالة الغبن والاستغلال
95	..... الفرع الثاني : مبرر تدخل القاضي لتعديل العقد
97	..... المطلب الثاني : تدخل المشرع لإنهاء العقد
98	..... الفرع الأول : الفسخ القضائي للعقد
99	..... الفرع الثاني : حالات الإنهاء التشريعي للعقد
102	..... الخاتمة
105	..... قائمة المراجع والمصادر
115	..... الفهرس

## B

## ملخص :

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

## الكلمات المفتاحية :

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

## Résumé :

L'essence du contrat et son existence sont justifiés par la rencontre de volonté des deux contractuels. Cette rencontre en résulte le consentement, qui représente tout accord. Dans la plupart des cas, la détermination du contenu, la modification et l'annulation du contrat reviennent aux deux parties (contractuels). En outre, le législateur peut intervenir à fin d'orienter la volonté, à un point où il stabilise les positions juridiques et garde l'équilibre dans les contrats. Ainsi, il protège la volonté, elle-même, parce qu'elle joue un rôle dans le domaine contractuel.

## Mots clés :

Le principe autonome de volonté – La liberté contractuelle – La restriction de la volonté – La modification du contrat.

## Summary :

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

## Key words :

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