وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية **مـــــــيدان الحقـــوق**

تخصص قانون أعمال

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان :

القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود

إعداد الطالبة : **إشراف الأستاذ:**

بن سعدية مسعودة **د. يرمش مراد**

د. مهدي رضا	أستاذ محاضر أ	رئيسا
د. يرمش مراد	أستاذ محاضر ب	مشرفا
د . لعمارة عبد الرزاق	أستاذ محاضر ب	ممتحنا

السنة الجامعية : 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم :.....

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة)..... نسرين مسعودة .....

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم..... طالبة .....

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: ..... 200341804 .....

الصادرة بتاريخ ..... 2016.04.12 .....عن دائرة/ بلدية ..... المسيلة .....

المسجل(ة) بكلية ..... العلوم والعلوم السياسية ..... قسم : ..... الحقوق .....

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

.....

..... مذكرة ماستر: الفقه الوارد على سند أسلطان الإرادة .....

.....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2022/06/28

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

Prénom.: ..... الاسم: مسعودة

Nom : ..... اللقب: بن سعيدة

رقم التسجيل: 163510893 6

اسم الأب: سعد ..... اسم ولقب الأم: والزهيرة

تاريخ الازدياد: 1991 / 07 / 17 ..... مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 06 57 09 35 35

البريد الالكتروني: .....

العنوان الشخصي: حي الزاهر 300 مسكن 11 D .....

الباكالوريا:

المعدل: 11,83 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2016

الليسانس/المهندس/DEUA: الدفعة/سنة التخرج

Spécialité : .....

تخصص: خانة أعمال .....

Filière : .....

الشعبة: .....

القسم: المقوف .....

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: ☐ قطاع خاص: ☐

المصلحة المستخدمة: ..... اسم المؤسسة / الشركة: .....

الرتبة في العمل: .....

الصيغة:

موظف دائم: ☐ موظف في إطار عقود: ☐ نوع العقد: ☐

امضاء الطالب

شكر و عرفـــــــان

أشكر الله العلي القدير و أحمده على توفيقه لي في اتمام هذا العمل المتواضع و أثني و أصلي و أسلم على نبيه الكريم عليه أفضل الصلوات و أزكى التسليم القائل :"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

و عليه فإنني أتقدم بجزيل الشكر و عظيم الامتنان للأستاذ الفاضل الدكتور يرمش مراد المشرف على الرسالة نظير ما قدم ووجه ، فكان الأخ في تواضعه و رحابة صدره ، و الصديق في رعايته و توجيهه و الأستاذ الذي تجاوز بوقته و جهده واجبات الإشراف ليثري هذه الرسالة بعمله ،و بتذليل كافة العقبات التى واجهتني ، فله مني الشكر و الثناء و التقدير

و كذلك أتوجه بالشكر لكل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة سواء كان من بعيد أو من قريب .

و شكـــــــرا للجمـــيع.

مسعودة

الإهـــــــــــــــــــــداء

والدي (رحمه الله):

الى من كلله الله الهبى و الوقار الى من أحمل إسمه بكل إفتخار الى روحي أبي الطاهرة أبي كنت سندي في هذي و كنت قدوتي الذي طالما تطلعت و اجتهدت لأصبح مثل شخصك فكنت أفضل معلم لي ،سعيت جاهدا ياأبي لأصل الى يوم التخرج لكن شأت الأقدار و لم تشهد على هذا اليوم كان حلمي أن أرى الإبتسامة ترتسم على وجهك فأنت وحدك دافعي لأي نجاح في هذي الحياة فألف رحمة عليك يا غالي.

إلى أروع

زوجي:

الى أروع من جسد الحب بكل معانيه فكان السند و العطاء قدم لي الكثير في صور من صبر و أمل و محبة لن أقول شكرا بل سأعيش الشكر معك دائما.

والدتي:

ربما لا تتاح الفرصة دائما لي لأقول لك شكرا و ربما لا أملك دائما جرأة التعبير عن الإمتنان و العرفان الى نبع العطف و الحنان الى أجمل ابتسامة في حياتي ،الى أروع امرأة في الوجود : أمي الغالية أطال لله عمرك .

أخواتي

الى رفيقتي دربي أختي غالية هاجر

و كان هذا ختام موضوعنا حول إهداء إلى أخي الكبير أبي بعد أبي (عيسى) فالاخ الكبير هو من نعم لله العظمى على الإنسان أن يهبه اخا محبا و دافعا له الذي تستطيع ان ترتكز عليه بشدة فالاخ كنز ضخم لا يستطيع اي انسان أن يستغني عنه أطال لله عمرك و أدام عافيتك .

المقدمة

كما هو معروف إن العقد هو المصدر الأساسي لنشوء الالتزام إذ أنه يقوم على مبدأين أساسين هما مبدأ سلطان الإرادة و الذي يقوم بدوره على عنصرين أساسين أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها للإنشاء التصرفات القانونية و هو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية و ثانيهما قدرة الإرادة على تحديد أثار العقد التصرف القانوني و هو ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " و القوة الملزمة للعقد التي يكسبها من إرادة المتعاقدين و اتجاهها إلى ترتيب أثاره.

و هذا يقودنا الى الحديث على مبدأ سلطان الإرادة الذي تطور عبر مراحل التشريع عموما و بتطور القانون المدني خاصة ، فظهر بظهور التشريع الروماني حيث كان أصل إبرام العقود كتابة ، و استثناء تبرم شفاهة فلم تكن الإرادة تكفي إذ لا تنشأ العقود ألا بإتباع شكلية معينة كما أن أثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التى رسمها القانون.

فالسلطان الذي كان سائدا 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 الدفوع الموضوعية ،و هذه المرحلة تميزت بشدة و الصرامة في مراعاة عدة صور كالألفاظ المحددة و الدقيقة التى تتناسب مع فئة من التصرفات استعمالا بحسب اختلافها و تنوعها ، ومثال ذلك سبائك الذهب التي استعملت كرمز عن الثمن في عقد البيع مكان النقود التى لم تكن معروفة آنذاك.

و لقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد و على ملكية الاعيان عند الرومان لفترة طويلة من الزمن .

لكن بعيوب المذهب الاشتراكي فأصبحت الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقود كأصل عام و استثناء صياغة الاتفاق في شكل معين لكن مع ظهور عقود جديدة و توسع مجال المعاملات و النشاطات أصبحت هناك ضرورة ملحة لمواكبة التطور السريع في العلاقة

التعاقدية من جهة ثانية و تحقيقها للعدالة من جهة أخرى ، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل استثناءات منها ما ورد في القانون المدني باعتباره الشريعة المتعلقة بالعمل و بمجال الاستهلاك و التأمينات ،و هي استثناءات كلما تم التوسيع فيها كلما ضاق مجال تطبيق و إعمال مبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث شكل العقود او موضوعها.

كما أن الإرادة مقيدة في مجال العلاقات التعاقدية بفكرة النظام العام و الآداب العامة ، فأي أتفاق يخالف النظام العام و الآداب العامة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.

أولا : أهمية دراسة البحث :

إن موضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان اللإرادة في مجال العقود هو موضوع عملي ، ذو أهمية قانونية ،اقتصادية،و اجتماعية فهو يبين:

مدى أهمية العقود التى نبرمها في حياتنا اليومية و مدى التزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ التزاماتهم.

و كذالك تظهر أهمية البحث في ايجاد رسائل تضمن حماية المصلحة المشتركة لأطراف العقد فضلا عن حماية المصلحة العامة و المحافظة على التوازن الاجتماعي و استقراره عن طريق حماية الفئات الضعيفة.

كما أن هذه الدراسة من شأنها تسليط الضوء على أهمية التى خولها المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد بما يتماشى مع هذا المبدأ ، و حفاظا على التوازن العقدي خاصة في ظل تطور نظرية العقد و خلق النظام العام الحمائي ،الذي يسعى الى حماية الطرف الضعيف سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه،و ذلك من خلا ل التدخل القضائي أو التشريعي لتحقيق العدالة العقدية.

ثانيا:أسباب اختيار موضوع البحث:

لقد اخترت أن يكون موضوع هذا البحث "القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود " ولقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع عدة أسباب نجملها فيمايلي:

إن أسباب اختياري لدراسة موضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود ترجع الى جملة من أسباب الذاتية : ميلي لهذه الدراسات القانونية رغبتي الذاتية (الشخصية) في البحث في هذا الموضوع الجامع و المرتبط بمسائل الناس الحياتية وفق المعاملات و القضاء في ان واحد.

أنه لا يخفى على ذي بصيرة ما للعقود من أهمية تتعلق بحياة الناس فلا يكاد يوجد شخص أهلا للتعاقد إلا و يتوقف كثير من أموره الحياتية على أبرام الكثير من العقود فلو تركت للأفراد حرية المطلقة في إبرام العقود أو رفض إبرامها لأدى ذلك إلى نوع من الظلم لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه العقود في إطار التوازن فيه الحرية مع العدالة.

له من القمة ما يلفت الانتباه لدراسة باعتباره يتناول جانبا حساسا هو جانب المعاملات بين الأفراد،و التى يسعى القانون دائما الى حمايتها و تنفيذها ،بما يتفق و ضمان حقوق الأفراد في إطار قانوني منظم .

الموضوع ذو صلة كبيرة بالواقع الاجتماعي ،اذ ان الشخص يعقد في اليوم الواحد الكثير من العقود و غالبا ما يؤدي النزاع في تنفيذها لأي سبب من الأسباب الى رفع الأمر الى القضاء.

أن اسهم قدر استطاعتي مع من سبقوني في تناول هذا الموضوع في استجلاء و بيان أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة.

أنني قد وجدت أغلب الباحثين في القانون المدني بصفة عامة و في مبدأ سلطان الإرادة بصفة خاصة قد اهتموا بعرض هذا المبدأ دون أن يتعرضوا للقيود الواردة على هذا المبدأ على الرغم من أهمية دراستها في العقود.

أنني قد وجدت أن دراسة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة مدى اهتمام الفقهاء بتحقيق الاستقرار في المعاملات و تحقيق الائتمان و الثقة و حماية مصلحة الغير مما يؤدي الى تحقيق الاستقرار في المجتمع و بالتالي يبين مدى اهتمامهم بتحقيق قدر من العدالة في العلاقات التعاقدية

ثالثا : أهداف البحث:

ويتجسد الهدف من وراء دراستنا لهذا الموضوع في جملة من نقاط نذكر منها :

- اثراء المكتبة و تسهيل عملية البحث للطلبة في ما يتعلق بالموضوع
- بيان أهم القيود (الاستثناءات) الواردة على مبدأ سلطان الارادة سواء من حيث شكل العقد أو موضوعه.
- مدى سلطة القاضي في تعديل العقد دون مخالفة المبدأ القائم على أساس القوة الملزمة للعقد.
- بيان دور هذه القيود في القوة الملزمة للعقد و مدى إعمال هذه القيود في تحقيق التعاون و النزاهة بين المتعاقدين و الوصول التنفيذ السليم و الصحيح للعقد.

رابعا:صعوبات البحث:

من الطبيعي أن أي باحث ستصادفه صعوبات و عوائق أثناء إعداد بحثه ، و من بين الصعوبات التى واجهتنا :

الحديث عن موضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود تجعلنا نصطدم مع أهم مبدأ من مبادئ القانون و هو " مبدأ سلطان الإرادة " الذي يحكم العقد و

كذا القوة المنبثقة عنه كالقوة الملزمة للعقد لذالك يعتبر هذا الموضوع من أكثر المواضيع المثيرة للجدل.

موضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود موضوع متشعب يندرج تحته العديد من المواضيع الهامة ضمن النظرية العامة للعقد في القانون المدني منها (عقد الإذعان ، الاستغلال ، نظرية الظروف الطارئة) و كل منها تصلح موضوع بحث .

ندرة الأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع الذي فرض بذل مجهود أكبر ككل بهذه الدراسة المتواضعة التى نرجو أن تكون لبنة تمهد لدراسات لاحقة تكون أكثر شمولا و تعمقا.

خامسا:اشكالية البحث

اذا كان المبدأ "مبدأ سلطان ألإرادة في ابرام العقود هو الأصل فما هي أهم القيود و الضوابط التي تحد من هذا المبدأ ؟

سادسا:المنهج المتبع :

في إطار درستنا التفصيلية لهذا الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي للنصوص القانونية المرتبطة بالقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود ، كما اعتمدنا المنهج الوصفي في عملية سرد و عرض المواد و الأحكام المتعلقة بالبحث معتمدين على المعيار القضائي في التقسيم من خلال البدء بالشكل ثم التطرق الى الموضوع.

سابعا:خطة البحث :

بما أن موضوع الدراسة يدور حول القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود و بما أن درستنا اقتصرت على قيدين فإن خطة البحث ستكون ثنائية مكونة من فصلين .

تناولنا في **الفصل الأول:** القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود و قسمنا هذا الفصل الى مبحثين اقتضتها طبيعة الموضوع حيث تناولنا في **المبحث الأول :** الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد(اشتراط الشكلية المباشرة) ،و في حين خصصنا **المبحث الثاني** الشكلية الغير المتطلبة للانعقاد كقيد على الإرادة (اشتراط الشكلية غير المباشرة و تفسير الشك) .

أما **الفصل الثاني** فقد خصصناه للقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقود ،و قسمنا هذا **الفصل الى مبحثين** ،حيث تناول المبحث الأول القيود الواردة على المبدأ أثناء تكوين العقد أما المبحث الثاني تناولنا فيه القيود الواردة على مبدأ من حيث الموضوع بعد تكوين العقد .

الفصل الاول:

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود

الفصل الأول : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود:

إن القاعدة العامة التي تحكم شكل العقود هي مبدأ الرضائية وهو احد نتائج واثأر إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في مجال التعاقدي مثل ما جاء في احد قرارات الغرفة المدنية في إحدى حيثيات ان العقد لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه التي يتطلبها القانون ومنها ركن الرضا الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته ولا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إرادته و هو ما يتقاض مع مبدأ سلطان الإرادة [1] و تعني قيام و انعقاد العقد بمجرد توافر عنصر التراضي بين المتعاقدين إذ لا يكفي صدور إيجاب من الطرف ليقابله قبول من الطرف الأخر حتى ينعقد العقد ، و هو ما نص عليه المشرع بموجب المادة 59 من قانون المدني[2].

إلا أن المشروع أورد قيودا على هذا المبدأ حيث اشترط في بعض منها توفر شكلية معينه دون الاكتفاء بالتوافق تطابق إرادتي المتعاقدين ومن بين الاعتبارات التي جعلت مشروع يستلزم تلك الشكلية هناك اعتبار يتعلق بالمصالح الخاصة للأشخاص حيث لا يتم النظر الى الشكلية كقيد على الإرادة و إنما هي من أجل حماية وتحصين إرادة المتعاقد وسلامة رضائه و وسيله ائتمان وضمان يتم استعمالها لإثبات الحق مستقبلا واعتبار يتعلق بالمصالح العامة من خلال تدخل الدولة بتسيير وتوجيه منظومتين اقتصادية واجتماعيه وإعمالا لمراقبتها على تصرفات المتعاملين الاقتصاديين وتحصيل إيرادات للخزينة العمومية من وراء هذه الشكلية من جهة أخرى .

---

[1] – مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول ،2011،ص 110،ملف رقم 586766 قرار بتاريخ 2011/07/22،قضية(ب.ب) ضد(ن.خ).

[2] – أنظر المادة 59 من أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

وقد تشمل الشكلية إفراغ العقد في شكل معين وهذه هي الشكلية المباشرة وقد تكتفي بمجرد القيام بمجموعة من الإجراءات اللاحقة على التصرف القانوني أو استعمالها كأداة إثبات[1] وهذا ما تناولناه في مبحثين.

المبحث الأول : الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد (اشتراط الشكلية المباشرة)

قد يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد و يترتب البطلان على عدم توفرها ، و على المتعاقدين مراعتها حتى يقوم العقد صحيحا ،و تسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد ، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن رابع إضافة إلى التراضي و المحل و السبب و من ثمة يلزم الطرفين بكتابة العقد ، و قد تكون هذه الكتابة التى تترجم ركن الشكلية كتابة رسمية أو كتابة عرفية ، كما يشترط التسليم في العقد لإنعقاده.

و تعد الشكلية استثناء عن القاعدة العامة للتعبير عن الارادة المتمثلة في الرضائية و الشكلية هي وجوب افراغ العقد في شكل معين و الا اعتبر باطلا بطلانا مطلقا و هذا الشكل غالبا ما يكون الكتابة الرسمية .

و تتجلى الشكلية المباشرة في إشتراط الكتابة في العقود الشكلية ،أو إشتراط التسليم في العقود العينية.

المطلب الأول : اشتراط الكتابة

فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل اضافة إلى أركان الأخرى من التراض ومحل وسبب تحتاج كذلك إلى شكل معين ، وتتجسد في شكلية رسمية أو شكلية عرفية.

[1] – فيلالي علي،النظرية العامة للعقود، موفم للنشر،،الجزائر،2001،ص291–293.

الفرع الأول الشكلية الرسمية:

إن من بين الأهداف التي جعلت المشرع يستلزم الشكلية الرسمية كركن لانعقاد بعض العقود تمكن في أهميتها ألاقتصاديه كعقود الشركات وعقود الواردة على العقارات ...الخ أو كونها قد تستغرق أجلا طويلا لانتهائها مع ما تتضمنه من مسائل وبنود تحتاج إلى نوع من التفصيل فيها يستحيل معه تحصينها أو المحافظة عليها إلا من خلال الشكلية كذلك ارتباط وتعلق محل هذه العقود بالنظام العام مثل العقود الواردة على العقارات ، إذ أوجب المشرع اتباع اجراءات شكليات معينة لضبطها.

وقبل الإشارة إلى العقود التي استلزم المشرع فيها ركن الشكلية الرسمية يتوجب علينا أولا التطرق إلى تعريفها و شروط هذه الشكلية .

أولا : تعريف الكتابة الرسمية

تنص المادة 324 معدلة 2 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه ".

و قد كان الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني قبل التعديل[1] ، يعرف الورقة الرسمية بأنها تلك " التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"

فالكتابة الرسمية تعني وضع المحرر في قالب رسمي من قبل شخص له الصفة القانونية و له مهمة المعاينة و التحقيق بصفة رسمية عن وقائع معينة [2].

[1] – أنظر الجريدة الرسمية عدد 18 ، الصادرة بتاريخ 04 أي 1988.

[2] – بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية ، التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية ، رسالة ماجيستر ، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة2005، ص07.

ثانيا : شروط الكتابة الرسمية

كنت قد أشرت الى التغيير الذي لحق بمحتوى المادة 324 من القانون المدني لاسيما من حيث استبدالها للفظ " الورقة " ب " العقد" ، حيث رأى الكثيرون أنه تعبير غير دقيق[1].

و بغض النظر عن اختلاف تلك الألفاظ و دقة التعبير المستعمل فإنه يشترط في المحررات ثلاث أركان لكي تعتبر رسمية ، و هي كالأتي :

- أن يقوم بها موظف أو ضابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ،مختصا في الموضوع وفي المكان بالكتابة ، أي في حدود سلطته و في نطاق اختصاصه.
- أن يراعي الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة في الكتابة ما يوجبه القانون.

***أن يكون محرر العقد موظفا ، ضابطا عموميا، أو مكلفا بخدمة عامة و بيان هذا كالأتي:**

1- الموظف : الموظف شخص عرفته المادة 04 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الصادر بالأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/06/15 بأنه " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في السلم الإداري [2] .

و قد استثنت المادة 02 من الأمر نفسه في فقرتها الأخيرة القضاة و المستخدمون العسكريون و المدنيون للدفاع الوطني و مستخدمو البرلمان [1].

---

[1] – و قد اختلف التشريعات في ذكر المصطلحات التي تعبر عن معنى هذا اللفظ فيطلق عليها السندات الرسمية ، الوثائق الرسمية، المحررات الرسمية، العقود الرسمية ، و كلها في الحقيقة تؤدي نفس المعنى ، غير أن لفظة " المحررات" أو الورقة" عامة و تشمل العقود كما تشمل الأوراق السياسية ، المحررات التشريعة ، المحررات القضائية ،أو المحررات الصادرة ، عن الخبراء و المحضرين القضائين و غيرهم "أنظر جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ، رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،مصر العربية ،1956 ، ص136.

[2] – لقد جاء الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/06/15 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية ليغلي الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 1966/06/02المتضمن القانون التأسيسي للوظيفة العمومية و الذي كان يعرف الموظف في المادة الأولى منه يعتبر الموظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درج التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة و المصالح الخارجية تابعة لهذه الإدارات و الجماعات المحلية و كذلك المؤسسات و الهيئات العمومية حسب كيفيات تحدد بمرسوم راجع في هذا الجريدة الرسمية رقم 46 الصادرة بتاريخ 1966/06/08، ص42.

كما نصت المادة 05 من المرسوم 85-59 المؤرخ في 1985/05/23 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية على ميلي تطلق على العامل الذي ثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية ، تسمية الموظف ... و يكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية و إزاء المؤسسة أو الإدارة[2].

فالموظف هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية ، و تكون له وضعية تنظيمية و ليست عقدية ، ولا يكون موظفا من يرتبط بالإدارة وفقا لنظام التعاقد[3] و يستوي أن يكون الشخص موظفا بإحدى الإدارات الرئيسة للدولة أو بإحدى الهيئات المحلية ، أو المؤسسات العامة ، كموظفي المجالس البلدية ، أو موظفي الجامعات ، و كذا مختلف المصالح كمصلحتي السكك الحديدية أو البريد مثلا [4].

2- الضابط العمومي : هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق و إعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق ، على أن تكون له مؤهلات قانونية ، تسمح له بذلك فتسند إليه مهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤولية و يتقاضى أجره من ذوي الشأن [5] .

و في هذا السياق جاءت القواعد المنظمة للمرفق العام لتحدد اختصاص الضابط العمومي حيث على سبيل المثال المادة الثالثة من القانون 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، و التي نصت على أن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون

---

[1] – عويطي فريد ،و عاشوري عبد العزيز ، الشكلية في التصرفات القانونية ،مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة ،سنة 2008، ص07.

[2] – أنظر الجريدة الرسمية رقم 13 ، الصادرة بتاريخ 1985/03/24.

[3] – علي فيلالي ،الشكلية في العقود،مقال منشور،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية،عدد 03، ص298.

[4] – محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ،دار الهدى،عين مليلة، ص52.

[5] – تنص المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على أن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، راجع أكثر ،بلقاضي كريمة، مرجع سابق ، ص18.

الصيغة الرسمية ، و كذا العقود التي يرغب الأطراف إعطاءها هذه الصبغة و تقضي المادة العاشرة من نفس القانون بأن يتولى الموثق حفظ العقود التي يقوم بتحريرها ، أو يتسلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما التسجيل و إعلان و نشر و شهر العقود في الآجال المحددة قانونا.

إذن صفة الضابط العمومي تثبت لكل شخص حامل لأختام الدولة و له صلاحية المعدة من طرف المحضر القضائي[1] ، أو العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية أو تلك التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصيغة حيث يلجأون إلى الموثق الذي يقوم بذلك [2].

3-المكلف بالخدمة العامة

و المكلف بالخدمة العامة هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع و سواء كان مأجور و مثل هؤلاء رؤساء المجالس الشعبية البلدية المنتخبون ، و كذا الخبراء المقبولين الذين تعينهم المحكمة [3].

و يعتبر مكلفا بالخدمة العامة ، الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين و المحامين و الموثقين وغيرهم ، و رغم أن هؤلاء يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن أي المستفيدين من خدماتهم إلا أن السلطة العمومية هي من تتولى تنظيم هذه المهن ، فتحدد شروطه و كيفيات ممارستها[4] .

*** مراعاة الأشكال القانونية:**

زيادة على اشتراط المشرع في كاتبة الورقة الرسمية ان يكون موظفا او ضابطا عموميا او مكلفا بخدمة عامة ، فانه يشترط عليه ايضا ان يراعي اثناء تحريره لما يتم لديه او ما

---

[1] – يعتبر المحضر القاضي ضابطا عموميا طبقا لأحكام المادة 05 من القانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

[2] –تجدر الاشارة الى ان العقود التي كانت تحرر سابقا من قبل ما يعرف بالقاضي الشرعي فهي تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يضفي على العقود التي تحرر اليوم من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي ، و هو ما كرسته المحكمة العليا في قراراها رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03، راجع في هذا المجلة القضائية سنة 1992، العدد 01 ، ص 119.

[3] – لقد اختلف الفقه في إمكانية وصف المحررات الصادرة عن الخبراء بالرسمية ، بداعي أن محرريها لم يكلفوا بخدمة عامة من طرف المشرع ، راجع في هذا بلقاضي كريمة ، نفس المرجع ، ص 17.

[4] – علي فيلالي ، المرجع السابق،ص299.

يتلقاه من ذوي الشأن ،الاشكال التي يقررها القانون في تحرير الورقة ، فالقضاة في تحريرهم للأحكام ، و موظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات و محاضر التنفيذ ، ملزمون بمراعاة تلك الاوضاع ، و من أمثلة الأوضاع المقررة قانونا ،ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 من أنه "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء و يوشر الضابط العمومي في اخر العقد تصريحاتهم في شأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر".

و من قبيل ذلك أيضا ما جاء في الفقرة الرابعة من نص المادة نفسها ، حيث يجب أن "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية ،طبيعية و حالات و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين ، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية ".

*** شرط الاختصاص:**

لا يكفي لصحة الكتابة الرسمية أن تصدر من موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة ووفق الأشكال المقررة قانونا ،و انما يلزم زيادة على ذلك كله أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية صاحب ولاية و اختصاص ، فالمادة 324 مدني تشترط أن يقوم بعمله في حدود سلطته و اختصاصه ، و المقصود بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ، أو الضابط العمومي ذا ولاية في تحرير الورقة ، حيث يكون قائما بعمله قانونيا وقت تحرير الورقة ، فان كان قد عزل أو نقل زالت ولايته ، و فقدت بذلك الورقة صفة الرسمية ،و من ناحية أخرى يجب أن تكون كتابة الورقة الرسمية من اختصاص كاتبها ، فلا يجوز أن يقوم كاتب في المحكمة مثلا بتحرير عقد رهن رسمي أو عقد زواج[1].

و زيادة على ذلك فإن القانون قد يحدد الاختصاص الاقليمي أو المكاني لمحرر الورقة الرسمية ، و على هذا الأخير أن يعمل ضمن محيط الدائرة الإقليمية المسموح له فيها بمباشرة اختصاصه ، و في هذا الاطار منح المشرع الاختصاص الإقليمي للموثق عبر كامل التراب الوطني[2] ،بينما حدد نفس الاختصاص بالنسبة للمحضر القضائي و جعله

[1] –أنظر المادة 02 من القانون 88–27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن قانون التوثيق.

[2] – أنظر المادة 05 من القانون رقم 91–03 المؤرخ في 08/01/ 1991 المتضمن لتنظيم مهنة المحضر القضائي.

محصورا على المستوى الولائي (يكون اختصاص المحضر القضائي تابعا لإقليم المجلس القضائي المتواجد على مستوى الولاية) [1].

ثالثا : الشكلية الرسمية في العقود المدنية (العقود الواجبة إفراغها في شكلية الرسمية)

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 على انه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى 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 ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حضر العقد".

كما يجب تحت طائلة البطلان اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة لشركة بعقد رسمي و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.

إن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة اشترط التوثيق و اعتبره ركنا لقيام العقود التي ذكرها ، بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا ، ا سنتطرق الى أهم تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات كل من عقد بيع العقار و عقد الرهن الرسمي و عقد الهبة ، و كذا 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 و أهمها 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 هنة التوثيق[2]، اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في شكل رسمي، هذا ما أكدته المادة 12 من هذا الأمر و التي استحلفت بالمادة 324 مكرر من ق م ج.

[1] – علي فيلالي ، المرجع السابق،ص299.

[2] – الأمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 سبتمبر 1970 ،يتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج.ر ، العدد 71.

و عليه فعدم إتباع أحكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي الى بطلانا مطلقا ، و هذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله و يثبت هذا الحق للخلف العام و الخاص و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق م ج و هذا ما كرسه القضاء بقوله : " أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطا ضروريا لصحته و أن تحرير هذا العقد في شكله الأخر يخالف القانون و يؤدي الى بطلان ذلك العقد.[1].

إن 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 و التي تنص على أنه :".. إذ اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ".

فالشكلية حسب هذه الفقرة تعتبر ركنا لازما لإبرام عقد الوعد بيع العقار ، لإضافة الى أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذا عينيا ، بل لابد أن يتدخل الواعد بنفسه لإتمام رسمية بيع العقار الموعود به لان تخلف الشكلية في هذه الحالة يجعل العقد باطلا و لو 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 و في هذا تحايل على القانون [2].

2-الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي:

لقد نظم المشرع عقد الرهن الرسمي و اعتبره عقدا شكليا فهو لا ينشأ إلا بورقة رسمية كما تنص على ذلك 01/889 من ق.م.ج على انه :" لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أ حكم أو بمقتضى القانون..." ، كما نصت المادة 886 من ق.م..ج على أنه : "... ويرد هذا التعين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق و إلا كان الرهن باطلا."

[1] – القرار رقم 136156 مؤرخ في 1997/02/18 ، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد1 ، ص10.

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات ،مصادر الالتزام دار الهدى،عين مليلة ، الجزائر 2009، ص 137.

يتضح من خلال المادتين 883 و 886 من ق.م.ج ، أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في شكل رسمي ، نفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون [1] ، مع أن المشرع في المادة 883 من ق.م.ج لم يتبين الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية ، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر (1) من ق.م.ج ، نجد أنها تنص على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تكون تحت طائلة البطلان ، و عقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوقا عقارية و التي الزم المشرع بتحريرها في شكل رسمي و إلا كانت باطلة ، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي جزاءه البطلان المطلق.

3-الشكلية لانعقاد عقد هبة العقار:

لقد عرف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها تمليك بلا عوض و اعتبرها من العقود الشكلية ، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين و إنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 206 ق.أ.ج على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم الحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات ..." ، و لم تختلف أغلب التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة و إنما اختلفت في نوع الشكلية الواجبة فيه، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين : أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين فتنعقد الهبة بالتراضي و لكن لابد من تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها ، أما النوع الثاني من الشكلية فينصب على التراضي ذاته إ إذ لا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص[2]، و هذا ما اخذ به المشرع الجزائري في رسمية الهبة

[1] – محمد حسنين ، الوجيز في الأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 ،ص 122.

[2] – دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية ،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة تلمسان2002-2003 ، ص95.

الواقعة على العقارات و ذلك بتحرير عقد الهبة غي عقد توثيقي Acte noarié تحت طائلة البطلان [1].

4-الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية:

لقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد الشركة و ذلك بفرض إتباع أركان شكلية لانعقاده ، و رتب الجزاء على مخالفتها ، فلقد نص المادة 418 من ق.م .ج على أنه :" يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا و كذلك 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 و اعتبارها 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 و اقتصر على القول بضرورة كتابة عقد الشركة في مرحلة إبرامه و لكن بالإطلاع على النص الفرنسي لنفس هذه المادة ، نلاحظ أنه يشترط لقيام عقد الشركة المدنية إفراغه في الشكل الرسمي

زيادة على ذلك فان الكتابة و إن 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 ، و هو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 1982/05/08 الذي فضت فيه بمايلي : " و متى كانت المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 تشترط ...أو التخلي عن أسهم من الشركة أو جزء منها إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان و كانت المادة 572 من ق.ت.ج هي الأخرى تنص على عدم إمكانية إثبات إحالة الحصص إلا بموجب عقد رسمي.

خلاصه القول عن القيد الوارد على مبدأ سلطان الإرادة وعلى مبدأ الرضائية في العقود والمتمثل في اشتراط الشكلية الرسمية للانعقاد هو في الحقيقة لا يعد قيدا على حرية التعاقد بقدر ما هو ضمانة للمتعاقد نفسه وتحصينا لإرادته وتنبيها له لأهمية التصرف المقدم عليه من جهة.

[1] – مصطفى لعروم ، عقد الهبة ، نشرة الموثق ، العدد 7 ،1999 ، ص20.

ومن جهة أخرى يندرج هذا العقد ضمن صور تدخل الدولة لتنظيم وضبط الأنشطة الاقتصادية والمحافظة على النظام العام من خلال إبراز دور وأهميه الشركات في دعم الاقتصاد ، وأخيرا تعلق العقارات وارتباطها بنظام قانوني الخاص.

إن هذه العقود سابق ذكرها تندرج ضمن الأول من الشكلية ألا وهو الشكلية الرسمية وهناك نوع ثاني يعد هو الأخر قيد على مبدأ سلطان الإرادة وهو الشكلية العرفية

الفرع الثاني : الشكلية العرفية:

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

وبالتالي تعد الكتابة العرفية الصورة الأخرى للشكلية اللازمة لانعقاد بعض العقود ، تضاف إلى الشكلية الرسمية ، وقبل تحديد العقود التي تقوم على الشكلية أو الكتابة العرفية ، ينبغي علينا أولا تعريفها و تحديد شروط اكتمالها وتحققها باعتبارها ركنا للانعقاد أو يمكن استعمالها في الإثبات مستقبلا.

أولا : تعريف الكتابة العرفية:

المحرر العرفي هو المحرر الذي يتولى المتعاقدان كتابته و توقيعه ، و يشمل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذا في الكتابة العرفية لا غير ،و لقد نصت المادة 327 ق.م.ج على أنه "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاءه"

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا للعقد العرفي ، لكن هناك من الفقه من يعرفه على "أنه كل سند معد للإثبات ، يتولى تحريره و توقيعه أشخاص عاديون ، بدون تدخل الموظف العام[1]، فالكتابة العرفية هي تلك الكتابة التي تفرغ في محرر ما و تتبع بتوقيع من أصحاب الشأن الذين يتولون ذلك بأنفسهم ، و هي ذلك الشكل الذي تعارف عليه الناس و

[1] – محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات،التصرف القانوني(العقد الارادة المنفردة)،الجزء الأول،الطبعة الثانية ،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2004 ، ص 55 و مايلها .

اتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية ، ثم قننه المشرع و أعطاه تسمية العقد العرفي ، و قد نظمه في نصوص القانون المدني لاسيما المادتين 327 و 328 منه.

و كما تكون الكتابة العرفية للإثبات فإنها قد تكون للانعقاد أيضا فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع و عند تنظيمه لعقد المرتب مدى الحياة في القانون المدني لاسيما المادة 615 منه ، و التي نصت على ان " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا ..."

واضح أن لفظ الكتابة في هذا النص جاء عاما ، و عليه فالكتابة اللازمة لانعقاد هذا العقد يمكن أن تكون رسمية أو عرفية و يعتبر من قبل العقود العرفية تلك المحررات المعدة من قبل الأطراف أنفسهم أو أحد الأشخاص الآخرين في الشكل الذي يرضونه و بالطريقة التي يحددونها ، شرط أن يحمل العقد إحدى العلامات الشخصية الواردة في المادة 327 من القانون المدني[1].

و يكون للكتابة العرفية عدة صور ، فلا عقد الرسمي الذي اختلت شروطه يعتبر عقدا عرفيا بحكم القانون (المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني) ، و هو كل عقد يحرره موظف عام عديم الكفاءة ، أو أن يحرره ضابط عمومي لا تتوفر لديه الأهلية المطلوبة أو يخالف الشكل المطلوب قانونا متي كان موقعا من قبل الأطراف [2].

ثانيا : شروط الكتابة العرفية:

لكي تكون الكتابة العرفية دليلا كاملا في الاثبات على النحو المبين سابقا فإنه لابد من توافر شرطين أساسين ، الشرط الأول وهو التصور الكتابي (أولا)، والشرط الثاني وجد التوقيع (ثانيا) .

---

[1] – نصت المادة 327 من القانون المدني على " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه سالم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء ، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

[2] – أنظر قار المحكمة العليا رقم 113840 المؤرخ في 1994/02/70 ، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد2 ، ص156 ، و الذي جاء فيه " أن العقد المؤرخ في 1985/10/13 ليس عقدا رسميا رغم تحريره من طرف موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط و لم يتم تسجيله أو شهرة وليس له رقم تسلسلي ولا يحمل رقم الفهرس لهذا فالأمر يتعلق بمجرد عقد لفيف و يعتبر بمثابة العقد العرفي.

***الكتابة :**

ولا يستلزم في هذا النوع من الكتابة شروط معينة ، حيث يكفي لان تكون دليلا في الإثبات أن تكون العبارات مخطوطة ،أيا كانت لغة التعبير أو طريقة التحرير و أيا كان الشخص الذي تولى كتابتها فهي تصح بلغة أجنبية ، أو برموز متفق عليها و تصح أن تكون بالمداد أو بالرصاص و غيرهما كما أنها تصح حتى من الشخص الذي لا يكون مؤهلا لابرام التصرف الثابت في الورقة العرفية ، لأنه ليس أداة للتعبير عن إرادة أصحاب الشأن [1] .

و لا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلاّ إذا كان لها تاريخ ثابت حسب المادة 328 من القانون المدني.

و على ذلك فقد يوجب القانون على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ على بعض المحررات العرفية و مثال ذلك السفتجة المادة 390 من التجاري الشك 742 من القانون التجاري ، السند لأمر المادة 465 من القانون التجاري و لكن عم ذكر التاريخ فيها لا يشكل سببا من أسباب البطلان.

و إذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا ثبت تزويره.

***التوقيع :**

يتمثل التوقيع على الورقة العرفية في أن يضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو اسمه أو هما معا أو كنيته أو أية كتابة أخرى و من ثم لابد أن يكون التوقيع باليد ، و أما في المواد التجارية فإن بالإمكان أن يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع[2].

و لا يمكن إعطاء أية قيمة للتوقيع إلا إذا كان صادرا من الطرف الذي ينسب إليه و لذلك فإن الوكيل لا يوقع باسم موكله ولو تلقى تعليمات في ذلك و إنما يجب أن يوقع باسمه الشخصي و بصفته نائبا عن موكله.

---

[1] – يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه اللإسلامي ،الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر،1981 ، ص 129.

[2] - LA GRIFFE.

ولا يشترط لصحة العقد العرفي إلا توقيع المدين بالالتزام الثابت فيه ، و إذا كان العقد الثابت فيه عقدا ملزما للجانبين كعقد البيع ، وجب أن يحمل العقد توقيع كل من البائع و المشتري إذ كلاهما مدين بالالتزام الأول بنقل ملكية المبيع و الثاني بدفع الثمن فيكون توقيع كل منهما بحجة على من صدر منه ،و لا يشترط شكلا خاصا في هذا التوقيع ، حيث يكفي أن يكون هو التوقيع الذي اعتاد عليه من صدر منه[1] ، بحيث يمكن أن يكون بصمة أو ختما أيضا [2].

و قد يقع التوقيع على الورقة العرفية من طرف جميع ذوي الشأن في وقت واحد كما أنه قد يتم متفرقا أو على مراحل أو في أماكن مختلفة.

و قد يكون التوقيع قبل كتابة النص و على ورقة بيضاء ليقع ملؤها فيما بعد و هذا ما يسمى بالتوقيع على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتصل من الالتزام المضاف على تلك الورقة يوقع على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتنصل من الالتزام المضاف على تلك الورقة فيثبت أن البيانات الموجودة بها ليست مطابقة لنواياه الحقيقة ، و قد أضاف المشرع الجزائري إثر تعديل القانون المدني وفق القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل و يتمم القانون المدني البصمة ، و هذا طبقا لنص المادة 48 منه.

و التوقيع ببصمة الإصبع لم يكن التقنين القديم ينص عليه إلا أنه ظهر في العمل أكثر ضمانا من التوقيع المذكور أعلاه ، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه [3] و قد جعل المشرع الجزائري للبصمة قوة الإمضاء تلبيه للطرف الأخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في المستقبل إلى صحة الإمضاء.

و قد أضاف المشرع الجزائري إثر التعديل السابق ذكره : أنه يعتد بالتوقيع الالكتروني و هذا طبقا للمادة 323 مكرر 1 .

---

[1] – موالك بختة ، المادة 324 مكرر من القانون المدني و تطبيقاتها على البيع ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ، عدد04 ، سنة 1993،ص848.

[2] عويطي فريد ، عشوري عبد العزيز ، المرجع السابق، ص22.

[3] – د عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص121.

ثالثا الشكلية العرفية في العقود المدنية (بعض العقود العرفية):

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

من العقود التي فرض فيها المشرع الجزائري شكلية الكتابة العرفية نجد :

1- عقد مرتب مدى الحياة :

و الذي يعرف بأنه : " إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد الى شخص أخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد ،و قد يقرر مدى حياة الملتزم له المستفيد و قد يكون لمدين الدائن له أو الشخص أخر " ، و هذا 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 و هذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع ".

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

2- عقد العمل الجماعي :

فيعتبر عقد العمل الجماعي من العقود التي تستوجب شكلية العرفيه وذلك بمقتضى المادتين 50 و 86 من الأمر 75- 31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات للعمل في القطاع خاص ، بمقتضى المادة 114 من قانون رقم 90 -11 المتعلق بعلاقات العمل .

ويعتبر عقد العمل الجماعي صوره من العقد الجماعي ، والذي يعبر عنه بالاتفاقيات الجماعية حيث يتم هذا العقد بين أطراف لها مصالح متناقضة ، كالاتفاقيات التي تتم بين النقابات و أرباب العمل ، وتنصرف أثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم يرضوا بمضمونه.

3- عقد الإيجار:

اشترط المشرع الشكلية كقيد على المبدأ الرضائية في عقد الإيجار دون أن يحدد طبيعتها ، مما يعني اعتبارها شكلية عرفية ويرجع ذلك إلى هدف المشرع لوضع حد للفوضى في ميدان المعاملات [1] وذلك استنادا إلى المادة 467 مكرر من قانون المدني ، والتي تنص على اشتراك الكتابة في عقد الإيجار تحت طائلة البطلان .

4-عقد التنازل عن حق المؤلف :

يرى الأستاذ علي فيلالي بان عقد التنازل عن حق المؤلف من العقود التي استوجب فيها المشرع الشكلية العرفية للانعقاد استنادا إلى المادتين 62 و 64 من الأمر 05-03 المؤرخ في 10 جويلية 2003 ، والمتعلق بحقوق المؤلف وحقوق المجاورة.

صفوه القول عن اشتراط المشرع الشكلية الانعقاد – الرسمية أو العرفية – في بعض العقود ، كقيد وارد على مبدأ الرضائية ، يرجع إلى أهميه العقد من جهة ، ورغبة المشرع في تحصين إرادة الأشخاص وحفظها وفض المنازعات مستقبلا وتحقيقا لاستقرار المعاملات من جهة أخرى .

إضافة إلى هذا النوع من القيود هناك نوع أخر منها يتمثل في التسليم الذي يشترط في العقود العينية وهو احد أركانها.

المطلب الثاني : العقود العينية(اشتراط التسليم في العقود العينية) :

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

يعتبر فعل التسليم شكلية لابد منها لقيام العقد وتبعا لذلك يتوجب علينا التطرق ماهية العقود العينية كصورة من صور الشكلية المباشرة ثم تحديدها .

[1] – ذيب عبد السلام ، عقد الايجار المدني ، دار هومة ، الجزائر ،2009 ،ص 65.

الفرع الأول : ماهية العقود العينية :

نعرفها أولا ثم نتطرق الى تحديد العقود العينية.

أولا : تعريف العقود العينية :

العقد العيني هو الاتفاق الذي يشترط لصحته زيادة على التراضي ومشروعيه المحل والسبب تسليم الشيء محل العقد ، وما لم يتم هذا التسليم لا يوجد اتفاق ، بحيث يعتبر تسليم الشيء ركنا من أركانه ،و قد تفرض هذه الشكلية من قبل القانون ، وقد يشترطها المتعاقدين ، كأن يتفق مسبقا على أن تسليم الشيء واجب لانعقاد العقد [1]. ويرجع الفقهاء أصل هذا النوع من العقود إلى القانون الروماني.

و يمكن تعريفه ايضا : هي العقود التي لا تنشأ إلا بواقعة التسليم العيني فلا يكفي للإنعقاده قيام التراضي فقط بل يجب فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد و بالرجوع الى التشريع الجزائري نجد أن العقد الوحيد الذي يعتبر عقدا عينيا هو عقد الهبة الوارد على المنقول طبقا للمادة 206 ق.م.ج.

الفرع الثاني : تحديد العقود العينية :

اختلفت تشريعات المقارنة في مسالة تحديد العقود العينية التي لا تكتفي بالتراضي لانعقادها ، وإنما تشترط توفر ركن التسليم لمحل هذه العقود ، كما اختلف الفقه في تفسير موقف التشريع الجزائري من هذا النوع من العقود .

أولا بالنسبة لعقود القرض العارية الوديعة والرهن الحيازي :

قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكيه مبلغ من النقود أو أي شيء مثل آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر و الصفة .

أما العقد العارية فهو عقد يلتزم بمقتضاه أن يسلم المعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمده معينه أو في غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال.

وعن عقد الوديعة فهو عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه ، على أن يحافظ عليه لمده وعلى أن يرده عينا.

[1] – فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 68.

أما الرهن الحيازي فهو عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن آو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين ، وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد يكون [1].

يعتبر المشرع قد حذا حذو القوانين العربية في استبعاد هذه العقود ، القرض ، الوديعة، العارية والرهن الحيازي من نطاق العقود العينية ، إذ لم يستلزم لانعقادها عنصر التسليم.

ولا مجال لاعتبار عقد الوديعة في التشريع الجزائري عقدا عينيا حتى وان كان ينص في المادة 590 من القانون المدني بأنها عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع عنده فليس من شأن هذا النص القول بأن المشرع اشترط التسليم كركن ، حيث ولو كان المشرع يريد جعل عقد الوديعة عقدا عينيا لأضاف عبارة (أنها عقدا عينيا) مثل ما فعل المشرع الفرنسي الذي يعتبرها عقدا عينيا ، ويعتبر فيها التسليم ركنا وليس مجرد اثر عن العقد ، و ذلك بموجب (م 1919 ق ، م، ف) : « Il n'est parlait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée »

مما يعني أن هذه العقود – القرض والوديعة والعارية والرهن الحيازي – عقود رضائية يعتبر فيها التسليم أثرا عن العقد في التشريع الجزائري وليس ركنا للانعقاد.

ثانيا بالنسبة لعقد الهبة الوارد على المنقول :

بالرجوع إلى المادة 206 من قانون أ نجدها تنص على انه تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ، ومراعاة أحكام التوثيق ، فتعتبر الهبة الواقعة على المنقول من العقود العينية التي اشترط المشرع الجزائري عنصر التسليم – الحيازة – للانعقاد.

أي أن عقد الهبة يتم بتسليم المنقول إلى الموهوب له وتمكنه من حيازته كما جاء في احد قرارات المحكمة العليا بالغرف المجتمعة في إحدى حيثيات انه يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإدارية مراعاة الشكل الذي تميله طبيعة المال الموهوب[2] وإذا

[1] – انظر المواد 450 ، 538 ، 590 ، 948 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

[2] – مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2009 ، ص 110 ، ملف رقم 444499 قرار بتاريخ 23 فيفري 2009 (الغرف المجتمعة).

كان نقل الحيازة المنقول تستلزم بعض الإجراءات كنقل حيازة سيارة وجب استيفاء هذه الإجراءات.

وكان من الأول بالمشرع عند صياغته للنص عدم إسقاط (الباء) حتى تكون الصياغة أكثر وضوحا في مسالة ركن التسليم إذ الأصح في النص : " ....أن تتم (بالحيازة) وليس الحيازة " ويتمثل الهدف من اشتراط ركن التسليم لانعقاد العقود العينية في حماية المالك ليتفطن و ينتبه لقيمة العمل الذي يقدم عليه عندما يريد التجرد من الشيء محل العقد كالهبة[1].

إن اشتراط المشرع للشكلية المباشرة سواء أكانت رسمية أو عرفية للانعقاد أو للإثبات في بعض العقود أو التسليم في عقود أخرى ، ليست وحدها قيدا على مبدأ سلطان الإرادة فهناك نوع أخر وهو الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على الإرادة (الشكلية الغير مباشرة).

المبحث الثاني: الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على الإرادة و تفسير الشك (اشتراط الشكلية غير المباشرة و تفسير الشك)

كذلك من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود ،خاصة من حيث شكلها اشترط المشرع شكليات و إجراءات قانونية معينة بعد الانعقاد تحد من حرية و إرادة الأشخاص و أطراف العقد ، و نعني بذلك اشتراط الشكلية غير المباشرة ، أو خروج المشرع من قاعدة تفسير العقد التي يثار حولها شك و التباس لمصلحة إرادة طرف على حساب الطرف الأخر لاعتبارات معينة ، و نعني بذلك قاعدة تفسير الشك.

المطلب الأول : اشتراط الشكلية غير المباشرة:

سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد يشترط شكلية لانعقاد العقد و يترتب على تخلفها البطلان كما قد يفرض في بعض الحالات شكلية أخرى غير مباشرة ليست لازمة لانعقاد العقد و لكنها تشكل قيدا على إرادة الطرفين و من هذه الشكلية اشتراط الكتابة للإثبات و كذا اشتراط الشهر في بعض العقود.

[1] – فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 68.

المقصود بالشكلية غير المباشرة هي تلك الإجراءات التي تحد من إرادة المتعاقدين بعد تكوين العقد ، حيث يشترط المشرع توافر الشكلية لإثبات بعض العقود أو يستلزم اتخاذ إجراءات قانونية معينة تتبع انعقادها لتحقيق أهداف تتعلق بالصالح العام أو دعما للاقتصاد الوطني ، أو لاستقرار المعاملات من خلال إعلام الغير بهذه التصرفات.

الفرع الأول : اشتراط الشكلية للإثبات :

إن التصرفات القانونية التي يستلزم فيها المشرع الشكلية للإثبات هي تصرفات يمكن أن تنعقد صحيحة حتى و إن لم يتم إبرامها في شكل معين ، لكن يشترط في حالة نشوب خلاف أو منازعة حولها ، أن يتم إثباتها بوسائل و طرق معينة و محددة ، و من بين التصرفات القانونية التي أوجب المشرع لإثباتها شكلا معينا نجد التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري في غير المسائل التجارية ، كذلك عقد التأمين

أولا : اشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة (بالنسبة للتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000دج)

فاستنادا الي المادة 333 من القانون المدني اشترط المشرع لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن مبلغ 100.00دج و في غير المسائل التجارية أن يتم ذلك بمحرر عرفي أو رسمي.

و يكمن هدف المشرع من وراء إيراد هذا القيد في جعل المتعاقد يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه عن طريق مبرر مكتوب يجسد الاتفاق و يضمنه ، إضافة إلي لفت انتباه المتعاقدين إلي خطورة العقد مما يدفع إلي تحديد أثاره و تطابقه بشكل دقيق.

و من شأن إعمال شكلية الإثبات في هذه الحالة أن تجعل المتعاقد الدائن الذي لم يجسد الاتفاق كتابة في وضع صعب بخصوص إثبات وجود العقد ، إلا أن ذلك لا يعني استحالة الإثبات ، و إنما له الاحتكام إلي إقرار المتعاقد الأخر أو الى اليمين[1] في حالة عدم وجود إثبات كتابي للدين ، لكن الوضع يختلف بالنسبة لعقد التامين.

[1] – فيلالي علي ، المرجع السابق ،ص 297–301.

ثانيا : بالنسبة لعقد التأمين :

اشترط المشرع بموجب المادتين 07 و08 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات ، أن يتم تحرير عقد التامين كتابيا و في شكل معين يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية و المحددة قانونا ، و تعتبر هذه الشكلية اللازمة في عقد التأمين شكلية للإثبات حيث تنص المادة 08 من ق.ت. : " ....يمكن لإثبات التزام الطرفين إما بوثيق التأمين و إما بمذكرة تغطية التامين ،أو بأي سند مكتوب وقعه المؤمن .... ".

مما يعني أن المشرع اشترط لإثبات عقد التامين الشكلية ، سواء وردت عن طريق وثيقة التامين و هذا ما نصت عليه المادة 07 من ق.ت ، أو بمذكرة تغطيه التأمين أو أي سند مكتوب بشرط أن يتضمن توقيع المؤمن[1].

و من أهداف التي جعلت المشرع يشترط الشكلية في عقد التامين – خاصة – لاستعمالها للإثبات ، هو لفت انتباه المتعاقد المؤمن له لأهمية العقد المقدم علي إبرامه و من أجل تقرير حماية لع اعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، و لكون عقد التأمين من العقود التي تقوم لمدة طويلة و تتضمن مسائل و بنودا تفصيلية و معقدة لا يمكن إثباتها مستقبلا إلا لكتابة ، إضافة إلي اشتراط الشكلية التي فرضها المشرع كركن للانعقاد ، هي في الوقت نفسه تعتبر شكلية للإثبات تقع بالخصوص علي التصرفات الواردة على المحلات التجارية ، عقد الشركة ، عقد الرهن الرسمي و كذلك على العقارات ، هذه الأخيرة يشترط فيها التسجيل و الشهر.

الفرع الثاني : اشتراط التسجيل و الشهر

كذلك من القيود التي تحد من إرادة المتعاقدين بعد التكوين العقد ، إلزامهم باتخاذ إجراءات معينة من بينها التسجيل و الشهر ، و يسعى المشرع من وراء هذين الإجراءين تحقيق أهداف معينة منها ما يتعلق بالصالح العام المتمثل أساسا في دعم الاقتصاد الوطني و منها ما يتعلق بالأفراد من خلال استقرار المعاملات.

و هكذا فانتقال الملكية قد ربطه المشرع بإجراء شكلي و هو التسجيل و في هذا قيد على حرية الإرادة من حيث إجرائها للتصرفات المتعلقة بالعقار ،إضافة إلى هذا الإجراء

[1] – ذيب عبد السلام ، المرجع السابق ، 70.

يشترط المشرع أحيانا القيد في بعض التصرفات العقارية لتثبيت الحق العيني التبعي و ذلك لاحتجاج به على الغير ،و حتى بالنسبة للطرفين.

أولا : اشتراط التسجيل :

ألزم المشرع الجزائري لانتقال الملكية وجوب القيام بإجراء التسجيل ، التسجيل ،بحيث اعتبره إجراء ملزم تدفع من خلاله الرسوم قبل إتمام إجراء التسجيل ،حسب نص المادة 82 من الأمر 105/76،كما أن لتسجيل العقود دورا في إثبات تاريخ المحررات العرفية و التي يحررها الأطراف دون تدخل ضابط عمومي أو موظف عام و حسب ما نصت عليه المادة 328 من ق.م.ج حيث أن العقد العرفي لا يكون حجية على الغير إلا إذا كان تاريخه ثابتا و يكون تاريخ هذا العقد ثابتا في اربع حالات و التي من بينها التسجيل [1].

رجوعا إلي المواد 165 و 793 من القانون المدني و 12 من قانون التوثيق يتضح أن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى – كحق الارتفاق أو الانتفاع – لا تتم إلا بعد اتخاذ التسجيل المنصوص عليها قانونا ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، يتم بمجرد انعقاد العقد ، سواء تعلق الأمر بمنقول أو عقار ، أما انتقال ملكية العقارات أو الحقوق العينية الأخرى و أثرها بالنسبة للغير فانه يستوجب اتخاذ إجراءات التسجيل.

أي أن الأثر العيني لعقد البيع المتمثل في انتقال الملكية في مجال العقارات لا يتحقق بمجرد انعقاد العقد و تحريره أمام الموثق بل يتم بإجراء عملية التسجيل بمصلحة التسجيل و الضرائب ، سواء بين متعاقدين أو الغير.

يعرف على أنه عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أثر العملية القانونية التي يقوم بها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون و التي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف،حيث تسمى هذه الأخيرة بحق التسجيل

و للتسجيل – خاصة في مجال التصرفات الواردة على العقارات – أهمية جبائية اجتماعية و قانونية.

[1] – خليل أحمد حسن قتادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2005 ، ص107.

1-الأهمية الجبائية لتسجيل العقارات (المالية)

تهدف الدولة من خلال تسجيل التصرفات القانونية إلى تحقيق وفرة مالية من أجل تمويل خزينتها لتغطية جزء من نفقاتها الناجمة عن تسير المرافق العمومية . ويعتبر هذا الهدف من بين أهم الأهداف التى تسعى إليها الدولة من خلال تحصيل الرسوم إلا أن أهداف التسجيل لا تتوقف عند ذلك ،و إنما تشمل كذلك حسب الفكر الحديث أهدافا اقتصادية و ماليه و سياسية.

2- الأهمية الاجتماعية لتسجيل العقارات

إن التسجيل لا يخدم فقط الجانب المالي و الاقتصادي فقط و انما يخدم الجانب الاجتماعي ايضا و لو بصفة غير مباشرة و ذلك من خلال استعمال الدولة لمدا خيل التسجيل من أجل تحسين وضعية الفئة المحتاجة من المجتمع ،و نلتمس ذلك من خلال إعفائها من رسوم التسجيل كل من الولايات و المؤسسات العمومية التابعة للولاية و البلدية و المؤسسات العمومية الاستشفائية و المكاتب الخيرية و غيرها،و مثالها نص المادة 320 من نفس الأمر و التي تنص على :"تعفى من رسوم التسجيل التبرعات التى تقدم إلى هيئات التأمين الاجتماعي ".

3- الأهمية القانونية للتسجيل

من شأن التسجيل إعطاء تاريخ ثابت للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية و يعتبر إجراءا لازما لانتقال الملكية أي الأثر العيني لعقد البيع الوارد على العقارات [1].

ثانيا : اشتراط الشهر

يعتبر نظام الشهر العقاري نظاما مترتبا عن الإقرار و الاعتراف بمبدأ شكلية العقود ، حيث اتخذته الدول أساسا للحفظ العقاري و شهر المعاملات العقارية .

و يقصد بالشهر العقاري إتباع مجموعة من القواعد و الإجراءات التي تهدف إلى تنظيم هوية كل عقار من جهة مالكة ، موقعة ، أوصافه ،معالمه الحدودية و كذا الأعباء الواقعة عليه.

[1] – قان أمين،نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في الحقوق ،اختصاص قانون الاعمال المقارن ،جامعة وهران 2012/2011 .ص 83 و84.

و من أهم أهداف اشتراط الشهر العقاري هو تامين استقرار المعاملات العقارية ، تحقيق الائتمان العقاري ، غلق الطريق أمام محاولة إنكار الحقوق العقارية للمعتدين في مواجهة أصحابها ، جعل أموال الأشخاص مصانة محفوظة ولا يمكن للغير الحصول عليها بغير طريق القانون [1].

و هناك نظامان للشهر العقاري ، شخصي و عيني.

الفرع الثالث : اشتراط القيد و التصريح الاجباري

كذلك قد يشترط المشرع بعد تكوين و انعقاد العقد القيام بإجراء ما يتطلب شكلية معينة كالقيد في السجل التجاري أو التصريح الاجباري لدى توظيف اليد العاملة الأجنبية من أجل إعمال الدولة مراقبتها على هذه العقود.

أولا :اشتراط القيد في السجل التجاري

استنادا إلي المادة 549 من القانون التجاري التي تنص أنه لا يمكن الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ، إذ لا يمكن كقاعدة عامة للشركات التجارية بمختلف أنواعها سواء أكانت شركات أشخاص أو كانت شركات أموال أن تباشر أعمالها وتصرفاتها القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

ويقصد بالقيد في السجل التجاري – كقيد يرد على مبدأ السلطان الإرادة – باعتباره يمثل شكلية غير مباشرة يفرضها المشرع بعد انعقاد بعض العقود بشكل صحيح كعقد الشركة ، وهو قيام بتدوين بعض البيانات الإلزامية المتعلقة بهذه الشركة في دفتر معد لذلك و تشمل تلك البيانات الوقائع المتصلة بالنشاط التجاري لهذه الشركة و متابعة كل ما يطرأ عليه من تغيرات إضافة إلى بيانات أخرى.

ويهدف نظام القيد في سجل التجاري إلى تمكين الغير من وقوف على المركز القانوني والمالي للشركة ، دعم الائتمان التجاري ،ويعد أداة شهر قانوني من شأنه بعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معها وتسهيل العمليه التجارية [2].

إن التاجر او رب العمل إذا استخدم يدا عاملة فهو مجبر على التصريح بها خاصة إذا كانت أجنبية .

---

[1] – وزاني وسيلة ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص117–118.

[2] – عمورة عمار ،المرجع السابق ، ص107–149.

ثانيا : اشتراط التصريح الإجباري(اجراء التصريح الاجباري)

نجد في بعض الأحيان أن المشرع يلزم المتعاقدين أن يصرحوا بالعقد المبرم بينهم لدى المصالح المختصة لأسباب مختلفة منها إحكام المراقبة على بعض التصرفات ذات الأهمية الكبيرة و التي تكون مرتبطة في غالب الأحيان بالمصالح العامة أو الاقتصادية للمجتمع

و في هذا الإطار تقتضي حماية اليد العاملة الوطنية أن تفرض الدولة رقابة صارمة على نظيرتها الأجنبية.

و عليه فقد نصت المادة 33 فقرة 3 من الأمر 75-31 المؤرخ في 29 أبريل 1975

1- المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في قطاع الخاص و إلزام صاحب العمل أن يصرح باستخدامه لليد العاملة الأجنبية طبقا للكيفيات المحددة قانونا ، و إلزامية تسلم رخصة من وزارة العمل و الشؤون الاجتماعية بطلب من المعني وفقا لشكليات معينة و ذلك من اجل مراقبة العملية ، و حماية لليد العملة الوطنية.

2- اشتراط المصادقة على عقد التمهين من قبل مؤسسة معتمدة للتكوين المهني [1].

إن هذه القيود قد تكون في عقود واضحة المضمون كما قد تكون في عقود يثور شك في تفسير محتواها نتيجة لغموض عباراتها.

المطلب الثاني : تفسير الشك في مجال العقود

الأصل – و احتراما لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقد – أن يلتزم القاضي في تفسيره لعبارات العقد أن يتم ذلك وفقا لما تضمنه من عبارات واضحة الدلالة و التي تضمنتها إرادة الأطراف دون أي تمييز لطرف على حساب طرف أخر وفقا لمعايير و معطيات و ملابسات متعلقة بالعقد.

لكن استثناء و نظرا لوجود شك في عبارات العقد ، و عدم قدرة القاضي الكشف عن الإرادة الحقيقة للمتعاقدين ، فإن القانون يمنحه الحق في الخروج عن المبدأ و العمل على تفسير الشك لمصلحة المدين في العقود الرضائية ، و تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان طبقا لنص المادة 112 من القانون المدني[2].

[1] – أنظر المادة 112من امر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

[2] – فيلالي علي ،المرجع السابق ، ص315.

الفرع الأول : تأويل الشك لمصلحة المدين

تمثل الحالة الأولى الواردة في نص المادة 112 من القانون المدني في مسألة تفسير الشك في عبارات العقد ، أن يتم التأويل لمصلحة الطرف المدين في مجال العقود الرضائية، و قبل الحديث عن مبررات القاعدة يتوجب علينا تحديد مضمونها.

أولا : مضمون القاعدة

في ظل عدم جدوى الوسائل المشار إليها أنفا، و تعذر وصول القاضي إلى النية المشتركة للمتعاقدين ،و قام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة ،او رأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه فإنه يكون ملزم بتأويل الشك لصالح المدين مما يعد ذلك خروجا عن القاعدة العامة و هي احترام إرادة و قصد المتعاقدين.

ثانيا : مبررات القاعدة

فمن بين المبررات هذه القاعدة نجد :

1- أن الأصل هو براءة الذمة المدين من أي إلتزام، وإن ترتيب الالتزام في ذمته هو مجرد استثناء و من المقرر قانونا أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء ،فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل و هو براءته[1].

2- أن الدائن هو المكلف أصلا بإثبات الالتزام ، فإذا كانت عبارات العقد تحمل مدى أوسع للالتزام و عجز الدائن عن إثبات هذا المدى ، فإنه يأخذ بالمدى الضيف للالتزام لأن هذا المدى هو الذي قام عليه الدليل[2].

3- أن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين ، فإذا املاه بطريقة غامضة تحمل تبعة ذلك بتفسير الشك ضده ،و المسل إلى جانب المدين لأنه كان بإمكانه أن يجعل وجود الالتزام أو مداه أمرا واضحا كل الوضوح في صياغة العقد[3].

---

[1] – انظر علي سليمان ،المرجع نفسه ، ص 103.

[2] – أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ط 2004 ص 501.

[3] – أنظر محمد حسين منصور ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام،دار الجامعة.

الجديدة،الإسكندرية،ط2006،ص360.

الفرع الثاني : تأويل الشك لمصلحة المذعن

تتمثل الحالة الثانية التي أوردها المشرع بموجب المادة 112 من القانون المدني كقيد يرد على مبدأ احترام إرادة كلا المتعاقدين في تفسير مضمون العقد ، في أن يتم تفسير العبارات التي وقع فيها شك في مجال عقود الإذعان دون إضرار بمصلحة الطرف المذعن.

و قبل الحديث عن مبررات القاعدة يتوجب علينا تحديد مضمونها.

فالأصل في تفسير العبارات الغامضة في العقد أن يؤول الشك لمصلحة المدين و هذا ما نصت عليه المادة (112) من القانون المدني الجزائري .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد جاءت باستثناء و هو "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن"

أولا : مضمون القاعدة

خلافا للقاعدة العامة ، فإنه في مجال عقود الإذعان يتم تفسير الشك الوارد على عبارات العقد لصالح الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا. ،ففي عقد التأمين يفسر الشك لمصلحة المؤمن له و هو دائن لشركة التأمين ،بالمبلغ الذي تدفعه عند تحقق الحادث المؤمن منه.

ففي مجال عقود الإذعان قد يكون الغموض و الشك الوارد على عبارات العقد مرده إما للمحترف الذي يضع شرطا خاصا – غامضا أو ناقضا – أو يتعلق الأمر بوجود تناقض بين الشروط التي يتضمنها العقد [1] .

ثانيا : مبررات القاعدة

من الاعتبارات التي أدت بالمشرع في مسألة تأويل الشك بخصوص عقود الإذعان أن ينص على حصول التأويل دون إضرار بالطرف المذعن الى أن عقود الإذعان تغيب فيها الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد ،و في حالة وجود لبس أو غموض فمن باب العدالة أن يتحمل الطرف القوي وضع الشروط خطاه و تقصيره في توضيح شروط العقد ، و أن لا يستفيد من غموضها باعتباره هو من أملاها على المتعاقد الأخر و هو المذعن أو المستهلك.

[1] – بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا و ألمانيا و مصر ، دار هومة ، الجزائر ،2007،ص61.

و يتضمن القانون الفرنسي نصوصا أكثر وضوحا في مسألة تفسير العقود لمصلحة المستهلك ، إذ يقرر قاعدة تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة المذعن حتى و إن كان دائنا و يلزم البائع بالإيضاح ما يلتزم به المشتري ، فإذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد فسر ضده سواء كان دائنا أو مدينا ، و في الجزائر فإن المادة 133 فقرة 2 من قانون الاستهلاك تقضي بوجوب كتابة شروط العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين بشكل واضح ومفهوم ، و أن تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصح للمستهلك أو غير المحترف [1] .

مما يعني أن تلك القيود التي أوردها المشرع على مبدأ سلطان الإرادة و التي تتعلق بشكل العقود ، من اشترط الشكلية المباشرة للانعقاد واشترط الشكلية غير المباشرة ، و قاعدة تفسير الشك لصالح طرف على حساب طرف أخر هي في الحقيقة لا يمكن اعتبارها قيودا وفقط بل هي أبعد من ذلك إذ تمثل تحصينا لإرادة الأطراف و تحقيقا للعدالة و خدمة للصالح العام وبالتالي تحقيق الاستقرار في المعاملات و تحقيق الائتمان و ثقة لحماية مصلحة الغير مما يؤدي الى تحقيق الاستقرار في المجتمع.

و بالتالي نكون قد تكلمنا عن قيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود و في الفصل التالي سنتحدث عن القيود التي ترد عليه من حيث موضوعها.

[1] – بودالي محمد ، المرجع السابق،ص63.

الفصل الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد

الفصل الثاني:القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد

إن التطورات التى طرأت لاحقا في حياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية كما سبق التطرق له–و بروز الفكر الاشتراكي الأمر الذي دفع بالمشرع الى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية من شريعة العقد ،و ذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين و حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية و محاربة الاستغلال و الغبن في العقود بناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التى تحكم العقد.

و بالتالي أورد المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية من القانون المدني التجاري ، العمل ، حماية المستهلك و قمع الغش و قانون التأمينات العديد من القيود التي ترد على سلطان إرادة الأشخاص في تكوين العقد أو في تحديد مضمونة حقوقا و التزامات ، بل أكثر من ذلك قيودا من شأنها أن تؤدي إلى تعديل أو إنهاء العقد دون إرادة أحدهما أو كيلهما ، و نجد في كل قيد من تلك القيود ضوابط معينة تحكمه ، وأبعادا أو أهدافا يسعى المشرع من وراءه إلي تحقيقها.

يمكن أن تغزوا العوامل التي أدت بالمشرع للنص على تلك القيود الى التطور الذي شهده المجتمع في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي ، و يتجلى ذلك خصوصا في تطور وظيفة الدولة حيث أصبحت تعمل على ضبط النشاط الاقتصادي و تتحكم في تفسيره و توجيهه من جهة ، و تكفلهما بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا و اقتصاديا من جهة أخرى. [1]

و استنادا إلى مختلف النصوص القانونية يمكننا إجمال تلك القيود في قيود ترد على المبدأ أثناء تكوين العقد (مبحث أول) و أخرى ترد عليه بعد تكوينه (مبحث ثاني)

المبحث الأول : القيود الواردة على مبدأ من حيث الموضوع قبل أبرام العقد

من نتائج إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في تكوين العقد مبدأ حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد ، فالأول يعني أن الأشخاص أحرار في إبرام ما يشاءون من عقود و الثاني –

[1] – فيلالي علي ، المرجع السابق ،ص51.

أي مبدأ حرية عدم التعاقد –يعني عدم إجبار أو حمل الأشخاص على إبرام عقود هم غير راغبين في إبرامها ، و أخيرا مبدأ حرية التعاقدية الذي بمقتضاه تخول إرادة الأطراف السلطة و الحرية في تحديد مضمون و بنود العقد من حقوق و التزامات دون أية إملاءات خارجية.

إلا أن لهذه المبادئ و النتائج قيودا و حدودا قررها المشرع إما حفاظا على النظام العام بمفهومه العام ، النظام العام و الآداب العامة أو خدمة للنظام العام الاقتصادي أو حماية للنظام العام الاجتماعي تحقيقا للعدالة التعاقدية أو العدالة الاجتماعية .

المطلب الأول : القيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد

قد تؤدي عوامل مختلفة بالمشرع الى فرض قيود على حرية التعاقد أو عدمها ،و إن هذه القيود إما أن تؤدي إلى فرض التعاقد و إما أن تؤدي إلى حضر التعاقد من قبل المشرع.

و يكون التعاقد جبريا في الحالات التي لا يملك فيها المتعاقد حرية عدم إجراء العقد و انما يجبر على ابرام هذا النوع من العقود .

و قد يمنع المشرع التعاقد بغض النظر عن توافق اللإرادتين في عدة حالات يعود معظمها لمخافة النظام العام و الآداب العامة ،حيث أنه إذا تجاوز المتعاقدان الحدود التى رسمها النظام العام و الآداب العامة يكون عقدهما عرضة للبطلان المطلق و فكرة النظام العام و الآداب العامة فكرة نسبية و متطورة و لكنها موجودة منذ القدم و في مختلف المجتمعات .

الفرع الأول : القيود الواردة على حرية التعاقد

استقراء لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين الأشخاص يمكننا إجمال القيود التي تحد من حرية إرادة الأشخاص في إبرام ما يشاءون من عقود و التعامل في ما يشاءون من أشياء نستخلص منع و إبطال عقود يكون محلها أشياء مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة أو مخالفة للقانون ، كذلك منع إبرام عقود يكون السبب

و الباعث مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، إضافة إلى عدم جواز تعامل شخص في تركه إنسان على قيد الحياة .

أولا : القيد المتعلق بمشروعية المحل و السبب :

(1) نتكلم عن القيد المتعلق بمشروعية المحل ثم (2) القيد المتعلق بمشروعية السبب.

1- القيد المتعلق بمشروعية المحل :

عرف محل العقد الدكتور بلحاج العربي بأنـــه هو العمليــة القانونيــة التــي تراضــا الطرفان على تحقيقها و المحل يجب أن يكون موجودا أو ممكنا ، و معينا و مشروعا.

فالأصل عند التعامل في الأشياء هو الإباحة و جواز التعامل فيها و القيد الوارد عليها هو عدم جواز إبرام عقود يكون محلها غبر مشروع باعتباره مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة ، فيتمثل ذلك أحد القيود التي تقف أمام إرادة الأشخاص في التعاقد.

و هذا ما ضمنه المشرع في القواعد العامة المتعلقة بشروط تكوين العقد ، أو في القواعد الخاصة بكل عقد من العقود المسماة ، إذ نجد المشرع دائما يشترط مشروعية محل العقد و عدم مخالفته للنظام العام و الآداب العامة فنجد مثلا المادة 93 من القانون المدني[1] تنص على انه لا يجوز للأشخاص التعاقد على التجارة بالمخدرات أو شراء أصوات الناخبين أو التعامل في الحيوانات المصابة بالأمراض المعدية ، أو مواد سامة ، أو التعامل في جسم الإنسان أو أعضاءه ، لما يشكل ذلك مساسا بالنظام العام و الآداب العامة.

2- القيد المتعلق بمشروعية السبب :

في إطار تبني المشروع الجزائري النظرية الحديثة في السبب التي تنظر إليه باعتباره الغرض و الغاية غير المباشرة التي يرمي الأطراف الوصول إليها من التعاقد ، و نصه كذلك في المادة 97 من القانون المدني [2] على أنه لا يشترط في السبب إلا شرط واحد و

[1] – أنظر المادة 93من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ، التضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم: إذ كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

[2] – أنظر المادة 97من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ، التضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم: إذ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا .

هو أن يكون مشروعا من خلال عدم مخالفة الباعث و الغرض من التعاقد للآداب العامة [1] و في إطار تبني المشرع هذا التفسير فيعتبر بذلك قد وضع قيدا أخر على حرية الأشخاص في التعاقد ، حيث اعتبر أي عقد يكون غرضه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة عقدا باطلا بطلانا مطلقا ، فلا يجوز مثلا إبرام عقد إيجار بغرض استغلال العين المؤجر للقيام بممارسات منافية للآداب العامة ، لا يجوز مثلا إبرام عقد هبة بغرض دفع الموهوب له على ارتكاب جريمة معينة.

ثانيا : القيد المتعلق بالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة

من القيود التي أوردها كذلك المشرع على حرية الأشخاص في التعاقد ، القيد المتعلق بعدم جواز أن يكون محل العقد هو تركة إنسان على قيد الحياة و ذلك بموجب المادة 92 من القانون المدني[2] ، التي تجعل من العقد في هذه الحالة باطل بطلان مطلقا ، مما ينبغي تعلق المسألة بالنظام العام و الآداب العامة.

و المقصود بهذا التعامل هو ظهور الشخص بصفة الوارث في التعامل مع الشخص أخر في ما عسى أن يؤول إليه من التركة ، و أن يحل الشخص الأخير محل هذا الشخص الظاهر بصفة الوارث ، مقابل أن يسلمه مبلغا من المال و من الاعتبارات التي جعلت المشرع يحظر هذا النوع من الممارسات.

1- اعتبار هذا النوع من التعامل صورة من صور عقود الغرر التي اعتمد فيها المشرع قاعدة عامة و هي الحظر و المنع.

2- كذلك عدم معرفة الشخص الذي سيتوفى قبل الآخر ، مع إمكانية و احتمال وفاة من يدعي صفة الوارث قبل من يعتقد أنه سيكون مورثا ، كذلك عدم معرفة مصير و مال أموال الشخص ، مع إمكانية أن يتصرف فيها قبل وفاته.

فيعتبر إذن منع و حظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه ، قيدا أخر يقف أمام حرية الأشخاص في التعاقد .

---

[1] – بودالي محمد ، المرجع السابق ،ص54-55.

[2] – – أنظر المادة 92من القانون المدني ، المعدل و المتمم.

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية عدم التعاقد

يقوم كذلك مبدأ سلطان الإرادة كما سبق القول على عدم إجبار و إكراه شخص على إبرام عقد هو غير راغب في إبرامه ، بل من شأن حصول ذلك في مجال العقود أن يجعل العقد قابلا للإبطال طبقا للمادة 89 من القانون المدني ، أما إذا كنا بصدد الإكراه المادي فمن شأن ذلك أن يعرض صاحبه لعقوبات جزائية نتيجة الاعتداء على إرادة الشخص.

إلا أن لهذا المبدأ قيودا و حدودا أوردها المشرع الجزائري ، من خلالها يجبر و يلزم الشخص على التعاقد بقوة القانون ، و إلا تعرض لعقوبات و متابعة جزائية ، و نعني بذلك عقود التأمين الإلزامية ، كما يتابع و يعاقب الشخص نتيجة امتناعه عن ممارسة البيع دون مبرر مشرع ، و نعني بذلك حظر رفض البيع دون مبرر شرعي.

أولا : القيد المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات

يمثل عقد التأمين الإجباري على السيارات من أبراز الصور التي فيها مساس بحرية عدم التعاقد المادة 190 من قانون التأمينات[1] التي تمثل هي الأخرى صورة من صور التأمينات الإلزامية ، التي لا يترك فيها المؤمن له سلطة الاختيار ، بل هو ملزم بها إذ بمجرد وضع المركبة على الطريق العمومي ، يترتب عنه إلزاميا التأمين على المخاطر التي قد تترتب عنها ، و تتحقق صفة الإلزامية و الإجبارية هذه من خلال ترتيب الجزاء و الأثر القانوني على الفعل السلبي ، إذ من شأن امتناع الشخص مقتني المركبات التأمين أن يتعرض بعقوبات جزائية [2] .

و يرجع الفقه مسألة إلزامية التأمين على السيارات ، كقيد وارد على حرية الشخص في عدم التعاقد الي :

[1] – أنظر المادة 190من أمر رقم 95–07 مؤرخ في 25 يناير 1995 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06–04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 ، يتعلق بالتأمينات.

[2] – حكم صادر بتاريخ 2015/10/06 رقم الفهرس 15/05106 عن قسم الجنح لمحكمة بوقادير بمجلس قضاء الشلف ،قضية ضد (ي–ر) عن تهمة عدم الامتثال الإلزامية التأمين عن السيارات.

1- أهمية و ضرورة هذا التأمين من الناحية الاقتصادية ، إذ لا يمكن تصور قيام الدولة بمفردها بتعويض المتضرر من حوادث تلك السيارات.

2- البعد الاجتماعي ، و يعني أن الإلزامية هي حماية للطرف المتضرر من حوادث السيارات باعتباره طرفا ضعيفا و عاجزا عن إثبات خطأ الطرف الآخر مم يستوجب الاعتراف له بحقه في التعويض.

ثانيا : القيد المتعلق بحظر رفض البيع دون مبرر شرعي

الأصل و وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ولمبدأ حرية عدم التعاقد هو حرية الشخص في ألا يتعامل ويتعاقد مع الأشخاص ، فعلى سبيل المثال حرية البائع أو المنتج في الامتناع عن تقديم سلع و منتجات لبعض الأشخاص.

إلا أن التعسف في استعمال و ممارسة هذا الحق و الامتناع عن أداء و ممارسة عملية البيع دون أية مبررات ، فهذا يعتبر تصرفا غير مشروع لذلك تدخل المشرع وحد من حرية الأعوان الاقتصاديين في رفض ممارسة البيع أو أداء خدمة دون مبرر مشروع ،و ذلك مقتضى المادة 15[1] من قانون الممارسات التجارية و المادة 11[2] من قانون المنافسة .

فيكون بذلك المشرع قد نص على نوعين من القيود على حرية العون الاقتصادي في رفض البيع دون مبرر مشروع ، فيتعلق النوع الأول بالمادة 11 من قانون المنافسة و يكون برفض صادر من عون اقتصادي مستغل لوضعية التبعية في مواجهة عون اقتصادي آخر و يتعلق النوع الثاني بالمادة 15 من قانون الممارسات التجارية حيث يكون رفض البيع الصادر من عون اقتصادي سواء في مواجهة عون اقتصادي أخر أو مستهلك.

و حتى تتحقق صفة الحظر في مثل هذا النوع من الممارسات اشترط المشرع :

1- صدور طلب من قبل عون اقتصادي أو المستهلك في مواجهة عون اقتصادي أخر يتضمن أداء البيع.

[1] - أنظر المادة 15من قانون رقم 04-02 المتعلق بقانون الممارسات التجارية (يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي ، إذا كانت هذه السلعة معروضة بالبيع و متوفرة).

[2] - أنظر المادة 11 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ،يتعلق بالمنافسة ، معدل و متمم.

2- صدور رفض فعلي و بات عن ممارسة البيع أو أداء خدمة من قبل العون.

3- تواجد و توافر المنتوج لدى العون ، مما يجعل رفضه رفضا غير مشروع ، و البعد الذي يرمي إليه المشرع من هذا القيد هو حماية للطرف المستهلك الضعيف [1].

و لم يشر المشرع لا في قانون المنافسة و لا في قانون الممارسات التجارية الى معيار أو ضابط يحدد المبرر الشرعي الذي من شأنه أن ينزع صفة الحظر عن رفض البيع من قبل العون ، مما يعني ترك سلطة تقدير ذلك إلى مجلس المنافسة كسلطة ضبط السوق فيما يتعلق بأحكام قانون المنافسة و إلى الهيئة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تطبيق قواعد الممارسات التجارية ، فلا مجال إذن للقول بأن حظر و منع رفض التعاقد أو رفض البيع يصطدم مع مبدأ سلطان الإرادة كون هذا الأخير قد تراجع كثيرا نتيجة تغيير الظروف و تعقدها ، و أصبحت الغاية الأولى هي حماية المستهلك [2].

المطلب الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد حول تحديد مضمون العقد

كذلك من نتائج التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية أن ذلك يؤدي الى القول بأن أطراف العقد أحرار في تضمين ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين و هو شريعتهم [3] أي الحرية التعاقدية حول مضمون العقد من حقوق و التزامات.

إلا أنه و نتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و تفاوت المراكز القانونية بين الأشخاص بدأت حرية الأشخاص في تحديد بنود و شروط العقد تضيق و برزت الى وجود عقود تولى القانون تحديد مضمونها من حقوق و التزامات الأطراف نتيجة صعوبة وصول أطراف العلاقة التعاقدية الى اتفاق حولها كعقد العمل و عقود الإذعان ، كما ظهر

[1] – بن طاوس ايمان ، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي ، دار هومة ، الجزائر ، ص91.

[2] – السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة، الدار الجامعية ، بيروت ، 2003 ، ص37-38.

[3] – بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 50.

نوع من العقود من شأنه أن يرتب أثارا قانونية على أشخاص لم يكونوا طرفا فيه كعقود الأعمال نظرا لما من أهمية في دعم الاقتصاد الوطني.

الفرع الأول : بالنسبة لعقد العمل و عقود الإذعان

يعتبر كل من عقد العمل و عقود الإذعان ، من أبرز المجالات التي تغيب فيها حرية و إرادة الأشخاص في تحديد أثار و مضمون و بنود العقد ، بل يجد الأطراف أنفسهم أمام شروط لم يتولى كلاهما أو أحدهما وضعها.

***بالنسبة لعقد العمل**

يعتبر عقد العمل من أولى العقود في فرنسا التي تدخل فيها المشرع الفرنسي و تولى تنظيم أحكامها من خلال تحديد حقوق و التزامات أطراف العلاقة التعاقدية مسبقا ، ثم تبعه بعد ذلك عقد الاستهلاك.

و من الاعتبارات التي ساقت المشرع الفرنسي و غيره من التشريعات إلى تنظيم ذلك العقد و تحديد أثاره هو اختلاف و التفاوت الاقتصادي الكبير بين أطرافه ، ووجود تضارب في المصالح الاقتصادية بينهما يستحيل من خلالها الوصول إلى اتفاق حول مضمونه الذي كان يجسد الإرادة الفردية ، فأصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة عن طريق القانون بمشاركة الأطراف في تكوينه ، و تحديد مضمونه بل أكثر من ذلك الاستغناء عن بنود العقد و بطلانها ، و حلول القوانين و التنظيمات محلها طبقا للمادة 136 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل : " يكون باطلا و عديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمل بها ، و تحل محاه أحكام هذا القانون بقوة القانون " .

كذلك من شأن القيود الواردة على حرية التعاقدية فيما يتعلق بأحكام علاقات العمل نجد الحد من مبدأ الأثر إلى أشخاص أخرى لم تكن طرفا في العقد كاتفاقيات العمل الجماعية [1].

[1] – فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 52-55.

مما يجعل المصدر الرئيسي لتحديد مضمون العلاقة التعاقدية بين العامل و رب العمل يكمن في قانون العمل ثم اتفاقيات العمل الجماعية ثم عقد العمل ، و يرجع ذلك الى ارتباط مؤسسات العمل و التشغيل بالجانب الاقتصادي من جهة ، ووجود مراكز قانونية متفاوتة ومتباينة أحد أطرافها في مركز ضعيف يستوجب نوعية من الحماية من جهة أخرى مما يجعل النظام العام الخاص بالعمل نظام عام ذو طبيعة خاصة يوازي بين الجانب الاقتصادي و الجانب الاجتماعي.

و يعتبر النظام العام الخاص بالعمل نظام ذو طبيعة خاصة ، حيث نجده يقوم على مبدأ المفاضلة و الذي يعني جواز اتفاق الأطراف على مخالفة قواعد و أحكام هذا النظام و تفضيل تطبيق قواعد معينة كقانون العمل أو اتفاقيات العمل الجماعية أو بنود العمل ، متى كانت تصب في مصلحة العامل أي أن نظام العمل و ما يقوم عليه من قانون أو اتفاقيات جماعية باعتبارهما قيودا ترد على الحرية التعاقدية ، هو نظام يراعي الجانب الاقتصادي من جهة ، و الجانب الاجتماعي من جهة أخرى.

***بالنسبة لعقود الإذعان**

الأصل في مبدأ سلطان الإرادة كأساس في العقود هو أن العقود القائمة بين الأطراف هي عقود مساومة نشأت بنودها و شروطها عن طريق المناقشة و التفاوض و المساومة بين الأطراف ، إلا أن هناك قيودا ترد على سلطة و إرادة الأشخاص في المناقشة و التفاوض حول مضمونها ، و التي في الغالب تكون عقودا معدة و مهيأة سلفا وفقا لنموذج معين ، ما على الأشخاص الراغبين الانضمام إليها إلا قبولها أو رفضها دون أية مناقشة ،و نعني بذلك العقود النموذجية.

و يقصد بعقد الإذعان الاتفاق الذي يسلم فيه القابل بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ، و لا يقبل مناقشة و يعتبر محله سلعة أو مرفقا ضروريا يكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه و قد أصبحت عقود الإذعان – وفقا لهذا المعنى – مصدرا للحقوق و إطار قانونية للعلاقات القائمة بين المنشأة و زبائنها ، عقود جاءت نتيجة الظروف الاقتصادية فأملت على الموجب صاحب الاحتكار أن يحدد

الالتزامات التبادلية و يضع شروطا عامة و مجردة تراعي وضع منشأته و وضع المتعاقد الأخر ، فأصبح العقد يتعدى العلاقات الفردية ليعطيها طابع المصلحة العامة [1].

فنتيجة للقوة الاقتصادية الكبيرة لأحد أطراف عقد الإذعان و لسلطته الاحتكارية للمنتوج أو الخدمة ، فمن شأن ذلك أن يجعل العقود التي يبرمها عقودا غير تفاوضية ، فأصبحت العقود نموذجية و موحدة أي ما يمسى بعقود الجمهور، و التي لا يملك أحد مناقشتها، فإما أن يقبلها أو يرفضها ، و في الغالب سيذعن لا محالة لما للمحترف من سلطة احتكار ، و تكون بذلك عقود الإذعان النموذجية قد أدت إلى جعل الحرية الاقتصادية تحل محل الحرية التعاقدية [2] .

الفرع الثاني : بالنسبة لعقود الأعمال

إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة كأساس في العقد هو القول بالأثر النسبي للعقد بمعنى أن القوة الإلزامية التي تترتب عن العقد و التي يفرضها هي قوة لا تتصرف إلا إلى أطرافه فلا يمكن إجبار أو إنشاء التزام في ذمة شخص هو غير طرف في العلاقة التعاقدية.

إلا أنه و بظهور نوع جديد من العقود و نعني بذلك عقود الأعمال القائمة بين رجال الأعمال في وسط البيئة التجارية برزت قيود على فكرة الأثر النسبي لمضمون العقد حيث من شأن عقود الأعمال هذه إنشاء و ترتيب أثار قانونية معينة بالنسبة لأطرافها يكون لها امتداد الى أشخاص آخرين غير أطراف فيها ، إلا أن هناك علاقة اقتصادية مفترضة قائمة و موجودة كل ذلك من اجل أهمية و دور هذه العقود في دعم الاقتصاد و من أهمها عقد تحويل الفواتير و عقد نقل البضائع.

خلاصة القول الحديث عن القيود الواردة على المبدأ من حيث موضوع العقد أثناء تكون العقد يفتح المجال إلى التطرق إلى القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد ابرام العقد وهو ما سيكون موضوع المبحث الثاني.

---

[1] – لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكاتب ، الجزائر ، 1990 ، ص 16-26.

[2] – بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 12.

المبحث الثاني : القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد إبرام العقد

إن القاعدة المستقر عليها في مجال العقود بعد تكوينها هي أن العقد شريعة المتعاقدين و التي تعني أن العقد وما تضمنه من بنود و شروط يعد بمثابة قانون ، فلا يجوز لإرادة أحد الأطراف بمفردها و لا يجوز بأي حال من الأحوال لا للقانون و لا للقضاء أن يتدخل لتعديل أو إنهاء هذا العقد و لا يتحقق ذلك إلا بموجب اتفاق جديد و متبادل.

إلا أن لهذه القاعدة التي تمثل أحد ركائز كمبدأ سلطان الإرادة بعض القيود أوردها المشرع إما تحقيقا للعدالة أو مراعاة للصالح العام أو لخصوصية العقد ، و تتجلى في تدخل القانون من جهة بالنص على إمكانية تعديل العقد خاصة في حالتي الاستغلال و الغبن أو النص على إنهاء العقد بإرادة منفردة أو بقوة القانون ، كما تتجلى من جهة أخرى في تدخل القانون بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أو إلغاء بعض الشروط ذات الطبيعة التعسفية ، أو منح المدين مهلة للوفاء.

المطلب الأول : حالات تدخل القانون

يتدخل القانون في مجال العقود كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة و على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، على حالات إما لتعديل العقد و اما لإنهاء العقد.

الفرع الأول : حالات تدخل القانون لتعديل العقد

الأصل أن الالتزامات التي تضمنها العقد هي تعبير عن عدالة هذا العقد ، كون أن مصدرها هو الاتفاق و الإرادة السلمية لكن قد لا تعبر في بعض الحالات عن تلك العدالة و إنما توجد بصورة متفاوتة و غير متوازنة بشكل كبير ، و ترجع إما نتيجة للإرادة غير السلمية للمتعاقد كحالة الاستغلال أو ترجع نتيجة لظروف اقتصادية أو اجتماعية جعلت الشخص يقدم على هذا التعاقد الذي جعله في موضع المغبون ، مما استوجب تدخل المشرع

لإعادة التوازن المالي للعقد تحقيقا للعدالة و لأهمية و طبيعة العقود التي يقبل فيها الطعن بالغبن خاصة في العقارات ، و ذلك بموجب حالتي الاستغلال و الغبن [1] .

أولا : حالة الاستغلال

نص المشرع الجزائري على حالة الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة بمقتضى المادة 90 من القانون المدني الذي يعتبر وضعية غير قانونية تتيح التدخل لإعادة التوازن المالي للعقد – أي تعديله – وهو الأصل.

الاستغلال فإنه لا يكفي فيه أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة و إنما يلزم فضلا عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد المغبون[2] و قد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن بنصوص متفرقة[3].

إن الالتزامات المتعاقدين و إن لم تكن متساوية تماما في كل الأحوال إلا انه لابد أن يكون هناك تناسب بينها فإذا ما اختل هذا التناسب بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازية و كان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين للطرف الأخر لما غلب عليه من طيش أو هوى جاز للقاضي أن يتدخل بطلب من المتعاقد المستغل في العقد بإبطاله أو إنقاص التزاماته[4]. و حتى تتحقق حالة التدخل لتعديل العقد و إعادة التوازن له بمقتضى الاستغلال يجب أن تتوافر شروطه و عناصره كعيب من عيوب الإرادة.

---

[1] – أنظر المادة 90 من أمر رقن 75–78 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، و كذلك المواد 358 و359 و 360 منه.

[2] – توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) الطبعة الثالثة،دار الجامعية،بيروت،لبنان،بدون سنة النشر، ص164.

[3] – المادة 91 من القانون المدني الجزائري.

[4] – المادة 90 الفقرة الاولى من القانون المدني الجزائري.

1- شروط رفع دعوى بالاستغلال

أ) لابد من توافر عنصرين مادي و نفسي [1] الأول يتمثل في عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقا ، و لا نعني بعدم التعادل الضئيل بل يجب أن يكون فادحا سواء وقع عدم التعادل في مقدار الفائدة التي تحصل عليها الطرف المستغل مقارنة لما تحمله من التزامات مرهقة أو تكون الالتزامات التي تقع عليه غير متوازنة مع الالتزامات المتعاقد الأخر و يخضع تقدير العنصر المادي للقاضي ، و عنصر نفسي يتمثل في استغلال ظرف الطيش البين ، و يخضع هو كذلك لسلطة القاضي في تقديره.

ب) أن يكون هو الدافع الرئيسي الى التعاقد ، و هو مسألة واقع يخضع لسلطة القاضي و يقع عبء إثبات الطيش البين أو الهوى الجامح على الطرف المستغل.

2- الآثار القانونية لرفع دعوى الاستغلال

لم يترتب القانون في كل أحوال على دعوى الاستغلال الإبطال و إنما أجاز إبقاء العقد مع إنقاص التزامات الطرف المستغل حتى تتحقق العدالة و التوازن في العقد ، ولا يجوز للقاضي أن يزيد التزامات المتعاقد الأخر [2] .

مع وجوب أن ترفع الدعوة خلال سنة من إبرام العقد و هي مدة سقوط هذا في حالة الاستغلال الذي يختلف عن الغبن.

ثانيا : حالة الغبن

تمثل حالة دعوى الغبن في مجال العقود – هي الأخرى – قيدا من القيود القانونية الواردة على قاعدة عدم جواز تعديل العقد إلا باتفاق الطريفين و هي حالة أوردها المشرع الجزائري و حصرها في بعض العقود دون غيرها ، ووضع لها ضوابط و شروطا معينة حتى لا يكون هناك توسع في هذا القيد و تفقد بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مضمونها ومن بين الاعتبارات التي ساقت المشرع إلى تقرير هذا القيد هو تحقيقا للعدالة و التوازن

[1] – مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول 2009 ، ص 123 ، الغرفة المدنية ،ملف رقم 427599 قرا ر بتاريخ 2008/09/17 ، قضية(ق.ح) ضد (ق.ل و من معه).

[2] – علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزا م، الطبعة السادسة،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 5005 ،ص 67-68.

المالي للعقد من جهة حماية للطرف الضعيف ، و من جهة أخرى ارتباط محل هذه العقود –العقارات – بالنظام العام و مدى أهميتهاً اقتصاديا و اجتماعيا.

ويمثل الأساس القانوني لحالة الطعن بالغبن المواد 358 و 359 و 360 من القانون المدني و المتعلقة بحالة الغبن في بيع العقارات و المادة 415 من القانون المدني المتعلقة بحالة الغبن في المقايضة ، و أخير المادة 732 من القانون المدني المتعلقة بالغبن في القسمة.

لكن إذا كان الهدف الذي أدى بالمشرع الى النص على جواز الطعن بالغبن في مجال العقود الواردة على العقارات ،و هو النظر إلى قيمتها الاقتصادية فكان من الأولى أن يوسع مجال الطعن بالغبن في المنقولات التي قد تفوق في بعض الحالات قيمة العقار بشكل كبير.

إلا أن المشرع لم يتناول الطعن بالغبن إلا في مجال العقارات بخلاف ما وصل اليه القضاء الفرنسي من إمكانية قبول الطعن بالغبن في غير المجالات المحددة قانونا ، و هو ما فعله في القضية المعروفة بالإرث الضائع ، حيث تعود وقائعها إلى تعهد الموثق اتجاه بعض العائلات للبحث عن إرث ضائع لهم لعدد من السنين فدفعوا له بالمقابل أموالا طائلة دون أن يحقق و ينفذ التزامه في الأخير ، و ما حصلوا عليه من الموثق – فقضى القضاء الفرنسي بالتعويض لهم إعمالا لنظرية السبب المباشر المتمثل في وجود التزام دون أن يقابله أخر.

و وفقا للقانون الجزائري حتى يتم إعمال حالة تدخل القانون لتعديل العقد بناء على الغبن في عقد بيع العقارات خصوصا ، اشترط المشرع مجموعة من الشروط.

1- شروط رفع دعوى الغبن في بيع العقارات

استنادا إلى المواد 358 و 359 و 360 من القانون المدني[1] تتمثل القيود و الضوابط التي أوردها المشرع لقبول الطعن بالغبن في :

[1] – مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2011 ، ص105 ،الغرفة المدنية ، ملف رقم 584684 قرار بتاريخ 2010/07/22 ، قضية (ن.ز) ضد (ع.ب) .

أ. أن يكون في المبيع عقارا و يستوي في ذلك أن يكون المبيع حق ملكية على عقار أو أن يكون حقا عينيا أخر يرد على عقار ، و سوى المشرع الجزائري في هذه الحلة بين كامل الأهلية و ناقصها ، فكلاهما يستفيدان من الحماية.

ب. أن يكون في البيع غبن يزيد عن خمس ثمن المثل وقت المبيع ، فيجب أن يكون الغبن فاحشا ، و العبرة بتقدير هذا الغبن هو وقت البيع.

ج. أن لا يكون البيع قد تم بطرق المزاد العلني بمقتضى القانون و الحكمة في ذلك تكمن في أن القانون في هذه الحالة يفرض إجراءات معينة تهدف الى أن يتم البيع بالمزاد العلني بأعلى ثمن ممكن ، و المفروض أن المزاد العلني يكفل تجنب الغبن و لتشجيع الجمهور على التقدم للشراء أما حالة البيع بالمزاد العلني الاختياري فلا مانع من تطبيق أحكام الغبن.

2- الآثار القانونية لرفع دعوى الغبن في بيع العقارات

و هذا يبرر تدخل القانون كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة في تعديل العقد من خلال تمكين الطرف المغبون ، من طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس قيمة العقار و يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من انعقاد العقد بالنسبة لكامل الأهلية ، و من يوم زوال سبب نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية مع وجوب شهر هذه الدعوى. [1]

فتمثل حالة دعوى الغبن في مجال العقود المتعلقة بالعقارات قيدا قانونيا يرد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين و ذلك تحقيقا للعدالة و التوازن في العقد ، و لأهمية و قيمة العقارات في النظام القانوني المعمول به في الجزائر ، إلا أننا نرى وجوب إعادة النظر في إمكانية اشتمال الغبن في المنقولات.

في الأخير يتبين لنا مما سبق انه كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج بنود العقد التي يرونها مناسبة و موافقة لمصالحهم إلا أن وجود اختلال في توازن العقد بعد إبرامه يؤدي إلى تدخل لتعديل العقد حسب كل حالة إذا توفر شروطها و هذا قصد إعادة التوازن بين الالتزامات و تكريس العدالة العقدية.

[1] -محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 62-68.

الفرع الثاني : حالات تدخل القانون لإنهاء العقد

تقييدا لقاعدة عدم جواز تعديل أو إنهاء العقد إلا باتفاق جديد من الطرفين نجد بعض النصوص القانونية من شأنها السماح و منح إرادة أحد الأطراف إنهاء العقد بإرادة منفردة حماية له باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ، أو من شأنها إنهاء العقد بقوة القانون دون عبرة لإرادة الطرفين نظرا لخصوصية و الاعتبارات التي تقوم عليها هذه العقود.

أولا : حالات الإنهاء بإرادة منفردة

القاعدة العامة أن العقد ، لايجوز إنهاؤه بإرادة منفردة ، أي بإرادة أحد طرفيه،استنادا الى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أنه توجد حالات إستثنائية ،يجوز فيها الإنهاء بإرداة منفردة نظرا لتواجد أحد الأطراف في بعض العلاقات التعاقدية في مركز ضعيف يحتاج الى نوع من الحماية من جهة ، و نظرا للاعتبارات الشخصية التي تقوم عليها بعض العقود ، إضافة إلى عدم تصور استمرار الالتزامات بالنسبة للأطراف قائمة في العقود إلى الأبد من جهة أخرى ، سمح المشرع للأطراف و بإرادة منفردة في إنهاء العقد و فسخه.

1-حالة إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة و محدد المدة بالإرادة المنفردة

يمكن إنهاء عقد الإيجار بإرادة منفردة إذا كان غير محدد المدة شرط التزام من يريد إنهاءه توجيه إنذار أو تنبيه بالإخلاء [1] للطرف الأخر وفقا لشروط معينة عن طريق المحضر القضائي عادة ، بل من المستقر عليه قضاء أن إجراء التنبيه بالإخلاء هو إجراء من النظام العام ، يتوقف عليه قبول دعوى الطرد وفقا لما خلصت إليه المحكمة العليا. [2]

كما خول المشرع استثناء للمستأجر إنهاء عقد الإيجار بإرادة منفردة قبل انتهاء المدة المحددة سلفا ، لكن بشرط أن يكون بمبرر عائلي أو مهني و شرط أخر هو إخطار المؤجر

[1] – مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2009 ، ص194 ،الغرفة التجارية و البحرية ، ملف رقم 504811 قرار بتاريخ 2009/03/04 ، قضية (ورثة ك.ج و من معهم) ضد (ر أ) .

[2] – ذيب عبد السلام المرجع السابق ، ص 90.

بذلك بموجب إشعار لمدة شهرين [1] و ترجع هذه الحالة إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، أما مبرر إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة بإرادة منفردة فيتمثل أساسا في أنه لا يمكن للشخص أن يبقى ملزما مدى الحياة بل يجب أن يكون لالتزامه نهاية محدد.

2- حالة إنهاء عقد العارية بإرادة منفردة

كذلك أجاز القانون المدني في عقد العارية غير محدد المدة إنهاء بإرادة منفردة من قبل أحد أطرافه سواء المعير أو المستعير، و ذلك طبقا لنص المادة 546 من القانون المدني التي تنص : " ... فان لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية ، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت و في كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية ... " ، و دائما يبرر هذا القيد على أساس أنه لا يبقى التزام الشخص التزاما مؤبدا.

3- بالنسبة لإنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة

لم يتطرق المشرع الفرنسي لإمكانية إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة ضمن أحكام و قواعد قانون العمل ، و لكنه أشار الي ذلك ضمن قواعد القانون المدني ، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلا يوجد نص قانوني لا في قانون العمل و لا في القانون المدني يسمح ويجيز إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة إلا في حالتين :

أ. حالة التسريح التأديبي للعامل.
ب.حالة التسريح الجماعي. [2]

ثانيا : حالات الإنهاء بقوة القانون (حالات الإنهاء التشريعي لعقد)

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد دون رضا الطرفين ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية في ابقاء العقد أو انهائه.

---

[1] -أنظر المادة 469 مكرر 1 من أمر رقم 75-78 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

[2] – مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2009 ، ص431 ،الغرفة الاجتماعية ، ملف رقم 529206 قرار بتاريخ 2009/04/01 ، قضية (م ش) ضد (الشركة ذات المسؤولية المحددة (ت .ت)، و العدد الثاني 2011 ، ص186 ، ملف رقم 575386 قرار بتاريخ 2011/01/06 قضية مكتب الدراسات التقنية و الاقتصادية ضد (د أ).

1- بالنسبة لعقد الشركة التضامن

يعني انقضاء الشركة انحلال الرابطة التى تجمع الشركاء مما يؤدي الى زوال الشخصية المعنوية للشركة ، فتعتبر شركة التضامن شركة قائمة على الاعتبار الشخصي للشركاء ، و هو ليس شرطا لتكوينها و فقط بل هو شرط لبقاء و استمرار الشركة ، مما يعني أنها تنتهي و تنحل بقوة القانون إذا ما حل بشخص الشريك حادث من شأنه زوال ذلك الاعتبار كالموت أو فقد الأهلية ، إلا أن أسباب الانقضاء هذه ليست من النظام العام حيث يجوز استمرارها إذا ما نص العقد التأسيسي أو أجمع الشركاء على خلاف ذلك[1] .

2- بالنسبة لعقد العارية و الوكالة

كذلك يقوم عقد العارية على الاعتبار الشخصي إذ بمجرد وفاة أحد المتعاقدين تنتهي و تنقضي العارية بقوة القانون ، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام ، إذ يجوز الاتفاق على خلاف ذلك. [2] انتهاء العارية بموت أحد طرفيها طبقا للمادة 548 من ق.م.ج و كذا انتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل طبقا للمادة 586من ق.م.ج .

خلاصة القول أن كل حالات تدخل القانون تعديلا للعقد أو إنهاء له هي إما لحماية إرادة المتعاقد الناقصة أو لطبيعة و خصوصية بعض العقود التي تستدعي ذلك ، كما توجد حالات يتدخل القاضي بشأنها.

المطلب الثاني :حالات تدخل القاضي لتعديل العقد

من بين القيود التي أوردها المشرع الجزائري على العقد شريعية المتعاقدين و عدم جواز تعديله أو إنهائه أو تغيير مضمونه إلا باتفاق الطرفين تتمثل في السلطة التي منحت للقاضي الذي يمكنه التدخل لتعديل العقد في ظروف خاصة ، كإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ لاحق على تكوين العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة ، كما يتدخل لتعديل العقد أو

[1] –عمورة عمار ، شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2010 ، ص 210.

[2] – أنظر المادة 548 من أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

إنهائه أو إلغاء بعض شروطه أو بنوده ذات الطبيعة التعسفية أو تمديد أجل العقد من خلال منح المدين مهلة للوفاء كل ذلك تحقيقا للعدالة و مراعاة للصالح العام.

الفرع الأول :تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة وجود حادث غير متوقع أثناء تنفيذ العقد يؤدي الى إخلال التوازن الاقتصادي مما يلحق بالمدين خسارة فادحة و يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة إليه من جهة ، و يتعارض مع العدالة و نية المتعاقدين من جهة أخرى ، إذ لو توقعوا تلكك التغيرات ما أبرموا العقد[1] .

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

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

و قد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد عند تحقق الظرف الطارئ لإعادة التوازن الاقتصادي في العقد ، و ذلك برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

ولكن حتى يتمكن القاضي من تطبيق هذه النظرية طبقا لأحكام المادة 03/107 من ق.م.ج وجب توفر مجموعة من الشروط.

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

[1] – عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة،(دراسة مقارنة) ، بدون طبعة ،دار الفكر ، 1971،ص162.

اولا :شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

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

1- أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ:

مفاد العقد المتراخي التنفيذ ، أن تكون هناك مدة زمنية من تاريخ انعقاد العقد و تاريخ نفاذه ، و هذا 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 انه للقاضي سلطة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها و لكن قد يتم تأجيل تنفيذها الى أجال متتالية و ذلك بموجب اتفاق الأطراف على تأجيلها تأجيل دفع الثمن في البيع بالتقسيط أو تأجيل تسليم المبيع ، كما تطبق هذه النظرية أيضا على العقد الفوري إذا وقع ظرف طارئ مباشرة بعد انعقاده. [1]

و عليه فنظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود التي يتراخى تنفيذها و يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى إرهاق في تنفيذ الالتزام سواء كانت عقودا زمنية أو فورية ، إلا أنه يستثني من هذه الفئة العقود الاحتمالية[2] ، التي تحتمل بطبيعتها الكسب و الخسارة و العقود التي يكون محل التزامها نقودا طبقا للمادة 95 من القانون المدني الجزائري و قد سكت المشرع الجزائري في المادة 3/107 من ق.م.ج عن ذكر هذا الشرط إلا أنه لا يمكن تجاهله أثناء التطبيق ، خاصة و أن للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ

يشترط المشرع في الحادث الطارئ أن يكون استثنائيا و عاما و غير متوقع.

---

[1] – محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ،(مصادر الالتزام)،بدون طبعة،الدار الجامعية الجديدة للنشر ،بيروت،2000،ص353.

[2] – محمد حسين منصور ، المرجع نفسه،ص354.

– أن يكون الحادث استثنائيا : مفاد الحادث الاستثنائي أن يكون الحادث الطارئ غير مألوف و نادر الوقوع ، فإذا كان مألوفا فلا يعتد به لأنه من عادة الألوف أن يكون محتملا بحكم العادة أو التعامل[1] و يلحق وصف الاستثنائية بأثر الظرف دون النظر الى طبيعة أو منشأ فقد يكون الظرف الطارئ عاديا مألوفا ، و لكن ما يترتب عنه من نتائج و أثار تؤدي إلى إخلال التوازن في العقد و تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا[2] ، فمثلا إصابة المحصول بالدودة حادث مألوف و لكن قد يبلغ من الجسامة حدا غير مألوف فينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائي ، لذا فالعبرة إذن ليست بالحادث فقط بل أيضا بالآثار المترتبة عنه[3] .

– 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 و ليست عامة[4] .

– أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع : يجب أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع غير أن توقعه أو عدم توقعه من الأمور الذاتية التي يخلف 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 فانه لا يشكل حادث استثنائي ، لأنه يعتبر من الاحتمالات المألوفة التي يتوقعها المتعاقد و عليه أن يتحمل خطرها ، أما إذا كان الحادث مما لا يمكن للرجل المعتاد أن يتوقعه ، كقيام الحرب أو وقوع الزلزال أو انتشار وباء ، فهو حادث استثناني لأنه من الاحتمالات غير المألوفة و ليس في وسع المتعاقد أن يحسب لها حساب وقت العقد[5] ، كما أن المدين لا يستطيع تفاديه أو دفعه عن نفسه أو حتى التقليل من أثاره ، و قد أشارت الى ذلك المحكمة

---

[1] – عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق،ص 136.

[2] – جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، 1984،ص 113 .

[3] – جميلة بولحية ، نفس المرجع ، ص 116.

[4] – عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص 137 .

[5] – عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص139 .

العليا في قراراها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 ، ملف رقم 99694 ، حيث قضت بأنه : " حيث أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي ، فعلى ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقع"[1].

– أن شرط عدم توقع الحادث يغني عن كونه استثنائيا لان الحادث الاستثنائي قد يكون متوقعا و على العكس من ذلك فان الحادث غير المتوقع لابد أن يكون استثنائيا و بالتالي لا جدوى من ذكره كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[2].

3– 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 و الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزام المحددة في العقد و قيمة العقد الفعلية عند التنفيذ ، و لو كان المدين يملك من الوسائل ما يمكنه من تنفيذه دون عناء ، لأن الغاية من النظرية هي تعديل التوازن الاقتصادي للعقد إذا وجدت خسارة فادحة و غير مألوفة حصلت من حادث غير متوقع ،فإذا لم تلحق المتعاقد أيه خسارة ، أو لحقت به خسارة لا تزيد عن الحد المألوف فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة[3].

اما المشرع الجزائري و طبقا للمادة 3/107 من ق.م.ج فإنه لم يحدد مقدار الارهاق بل اكتفى بان تكون الخسارة فادحة أي غير مألوفة و فيها نوع من الظلم للمدين و ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك حسب الظروف المحيطة بالعقد.

ثانيا:سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

متى توافرت شروط الظرف الطارئ جاز للقاضي طبقا لنص المادة 3/107 من ق.مج أن يتدخل لتعديل العقد La révision du contrat في حدود مهمته و ذلك برد الالتزام

[1] – المجلة القضائية ، العدد الأول ، لسنة 1994 ، ص217.

[2] – عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، بدون طبعة ،دار النهضة ، بيروت ، 1974 ص56.

[3] – عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص160.

المرهق إلى حد المعقول كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل ما دام انه يسعى إلى إعادة التوازن في العقد و توزيع تبعة الحادث الطارئ على الطرفين[1].

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

كما قد يلجأ القاضي إلى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق بتوزيع الزيادة على كل من الدائن و المدين تماشيا مع العدالة و حسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين مع أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 3/107 من ق.م.ج و حسب النص الفرنسي لم يأخذ بوسيلة زيادة الالتزام المقابل بل اكتفى بعبارة الإنقاص réduire و التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للمشرع [2]، و لم يأخذ بوسيلة الزيادة في قدر الالتزام المقابل إلا كحل استثنائي كما هو الحال في نص المادة 561 من ق.م.ج لان وسيلة الزيادة في الالتزام و إن كانت توجد في العقود الملزمة للجانبين ،فإنه يصعب التسليم بها في العقود الملزمة لجانب واحد لأنه ليس ثمة التزام مقابل.

و في الأخير يمكن للقاضي اللجوء الى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الظرف الطارئ مؤقت و يمكن زواله و أن اللجوء إلى وسائل أخرى من زيادة أو إنقاص من شأنه أن يؤدي إلى إخلال في توازن العقد و مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء و ترتفع أسعار مواد و أدوات البناء ارتفاعا فاحشا سيزول بعد طرح كميات من هذه المواد في السوق كما نصت على ذلك المادة 2/281 من ق.م.ج بأنه : " ... و يجوز للقضاة نظرا لمراكز المدين ، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح آجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و ان يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها...".

---

[1] – بلحاج العربي ، النظرية العامة االإلتزام في القانون المدني الجزائري،التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)،الجزء الثاني،بدون طبعة،الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية،بن عكنون،الجزائر،1999 ، ص258.

[2] – علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)،بدون طبعة،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية ،الجزائر،2001 ، ص297.

إن سلطة القاضي في تعديل العقد سبسب الظروف الطارئة –سواء كانت بإنقاص الالتزامات أو الزيادة فيها أو وقف تنفيذ العقد – ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف المحيطة بالقضية ، فالقاضي مثلا ملزم باللجوء الى وسيلة وقف تنفيذ العقد ، بدلا من الزيادة في الالتزامات المتقابلة أو الإنقاص إذا تبين له من الظروف أن الحادث الاستثنائي مؤقت و قريب الزوال ، كما تقيد أيضا بضرورة الموازنة بين مصلحة المتعاقدين ، إذ يجب عليه أثناء قيامه بتوزيع عبئ الظرف الطارئ بين المتعاقدين توقي الدقة بهدف تحقيق العدالة العقدية[1] و هذا ما تضمنته المادة 03/107 من ق.م.ج فعلى القاضي إذن الابتعاد –أثناء تطبيق نظرية الظروف الطارئة عن كل ظلم يسببه أحد المتعاقدين ، لأن وظيفته طبقا لهذه النظرية تقتصر على تحقيق التوازن العادل لطرفي العقد.

خلاصة القول أن سلطة القاضي في مراجعة و تعديل العقد بناءا على نظرية الظروف الطارئة ، كقيد يرد على قوة الإلزامية للعقد و على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هي مراعاة و حماية للطرف الضعيف و المتضرر و تحقيقا للعدالة و إعادة التوازن المفقود في العقد و ارتباط هذا القيد بالنظام العام.

الفرع الثاني : حالة الشروط التعسفية

إن القاعدة و المبدأ المعمول به في مجال العقود هو الحرية التعاقدية كما سبق القول و تعني جواز الأطراف تضمين العقد ما يشاءون من شروط ما لم تخالف النظام و الآداب العامة.

إلا أن الوضع أصبح خلاف ذلك في المجال الاقتصادي حيث أصبح السائد هو انتشار العقود النموذجية المحددة مسبقا ، و انفراد الأطراف الأقوياء اقتصاديا بتضمين العقود شروطا قد تعتبر في بعض الحالات مجحفة و تعسفية بالنسبة للطرف الأخر ، مما استوجب على المشرع التدخل و منح القاضي سلطة لمواجهة مثل هذه الشروط حماية للنظام العام الاجتماعي أي تحقيقا للعدالة و حفاظا عل الاقتصاد بمراعاة النظام العام الاقتصادي من جهة أخرى.

[1] – علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ،بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر ، 1994 ، ص179.

و لقد تنوعت و تعددت التعريف الفقهية و القضائية في مسألة تعرف الشروط التعسفية إلا أنه يمكننا إجمالها في الشروط التي أوردها المتعاقد في العقد أثناء تعاقده مع طرف اخر و التي شأنها أن تؤدي إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق و الالتزامات الطرفين و يتم تقديرها وقت إبرام العقد تبعا لظروف التعاقد[1].

و قبل الكلام عن السلطات المخولة للقاضي لمواجهة الشروط التعسفية خاصة في مجال عقود الاستهلاك ينبغي علينا أولا الإشارة إلى عناصر الشرط التعسفي ، ثم الإشارة الى بعض تطبيقات هذه الشروط في العقود و آثارها.

أولا : عناصر الشرط التعسفي

بمقتضي المادة 03 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية يمكن تحديد العناصر المشكلة للشرط التعسفي في عقود الاستهلاك و التي من شأنها أن تحدد الطابع التعسفي لها مما يستوجب حماية المستهلك منها في :

1- أن نكون بصدد عقد إذعان مكتوب محله منتوج أو خدمة و يتحقق و يكتمل هذا العنصر من خلال وجود شخص محتكر لسلعة معينة أو خدمة معينة ، تعتبر هذه الأخيرة من الضروريات و المتعلقة بالمصلحة العامة ، من شأن هذه الوضعية أن تجعله يعد عقودا نموذجية مسبقا تكون موجهة إلى العامة أي عامة ، الأشخاص و محل هذه العقود يتعلق بمنتوج أو خدمة .

2-أن نكون بصدد عقد أحد طرفيه محترف و الأخر مستهلك و لقد تناول المشرع تعريف و تحديد كل من المحترف و المستهلك بموجب قانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية و القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

3- أن يكون من أثار الشروط التي تضمنها العقد إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات الطرفين و الذي يعتبر معيارا اعتمده المشرع الجزائري لتحديد الطابع التعسفي للشرط ، و يعتبر مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة و التعسف في استعمال القوة الاقتصادية و الذي اعتمده المشرع الفرنسي سابقا[2].

---

[1] – بوالكور رفيقة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون ، تخصص قانون السوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة جيجل ، 2008 ، ص47.

[2] – بوالكور رفيقة ، نفس المرجع ، ص 49.

ثانيا : تطبيقات الشروط التعسفية في بعض العقود

بموجب بعض النصوص القانونية وردت بعض الشروط التي اعتبرها المشرع ذات طابع تعسفي أو يكتنفها نوعى من عدم التوازن البين مما يستوجب بطلانها.

1-بعض الشروط التعسفية الواردة في بعض العقود:

أورد المشرع بعض الشروط التي يمكن أن توصف بأنها تعسفية و اعتبرها باطلة مع بقاء العقد قائما من خلال :

- الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع إذا كان البائع عالما به و تعمد إخفاءه.
- الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها كليا أو جزئيا.
- بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام [1].

2- بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين

فلم يكتفي المشرع الجزائري بتقرير حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية بموجب المادة 110 من القانون المدني ، و إنما أدرج نصوص قانونية خاصة لحماية المؤمن له منها،و التي يمكن أن ترد في وثيقة التأمين و ذلك بموجب المادة 622 من القانون المدني بحيث نص على بطلان هذه الشروط التعسفية التي تضمنتها المادة و هي باطلة بقوة القانون و لا يملك فيها القاضي أية سلطة تقديرية.

1-بعض الشروط التي ترد في عقد القرض الاستهلاكي

كذلك هناك بعض الشروط التي اعتبرها المشرع ذات طبيعة تعسفية يمكن أن تضعها المؤسسة في عقود القروض الاستهلاكية و من شأنها مخالفة قواعد تنفيذ هذا العقد و منها المبالغة في تحديد سعر الفائدة و التزام المستهلك بتعويض مبالغ فيه. [1]

[1] – بودالي، المرجع السابق ، ص 23-24.

تعتبر هذه أمثلة عن الشروط التعسفية في بعض العقود التي يكون للقاضي سلطات في مواجهتها.

ثالثا : سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

خول المشرع للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني سلطة تعديل تلك الشروط التي تعتبر ذات طبيعة تعسفية مع الحفاظ و الإبقاء على العقد أو إنهاء تلك الشروط دون أن يمس بهم الم تكن تلك الشروط ذات أهمية كبيرة هذا و يكون المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي في سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية ، إذ اقتصر المشرع الفرنسي في سلطة القاضي على اعتبار الشرط تعسفي لاغيا دون سلطة التعديل.

هذا و قد مكن المشرع الجزائري القاضي من سلطة منح أجل للمدين المعسر ، أو ما يعرف بالنظرة إلى ميسرة.

الفرع الثالث : النظرة الى ميسرة

الأصل في مجال تنفيذ العقود أنه بمجرد حلول أجال تنفيذ الالتزامات يجب على المتعاقد تنفيذها ، إلا أنه قد تكون حالة أحد المتعاقدين غير ميسورة فأجاز المشرع للقاضي منح المدين مهلة قضائية للتنفيذ و الوفاء و قد يجد القاضي نفسه غير ملزم بمنحها .

إن النظرة الميسرة هي المهلة التي يمنحها القاضي للمدين بالوفاء بدين متفق الأداء و ذلك بتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة أو المنصوص عليه في القانون نتيجة للظروف التى يتواجد فيها هذا[2].

[1] – بوالكور رفيقة ، المرجع السابق ، ص 50.

[2] – عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان 2006 ،ص119.

أولا : شروط منح القاضي لنظرة الميسرة

طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ، او للأسباب التي يقررها القانون ،أي أن العقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون دون أن يملك أحد حق التعديل أو نقض ما جاء في العقد[1] ،و إذا كانت هذه القاعدة العامة فإن المشرع الجزائري استثنى منها أيضا نظرة ميسرة و ذلك ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 281 و المادة 02/119 ق.م[2].

إن أغلب التشريعات الحديثة قدت تضمنت فكرة الالتزام و ذلك منح القاضي سلطة في تعديل الأجل المتفق عليه مما يعد خروجا على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية في بعض القوانين كالقانون الفرنسي و القوانين المستمدة منه[3] و على العموم فإن النصوص القانونية التي نظمها المشرع الجزائري في هذا السياق هي المواد 210،119،281 ،من ق.م.ج

الشرط الأول :أن لا يكون هناك نص أو مانع يمنع من منع النظرة الميسرة و على سبيل المثال ما جاء في القانون التجاري الجزائري بعدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بورقة تجارية[4] و بالتالي القاضي لا يمكنه في هذه المرحلة منح الأجل و يتعرض حكمه للنقض إذا خالف القانون حيث أن سلطة القاضي ممنوحة من قبل المشرع و ممارستها تكون تطبيقا للنصوص القانونية[5].

---

[1] – خليل احمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ج1،ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2005، ،ص106.

[2] – جاء في نص المادة 281 " غير انه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية ان يمنحوا أجالا ملائمة لظروف دون ان تتجاوز هذه مدة سنة و أن يقفوا التنفيذ مع ابقاء جميع الأمور على حالها ".

– المادة 199 /2 " يجوز للقاضي أن يمنح المدين اجلا حسب الظروف " .

[3] – محمد علي الخطيب،سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، مصر ، 1992، ص385.

[4] – محمد علي الخطيب ، المرجع نفسه ، ص402.

[5] – عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص112–113.

الشرط الثاني : و هي الحالة التي يكون فيها المدين في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها بشرط أن يكون حسن النية عند تأخره في تسديد التزامه لديه القدرة على الوفاء بالتزامه مثل أن يكون المدين موارد سيقبضها في المستقبل و هذا الشرط يتبين من نص المادة 2/119 ق.م.ج التي تنص على أنه "يجوز للقاضي أن يمنح الأجل حسب الظروف".

الشرط الثالث : ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما على سبيل المثال كأن يكون الدائن محولا على دين في إبرام صفقة و بالتالي يتعرض لخسائر و فوات الفرصة ،إذن أن مصلحة الدائن يجب هي أيضا أن تتحضى برعاية و ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الحاق ضرر بدائن و يستند القاضي في سلطته التقديرية الى العناصر منها ظرف المدين إذا استدعت الظروف أو حالته ذلك و كذا لظروف الدائن و منا يلحق به من هذا التأخير (ضرر جسيم) [1] .

الشرط الرابع: هو المدة أو المهلة التي يجب أن تكون معقولة و تقاس بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء و قد تكون المهلة و الأجل معقول و الأمر يبقى متروك للقاضي إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين النظرة الميسرة[2].

ثانيا : سلطة القاضي في منح الأجل

إن سلطة القاضي في تحديد الأجل في نظرة الميسرة تتمثل في ثلاث حالات :

1- يتمثل تدخل القاضي في تحديد أو تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل في حالة ما إذا كان الاتفاق على الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة و نشأ بشأنه خلاف بين المتعاقدين

2-حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محددا بأجل معين اتفق عليه المتعاقدين سابقا و عند حاول هذا الأجل لم يتمكن المدين من ذلك بسبب إعساره .

[1] – عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص121.

[2] – عبد المنعم موسى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص122.

3-الحالة الثالثة تكمن إخلال بالالتزامات من قبل أحد الطرفين ضمن عقود معاوضة الملزمة للجانبين أثناء طلب الفسخ من طرف الذي حصل الخلال بحقه صراحة أو ضمنا عند رفع و عرض النزاع إلى القاضي حول ذلك و بشرط أن تتوافر في هذه الحالة شروط الفسخ [1].

و على العموم فإن هذه الحالات تتعلق إما بخلاف أثناء دعوى التنفيذ أو تكون في حالة إخلال أحد المتعاقدين بإلزامه فيلجأ الطرف الاخر إلى طلب الفسخ فيتدخل القاضي قبل حكمه بالفسخ فبالنسبة للأجل اللمنوح بمناسبة دعوى التنفيذ مسلطة القاضي في منح هذا الأجل واسعة من حيث عدد المرات و أن يمنح المدين أكثر من أي اجال متتالية كل ما استدعت حالة المدين لذلك أما سلطة القاضي في منح المهلة أو نظرة الميسرة خلال دعوى الفسخ فإنها تكون ضيقة و لا يمكن للقاضي أن يمنح أكثر من أجل واحد،اي ان العقد يصبح مفسوخا من تلقاء نفسه في حالة انقضاء المهلة التى منحها له القاضي و حتى لو لم ينص القاضي بمنح النظرة الميسرة و هذا و ذهب اليه إلب الفقه في مصر [2] لان المبرر في الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ قائم على ضرورة مصلحة الطرفين و رغبة كل منهم في الابقاء على العقد ،اما بخصوص منح الاجل دعوى الفسخ فلقد تم مراعاة فيها عدم الإضرار بالطرف الاخر [3].

ثالثا : حدود القاضي في منح الأجل

قد يجد القاضي نفسه غير مضطر لمنح المدين مهلة قضائية للوفاء بالتزامه و ذلك في الحالات أهمها إذا تبين من ظروف و الملابسات القضية عدو جدوى المهلة ،حيث حتى و لو منح المدين أجلا للوفاء فلا يستطيع الوفاء عند ذلك الأجل نظرا لإعساره.

[1] – محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلتزامات ، دار الكتاب الحديث ، القاهر،2004،ص373.

[2] – عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ،منشورات الحقوقية،ج2،ط1998،2،لبنان،ص626.

[3] – محمد علي الخطيب ، المرجع السابق ، ص400.

الخاتمة

بعد العرض التفصيلي لمختلف جوانب بحثنا ، و الذي مكننا من الإجابة على الإشكالية الرئيسية التى طرحنها في مقدمة هذه الدراسة و المتمثلة في : إذا كان مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود هو الأصل فما هي أهم الضوابط و القيود التي تحد من هذا المبدأ ؟ خلصنا الى جملة من النتائج أهمها:

1 - ضرورة التمييز مابين سلطان الارادة و مبدأ الرضائية حيث سيعتبر الأول هو الأساس و القاعدة العامة في التعاقدات أما المبدأ الثاني و هو مبدأ الرضائية و تحديد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية الكفاية انعقاد العقد.

2 - اذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود ،و هي التي تقرر قواعد العقد و اصوله و أحكامه ، الا أن هناك اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية ،و تجعل أحد المتعاقدين غير متمتع بها تمام التمتع . و بالتالي فإن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال العقود 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.

3 - فالنسبة للشكلية و إن كانت تحد من دور الإرادة في انشاء العقود فإن الفقه الحديث يجمع 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 و الغرض من ذلك هو تنبيه أحد المتعاقدين أو كليهما إلى خطورة الآثار التي تترتب على العقد الذي يبرمانه ، كعقد هبة العقار و بيعه ، وعقد الرهن الرسمي .... الخ حيث يصدر الرضا عن بصيرة و علم بحقيقة و طبيعة التصرف ، إضافة الى اشتراط الكتابة للإثبات يتسم بالوضوح و يحقق قدرا كبيرا من الأمان لأطراف العقد لا توفره لهم طرق إثبات أخرى كما أن فكرة الشهر _ و إن كانت تشكل شرطا لاحتجاج بالتصرف على الغير – فإنها في المقابل تسمح بالتعبير على الإرادة و بسط نفوذها في نطاق أكثر اتساع تحوطه الثقة و الاستقرار ،و ذلك بافتراض العلم بوجود التصرف لدى الكافة ،و ذلك يتحقق التوازن بين الحرية و إبرام العقود دون شكل معين تصب فيه إرادة المتعاقدين و بين تأكيد و حماية هذه الإرادة بفرض شكلية معينة يجب احترامها بمناسبة إبرام العقد.

4 - كما أن مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد ، و التي شكلت موضع اهتمام كل التشريعات جعلت المشرع الجزائري يتدخل بنصوص امرة في مضمون العقد قصد إعادة التوازن.

5 - إضافة الى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد ،بما يوحي أنه اطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التى تبرمها إلا أنه أورد على ذلك قيودا مختلفة و ذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية ، و جعل إتفاق الأطراف على خلاف ذلك من نظام العام.

6 - أن التقييد الوارد على الإرادة في مجال العقود سواء في انشاء العقد أو تحديد أثاره يجب أن لا يقودنا الى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور ،و انما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة،و تبقى هذه القيود رغم تزيدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد.

7 - إن التطور الحديث لفكرة النظام العام و الاداب العامة قد أثر على دور الإرادة في هذا المجال بزياد القيود الواردة عليها ، و لكنه في المقابل جسد مضمونا جديدا تمثل في حماية الإرادة ذاتها فلم يعد يقتصر على حماية المتعاقد في إبرام العقد و تحديد أثاره ، و إنما امتد ذلك الى دعم حريته في التعاقد ابتداء و ضمان سلامة رضاه قبل إبرام العقد .

8 - إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم الحياة العقدية ، ما هو إلا تمشيا مع نفس أساس الالتزام العقدي و مع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين بعيدا عن غبن أو استغلال أحد الاطراف للأخر ، ولا يعني ذلك تدهور العقد و اضمحلال أهميته ، بل يعود السبب في ذلك إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني .فالتشريع باعتباره قانونا موضوعيا يعلو العقد بحسبانه مصدرا للحقوق الشخصية ،و لهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

9 - يجب تقييد مبدآ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التى تتوازن فيها الإرادة مع العدالة و الصالح العام .

10 - هناك بعض القيود التي تبرم على الإلزام القانوني ،و التي يمكن تسميتها ب (العقود الإلزامية (الجبرية) و التي لا يلعب فيها الرضا دورا كبيرا في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد ،و انما يطبق طرفي العقد نظاما رسميا مفروضا عليهم بمقتضى القانون .

11 - أما فيما يخص الأثر الذي يتركه هذا الالزام (في العقود الإلزامية) على رضاء المتعاقد،و بالتحديد فيما يتلق بمدى اعتبار التصرف القانوني عقدا فهنا نقول بأنه لو نظرنا للأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة بصورة مجردة لأصبح من العسير جدا اعتبار التصرفات الصادرة من المتعاقد عقودا رضائية على النحو المعروف ،نظرا لانتفاء الرضاء،فالمتعاقد قد يعتبر مكرها على الإقدام بإبرام العقد.

12 - أما إذا نظرنا الى الامر وفق التصورات الحديثة للعقد ووفق المفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة ، حيث أصبحت الإرادة مقيدة بحدود و قيود يفرضها المشرع مراعيا تحقيق العدل و المصلحة العامة ،فعند ذاك يختلف الأمر . ففي ضوء التطورات الاقتصادية و الاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة ،و من ثم يتوجب التسليم بوجود عقد ،إذ أن العلاقة بين الأطراف تبقى محتفظة بطبيعتها التعاقدية . فالقول بتدهور العقد شيء و القول بتقييد الحرية التعاقدية شيء أخر.

13 - مع إقرارنا بأهمية مبدأ(العقد شريعة المتعاقدين)نستطيع القول بأن ازدياد تدخل المشرع المتزايد في تحديد مضمون العقد بعد بروز الحاجة الاجتماعية إلى ذلك التدخل في بعض العقود لإعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين،و من ثم تقييد كلا المتعاقدين ب موضوعية الارادة التعاقدية أصبح من الضروري القول بأن"العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين ، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

و نقترح على المشرع أن يبادر بتعديل القانون المدني و ذلك نظرا للتطور الذي مس نظرية العقد نتيجة تأثرها بتطور الاقتصادي.

يعد مبدأ سلطان الإرادة أساس قوام العقد و هذا مبدأ تحكمه عدة قيود التى أوردها المشرع في نصوص متفرقة ،لذلك نقترح على المشرع أن يخصص قسما يتناول جانب مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه حى يسهل على الباحثين تقديم دارسات حوله.

قائمة المراجع والمصادر

• النصوص التشريعية:

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984 ، يتضمن قانون الأسر ، جريدة رسمية عدد 24 ، صادر12 يونيو 1984 ، معدل و متمم ، بأمر رقم 05-02 مؤرخ في27 فيفري سنة 2005 ، جريدة رسمية عدد 15 ، صادر في 27-02-2005.

2- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان سنة 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، جريدة رسمية عدد 41 ، صادر2004/06/27 ، معدل و متمم ، بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010 ، جريدة رسمية عدد 46 ، صادر في 18-08-2010.

3- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ، التضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم: إذ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا.

4- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

5- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008،جريدة رسمية عدد 36 ،صادر في 02-07-2008.

6- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، جريدة رسمية عدد 15 ، صادر في 08-03-2009.

7- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010 ، جريدة رسمية عدد 46 ، صادر في 18-08-2010.

8- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني جريدة رسمية ،عدد 78، الصادرة في 1975/09/31، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 05 فيفري 2005 ،جريدة رسمية ،عدد 44،الصادرة في 26 جوان 2005.

9- الأمر رقم 75-78 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم.

10- الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي سنة 1995 ، يتعلق بالتأمينات ، جريدة رسمية عدد 13 ، صادر 1995/03/08 في 25-01-1995 ، معدل و متمم ، قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري سنة 2006 ، جريدة رسمية عدد 15 ، صادر في 12-03-2006.

11- الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية سنة 1995 ، يتعلق بالمنافسة ، جريدة رسمية عدد 43 ، صادر 2003/07/20 ، معدل و متمم ، قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008 ، جريدة رسمية عدد 36 ، صادر في 02-07-2008 .

- **المؤلفات**

المؤلفات العامة

1- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)،الجزء الثاني ، بدون طبعة ،الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر 1999.

2- العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2014.

3- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) الطبعة الثالثة، دار الجامعية، بيروت،لبنان،بدون سنة النشر.

4- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائر عقد البيع ، الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

5- سليمان أحمية ، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري ، د م ج ، ط ، 2012.

6- عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد الجزء 01 ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات حلبي الحقوقية بيروت لبنان ، 1998.

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

8- عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، دار الكتاب الحديث ، مؤسسة البستاني للطباعة ، 1990.

9- علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010 ، الطبعة الثالثة ، 2013.

10- علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ،بدون طبعة ،ديوان مطبوعات الجامعية ،الساحة المركزية بن عكنون ،الجزائر ،1994.

11- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

12- عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2010.

13- محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر و التوزيع ،2007.

14- محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع القوانين فرنسا و ألمانيا و مصر ، دار هومة ، الجزائر ،2007.

15- محمد حسنين ، الوجيز في الأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري ، بدون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986.

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

17- محمد حسين منصور ،النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2006.

18- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ،دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر 2009 .

19- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، التصرف القانون (العقد ، الإرادة المنفردة) الجزء 01 ، الطبعة الثانية ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2004.

20- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008.

21- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2012.

22- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ،الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر،1981.

- **المؤلفات الخاصة**

1-اسيا دوة و رمول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري و الفرنسي ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.

2-السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، الدار الجامعة ، بيروت 2003.

3-إيمان بن طاوس ، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي ، دار هومة ، الجزائر، دراسة مقارنة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2003.

4-إيمان بن وطاس ، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.

5- عبد السلام الترمانيني ،نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)،بدون طبعة ، دار الفكر،1971.

6-عبد السلام ذيب ،عقد الإيجار المدني ،دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا،الطبعة الأولى،الديوان الوطني للأشغال التربوية ،2001.

7-عبد السلام ذيب ، عقد الإيجار المدني ، دار هومة الجزائر ، 2009.

8-لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكاتب ، الجزائر ، 1990.

9-وازني وسيلة ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار هومة ، الجزائري ، 2005.

- **الرسائل و المذكرات الجامعية :**

الأطروحات:

➢ مذكرات الماجستير:

1- أمين قان ،نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في الحقوق ،اختصاص قانون الأعمال المقارن ،جامعة وهران 2012/2011.

2- جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1984.

3- رفيقة والكور ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في القانون تخصص قانون السوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة جيجل ، 2008.

4- كريمة بلقاضي ، الكتابة الرسمية ، التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية ، رسالة ماجيستر ، جامعة الجزائر كلية الحقوق، سنة2005.

5- لطيفة دحماني ، الشكلية في مادة العقود المدنية ،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة تلمسان2002-2003

6- فريد عويطي ،و عاشوري عبد العزيز ، الشكلية في التصرفات القانونية ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة ،سنة 2008

7- سكينة بوشاربي و آخرون ، عقد النقل البحري للبضائع في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق ، جامعة جيجل ، 2010.

➢ مذكرات دكتوراه:

1- جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني ، رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة،مصر العربية ، 1956.

• المقالات الفقهية:

1- بختة موالك ، المادة 324 مكرر من القانون المدني و تطبيقاتها على البيع ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ، عدد04 ، سنة 1993.

2- عادل بيسوني ، مبدأ سلطان الإدارة في الشريعة الإسلامية ، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم ، جامعة القاهرة ، 1976.

3- علي فيلالي ،الشكلية في العقود،مقال منشور،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية،عدد 03.

4- مصطفى لعروم ، عقد الهبة ، نشرة الموثق ، العدد 7 ، 1999 .

➢مجلات قضائية

- مجلة المحكمة العليا ، الجزائر ، لسنوات 2007-2009-2011.
- موسوعة الاجتهاد القضائي : موقع https//droit.mjusticce.dz

الفهرس

مقدمة.....01

الفصل الأول : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود.....09

المبحث الأول : الشكلية المتطلبة للإنعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد.....10

المطلب الأول : اشتراط الكتابة.....10

الفرع الأول :الشكلية الرسمية.....11

أولا : تعريف الكتابة الرسمية.....11

ثانيا:شروط الكتابة الرسمية.....12

ثالثا : الشكلية الرسمية في العقود المدنية.....16

الفرع الثاني : الشكلية العرفية.....20

أولا : تعريف الشكلية العرفية.....20

ثانيا:شروط الكتابة العرفية :.....21

ثالثا : الشكلية العرفية في العقود المدنية.....24

المطلب الثاني:العقود العينية 25

الفرع الأول : ماهية العقود العينية.....26

أولا : تعريف العقود العينية.....26

الفرع الثاني : تحديد العقود العينية.....26

أولا : بالنسبة لعقود القرض و العارية و الوديعة.....26

ثانيا : بالنسبة لعقد الهبة الوارد على منقول.....27

المبحث الثاني : الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على الإرادة و تفسير الشك
.....28
المطلب الأول : اشتراط الشكلية الغير المباشرة.....28
الفرع الأول : اشتراط الشكلية للإثبات.....29
أولا : اشتراط الكتابة كقاعدة عامة للإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج.....29
ثانيا : بالنسبة لعقد التأمين.....30
الفرع الثاني : اشتراط التسجيل و الشهر 30
أولا : اشتراط التسجيل.....31
ثانيا : اشتراط الشهر.....32
الفرع الثالث :اشتراط القيد و التصريح الإجباري.....33
أولا : اشتراط القيد في السجل التجاري.....33
ثانيا: اشتراط التصريح الإجباري.....34
المطلب الثاني : تفسير الشك في مجال العقود.....34
الفرع الأول : تأويل الشك لمصلحة المدين.....35
أولا : مضمون القاعدة.....35
ثانيا : مبررات القاعدة.....35
الفرع الثاني : تأويل الشك لمصلحة المذعن.....36
أولا : مضمون القاعدة.....36
ثانيا : مبررات القاعدة.....36

الفصل الثاني : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد
.....39

المبحث الأول : القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع قبل إبرام
العقد.....39

المطلب الاول :القيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد.....40

الفرع الأول : القيود الواردة على حرية التعاقد.....40

أولا : القيد المتعلق بمشروعية المحل و السبب.....41

ثانيا : القيد المتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة.....42

الفرع الثاني : القيود الواردة على حرية عدم التعاقد.....43

أولا : القيد المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات 43

ثانيا : القيد المتعلق بحظر البيع بدون مبرر شرعي.....44

المطلب الثاني : القيود الواردة على حرية التعاقد حول تحديد مضمون العقد.....45

الفرع الأول : بالنسبة لعقد العمل و عقود الإذعان.....46

الفرع الثاني : بالنسبة لعقود الأعمال.....48

المبحث الثاني : قيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد إبرام العقد.....49

المطلب الأول : حالات تدخل القانون.....49

الفرع الأول : حالات تدخل القانون لتعديل العقد.....49

أولا : حالة الاستغلال.....50

ثانيا : حالة الغبن.....51

الفرع الثاني : حالات تدخل القانون لإنهاء العقد.....54

أولا : حالات الإنهاء بإرادة منفردة 54
ثانيا : حالات الإنهاء بقوة القانون.....55
المطلب الثاني : حالات تدخل القاضي لتعديل العقد.....56
الفرع الأول : تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة.....57
أولا : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....58
ثانيا : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....60
الفرع الثاني : حالة الشروط التعسفية 62
أولا : عناصر الشرط التعسفي.....63
ثانيا : تطبيقات الشروط التعسفية في بعض العقود.....64
ثالثا : سلطات القاضي في مواجهة الظروف التعسفية 65
الفرع الثالث : النظرة إلى الميسرة 65
أولا : شروط منح القاضي لنظرة الميسرة 66
ثانيا : سلطة القاضي في منح الأجل 67
ثالثا : حدود القاضي في منح الأجل.....68
الخاتمة.....71
المصادر
الفهرس

ملخص:

إن جوهر العقد و أساس وجوده هو تلاقي إرادة المتعاقدين ،و من هذا التلاقي ينشأ التراضي الذي يمثل أساس كل إتفاق ،كما أن تحديد مضمون العقد و تعديله و إنهائه مرده في أغلب الأحيان إلى إرادة طرفيه ،و قد يتدخل المشرع في توجيه هذه الإرادة بالقدر الذي يسمح بتوفير الاستقرار في المراكز القانونية و إحداث التوازن في العقود و كذا حماية الإرادة ذاتها لما لها من دور في المجال التعاقدي.

الكلمات المفتاحية:

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

Summary :

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

Key words :

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