جامعة عبد الحميد بن باديس –مستغانم-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص : قانون خاص أساسي

من إعداد الطالبة:
*لعربي فاطمة الزهرة

الأستاذ المشرف:
*مشرفي عبد القادر

أعضاء اللجنة المناقشة:

الأستاذ:زواتين خالد.....**رئيسا**

الأستاذ: مشرفي عبد القادر.....**مشرفا مقررا**

الأستاذ: بن عوالي علي.....**مناقشا**

السنة الجامعية : 2017-2018

المقدمة

كما هو معروف فان العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني، وطبقا للمادة 106 من ق.م فان العقد شريعة المتعاقدين، وليكون العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية لا بد أن يصدر عن إرادة حرة خالية من العيوب.

وهذا ما يقودنا إلى الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة الذي تطور عبر مراحل تطور التشريع عموما وبتطور القانون المدني خاصة، فظهر بظهور التشريع الروماني حيث كان أصل إبرام العقود كتابة واستثناء تبرم شفاهة فلم تكن الإرادة تكفي إذ لا تنشأ العقود إلا بإتباع شكلية معينة ، كما أن آثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي 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 ، وهذه المرحلة تميزت بالشدة والصرامة في مراعاة عدة صور كالألفاظ المحددة والدقيقة التي تتناسب مع فئة من التصرفات استعمالا بحسب اختلافها وتنوعها ، ومثال ذلك سبائك الذهب التي تستعمل كرمز عن الثمن في عقد البيع مكان النقود التي لم تكن معروفة آنذاك.

فالحضارة الرومانية وكأي حضارة أخرى لم تعرف التوقف عن التطور والتوسع فقد عرفت تقدما في الفكر القانوني والذي كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل والإرادة في العقد ومنح الإرادة قسطا من الأثر القانوني مما دعا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، أما الشكل فما هو إلا سببا قانونيا للالتزام مما أدى إلى ظهور بعض العقود الرضائية في هذه المرحلة إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يقرر

القانون الروماني في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام بل ظلت الأوضاع إلى آخر عهوده والأشكال سارية حتى بعد تطوره .

إلا أن ذلك أخذ منحى آخر عبر تطور القوانين مع تطور المجتمع خاصة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر فظهر المذهب الفردي الذي قدس حرية الفرد ، والذي يعتبر أن الهدف من تنظيم المجتمع هو حماية حرية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة ، ويرى أنه طالما كان الفرد حرا في تحقيق مصلحته الخاصة فإن إرادته يجب أن تكون كذلك وأن هذه الإرادة الحرة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد وتحديد آثاره فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليه ما يخالف إرادته .

ولاحقا سارت أنظمة وقوانين الدول نحو الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد فظهر المذهب الجماعي وهو الذي يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، ومنع الأفراد من الاتفاق أو التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع وذلك من منطلق الصالح العام يعلو المصلحة الفردية .

لكن بعيوب المذهب الاشتراكي فأصبحت الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقود كأصل عام واستثناء صياغة الاتفاق في شكل معين، لكن مع ظهور عقود جديدة وتوسع مجال المعاملات والنشاطات أضحت هناك ضرورة ملحة لمواكبة التطور السريع مراعاة للنظام العام بمفهومه الواسع من جهة، وحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة ثانية، وتحقيقا للعدالة من جهة أخرى، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل استثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة، وهذه الاستثناءات منها ما ورد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ومنها ما ورد في قوانين خاصة ولعل أهمها التشريعات المتعلقة بالعمل وبمجال الاستهلاك والتأمينات،

وهي استثناءات كلما تم التوسع فيها كلما ضاق مجال تطبيق وإعمال مبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث شكل العقود أو من حيث موضوعها.

وقد سبق دراسة هذا الموضوع عدة أبحاث، إلا أن الجدة تكمن في طريقة تطرقنا له من جهة القاعدة العامة والاستثناءات الواردة عليها، مستندين إلى مختلف القوانين والآراء الفقهية، مدعمين ذلك ببعض قرارات المحكمة العليا والأحكام القضائية، وقد واجهتنا عدة صعوبات في مجال البحث منها ضيق الوقت وندرة الأبحاث المتخصصة في هذا الموضوع الأمر الذي فرض علينا بذل مجهود أكبر كلل بهذه الدراسة المتواضعة التي نرجو أن تكون لبنة تمهد لدراسات لاحقة تكون أكثر شمولا وتعمقا، وقد استخدمنا في ذلك المنهج الاستقصائي تارة والتحليلي تارة أخرى، معتمدين على المعيار القضائي في التقسيم من خلال البدء بالشكل تم التطرق للموضوع.

و الإشكال المطروح هو إلى أي مدى يمكن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود؟ بصيغة أخرى إذا كان الأصل والقاعدة العامة في مجال إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة فهل هناك قيود أو استثناءات ترد عليه؟

و للإجابة على هذا التساؤل قمنا بتقسيم دراستنا إلى فصلين؛ نتحدث في الأول عن القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود، وفي الثاني عن القيود التي ترد عليه من حيث موضوعها.

الفصل الأول:

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود

إن القاعدة العامة التي تحكم شكل العقود هي مبدأ الرضائية وهو أحد نتائج وآثار إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في المجال التعاقدي، مثلما جاء في أحد قرارات الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في إحدى الحيثيات أن العقد لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه التي يتطلبها القانون ومنها ركن الرضا الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة، ولا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إرادته وهو ما يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة [1]، و تعني قيام وانعقاد العقد بمجرد توافر عنصر التراضي بين المتعاقدين، إذ يكفي صدور إيجاب من الطرف ليقابله قبول من الطرف الآخر حتى ينعقد العقد، وهو ما نص عليه المشرع بموجب المادة 59 من ق.م[2] .

إلا أن المشرع أورد قيودا على هذا المبدأ، حيث اشترط في بعض منها توافر شكلية معينة دون الاكتفاء بتوافق وتطابق إرادتي المتعاقدين، ومن بين الاعتبارات التي جعلت المشرع يستلزم تلك الشكلية هناك اعتبار يتعلق بالمصالح الخاصة للأشخاص حيث لا يتم النظر إلى الشكلية كقيد على الإرادة وإنما هي من أجل حماية وتحصين إرادة المتعاقد وسلامة رضائه، ووسيلة ائتمان وضمان يتم استعمالها لإثبات الحق مستقبلا، واعتبار يتعلق بالمصالح العامة من خلال تدخل الدولة بتيسير وتوجيه المنظومتين

---

[1]- مجلة المحكمة العليا،العدد الأول، 2011، ص110، 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 والمتمم.

الاقتصـــادية والاجتماعيـــة مـــن جهـــة، وإعمـــالا لمراقبتهـــا علـــى تصـــرفات المتعـــاملين الاقتصاديين وتحصيل إيرادات للخزينة العمومية من وراء هذه الشكلية من جهة أخرى.

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.

[1]- فيلالي علي، النظرية العامة للعقود، موفم للنشر ، الجزائر، 2001، ص 291- 293.

المبحث الأول:

اشتراط الشكلية المباشرة

فلا يكتفي المشرع في بعض العقود بمجرد توافر عنصر التراضي لانعقاد العقد، و إنما يستلزم و يستوجب كذلك للانعقاد توافر شكل معين، تحت طائلة البطلان، ونعني بذلك الشكلية المباشرة.

فالشكلية المباشرة هي تلك التي تكون ركنا في العقد ، فيكون العقد من العقود الشكلية، ويشترط في العقد الشكلي إضافة إلى الرضا والمحل والسبب ركن رابع وهو ركن الشكلية، وتدعى بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني أي العقد، حيث يترتب على تخلفها انعدام العقد، والفرق بين التصرف الشكلي والتصرف الرضائي لا يقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيدا بشكل بالنسبة للتصرف الأول وحرا بالنسبة للتصرف الثاني بل العقد الرضائي له ثلاثة أركان (الرضا، والمحل، والسبب) بينما للعقد الشكلي أربعة أركان (الرضا، والمحل، والسبب ، والشكلية).[1]

وتتجلى الشكلية المباشرة في اشتراط الكتابة في العقود الشكلية، أو اشتراط التسليم في العقود العينية.

المطلب الأول: اشتراط الكتابة

فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل إضافة إلى الأركان الأخرى من تراض و محل وسبب تحتاج كذلك إلى شكل معين، وتتجسد في شكلية رسمية أو شكلية عرفية.

[1] فيلالي علي،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الجزائر، 2013، ص303، 304.

الفرع الأول : الشكلية الرسمية

إن من بين الأهداف التي جعلت المشرع يستلزم الشكلية الرسمية كركن لانعقاد بعض العقود، تكمن في أهميتها الاقتصادية؛ كعقود الشركات والعقود 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 إتباع إجراءات وشكليات معينة لضبطها.

وقبل الإشارة إلى العقود التي استلزم المشرع فيها ركن الشكلية الرسمية، يتوجب علينا أولا التطرق إلى عناصر وشروط هذه الشكلية.

أولا :عناصر الشكلية الرسمية

استنادا إلى المادة 324 من ق.م[1] والتي تنص على العقد الرسمي بأنه :«..عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه » و التي تضمنت مسألة الإثبات من جهة، ومن جهة أخرى الإشارة إلى عناصر الشكلية الرسمية كركن للانعقاد، وتتمثل تلك العناصر و الشروط في :

1-أن يكون المحرر موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ونعني بالموظف العمومي كل مستخدم مرسم يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية تكون وضعيته نحو المؤسسة أو الهيئة أو الإدارة وضعية قانونية، ويقصد بالضابط العمومي الشخص الذي يخول له سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود

[1] - أنظر المادة 324 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

كالموثق، أما الشخص المكلف بخدمة عامة كالخواص الذين يساهمون في تسيير المرافق العمومية.

2-أن يتوافر عنصر الاختصاص في المحرر، ويتجلى ذلك في التزامه باختصاصه الإقليمي والنوعي والزماني، وتتولى القواعد المنظمة للمرفق العام تحديد اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

3-أن يتم مراعاة الأشكال القانونية ، وتتولى النصوص المنظمة لمهنة أو وظيفة محرر العقود الرسمية، تحديد تلك الأشكال والإجراءات القانونية، التي يجب مراعاتها أثناء عملية التحرير، من قبيل البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد، التوقيع، اللغة ...الخ .[1]

ثانيا :العقود الواجب إفراغها في شكلية رسمية

سبق القول أن اشتراط الشكلية - خاصة الرسمية - كركن للانعقاد يعتبر قيدا يرد على المبدأ العام ألا وهو مبدأ الرضائية، لذلك كان من الواجب تحديد وحصر تلك العقود التي تتوجب فيها الشكلية حتى لا يكون هناك مجال للتوسع فيها، وهو ما فعله المشرع الجزائري بموجب القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 324 مكرر1 من القانون المدني[2] والتي تنص على : «...العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ، أو محلات تجارية أو صناعية ، أو كل عنصر من عناصرها ، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي ...»

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

[2] - أنظر المادة 324 من أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

إضافة إلى المادة 883 من ق.م[1] والتي تنص على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الرهن ، إضافة إلى نصوص قانونية أخرى.

1-العقود الواردة على العقارات

تعتبر العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني يرد على عقار من العقود التي تستوجب الشكلية الرسمية أمام الموثق كركن للانعقاد وذلك بقوة القانون وتحت طائلة البطلان المطلق.[2]

وترجع اعتبارات اشتراط الشكلية الرسمية في العقود والتصرفات القانونية التي ترد على العقار، سواء التي تتعلق بنقل الملكية أو بنقل الحقوق العينية الأخرى، إلى أهمية العقار وارتباطها بالنظام العام من جهة، وتنبيه المتعاقد بتلك الأهمية وبخطورة التصرف القانوني الذي يقدم عليه من جهة أخرى.

بجانب العقود الواردة على العقارات هناك عقود تجب فيها الشكلية هي الأخرى ونقصد بذلك عقد الشركة الذي نضمت أحكامه القواعد العامة من جهة والقواعد الخاصة من جهة أخرى.

2- عقد الشركة

كذلك من العقود التي استوجب فيها المشرع الشكلية الرسمية للانعقاد؛ عقد الشركة، وذلك بمقتضى المادة 418 من ق.م والتي تنص على اشتراط الشكلية تحت طائلة البطلان، وتشمل كذلك مسألة ما يطرأ على العقد من تعديلات وهي شكلية للانعقاد

---

[1] - أنظر المادة 883 من القانون المدني .

[2] - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005 ، ص 21-22.

بمقتضى هذا النص، وشكلية للإثبات بمقتضى نص المادة 545 فقرة 1 من القانون المدني التي تنص على أن إثبات الشركة يتم بعقد رسمي تحت طائلة البطلان.

واشتراط المشرع الكتابة الرسمية، فيما يتعلق بانعقاد الشركة التجارية يعود إلى تنبيه الشركاء بأهمية العقد وما يتضمنه من مسائل قانونية معقدة تتطلب تدخل شخص ثالث مختص بتوثيق العقد، نظرا لأن الأثر المترتب عن العقد هو شخص معنوي جديد له وجود مستقل عن الشركاء، إضافة للمدة الطويلة التي قد يظل عليها العقد قائما إذ قد تصل إلى 99 سنة لأنه يكون من الصعب الاعتماد على ذاكرة الشهود، كما أنه من شأن العقد المكتوب التقليل من عدد المنازعات، و يترتب عن عدم توافر هذه الشكلية بطلان عقد الشركة، إلا أنه بطلان من نوع خاص حسب المادة 418 من القانون المدني.[1]

3-العقود الواردة على المحل التجاري

كذلك من بين العقود و التصرفات التي استلزم فيها المشرع الشكلية الرسمية للانعقاد العقود المتعلقة والواردة على المحل التجاري، إذ يجب تحرير جميع التصرفات القانونية التي ترد عليه من بيع، رهن أو إيجار وفقا للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان، ويرجع ذلك إلى أهمية هذه العلاقة الاقتصادية التعاقدية، و ما تتضمنه من مسائل قانونية معقدة، وللتعليل والحد من المنازعات التي يمكن أن تثار عنها مستقبلا.

4-عقد الرهن

يعتبر عقد الرهن من العقود التي استلزم فيها المشرع الشكلية الرسمية إذ يجب تحريره أمام الموثق، وذلك بقوة القانون، و إلا اعتبر العقد واقعا تحت طائلة البطلان المطلق طبقا للمادة 883 من ق.م.[2]

---

[1] - عمورة عمار ، شرح القانون التجاري الجزائري ،دار المعرفة ، الجزائر ، 2010، ص 144-145.

[2] - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 21-22.

خلاصة القول عن القيد الوارد على مبدأ سلطان الإرادة و على 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 تحصينا لإرادته وتنبيها له لأهمية التصرف المقدم عليه هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يندرج هذا العقد ضمن صور تدخل الدولة لتنظيم وضبط الأنشطة الاقتصادية و المحافظة على النظام العام من خلال إبراز دور وأهمية الشركات في دعم الاقتصاد، أهمية المحلات التجارية في المنظومة التجارية و أخيرا تعلق العقارات وارتباطها بنظام قانوني خاص.

إن هذه العقود السابق ذكرها تندرج ضمن النوع الأول من الشكلية ألا وهو الشكلية الرسمية، وهناك نوع ثان يعد هو الآخر قيدا على مبدأ سلطان الإرادة هو الشكلية العرفية.

الفرع الثاني : الشكلية العرفية

تعد كذلك 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 تحديد عناصرها وشروط اكتمالها وتحققها باعتبارها ركنا للانعقاد أو يمكن استعمالها في الإثبات مستقبلا.

أولا :عناصر الشكلية العرفية

استنادا إلى المادة 327 من ق.م:« يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...»

فالعقد العرفي هو توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني مكتوب بخط المتعاقد الذي ينسب إليه الخط، وأن يكون موقعا من قبله بواسطة إمضاء أو بصمة أو إمضاء الكتروني وهما عنصرا العقد .

1-أن تتم الكتابة بخط المتعاقد المنسوب إليه العقد، و يتحقق هذا باحترام المتعاقدين في العقود التبادلية شرط الكتابة بخط المتعاقد من خلال تحرير نسختين أصليتين؛ الأولى بخط المدين يحتفظ بها دائنه والثانية بخط هذا الأخير باعتباره دينا في نفس الوقت ويحتفظ بها المدين.

2-أن يتم التوقيع على العقد بواسطة المتعاقد المنسوب إليه العقد، سواء عن طريق الإمضاء أو البصمة أو إمضاء الكتروني، أي أية علامة خاصة مميزة.

وإن وسيلة التوقيع يجب أن تتمتع بقدر كاف من الدقة والثقة ، خاصة لما تعلق الأمر بالتوقيع الالكتروني كتقنية حديثة.[1]

ثانيا: بعض العقود العرفية

ويمكن ذكر على سبيل المثال العقود التي تتم عن طريق الشكلية العرفية كالمرتب مدى الحياة، عقد التأمين، عقد العمل الجماعي وعقد التنازل عن حق المؤلف.[2]

1- المرتب مدى الحياة

يعتبر عقد المرتب مدى الحياة من عقود الغرر التي تناولها المشرع الجزائري بموجب المواد من 613 إلى 618 من القانون المدني ويقصد به اتفاق يتعهد و يلتزم

[1] - فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص302 - 309.
[2] - فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 309.

بمقتضاه الشخص أن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بدون عوض.

و استنادا إلى المادة 615 من القانون المدني لا يعتبر العقد صحيحا إلا إذا كان مكتوبا دون أن يتولى المشرع تحديد طبيعة هذه الشكلية اللازمة للانعقاد، واعتبرها الفقه شكلية عرفية ما لم يرد هذا العقد في شكل عقد هبة أو عقد آخر من عقود التبرع التي تستلزم شكلية معينة.

2-عقد العمل الجماعي

فيعتبر عقد العمل الجماعي من العقود التي تستوجب الشكلية العرفية وذلك بمقتضى المادتين 50 و86 من الأمر 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، وبمقتضى المادة 114 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

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

3-عقد الإيجار

اشترط المشرع الشكلية كقيد على مبدأ 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 القانون المدني، والتي تنص على اشتراط الكتابة في عقد الإيجار تحت طائلة البطلان.

4-عقد التنازل عن حق المؤلف

يرى الأستاذ علي فيلالي بأن عقد التنازل عن حق المؤلف من العقود التي استوجب فيها المشرع الشكلية العرفية للانعقاد استنادا إلى المادتين 62 و64 من الأمر رقم 05-03 المؤرخ في 10 جويلية 2003، والمتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.

صفوة القول عن اشتراط المشرع الشكلية للانعقاد - الرسمية أو العرفية - في بعض العقود ، كقيد وارد على مبدأ الرضائية، يرجع إلى أهمية العقد من جهة ، ورغبة المشرع في تحصين إرادة الأشخاص وحفظها وفض المنازعات مستقبلا و تحقيقا لاستقرار المعاملات من جهة أخرى.

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

المطلب الثاني: العقود العينية

لا تقتصر الشكلية المباشرة - الشكلية كركن للانعقاد- فقط على الكتابة الرسمية أو الكتابة العرفية ، بل يستلزم المشرع كذلك شكلية معينة لانعقاد العقود بفعل معين، ونعني بذلك اشتراط ركن التسليم لانعقاد تلك العقود صحيحة، وتبعا لذلك يتوجب علينا أولا التطرق إلى ماهية العقود العينية كصورة من صور الشكلية المباشرة، ثم تحديدها.

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

الفرع الأول: ماهية العقود العينية

نعرفها أولا ثم نتطرق إلى أصلها

أولا: تعريف العقود العينية

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

ثانيا : أصل العقود العينية

يجمع الفقهاء على أن عقد البيع في القانون الروماني لا يرتب التزاما بنقل الملكية مثل ما هو في القوانين المعاصرة، وانه يترتب عنه إنشاء التزام في ذمة البائع بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة ويضمن كل تعرض يقع على المشتري في حيازته للمبيع، ولقد تأثر القانون المدني الفرنسي القديم بأفكار القانون الروماني حيث أقر بقيام عقد البيع على التسليم[2]، مما يعني أن أصل اشتراط ركن التسليم لانعقاد العقد في العقود العينية هو القانون الروماني الذي تلته قوانين عديدة ومعاصرة حاولت تحديدها.

---

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

[2] - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، 23-24.

الفرع الثاني : تحديد العقود العينية

اختلفت التشريعات المقارنة في مسألة تحديد العقود العينية التي لا تكتفي بالتراضي لانعقادها، و إنما 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 ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة.

أما عقد العارية فهو عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة 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 لمدة وعلى أن يرده عينا.

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

[1] -أنظر المواد 450، 538، 590، 948 من الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

و لا 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 لو كان المشرع يريد جعل عقد الوديعة عقدا عينيا لأضاف عبارة (أنها عقدا عينيا) مثل ما فعل المشرع الفرنسي الذي يعتبرها عقدا عينيا، يعتبر فيه التسليم ركنا و ليس مجرد أثر عن العقد، وذلك بموجب (م1919 ، 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 ق.أ نجدها تنص على انه تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول و تتم الحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق، فتعتبر الهبة الواقعة على المنقول من العقود العينية التي اشترط المشرع الجزائري عنصر التسليم - الحيازة - لانعقادها.

أي أن عقد الهبة يتم بتسليم المنقول إلى الموهوب له و تمكينه من حيازته كما جاء في احد قرارات المحكمة العليا بالغرف المجتمعة في إحدى الحيثيات انه يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإدارية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب[1]، وإذا كان نقل حيازة المنقول تستلزم بعض الإجراءات كنقل حيازة سيارة وجب استيفاء هذه الإجراءات.

وكان من الأولى بالمشرع عند صياغته للنص عدم إسقاط (الباء) حتى تكون الصياغة أكثر وضوحا في مسألة ركن التسليم إذ الأصح في النص : «...أن تتم

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

(بالحيازة) وليس الحيازة » و يتمثل 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 كركن للانعقاد و/أو للإثبات في بعض العقود أو التسليم في عقود أخرى؛ ليست وحدها قيدا على مبدأ سلطان الإرادة فهناك نوع آخر هو الشكلية غير المباشرة.

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

المبحث الثاني :

اشتراط الشكلية غير المباشرة وتفسير الشك

كذلك من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود ، خاصة من حيث شكلها اشتراط المشرع شكليات وإجراءات قانونية معينة بعد الانعقاد تحد من حرية وإرادة الأشخاص وأطراف العقد، ونعني بذلك اشتراط الشكلية غير المباشرة، أو خروج المشرع عن قاعدة تفسير العقد التي يثار حولها شك والتباس لمصلحة إرادة طرف على حساب الطرف الآخر لاعتبارات معينة، ونعني بذلك قاعدة تفسير الشك.

المطلب الأول :اشتراط الشكلية غير المباشرة

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 وإن لم يتم إبرامها في شكل معين، لكن يشترط في حالة نشوب خلاف أو منازعة حولها، أن يتم إثباتها بوسائل وطرق معينة ومحددة، ومن 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 : بالنسبة للتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج

فاستنادا إلى المادة 333 من القانون المدني اشترط المشرع لإثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن مبلغ 100.000 دج وفي 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 ويضمنه، إضافة إلى لفت انتباه المتعاقدين إلى خطورة العقد مما يدفع إلى 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 إلى إقرار المتعاقد الآخر أو إلى اليمين[1] في حالة عدم وجود إثبات كتابي للدين، لكن الوضع يختلف بالنسبة لعقد التأمين.

ثانيا : بالنسبة لعقد التأمين

اشترط المشرع بموجب المادتين 07 و08 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، أن يتم تحرير عقد التامين كتابيا وفي شكل معين يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية والمحددة قانونا، وتعتبر هذه الشكلية اللازمة في عقد التأمين شكلية للإثبات، حيث تنص المادة 08 من ق.ت: «...يمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة تغطية التأمين، أو بأي سند مكتوب وقعه المؤمن ...».

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

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

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

الفرع الثاني : اشتراط التسجيل والشهر

كذلك من القيود التي تحد من إرادة المتعاقدين بعد تكوين العقد، إلزامهم باتخاذ إجراءات معينة من بينها التسجيل والشهر، ويسعى 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.

أولا: اشتراط التسجيل

رجوعا إلى 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 -

[1] - ذيب عبد السلام ، المرجع السابق ،ص 70.

لا تتم إلا بعد اتخاذ إجراءات 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 وأثرها 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 وتحريره أمام الموثق، بل يتم بإجراء عملية التسجيل بمصلحة التسجيل والضرائب، سواء بين المتعاقدين أو الغير .[1]

والمقصود بالتسجيل هو ذلك الإجراء الإداري الذي يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة لوزارة المالية يقوم به موظف عمومي مؤهل قانونا بتدوين جميع التصرفات القانونية اللازمة للتسجيل مقابل دفع حقوق أو رسوم، فهو يتميز بكونه إجراءا إداريا، يتم بمقابل، إجباري ونهائي، يقوم به موظف عمومي.

وللتسجيل - خاصة في مجال التصرفات الواردة على العقارات – أهمية جبائية، اجتماعية وقانونية.

1-الأهمية الجبائية لتسجيل العقارات

تتجلى من خلال تحصيل مبلغ مالي من عملية التسجيل ، من أجل تمويل الخزينة العمومية ودعم إيرادات الدولة و المساهمة في تسيير المرافق العمومية، مما سيكون له دور في المساهمة في التنمية الاقتصادية.

(1) - خليل أحمد حسن قتادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2005، ص 107.

2-الأهمية الاجتماعية لتسجيل العقارات

إذ يقوم نظام التسجيل على مبدأ العادلة ، واستخدام حقوق التسجيل للمساهمة في توسيع الدخل الوطني للفئة الفقيرة في المجتمع.

3-الأهمية القانونية للتسجيل

من شان 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 وشهر المعاملات العقارية.

ويقصد بالشهر العقاري إتباع مجموعة من القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تنظيم هوية كل عقار من جهة مالكه، موقعه، أوصافه، معالمه الحدودية وكذا الأعباء الواقعة عليه.

ومن أهم أهداف اشتراط الشهر العقاري هو تأمين 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.[2]

وهناك نظامان للشهر العقاري؛ شخصي وعيني.

---

[1] - دوة آسيا رمول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ،2009، ص 20-32.

[2] - وزاني وسيلة ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2009، ص 117-118.

1-نظام الشهر الشخصي

يتم فيه الشهر على أساس أسماء طرفي التصرف دون النظر إلى العقار محل التصرف، ويتم الإجراء عن طريق إعداد فهارس مرتبة بأسماء المتصرفين حتى يتسنى للغير الاطلاع عليها.

2-نظام لشهر العيني

يتم فيه الشهر على أساس العقار المتصرف فيه ، ويتم الإجراء بإنشاء بطاقة عقارية لكل واحد حيث بمجرد الاطلاع على هذه البطاقة يمكن تحديد وضعية العقار، ويقوم المحافظ العقاري بحفظ أصل العقد.

و يختلف التسجيل عن الشهر من جهة كون الأول يتم لدى مصلحة التسجيل أما الثاني فيتم لدى المحافظة العقارية، و يهدف التسجيل إلى ترتيب الأثر العيني للعقد الوارد على العقار بانتقال الملكية، أما الشهر فهو وسيلة إعلام و إعلان للغير[1] ، وهو ما يختلف عن التصريح الإجباري والقيد في السجل التجاري.

الفرع الثالث: اشتراط القيد والتصريح الإجباري

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

---

[1] دوة آسيا ، المرجع السابق ، ص 23.

أولا: اشتراط القيد في السجل التجاري

استنادا إلى 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 أنوعها سواء أكانت شركات أشخاص أو كانت شركات أموال أن تباشر أعمالها وتصرفاتها القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

و يقصد بالقيد في السجل التجاري - كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة - باعتباره يمثل شكلية غير مباشرة يفرضها المشرع بعد انعقاد بعض العقود بشكل صحيح كعقد الشركة؛ هو القيام بتدوين بعض البيانات الإلزامية المتعلقة بهذه الشركة في دفتر معد لذلك، وتشمل تلك البيانات الوقائع المتصلة بالنشاط التجاري لهذه الشركة ومتابعة كل ما يطرأ عليه من تغيرات، إضافة إلى بيانات أخرى.

ويهدف نظام القيد في السجل التجاري إلى تمكين الغير من الوقوف على المركز القانوني والمالي للشركة، دعم الائتمان التجاري، ويعد أداة شهر قانوني من شانه بعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معها وتسهيل العملية التجارية.[1]

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

ثانيا: اشتراط التصريح الإجباري

كما قد تتخذ الشكلية غير المباشرة صورة فرض المشرع اتخاذ إجراء إداري معين بعد إبرام العقد إذ نجد مثلا:

[1] - عمورة عمار ، المرجع السابق ، ص 107-149.

1-اشتراط القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص وإلزام صاحب العمل أن يصرح باستخدامه لليد العاملة الأجنبية طبقا للكيفيات المحددة قانونا، وإلزامية تسلم رخصة من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية بطلب من المعني وفقا لشكليات معينة وذلك من أجل مراقبة العملية، وحماية 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 - واحتراما لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقد - أن يلتزم القاضي في تفسيره لعبارات العقد أن يتم ذلك وفقا لما تضمنه من عبارات واضحة الدلالة والتي تضمنتها إرادة الأطراف دون أن ينحرف أو يعمل على التأويل، بل أكثر من ذلك فيلزمه القانون في حالة وجود عبارات غامضة أن يعمل على البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف دون أي تمييز لطرف على حساب طرف آخر وفقا لمعايير ومعطيات وملابسات متعلقة بالعقد.

لكن استثناء ونظرا لوجود شك في عبارات العقد، وعدم قدرة القاضي الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فان القانون يمنحه الحق في الخروج عن المبدأ والعمل على تفسير الشك لمصلحة المدين في العقود الرضائية، وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان طبقا لنص المادة 112 من القانون المدني.[2]

---

[1] - أنظر المادة 112 من أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[2] فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص315.

الفرع الأول: تفسير 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، وقبل الحديث عن مبررات القاعدة يتوجب علينا تحديد مضمونها.

أولا :مضمون القاعدة

تتمثل في حالة عدم قدرة القاضي استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين بعد استخدامه للمعايير التي من شأنها أن تساعده على ذلك، وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد، ورأى أن تفسيرها يحتمل عدة أوجه فله أن يتم تأويلها لمصلحة الطرف المدين[1] مما يعد ذلك خروجا عن القاعدة العامة وهي احترام إرادة وقصد المتعاقدين.

ثانيا :مبررات القاعدة

فمن بين المبررات التي ساقت لهذه القاعدة نجد:

1- أن الأصل في الشخص هو براءة الذمة، بينما الالتزام هو الاستثناء، ومن شأن هذا المبدأ أن يمنع من توسيع الالتزام في حالة الشك .

2- تحميل الدائن مسؤولية تقصيره في أداء التزامه وهو من يقع عليه عبء إثبات التزام المدين، وفي حالة تقصيره أو عجزه عن الإثبات، عليه أن يتحمل مسؤولية ذلك.[2]

---

[1] - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 103.

[2] - فيلالي علي ، المرجع السابق ،ص 393.

وهي قاعدة مقررة لحماية مركز المتعاقد الضعيف – المدين - في مواجهة مركز المتعاقد الآخر- الدائن - تحقيقا العدالة.

الفرع الثاني: تفسير 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.

وقبل الحديث عن مبررات القاعدة يتوجب علينا تحديد مضمونها.

أولا: مضمون القاعدة

خلافا للقاعدة العامة، فانه في مجال عقود الإذعان يتم تفسير الشك الوارد على عبارات العقد لصالح الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا.

ففي مجال عقود الإذعان قد يكون الغموض والشك الوارد على عبارات العقد مرده إما للمحترف الذي يضع شرطا خاصا - غامضا أو ناقضا- أو أن 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 إلى أن عقود الإذعان تغيب فيها الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد احد المتعاقدين بوضع شروط العقد، وفي

[1] - بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري؛ دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 61.

حالة وجود لبس أو غموض فمن باب العدالة أن يتحمل الطرف القوي واضع الشروط خطأه و تقصيره في توضيح شروط العقد، وأن لا يستفيد من غموضها باعتباره هو من أملاها على المتعاقد الآخر وهو المذعن أو المستهلك.

ويتضمن القانون الفرنسي نصوصا أكثر وضوحا في مسألة تفسير العقود لمصلحة المستهلك، إذ يقرر قاعدة تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة المذعن حتى وإن كان دائنا ويلزم البائع بالإيضاح، وقرر أن كل تصرف مبهم أو غامض يفسر ضد البائع، وهو في الغالب الأعم هو من يكتب العقد، وفي 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 و مفهوم، وأن تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصح للمستهلك أو غير المحترف[1].

مما يعني أن تلك القيود التي أوردها المشرع على مبدأ سلطان الإرادة، والتي تتعلق بشكل العقود، من اشتراط الشكلية المباشرة للانعقاد، اشتراط الشكلية غير المباشرة، وقاعدة تفسير الشك لصالح طرف على حساب طرف آخر،هي في الحقيقة لا يمكن اعتبارها قيودا وفقط بل هي أبعد من ذلك إذ تمثل تحصينا لإرادة الأطراف وتحقيقا للعدالة وخدمة للصالح العام.

بهذا نكون قد تحدثنا عن القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود، وفي 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

أورد المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية من القانون المدني، التجاري، العمل، حماية المستهلك وقمع الغش و قانون التأمينات العديد من القيود التي ترد على سلطان إرادة الأشخاص في تكوين العقد أو في تحديد مضمونه حقوقا و التزامات، بل أكثر من ذلك قيودا من شأنها أن تؤدي إلى تعديل أو إنهاء العقد دون إرادة احدهما أو كليهما، ونجد في كل قيد من تلك القيود ضوابط معينة تحكمه، و أبعادا أو أهدافا يسعى المشرع من وراءه إلى تحقيقها.

يمكن أن نعزوا العوامل التي أدت بالمشرع للنص على تلك القيود إلى التطور الذي شهده المجتمع في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، ويتجلى ذلك خصوصا في تطور وظيفة الدولة حيث أصبحت تعمل على ضبط النشاط الاقتصادي وتتحكم في تفسيره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا من جهة أخرى.[1]

واستنادا إلى مختلف النصوص القانونية، يمكننا إجمال تلك القيود في قيود ترد على المبدأ أثناء تكوين العقد (مبحث أول) وأخرى ترد عليه بعد تكوينه (مبحث ثاني).

[1] - فيلالي علي، المرجع السابق، ص51.

المبحث الأول:

القيود الواردة على المبدأ أثناء تكوين العقد

من نتائج إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في تكوين العقد؛ مبدأ حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد، فالأول يعني أن الأشخاص أحرار في إبرام ما يشاءون من عقود، والثاني – أي مبدأ حرية عدم التعاقد- يعني عدم إجبار أو حمل الأشخاص على إبرام عقود هم غير راغبين في إبرامها، وأخيرا مبدأ الحرية 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 والنتائج قيودا وحدودا 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 وحرية عدم التعاقد

لا نعني بحرية الأشخاص في التعاقد أو حريتهم في عدم التعاقد بالحرية المطلقة، بل لهذه الحرية قيودا تحد منها، وذلك باعتبار أن الشخص جزء من هذا المجتمع قد يؤثر بتصرفاته عليه كما قد يتأثر به في مقابل ذلك.

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 والباعث مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، إضافة إلى عدم جواز تعامل شخص في تركة إنسان على قيد الحياة، وأخيرا منع و حظر فئة من القضاة والمدافعين القضائيين وأمناء الضبط والمحامين من التعامل في أموال متنازع فيها.

أولا: القيد المتعلق بمشروعية المحل والسبب

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

1-القيد المتعلق بمشروعية المحل

عرف محل العقد الدكتور بلحاج العربي بأنه هو العملية القانونية التي تراضا الطرفان على تحقيقها والمحل يجب أن يكون موجودا أو ممكنا، ومعينا ومشروعا.

فالأصل عند التعامل في الأشياء هو الإباحة وجواز التعامل فيها والقيد الوارد عليها هو عدم جواز إبرام عقود يكون محلها غير مشروع باعتباره مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، فيمثل 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 أنه لا يجوز للأشخاص التعاقد على التجارة بالمخدرات أو شراء أصوات الناخبين أو التعامل في الحيوانات المصابة بأمراض معدية، أو مواد سامة، أو التعامل في جسم الإنسان أو أعضاءه، لما يشكل ذلك مساسا بالنظام العام والآداب العامة.

1- القيد المتعلق بمشروعية السبب

في إطار تبني المشرع الجزائري النظرية الحديثة في السبب التي تنظر إليه باعتباره الغرض والغاية غير المباشرة التي يرمي الأطراف الوصول إليها من التعاقد، ونصه كذلك في المادة 97 من القانون المدني[2] على أنه لا يشترط في السبب إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعا من خلال عدم مخالفة الباعث و الغرض من التعاقد للآداب العامة[3] وفي إطار تبني المشرع هذا التفسير فيعتبر بذلك قد وضع قيدا آخر 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 المؤجرة للقيام بممارسات منافية للآداب العامة، ولا 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

---

[1] - م93 من قانون رقم 05-10مؤرخ في 20جوان 2005 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم:إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

[2] - م97 من القانون المدني المعدل والمتمم:إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا.

[3] - بودالي محمد ، المرجع السابق، ص 54- 55.

من القانون المدني[1] التي تجعل من العقد في هذه الحالة باطل بطلان مطلقا، مما يعني تعلق المسألة بالنظام العام و الآداب العامة .

و المقصود بهذا التعامل هو ظهور الشخص بصفة الوارث في التعامل مع شخص آخر في ما عسى أن يؤول إليه من التركة، وأن 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 واحتمال وفاة من يدعي صفة الوارث قبل من يعتقد أنه سيكون مورثا، كذلك عدم معرفة مصير ومآل أموال الشخص، مع إمكانية أن يتصرف فيها قبل وفاته.

فيعتبر إذن منع وحظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، قيدا آخر يقف أمام حرية الأشخاص في التعاقد.

ثالثا: القيد المتعلق بالتعامل في الحقوق المتنازع عليها

كذلك أورد المشرع الجزائري بموجب المادتين 402 و403 من القانون المدني قيدا آخر على حرية فئة معينة من الأشخاص على التعامل في فئة معينة ومحددة من الأموال وهي الحقوق المتنازع فيها بمختلف صور التعامل وفي دائرة اختصاصهم، ورتب جزاء على مخالفة هذا القيد يتمثل في البطلان المطلق، ولتتحقق صفة الحظر والمنع بهذا الخصوص اشترط القانون عدة ضوابط :

[1] – أنظر المادة 92 من القانون المدني، المعدل والمتمم.

1- أن يتعلق الأمر بفئة من الأشخاص ورد تحديدهم على سبيل الحصر وهم القضاة، المدافعون القضائيون، الموثقون، أمناء الضبط والمحامون ويتحقق هذا الأمر بثبوت صفتهم .

2- أن يتعلق محل التعامل بحقوق متنازع بشأنها، من خلال تحقق وجود دعوى قضائية قائمة فعليا وعدم صدور حكم قضائي بشأنها حائز على قوة الشيء المقضي فيه .

3- أن يتعلق مجال الحظر بدائرة و مكان ممارسة اختصاصهم، و يترتب على مخالفة هذا القيد البطلان المطلق.

- ومن الدوافع التي ساقت المشرع إلى ذلك :
- الحفاظ على حياد و نزاهة و سمعة مرفق العدالة .
- عدم استغلال النفوذ والامتيازات قصد تحقيق مصالح معينة على حساب الطرف الضعيف.[1]

بمعنى آخر قيد يراد به حفظ النظام العام بمعناه الواسع والنظام العام الاجتماعي على وجه الخصوص، وهذا ما سعى إليه المشرع كذلك من إيراد قيود على حرية عدم التعاقد.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية عدم التعاقد

يقوم كذلك مبدأ سلطان الإرادة كما سبق القول على عدم إجبار وإكراه 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.

[1] - محمد صبري السعدي ، عقد البيع و عقد المقايضة ؛ دراسة مقارنة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008، ص 71- 74.

إلا أن لهذا المبدأ قيودا وحدودا أوردها المشرع الجزائري، من خلالها يجبر ويلزم الشخص على التعاقد بقوة القانون، وإلا تعرض لعقوبات ومتابعة جزائية، و نعني بذلك عقود التأمين الإلزامية، كما يتابع ويعاقب الشخص نتيجة امتناعه عن ممارسة البيع دون مبرر مشروع، ونعني بذلك حظر رفض البيع دون مبرر شرعي.

أولا: القيد المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات

يمثل عقد التأمين الإجباري على السيارات، من ابرز 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 للمؤمن له سلطة الاختيار، بل هو ملزم بها إذ بمجرد وضع المركبة على الطريق العمومي، يترتب عنه إلزاميا التأمين على المخاطر التي قد تترتب عنها، وتتحقق صفة الإلزامية والإجبارية هذه من خلال ترتيب الجزاء والأثر القانوني على الفعل السلبي، إذ من شأن امتناع الشخص مقتني المركبات عن التأمين أن يتعرض لعقوبات جزائية [2].

ويرجع الفقه مسألة إلزامية التامين على السيارات، كقيد وارد على حرية الشخص في عدم التعاقد إلى:

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

---

[1] - أنظر م190 من أ.م رقم 95-07 مؤرخ في 25يناير 1995، معدل و متمم 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 لإلزامية التأمين عن السيارات.

2- البعد الاجتماعي؛ ويعني أن التأمينات الإلزامية هي حماية للطرف المتضرر من حوادث السيارات باعتباره طرفا ضعيفا وعاجزا عن إثبات خطأ الطرف الآخر، مما يستوجب الاعتراف له بحقه في التعويض.

ثانيا: القيد المتعلق بحظر رفض البيع دون مبرر شرعي

الأصل ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة و لمبدأ حرية عدم التعاقد، هو حرية الشخص في ألا يتعامل وألا يتعاقد مع الأشخاص، فعلى سبيل المثال؛ حرية البائع أو المنتج في الامتناع عن تقديم سلع ومنتجات لبعض الأشخاص.

إلا أن التعسف في استعمال وممارسة هذا الحق والامتناع عن أداء وممارسة 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، وذلك بمقتضى المادة 15 من قانون الممارسات التجارية [1] والمادة 11 من قانون المنافسة.[2]

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 ويكون برفض صادر من عون اقتصادي مستغل لوضعية التبعية في مواجهة عون اقتصادي آخر، و يتعلق النوع الثاني بالمادة 15 من قانون الممارسات التجارية حيث

[1] م 15 من 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 م11 من الأمر رقم 03-03-مؤرخ في 19 جويلية 2003 ، يتعلق بالمنافسة ؛ معدل و متمم .

يكون رفض البيع الصادر من عون اقتصادي سواء في مواجهة عون اقتصادي آخر 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 آخر يتضمن أداء البيع.

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

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

ولم يشر المشرع لا في قانون المنافسة ولا في قانون الممارسات التجارية إلى 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 وإلى الهيئة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تطبيق قواعد الممارسات التجارية، فلا مجال إذن للقول بأن حظر ومنع رفض التعاقد أو رفض البيع يصطدم مع مبدأ سلطان الإرادة كون هذا الأخير قد تراجع كثيرا نتيجة تغيير الظروف وتعقدها، وأصبحت الغاية الأولى هي حماية المستهلك.[2]

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد حول مضمون العقد

كذلك من نتائج التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية أن ذلك يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في تضمين ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم

(1) - بن وطاس إيمان ، 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 ، ص 37-38.

على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم[1] أي الحرية التعاقدية حول مضمون العقد من حقوق والتزامات.

إلا أنه ونتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية وتفاوت المراكز القانونية بين الأشخاص بدأت حرية الأشخاص في تحديد بنود وشروط العقد تضيق وبرزت إلى الوجود عقود تولى القانون تحديد مضمونها من حقوق والتزامات الأطراف نتيجة صعوبة وصول أطراف العلاقة التعاقدية إلى اتفاق حولها كعقد العمل وعقود الإذعان، كما ظهر نوع من العقود من شأنه أن يرتب آثارا قانونية على أشخاص لم يكونوا طرفا فيه كعقود الأعمال نظرا لما تلعبه من أهمية في دعم الاقتصاد الوطني.

الفرع الأول: بالنسبة لعقد العمل وعقود الإذعان

يعتبر كل من عقد العمل وعقود الإذعان، من أبرز المجالات التي تغيب فيها حرية وإرادة الأشخاص في تحديد أثار ومضمون وبنود العقد، بل يجد الأطراف أنفسهم أمام شروط لم يتولى كلاهما أو أحدهما وضعها.

أولا: بالنسبة لعقد العمل

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

ومن الاعتبارات التي ساقت المشرع الفرنسي وغيره من التشريعات، إلى تنظيم ذلك العقد وتحديد أثاره هو الاختلاف والتفاوت الاقتصادي الكبير بين أطرافه، ووجود تضارب في المصالح الاقتصادية بينهما يستحيل من خلالها الوصول إلى اتفاق حول

[1] - بودالي محمد ، المرجع السابق نفسه ص 50.

مضمونه الذي كان يجسد الإرادة الفردية، فأصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة عن طريق القانون بمشاركة الأطراف في تكوينه، وتحديد مضمونه، بل أكثر من ذلك الاستغناء عن بنود العقد وبطلانها، وحلول القوانين والتنظيمات محلها، طبقا للمادة 136 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل:« يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون».

كذلك من شأن القيود الواردة على الحرية التعاقدية فيما يتعلق بأحكام علاقات العمل، نجد الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد، حيث أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات، فتنصرف أثاره إلى أشخاص أخرى لم تكن طرفا في العقد كاتفاقيات العمل الجماعية.[1]

مما يجعل المصدر الرئيسي لتحديد مضمون العلاقة التعاقدية بين العامل ورب العمل يكمن في قانون العمل ثم اتفاقيات العمل الجماعية ثم عقد العمل، ويرجع ذلك إلى ارتباط مؤسسات العمل والتشغيل 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 والجانب الاجتماعي.

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

---

[1] - فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 52.55.

ثانيا: بالنسبة لعقود الإذعان

الأصل في مبدأ سلطان الإرادة كأساس في العقود هو أن العقود القائمة بين الأطراف هي عقود مساومة، نشأت بنودها وشروطها عن طريق المناقشة والتفاوض والمساومة بين الأطراف، إلا أن هناك قيودا ترد على سلطة وإرادة الأشخاص في المناقشة والتفاوض حول مضمونها، والتي في الغالب تكون عقودا معدة ومهيأة سلفا وفقا لنموذج معين، ما على الأشخاص الراغبين الانضمام إليها إلا قبولها أو رفضها دون أية مناقشة؛ ونعني بذلك عقود الإذعان والعقود النموذجية.

ويقصد بعقد الإذعان الاتفاق الذي يسلم فيه القابل بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب، ولا يقبل مناقشته، ويعتبر محله سلعة أو مرفقا ضروريا يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه، وقد أصبحت عقود الإذعان – وفقا لهذا المعنى- مصدرا للحقوق وإطارا قانونيا للعلاقات القائمة بين المنشأة وزبائنها، عقود جاءت نتيجة الظروف الاقتصادية فأملت على الموجب صاحب الاحتكار أن يحدد الالتزامات التبادلية ويضع شروطا عامة ومجردة تراعي وضع منشأته و وضع المتعاقد الآخر، فأصبح العقد يتعدى العلاقات الفردية ليعطيها طابع المصلحة العامة.[1]

فنتيجة للقوة الإقتصادية الكبيرة لأحد أطراف عقد الإذعان ولسلطته الإحتكارية للمنتوج أو الخدمة، فمن شأن ذلك أن يجعل العقود التي يبرمها عقودا غير تفاوضية، فأصبحت العقود نموذجية وموحدة أي ما يسمى بعقود الجمهور، والتي لا يملك أحد مناقشتها، فإما أن يقبلها أو يرفضها، وفي الغالب سيذعن لا محالة لما للمحترف من

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

سلطة احتكار، وتكون بذلك عقود الإذعان النموذجية، قد أدت إلى جعل الحرية الاقتصادية تحل محل الحرية التعاقدية.[1]

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 والتي يفرضها هي قوة لا تنصرف إلا إلى أطرافه، فلا يمكن إجبار أو إنشاء التزام في ذمة شخص هو غير طرف في العلاقة التعاقدية.

إلا انه وبظهور نوع جديد من العقود ونعني 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 وترتيب آثار قانونية معينة بالنسبة لأطرافها، يكون لها امتداد إلى أشخاص آخرين غير أطراف فيها، إلا أن هناك علاقة اقتصادية مفترضة قائمة وموجودة، كل ذلك من أجل أهمية ودور هذه العقود في دعم الاقتصاد ومن أهمها عقد تحويل الفواتير وعقد نقل البضائع.

أولا: بالنسبة لعقد تحويل الفواتير

فالأصل أن عقد تحويل الفواتير يتم إبرامه بين الشركة الوسيطة والمنتمي، إلا أن أثاره تمتد إلى الغير وهو المدين، الذي لا يعد طرفا في العقد، ولم يعبر عن إرادته في إبرامه لا بالرفض ولا بالقبول، لكن تربطه بالشركة علاقة قانونية تنشأ مستقلة عن إرادته، فيسأل في مواجهتها عن بعض الالتزامات.[2]

---

[1] - بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 12.

[2] - فضيل نادية ، الأوراق التجارية في القانون الجزائري ، الطبعة الحادية عشر ، دار هومة ، الجزائر ، 2006، ص 153-154.

ويبرر هذا القيد على انه أثر نسبي للعقد، من خلال تحميل شخص التزامات عن عقد هو لم يكن طرفا فيه، بفكرة تفعيل ومساهمة مثل هذه العقود في دعم الاقتصاد.

ثانيا: بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع

يعتبر عقد النقل البحري للبضائع، من صور عقود الأعمال اللصيقة والمترتبة عن عقد البيع الدولي، ينشأ بموجب اتفاق بين الشاحن والناقل يتضمن حقوقا والتزامات تقع على الطرفين، ومن شأنه ترتيب التزامات وحقوق لفائدة شخص آخر لم يكن طرفا فيه كالمرسل إليه.

مما يجعل هذا العقد قيدا آخر يرد على مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يعتبر من أحد نتائج مبدأ سلطان الإرادة حيث انه وعلى الرغم من أن المشتري أو المرسل إليه شخص ثالث ليس له دور في إبرام عقد نقل البضائع، مع ذلك يتحمل التزامات ويستفيد من حقوق ناتجة عنه - يجب على المرسل إليه تقديم التحفظ كتابة قبل أو أثناء التفريغ – [1] مما يعني خروج عن قاعدة الأثر النسبي للعقد[2] ويعتبر الفقه هذه الوضعية بأن المرسل إليه هو شخص من أشخاص العقد يكتسب منه حقوقا ويتحمل التزامات اتجاه الناقل والمرسل انطلاقا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، فهو في مركز المستفيد لا يثبت له الحق إلا عند وصول الشيء إليه، أما الالتزامات فتترتب عليه من لحظة إظهار رغبته في التمسك بالعقد.[3]

صفوة ما يمكن قوله، أن حرية الشخص في التعاقد أو عدم التعاقد، وحريته في تحديد مضمون وآثار العقد، أصبحت حرية نسبية وليست مطلقة، إذ أورد عليها المشرع

---

[1] - مجلة المحكمة العليا ،العدد الاول، 2007 ، ص 354، ملف رقم 391372 قرار بتاريخ 2007/02/07، قضية شركة سلومان نبتون ضد الشركة الجزائرية للتأمين (كار) ومن معها.

[2] - بوشاربي سكينة وآخرون ، عقد النقل البحري للبضائع في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة جيجل ، 2010، ص 61-62.

[3] - باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، 2006، ص 202.

مجموعة من القيود التي تحد منها، إعمالا لفكرة النظام العام بمعناه الواسع أو النظام العام الاقتصادي بتدخل الدولة من خلال المشرع في توجيه وتسيير النشاط الاقتصادي تحقيقا للمصلحة والمنفعة العامة، أو النظام العام الاجتماعي تحقيقا للعدالة الاجتماعية والعدالة التعاقدية حماية للطرف الضعيف.

إن انتهاءنا من الحديث عن القيود الواردة على المبدأ من حيث موضوع العقد أثناء تكوين العقد يفتح المجال إلى التطرق إلى القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد تكوين العقد وهو ما سيكون موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني:

القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد تكوين العقد

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

إلا أن لهذه القاعدة التي تمثل أحد ركائز مبدأ سلطان الإرادة بعض القيود أوردها المشرع إما تحقيقا للعدالة أو مراعاة للصالح العام أو لخصوصية العقد، وتتجلى في تدخل القانون من جهة؛ بالنص على إمكانية تعديل العقد خاصة في حالتي الاستغلال والغبن، أو النص على إنهاء العقد سواء 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

تنص مختلف القواعد القانونية المتعلقة بتدخل القانون في مجال العقود كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة وعلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على حالات إما لتعديل العقد وإما لإنهائه.

الفرع الأول: حالات تدخل القانون لتعديل العقد

الأصل أن الالتزامات التي تضمنها العقد هي تعبير عن عدالة هذا العقد، كون أن مصدرها هو الاتفاق والإرادة السليمة، لكن قد لا تعبر في بعض الحالات عن تلك العدالة، وإنما توجد بصورة متفاوتة وغير متوازنة بشكل كبير، وترجع إما نتيجة للإرادة غير السليمة 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 ولأهمية وطبيعة العقود التي يقبل فيها الطعن بالغبن خاصة في العقارات، وذلك بموجب حالتي الاستغلال و الغبن.[1]

أولا: حالة الاستغلال

[1] - أنظر المادة 90 من أمر رقم 75-78 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وكذلك المواد 358و359و360 منه.

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.

ويقصد بحالة الاستغلال في مجال العقود تحمل المتعاقد التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض أو المقابل الذي أخذه من المتعاقد الآخر، نتيجة استغلال هذا الأخير لحالة الطيش البين أو الهوى الجامح مما دفعه إلى التعاقد[1]، وحتى تتحقق حالة التدخل لتعديل العقد وإعادة التوازن له بمقتضى الاستغلال يجب أن تتوافر شروطه وعناصره كعيب من عيوب الإرادة.

1- شروط رفع دعوى بالاستغلال

أ- لا بد من توافر عنصرين مادي ونفسي[2]، الأول يتمثل في عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقا، ولا 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 التزامات المتعاقد الآخر ويخضع تقدير العنصر المادي للقاضي، وعنصر نفسي يتمثل في استغلال ظرف الطيش البين؛ ومثال ذلك شاب ورث أموالا كثيرة وأخذ ينفقها بسفه، أو يتمثل في هوى جامح كحب شخص لشخص لدرجة يفقد معها التقدير السوي والصحيح للأمور، ويخضع هو كذلك لسلطة القاضي في تقديره.

---

[1] - فيلالي علي، المرجع السابق ، ص 203.

*إضافة إلى الشروط العامة لرفع الدعوى هناك شروط خاصة بدعوى الاستغلال.

[2] - مجلة المحكمة العليا،العدد الأول 2009، ص 123، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599 قرار بتاريخ 2008/09/17، قضية (ق.ح) ضد (ق .ل ومن معه)

ب- أن يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، وهو مسألة واقع يخضع لسلطة القاضي، ويقع عبء إثبات الطيش البين أو الهوى الجامح على الطرف المستغل.

2- الآثار القانونية لرفع دعوى الاستغلال

لم يرتب القانون في كل أحوال على دعوى الاستغلال الإبطال، وإنما أجاز إبقاء العقد مع إنقاص التزامات الطرف المستغل حتى تتحقق العدالة والتوازن في العقد، ولا يجوز للقاضي أن يزيد التزامات المتعاقد الآخر.[1]

مع وجوب أن ترفع الدعوى خلال سنة من إبرام العقد وهي 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 وهي حالة أوردها المشرع الجزائري وحصرها في بعض العقود دون غيرها، ووضع لها ضوابط وشروطا معينة حتى لا يكون هناك توسع في هذا القيد وتفقد بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مضمونها، ومن بين الاعتبارات التي ساقت المشرع إلى تقرير هذا القيد هو تحقيقا للعدالة والتوازن المالي للعقد من جهة حماية للطرف الضعيف، ومن جهة أخرى ارتباط محل هذه العقود – العقارات - بالنظام العام، ومدى أهميتها اقتصاديا واجتماعيا.

ويمثل الأساس القانوني لحالة الطعن بالغبن المواد 358 و359 و360 من القانون المدني والمتعلقة بحالة الغبن في بيع العقارات والمادة 415 من القانون المدني المتعلقة

[1] -علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005، ص 67-68.

بحالة الغبن في المقايضة، وأخيرا المادة 732 من القانون المدني المتعلقة بالغبن في القسمة.

لكن إذا كان الهدف الذي أدى بالمشرع إلى النص على جواز الطعن بالغبن في مجال العقود الواردة على العقارات، 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 إليه القضاء الفرنسي من إمكانية قبول الطعن بالغبن في غير المجالات المحددة قانونا، وهو ما فعله في القضية المعروفة بالإرث الضائع؛ حيث تعود وقائعها إلى تعهد الموثق اتجاه بعض العائلات للبحث عن ارث ضائع لهم لعدد من السنين، فدفعوا له بالمقابل أموالا طائلة دون أن يحقق وينفذ التزامه في الأخير، مما جعل أفراد تلك العائلات في وضعية غبن - عدم تعادل الالتزامات بين ما قدموا وما حصلوا عليه من الموثق- فقضى القضاء الفرنسي بالتعويض لهم إعمالا لنظرية السبب المباشر المتمثل في وجود التزام دون أن يقابله التزام آخر.

ووفقا 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 358و 359و 360 من القانون المدني[1]، تتمثل القيود والضوابط التي أوردها المشرع لقبول الطعن بالغبن في:

أ- أن يكون المبيع عقارا؛ و يستوي في ذلك أن يكون المبيع حق ملكية على عقار أو أن يكون حقا عينيا آخر يرد على عقار، وسوى المشرع الجزائري في هذه الحالة بين كامل الأهلية وناقصها، فكلاهما يستفيدان من الحماية.

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

ج- أن لا يكون البيع قد تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون، والحكمة في ذلك تكمن في أن القانون في هذه الحالة يفرض إجراءات معينة تهدف إلى أن يتم البيع بالمزاد العلني بأعلى ثمن ممكن، والمفروض أن المزاد العلني يكفل تجنب الغبن، ولتشجيع 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

وهنا يبرز تدخل القانون كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة في تعديل العقد، من خلال تمكين الطرف المغبون، من طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس قيمة العقار ويجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من انعقاد العقد بالنسبة لكامل الأهلية، ومن يوم زوال سبب نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية، مع وجوب شهر هذه الدعوى[2].

---

[1] - مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2011، ص 105، الغرفة المدنية، ملف رقم 584684 قرار بتاريخ 2010/07/22 ، قضية (ن. ز) ضد (ع. ب)

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

فتمثل حالـة دعوى الغبن في مجال العقـود المتعلقـة بالعقارات، قيدا قانونيا يرد على قاعـدة العقد شريعــة المتعــاقدين وذلـك تحقيقـا للعدالــة والتـوازن فـي العقـد، ولأهميــة وقيمـة العقـارات فـي النظـام القانـوني المعمـول بـه فـي الجزائـر، إلا أننــا نـرى وجـوب إعـادة النظر في إمكـانية اشتمـال الغبن في المنقولات.

الفرع الثاني: حالات تدخل القانون لإنهاء العقد

تقييدا لقاعدة عدم جواز تعديل أو إنهاء العقد إلا باتفاق جديد من الطرفين، نجد بعض النصـوص القانونيـة مـن شـأنها السـماح ومـنح إرادة أحـد الأطـراف إنهـاء العقـد بـإرادة منفردة، حماية له باعتبـاره طرفـا ضـعيفا فـي العلاقـة التعاقديـة، أو من شـأنها إنهـاء العقد بقوة القانون دون عبرة لإرادة الطـرفين نظـرا لخصوصـية والاعتبـارات التـي تقوم عليهـا هذه العقود.

أولا: حالات الإنـهاء بإرادة منفردة

نظرا لتواجد أحد الأطراف فـي بعض العلاقـات التعاقديـة فـي مركز ضـعيف يحتـاج إلـى نـوع مـن الحمايـة مـن جهـة، ونظـرا للاعتبـارات الشخصـية التـي تقوم عليهـا بعض العقود، إضافة إلى عدم تصـور استمرار الالتزامـات بالنسبة للأطـراف قائمـة فـي العقود إلى الأبد من جهة أخرى، سمح المشرع للأطراف وبإرادة منفردة في إنهاء العقد وفسخه.

1- حالة إنـهاء المستهلك لعقد القرض بإرادة منفردة

أجـاز القـانون الفرنسـي فـي مجـال القـروض الاسـتهلاكية للمسـتهلك بعـد إبـرام عقـد القرض وخلال أجل معين إمكانية التراجع بإرادة منفردة وفسخ العقد في مواجهة المتعاقد الآخـر، وذلـك باعتبـار الوضـعية الخاصـة للطـرف المسـتهلك الـذي قـد يتسـرع فـي إبـرام العقود ممـا يستوجب إعطـاءه فرصـة للتريـث والتفكيـر، وهـي حالـة كـان معمـول بهـا فـي

النظام القانوني الجزائري لوقت ما، فتمثل هذه الوضعية حالة من القيود الواردة على قاعدة عدم جواز إنهاء العقد بإرادة منفردة وذلك تحقيقا ومراعاة للبعد الاجتماعي في مجال عقود الاستهلاك.

2- حالة إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة ومحدد المدة بالإرادة المنفردة

كذلك يمكن إنهاء عقد الإيجار بإرادة منفردة إذا كان غير محدد المدة شرط التزام من يريد إنهاءه توجيه إنذار أو تنبيه بالإخلاء[1]للطرف الآخر 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 إنتهاء المدة المحددة سلفا، لكن بشرط أن يكون بمبرر عائلي أو مهني، وشرط آخر هو إخطار المؤجر بذلك بموجب إشعار لمدة شهرين[3] وترجع 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 محددة.

3- حالة إنهاء عقد العارية بإرادة منفردة

كذلك أجاز القانون المدني في عقد العارية غير محدد المدة إنهاءه بإرادة منفردة من قبل أحد أطرافه، سواء المعير أو المستعير، وذلك طبقا لنص المادة 546 من القانون

---

(1) - مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2009، ص 194، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 504811 قرار بتاريخ 2009/03/04، قضية (ورثة ك ج ومن معهم) ضد (ر ا)

(2) - ذيب عبد السلام ، المرجع السابق،ص 90 .

(3) - أنظر المادة 469 مكرر 1 من أمر رقم 75-78 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المدني التي تنص:«...فان لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت، وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية ...». ودائما يبرر هذا القيد على أساس أنه لا يبقى التزام الشخص التزاما مؤبدا.

4- بالنسبة لإنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة

لم يتطرق المشرع الفرنسي لإمكانية إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة ضمن أحكام و قواعد قانون العمل، ولكنه أشار إلى ذلك ضمن قواعد القانون المدني، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلا يوجد نص قانوني لا في قانون العمل ولا 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[1].

ثانيا: حالات الإنهاء بقوة القانون

هي حالات من شأنها إنهاء العقد دون عبرة لإرادة الطرفين أو لسلطة القاضي، وإنما بمجرد تحقق الواقعة أو الظرف ينتهي هذا العقد بقوة القانون، نتيجة ارتباط وقيام هذه العقود على الاعتبارات الشخصية والثقة المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة كعقد شركة التضامن وعقد العارية وعقود الأعمال.

1- بالنسبة لعقد الشركة التضامن

[1] - مجلة المحكمة العليا – العدد الأول 2009، ص 431، الغرفة الإجتماعية، ملف رقم 529206 قرار بتاريخ 2009/04/01، قضية (م-ش) ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ت- ت)، والعدد الثاني 2011، ص 186 ، ملف رقم 575386 قرار بتاريخ 2011/01/06 قضية مكتب الدراسات التقنية والاقتصادية ضد (د.ا).

فتعتبر شركة التضامن شركة قائمة على الاعتبار الشخصي للشركاء، وهو ليس شرطا لتكوينها وفقط بل هو شرط لبقاء واستمرار الشركة، مما يعني أنها تنتهي وتنحل 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

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]

3- بالنسبة لعقود الأعمال

كذلك نجد أن عقود الأعمال القائمة بين رجال الأعمال كعقد التسيير، عقد تحويل الفواتير،عقد الاعتماد الإيجاري وعقد الاعتماد المستندي وهي من العقود التي تقوم على الاعتبارات الشخصية، إذ بمجرد تغير وظهور أي ظرف طارئ على أحد المتعاقدين كالإفلاس أو الوفاة أو فقد الأهلية إلا وأدى ذلك إلى انقضاء وانتهاء العقد بقوة القانون، وليس حلول الورثة محل المتوفى كما هو معمول به في القواعد العامة.

صفوة القول أن جل حالات تدخل القانون تعديلا للعقد أو إنهاء له هي إما لحماية إرادة المتعاقد الناقصة أو لطبيعة وخصوصية بعض العقود، كما توجد حالات يتدخل القاضي بشأنها.

المطلب الثاني: حالات تدخل القاضي

(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 سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

كذلك من بين القيود التي أوردها المشرع الجزائري على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعدم جواز تعديله أو إنهاءه أو تغيير مضمونه إلا باتفاق الطرفين، تتمثل في السلطة التي منحت للقاضي لتعديل العقد أو إنهاء أو إلغاء بعض شروطه وبنوده ذات الطبيعة التعسفية، أو تمديد أجل العقد من خلال منح المدين مهلة للوفاء، كل ذلك تحقيقا للعدالة ومراعاة للصالح العام.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة

بمقتضى المادة 107 من القانون المدني وتقييدا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وإلزامية أن ينفذ كلا المتعاقدين التزاماته بأمانة وحسن نية، أجاز القانون للقاضي مراجعة العقد وتعديله نتيجة ظهور ظروف استثنائية[1] أثناء تنفيذ العقد لم تكن متوقعة عند الانعقاد، تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقة وتهدده بخسارة فادحة، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة والتوازن في الالتزامات التعاقدية، ويكون بذلك المشرع الجزائري في اعتماده هذه النظرية، قد خالف المشرع الفرنسي والقضاء الفرنسي ووافق القضاء الإداري الفرنسي.

وحتى يتم إعمال سلطة القاضي في مراجعة العقد وتعديله - كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة - اشترط المشرع شروطا معينة.

أولا: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

1- أن يتعلق الأمر بعقود يستلزم تنفيذها فترة من الزمن سواء كنا بصدد عقود غير فورية - أي متراخية في الزمن- أو عقود فورية إلا أن التزاماتها مؤجلة.

---

[1]- مجلة المحكمة العليا – العدد الثاني 2007، ص 135، الغرفة المدنية، ملف رقم 351258 قرار بتاريخ 2007/03/12، قضية (ع.ع) ضد (مدير صندوق التوفير والاحتياط ومن معه)

2- أن تكون هذه الظروف قد طرأت بعد إبرام العقد، أما في حالة كانت موجودة أثناء العقد، فلا مجال لإعمال هذا القيد - تدخل القاضي لمراجعة العقد-

3- أن تكون هذه الظروف استثنائية وغير عادية كزلزال أو فيضانات.

4- أن تكون هذه الظروف عامة، ليست خاصة بالمدين كالحرب والوباء.

5- أن تكون هذه الظروف غير متوقعة أثناء التعاقد.

6- أن يترتب عن هذه الظروف جعل تنفيذ التزام المتعاقد مرهقا وليس مستحيلا بحيث يهدده بخسارة فادحة وجسيمة، ويخضع تقدير ذلك للقاضي.[1]

أي شروط تتعلق بطبيعة العقد، شروط تتعلق بطبيعة الظروف الطارئة وأخيرا شروط تتعلق بأثر هذه الظروف على الالتزام.

ثانيا: سلطات القاضي في إعمال النظرية

نتطرق إلى مدى إلزامية القاضي بمراجعة العقد ثم إلى كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

1- مدى إلزامية القاضي بمراجعة العقد

قد يعتقد بأن استعمال المشرع لمصطلح (جاز للقاضي) أن مسألة المراجعة وعدم المراجعة تخضع لسلطة القاضي حتى وإن توافرت شروط وعناصر النظرية، لكن هذا غير صحيح باعتبار أن ذلك يتعارض مع غرض المشرع من استحداث النظرية من جهة.

[1] - علي علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 98.100.

ومن جهة أخرى تعتبر المراجعة من النظام العام، بدليل بطلان كل اتفاق يخالف أحكامها لكن للقاضي سلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة العادية ومدى اعتبار التزام المتعاقد المدين التزاما مرهقا، ومقدار ذلك الإرهاق، وسلطته في كيفية رد الالتزام إلى الحد المعقول.

2- كيفية رد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول

نفرق بين إنقاص التزام المدين المرهق وبين زيادة التزام الدائن.

أ- إنقاص التزام المدين المرهق

و تعتبر هذه السلطة الأصلية الممنوحة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة و تعني التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، والتخفيف منها و ليس الإعفاء الكلي، ومن صور وأشكال الإنقاص نجد إعفاء المدين من تنفيذ قسط من التزامه أو تخفيض جزء من الثمن أو منح مهلة للتنفيذ، مع مراعاة مصلحة كل من المتعاقدين .

ب- زيادة التزام الدائن

لا يملك القاضي في نظر البعض من الفقه سلطة زيادة التزام الدائن - وهو الرأي الراجح - استنادا إلى:

- وضوح نص المادة 107من القانون المدني التي تقيد القاضي بالنظر إلى الالتزام المرهق للمدين.

- استعمال المشرع في النص الفرنسي (réduire) ويعني الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل.

- لو أراد المشرع النص عليه صراحة لفعل ذلك مثلما نص عليه في المادة 561 من القانون المدني[1] حيث نص صراحة على سلطة القاضي في الحكم بزيادة الأجر في حالة الظروف الطارئة على العقد القائم بين رب العمل والمقاول ، فلا وجود لأساس قانوني يخول للقاضي الزيادة في التزام الدائن.[2]

خلاصة ما يمكن قوله عن سلطة القاضي في مراجعة وتعديل العقد بناءا على نظرية الظروف الطارئة، كقيد يرد على القوة الإلزامية للعقد وعلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هي مراعاة و حماية للطرف الضعيف والمتضرر، وتحقيقا للعدالة وإعادة التوازن المفقود في العقد وارتباط هذا القيد بالنظام العام.

الفرع الثاني: حالة الشروط التعسفية

إن القاعدة والمبدأ المعمول به في مجال العقود هو الحرية التعاقدية كما سبق القول، وتعني جواز الأطراف تضمين العقد ما يشاءون من شروط ما لم تخالف النظام والآداب العامة.

إلا أن الوضع أصبح خلاف ذلك في المجال الاقتصادي، حيث أصبح السائد هو انتشار العقود النموذجية المحددة مسبقا، وانفراد الأطراف الأقوياء إقتصاديا بتضمين العقود شروطا قد تعتبر في بعض الحالات مجحفة وتعسفية بالنسبة للطرف الآخر، مما استوجب على المشرع التدخل ومنح القاضي سلطة لمواجهة مثل هذه الشروط حماية للنظام العام الاجتماعي أي تحقيقا للعدالة وحفاظا على الاقتصاد بمراعاة النظام العام الاقتصادي من جهة أخرى.

ولقد تنوعت وتعددت التعاريف الفقهية والقضائية في مسألة تعريف الشروط التعسفية، إلا أنه يمكننا إجمالها في الشروط التي أوردها المتعاقد في العقد أثناء تعاقده مع

[1] - أنظر المادة 561 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
[2] - فيلالي علي ،المرجع السابق ، ص 378-381.

طرف آخر، والتي من شأنها أن تؤدي إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، ويتم 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 إلى بعض تطبيقات هذه الشروط في العقود وآثارها.

أولا: عناصر الشرط التعسفي

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

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

2- أن نكون بصدد عقد أحد طرفيه محترف والآخر مستهلك ولقد تناول المشرع تعريف وتحديد كل من المحترف والمستهلك بموجب قانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

3- أن يكون من أثار الشروط التي تضمنها العقد، إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، والذي يعتبر معيارا اعتمده المشرع الجزائري لتحديد الطابع

(1) – بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،تخصص قانون السوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيجل ، 2008، ص 47 .

التعسفي للشرط، ويعتبر مجرد ترديد لمعياري الميزة المفرطة والتعسف في استعمال القوة الاقتصادية والذي اعتمده المشرع الفرنسي سابقا.[1]

وللشروط التعسفية تطبيقات في بعض العقود.

ثانيا: تطبيقات الشروط التعسفية في بعض العقود

بموجب بعض النصوص القانونية، وردت بعض الشروط التي اعتبرها المشرع ذات طابع تعسفي، أو يكتنفها نوع 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 وتعمد 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.[2]

2- بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين

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

[2] - بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص 23-24 .

فلم يكتف المشرع الجزائري بتقرير حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية بموجب المادة110 من القانون المدني، وإنما أدرج نصوص قانونية خاصة لحماية المؤمن له منها، والتي يمكن أن ترد في وثيقة التأمين وذلك بموجب المادة 622 من القانون المدني بحيث نص على بطلان هذه الشروط التعسفية التي تضمنتها المادة وهي باطلة بقوة القانون ولا 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 ومن شأنها مخالفة قواعد تنفيذ هذا العقد ومنها المبالغة في تحديد سعر الفائدة والتزام المستهلك بتعويض مبالغ فيه.[1]

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 به، ما لم تكن تلك الشروط ذات أهمية كبيرة، هذا ويكون 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.

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

هذا وقد مكن المشرع الجزائري القاضي من سلطة منح أجل للمدين المعسر؛ أو ما يعرف بالنظرة إلى ميسرة.

الفرع الثالث: النظرة إلى ميسرة

الأصل في مجال تنفيذ العقود، انه بمجرد حلول آجال تنفيذ الالتزامات يجب على المتعاقدين تنفيذها، إلا انه قد تكون حالة احد المتعاقدين غير ميسورة، فأجاز المشرع للقاضي منح المدين مهلة قضائية للتنفيذ والوفاء وقد يجد القاضي نفسه غير ملزم بمنحها.

أولا: سلطة القاضي في منح الأجل

في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه، للقاضي سلطة تقدير واسعة طبقا للمادة 119 من القانون المدني وعلى ضوء الملابسات المتعلقة بالقضية، وتبعا لمصلحة الأطراف، أن يمنح للمدين أجلا للوفاء بالتزامه، كما لو تبين للقاضي أن ما تبقى في ذمة المدين من التزامات ضئيل مقارنة مع ما تم تنفيذه، وأن مصلحة الدائن لا تتأثر نتيجة ذلك، فتجعل القاضي يمنح المدين أجلا لتنفيذ ما تبقى[1]، لكن لهذه السلطة حدودا.

ثانيا: حدود القاضي في منح الأجل

قد يجد القاضي نفسه غير مضطر لمنح المدين مهلة قضائية للوفاء بالتزامه وذلك في حالات أهمها إذا تبين من ظروف وملابسات القضية عدم جدوى المهلة، حيث حتى ولو منح المدين أجلا للوفاء فلا يستطيع الوفاء عند ذلك الأجل نظرا لإعساره.

الخاتمة

[1] - فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص 433-434.

وفي الختام يمكن القول أن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة لكن المشرع أورد قيودا على هذا المبدأ من حيث شكل العقد وموضعه ، فإشترط الكتابة الرسمية كركن للانعقاد ومن هذه العقود العقود الواردة على العقارات، عقد الشركة، العقود الواردة على المحل التجاري وعقد الرهن ، كما اشترط الكتابة العرفية في بعض العقود مثل المرتب مدى الحياة، عقد التأمين، عقد العمل الجماعي وعقد التنازل عن حق المؤلف، وهناك عقود لم يكتف فيها بالكتابة وإنما اشترط فيها التسليم مثل عقد الهبة الوارد على منقول،بالإضافة إلى قيود وضعها تحد من إرادة المتعاقدين فاشترط الكتابة للإثبات في التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000دج ، وعقد التأمين ، كما وضع قيود في بعض التصرفات الواردة في إبرام العقود كإلزامية التسجيل والشهر والقيد في السجل التجاري والتصريح الإجباري لليد العاملة ،ولم يكتف المشرع بذلك وإنما أعطى للقاضي سلطة تفسير الشك في مجال العقود لمصلحة المدين ولمصلحة المذعن .

كما وضع قيود من حيث موضوع العقد سواء أثناء تكوينه أو بعد تكوينه ، فأثناء تكوين العقد وضع قيود على حرية التعاقد تتمثل على الخصوص في مشروعية المحل والسبب وحظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وحظر التعامل في الحقوق المتنازع عليها ، ووضع قيود على حرية عدم التعاقد كإجبارية التأمين على السيارات وحظر رفض البيع بدون مبرر شرعي .

أما بعد تكوين العقد فأورد حالات تدخل القانون لتعديل العقد كحالة الاستغلال وحالة الغبن وأورد حالات يتدخل فيها القانون لإنهائه كحالة إنهاء المستهلك لعقد القرض بإرادته المنفردة وإنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة ومحدد المدة بالإرادة المنفردة وإنهاء عقد العارية وعقد العمل بالإرادة المنفردة ، وأورد حالات إنهاء العقد بقوة القانون مثل عقد شركة التضامن التي تنتهي بوفاة أحد الشركاء أو فقد أهليته وكذا عقد العارية ، وأورد

حالات سمح فيها للقاضي بالتدخل كحالة الظروف الطارئة أو الاستثنائية وحالة الشروط التعسفية.

وخلاصة ما يمكن قوله انه تعتبر قيودا ترد على مبدأ رضائية العقود إلزام الأشخاص بمراعاة شكليات وإجراءات قانونية معينة في مجال العقود التي يتم إبرامها، فالاستثناءات التي أوردها المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية على مبدأ سلطان الإرادة في هذا الإطار من الناحية النظرية البحتة يمكن اعتبارها قيودا وحدودا تمس إرادة الأشخاص وتشكل عائقا يقف أمام حريتهم في تكوين ما يشاءون من عقود، كما تقيض حريتهم في عدم إبرام بعض العقود كعقد التأمين، ومن شأنها كذلك أن تسلبهم الحرية في تحديد مضمونها وإلزامهم بآثار قانونية خارجة عن إرادتهم خاصة في مجال العمل وعقود الإذعان والعقود النموذجية، كما تمس بالقوة الإلزامية للعقد والتي تعتبر الإرادة مصدرها من خلال تدخل القانون تعديلا أو إنهاء، أو تدخل القاضي من أجل تعديل بعض البنود أو إلغائها.

إلا انه لا يمكن اعتبار هذه القواعد والأحكام التي أوردها المشرع الجزائري مجرد قيود ترد على مبدأ سلطان الإرادة وإنما هي في حقيقة الأمر جاءت لحماية هذا المبدأ من خلال تحصين وحفظ إرادة الأطراف باشتراط تلك الشكليات لاستكمال الإرادة الناقصة في بعض العلاقات التعاقدية أو لإعادة التوازن المالي والتعاقدي المفقود في بعض العقود هذا من جهة, ومن جهة أخرى هي قواعد وأحكام مقررة مراعاة لمبدأ أسمى وأعلى من مبدأ سلطان الإرادة ألا هو مبدأ العدالة والمساواة بين الأطراف في مجال العقود والذي أصبح اليوم مفقودا نسبيا نتيجة التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين فئات المجتمع، مما استوجب تدخل الدولة عن طريق المشرع بسن قواعد ونصوص قانونية تعززه حماية للنظام العام الاجتماعي ومن أجل تمكين الدولة من توجيه وتسيير النشاطات الاقتصادية ومراقبة العلاقات التعاقدية وتوجيهها وفقا لما يخدم السياسة العامة الاقتصادية.

قائمة المصادر

ا- النصوص القانونية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، أنظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz

2- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، أنظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz

3-أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي سنة 1995، يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13، صادر03/08 1995 في 25-01 -1995، معدل و متتم، قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري سنة 2006،جريدة رسمية عدد 15، صادر في12- 03 -2006.

4- قانون رقم 84-11 مؤرخ في09 جوان سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، صادر في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم بأمر رقم 05-02 مؤرخ في27 فيفري سنة 2005، جريدة رسمية عدد 15، صادر في 27- 02-2005.

5- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بالمنافسة ، جريدة رسمية عدد 43، صادر في 20-07-2003، معدل ومتمم، قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، جريدة رسمية عدد36، صادر في 02-07-2008، قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010 ، جريدة رسمية عدد 46، صادر في 18-08-2010.

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

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

8- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15، صادر في 08-03-2009.

II- الفقه

***المراجع العامة**

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

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

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

4- باسم محمد صالح، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.

5- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة؛ دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

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

***المراجع الخاصة**

1- عادل بسيوني، مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، 1976.

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

3- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

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

5- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد؛ دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، 2003.

6- وازنـي وسيلة، وظيفـة التوثيـق فـي النظـام القـانوني الجزائـري، دار هومـة، الجزائـر، 2005.

7- فضـيل نادية، الأوراق التجاريـة فـي القـانون الجزائـري، الطبعـة الحاديـة عشـر، دار هومة، الجزائر، 2006.

8- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري؛ دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.

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

10- دوة آسيا و رمول خالد، الإطـار القـانوني والتنظيمـي لتسـجيل العقـارات فـي التشـريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.

11- بـن وطـاس إيمـان، مسـؤولية العـون الاقتصـادي فـي ضـوء التشـريع الجزائـري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012.

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

13- فيلالي علي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010 والطبعة الثالثة 2013.

14-بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2014.

III- مذكرات جامعية ومجلات قضائية

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

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

*** مجلات قضائية**

-مجلة المحكمة العليا ، الجزائر، لسنوات: 2007- 2009 – 2011.

- موسوعة الاجتهاد القضائي : موقع https//droit.mjustice.dz

الفـــهـــــرس

المقدمة.....01

الفصل الأول: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود.....04

المبحث الأول: اشتراط الشكلية المباشرة.....06

المطلب الأول: اشتراط الكتابة 06

الفرع الأول: الشكلية الرسمية 07

أولا: عناصر الشكلية الرسمية 07

ثانيا: العقود الواجب إفراغها في شكلية رسمية 08

الفرع الثاني: الشكلية العرفية 11

أولا: عناصر الشكلية العرفية 11

ثانيا: بعض العقود العرفية.....12

المطلب الثاني: العقود العينية 14

الفرع الأول: ماهية العقود العينية 15

أولا: تعريف العقود العينية.....15

ثانيا: أصل العقود العينية.....15

الفرع الثاني: تحديد العقود العينية 16

أولا: بالنسبة لعقود القرض،الوديعة، العارية والرهن الحيازي 16

ثانيا: بالنسبة لعقد الهبة الوارد على المنقول.....17

المبحث الثاني: اشتراط الشكلية غير المباشرة وتفسير الشك في مجال العقود.....19

المطلب الأول: اشتراط الشكلية غير المباشرة 19

الفرع الأول: اشتراط الشكلية للإثبات.....19

أولا: بالنسبة للتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج 20

ثانيا: بالنسبة لعقد التأمين 20

الفرع الثاني: اشتراط التسجيل والشهر 21

أولا: اشتراط التسجيل

.....21

ثانيا: اشتراط الشهر 23

الفرع الثالث: اشتراط القيد والتصريح الإجباري 24

أولا: اشتراط القيد.....25

ثانيا: اشتراط التصريح الإجباري.....25

المطلب الثاني: تفسير الشك في مجال العقود

.....26

الفرع الأول: تفسير الشك لمصلحة المدين.....27

أولا: مضمون القاعدة 27

ثانيا: مبررات القاعدة 27

الفرع الثاني: تفسير الشك لمصلحة المذعن.....28

أولا: مضمون القاعدة 28

ثانيا: مبررات القاعدة.....28

الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقود ...30

المبحث الأول: القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع أثناء تكوين العقد 31

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد 31

الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد 31

أولا: القيد المتعلق بمشروعية المحل والسبب.....32

ثانيا: القيد المتعلق بحظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.....33

ثالثا: القيد المتعلق بحظر التعامل في الحقوق المتنازع عليها.....34

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية عدم التعاقد 35

أولا: القيد المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات.....36

ثانيا: حظر رفض البيع دون مبرر شرعي 37

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد حول مضمون العقد.....38

الفرع الأول: بالنسبة لعقد العمل وعقود الإذعان.....39

أولا: عقد العمل.....39

ثانيا: عقود الإذعان.....40

الفرع الثاني: بالنسبة لعقود الأعمال 41

أولا: عقد تحويل الفواتير 42

ثانيا : عقد النقل البحري للبضائع 42

المبحث الثاني: القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد تكوين العقد 44

المطلب الأول: حالات تدخل القانون.....44

الفرع الأول: حالات تدخل القانون لتعديل العقد.....45

أولا: حالة الاستغلال 45

ثانيا: حالة الغبن 47

الفرع الثاني: حالات تدخل القانون لإنهاء العقد.....49

أولا: حالات الإنهاء بإرادة منفردة 49

ثانيا : حالات الإنهاء بقوة القانون 52

المطلب الثاني: حالات تدخل القاضي.....53

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة 53

أولا: شروط إعمال النظرية 54

ثانيا: سلطات القاضي في إعمال النظرية.....55

الفرع الثاني: حالة الشروط التعسفية 56

أولا: عناصر الشرط التعسفي 57

ثانيا: تطبيقات للشروط التعسفية في بعض العقود.....58

ثالثا: سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية 60

الفرع الثالث: النظرة إلى ميسرة 60

أولا: سلطة القاضي في منح الأجل.....60

ثانيا: حدود القاضي في منح الأجل 61

الخاتمة 62

المصادر.....65

الفهرس.....71