

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
القسم القانون الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق  
القانون الخاص المعمق الموسومة بـ:

## إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد

تحت إشراف الأستاذ :  
بوزيد خالد

من إعداد الطالبة:  
حنيفي فاطيمة

### لجنة المناقشة

د. دويد عائشة ..... رئيسا  
د. بوزيد خالد ..... مشرفا  
د. رحوي فؤاد ..... مناقشا

السنة الجامعية : 2017\2018.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

>> قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا انك أنت  
العليم الحكيم (32) <<

سورة البقرة، الآية 32

## شكر و عرفان

أتقدم بجزيل الشكر و العرفان الى أستاذي الفاضل **بوزيد خالد** لقبوله الإشراف على هذا البحث و لم يبخل علي بالنصح و الإرشاد والتوجيه .  
و كما أتقدم بالشكر الى كل أساتذة مشواري الدراسي بكلية الحقوق بجامعة مستغانم .  
كما أتقدم بجزيل الشكر الى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة .

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

- الى رمز العطاء الذي أحمل اسمه بكل افتخار، أبي حفظه الله لي و أطال في عمره.

- الى كل أفراد عائلتي.

- الى من نهلت على أيديهم زاد العلم .

- الى كل صديقات و أصدقاء و زملاء درب العلم .

قائمة المختصرات

- ج.ر : جريدة رسمية .
- ج: جزء.
- ص.ص : صفحتان فأكثر .
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- ع : عدد .
- ق.م.ج : قانون مدني جزائري .
- ق.إ.ج.م : قانون إجراءات المدنية و الإدارية .
- ق.ت.ج : قانون تجاري جزائري .
- ق.أ.ج : قانون أسرة جزائري .
- ه : هجري .

## مقدمة

إن الإنسان كائن مدني بطبعه لا يألف العيش إلا في كنف جماعة معينة ، فغريزته تدفعه الى السعي حول تحصيل رزقه و تحقيق مصلحته بالاعتماد على غيره في ذلك ، فتتجه إرادته الى إبرام مختلف التصرفات القانونية من أجل تحقيق رغبته في العيش و ذلك لتحصيل حاجاته و متطلبات عيشه<sup>1</sup> ، و أهم تصرف قانوني يبرمه الشخص لتلبية حاجاته هو العقد ، إذ يعتبر هذا الأخير توافق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث اثر قانوني معين.

إن لإرادة الشخص في هذا الشأن دور فعال في إنشاء العقود، فلا بد و أن تكون حرة إزاء ذلك، و هذا مرتبط في الأساس بمبدأ سلطان الإرادة، و الذي يعني قدرة الإرادة و كفايتها الذاتية لإنشاء العقود و مختلف التصرفات القانونية، و أن إرادة الطرفين هي التي تحدد ما يترتب على العقد من آثار<sup>2</sup>. و من نتائج هذا المبدأ أنه الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، فإرادة الأشخاص حرة في ذلك ، و يتوجب احترام إرادتهما و ما أوجباه على أنفسهما من التزامات ، و مبدأ سلطان الإرادة بهذا المعنى لم يكن معروفا في السابق، ففي القانون الروماني كانت الإرادة وحدها غير كافية بذاتها لإنشاء تصرف قانوني و في تحديد آثاره فلا ينشأ هذا الأخير إلا بإتباع شكلية معينة محددة من قبل القانون ، و كذا آثار التصرف لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون ، و لذلك فإن مجرد توافق الإرادتين لا يولد التزاما إلا اذا توافرت في العقد الأشكال المحددة قانونا، لكن الرضائية عرفت كاستثناء من الأصل و الذي يتمثل في الشكلية، وهذا في أواخر عهد القانون الروماني، و مس هذا الاستثناء أربعة عقود وهي عقود البيع ، عقود الشركة، عقود الإيجار، و كذا الوكالة<sup>3</sup>.

أما في عهد القانون الكنسي تطورت فكرة الرضائية، فالتشريع الكنسي و المتمثل في المبادئ الدينية ، حيث استقر على اعتبار الوعد ملزما للواعد و الإخلال به خطيئة، و عدم الوفاء بالعهد يعد إخلال بواجب ديني ما لبث أن أصبح إخلال بواجب قانوني، و نتيجة لذلك ظهر مبدأ سلطان الإرادة ، و ازدهر هذا المبدأ في العصر الحديث وبالأدق في القرنين الثامن عشر و التاسع عشر ، و ذلك كان بفضل التطور السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي الذي أحدثته الثورة الفرنسية ، إذ قانون نابليون وضع على أساس تقديس حرية الفرد و احترام إرادته، خاصة في مجال إبرام العقد من حيث الانعقاد و ترتيب الآثار، و دور القانون هنا مقتصر على اعترافه بالأثر الملزم للعقد و ضمان تنفيذ ما ينشأ عنه من التزامات، و يترتب على هذا المبدأ عدة نتائج من أهمها، حرية إرادة المتعاقد في إبرام ما يشاءون من العقود، و لا بد احترام مشيئة المتعاقدين، و يصبح بهذا العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه<sup>4</sup>.

إلا أن مبدأ سلطان الإرادة قد تعرض لنقد شديد و كان ذلك نتيجة مغالاة بعض أنصاره الى الحد الذي قالوا به أن الإرادة مصدر لكل الحقوق، فهي تنشأ الالتزامات الإرادية و غير الإرادية بعقود تستند الى الإرادة الحقيقية، و

1. عمار بوضياف ، المدخل للعلوم القانونية ،(النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري )، ط2 ، دار ربحانة، الجزائر، 1999، ص12.

2. إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول،(مصادر الالتزام)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية

للتنشر، الاسكندرية، مصر، 2013، ص.ص34، 31.

3. نفس المرجع ، ص36.

4. إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.ص 37، 36.

أمام هذا الغلو انتكس المبدأ، و ظهر جراء هذا اتجاه معارض يرى أن ظهور العوامل السياسية والاجتماعية، و ظهور المبادئ الاشتراكية يعارض مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، بل و البعض من أصحاب هذا الاتجاه غالوا فيه الى الحد الذي جعلهم ينفون المبدأ من أساسه حتى من دائرة العقود، و اعتبروا القوة الملزمة للعقد تستند الى اعتبارات اجتماعية مردها الثبات و استقرار المعاملات، و يراد بالعقد تحقيق التضامن الاجتماعي فقط<sup>1</sup>.

نتيجة لهذه المبالغة من قبل الاتجاهين ظهر رأي آخر وسط معتدل حدد مجال مبدأ سلطان الإرادة، إذ جعل للإرادة سلطانا تستطيع بمقتضاه أن تعقد ما تشاء من العقود و في حدود القيود المفروضة من قبل المشرع، و أن ترتب الآثار التي يعترف بها القانون لترتيبها، و هذا ما سار على نهجه المشرع الجزائري، و منه يمكننا القول فيما يتجسد مبدأ سلطان الإرادة في القانون الجزائري؟ و ما هي القيود التي يفرضها المشرع الجزائري للحد من حرية الإرادة في مجال التعاقد؟  
و لمعالجة هذه الإشكالية بدا لنا قد يكون من الأصوب أن يسير تصميم بحثنا في خطوات منطقية كالآتي ذكرها:

### الفصل الاول : تجسيد مبدأ سلطان الإرادة

المبحث الأول: حرية المتعاقد في إبرام العقد  
المطلب الأول: دور الإرادة في إنشاء العقد  
المطلب الثاني: دور الإرادة في مرحلة انعقاد العقد  
المبحث الثاني: مظاهر حرية الإرادة في آثار العقد  
المطلب الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين  
المطلب الثاني: مدى تدخل إرادة المتعاقد في آثار العقد

### الفصل الثاني: اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة

المبحث الأول: التدخل القانوني في العقد  
المطلب الأول: تدخل المشرع في مرحلة إنشاء العقد  
المطلب الثاني: تدخل المشرع في آثار العقد  
المبحث الثاني: التدخل القضائي في العقد  
المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إبرامه  
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه

1 . إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص37.

## الفصل الاول : تجسيد مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر العقد تصرفاً قانونياً ، و المصدر المنشأ له هي إرادة المتعاقدين صادرة عن أطراف العقد و يعتد بها القانون، مما يتضح لنا الدور الفعال للإرادة في مجال التعاقد ، كما لها دور في إنشاء ما تنشأ من العقود، و ترتيب الآثار على ذلك، و يبقى القانون في هذه المرحلة في خدمة المتعاقدين و يساعد الإرادة و يحميها فيما انصرفت إليه.

عليه سنعالج في هذا الفصل دور الإرادة في مرحلة التعاقد في القانون المدني الجزائري ، و قسمناه الى مبحثين ، حرية التعاقد في إبرام العقد (المبحث الأول)، و مظاهر حرية الإرادة في آثار العقد(المبحث الثاني).

### المبحث الأول : حرية التعاقد في إبرام العقد

ان للإرادة سلطان في إنشاء ما تريد من العقود (المطلب الأول)، كما لها الحرية المطلقة في مرحلة انعقاد العقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : دور الإرادة في إنشاء العقد

لا يقوم العقد إلا بعد تطابق الإرادتين، و يكون ذلك باقتران الإيجاب الصادر من قبل المتعاقد الأول و الذي يسمى الموجب ، بقبول مطابق له إذ يعتبر هذا الأخير إبداء عن الرغبة في التعاقد بعد توجيهه له الإيجاب، و ينعقد العقد بمجرد التراضي<sup>1</sup>.

تجدر الملاحظة الى أنه لكي ينعقد العقد فلا بد ان يكون تعبير الموجب عن إرادته جازماً ، جدياً و صريحاً في إبرام العقد، فبمجرد ما يصدر قبول مطابق له ينعقد العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفرد، دار هومة، الجزائر 2014، ص194.

<sup>2</sup> نفس المرجع، نفس الصفحة.

إلا أنه و في غالب الأحيان قد تسبق مرحلة التراضي ، مرحلة تمهيدية على إبرام العقد ، من شأنها أن تجعل المتعاقدين يحددان الإطار العام للاتفاق ، و كذا مناقشة أفكارهم قصد الوصول الى توافق حول العقد المراد إبرامه<sup>1</sup>.

خاصة و أنه هناك بعض العقود تقتضي التفاوض بشأنها و ذلك لتعلقها بأنشطة ذات قيمة اقتصادية خاصة، لاسيما في الاتفاقيات التي يكون موضوعها مركب و معقد ، أو تلك التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة:

تعد هذه المرحلة سابقة على التعاقد و تسمى بالمفاوضات ، و تتم عادة لما يدعو أحد الأشخاص شخص آخر للتعاقد حول موضوع معين، فإذا وافق هذا الأخير على دعوته ،دخل الطرفان في مفاوضات و مناقشات حول تفاصيل الموضوع طالبت مدتها أو قصرت ،فلا يرتب عليها القانون أي أثر، و للأطراف الحرية المطلقة في هذه المرحلة<sup>2</sup>

سنتناول في الفرعين المولين بيان مفهوم المفاوضات(الفرع الأول)،ثم بيان مدى حرية الإرادة في مرحلة المفاوضات(الفرع الثاني).

## الفرع الأول : مفهوم المفاوضات

سأتناول في هذا الفرع بيان معنى المفاوضات التمهيدية(أولا)، ثم طبيعتها القانونية(ثانيا).

### أولا : تعريف المفاوضات التمهيدية

#### أ - معنى المفاوضات التمهيدية

تعتبر المفاوضات تلك المرحلة التي يتبادل من خلالها أطراف العلاقة العقدية المستقبلية وجهات النظر ، و يناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية ،رغبة منهم للوصول الى تفاهم حول العقد المزمع إبرامه و إزالة العقبات لإتمامه<sup>3</sup>

نفس المرجع،ص.ص،196، 197. <sup>1</sup>

. بلحاج العربي،الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري،دار وائل للنشر،الجزائر،2014،ص88. <sup>2</sup>  
<sup>2</sup>.مصطفى خضير نشيمي،النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد،رسالة الماجستير في القانون الخاص،جامعة الشرق الأوسط،كلية الحقوق،2014،ص11.

بالرجوع الى القانون المدني الجزائري لا نجد نص على مرحلة المفاوضات التمهيديّة،  
فالمشرع الجزائري لم ينضم أحكام هذه المرحلة بالرغم من التعديلات التي مست القانون المدني في الكثير  
من مواده<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 09.

بالرجوع الى القضاء نجده يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم<sup>12</sup>، فحسب موقف القضاء الجزائري فإن المفاوضات تعتبر عمل مادي غير ملزم ، و بالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني، كما لا ينشئ في جانب الطرفين أي التزام ، وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض سوى اللجوء الى طريق المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري<sup>13</sup>.

أما بالرجوع الى الفقه القانوني نجد جانب منه عرف المفاوضات بأنها : >> العملية التي يمكن بها لطرفين يرغبان في إبرام عقد فيما بينهما أن يتبيننا إمكانية انعقاد هذا العقد ، و ذلك من خلال إطلاع كل منهما على التفاصيل الدقيقة الخاصة بشروط كل طرف و المواصفات الخاصة بالمحل المتفاوض بشأنه<<<sup>14</sup>

عرفها جانب آخر من الفقه بأنها : >> تبادل اقتراحات و مساومات و مكاتبات و تقارير فنية و مدنية و تجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على المعاملة المزمع إبرامها و على ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات على عاتق الطرفين ، و ذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما.<<<sup>15</sup>.

كما عرفت بأنها وسيلة يلتجأ إليها كل من يرغب في التعاقد و يتم ذلك بالتقاء شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات و العروض و ل المساعي المشتركة بهدف التوصل الى تصور مشترك حول عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل<sup>16</sup>.

عرفت أيضا بأنها مرحلة تمهيدية سابقة للتعاقد يعبر فيها الأطراف عن رغبتهم في الوصول الى إتفاق يحقق المصلحة المتبادلة لهم في إتمام التعاقد و تحقيق مكاسب من خلال التفاوض على أساس مشروع عقد<sup>17</sup>.

<sup>1</sup>قرار صادر عن المحكمة العليا ،مشار إليه في ،بلجاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق،ص10

بلجاج العربي، نفس المرجع، نفس الصفحة. <sup>13</sup>

الكيلاني محمود، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية، الناشر المؤلف نفسه، 1988، ص188. <sup>14</sup>

الدسوقي محمد إبراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود ،معهد الإدارة العامة ،الرياض السعودية ،1415هـ، ص24. <sup>15</sup>

<sup>16</sup> بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ،مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة و القانون، ع10، جانفي 2014، ص116.

فمن خلال كل هذه التعريفات السابق بيانها يتضح لنا أن مرحلة المفاوضات تعد مرحلة أساسية في مجال التعاقد لما لها من دور فعال في تجنب وقوع عوامل و أحداث من شأنها تعيب رضا أحد أطراف العلاقة التعاقدية، كما تساعد هذه المرحلة في تسهيل عملية تفسير العقد مستقبلا عندما تقتضي الضرورة ذلك<sup>18</sup>.

إذن تعتبر المفاوضات تلك الحوارات و المناقشات و التفاعلات بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف و التوفيق بين المصالح المتعارضة و الوصول الى إتفاق بشأنه<sup>19</sup>.

**ب - تمييز المفاوضات عن غيرها :** قد تتشابه المفاوضات ببعض المصطلحات فهذا ما سنبينه في الموالي:

### **1 - تمييز المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب:**

لقد سبق لنا بيان معنى المفاوضات التمهيدية و التي اعتبرها الفقه القانوني بأنها عبارة عن حوارات و مناقشات و تفاعلات بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين قصد الوصول الى اتفاق ، و يتم بعدها انعقاد العقد بينهما.

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الأشخاص الى الآخر للتفاوض من أجل إبرام عقد ما في المستقبل، فقد يلبي المدعو الى التفاوض هذه الدعوة<sup>20</sup>، و هنا يثور الإشكال أو بالأحرى في هذه الحالة يصعب علينا التمييز بين الدعوة الى التفاوض و الإيجاب .

مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 12. 17

سليمان شيرزاد عزيز، حسن النبة في إبرام العقود ، ط1، دار دجلة ، عمان، 2008، ص 336. 18

محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 28. 19

مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 22. 20

إذ يعتبر الإيجاب ذلك العرض البات الصادر من شخص يدعو فيه شخصا آخر الى التعاقد و يجب أن يكون الإيجاب واضحا و صريحا ،متضمنا كافة العناصر الأساسية لإبرام العقد،فإن أعلن الموجب له عن قبول مطابق لهذا الإيجاب انعقد العقد<sup>21</sup> .

فمرحلة المفاوضات التمهيدية تتميز عن الإيجاب ، من حيث وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد ،فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات،و إن لم تتواجد فنكون أمام مجرد دعوة للدخول في مفاوضات<sup>22</sup>، و هذه الأخيرة اذا ما قبل الطرف الآخر هذه الدعوة فلا يؤدي ذلك الى إبرام العقد<sup>23</sup>،على خلاف الإيجاب لأنه اذا صدر قبول مطابق له انعقد العقد طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية<<.

كما أنه يعتبر الإيجاب خطوة تؤدي الى إبرام العقد إذا ما صدر قبول مطابق له،ولا يسوغ للموجب بعد ذلك ان يتحلل من إيجابه ،على عكس الدعوة للدخول في المفاوضات التمهيدية و التي تعتبر بدورها خطوة الى الإيجاب<sup>24</sup>،بحيث اذا ما استجاب الطرف الآخر الى هذه الدعوة فيكون بذلك قد تقدم الى الطرف الأول بإيجاب جديد، و هذا الأخير يعد خطوة تؤدي الى إبرام العقد بعد أن يصدر قبولا مطابق له<sup>25</sup> .

يصعب التمييز بين الدعوة الى التفاوض و الإيجاب من حيث جواز العدول<sup>26</sup>، فإذا ما عدل الطرف الموجه للدعوة عن دعوته فلا يترتب عن هذا العدول أية مسؤولية<sup>27</sup> ، كذلك الأمر بالنسبة للإيجاب فالأصل أنه غير ملزم و يحق للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل اقترانه بقبول مطابق له صادر من قبل الموجب له ، إلا أنه قد يصبح الإيجاب ملزما و ذلك لما يقترن بمدة معينة<sup>28</sup>، و هذا ما نصت عليه المادة 63ق.م.ج و التي نصت على أنه >> إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا أجل.<<.

21. زابيد حمد رجب، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص17.

البدراوي عبد المنعم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1980 ، ص،192.

مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق ، ص 223

نفس المرجع، نفس الصفحة.

أنظر المادة 66 من ق.م.ج.

بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص.14.

نفس المرجع ، ص.15.

الفصائلي الطيب، النظرية العامة للالتزام ، ج1، مطبعة النجاح الجديدة مراكش، 1997، ص.30.

فالموجب في هذه الحالة ارتضى أن يبقى على إيجابه طوال هذه المدة، فإن عدل خلال هذه المدة عن إيجابه عد في هذه الحالة متعسفا<sup>29</sup>، فيكون مسؤولا و كذلك يلزم بالتعاقد متى صدر القبول في تلك المدة المحددة وفقا لنص المادة 63ق.م.ج السالفة الذكر.

منه اذا كان الإيجاب غير ملزم فلا فرق بينه و بين الدعوة الى التفاوض من حيث جواز العدول عن كليهما، كما لا يترتب على ذلك أية مسؤولية، أما إذا كان الإيجاب ملزم ولا يكون كذلك إلا اذا اقترن بأجل مسمى طبقا لنص المادة 63ق.م.ج كما سلف بيان ذلك، ففي هذه الحالة تتميز عنه الدعوة الى التفاوض، باعتبار أن هذه الأخيرة اذا ما تم العدول عنها لا تترتب أية مسؤولية على عكس الإيجاب الملزم، فإذا ما عدل الموجب عن إيجابه الملزم المقترن بأجل مسمى، فقبل انقضاء هذا الأخير عد الموجب متعسفا، فلا يجوز له العدول، و يترتب عن ذلك إلزامه بإتمام العقد اذا ما تم صدور قبول مطابق له خلال تلك المدة.

## 2 - تمييز المفاوضات عن المرحلة التي تلي انعقاد العقد و عن المرحلة اللاحقة لإبرامه:

في هذا الصدد يجدر بنا التمييز بين العقد و الاتفاق و ضرورة الفصل بينهما في مراحل العقد، فإذا ما رجعنا الى تعريف العقد القانوني نجد المشرع الجزائري عرفه بأنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما و هذا طبقا لنص المادة 54 من ق.م.ج.

يتضح أن المشرع الجزائري لا يفرق بين العقد و الاتفاق، و يعتبر العقد إتفاق و بالتالي قد أخطأ بينهما، إلا أنه لكل منهما معناه، فإذا ما عدنا الى الفقه القانوني نجده يعرف لنا العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين بإنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه<sup>30</sup>، و بالتالي لا يعد كل اتفاق يهدف الى ترتيب أثر قانوني معين عقدا<sup>31</sup>، فهذا الأخير أخص من الاتفاق<sup>32</sup>، لذلك كي نكون أمام عقد يستوجب إتفاق الأطراف و لا بد من تلاقي الإرادتين و تطابقهما حول موضوع معين، و من خلال بيان هذا يتضح لنا اختلاف الاتفاق بين الأشخاص أثناء المرحلة السابقة على التعاقد على المرحلة التي تلي انعقاد العقد.

29. في هذه الحالة تطبق أحكام المادة 124 مكرر من ق.م.ج، و التي تعنى بحماية الطرف المتضرر من جراء تعسف الطرف الآخر في استعمال حقه بقصد الإضرار به .

30. أحسن زقور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي و القانون المدني الجزائري، الالتزام ومصادره و محله، منشورات دار الأديب وهران، الجزائر، 2007، ص31.

مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص19.31

أحسن زقور، المرجع السابق، ص31.32

هنا تجدر الإشارة الى أنه هناك بعض الاتفاقات التي تتم في المرحلة السابقة على التعاقد وهي لا تقيد من حرية الأطراف ، بالمقابل هناك اتفاقات تتم في هذه المرحلة من شأنها تقيد من حرية الأطراف ، و لمعرفة هذه الاتفاقات يجدر بنا التفرقة بين الأشكال التعاقدية، و الأشكال غير التعاقدية للتفاوض<sup>33</sup> ، وفي كلتا الحالتين نكون في المرحلة على التعاقد .

فالأشكال غير التعاقدية للتفاوض تعتبر تلك المناقشات و الحوارات التي تتم بين أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية ،دون وجود أية تعهدات مكتوبة من قبل الأطراف ،تفرض على نحو أو آخر التزامات معينة في ذمتهم ،أو تجبرهم على الوصول الى إتفاق نهائي ،و هنا تكون الإرادة حرة و تؤدي دورها على نحو كامل دون تقييد ،فيحق لأطراف وقف التفاوض في أية لحظة<sup>34</sup>.

أما الأشكال التعاقدية للتفاوض فهي تلك الاتفاقات التي تتم مع وجود وثائق مكتوبة بين الأطراف<sup>35</sup> و في هذا الصدد يجدر بنا التمييز بين الاتفاقات التالية:

#### \* . الاتفاقات المؤقتة :

هي اتفاقات تربط بين الأطراف فقط أثناء فترة المفاوضات من قبيل ذلك اتفاق التفاوض و الذي يعتبر كأصل عام تصرف قانوني إرادي يبتغي طرفاه ترتيب أثر قانوني منه،فهو اتفاق يلزم أطرافه بالبدء في التفاوض و الاستمرار فيه بغرض التوصل الى إبرام عقد يرغبه كلا منهما<sup>36</sup> ، و غالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبيا<sup>37</sup>.

#### \* . الاتفاقات الجزئية :

<sup>33</sup>. براهمي فايضة، المرجع السابق،ص63.  
<sup>34</sup>. براهمي فايضة، المرجع السابق ، ص 63.  
نفس المرجع ،نفس الصفحة.<sup>35</sup>  
<sup>36</sup>. براهمي فايضة، المرجع السابق ،ص51.  
<sup>37</sup>. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوابا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، جلال حزي و شركاه ،الإسكندرية مصر، 2005،ص10.

هي تلك الاتفاقات التي تتم في كل مرحلة تفاوضية تتضمن النفاط التي تم الاتفاق عليها خلال تلك المرحلة متجنبين أطرافها العودة الى مناقشتها مرة أخرى , و تعتبر خطوة تجاه العقد النهائي لأنها تصبح جزءا من شروط هذا الأخير<sup>38</sup>.

### \* - الاتفاقات التمهيدية :

هي تلك العقود التي تمهد الى العقد النهائي المقصود إبرامه من قبل أطرافه و يرجع سبب ظهور مثل هذه الاتفاقات ، التطور الحديث للعقود و كذا التعقيد الذي أصبح يلحقها جراء تطور الحياة الاقتصادية ، وكذلك تعدد المعاملات السابقة لإبرام العقد<sup>39</sup>، مما دفع بالإرادة التشريعية الى تنظيم هذه العقود التمهيدية كالمشرع الجزائري ، و الذي نظم هذه الأخيرة دون تحديد الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد<sup>40</sup>، فذكر منها الاتفاق المبدئي و الذي نص عليه من خلال نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة <<.

ذكر أيضا الوعد بالتعاقد و الذي نصت عليه المادة 72 من ق.م.ج. و التي تنص على أنه : >> الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و المدة التي يجب إبرامه فيها.

إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد <<.

كما نص أيضا على العربون و تضمنته المادة 72 مكرر من ق.م.ج. ، و المضافة بموجب القانون رقم 05\10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل للقانون المدني و التي نصت على أنه : >> يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها <<.

تعتبر هذه العقود التمهيدية أبرز صور المرحلة السابقة على التعاقد و غالبا ما يعقبها إبرام العقد النهائي الذي يحل محلها<sup>41</sup>.

نفس المرجع، نفس الصفحة .38

نفس المرجع، ص.ص، 64-65.39

بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص.10.40

بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص.11.41

بالتالي يختلف العقد عن الاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد في أمرين :

**الأمر الأول :** مرتبط بنية الأطراف حيث قد تتجه الى إبرام عقد تمهيدي كما قد تتجه في حين آخر الى مجرد الاتفاق و بشكل مبدئي على التفاوض تمهيدا للتعاقد ، دون أن يكون لدى أي منهم نية التعاقد في ذلك الوقت فيصير الأطراف في مثل هذه الحالات مع التأكيد كتابية، على عدم قيام أي عقد مرحلة التفاوض ، بل أن كل ما يتم الاتفاق عليه في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون اتفاقا ممهدا.

**الأمر الثاني :** مرتبط بالمسؤولية عن عدم الالتزام بما توصل إليه ،فإن كنا أمام عقد فإن المسؤولية تكون عقدية ،في حين أنه المسؤولية في مرحلة المفاوضات لا تقوم ، إلا اذا تم خرق لاتفاق في مرحلة المفاوضات من قبل أحد الأطراف و اقترن ذلك بخطأ هذا الأخير و سبب للطرف الآخر ضررا فيسأل عندئذ و تكون مسؤوليته تقصيرية لا عقدية<sup>42</sup>.

كما تتميز مرحلة التفاوض عن المرحلة العقدية التي تلي انعقاد العقد ،في أن التفاوض يتم في المرحلة قبل العقدية ، و الذي قد ينتهي اما بإبرام العقد أو بعدم الاتفاق على إبرامه، لذا تتميز هذه المرحلة عن المرحلة العقدية ، كما أن مرحلة المفاوضات تكون دائما سابقة على إبرام العقد.

كما تجدر الإشارة الى التمييز بين المفاوضات السابقة على مرحلة التعاقد و التفاوض اللاحق لإبرام العقد من قبيل ذلك ،اتفاق المتعاقدين على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد الأمر خلال تنفيذ العقد أو أن يتفقا على التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن العقد ،فيعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية تعبر عن توازن قانوني سابق الوجود و لكنه لاحق لإبرام العقد، بينما التفاوض في مرحلة قبل انعقاد العقد فهو ترجمة قانونية تعبر عن التوازن الاقتصادي سابق الوجود و يلاحظ أيضا بأن الالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل الى جد كبير في إطار العدالة ،بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فيدخل في دائرة القانون بحيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما

تقرره النصوص القانونية<sup>43</sup>.

## ثانيا - الطبيعة القانونية للمفاوضات :

مصطفى خضير نشمي ،المرجع السابق ،ص.ص،19، 20 .<sup>42</sup>

حسين محمد عبد الظاهر،الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ،مجلة الحقوق،الكويت ،ع2، 22جوان1989،ص143.<sup>43</sup>

كما سبق القول فإن المشرع الجزائري كغيره من مشرعين الدول العربية و الغربية ، لم يعنى بوضع نصوص تفصيلية تنظم المرحلة السابقة على التعاقد ، و جراء هذا الفراغ التشريعي ، اختلف الفقهاء فيما بينهم حول التكييف القانوني لمرحلة التفاوض على العقد ، و الجدير بالذكر أن هذا الخلاف القائم بين فقهاء القانون لا يدور في هذا الصدد حول طبيعة التفاوض نفسه ، وإنما حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض بالرغم من التفاوض هو الأصل ، أما المسؤولية المترتبة عليها ما هي إلا فرع<sup>44</sup>.

فالفقه التقليدي لا يتحدث عن الطبيعة القانونية للتفاوض ذاته ، و إنما يتحدث عن طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه، هل هي عقدية أم تقصيرية ، إلا أن الفقه المعاصر يفرق بين المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح و بين تلك التي غير مصحوبة بهذا الاتفاق ، فالأولى حسب نظرهم تعتبر ذات طبيعة عقدية، أما الثانية فتعد واقعة مادية<sup>45</sup> ، إلا أنه ظهر فريق آخر يعتبر هذه التفرقة تحكيمية تفتقر الى الأساس القانوني، و من شأنها أن تؤدي الى الازدواجية في المعيارين ، ويرى أن التفاوض ذو طبيعة عقدية فقط .

#### أ - الطبيعة المادية للتفاوض :

تقوم فكرة الطبيعة المادية للتفاوض ، على أساس أنه يمثل مجرد واقعة مادية ليس إلا ، و من تم فهو غير ملزم و مفرغ من أية قيمة قانونية و ذهب الفقه و القضاء المعاصرين، الى التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق ، و بين تلك التي غير مصحوبة بهذا الأخير ، فالأولى حسب نظرهم ذات طبيعة عقدية<sup>46</sup>.

#### 1 - الاتفاق الضمني على التفاوض :

44. حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، "الطبيعة العقدية و آثارها"، (دراسة تحليلية تأصيلية)، مقال منشور في مجلة سلسلة العلوم الإنسانية ، الصادرة عن جامعة الأزهر بغزة، ع1، المجلد12، 29\05\2010، ص724.

. حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص،724.45

. حمدي محمود بارود، المرجع السابق ص725.46

يقصد به المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح مكتوب بشأنها<sup>47</sup>، و هذه الصورة الغالبة من الناحية العملية، أي أنه لا يوجد تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بين الأطراف، كما لا يوجد نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض، و في هذا الصدد ثار السؤال حول الطبيعة القانونية أو القيمة القانونية لمثل هذا التفاوض، فذهب الفقه الفرنسي و يؤيده في ذلك القضاء، على أن التفاوض غير مصحوب باتفاق سابق، صريح و مكتوب ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه أي أثر قانوني<sup>48</sup>.

هذا ما ذهب إليه الفقه المصري، و الذي أرست دعائمها محكمة النقض المصرية حيث قضت في إحدى القرارات الصادرة عنها بتاريخ **1967-02-09** حيث جاء فيه: "بأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية على من عدل إلا اذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية اذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض"<sup>49</sup>

فالفقه و القضاء المصريان يعتبران المفاوضات غي المصحوبة باتفاق صريح و مكتوب تعتبر مجرد عمل مادي غير ملزم.

هذا ما ذهب إليه أيضا القضاء الجزائري، و اعتبر المفاوضات ككل عمل مادي غير ملزم<sup>50</sup>.

## 2 - الاتفاق الصريح على التفاوض :

يقصد به تلك المفاوضات التي تتم بموجب اتفاق سابق و صريح من قبل الطرفين، و يكون هذا الاتفاق في الغالب مكتوبا<sup>51</sup>، و يحمل في ثناياه تنظيما للعلاقة بين طرفي التفاوض، من حيث الحقوق

براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص 62.47

حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 725.48

49. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 172.

قرار المحكمة العليا ملف رقم 223852، مشار إليه في، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 10.50

براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص 63.51

و الالتزامات و هنا نكون أمام تصرف قانوني ملزم يترتب آثارا قانونية على عاتق طرفيه و من ثم تكون المسؤولية عقدية<sup>52</sup>.

يهدف الأطراف من إبرام اتفاق التفاوض هذا الى التأكيد على أن مفاوضاتهما تتم بموجب اتفاق سابق بينهما و هذا الأخير يحكم العلاقة القائمة فيما بينهما<sup>53</sup>، كما أنه يلزمهم بالتفاوض بحسن النية<sup>54</sup>، دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي محل هذه المفاوضات و بهذا يكفل الاتفاق للطرفين الحرية في العدول و الأمان في المفاوضات<sup>55</sup>.

لم يتردد الفقه و القضاء الفرنسيين في الاعتراف باتفاق التفاوض الصريح فاعتبراه اتفاقا حقيقيا، يترتب على عاتق طرفيه التزامات ، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية و كذلك الفقه المصري الحديث أيضا لم يتردد في الاعتراف بهذا الاتفاق<sup>56</sup>، و سار على نفس المنوال الفقه القانوني الجزائري<sup>57</sup> .

إلا أنه و بالرغم من كل المبررات التي قدمها هذا الفريق من القضاء و كذا الفقه إلا أن هناك فريق آخر انتقد هذه الأفكار و يرى بأن هذه التفرقة تحكّمية تفتقر الى الأساس القانوني ، و من شأنها أن تؤدي الى الازدواجية في المعيار بين الاتفاقيين ، و ذهبوا الى إلى أنه لأصوب هو أن التفاوض على العقد هو دائما ذو طبيعة عقدية، ذلك أنه يقوم دائما ببناء على اتفاق سابق من الطرفين سواء كان ذلك صريحا أم ضمنيا ، حيث يقرأ فيه بالبداية في التفاوض من أجل إبرام عقد معين<sup>58</sup> .

## ب . الطبيعة العقدية للتفاوض :

Abdelhamid Ibn Badis  
MOSTAGANEM

52. حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 725.

نفس المرجع، نفس الصفحة. 53

بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 54. 54

براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص 54. 55 .

حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 725. 56

57. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، و أيضا براهمي فايزة، المرجع السابق.

حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 726. 58

يرى أصحاب هذا الطرح أن للتفاوض طبيعة عقدية فقط و ذلك بالنظر لوجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين ،سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا ، و بالتالي بمجرد ما وجد تفاوض على العقد فتم هناك اتفاق بين الأطراف على الرغبة في التفاوض حتى و لو لم يكن ذلك الاتفاق صريحا <sup>59</sup>

كما يذهبون أصحاب هذا الطرح الى أن التفرقة التي أقامها الفقه و القضاء المعاصرين بين المفاوضات المصحوبة بالاتفاق الصريح و بين تلك التي لا تشمل على مثل هذا الأخير هي مجرد تفرقة تحكيمية ،تفتقر لأساس قانوني تقوم عليه ، كما يرون أنه كيف يمكن أن نجعل من التفاوض مرة عمل قانوني ملزم، و مرة عمل مادي غير ملزم ، لمجرد أن الأطراف لم يصرحا باتفاقهما على التفاوض و مع أنهما يتفاوضان فعلا، و التفاوض في الحالتين هو نفس التفاوض و يرون أنه من العدل و المنطق توحيد طبيعة التفاوض في طبيعة واحدة كي تحكها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة و أخرى<sup>60</sup>، و حجتهم فيما ذهبوا إليه أنه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض ، ويكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما عقدا، دون أن يصرحا بذلك أحيانا، و هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة فيما بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله ، الأمر يجعل عملية التفاوض و ما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية<sup>61</sup>.

كما ذهبوا الى أن الطبيعة المادية للتفاوض تتعارض و ما يرغب فيه المتفاوضين و ذلك من توفير قدر أكبر ممكن من الأمن و الضمان خلال هذه الفترة<sup>62</sup>، خاصة في حالة ما اذا تم قطع التفاوض الذي تم خارج أي التزام عقدي، مما لا يجد المتضرر إلا الرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، التي بدورها لا تقدم ضمانا كافية و حماية فعالة لعملية التفاوض، في ظل أصبح التفاوض من الأدوات الحقيقية اللازمة لتيسير إبرام تلك العقود<sup>63</sup>.

كما قاموا بإيجاد علاقة قانونية تربط طرفي التفاوض بعقد و هو ما يسمى بعقد التفاوض أو اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني ، و الذي يسمى تارة بالاتفاق المبدئي ، و تارة أخرى باتفاق التفاوض<sup>64</sup>.

في هذا الشأن يثور التساؤل حول المقصود بهذا العقد و هذا ما سنتطرق إلى بيانه في الموالي:

. حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص728. 59

نفس المرجع، نفس الصفحة. 60

نفس المرجع، ص729. 61

براهيمي فايزة ، المرجع السابق، ص50. 62

بلحاج العربي، المرجع السابق، ص10، أيضا، حمدي محمود بارودي ، المرجع السابق، ص729<sup>63</sup>

حمدي محمود بارود، المرجع نفسه، نفس الصفحة. 64

## 1 - تعريف عقد التفاوض

لقد عرّفته محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في أحد أحكامها بأنه: >> عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل الى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكف في جميع الأحوال لانعقاده <<<sup>65</sup> .

عرفه جانب من الفقه بأنه: >> عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في مفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد شروطه و عناصره الأساسية و الثانوية بعد <<<sup>66</sup>

من خلال كل هذه التعريفات يتضح لنا أن عقد التفاوض هو تلاقي إرادتين أو أكثر من أجل التفاوض حول عقد معين قصد إبرامه مستقبلا .

مفهوم عقد التفاوض قد يتسع ليشمل كل اتفاق يتم بين الطرفين و ينصب على تنظيم عملية التفاوض و متابعتها في مراحلها المختلفة و يترتب على إخلال أي من الطرفين بما اتفق عليه , تحمل المسؤولية العقدية<sup>67</sup>.

## 2 - خصائص عقد التفاوض :

من خلال التعريفات السابق ذكرها يلاحظ أنه يتميز عقد التفاوض بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود هذا ما سنوضحه في الموالى:

**— عقد التفاوض عقد حقيقي :** يتم بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني منه<sup>68</sup>، و تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة اللازمة لتكوين أي عقد<sup>69</sup>.

.حمدي محمود بارود، المرجع السابق ، ص730.65

.نفس المرجع، نفس الصفحة . 66

.نفس المرجع، ص729.67

.براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص59.68

.حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص729.69

فيمثل التراضي في توجيه دعوة للتفاوض و يتم قبولها من الطرف الآخر قبولا مطابقا و أن يكون كل طرف أهلا للتفاوض و إرادته خالية من العيوب ، أما محل العقد فهو محاولة التوصل الى إبرام العقد النهائي و تحقيق كل طرف لمراده منه ، و هو كذلك الباعث طالما أن العقد المتفاوض بشأنه هو المشروع ، فيتم التعبير عن الرضا بالدخول في التفاوض باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة<sup>70</sup>.

**— عقد التفاوض عقد تمهيدي :** حيث بمقتضاه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد النهائي<sup>71</sup> ، فهو من قبيل الاتفاقات التمهيدية التي تسبق العقد النهائي و تمهد له ، و يترتب على هذه الخاصية أن عقد التفاوض لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي ، و إنما يلزمهما بالتفاوض على ذلك العقد فحسب ، بغرض التوصل الى إبرامه ، فجوهر الالتزام الذي يفرضه العقد هو التفاوض فقط من أجل الوصول الى إبرام العقد النهائي<sup>72</sup>.

**— عقد التفاوض عقد مؤقت :** يعد عقد التفاوض في جوهره عقد مؤقت أو محدد بمدة زمنية معينة تسبق إبرام العقد النهائي فهو ينشئ التزامات مؤقتة على كل أطرافه أو أحدهما لتنظيم العلاقة التفاوضية بينهما ، كما ينتهي أثر هذا العقد بإبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه في حالة فشل المفاوضات<sup>73</sup>.

### 3 - تمييز عقد التفاوض عن الاتفاقات التمهيدية :

إن عقد التفاوض يتميز عن غيره من الاتفاقات التمهيدية أو العقود التمهيدية كما يسميها الفقه، و التي بدورها تمهد لإبرام العقد النهائي و تتمثل هذه الأخيرة في الوعد بالتعاقد ، الوعد بالتفضيل و كذا عقد الإطار و ستميز فيما بينهم و عقد التفاوض و ذلك بالاختصار في الموالي :

#### 3 | أ - تمييز عقد التفاوض عن الوعد بالتعاقد :

يتميز عقد التفاوض عن الوعد بالتعاقد ، في أن عقد التفاوض لا يوجد فيه اتفاقات بشأن كل من المسائل الجوهرية وكذا الثانوية ، كما أن العقد النهائي الذي تجرى المفاوضة بشأنه يحتاج الى رضا

براهيمي فايزة، المرجع السابق ، ص59.70

براهيمي فايزة ، المرجع السابق ، ص60.71

حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص729.72

براهيمي فايزة ، المرجع السابق، ص60.73

جديد من قبل الأطراف العلاقة العقدية ، كما أنه أيضا ليس أمام المضرور إلا الرجوع بالتعويض وفقا للقواعد العامة، بينما الأمر يختلف بالنسبة للوعد بالتعاقد ، فهو يتضمن بالضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية ، كما و أن العقد النهائي فيه يبرم ، أو يقوم بمجرد أن يظهر الموعد له رغبته في التعاقد<sup>74</sup>، و يقوم حكم المحكمة فيه مقام العقد النهائي في حالة ما اذا نكل الواعد عن و عده و كان يتوافر الوعد على الشروط اللازمة لتتمام العقد ، و خاصة الشروط المتعلقة بالشكل ، و طالب الموعد له بتنفيذ العقد ، فهنا يقوم الحكم الذي يصدره القاضي مقام العقد النهائي طبقا لنص المادتين 71 و 72 من ق.م.ج .

### 3 ا ب - تمييز عقد التفاوض عن الوعد بالتميز :

إن الوعد بالتميز لا يلزم الواعد بالتفاوض مع الموعد له بالفعل ، بل يلزمه بتفضيله عن غيره لكن يتفاوض معه عندما يقر الواعد إبرام عقد معين في المستقبل ، أما اتفاق التفاوض فيكون ملزما للطرفين بالتفاوض حول العقد النهائي<sup>75</sup>.

### 3 ا ج - تمييز عقد التفاوض عن عقد الإطار :

يعتبر عقد الإطار<sup>76</sup>، اتفاق يتضمن الشروط الأساسية لعقود متتالية و ستتم في المستقبل ، و تتميز هذه الشروط بطابعها النهائي و عند إبرام العقود في المستقبل فلا يتم الاتفاق بين الأطراف إلا على ما يتبقى من المسائل التفصيلية<sup>77</sup>، هذا على عكس عقد التفاوض الذي يتم من خلاله مناقشة جميع الشروط باختلاف قيمتها ، و تكون نتائج احتمالية فإما تنتهي بإبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه لفشل المفاوضات التي أجريت بين الأطراف<sup>78</sup>.

هذا بخصوص الاتجاه القائل بأن التفاوض على العقد هو دائما ذو طبيعة عقدية ، و في ظل الفراغ التشريعي و عدم نص المشرع الجزائري صراحة على هذا لوضع الحد لهذا الخلاف الفقهي ، و عليه لا يمكننا أن نسلم بهذا الرأي الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات التمهيدية ، و ذلك راجع لعدم

حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص729.74

براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص61.75

. هذه التسمية جاء بها الفقه القانوني ، و لقد نص المشرع الجزائري على أحكامه ضمن نص المادة 65 من ق.م.ج.76

. براهيمي فايزة ، المرجع السابق، ص61.77

. نفس المرجع، ص62.78

وجود تصرف قانوني أثناء المفاوضات ، وبالتالي لا تكون هذه الأخيرة ذات طبيعة عقدية إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح و صريح الى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني , و يكون ذلك عندما يتفق الطرفان على إبرام عقد ينظم سير المفاوضات قبل انتقالهم الى إبرام العقد النهائي محل التفاوض ، و بالتالي تبقى المفاوضات التمهيدية مجرد عمل مادي غير ملزم لأطرافه ، و هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري.

## الفرع الثاني : مدى حرية الإرادة في مرحلة التفاوض

من المعلوم أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي بل يظل كل متفاوض متمتعاً بكامل حريته في التعاقد ، و كما أنه الأصل في مرحلة التفاوض على العقد يخضع لمبدأ حرية التعاقد<sup>79</sup>، فأطراف المفاوضة لهم أن يستمروا في إجراء المفاوضات أو قطعها دون أن تقوم مسؤولية في ذمتهم جراء ذلك<sup>80</sup>، لكن لكي لا تكون هذه المرحلة مصدراً للتعسف<sup>81</sup>، أوجد الفقه والقضاء مبدأ آخر لا يقيد من حرية الأطراف لكن يوفر القدر الممكن من الحماية لهم في مثل هذه المرحلة<sup>82</sup>، و أصبح هذا المبدأ يحكم المفاوضات و هو مبدأ حسن النية<sup>83</sup>، و يعد هذا الأخير كالنظام التبادلي يقع على عاتق طرفي التفاوض و ينشأ بمجرد دخول الطرفين في المفاوضة ، و القصد من إلزام الأطراف بالتفاوض بحسن النية هو إقامة نوع من التوازن المعقول بين الحرية التعاقدية و الذي من خلالها لا تلزم إرادة الأطراف بإبرام العقد النهائي و بين تقرير الحد الأدنى من الثقة و الاستقرار و الجدية في مرحلة التفاوض<sup>84</sup>.

حتى يتخذ قرار التعاقد من عدمه في ظل حرية الإرادة و تكون هذه الأخيرة خالية من أية ضغوطات ، فإن التفاوض يخضع لمبدأ حرية العدول تجسيدا لمبدأ حرية التعاقد ، وذلك يسمح للأطراف إنهاء المفاوضات أو قطعها ، ووضع حد لها بعدم الاستمرار فيها ، لكن حرية العدول عن المفاوضات يتوجب أن لا تختلط ، و أن لا تبرر الانحراف في سلوك أطراف المفاوضة ، بما يعني الإهدار الكلي لضرورات الاستقرار و الثقة المتبادلة في العلاقات بين الأطراف ، فهنا يصبح العدول مقترنا بخطأ

79. بن أحمد صليحة ، المرجع السابق ،ص116.

80. أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات ، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، ع49، المجلد13 ، 05جانفي2012 ،ص405.

81. سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق،ص61

82. براهيمى فايزة، المرجع السابق،ص136.

83. بن أحمد صليحة، المرجع السابق،ص116.

84. نفس المرجع، نفس الصفحة.

الشخص المتعسف مما يشكل ضررا للطرف الآخر المفاوض فتقوم المسؤولية المدنية في جانب الشخص أو الطرف المتعسف ، و يتمثل هذا الخطأ في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك المألوف و المعتاد الذي يتفق و مقتضيات حسن النية<sup>85</sup>، و في الموالي سنتطرق الى بيان مبدأ التفاوض بحسن النية و أثر عدم الالتزام به و ما المسؤولية المترتبة عن الإخلال به.

## أولا - مبدأ التفاوض بحسن النية :

لبيان ما المقصود بهذا المبدأ يتطلب منا تعريف حسن النية و هذا ما سنتطرق إليه في الموالي :

### أ - مفهوم مبدأ حسن النية :

#### 1 - تعريف مبدأ حسن النية :

من خلال تصفحنا لمواد القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف لنا مبدأ حسن النية، كذلك لم ينص على وجوب الالتزام بهذا المبدأ خلال هذه الفترة ، و اكتفى المشرع بالنص على هذا المبدأ صراحة و ذلك في مرحلة تنفيذ العقد و استوجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود و هذا وفقا لنص المادة **107 من ق.م.ج**، تاركا بذلك التعريف للفقهاء و القضاء .

إذا ما عدنا الى القضاء الجزائري نجده أيضا لم يصدر موقفه إزاء هذه الحالة و بالتالي لا نجد نص قانوني ، و لا موقف قضائي يتضمن لنا معنى مبدأ حسن في مرحلة التفاوض ، و لا يبين لنا مقتضيات المبدأ خلال هذه المرحلة .

أمام خلو التقنين المدني من النصوص التي تنظم مرحلة التفاوض كمرحلة سابقة على التعاقد يقتضي بنا الرجوع الى الفقه ، و الذي استقر بدوره على وجوب التفاوض و مراعاة لمقتضيات حسن النية ، فعرف بأنه : >> تلك النية الصادقة الخالية من الغدر ، و الخداع فالنية الحسنة تصد سوء النية و الغش ، و الرغبة في الإضرار بالمفاوض الآخر، و يعبر عن كل إحساس بالأمانة و استقامة الضمير <<<sup>86</sup>.

<sup>85</sup>. حمدي محمود بارود ، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مقال منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية و الإدارية، ع2، المجلد 20، جانفي 2012، ص546.  
 . براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص136.<sup>86</sup>

## 2 - مضمون مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات :

إن مضمون مبدأ حسن النية يتمثل في أن يتسم الطرف المتفاوض بالسلوك الذي يشمل على النزاهة و الشرف و الصدق و الأمانة و الثقة ، ويعتبر هذا المبدأ كالتزام تبادلي يقع على عاتق أطراف التفاوض<sup>87</sup>، فإن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية و لم يستطيع ، كماه لا يجوز له التفاوض بصورة صورية و لمجرد التسلية ، أو الدعاية ، لاستطلاع السوق دون نية حقيقية في التعاقد<sup>88</sup>.

### ب - المعايير التي يقوم عليها مبدأ حسن النية :

لقياس مدى توافر مبدأ حسن النية من عدمه يوجد معياران و هما المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي .

#### 1 - المعيار الشخصي : يقوم و يعتمد هذا المعيار على الشخص ذاته و على طبيعته النفسية،

فالإنسان قد يكون حسن النية ، و قد يكون عكس ذلك ، وهذا أمر داخل الإنسان لا يمكن التعرف عليه إلا من خلال المعاملة المتكررة مع هذا الشخص أو من خلال تصرفات و إشارات يقوم بها هذا الشخص ، بحيث تتأثر مصالح الآخرين من هذه التصرفات و التي غالبا ما تكون تصرفات سلبية تتمثل في طرح أفكار غامضة أثناء سير المفاوضات ، و الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر و هو يعلم أنه ليس لديه نية حقيقية في التعاقد و السكوت عن الإدلاء بمعلومات تؤثر في الوصول الى الاتفاق العقدي أو الانسحاب من المفاوضات عند التوقيع على العقد النهائي<sup>89</sup>.

#### 2 - المعيار الموضوعي : أما المعيار المادي أو الموضوعي فيتعلق بالخروج عن القواعد السلوك

العادي في التعامل و المتمثل بالالتزام حسن النية في إجراء المفاوضات و التعاقدات ، فمبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي يعتبر قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة و الأمانة في معاملاتهم ،

. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المفاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2015، ص 66.87

. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص 70.88  
. مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 56.89

بحيث تكون علامة ضبط أخلاقي للسلوك الإنساني يتم تقديره على نحو موضوعي تماشياً مع السلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة العامة في المجتمع<sup>90</sup>.

### ج - مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات :

إن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته و هذا طبقاً لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري ، و من مقتضيات حسن النية الالتزام بكل مستلزمات التفاوض على العقد<sup>91</sup>، و تتمثل في عدة التزامات أخرى ناشئة عنه ، و تعد من مقتضياته مع ما يترتب عليها من أحكام حتى و لو لم يتفق بشأنها أطراف المفاوضة<sup>92</sup>، و من أهم تلك الالتزامات نجد: الالتزام بالإعلام و تقديم النصيحة، الالتزام بالتعاون و المحافظة على الأسرار، الالتزام بالاعتدال و الجدية و الاستقامة، الالتزام بالإدلاء بالبيانات<sup>93</sup>.

### ثانياً - أثر عدم التفاوض بحسن النية :

يقتضي مبدأ حسن النية في التفاوض تحلي أطراف التفاوض بالأخلاق الحميدة و متابعة المفاوضات بجدية و الابتعاد عن سوء النية و الغش و الرغبة في الإضرار بالطرف الآخر خلال مرحلة المفاوضات ، مما قد ينجر عنه قطع المفاوضات و التي قد تكون نتيجة عدم النية الجادة في ذلك.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن لأطراف المفاوضة حق العدول عن هذه الأخيرة متى أرادوا ذلك ، و هذا نتيجة حتمية يقتضيتها مبدأ الحرية في التعاقد ، و كما يلعب حق العدول عن المفاوضات دوراً أساسياً في هذه المرحلة و إلا كان الدخول في المفاوضات هو دخول في العقد و هذا غير صحيح<sup>94</sup>، دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية كما لا يكلف باثبات السبب الجدي لعدوله<sup>95</sup>، لكن هذه الحرية مقيدة بعدم وجود سوء النية من قبل المفاوض الذي قام بإعمال حقه في العدول عن المفاوضات ، و يتمثل سوء النية

. المرجع السابق، ص57.90

. سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق ، ص62.91

. حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن المفاوضات على العقد، المرجع السابق، ص550.92

. براهيم فييزة، المرجع السابق ، ص136.93

. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص60.94

. احمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص173.95

في قصد الإضرار بالطرف المتفاوض الآخر جراء قطع هذه المفاوضات<sup>96</sup>، و في ظل عدم وجود نص قانوني ينظم مسألة التفاوض و سيرها ، ذهب الفقه الى أنه يرتب العدول عن المفاوضات مسؤولية في جانب العادل و ذلك في حالة ما اذا اقترن العدول بخطأ منه<sup>97</sup>، من قبيل ذلك القطع التعسفي للمفاوضات دون مبرر، إلا أنه يدور الإشكال حول نوع المسؤولية المدنية القائمة في مثل هذه الحالة.

ففي هذه الحالة اذا ما كان هناك اتفاق مسبق بين أطراف المفاوضة فهنا تطبق عند العدول المقترن بخطأ و تم إلحاق الضرر بالطرف الآخر المتفاوض ، أحكام المسؤولية العقدية ، أما في حالة ما اذا تم التفاوض دون وجود اتفاق مسبق خلال هذه المرحلة و يكون الطرف المتفاوض المتعسف في قطع المفاوضات ، فهنا يكون ملزماً بالتعويض وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ذلك لاعتبار المفاوضات عمل مادي غير ملزم و الحكم بالتعويض في هذه الحالة يكون على أساس الخطأ الذي أحدث الضرر الناتج عن العدول التعسفي ، و الجدير بالذكر أنه يقع عبء الإثبات الخطأ و كذا الضرر ، على عاتق من يدعي ذلك ، و بالتالي مجرد العدول لا يترتب عنه المسؤولية إلا اذا تم إثبات الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بواقعة العدول<sup>98</sup>.

الجدير بالذكر أن العدول عن المفاوضات بالشكل الذي يلحق ضرراً بالطرف الآخر المتفاوض يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق اذا ما توافرت حالاته المنصوص عليها ضمن المادة **124 مكرر** المضافة بموجب القانون رقم **10-05** المؤرخ في **20 جوان 2010** المعدل للقانون المدني الجزائري .

عليه من خلال ما سبق يتضح أن للأشخاص كامل الحرية في إجراء ما يرغبون من التصرفات القانونية ، و ذلك ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة ، إلا أنه دائماً يتدخل القانون لإعمال دوره في حماية الأشخاص و هذا ما يفسر و ضعه لأحكام المسؤولية التقصيرية وكذا العقدية التي قد يلجأ إليها الطرف الذي قد يمسه ضرر و هو يمارس لحرية في إنشاء التصرفات القانونية، ومنها المفاوضات التمهيدية لإبرام العقود في المستقبل .

. رمزي رشاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.ص،62،63،96

. نفس المرجع، ص64،97

98. هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي (صورها و آثارها)، مجلة الجامعة الأسرية، ليبيا، ع10، جانفي 2010، ص232.

## المطلب الثاني : دور الإرادة في مرحلة انعقاد العقد

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، و يكون ذلك بإيجاب يصدر من شخص و يقترن بقبول مطابق له من الطرف الموجه إليه الإيجاب و بذلك يقوم العقد ، و من خلال هذا يمكننا القول فيما تتجسد حرية الإرادة في هذه المرحلة (الفرع الأول)، كما أنه خلال هذه المرحلة للأطراف الحرية في الاتفاق و كذا الاشتراط ما يريانه متفق و مصالحهما (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : حرية الإرادة في إصدار الإيجاب و القبول

تتمثل حرية الإرادة في هذه المرحلة من حيث ان الأشخاص لهم الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما إزاء إبرام العقود و هذا نتيجة حتمية لمبدأ الرضائية ، الذي يحكم إنشاء العقود و قيامها ، و لقد كرس المشرع الجزائري أحكام هذا المبدأ من خلال نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري ، و التي تنص على أنه : >> يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية <<.

استنادا على هذا النص فإن للمتعاقدين الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما دون تقيدهما في ذلك و هذا كأصل عام ، و أكثر من ذلك فقبل قيام العقد ، تسبق قيامه مرحلة إصدار الإيجاب و الشخص الذي قام بذلك له الحرية المطلقة إزاء ذلك و كذلك الشخص الذي وجه إليه هذا الإيجاب له الحرية التامة في القبول أو الرفض فبيما تتمثل هذه الحرية.

### أولا - حرية الإرادة في مرحلة الإيجاب :

يعتبر الإيجاب ذلك التعبير البات الذي يصدر عن شخص ما ليعبر به على وجه جازم عن إرادته نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين قصد إبرام عقد معين<sup>99</sup>، سواء كان الطرف الموجه له معين أو غير ذلك<sup>100</sup>، و يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى كان التعبير عنه دقيقا و محددًا و كذلك متى كان باتا<sup>101</sup>.

. علي فيلاي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد ) ، ط3، الموفم للنشر ، الجزائر ، 2013، ص118.99

. محمد حسنين، المرجع السابق ، ص 27.100

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص118.101

أما فيما يخص مدى حرية الموجب في مرحلة التعبير عن إرادته قصد إبرام عقد ، و تكمن حرية هذا الشخص في العدول عن إيجابه ، فبمجرد صدور ذلك عنه يلزم بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن ليتمكن الموجب له من القبول أم لا ، و كان يطرح هذا الإشكال في القانون القديم خاصة مع انعدام الأساس القانوني لالتزام الموجب ، فكان هذا الأخير غير ملزم بالبقاء على إيجابه ولا يسأل إذا ما قام بالعدول ما لم يثبت خطأ من جانبه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، إلا أنه حينها لم يبقى القضاء سجين مبدأ سلطان الإرادة ، و قرر بعد تردد في البداية أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول يكون ملزما لصاحبه ، و يتعين على الموجب البقاء على إيجابه حتى انقضاء الأجل المجدد أو رفضه من قبل الموجب له<sup>102</sup>.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري إزاء هذا نجده قد عالج هذه المسألة و ذلك في المادة 63 من القانون المدني و التي تنص على أنه : >> إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل <<.

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري نضم لمسألة الإيجاب الملزم و هذا يستشف من نص المادة السالفة الذكر و كذلك من نص المادة 64 من نفس القانون و التي نصت على أنه : >> إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلا آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أ، العقد يتم، و لو لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد <<

الجدير بالإشارة إليه أن الإيجاب ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه و ذلك طبقا لما جاء في نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري و التي بدورها تنص على أنه : >> ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه ، بعلم من وجه إليه ، و يعتبر قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك <<

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أنه هناك مرحلتين و سنوضح ذلك في الموالي :

. علي فيلالي ، المرجع السابق، ص122.102

**أ - المرحلة الأولى :** و تكون هذه المرحلة لما يكون الإيجاب لم ينتج أثره بعد ، و في هذه الحالة اذا ما كان الإيجاب غير ملزم أي لم يقترن بأجل للقبول، فقبل أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه أي الموجب له ، يكون للطرف الموجب كامل الحرية في العدول عن إيجابه و لا يكون بذلك متعسفا بعدوله في هذه الحالة، و من قبيل ذلك لما يكون الإيجاب صدر عن الموجب و تم إرساله في رسالة بالبريد فالموجب أن يستردها أو أن يلحقها ببرقية أخرى قد تصل معها و تلغيتها<sup>103</sup>.

**ب - المرحلة الثانية :** و هنا لما يقترن الإيجاب بعلم الموجه إليه و وفقا لنص المادة **61** من ق.م.ج، فإنه يعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم بها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، و في هذه الحالة و لمعرفة متى يكون الشخص حرا في العدول عن إيجابه في هذه المرحلة يقتضي بنا البحث عن مدى إلزامية الإيجاب من عدم ذلك ، و كما سبق و أن ذكرنا ذلك فإن المشرع الجزائري وضح لنا متى يكون الإيجاب ملزما و ذلك من خلال المواد **63 و 64** من ق.م.ج، و صنفها الفقه في حالتين و هما :

### **1 - الإيجاب المقترن بأجل :**

فيكون الإيجاب مقترنا بأجل لما يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلال مدة معينة حتى يصدر الطرف الثاني أي الموجه إليه الإيجاب قبولا مطابق له خلال تلك المدة ، و في حالة ما إذا لم يصدر القبول خلال تلك المدة و انقضت يتحلل الموجب عن التزامه و يسقط الإيجاب بانقضاء هذا الأجل و هذا ما جاء في نص المادة **63** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل <<.

فالإيجاب الذي يتضمن أجلا للقبول يكون ملزما ، و لا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم ينقض الأجل المحدد ، أو يعلن الموجب له عن رفضه للإيجاب و يترتب على التزام الموجب بالبقاء على إيجابه انعقاد العقد إذا ما صدر قبولا مطابقا له خلال هذه المدة<sup>104</sup>.

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص28.103

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص.ص،122،123.104

قد يكون هذا الأجل صريحا كما قد يكون ضمنيا ، فيستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة و هذا ما أشارت إليه المادة 60 من ق.م.ج. في فقرتها الثانية على أنه: >> و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا<<.

لقد نصت المادة 63 من ق.م.ج، في فقرتها الثانية : >> و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة <<، فمن خلال هذا النص يتضح أن الأجل الذي يحدده الموجب أو يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة لرقابة القاضي ، إذ يجب أن تكون مدته معقولة ، فيحامي الموجب له من تعسف الموجب<sup>105</sup>.

## 2 - الإيجاب الصادر في مجلس العقد :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 من القانون المدني على أنه : >> إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك اذا صدر الإيجاب من شخص الى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل .  
غير أن العقد يتم ، و لو لم يصدر القبول فورا ، اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول ، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد <<.

فالإيجاب الصادر في مجلس العقد أو ما يعرف بإتخاذ مجلس العقد سواء حقيقة أو حكما<sup>106</sup>، فالإيجاب في هذه الحالة لا يتضمن أجلا للقبول ، و لا يكون ملزما مادام لم يصدر قبولا مطابقا له فورا ، و للموجب كامل الحرية في العدول عن إيجابه في هذه الحالة<sup>107</sup>، و في هذا الصدد يجدر بنا التمييز بين حالتين و هي :

- في حالة عدول الموجب عن إيجابه سقط الإيجاب و لا يتم العقد إطلاقا، اذا ما صدر قبولا مطابقا للإيجاب من قبل الموجب له رغم عدول الموجب عن إيجابه فلا يعتد بهذا القبول ، و إنما يعتبر إيجابا جديدا<sup>108</sup>.

. نفس المرجع ،ص123.105

. محمد حسنين ، المرجع السابق ،ص33.106

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص123.107

. نفس المرجع ، ص124.108

- أما الحالة الثانية تتمثل في عدم عدول الموجب عن إيجابه ، فإن الإيجاب لا يسقط و لكنه يصبح غير ملزم و يطلق عليه بالإيجاب القائم و غير الملزم ، و في هذه الحالة فإنه يترتب على صدور القبول قبل انقضاء مجلس العقد انعقاد العقد<sup>109</sup>.

## ثانيا - حرية الإرادة في إصدار القبول :

يعتبر القبول ذلك التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب فهو بذلك يعد الإرادة الثانية التي تطابق الإرادة الأولى ليتم انعقاد العقد<sup>110</sup>، حيث يشترط في القبول أن يكون باتا أي أن ينطوي على نية قاطعة في إحداث الأثر القانوني و أن يوجه الى الموجب و أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة، فإذا ما اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا<sup>111</sup>، طبقا لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه: >> لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا <<.

فالعقد لا يقوم إلا بتلاقي الإيجاب بقبول مطابق له ، و حرية الإرادة في القبول تظهر في أن من صدر إليه الإيجاب لا يعد ملزما بالموافقة عليه كأصل عام ، فله أن يقبله كما له أن يرفضه ، فالأصل في التعاقد حرية الإرادة في ذلك ، فمن يرفض إيجابا وجه إليه لا تقوم عليه المسؤولية المدنية جراء رفضه ذلك و لا يحق للموجب البحث عن بواعث رفضه<sup>112</sup>، فتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة غير ممكن و ذلك راجع لمبدأ حرية التعاقد في إنشاء ما يريد من العقود و له أيضا كامل الحرية في قبول التعاقد أو رفضه فهذا يعتبر حقه لكن يتوجب عليه استعمال حقه استعمالا مشروعاً و في هذه الحالة لا يكون مسؤولاً مادام أنه استعمل حقه و نشأ ضرر للغير من جراء ذلك<sup>113</sup>.

لكن يرد على هذا المبدأ استثناء اذا أنه يتم تقييد حرية إرادة الطرف خاصة لما يكون هو الذي قام برفض القبول بدون سبب مشروع فهنا يكون قد تعسف في استعمال حقه و بالتالي يكون ذلك عملاً

. علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 124، 109.

110. بلحاج العربي ، النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج1، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008، ص48.

. محمد حسنين، المرجع السابق، ص31، 111.

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 112.

113. بناسي شوقي، من سلبيات القانون رقم 10\05 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الصادرة عن جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع 2، 2008، ص23.

تعسفا يوجب تعويض الضرر الذي رقد يلحق بالطرف الموجب طبقا لأحكام المواد 124 و 124مكرر من القانون المدني الجزائري .

## الفرع الثاني : حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد

إن للأطراف كامل الحرية في تحديد مضمون العقد بإرادتهما ، و القانون يجيز لهما الاتفاق بإرادتهما ، و اشتراط ما يرتضيانه في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة و تنظمها ، و في الموالي سنعرض الى الاشتراطات و الاتفاقات التي يمكن للأطراف تحديدها .

### أولا - حرية الإرادة في تحديد بنود العقد :

إن لأطراف العقد الحرية التامة في الاتفاق على ما يحقق مصالحهم و هذا في إطار القانون ، و هذا راجع لطبيعة الالتزام فهو التزام مصدره إرادة الشخص و إن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال الى إنشاء التزامات تفرض عليه ، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية يكون كاستثناء لا أكثر<sup>114</sup>.

- فمن بين الاتفاقات التي أجازها المشرع لأطراف العلاقة العقدية لدينا الاتفاق على فسخ العقد و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 120 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : << يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة الى حكم قضائي . و هذا الشرط لا يعفي من الاعذار , الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين.>>

<sup>114</sup>.محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، ج1،العقد و الإرادة المنفردة ، دار الهدى ،الجزائر ، 1993،ص،45.

يتضح من خلال النص السابق ذكره أن لأطراف العلاقة العقدية استبعاد اللجوء الى القاضي لفسخ العقد عند الإخلال بالتزاماتهم ، و ذلك بتدوين في العقد بندا ، و يضمن فيه الأطراف اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي و هذا ما يعرف بالشرط الفاسخ الصريح<sup>115</sup>.

لكي يرتب اتفاق المتعاقدين الأثر المرجو منه ، ينبغي أن يكون واضحا و باتا على اتجاه إرادة المتعاقدين على ذلك ، و الأثر المترتب على الاتفاق يختلف بحسب الصيغة التي يختارها المتعاقدين لالتزاماته ، فقد ترد صياغة النص على أن يعتبر العقد مفسوخا اذا لم ينفذ أحد المتعاقدين لالتزاماته ، فإذا حدث ذلك وورد النص بهذه الصيغة فهو لم يأت بجديد و إنما يعد ترديدا للقواعد العامة التي تسمح بالفسخ للعقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته و وهنا يتضح أن النصوص التي تتعلق بالفسخ و كذا الانفساخ تكمل إرادة المتعاقدين<sup>116</sup>، لكن هذا لا يغني عن اللجوء الى القضاء ، و كذلك إجراء الاعذار طبقا لنص المادة **120ق.م.ج**، السالف الذكر ، و تبقى للقاضي السلطة التقديرية في إجراء الفسخ أو عدم ذلك<sup>117</sup>.

كما قد ترد صياغة المتعاقدين على نحو آخر ، باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، و هذا الأمر يفسر على أن نية الطرفين المتعاقدين اتجهت الى سلب السلطة التقديرية للقاضي المقررة له في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ، فليس أمام القاضي إزاء هذا الشرط إلا الحكم بالفسخ<sup>118</sup>، لكن هذا يتطلب رفع دعوى الفسخ ، و يتطلب قبل ذلك إجراء الاعذار، و الحكم في مثل هذه الحالة يكون منشأ لا مقرر<sup>119</sup>.

كما قد يأتي الاتفاق في صورة أقوى ، باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى الحكم قضائي، و حينها لا حاجة لرفع دعوى للحكم بالفسخ إنما يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه رغم هذا الشرط إلا أنه قد ترفع عند منازعة المدين في أعمال الشرط اذا ما ادعى أنه وفي بما أوجبه عليه العقد، لكن دور القاضي هنا ينحصر في التحقق من عدم أداء المدين لالتزاماته حتى يمكنه الفسخ، و حكمه يكون مقرر و ليس منشأ ، لكن هذه الصيغة لا تعفي من إجراء الاعذار<sup>120</sup>.

. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2001، ص210.115

. نفس المرجع، ص211.116

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 117

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص462.118

. أمجد محمد منصور ، المرجع السابق، ص211.119

. نفس المرجع، ص210.120

أما الصورة القسوى التي قد يرد بها اتفاق المتعاقدين ، و هي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى اللجوء للقاضي ، و دون حاجة الى الاعذار ، و إتباعا لصيغة هذا الشرط فإذا ما تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه عند حلول أجله فيفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حكم و دون اعذار، و اذا ما تطلب الأمر أن يرفع المدين دعواه لكي ينازع في إعمال الشرط، و صدر حكم القاضي بهذا الشأن ، فيكون حكمه مقرا للفسخ و ليس منشأ له<sup>121</sup>.

- أيضا من بين الاتفاقات التي يجيز القانون للأطراف بتحديدتها فيمكن لهم الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه و هذا ما تضمنته نص المادة **183** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : << يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181.>>

من خلال هذا النص يتبين لنا أن مسألة تحديد التعويض في الأصل تعود لاختصاص القاضي ، إلا أنه المشرع أجاز لأطراف العقد تحديد مقداره مسبقا في بنود العقد و ذلك كله نتيجة حتمية يملئها مبدأ سلطان الإرادة في العقود.

- كما أجاز المشرع الجزائري في عقد البيع أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري في حالة اذا ما كان البيع مؤجلا حتى تنتقل الملكية إليه و لو تم تسليم المبيع و هذا ما نصت عليه المادة **363** من القانون المدني الجزائري : << إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم المبيع >>.

### ثانيا - حرية الإرادة في تعديل قواعد المسؤولية :

يجوز للأطراف العلاقة العقدية أن يتفقا على أن يعدلا قواعد المسؤولية<sup>122</sup>، و ينظما آثارها التي تنشأ نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي و ذلك إما بتشديدها أو التخفيف منها ، أو الإعفاء منها و لقد

. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 385. 121  
122 ولداندكجلي عبد الله ، مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية( دراسة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالتشريعين الموريتاني و الفرنسي)،رسالة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر و كلية الحقوق، 2001،ص.ص68،69

تضمنت المادة 178 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : << يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة .

و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، إلا ما ينشأ عن غشه ، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .  
و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي.>>

يتضح من خلال النص أنه يوجد ثلاثة أنواع من الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية و تتمثل

في :

#### أ - الشرط المعفي من المسؤولية العقدية :

إن الشرط المعفي من المسؤولية العقدية هو ذلك الشرط الذي ترفع بموجبه مسؤولية المدين ، و قد عرف أحد فقهاء القانون الشرط المعفي من المسؤولية بأنه : << الاتفاق على إعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الفعل الضار و منع مطالبته بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة>><sup>123</sup>.

عرفه جانب آخر من الفقه بأنه : << اتفاق يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة عن إتيان عمل غير مشروع بالإعفاء من المسؤولية عن المدين >><sup>124</sup>.

فيما عرف أيضا بأنه : << اتفاق يقصد به رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار و منع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة>><sup>125</sup>.

123 . العيساني عبد العزيز ، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني و اليمني ، (دراسة مقارنة)، عمان الأردن، 1998، ص25.

. زكي محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج2، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص10. 124

. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج1، في الالتزامات ، المجلد الأول ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1964، ص636. 125

يعرف كذلك بأنه عبارة عن بند يرد في العقد أو بالاتفاق منفصل يعفى بموجبه الدائن مدينه مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة هذا الأخير<sup>126</sup>.

فكأصل عام أجاز المشرع الجزائري الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا انه أورد على ذلك استثناء و هذا حفاظا على مصلحة الطرفين المتعاقدين ، حيث انه نصت المادة **178** من ق.م.ج، السالفة الذكر في فقرتها الثانية على أنه عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام و الذي تقرر عل ذلك إعفاء المدين عن الضرر الذي قد يحدث جراء ذلك ، نشا بسبب غش أو بخطئه الجسيم فهنا يلزم المتسبب في ذلك الضرر بالتعويض بالرغم من اشتراط إعفائه أثناء إبرام العقد و هذا لحماية الطرف الآخر ، و بالتالي فإنه في الأصل للمتعاقدين كامل الحرية في الاتفاق و تضمين عقدهم بشرط الإعفاء من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته و القانون يجيز ذلك و هذا كله تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ، لكن بما أن للقانون دور وقائي و يتدخل دائما لحماية الأشخاص فجاء باستثناء على هذا و هو اذا ما ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيم فيلزم بالتعويض و يبقى مسؤولا .

كما أورد على هذا الاستثناء استثناء آخر و يتمثل في جواز إعفاء المدين من المسؤولية التي تكون بسبب غش أو خطأ جسيم من قبل بعض الأشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه و هذا ما نصت عليه المادة **02\178** فاشتراط المدين إعفائه من المسؤولية في هذه الحالة يبقى قائما و بالتالي يعفى من المسؤولية.

هذا بالنسبة للعقود بصفة عامة ، و من الأمثلة عن القواعد الخاصة المنظمة لعقد البيع نجد نص المشرع على جواز الإعفاء من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية من خلال نص المادة **384** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن ينقضا منه و أن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه <<.

فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أجاز لأطراف العلاقة العقدية في عقد البيع أن يتفقا على الإعفاء من الضمان إلا أنه يسقط هذا الإعفاء إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع و بغش منه<sup>127</sup>.

. سريم زهية، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري ، رسالة الماجستير ، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2012، ص26، 26.<sup>126</sup>

. زكي محمود جمال الدين ، المرجع السابق ، ص10..<sup>127</sup>

## ب - الشرط المخفف من المسؤولية :

يعتبر الشرط المخفف من المسؤولية العقدية ، عبارة عن بند يرد في العقد أو يتم منفصل عنه بعقد لاحق له ، تخفف بموجبه مسؤولية المدين ، و ذلك بحصرها في جزء من المسؤولية ، و تعد حالة إعفاء جزئي من المسؤولية أو بالتخفيف في تقديم مسلك المدين ، بحيث لا يطالب المدين بالعناية التي تفرضها القواعد العامة ، إنما بالعناية التي ينص عليها الاتفاق و التي تكون أقل منها في القواعد العامة<sup>128</sup>.

## ج - الشرط المشدد في المسؤولية العقدية :

يعتبر ذلك الشرط المشدد في المسؤولية العقدية ، ذلك الشرط الوارد في العقد أو باتفاق منفصل ، الذي يقضي بمسؤولية المدين في الحالة التي تكون مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة ، و يمكن ها الشرط الأطراف من الاتفاق على انه حتى و لو قام سبب أجنبي نفى العلاقة بين خطأ المدين و بين الضرر الذي أصاب الدائن يبقى المدين مسؤولا ، و كذلك يمكن الاتفاق على أن يكون التزام المدين بتحقيق غاية رغم انه في الأصل ببذل عناية أو الاتفاق على تشديد العناية التي يبذلها المدين ، و الاتفاق على التشديد في المسؤولية العقدية<sup>129</sup> أجازه المشرع من خلال نص المادة 178 من ق.م.ج السالفة الذكر.

## المبحث الثاني: مظاهر حرية الإرادة في آثار العقد

سنتطرق في هذا المبحث الى بيان ما المقصود بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، والتي تعد كمظهر من مظاهر حرية الإرادة في آثار العقد (المطلب الاول)، كما سنتطرق الى توضيح مدى تدخل الإرادة في آثار العقد(المطلب الثاني).

## المطلب الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

. سرين زهية ، المرجع السابق ، ص 183.128

. سرين زهية ، المرجع السابق ، ص26.129

إن العقد بمجرد أن ينشأ صحيحا و مستوفيا لكامل أركانه و شروطه ، يصبح له من الإلزامية بالنسبة لأطرافه و كذا الغير مثل ما للقانون من إلزامية ، و يلزم أطرافه بتنفيذه ، و أحكام هذا العقد تطبق مثل ما يطبق القانون ، و في الموالي سنتطرق الى هذا مدى الاعتداد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (الفرع الأول)، تم الى الإلزامية في العلاقة العقدية ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول : مدى الاعتداد بمبدأ القوة الملزمة للعقد

عندما يقوم العقد صحيحا يصبح له القوة الملزمة و هذه الأخيرة تكون قد عكستها إرادة المتعاقدين<sup>130</sup>، و ذلك كله نتيجة منطقية يملئها مبدأ سلطان الإرادة<sup>131</sup>، و أصبح العقد بذلك شريعة للمتعاقدين ، و لقد قنن المشرع الجزائري هذا المبدأ ، و ذلك كله بغاية توفير الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة ، و منعهم من فك هذه الرابطة القائمة بينهم و مصدر قيامها إرادتهم التي تلاحمت و أنشأت العقد ، بإرادتهم المنفردة ، فلا يجوز فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة ، و نص على هذا المشرع من خلال نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو لأسباب التي يقررها القانون <<.

هذا المبدأ يلزم أطراف العلاقة العقدية بالالتزام بالعقد ، كما يلزم أيضا القاضي باحترام هذه العلاقة ، و كذلك يمنع من التدخل في الرابطة الناشئة بين المتعاقدين إلا استثناء<sup>132</sup>، و كذلك يصبح العقد نافدا في مواجهة الغير ، و في الموالي سنتطرق الى توضيح مدى الاعتداد بمبدأ القوة الملزمة للعقد ، و ذلك باحترامه من قبل المتعاقدين و كذا الغير و أيضا من طرف السلطة القضائية.

### أولا - احترام المتعاقدين للرابطة العقدية :

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 112.130

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 373.131

132 . سنتناول التدخل القضائي في إرادة المتعاقدين استثناء و كقيد من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة و ذلك في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث .

لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله إلا إذا اتفق العاقدان على تخويل هذا الحق لأحدهما و هذا ما جاء به المشرع من خلال نص المادة 106 من ق.م.ج<sup>133</sup>.

فأطراف العلاقة العقدية يلتزمون بالعقد و لا يجوز لهما الانفراد بوقف اثر هاو إنهائه إلا بالاتفاق و التراضي بينهما كقاعدة عامة ،فالعقد قد نشأ باتفاق إرادي ، فلا يمكنه ان يعدل إلا باتفاق إرادي جديد<sup>134</sup>، فلا يمكن للمتعاقد و بإرادته المنفردة ان يستبعد بعض أو كل الالتزامات العقدية ، و ذلك لان العقد أصبح كالقانون بالنسبة لأطرافه لذلك يقال ان العقد شريعة المتعاقدين ، لذا يلزم المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم في حدود ما أقره قانونهما ، حتى و إن كان العقد يخالف تشريعيا طالما كان هذا الأخير غير متعلق بالنظام العام و كذا الأداب العامة غلا أنه على هذه القاعدة عامة يرد استثناء<sup>135</sup>.

## ثانيا - احترام القضاء للعقد :

يعتبر القاضي كذلك ملزم باحترام قانون العقد و الذي يكون قد و ضعه أطراف العلاقة العقدية بإرادتهما المتطابقتين ، إذ يجب على القاضي أن ينزل حكم العقد كما ينزل حكم القانون في التطبيق ، و لا يملك السلطة لتعديله من تلقاء نفسه ، و إلا استوجب حكمه النقض<sup>136</sup>، فلا يمكنه ذلك حتى و ان كان ما تقرر في العقد منافيا للعدالة<sup>137</sup>، فالقاضي ليس له سلطة الحلول محل إرادة أطراف العلاقة العقدية بل عليه تنفيذ إرادتهم و ألا يقوم بتعديل شروط و بنود العقد بحجة ان التعديل تقتضيه العدالة العقدية ، ذلك لان العدالة تكمل إرادة المتعاقدين و لا تنسخها<sup>138</sup>، هذا كأصل عام و بطبيعة الحال كل قاعدة عامة و لها استثناء .

## ثالثا - احترام الغير للعقد :

بمجرد ان ينشأ العقد صحيحا و مستوفيا لكامل أركانه و كذا شروطه يصبح ملزما لأطرافه و يستوجب احترامه من قبلهم و كذلك من قبل القاضي كما سبق و ان وضحنا ذلك فبرغم من هذا أيضا

. محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 112.133

. بالحاج العربي ، نظرية الالتزام ، المرجع السابق ،ص248.134

. سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث .135

. محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 112.136

. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام (مع مقارنة بين القوانين العربية)،الدار الجامعية، مصر، ص292.137

. نفس المرجع ، ص293.138

يصبح العقد نافذا في مواجهة الغير ، و المقصود بنفاذ العقد في حق الغير هو ان يكون هذا الأخير مسؤولا عند عدم احترامه للعقد باعتباره واقعة قانونية ، فالوضع الفعلي الذي أوجده العقد يتميز عن الحقوق و الواجبات التي يتحملها المتعاقدان<sup>139</sup>، فإذا كان الغير لا يكتسب حقا من العقد و لا يتحمل التزاما ، فإنه لا يمكنه تجاهل وجوده ، فالصفات التي يكتسبها المتعاقدان بموجب العقد تسري في مواجهة الجميع ، فالعقد يصبح بذلك حجة على الغير و للغير أن يحتج به كذلك<sup>140</sup>.

لذلك يتوجب على الغير احترام الحقوق المترتبة عن العقد ، وذلك بعدم تجاهله و كذلك بالامتناع عن كل فعل أو تصرف من شأنه أن يمس بالحقوق العقدية<sup>141</sup>، و لما كنا لاحترام العقود المبرمة أهمية قصوى في تجنب المشاكل التي قد تنتج في حال تم تجاهل مختلف التصرفات القانونية الموجودة ، مما دفع ذلك بالمشروع لتنظيم مسألة نفاذ بعض العقود و فرض فيها إجراءات معينة حتى يصبح العقد نافذا في مواجهة الغير ، و من ذلك و على سبيل المثال نجد ، القيد في السجل التجاري ، الشهر العقاري ، النشر في الصحف و الجرائد و الى غير ذلك من الإجراءات المفرودة قانونا في هذا الشأن<sup>142</sup>.

كذلك اذا كان الغير أجنبيا عن العقد فلا يمنع هذا من احتجابه به عند الحاجة و ذلك في مواجهة أطراف العقد في حد ذاتهما ، فقد يحتج الغير بالعقد لإثبات واقعة ما ، فمن قبيل ذلك احتجاج الغير بعقد بيع العقار للتعرف على ثمنه أو على مصدر الملكية ، أو على الحقوق العينية المثقلة لهذا العقار<sup>143</sup>، كذلك يحتج هذا الغير بالعقد الذي لم يكن طرف فيه للمطالبة بمسؤولية أحد المتعاقدين ، كمسؤولية متولي الرقابة على أعمال الخاضع لهذه الرقابة طبقا لنص المادة **134 من ق.م.ج**<sup>144</sup>.

## الفرع الثاني : الإلزامية في العلاقة العقدية

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 440.139  
. نفس المرجع ، نفس الصفحة.140  
. نفس المرجع ، ص 441.141  
. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 441.142  
. نفس المرجع ، ص 442.143  
. نفس المرجع ، ص 386.144

يقصد بالزامية العقد هو أن يلتزم أطرافه بتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه و مع مستلزماته و تنفيذه بحسن النية ، و في حالة إخلال المتعاقدين بهذه الالتزامات يترتب عن ذلك جزاء ، وهذا ما سنتطرق عليه في الموالي:

## أولا - الإلزامية في تنفيذ العقد :

يلزم أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه كما يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه بل يتناول ما هو من مستلزماته ، و التحلي في ذلك بحسن النية طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على انه : >> يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية. و لا يقتصر العقد على التزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، و العرف ، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام <<.

### أ - تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه :

يترتب عن نشوء العقد التزامات تقع على عاتق أطراف العلاقة العقدية و العقد ينظم هذه الأخيرة و يعين حقوق و واجبات المتعاقدين و يلزمون بتنفيذ العقد بكل ما ورد فيه دون التمييز بين ما هو مهم و ما هو غير ذلك ، فالمتعاقدان مقيدان بالشروط التي يضعانها في العقد و التي يصبح ينظمها<sup>145</sup>.

إن مشتتات العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع ، بعد تأكيد حرمان نقض و كذا تعديل الالتزامات العقدية و التقيد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد<sup>146</sup>.

### ب - مستلزمات العقد :

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 387.145

146علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها(دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008، ص16.

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه : >> لا يقتصر العقد التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، العرف ، و العدالة ، و بحسب طبيعة الالتزام<<

فالعقد يحدد مضمونه و نطاقه و بالتالي تحدد الالتزامات المترتبة عنه ، لكن اذا ما اغفل المتعاقدان ذكر بعض التفاصيل سهوا منهما أو لكونها أمر مألوف بين الناس ، فالعقد يكون ناقصا و في هذه الحالة يعود الأمر الى القاضي لتكميل العقد<sup>147</sup>، و تحديد هذه المستلزمات من القاضي لا يقتصر على ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>148</sup> فقط ، و إنما عليه أن يستمدّها من القانون في أحكامه التكميلية<sup>149</sup>، و العرف ، و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام طبقا لنص المادة 107\02 من ق.م.ج.

## 1 - وفقا لأحكام القانون :

ان القانون هو مرجع الأول و الرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل أطرافه ذكر بعض التفاصيل ، و يكون دوره تكميليا لإرادة المتعاقدين ، و تطبق هذه القواعد عندما لا يتناول العقد المسائل التي تتضمنها القواعد المكملة ، فهي تحل محل إرادة المتعاقدين على افتراض أن إرادتهما انصرفت عند سكوتها الى تطبيق أحكام القانون المنضم لتلك المسائل<sup>150</sup> .

من قبيل ذلك نص المادة 356 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه : >> ... و اذا وقع الاتفاق على ان الثمن هو سعر السوق و يجب عند الشك الرجوع الى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان و المكان ...>> و فيتبين من خلال هذا النص أنه في حالة ما اذا اغفل أطراف عقد البيع من تحديد السوق الذي يرجع إليه لتحديد الثمن ، فان العبرة طبقا لهذا النص بسعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع فهنا يلاحظ ان هذا النص القانوني ، نصا تكميليا لإرادة المتعاقدين فقد يخالف و قد يطبق عند سكوتها و إغفالها لمثل هذه المسائل.

## 2 - العرف :

. عل فيلالي ، المرجع السابق ، ص388.147  
148 . خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج1، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، 2010، ص141.  
. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.ص، 293، 294.149  
150 . علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.ص ص. 389، 388.

يعتبر العرف مصدرا رسميا احتياطيا وفقا لأحكام المادة الأولى من القانون المدني أما بخصوص أحكام المادة الأولى التي تحيلنا الى تطبيق العرف وفقا لنص المادة 107\02 من نفس القانون و السالفة الذكر ، فيلاحظ أنه عند سكوت المتعاقدين فيفيد ذلك اتفاقهما على تطبيقه ، و منه فالعرف يساهم في تحديد نطاق العقد ، إذ يعتد به القاضي لاستكمال مضمون العقد<sup>151</sup>.

فمن بين القواعد العرفية نجد : تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع

### 3 - العدالة :

يستترشد القاضي بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد مستلزماته ، فالبائع لا يلتزم بما ضروري لنقل حق المبيع الى المشتري و بل عليه أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا ، و هذا الالتزام تقتضيه العدالة و إن لم يذكره أطراف العلاقة العقدية في العقد<sup>152</sup>.

فالعدالة في هذا المقام هي الإنصاف و العدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكامه القانون الوضعي ، فالقضاء وفقا لقواعد العدالة ملزم بالفصل في أمر معين وفقا لما يقتضيه الضمير و المنطق و طبيعة الأشياء ، و تكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي و ليس من القانون الوضعي ، ووفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية فيلزم القاضي بالرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف<sup>153</sup>.

العدالة في هذه الحالة تكون عبارة عن وسيلة يتم من خلالها تحديد مستلزمات العقد، و لها دور في ضمان العدالة العقدية ، حيث استخلص الاجتهاد القضائي الجزائري التزام بالسلامة على عاتق ناقل المسافرين و صاحب الحمام و صاحب الألعاب الصبائية تجاه الزبائن<sup>154</sup>.

### 4 - طبيعة الالتزام:

---

<sup>151</sup> . نفس المرجع، ص390. <sup>152</sup> . أحسن زقور ، آثار العقود في المعاملات المالية، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي و القانون المدني الجزائري ، منشورات دار الأديب ، وهران ، الجزائر ، 2007، ص19. <sup>153</sup> . علي فيلاي ، المرجع السابق، ص391. <sup>154</sup> . نفس المرجع ، نفس الصفحة 154.

إن طبيعة الالتزام تملّي على القاضي استكمال العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون و العرف و العدالة، فمن باع عينا يعتبر انه قد باع بالإضافة الى أصل العين، ملحقاتها الضرورية و كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقتضي به طبيعة الأشياء، و من باع حقا يعتبر انه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله و يؤيده، كرهن و كفالة أو دعوى الضمان ، و من باع سيارة يعتبر انه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية التي لاغنى عنها في تسييرها، و من باع متجرا و جب عليه ان يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون ، و ما له من حقوق ، و ما يتصل به من عملاء و نحو ذلك<sup>155</sup>

### ج - تنفيذ العقد بحسن نية :

إن التحلي بحسن النية في تنفيذ العقد من قبل أطرافه أمر بالغ الأهمية خاصة و أن النية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد، و لحسن النية مظهران يتمثلان في نزاهة المتعاقد و كذا تعاونه<sup>156</sup>.

### 1 - الالتزام بالنزاهة :

يقصد بالالتزام بالنزاهة في تنفيذ العقد هو امتناع المتعاقد عن الغش ، أو التدليس الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أو عسيرا ، و يتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهم ، في ضوء الرجل العادي<sup>157</sup>.

### 2 - الالتزام بالتعاون :

يتحمل المتعاقد الالتزام بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية ، و يقتضي هذا الالتزام الايجابي القيام بعمل يتمثل في اطلاع و إشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد<sup>158</sup>.

### ثانيا - جزاء الإخلال بالالتزام :

إذا قام المدين بالإخلال بالالتزاماته اتجاه الدائن في تنفيذ العقد، فان لهذا الأخير الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني و ما قد يعقب ذلك من تنفيذ جبري و ترتب مسؤولية عقدية بالإضافة الى رجوع

. أحسن زقور، المرجع السابق ، ص 16.155

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 392.156

. نفس المرجع، ص393.157

. نفس المرجع ، ص394.158

الدائن على المدين بدعوى التعويض بسبب خطئه<sup>159</sup>، كما له أيضا المطالبة بفسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين<sup>160</sup>.

## أ - حل الرابطة العقدية :

إن طلب الفسخ حق لأجد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين ، كجزء عن عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه ، و مساسه بحرمة الرابطة العقدية<sup>161</sup>، و قد نص المشرع الجزائري على الفسخ في المادة **119** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >> في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .  
و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات << .

يلاحظ من خلال هذا النص أن الفسخ بالإرادة المنفردة للعقد لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، وان يكون المدين قد اخل بالتزامه فعلا في حين قام الطرف الآخر للعقد بتنفيذ التزامه (الدائن)<sup>162</sup>، و الفسخ قد يكون اتفاقي و كما قد يكون قضائي ، و في هذا الصدد يتبادر الى ذهننا التساؤل حول ما المقصود بكليهما :

## 1 - الفسخ الاتفاقي :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **120** من القانون المدني الجزائري على أنه : >> يجوز اتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة الى حكم قضائي...<<

من خلال هذا النص يتبين لنا أن الشرط الفاسخ الاتفاقي يكون عندما يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا اذا لم ينفذ أحد المتعاقدان التزامه و ذلك إعمالا للقاعدة العامة للفسخ لعدم التنفيذ بعد اعدار المدين ، و يكون ذلك بموجب بند في العقد أو لاحق له<sup>163</sup>، حيث أنه بموجب هذا الشرط يتحقق الفسخ دون حاجة الى حكم قضائي<sup>164</sup>، إضافة الى وجود هذا الشرط الفاسخ بين المتعاقدين و الغاية منه فسخ العقد

<sup>159</sup> . أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2004، ص231.

. علاق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص42.160

. أمجد محمد منصور، المرجع السابق ، ص205.161

. أمجد محمد منصور ، المرجع السابق، ص206.162

. بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص312.163

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص461.164

بمجرد عدم تنفيذ احدهما لالتزاماته ، أن تنصرف إرادتهما الى استبعاد الفسخ القضائي ، و دور القاضي هنا يقتصر على معاينة مدى توفر الشروط التي و ضعها المتعاقدان من اجل تحقق الفسخ<sup>165</sup>.

## 2 - الفسخ القضائي :

نص المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني على أنه : >> في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد ، أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك...<<.

من خلال هذا يتضح ان الفسخ القضائي يكون عند عدم تنفيذ احد المتعاقدان لالتزاماته و بعد اعدار المدين بها يقوم الدائن برفع دعواه أمام القضاء طالب الفسخ ، و بمجرد رفع الدعوى يصبح للقاضي السلطة التقديرية الواسعة وفقا لنص المادة 2\119 ق.م.ج و التي تنص على أنه: >> يجوز للقاضي ان يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات <<، فطبقا لهذا النص فالقاضي يستطيع و في ضوء ملابسات القضية و مصلحة الأطراف ان يقضي بفسخ العقد أو ان يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه<sup>166</sup>، و بالتالي تبقى للقاضي كامل السلطة في تقدير ذلك.

## ب - الدفع بعدم التنفيذ :

يجوز للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزاماته اذا ما اخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته ، و تكون هذه الحالة في العقود الملزمة للجانبين ، أي ان الدائن يمكنه ان يمتنع عن تنفيذ التزاماته جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته<sup>167</sup> ، و ذلك بقصد تأجيل تنفيذ الالتزامات الى حين تنفيذ الالتزامات المقابلة<sup>168</sup>، و كذلك الضغط على الممتنع قصد التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ<sup>169</sup>.

. نفس المرجع ،ص 462.165

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص460.166

. خليل احمد حسن قدارة ، المرجع السابق ، ص175.167

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص473.168

. بلحاج العربي ، المرجع السابق،ص.ص.294،295.169

في هذا نجد نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على انه : >> في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به<<.

فوفقا لنص المادة يقتضي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ تحقق شروطه و التي تتمثل في:

**- الشرط الأول :** يجب أن يكون العقد تبادليا ، و ملزما للجانبين ، لكي يقوم الدائن بالدفع لعدم التنفيذ، و لقد عرف لنا المشرع الجزائري العقد الملزم للجانبين و ذلك من خلال نص المادة 55 من القانون المدني و التي نصت على أنه :>> يكون العقد ملزما للطرفين ، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا<<.

كذلك نجده عرف لنا العقد التبادلي من خلال نص المادة 56 من نفس القانون و التي نصت على أنه :>> يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح ، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح ، أو يفعل له.<<

فالعقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة و مرتبطة بعضها ببعض ، بحيث يكون كل متعاقد دائنا و مدينا نحو المتعاقد الآخر ، حيث ان تقابل و تبادل و ارتباط الالتزامات بعضها ببعض هو الميزة الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين ، و يجب أن تنشأ هذه الالتزامات في وقت واحد و وقت إبرام العقد، و ان تكون ناشئة من مصدر واحد أي من نفس التصرف و العقد نفسه ، كما يجب ان يكون تنفيذ التزام المتعاقد متصلا و مقابلا لتنفيذ المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر<sup>170</sup>، لكن اتصال و تقابل الالتزامات المتعاقدين لا يعني بالضرورة تنفيذهما في نفس الوقت<sup>171</sup> ، لذلك نجد المشرع نص على أنه >>...إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الفاء...<< ، فيرجع هذا الشرط الى الأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع ، وهو تقابل و ارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدين<sup>172</sup>.

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص.ص.67،68،170

. نفس المرجع ، ص.69،171

. نفس المرجع ، ص.474،172

**- الشرط الثاني :** يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وواجبة التنفيذ<sup>173</sup>، فيجوز في

هذه الحالة لكل متعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ ما لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، و قد يقتضي حل هذا النزاع ، الرجوع الى القضاء ، و القاضي في هذه الحالة قد يلجأ الى إجراءات عروض الوفاء و الإيداع طبقا للمادة **274** من القانون المدني الجزائري و ما يليها و المادة **584** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ما يليها<sup>174</sup>.

كما ليس للمتعاقد ان يدفع بعدم تنفيذ التزامه اذا كان التزامه قد حل أجله في حين أن الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر لم يحل أجله بعد كأن يكون المتعاقدان قد اتفقا على أن تنفيذ الالتزامات لا يتم في وقت واحد ، كما هو الأمر بالنسبة للثمن المؤجل في البيع ، و قد تقتضي طبيعة العقد كذلك أن يكون تنفيذ الالتزامات المتقابلة الواحدة تلو الأخرى ، و مثل ذلك العقود الزمنية التي تتضمن أداءات دورية ، و قد يستخلص ذلك من العرف، كما لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف طبقا للمادة **212** من القانون المدني الجزائري و التي تنص : >> اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل...<< ، أو سقط الالتزام بالتقادم فأصبح التزاما طبيعيا غير قابل للتنفيذ الجبري<sup>175</sup>.

**- الشرط الثالث :** يجب تحقق امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه فلا تشترط المادة **123** من

القانون المدني الجزائري ان يكون الامتناع عن التنفيذ كليا أو جزئيا و من تم فإنه يمكن الدفع بعدم التنفيذ و لو أخل المتعاقد الآخر جزئيا فقط بالتزامه، و يشترط أن لا يكون المتعاقد الآخر هو المتسبب في امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه ، أو كان قد امتنع هو الأول عن تنفيذ التزامه ، أو أن ما تأخر من تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر يعد ضئيلا<sup>176</sup>.

يترتب عن هذا الدفع وقف تنفيذ العقد دون انقضاء لقوته الملزمة<sup>177</sup>، و بالتالي يعتبر وسيلة دفاعية و هذا ما جعل الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج الى اعدار<sup>178</sup>.

## ج - التنفيذ عن طريق التعويض :

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.173

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص474.174

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص475.175

. خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص175.176

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص475.177

. علاق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص47.178

في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه تجاه المتعاقد الآخر فإن لهذا الأخير أن يجبر المدين على الوفاء بذلك وفقا للقواعد العامة التي تنظم التنفيذ الجبري ، غير أن هذا لا يمكن تصوره إلا اذا كان ذلك ممكنا ، أما اذا كان مستحيلا فقد يكون ذلك راجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه و قد تكون راجعة لتصرف المدين، فإذا كان ذلك راجع للسبب الأجنبي فلا يمكن مساءلة المدين عن عدم التنفيذ أما اذا كان ذلك راجع لتصرف المدين فإنه يسأل عن عدم التنفيذ و إخلاله بالتزام العقدي و إحاقه الضرر بالدائن ، و بالتالي تقوم في جانبه المسؤولية العقدية<sup>179</sup>، و لا يبقى للدائن إلا أن يلجأ الى ما يسمى بالتنفيذ بمقابل و ذلك بطريقة التعويض العيني أو النقدي<sup>180</sup>، و لقد نص المشرع الجزائري على هذه المسؤولية تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض حيث جاء في نص المادة **176** من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه: >> اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه<<

فلاحظ من خلال نص المادة أنها تقرر التعويض للدائن عن إخلال المدين بالوفاء بالالتزاماته الناشئة عن العقد ، و لا يستطيع هذا الأخير نفي هذه المسؤولية إلا اذا اثبت أن عدم تنفيذه كان راجعا لسبب أجنبي<sup>181</sup> .

هذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني ، و لم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينا ، فيكون بذلك مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، فلا تقوم إلا عند توافر الخطأ في جانب المدين<sup>182</sup> .

فيتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عنه ممكنا ، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بتطبيق الجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة ، بإعمال المسؤولية العقدية إلا اذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائيا و بصفة مطلقة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز للدائن منهما أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا الى اقتضاء التعويض<sup>183</sup> .

. خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص144.179

. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص283.180

. علاء عبد القادر ، المرجع السابق ، ص47.181

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص264.182

. بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص265.183

فالتعويض في هذه الحالة إما أن يكون عن عدم التنفيذ أو عن تأخر فيه ، و القواعد العامة التي تحكم كلا نوعين تكاد تكون واحدة<sup>184</sup> ، و مع ذلك يمكن التفرقة بينهما من حيث أنه :

- لا يمكن الجمع بين التنفيذ العيني ، و التعويض عن عدم التنفيذ و إلا حصل الدائن على حقه مرتين ، و يمكن الجمع بين التعويض عن التأخر في التنفيذ و بين التنفيذ العيني اذا توافرت شروطه .

- لا يستحق التعويض عن التأخر في التنفيذ إلا بعد اعدار المدين ، أما التعويض عن عدم التنفيذ ، فهناك حالات لا ضرورة فيها للإعذار .

لكي يتم الحكم على المدين بالتعويض فلا بد من توافر مجموعة من الشروط و التي تتمثل<sup>185</sup> في :

- خطأ ينسب الى المدين .

- ضررا يصيب الدائن.

- قيام علاقة سببية بين الخطأ و الضرر.

- عدم وجود اتفاق على استبعاد المسؤولية العقدية .

- الاعذار .

فإذا توافرت الشروط اللازمة للحكم بالتعويض فعلى القاضي تقديره و الحكم به ، و لكن قد يكون التعويض مقدرا سابقا قبل عرض القضية أمام القضاء ، فقد يتفق المتعاقدان على تقديره جزافا عند إبرام العقد ، وقد يحدده القانون مقدما اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، فالتعويض قد يقدره القضاء ، أو القانون أو اتفاق المتعاقدين<sup>186</sup> ، فكيف يكون ذلك ، لذلك سنتطرق الى كل واحد منهم لتوضيح أكثر :

## **1 - التعويض القضائي :** لقد نصت المادة 182 من القانون المدني الجزائري على أنه : >> إذا لم

يكن التعويض مقدرا في العقد ، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، و يشمل التعويض ما لحق من

<sup>184</sup> . بواب بن عامر ، محاضرات في مقياس الالتزامات (السادسي الثاني أحكام الالتزام) ، أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق ،الجزائر ، 2012،ص08.

. نفس المرجع، ص09.185

. بواب بن عامر ،الرجع السابق، ص 10.186

خسارة و ما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول << .

فيتضح من خلال نص المادة فإن القاضي يعنى بتقدير التعويض و ذلك عندما لا يكون مقدر لا في العقد أي من قبل أطرافه ، ولا من قبل القانون ، فيبقى في هذه الحالة تقديره من قبل السلطة القضائية ، و يتوخى القاضي في تقديره للتعويض ، الكسب الفائت و الخسارة التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، و لا يمكن للقاضي أن يجاوز في تقديره للتعويض هذين العنصرين ، و هذا لأن الغاية من التعويض هي وضع الدائن في المركز الذي كان يمكن أن يكون فيه لو أن مدينه نفذ التزامه<sup>187</sup>.

فالقاضي في تقديره للتعويض يأخذ بنظر الاعتبار جل الضرر المادي الذي قد لحق بالدائن في ذمته المالية، لكن هل يجوز له أن يأخذ في تقديره للتعويض بالضرر المعنوي أو الأدبي ؟ أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية ، كذلك هو الأمر بالنسبة للمسؤولية العقدية ، فإذا ترتب على عدم التنفيذ نتائج من شأنها تمس بشرف الدائن أو اعتباره أو حرته تطبيقا لنص المادة **182** مكرر من القانون المدني الجزائري ، و يشترط الفقه للحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي أن يكون حقيقيا ، على درجة من الأهمية ، و أن يثبت الدائن وجوده<sup>188</sup>.

إذ اشترط المشرع الجزائري في نص المادة **182** من ق.م.ج ، أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء ، حتى يكون محل اعتبار ، و حدد المشرع الجزائري معيارا لذلك<sup>189</sup> بنصه في الفقرة الأولى من نفس المادة على أنه : << و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول >> .

في هذا الصدد نتساءل حول هل يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الضرر غير المتوقع ؟ و لقد أجاب المشرع الجزائري من خلال نص المادة **182** من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية و التي تنص على أنه : << يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة >> ، فإذا كان الضرر غير المتوقع بالإضافة الى الضرر المتوقع هو محل اعتبار في المسؤولية التقصيرية ، فإن الضرر المتوقع وحده هو الذي يكون محل اعتبار في تقدير التعويض في

. نفس المرجع، نفس الصفحة. 187

. نفس المرجع، نفس الصفحة. 188

. بواب بن عامر ،الرجع السابق،ص.11. 189

المسؤولية العقدية ، ذلك أن إرادة العاقد عند إبرام العقد قد انصرفت الى أن لا يلتزم إلا بما كان يتوقعه من ضرر ، و معيار التوقع هو معيار الرجل العادي منظورا إليه أثناء التعاقد، و كذا أثناء التنفيذ<sup>190</sup>.

## 2 - التعويض الاتفاقي :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **183** من القانون المدني على أنه : >> يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق ، و تطبق أحكام المواد من 176 الى 181<< ، من خلال نص المادة يتضح لنا أن قد يحددان المتعاقدان مقدما بشرط في العقد مقدار التعويض و أجاز لهم القانون ذلك ، و بموجب ذلك الشرط يلتزم المدين أن يدفعه الى الدائن في حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو في حالة تأخره في تنفيذه ، و يكون هذا الشرط صحيح و ملزم للطرفين لعدم مخالفته للنظام العام ، و يطلق عليه الفقه الفرنسي تسمية الشرط الجزائي<sup>191</sup>.

يلجأ المتعاقدون الى الشرط الجزائي لتقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه تقديرا جزافيا ، فيتجنبون تدخل القضاء في تقدير التعويض ، و هذا يعود بالفائدة على الدائن من ناحية الإثبات ، فيعفيه من إثبات الضرر الذي قد يصيبه عند إخلال المدين بتنفيذ لالتزامه<sup>192</sup>.

يحكم الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري مبدآن و هما ، يعتبر التزام تبعي لا أصلي ، وأنه اتفاق على تقدير التعويض<sup>193</sup>، و هناك مبدأ ثالث يتبعه القضاء الفرنسي و لم يأخذ به القانون الجزائري ، و هو أن الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض أي لا يجوز للقاضي أن يزيد فيه و لا ينقص<sup>194</sup>.

كما نصت المادة **184** من القانون المدني على أنه : >> لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق في الاتفاق مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه<<، و يتضح من خلال هذا النص أن الشرط الجزائي هو اتفاق حول التعويض ، لذا يجب تنوافر

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 190

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 191

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 192

193 . طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير ،جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ،فلسطين، 2007، ص.ص، 17، 19.

194 . علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة، (التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي و القوانين العربية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.ص 180، 182.

فيه جميع شروط استحقاق التعويض ، كما أنه إذا توافرت شروطه ، و أصبح ملزما للمتعاقدين يجب على القاضي الحكم به ، و لا يستطيع القاضي أن يجري فيه تعديلا إلا في الحالات التي نص القانون عليها<sup>195</sup>.

### 3 - التعويض القانوني:

لقد نصت المادة **186** من القانون المدني الجزائري على أنه : >> اذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير <<، فمن خلال نص المادة يعتبر التعويض القانوني أو الفوائد التأخيرية كما يسميها الفقه القانوني ، مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخر في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود ، عن الميعاد المحدد<sup>196</sup> .

لكي يكون هذا التعويض مستحقا لا بد من توافر كامل شروط استحقاقه و التي تتمثل في :

– أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام .

– تأخر المدين في الوفاء بالتزامه .

– مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية ، مطالبة قضائية.

أما فيما يتعلق بقيمة التعويض فالمشرع الجزائري لم يحددها و ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي<sup>197</sup>.

### المطلب الثاني : مدى تدخل إرادة المتعاقد في آثار العقد

يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي

يقرها القانون و هذا طبقا لنص المادة **106** من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : >>

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو لأسباب التي يقرها

. بواب بن عامر، المرجع السابق، ص12.195

. نفس المرجع، ص 13.196

. بواب بن عامر، المرجع السابق، ص 13.197

القانون» ، فبمفهوم المخالفة لنص المادة يفهم أنه يمكن تعديل العقد أو نقضه اذا ما اتفق أطرافه بإرادتهما المتطابقتين ، ومن خلال هذا يتضح أن للإرادة دور في إبرام العقد ، كما لها دور في تحديد آثاره فلها أن تعدله كما لها أن تنهيه ، كما أنه يعتد بإرادة المتعاقدين في تفسير العقد، حيث أن عملية تفسير العقد عبارة عن توضيح لمعنى النصوص الواردة في العقد محل التفسير ، و بيان مدلولها و ذلك بالوقوف عند الإرادة الحقيقية و المشتركة للمتعاقدين حتى يتمكن أطرافه من تنفيذه .

من خلال هذا سنتطرق في هذا المطلب الى بيان مدى تدخل إرادة المتعاقدين في تعديل و نقض العقد (الفرع الأول)، تم الى بيان مراعاة إرادة المتعاقدين في تفسير العقد(الفرع الثاني).

### الفرع الأول : مدى تدخل إرادة المتعاقدين في تعديل و نقض العقد

كأصل عام لا يجوز تعديل و لا نقض العقد لكن أورد القانون استثناء على هذه القاعدة و هو جواز تعديله و نقضه اذا ما اتفقا طرفان العلاقة العقدية على ذلك.

#### أولا : تعديل العقد بإرادة الطرفين :

إن تعديل العقد يعتبر كقيد إراديا يرد على مبدأ القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع و أساسه أنه ما دام تم إبرام العقد باتفاق الطرفين فيمكن تعديله باتفاقهما<sup>198</sup>، و لا يعدو أن يكون عبارة عن اتفاق جديد يتفق بمقتضاه أطراف العقد أثناء تنفيذه على تغيير بند أو أكثر من بنود العقد الذي يربطهما<sup>199</sup>.

فحسب نص المادة 106 من القانون المدني يتضح أن حرية الإرادة في تعديل العقد حق مخول للأطراف و ذلك لتمكينهم من تعديل ما يروونه مناسباً و في مصلحتهم، و هذا التعديل يمس مضمون العقد سواء كانت هذه التعديلات مست المسائل الجوهرية أو المسائل الثانوية، فلا يستطيع حسب مبدأ سلطان الإرادة أطراف العلاقة العقدية ، تعديل العقد بإرادتهما المنفردة إلا استثناء<sup>200</sup>.

. جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ( مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية،1994،ص259.198  
. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية،دار الجامعة للنشر، الاسكندرية،2005،ص57.199  
. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص375.200

هذا التعديل يمكن أن يكون بعد إبرام العقد ، كما يمكن أن يكون عند إبرام العقد ، و يكون ذلك لما يضع أطراف العلاقة العقدية شرط في العقد يخول لأحد الطرفين أو لكليهما ، يمكنهما من التعديل في أحكام العقد عند تغير الظروف التي قد تطرأ بعد إبرام العقد<sup>201</sup>.

حيث أن الغرض من تعديل العقد اتفاقا هو مراجعة بنوده بسبب تغير الظروف الاقتصادية التي كثيرا ما تتال من توازن التزامات المتعاقدين مع العلم أن القانون القديم لا يأخذ بعين الاعتبار سوى حالة القوة القاهرة ، و لا شك أن المشرع الجزائري عند اعتماده لنظرية الحوادث الاستثنائية ، بموجب المادة **107 \ 02** من ق.م.ج، يكون بذلك قد عالج جانبا من الصعوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد، نتيجة أحداث استثنائية غير متوقعة طرأت بعد إبرامه ، و لما كانت أحكام المادة سالفة الذكر من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها فلا حاجة و ولا فائدة من اتفاق المتعاقدين لتعديل العقد و ما لم يتعلق الأمر بحالة لا تتوفر فيها الشروط التي تقتضيها نظرية الحوادث الاستثنائية ، كأن يتعلق الأمر بحادث متوقع ، و من بين الأمور المتوقعة حصولها بعد إبرام العقد و التي تمس بتوازنه ، نجد على سبيل المثال ، ظاهرة التضخم ، و انخفاض العملة النقدية... إلى غير ذلك من الظروف كل حسب مجال العقد المبرم فيصبح السعر الاتفاقي للبضاعة أو الخدمة ، غير مناسب تماما و هذا كلما كان تنفيذ العقد متراجخا أو يتم تنفيذه على فترات متعاقبة ، و تفاديا لتلك الصعوبات كثيرا ما ينفق المتعاقدان على تعديل السعر مع تحديد الأدوات اللازمة لذلك و قد يحث المشرع المتعاقدين على الاحتياط من مثل هذه الحالات ، و من أهم الآليات التي بها يحتاط المتعاقدين من تقلبات الأسعار ، بند التقييس و بند مراجعة الأسعار<sup>202</sup>.

بند التقييس يتمثل في شرط يلحف بثمن نقدي محدد اتفاقا و مؤجل الأداء في مقابل سلع أو أداءات تؤدي على فترات متعاقبة ، و بموجب هذا الشرط يتغير الثمن المتفق عليه بصفة آلية تبعا للتغيرات المرتقبة مستقبلا لمعيار أو مؤشر موضوعي متفق عليه<sup>203</sup>.

أما بند مراجعة الأسعار فهو شرط يحدد بموجبه المتعاقدان كيفية مراجعة الأسعار المحددة اتفاقا في العقد ، كحالة تحقق ظروف معينة ، فينفق المتعاقدان على الأسباب التي يترتب عليها مراجعة الأسعار ، و كيفية مراجعة الأسعار ، كأن تكون العبرة بمؤشرات البورصة ، أو السوق الداخلية أو الخارجية ، غيرها ، و كذا آجال مراجعة الأسعار ، و أعلى نسبة للزيادة و غيرها ، وليست هناك قيود على حرية الأطراف في تحديد صيغة المراجعة ، طالما كانت العوامل المعتمد عليها موضوعية ، و كثيرا ما يستعين

. مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد)، ج1، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995، ص107. 201

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص384. 202

. نفس المرجع ، ص385. 203

المتعاقدين في هذا الشأن بالأرقام الاستدلالية التي تستعمل في صيغ تحيين و مراجعة أسعار الصفقات العمومية و خلافا لبند التقييس لا يتغير السعر أليا ، بل بموجب اتفاق في إطار تطبيق بند مراجعة الأسعار<sup>204</sup>.

## ثانيا - نقض العقد بإرادة المتعاقدين :

يستطيع أطراف العلاقة العقدية إنهاء العقد بإرادتهم ما دام أنهم قاموا بإنشائه فلهم إنهائه بإرادتهما المتطابقتين و الأساس القانوني المخول لهم هذا الحق نجد المادة **106** من ق.م.ج ، و هو ما يعرف بالتقابل، فيكون عبارة عن عقد جديد يتم بين نفس أطراف العلاقة العقدية يتم صراحة أو ضمنا ، يكون مضمونه هو التحلل من العقد القائم بينهما<sup>205</sup>.

كما قد ينفق المتعاقدان عملا بنص المادة **106** من ق.م.ج ، على انه يجوز لكل منهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، و قد يثير هذا الشرط مسألة صحته لا سيما اذا كان التمسك بحق النقض يخضع لتقدير المتعاقد فقط ، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن قضاة الاستئناف مخالفا للقانون لما اعتبروا ان إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، طبقا للشرط المدرج في العقد مع مراعاة الشروط الشكلية المطلوبة تعسفا لانعدام سبب الإنهاء من جهة و بالنظر من جهة أخرى الى مؤهلات و سمعة المتعاقدة معه الذي لم يتلق أية ملاحظة منذ اثنتا عشرة سنة، و لم يدخر طوال هذه المدة وقته و جهده في تنفيذ العقد<sup>206</sup>، و باستثناء عامل المفاجأة الذي قد يسبب ضررا للمتعاقد الذي يتمسك بالعقد ، فإن شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بدون سبب يكون صحيحا ، و كثيرا ما يحتاط المتعاقدان لعامل المفاجأة في إنهاء العقد بإرادة أحد المتعاقدين من خلال اشتراطهما احترام إجراءات معينة كتبليغ إندار مكتوب من أجل معين من قبل المتعاقد الذي يريد إنهاء العقد بإرادته المنفردة الى المتعاقد الآخر و لكن هذا لا يمنع عند الحاجة من إثبات حالة التعسف في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة الذي تترتب عليه المسؤولية المدنية<sup>207</sup>.

## الفرع الثاني : مراعاة إرادة المتعاقدين في تفسير العقد

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص385.204

. جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص279.205

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص380.206

. نفس المرجع ، ص381.207

إن للإرادة دور في وضوح العبارة و غموضها ، فالتعبير عن الإرادة إذا كان صريحا سهل على القاضي مهمة البحث عن التعبير أو المقصود الحقيقي للأطراف ، أما إذا كانت العبارة غامضة فيلجأ الى وسائل أخرى لاستنباط إرادة المتعاقدين الحقيقية ، إلا أنه في بعض الأحيان يكون هناك تناقض بين العبارات الواضحة و التعبير عنها<sup>208</sup>، فيكون هناك شك في تأويل العبارة ، كما أن عملية التأويل تعد من سلطة القاضي فهو الذي يهيمن على هذه العملية الدقيقة ، كما أن المشرع الجزائري خول للقاضي في مجال تأويل العقد سلطة تقديرية واسعة في ذلك الشأن<sup>209</sup>، و ذلك من خلال نص المادتين **111** و **112** من ق.م.ج ، حيث نصت المادة **111** على أنه : << إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طرق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين .  
أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات >> .

كذا نص المادة **112** من نفس القانون : << يؤول الشك في مصلحة المدين .  
غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن >> .

فمن خلال نص المادتين يتضح أنه حاء في فحواها ثلاث حالات للتفسير القضائي للعقد و هذا ما سنوضحه في الموالي :

## أولا - تفسير الإرادة في حالة وضوح العبارة :

### أ - تعريف العبارة الواضحة :

بتصفحنا لمواد القانون المدني لا نجد يعرف لنا العبارة الواضحة تاركا ذلك للفقهاء و القضاء ، و برجوعنا للفقهاء القانوني نجد عدة تعريفات نذكر من بينها :

. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق، 2008، ص08.208  
. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص238.209

فهناك من عرفها على أساس وضوح الإرادة و هناك من عرفها على أساس التطابق الكلي بين الإرادة و التعبير ، فإذا كانت العبارة واضحة و يجب أن تدل على التعبير الصادق المنبعث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين و لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة عن طريق التأويل ، بل يجب افتراض أن هذه العبارة الواضحة معبرة عن حقيقة الإرادة الباطنة<sup>210</sup>.

عرفها جانب من الفقه بأنها : >> تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين ، فلا يكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة ، و يحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظا واضحة و لكنها تكشف بظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الحقيقية<<<sup>211</sup>

عرفت أيضا بأنها التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الحقيقية و الإرادة الباطنة ، أي أن الألفاظ أو الكلمات أو الإشارات المستعملة عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>212</sup>.

كما يرى جانب آخر من الفقه بأنه لا يقصد بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة أو تعبير على حدا ، بل وضوح منطوق العقد بصورة عامة ، استنادا لمجموع ما جاء في عباراته لأن العقد يعتبر وحدة متصلة الأجزاء ، متكاملة الأحكام<sup>213</sup>.

## ب - مدى جواز تأويل العبارة الواضحة في العقد :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **111** من ق.م.ج ، على أنه لا يجوز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة عن طريق تفسيرها أو تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، ولا شك أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يترتب عليه العقد من آثار و هي قاعدة تقتضي من أجل استقرار التعامل إلا أنه في بعض من الأحيان يشمل العقد غموضا بالرغم من وضوح عباراته مما يستدعي تدخل القاضي لتفسيره و البحث عن الرادة المشتركة للمتعاقدين ، كما لو ذكر في العقد عبارة أن المدين يلتزم بدفع فوائد الدين و معدلها **04** بالمائة تم ذكر في العقد نفسه أنه يلتزم بفائدة قدرها **05** بالمائة ، فإن كلا العبارتين واضحتين ، و مع ذلك

. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005، ص327.210

. عيد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002، ص251.211

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 407.212

. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية ، مفاعل العقد، ج2، 1998، صص، 118، 119.213

يظهر الغموض في الدلالة على ما تقصده الرادة المشتركة فيقع على القاضي عبء تفسير العبارتين بحثا عما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين في ضوء طبيعة التعامل و ظروف العقد الجاري و مبادئ العدالة و حسن النية<sup>214</sup>.

كما لا تكفي أن تكون العبارات واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة<sup>215</sup>، و كذلك عندما تكشف الإرادة الظاهرة عن إرادة مغايرة للحقيقة ، فالمعنى الظاهر الذي تبينه هذه الألفاظ ليس هو مقصود الطرفين إذ يقصدان أمرا معين لكنهما يعبران عنه بألفاظ تتماشى مع إبراز هذا الأمر<sup>216</sup>.

و في هذا الصدد انقسم الفقه الى اتجاهين ، فالاتجاه الأول يؤيد تأويل العبارات الواضحة في العقد إذا لم تفصح عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أما الاتجاه الثاني فيعارض فكرة تأويل عبارات العقد الواضحة بذاتها ، فهذا ما سنتطرق إلى بيانه ثم نتعرض الى موقف القضاء الجزائي في هذا الشأن :

## 1 - الرأي الأول :

يرى أصحاب هذا الاتجاه و الذي يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة أن نص المادة 01\111 من ق.م.ج ، جاء واضحا و صريحا على أساس أنه لا يجوز إطلاقا البحث و تفسير العبارات ما لم يكن هناك ما يبرره من غموض أو لبس في العبارات ، حيث يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يجب البحث عن الإرادة عندما لا يوجد غموض في ألفاظ العقد ، و أنه لا مجال للتفسير ، فالعبرة أن اللفظ يعبر عن إرادة الطرفين ، و قد تبنى الفقه الألماني هذا الرأي و في رأيهم أن العبارة ما هي إلا وسيلة يستعملها الأطراف للتعبير عن إرادتهم الباطنة و لهذا فان العبارات تعبر بوضوح عن الرادة الباطنة و يجب ان نعتد في التفسير بالإرادة الظاهرة ، و ان أي محاولة تفسير للعبارة الواضحة تعد خرق لإرادة الطرفين من قبل القاضي و بالتالي خرقا للقانون<sup>217</sup>.

لقد اعتمد أنصار هذا الرأي عل الحجة التالية:

. إلياس ناصيف، المرجع السابق ، ص 219.214

. عبد الحكم فودة ، المرجع السابق،ص256.215

. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص219.216

. عبد الحكم فودة ، المرجع السابق،ص 71.217

- إن أصحاب هذا الرأي يخشون من تحكم القاضي إذا ما ذهب الى معنى مغاير للعبارات الواضحة و ليس لديه أساس يستند إليه لاستخلاص الإرادة الحقيقية إلا الحدس ، إذ يطلق لخياله العنان في تقصي الإرادة و أهمية تخالف الإرادة التي كشفت عنها الألفاظ و هو بذلك يعيد بناء العقد على هواه ، كما ذهبوا الى ان تفسير العقد لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة باعتبار أن الإرادة الظاهرة هي وحدها التي تكون موضوع التفسير على أساس مطابقتها لإرادة الباطنة<sup>218</sup>.

## 2 - الرأي الثاني :

يرى أنصار هذا الاتجاه و اللذين يأخذون بنظرية الإرادة الباطنة أن المشرع الجزائري لما نص على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة ، إنما قصد وضوح الإرادة لا اللفظ ، و أنه ليس المقصود بوضوح عبارة العقد وضوح كل جملة ، أو تعبير على حدا ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة ، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة و لكن تدل على أن الطرف أساء استعمال التعبير فقصد معنى و عبر عنه بلفظ لا يستقيم له المعنى ، و هذا الرأي لا يتفق دائما مع الواقع لأنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير نهائي تام يصدر من الموجب و يتلقاه الموجب له ، فإن هذا الوضوح لا يمنع من التفسير بل يتعين البحث عن الإرادة الحقيقية لان وضوح الألفاظ لا يعني وضوح الإرادة<sup>219</sup>.

من حججهم أن الألفاظ لا يمكن أن تشكل عائق أمام استخلاص الإرادة الحقيقية ، متى كانت الألفاظ لا تكشف عنها بذاتها ، لأن المادة التي وضعت من أجل تفسيرها نجدها تقرر وجوب البحث عن النية المشتركة للطرفين و ذلك دون التوقف عن المعنى الحرفي للألفاظ<sup>220</sup>.

## 3 - موقف القضاء الجزائري :

لقد أخذ القضاء الجزائري بإعمال نص المادة 111 من القانون المدني ، و التي تمنع القاضي من الانحراف عن العبارات الواضحة في العقد بحجة تأويلها و استخلاص مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة و دالة على ما قصده أطراف العلاقة العقدية ، و ذلك من خلال عدة قرارات لها نذكر من بينها:

. عيد الحكم فودة ، المرجع السابق،ص 71.218

. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص298.219

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.220

القرار رقم **80816** المؤرخ في **16\06\1991**، و ذهبت فيه المحكمة العليا الجزائرية الى عدم السماح للقاضي بتفسير نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له ، و القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ، و ذلك بأن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر ، فإن قضاة الموضوع قاموا بتحويله الى عقد إيجار بحجة مقتضيات المادة **203**(ق.ت ) لم تحترم ، فخرقوا القانون و خرجوا عن مضمون العقد<sup>221</sup>.

منه يمكن للقاضي تفسير العبارة الواضحة، إذا كانت في ظاهرها واضحة و محددة و لكنها لا تعكس النية الحقيقية للأطراف ، غير أنه لا يجوز قانونا لقضاة الموضوع أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها ، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون<sup>222</sup>.

### ثانيا - تفسير الإرادة في حالة غموض العبارة :

لم يعرف لنا المشرع الجزائري العبارة الغامضة و اكتفى بالإشارة الى الحكم المطبق في حالة غموض عبارة العقد في المادة **02111** من ق.م.ج ، فحاول الفقه و القضاء حصر بعض حالات غموض العبارة :

عرفت بأنها العبارة المبهمة ، و هي العبارة التي لا تفيد شيئا ، فيصعب الإطلاع على إرادة المتعاقدين<sup>223</sup>.

و عرفت أيضا بأنها العبارة الواضحة في حد ذاتها غير أنها تتعارض مع عبارات أخرى واضحة أيضا، أو تعارض بند في العقد مع بند آخر ، فتصبح إرادة المتعاقدين غامضة ، و هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا ، حيث جاء في قرار لها : >> و حيث أنه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يظهر أن قضاة المجلس قاموا بتفسير العقد العرفي على ضوء ما جاء في المادة **111** من القانون المدني التي تجيز تأويل العقد اذا كان هناك محل للتأويل ، و هذا هو الحال في هذه القضية ذلك ان العقد العرفي المؤرخ في

. حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، ط3، دار هومة ، الجزائر، 2006، ص49.221

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص240.222

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص410.223

1989\0310 يحتوي على غموض إذ نص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر

و بنائه... <<224

كما يقصد بغموض العبارة أيضا عدم الإفصاح عن إرادة الطرفين فيصبح العقد بين عدة وجوه للتفسير، وكل منها محتمل التأويل، و يتعذر ترجيح وجه على آخر، و الذي يبعث الشك المبرر للتفسير.<sup>225</sup>

فتعددت التعريفات للعبارة الغامضة، فلما تكون العبارة التي يستعملها أطراف العقد غير واضحة كأن يشوبها غموض، فلا يكون معناها واضحا من أول وهلة أو يشوبها إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة الى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد<sup>226</sup>.

إذ نصت المادة 111 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه اما اذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات <<، و يلاحظ من خلال نص هذه المادة أنه اذا ما كانت العبارة غير واضحة الدلالة ففي هذه الحالة يجب على القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين<sup>227</sup>.

يستهدي القاضي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة نصت على بعضها المادة 111 في فقرتها الثانية من القانون المدني فطبقا لنصها فيستهدي القاضي المدني في البحث عن النية المشتركة للطرفين وفقا لطبيعة التعامل، و بما ينبغي ان يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين و وفقا للجاري في المعاملات، و الجدير بالتنويه إليه هو أن القانون المدني نص على هذه العوامل على سبيل المثال لا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر فالى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يتطرق إلى ذكرها المشرع لكن قد يستهدي بها القاضي في تفسيره للعقد محل التفسير<sup>228</sup>.

نفس المرجع، ص411.224

. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص262.225

. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزارطة، 2004، ص265.226

. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص241.227

. أحسن زقور، آثار العقود في المعاملات المالي، المرجع السابق، ص58.228

و يمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع الى العقد ذاته و نسميها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد و هي خارجة عنه و نسميها بالعوامل الخارجية<sup>229</sup>.

## أ - العوامل الداخلية في تفسير العقد :

و من بين العوامل الداخلية ما يلي :

### 1 - طبيعة التعامل :

أي يعتمد أو يستهدي القاضي في تفسيره للعبارة الغامضة في العقد بطبيعة هذا الأخير و موضوعه ، فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة ، إذ من المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوما بالقواعد التي تقتضيه طبيعته، ما لم يصرحا بخلاف ذلك ، مثلا اذا اشترط المعير في عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير في حالة هلاك الشيء برد مثلها لا بأن يدفع تعويضا<sup>230</sup>.

كما أن اذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع الى الموضوع الذي تم التعاقد عليه ، إذ المعقول أن يخرجنا عن هذا الموضوع إلا اذا كانت عبارته صريحة في مجاوزته<sup>231</sup>.

### 2 - الأمانة و الثقة :

كما يستهدي القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين<sup>232</sup>، و هذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر ، فمن حق المتعاقد أن يطمئن للمعنى الذي فهمه أو يستطيع أن يفهمه مما وجه إليه من تعبير، دون خلفيات أيا كان نوعها ، و من حقه أيضا أن يثق

أحسن زقور ، المرجع السابق، ص59.229

. عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص609.230

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.231

. أحسن زقور ، المرجع السابق، ص61.232

و يطمئن للمتعاقد معه ، و بمفهوم المخالفة يتمتع المتعاقد عن الغش و الحيل و الهزل في المعاملات ، كما يلتزم بالتعاون مع المتعاقد معه ، فيطلع على كل الأمور التي يجهلها و التي تهم المعاملة<sup>233</sup>.

فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل ، فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، و استطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع ان يتبينه ، فالأمانة في التعامل تقضي عليه إلا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه ، و يقابل هذا الواجب حق ، فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن الى العبارة بحسب ظاهرها، و أن يعتبر المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب ، و هذه هي الثقة المشروعة ، و تنطوي على المعنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد<sup>234</sup>.

**3 - إذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد:** و كان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثرا قانونيا ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ أن أعمال الكلام خير من إهماله ، فإذا سلم شخص لآخر أرضا مملوكة له في مقابل دين ، و اشترط الدائن أن يستولي على ريع الأرض في نظير الفوائد و ألا يرد الأرض لا الى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة - أذ هو يجمع خصائصها- فإنه لا ينتج أثرا قانونيا ، لان الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الخارجية فيفسر على أنه رهن حيازة ، و لا يسمح للدائن أن يستولي على ما يزيد عن الحد الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه في الفوائد<sup>235</sup>.

#### **4 - تفسير عبارات العقد بعضها من بعض :**

فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل العقد، فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، و تحدها عبارة سابقة أو لاحقة ، و قد تقرر العبارة أصلا و يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها و قد تكون العبارة مبهمة ، و تفسرها عبارة و ردت في موضوع آخر ، فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، و لا يدخل في المبيع ما لم يذكر في المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل<sup>236</sup>.

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص415.233

. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص103.234

. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 103<sup>235</sup>

. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص609.236

و اذا قام التناقض بين عبارتين , اجتهد القاضي في التوفيق بينهما فلو أمكنه إعمال العبارتين معا فعل ، و إلا اجتهد في إعمالها إلى أقصى حد دون إرهاب لفظ أو قسر له على غير معناه ، فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة ، اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى<sup>237</sup>.

## 5 - عدم أفراد الحالة المذكورة في العقد بالحكم :

اذا باع شخص أرضا زراعية مثلا و كان من توابعها مواشي خصت بالذكر في عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشي و حدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من الآلات الزراعية و المخازن و المباني ، و نحو ذلك يدخل أيضا ، أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم في أن المبيع يشملها فصرا بذلك حسما للنزاع ، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشي فأفرادها بالذكر ، فقواعد التفسير قد تتضارب ، و على القاضي أن يختار القاعدة لتفسير العقد الذي يدعى لتفسيره<sup>238</sup>.

## ب - العوامل الخارجية في تفسير العقد :

من بين العوامل الخارجية لتفسير العقد لدينا العرف الجاري في المعاملات و كذا الطريقة التي ينفذ بها العقد

## 1 - العرف الجاري في المعاملات :

إن العقد يفسر طبقا لمل يقتضيه العرف الجاري في التعامل إذ المعقول في المسائل التي توطد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به و قد ارتضياه ، و إلا لصرحا بمخالفته ، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة و جب تفسيرها في ضوء هذا العرف ، و يجب أن لا يكون العرف مخالفا للقانون و

. أحسن زقور ، المرجع السابق ، ص 63.237

. أحسن زقور ، المرجع السابق ، ص 64.238

لا للنظام العام و الآداب العامة ، و لا يطبق العرف إلا عندما تستغفل نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم من ناحية ما تعاقدوا عليه أو ينظمونه في غموض<sup>239</sup>.

## 2 - وضوح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد :

فإذا قام المتعاقدين بتنفيذ العقد على نحو مدة معينة من الزمن فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها ، مثل أن يغفل ذكر مكان دفع الإيجار في العقد ، و تقتضي القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، و لكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل<sup>240</sup>.

يخلص مما تقدم أن على القاضي تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للعاقدين هي الإرادة الممكن التعرف عليها إذ تعتبر مسألة نفسية بحثه و ذات صفة شخصية ، يتم الكشف عنها وفقا للمادة **02\111** من ق.م.ج ، بوسائل مادية تقدر تقديرا موضوعيا للوصول الى الإرادة الباطنة أو الحقيقية للعاقدين<sup>241</sup>

## ثالثا : حالة الشك في معنى العبارة الغامضة :

نصت المادة **01\112** من القانون المدني الجزائري على أنه : >> يؤول الشك في مصلحة المدين << .

إن القاضي عند بحثه في قواعد التفسير يمكن أن لا يصل الى الكشف عن الإرادة المشتركة للطرفين ، و يتمثل هذا الشك في إمكانية تفسير العقد بين وجوه متعددة جميعا محتملة دون ترجيح لوجه على آخر ، حيث أن نطاق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين يتحدد إذن بأن التفسير للعقد غير مستحيل ، و في نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك<sup>242</sup>.

. علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص102.239  
. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص613.240  
. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص241.241  
242. سمير تناغو ، مصادر الالتزام (العقد ، الإرادة المنفردة ، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب ، القانون )، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة ، 2009،ص148.

أما لو استحال التفسير لدرجة لم يستطيع معها القاضي أن يبين أي وجه من الوجوه لتفسير العقد ،  
لكان هنالك قرينة على انتفاء نية المتعاقدين ، بمعنى آخر أن يكون كل من الطرفين قد أرادا شيئاً لم يردده  
الطرف الآخر<sup>243</sup>.

هذه القاعدة من القواعد الاحتياطية في التفسير و لقد أقرتها معظم التشريعات بما فيها القانون  
المدني الجزائري ، و ذلك من خلال نص المادة **01\112** منه و السالفة الذكر ، و قد وضع المشرع هذه  
القاعدة من أجل إزالة الغموض الذي قد انتاب إرادة الطرفين ، و معنى أن هذه القاعدة تعتبر من القواعد  
الاحتياطية في التفسير أن القاضي لا يلجأ إليها إلا بعد أن استحال عليه الوصول الى النية المشتركة  
للطرفين بواسطة القواعد الأصلية في التفسير<sup>244</sup>.

فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، هي قاعدة لا تطبق إلا في حالة صعوبة الكشف عن الإرادة  
المشتركة للمتعاقدين، و ذلك بوجود شك يصعب ترجيح معنى على آخر ، كما لا تطبق هذه القاعدة في  
عقود الإذعان ، لان الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعن ، سواء كان دائناً أو مدينا<sup>245</sup>، و هذا ما جاء في  
نص المادة **112** من القانون المدني و في فقرتها الثانية و التي تنص على أنه : >> غير أنه لا يجوز أن  
يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن << .

فالأصل أن الشك في التعرف على إرادة الطرفين المتعاقدين يفسر في مصلحة المدين ، و هذه  
القاعدة تتفق و القواعد العامة للإثبات التي تقضي أن الأصل هو براءة الذمة ، و الاستثناء هو الالتزام ،  
و لا يجوز التوسع فيه ، على أساس أن التفسير يجب أن يتجه الى نية الملتزم هي الالتزام في أضيق ما  
تحمله عبارات العقد<sup>246</sup>.

في هذه الحالة وجود شك في الالتزام ، بمعنى أن الدائن عاجز عن إثبات ما يدعيه على نطاق واسع  
، فلا يوجد أي خلاف من الأخذ بالمدى الضيق للالتزام و الذي يتمسك به المدين ، لأن هذا المدى قام الدليل  
على توافق الإرادتين فيه ، و هذا ما تقضي به القواعد العامة<sup>247</sup>.

. إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص239.243

. عبد الحكم فودة ، المرجع السابق ، ص306.244

. زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد و الإرادة المنفردة) ، دار هومة ، الجزائر، 2013، ص126.245

246. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية و الوضعية) ، ج1 ، مصادر الالتزام ، دار  
الثقافة ، الأردن، 1997، ص268.

. رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص210.247

## الفصل الثاني : اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة

إن تطور سلطان القانون أوجب وضع الكثير من القيود على مبدأ سلطان الإرادة لتلبية كافة احتياجات الأفراد و المجتمع و حماية مصالح المتعاقدين ، و كذا المحافظة على التوازن الاجتماعي و استقراره سواء بالنسبة لتكوين العقد أو بالنسبة للأثار التي تترتب عليه<sup>248</sup>، فمن بين القيود التي ترد على حرية إرادة الأشخاص في التعاقد ، نجد تدخل المشرع لإجبار الأشخاص و منعهم من التعاقد أو إلزامهم باحترام لفكرة النظام العام و الآداب العامة ، و في حين آخر يفرض على إرادتهم الحرة في التعبير على ما تشاء لإنشاء ما ترغب من التصرفات و العقود ، بعض الإجراءات الشكلية التي من شأنها تقييد الإرادة و بالتالي لا تصبح تصرفاتهم نافذة و يعتد بها القانون إلا بعد مراعاتهم لتلك الإجراءات ، و يعد التدخل التشريعي في العقود كاستثناء يرد على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، أيضا من بين القيود الواردة على هذا المبدأ نجد التدخل القضائي في العقود ، إذ خول هذا الأخير سلطة التدخل في العقد لمراقبته كذا تعديله له و هذا ما يتناقى مع مبدأ سلطان الإرادة و بالتالي اضمحلاله .

في هذا الفصل سنتطرق الى بيان القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة و حرية الأشخاص في إبرامهم للعقود ، كالتدخل القانوني في العقد(المبحث الأول) ، و التدخل القضائي في العقد ( المبحث الثاني).

### المبحث الأول : التدخل القانوني في العقد

سنتطرق في هذا المبحث الى دراسة التدخل القانوني في العقد كقيد من القيود الواردة على إرادة المتعاقد ، و ذلك في مرحلة إنشاء العقد(المطلب الأول) ، و كذا تدخل المشرع في آثار العقد بتنظيمه لهذه الأثار و حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية (المطلب الثاني).

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 248.97

## المطلب الأول : تدخل المشرع في مرحلة إنشاء العقد

سنتناول في هذا المطلب بيان حدود إرادة المتعاقد الممثلة في إجباره و منعه من التعاقد ، وكذا فرض عليه احترام النظام العام و الآداب العامة حين إبرامه للعقد (الفرع الأول ) ، و فرض عليه مراعاة بعض الإجراءات الشكلية حتى تصبح تصرفاتهم نافذة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : تقييد حرية الإرادة في إبرام العقد

خصصنا هذا الفرع لدراسة سلطة المشرع في إجبار المتعاقد على إبرام العقد أو منعه من فعل ذلك (أولاً)، تم فكرة النظام العام و الآداب العامة التي يتوجب على الأشخاص مراعاتها حين إنشاءهم للعقد (ثانياً).

#### أولاً - الإجبار و المنع من التعاقد :

إن المعنى القانوني لمبدأ سلطان الإرادة هو امتلاك الأشخاص الحرية التامة في الإقدام أو العزوف عن إنشاء ما يريدون من العقود ، هذا كأصل عام لكن بطبيعة الحال لكل أصل استثناء يرد عليه و يخرج من المؤلف<sup>249</sup> ، و هذا ما نجده في تدخل المشرع و استثناء في بعض العقود و ذلك لجبرهم على الدخول في علاقات تعاقدية يراها في صالحهم ، و في حالات أخرى يمنعهم من الإقدام على بعض العقود و هذا ما سنوضحه أكثر في الموالى :

#### أ - الإجبار على التعاقد كقييد على حرية الإرادة :

في بعض الأحيان يجبر الشخص على التعاقد لضرورات تستوجب ذلك و هنا لا يكون ضغط على الإرادة في ذلك ، بل يعتبر ضغط مشروع لا يؤثر على صحة العقد ، و يرى البعض من الفقه بأن الشخص لما يمثل لأمر القانون و قبوله للتعاقد الجبري و ذلك تجنباً للعقاب ، فيكون بذلك قد أقدم على

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص96.249

إبرام العقد بإرادته ، بالرغم من تقييده لحرية إرادته في ذلك<sup>250</sup>، إلا أنه في هذه الحالة يكون الشخص مجبرا على التعاقد لا مختارا من قبل المشرع و هذا الأخير يجبره على ذلك لضرورات يقدرها و غالبا ما تكون في صالح الأشخاص ، كما تقوم على اعتبار التوازن بين المصالح المتعارضة ، بين مصلحة الشخص في عدم التعاقد و مصلحة الجميع في التعاقد ، فتغلب مصلحة المجموع ، و ذلك بالحد من حرية الشخص في التعاقد أو عدمه و يكون مجبرا على التعاقد و ليس مختارا ، و تبقى مع ذلك العلاقة تعاقدية<sup>251</sup>.

و هناك البعض الآخر من الفقه من نادى بضرورة إطلاق دور الإرادة في التعاقد و إعطائها الحرية المطلقة في ذلك ، فالقانون يرخص بهذه الحرية لعدة أسباب و التعاقد يعد دليلا و وسيلة لإثبات الحقوق ، و لا توجد وسيلة لتدعيم فكرة العدل ، حسب رأي هؤلاء أفضل من أن يكون جميع ذوي الشأن قد ارتضوا العلاقات التعاقدية بحرية و بعلم تام و يرون بأن الأشخاص خير قضاة على مصالحهم الخاصة<sup>252</sup>، إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي بأنه يغالي في الاعتداد بالإرادة الفردية و حريتها ، فإذا كان الأشخاص أفضل من يحكم على مصالحهم الخاصة ، فهذا ما يدعو الى تقييد إرادتهم و ليس الى إطلاقها ، ذلك لأن تعارض المصالح سيؤدي بأصحابها الى المحافظة عليها على حساب مصالح الآخرين ، و هذا ما يقتضي تدخل المشرع للجد من هذه الحرية لفائدة الجميع<sup>253</sup>.

لهذا قد يتدخل المشرع أحيانا لإجبار الأشخاص على التعاقد و لا يمكنهم الامتناع عن ذلك ، و إلا ترتب على ذلك جزء قد يكون مدنيا كما قد يكون جزائيا ، فالجزاء المدني يتمثل في إمكانية الحكم بانعقاد العقد بالرغم من إرادة الشخص الممتنع على سبيل التعويض<sup>254</sup>، إذ يرى الأستاذ حبيب إبراهيم في هذا الشأن بأننا لا نكون أمام عقد حقيقي في هذه الحالة لأن التعبير عن الإرادة لم يصدر من هذا الشخص مختارا ، و إنما نكون بصدد عقد اعتباري ، انعقد حكما لا حقيقة و بالتالي يتم تنفيذه تعويضا عينيا<sup>255</sup>. أما بخصوص الجزاء الجزائي الذي قد يتعرض له الشخص في حالة امتناعه على التعاقد الإجباري فيتمثل في عقوبة توقع على الممتنع عن التعاقد<sup>256</sup>.

250 . خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، 1987، ص58

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 251

. نفس المرجع ، ص 59. 252

. خليفاتي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص60. 253

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 254

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 255

. نفس المرجع ، ص61. 256

فمن بين الحالات التي يجبر فيها الأشخاص على التعاقد نجد :

- حالة التأمين الإجباري و التي تعرض لها المشرع الجزائري في الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل و المتمم بالقانون رقم 06 - 04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات ، في الكتاب الثاني منه إلى التأمينات الإلزامية ، و نظم أهم حالات التأمين الإجباري مقيدا بذلك حرية إرادة الأشخاص المتعاقدة في هذه الاتفاقات و مرد ذلك الى طبيعة هذه التأمينات بحيث تحقق ضمان المصلحة الاجتماعية التي يجب على الجميع الالتزام بها ، إضافة الى ذلك فقد ألزم كل مالك لمركبة أو مستفيد بالاكتتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها مركبته للغير و هذا طبقا لنص المادة الأولى من الأمر 74 - 58 المؤرخ في 30\01\1974 المتعلق بالإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور المعدل و المتمم .

- حالة التأمينات الاجتماعية على العمال فقد تبنى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11\83 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل و المتمم نظام قانوني موحد يغطي أغلب الأخطار المرتبطة بحياة الأجراء و غير الأجراء ، و يعتبر هذا النظام إجباري ألزم من خلاله المشرع كافة الهيئات دون استثناء ، بالقيود الإجباري للأشخاص الموضوعين تحت رقابتهم أجراء كانوا أو غير أجراء مهما كانت جنسيتهم إذا ما كانوا يمارسون مهامهم داخل التراب الوطني .

- حالة التأمين الإلزامي ضد الكوارث الطبيعية إذ أن حدة هذه الأخيرة من زلازل و فيضانات و التي عرفتها عدة ولايات بالجزائر مما اقتضى ذلك تدخل الدولة لتعويض الخسائر التي سببتها هذه الكوارث من الخزينة العمومية ، الأمر الذي دفع بالسلطات العمومية الى إصدار الأمر رقم 03 - 12 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن إلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية و تعويض الضحايا<sup>257</sup> ، حيث أشارت المادة الأولى منه على أنه : >> يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر ، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدا الدولة ، أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية>> ، كما رتب هذا الأمر عدة نتائج بالغة الأهمية على المخالف لإلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية بحرمانه من الضمان من جهة ، و تعرضه لعقوبة الحرمان من التعويض ، و كذا فرض عليه غرامة مالية ، إذ نصت المادة 13 من الأمر على أنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للالتزام بإبرام تأمين ضد الكوارث الطبيعية و المخالف له بأن يحرم من كل ضمان متعلق بتعويض الأضرار التي

257. حيثالة معمر ، إلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية في القانون الجزائري ، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية و السياسية ، الصادرة عن جامعة الطاهر مولاي ، سعيدة ، 2ع ، 2014 ، ص550.

تلحق بممتلكاته جراء كارثة طبيعية أما المادة 14 من نفس الأمر فقد نصت على عقوبة تتمثل في فرض عليه غرامة مالية تساوي مبلغ قسط التأمين مع زيادة 20 بالمائة على كل مخالفة لإلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية<sup>258</sup>.

## ب - المنع من التعاقد كقيد على حرية الإرادة :

كما سبق و أن أشرنا الى أن القانون قي بعض الأحيان يجبر الأشخاص على التعاقد ، لكن في حالات أخرى يمنعهم من ذلك ، و يقيد من حرية إرادتهم في إبرام العقود التي يرغبون ، و ذلك راجع إما لخطورة محل العقد في حد ذاته ، أو لأسباب يراها المشرع ذات أهمية كبرى ، و بالتالي لا يسمح لهم بالتعاقد في مثل هذه الحالات<sup>259</sup>، و من بين الحالات التي يمنع القانون الأشخاص على التعاقد نجد :

- حالة منع الأشخاص من إبرام بعض التصرفات القانونية أو بعض العقود كحظر البيع

المشروط أو الخدمة المشروطة المنصوص عليها بالمادة 60 من قانون المنافسة ، و كذا البيع بالمكافئة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على مال أو خدمة<sup>260</sup>.

- حالة منع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع و اقتناء و حيازة العتاد الحربي و هذا

بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم 63 - 85 المؤرخ في 16\03\1963 المتعلق بقمع الجرائم

المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب و حيازة و صنع الأسلحة و الذخائر و المتفجرات ، حيث نصت هذه المادة على أنه : >> يحظر في مجموع التراب الوطني بيع و اقتناء و حيازة و صنع العتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة و المتفجرات <<.

- حالة منع فئة القضاة و المدافعين القضائيين و كذا المحامين و الموثقين و كتاب الضبط من شراء

الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها و اعتبر القيام بهذا التصرف من قبلهم بالرغم من المنع المفروض عليهم ، بطلان البيع طبقا لنص المادة 402 و كذا المادة 403 من القانون المدني الجزائري.

. نفس المرجع، ص551.258

. خليفاتي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص63.259

260. بوفلجة عبد الرحمان ، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2008، ص77.

- كما يحظر المشرع مبدئياً عقود الغرر التي ينصب موضوعها على العقار و الرهان طبقاً للمادة 01\612 من ق.م.ج ، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على الرهان الخاص بالمسابقة ، و الرهان الرياضي الجزائري طبقاً للمادة 02\612 من نفس القانون ، و يستخلص أن ممارسة الرهان و القمار محتكر على المؤسسات العمومية ، و محظور على الأشخاص القانون الخاص ، و يفسر احتكار هذا النشاط على المؤسسات العمومية دون سواها في سهولة الرقابة التي تمارسها الدولة على هذا النشاط أما منع أشخاص القانون الخاص من ممارسة هذا النشاط ، كون القمار و الرهان تشكل صعوبة في رقابة الدولة على هذا النشاط و يسرع في إنتشار الفاحشة ، و ذلك يتعارض مع أحكام الأخلاق و كذلك مخالف للنظام العام و الآداب العامة<sup>261</sup>، و إذا ما مارس أشخاص القانون الخاص لهذه التصرفات فالقانون لا يوفر لهم الحماية القانونية من جراء ممارستهم ذلك.

## ثانيا - النظام العام و الآداب العامة كقيد على حرية إرادة المتعاقد :

من بين الحدود التي أوردتها المشرع على حرية إرادة المتعاقد في إنشاء العقود نجد فكرة احترام النظام العام و الآداب العامة و عدم مخالفة العقد المزمع إنشائه ، لأحكام النظام العام و الآداب العامة و في الموالي سنتطرق الى توضيح معنى فكرتي النظام العام و الآداب العامة ، ثم الى تطبيقاتهما :

### أ - فكرة النظام العام كقيد على حرية الإرادة :

و في الموالي سنتطرق الى بيان النظام العام ثم بيان تطبيقات فكرة النظام العام في مجال العقود.

#### 1 - تعريف النظام العام :

لم يتعرض المشرع الجزائري الى تعريف النظام العام أو تحديده فكرته بل اكتفى بالنص فقط على بطلان التصرفات القانونية متى كانت مخالفة للنظام العام ، تاركا بذلك للفقهاء و القضاء مسألة تعريفه.

. فاضل خديجة ، عيمة العقد ، رسالة الدكتوراه في علوم القانون ، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق ، 2016، ص33.261

و لقد اختلف شراح القانون في تعريف فكرة النظام العام اختلافا كبيرا فتعددت التعريفات في شأنها<sup>262</sup> ، فنذكر من بين التعريفات التي جاء بها الفقه القانوني :

فعرفه جانب من الفقه بأنه : >> الأساس السياسي و الإجتماعي و الاقتصادي و الخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين السارية فيها<<<sup>263</sup>.

و عرفه جانب آخر من الفقه بأن : >> القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية ، أو اجتماعية ، أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد<<<sup>264</sup>.

و عرف أيضا بأنه : >> قواعد النظام العام هي القواعد التي يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامة اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو خلقية<<<sup>265</sup>.

و من بين التعريفات الفقهية للنظام العام ، يقول عبد الحي حجازي مايلي : >> هو مجموعة النظم و القواعد التي يقصد بها الى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة و الى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في انفاقهم<<<sup>266</sup>.

أما فيما يخص بالاجتهاد القضائي الجزائري في مسألة تعريف النظام العام ، فلقد حاول هو الآخر من ضبط و تحديد معنى النظام العام ، و ذلك من خلال ما ورد في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17\01\1982 و الذي جاء فيه لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي و الواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة<sup>267</sup>.

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص149.262

. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص138.263

. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص399.264

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص65.265

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص278.266

267. عليان عدة ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق ، 2016، ص31.

و مما سبق بيانه يفهم بأن النظام العام حسب كل بلد بأنه مجموعة المبادئ الرئيسية التي تعتبر أساسا للقانون في ذلك البلد ، فكل قاعدة متفرعة عن هذه المبادئ ، أو متصلة بها تعتبر قاعدة متعلقة بالنظام العام و لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، فالنظام العام في ذاته مجموعة من المبادئ قليلة العدد و يجب استنباطها من قانون البلد في جملته<sup>268</sup>.

## 2 - تطبيقات فكرة النظام العام :

إن لفكرة النظام العام مجال واسع فنجدها في القانون العام كما نجدها في القانون الخاص ، لكن ما يهمنا هو فكرة النظام العام و تطبيقاتها في مجال القانون الخاص و بمعنى أدق في المعاملات المالية .

ففي مجال المعاملات المالية يجدر بنا التفرقة بين القواعد الأمرة و القواعد المكملة لنظر مدى تطبيق فكرة النظام العام في كلتا القاعدتين<sup>269</sup>.

- فالقواعد الأمرة هي تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأشخاص المخاطبين بحكمها أن يتفقوا على خلاف هذا الحكم<sup>270</sup>، فمن خلال معنى القواعد الأمرة يتضح لنا أنه لا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفة حكمها و ذلك مرده الى أن هذه القواعد تحمي المصالح التي يراها القانون تحتاج للاستقرار و عدم استطاعة الأشخاص الاتفاق على ما يخالفها<sup>271</sup>، و كذلك لتعلقها بالمصلحة العامة<sup>272</sup>.

و من بين القواعد الأمرة في مجال العقود نجد :

القاعدة المنصوص عليها في المادة 107\03 من ق.م.ج : >> غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، 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 الى الحد المعقول ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<<.

<sup>268</sup> . يحي عبد الحميد ، محاضرات في مدخل العلوم القانونية أقيمت على طلببة السنة الأولى ليسانس دفعة2013-2014 ، جامعة عبد الحميد بن باديس،كلية الحقوق ، مستغانم، ص40.

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص66.269

. يحي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص37.270

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص66.271

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص152.272

و كذا نص المادة 110 من ق.م.ج : >> اذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك <<

و كذا نص المادة 97 من ق.م.ج : >> اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا <<  
- أما القواعد المكملة فتعتبر تلك القواعد القانونية التي تجيز للأشخاص الاتفاق على مخالفة حكمها , و هي بذلك تترك الموضوع الذي تتناوله لإرادة الأطراف لينظموه وفق مشيئتهم ، أو عجزوا ، و تضع الى جانب ذلك حكما يكون تطبيقه لازما اذا أغفل الأطراف الاتفاق على تنظيم ما ترك لمشيئتهم ، أو عجزوا عن التوصل الى اتفاق بشأنه ، و هي توصف بأنها قواعد مكملة لأنها تكمل النقص و القصور في إرادة الأطراف عند إبرامهم لتصرف معين ، و يتضح وجود هذا النقص و القصور من خلال فشلهم في التوصل الى اتفاق<sup>273</sup>.

## ب - فكرة الآداب العامة :

و سنتطرق في الموالي الى بيان معنى فكرة الآداب العام و بيان لتطبيقاتها :

### 1 - تعريف الآداب العامة :

إن فكرة الآداب العامة مثلها مثل فكرة النظام العام فلم تعني بتحديد لتعريف لها من قبل المشرع الجزائري مما يدفعنا بالرجوع الى الفقه القانوني ، و من التعريفات التي جاء الفقه بها نذكر :  
عرفت بأنها : >> هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية<<<sup>274</sup>.

. يحي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص38.273

. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص400.274

و عرفته حليلة آيت حمودي : >> الآداب العامة هي مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، و عصر معين، و هي وليدة المعتقدات الموروثة ، و العادات المتصلة، و ما جرى به العرف ، تواضع عليه الناس << 275

و منه تعتبر الآداب العامة مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة و زمن معين ، فهي مجموعة المبادئ الخلقية التي يبعثها الدين و العرف و التقاليد في المجتمع ، و تذل من تم في فكرة النظام العام و تعتبر الشق الخلفي منه ، فالفكرة التي ربطها المشرع الجزائري بالنظام العام في المادة 97 من القانون المدني و التي تنص على أنه : >> اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان باطلا << ، فهي بذلك لازمة للمحافظة على أخلاقيات المجتمع من الانحلال ، بحيث يفترض على الجميع احترامها و عدم المساس بها ، و القاضي ملزم بمراعاتها ، عندما لا تسعفه النصوص الموضوعية ، على أساس الرأي العام في المجتمع و الآداب السائدة فيه<sup>276</sup>.

## 2 - تطبيقات لفكرة الآداب العامة :

يعتبر العقد باطلا اذا كان مخالفا للآداب و منافيا للأخلاق وفقا لنص المادة 97 من ق.م.ج<sup>277</sup>، كما أنه يقع باطلا كل اتفاق يخالف الآداب ، و متعلق بالمقامرة و قد نص المشرع على بطلان كل اتفاق خاص بالمقامرة أو الرهان<sup>278</sup>، و ذلك من خلال نص المادة 01\610 ق.م.ج ، و استثنى من ذلك الرهان الخاص بالسياق ، و الرهان الرياضي الجزائري في الفقرة الثانية من نفس المادة.

و من أمثلة الاتفاقات المخالفة للآداب نجد الاتفاق على مبلغ من النقود لرد المسروق ، أو الاتفاق على مبلغ من المال مقابل الامتناع عن ارتكاب جريمة<sup>279</sup>.

## الفرع الثاني : الشكلية كقيد على حرية الإرادة

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص279.275

. بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص153.276

. نفس المرجع ، نفس الصفحة .277

. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص67.278

. نفس المرجع ، ص66.279

إن مبدأ الرضائية يعتبر نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة و يترجم حرية المتعاقدين في التعبير عن إرادتهما و إنشاء ما لا يريدون من العقود ، و تتم بمجرد تلاقي إرادتيهما<sup>280</sup>، هذا كأصل عام فلقد أورد المشرع الجزائري قيد على حرية إرادة المتعاقد و التي تمثل هذه الحدود مجال الشكلية و تتمثل هذه الأخيرة في الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة ( أولا ) ، و كذا الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة ( ثانيا ) .

### أولا - الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة :

تعتبر الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على مبدأ الرضائية و التي عبر عنها الفقه بالشكلية المباشرة لاتصالها بتكوين العقد ، حيث يقوم على عدم مراعاتها انعدام العقد و بطلانه بطلانا مطلقا ، فهي تؤدي معنى العقد الشكلي الحقيقي و الذي يعرف بأنه : >> ذلك العقد الذي يلزم لانعقاده إفراغ رضا المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون << ، و هو بذلك يقابل العقد الرضائي القائم على مبدأ الرضائية ، كما أن مبدأ الرضائية استمر ترسيخه و تأكيده في العقود ، بتأثير مبدأ آخر ظهر لاحقا في نظرية العقد ألا و هو مبدأ سلطان الإرادة<sup>281</sup> .

#### أ - مفهوم الشكل الرسمي :

#### 1 - تعريف الشكل الرسمي :

هو الشكل المحدد قانونا و فق شروط و أشكال معينة و يحزر من طرف أشخاص مؤهلين قانونا و تفرغ فيه التصرفات التي اشترط فيها القانون الرسمية<sup>282</sup>، و لقد عرفها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 324 من ق.م.ج و التي نصت على أنه : >> 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 << .

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري عرف من خلاله المحرر الرسمي و ما يؤخذ على هذه المادة أن المشرع الجزائري ، بقي على مصطلح "العقد الرسمي" بدلا من المصطلح "

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 280.76

. دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية ، رسالة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق ، 2003 ، ص 08.281  
282 . صالح بوغراة ، الشكلية في التصرفات القانونية ، مقال منشور في مجلة البحوث العلمية في الحقوق و العلوم السياسية ، الصادرة عن جامعة ابن خلدون ، تيارت ، 1ع ، مارس 2015 ، ص 95.

المحرر أو الورقة الرسمية" خلافا للمشرعان الفرنسي و المصري ، اللذان استعملا عبارة "الورقة الرسمية" و هو المصطلح الأصح<sup>283</sup>، و اختار الفقه مصطلح "المحرر" لأنه يعرفه بأنه دليل كتابي عام ، أي كان نوعه سواء كان معدا للإثبات أم لا ، كما أنه يرى بعض الفقهاء بأن للمحرر مدلول أدق من مدلول الورقة و أوسع من مدلول السند ، فلفظ المحرر هو الدليل الكتابي سواء كان معدا للإثبات أو غير معدا لذلك ، بالإضافة إلى أن لفظ السند يطلق أحيانا على الواقعة القانونية ذاتها لا على أداة إثباتها كما هو الشأن فيما يقال من أن الحيازة سند الملكية و هو مصطلح غالبا ما يطلق على الوثيقتين المعدتين خصيصا للإثبات و هو الورقة الرسمية و الورقة العرفية فيقال، السند الرسمي و السند العرفي أما مصطلح ورقة فيطلق على ما عدهما من الأدلة<sup>284</sup>.

## 2 - شروط صحة الشكل الرسمي :

من خلال نص المادة 324 من ق.م.ج السالفة الذكر يمكن استخلاص الشروط التي يجب أن تتوفر في المحرر و يستمد من خلالها الصبغة الرسمية :

### - الشرط الأول : صدور المحرر من قبل الشخص المؤهل قانونا :

يتصف المحرر بالرسمية نتيجة لتحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، و لا يستلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف ، بل يكفي أن ينسب إليه أي يكون صادرا بإسمه و أن يوقعه بنفسه<sup>285</sup>.

و لتوضيح هذا الشرط أكثر يجدر بنا تعريف كل من الموظف العام ، و كذا الضابط العمومي ، و أيضا الشخص المكلف بالخدمة حتى لا يقع الخلط بينهم :

### - الموظف العام : هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري<sup>286</sup>،

فالموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة<sup>287</sup>.

. دحماني لطيفة، المرجع السابق، ص20.283

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.284

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص307.285

. المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية ، ج ر ، 2006، ع46.286

287. محمد صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ط1 ، دار هومة، الجزائر ، 2008، ص46.

**- الضابط العمومي :** هو شخص يتمتع بمؤهلات قانونية إسناد للشهادة الجامعية المتحصل عليها ، يكلف بمهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤولية من قبيل ذلك المترجم ، المحضر القضائي و الموثق<sup>288</sup>.

**- الشخص المكلف بخدمة عامة :** لم يعرف القانون و لا الفقه الشخص المكلف بالخدمة العامة ، و إنما اكتفى بإعطاء أمثلة عنه كالخبراء اللذين تعينهم المحكمة ، و رؤساء المجالس الشعبية المنتخبون<sup>289</sup>.

### **- الشرط الثاني : سلطة و اختصاص الشخص المكلف بتحرير المحرر الرسمي :**

إن المحررات التي تصدر عن الموظف أو الضابط العمومي لا تكون لها طابعا رسميا و لا تكون بياناتها ذات حجية ملزمة إلا اذا كان هذا المكلف صاحب سلطة في إصدارها و صاحب اختصاص في ذلك<sup>290</sup>، و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 324 من ق.م.ج : <<...في حدود سلطته و اختصاصه >> .

### **- سلطة المكلف بتحرير المحرر الرسمي :** إن المقصود بالسلطة هي ولاية الموظف أو الضابط

العمومي و أهليته في تحرير المحرر الرسمي التي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير المحرر الرسمي<sup>291</sup>:

**- الولاية :** يجب أن تكون ولايته قائمة وقت تحرير المحرر الرسمي ، و تكون كذلك لما

يؤدي الموظف أو الضابط العمومي بعد تعيينه أو تكليفه بمهمة ، و قبل الشروع في مهمته اليمين القانونية<sup>292</sup>، فلو قام الموظف أو الضابط العمومي قبل تعيينهما أو قبل أدائهما لليمين القانونية ، أو بعد توقيفهما أو عزلهما عن العمل بتحرير أي محرر فإنه يقع باطلا<sup>293</sup> ، و هذا طبقا لنص المادة 326 مكرر 2 من ق.م.ج ، و التي تنص على أنه : << يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي ... >> .

. جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر ، 2014 ، ص48. 288  
. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 289

. بكوش يحي ، الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1988، ص96. 290  
. جميل زايدي ، المرجع السابق ، ص49. 291

. ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري ، ط1 ، الجزائر ، 2005 ، ص22. 292  
. جميلة زايدي ، المرجع السابق ، ص50. 293

- **الأهلية** : يعتبر الموظف العام أو الضابط العمومي أهل لتحرير جميع المحررات التي تدخل ضمن اختصاصهما، لكن هناك حالات منع و تنافي نصت عليها المشرع الجزائري في المادتين 23 و كذا 24 من القانون رقم 06 - 02 المؤرخ في 20\02\2006 المتعلق بمهنة التوثيق.

#### - اختصاص الموظف أو الضابط العمومي في تحرير المحرر الرسمي :

إن المحرر الرسمي لا يكون صحيحا و رسميا إلا عندما يصدر عن موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، لكن منح بموجب القانون رقم 06-02 السالف الذكر، صلاحية تحرير العقود التي يفرض المشرع توافر فيها الشكلية الرسمية ، فمنه يكون الموثق مختصا بتحرير تلك العقود من حيث المكان ، و في هذا الصدد نصت المادة 02 من القانون 02-06 على أنه : >> تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق ، تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع المعمول به و يمتد اختصاصه الإقليمي الى كامل التراب الوطني << ، و كذا من حيث نوع العمل الذي يقوم به و نصت المادة 03 من نفس القانون على أنه : >> الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة << .

#### - الشرط الثالث : مراعاة الأوضاع المقررة قانونا

يقصد بذلك أنه يجب تحرير المحررات الرسمية وفقا لشكليات محددة بموجب التشريع المعمول به ، لأن هذه الشكليات هي التي تضي على المحررات طابعا رسميا فتكون بذلك صحيحة<sup>294</sup>، و على الموظف أو الكلف بخدمة عامة أن يراعيها عند قيامه بتحريرها<sup>295</sup>.

و الجدير بالإشارة إليه أنه اذا وقع الإخلال بأحد الشروط السابق بيانها كلها أو بعضها فلا يصبح المحرر محررا رسميا و يشوبه البطلان ، و زوال الرسمية عن المحرر يجعل له قيمة المحرر الرسمي متى كان موقعا من ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم ، إذ أن التوقيع هو الشرط الجوهري لوجود المحرر العرفي<sup>296</sup>، و هذا وفقا لنص المادة 326 مكرر من ق.م.ج.

#### ب - بعض التطبيقات للشكلية الرسمية :

إن المشرع الجزائري اشترط الشكلية و اعتبرها ركنا لقيام العقود التي قد ذكرها من خلال نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج ، و في الموالي سنتطرق الى بيان بعض التطبيقات للشكلية الرسمية في

. جميلة زاويدي ، المرجع السابق ، ص 52.294

. نفس المرجع ، ص 53.295

. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 49.296

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

إن عقد البيع من بين العقود الرضائية التي تتم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول دون حاجة إلى أن تصب إرادة البائع و المشتري في شكل معين ، كأن يكتب في ورقة رسمي أو عرفية<sup>297</sup>، وفقا لنص المادة **351 من ق.م.ج** ، إلا أن مسألة رضائية عقد البيع مطلقة إذ أنه أورد المشرع استنادا على هذه القاعدة و أصبح بذلك عقد البيع شكليا متى كان محله منصبا على عقار أو حقا عينيا<sup>298</sup>، و هذا طبقا لنص المادة **324 مكرر 1 من ق.م.ج** . ، و كذا نص المادة **793** من نفس القانون .

فالمشرع الجزائري يقتضي لانعقاد عقد البيع إذا ما كان محله عقارا أو حقا عينيا كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الاستعمال و السكن ، أن يرد في ورقة رسمية و إلا كان عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا و منه فالعقد يعد رسمي و بالتالي شكليا و تعد الشكلية ركنا من أركانه لا يقوم إلا بعد توافرها<sup>299</sup>.

## 2 - الشكلية المتطلبة في الرهن الرسمي :

إن المشرع الجزائري نظم أحكام الرهن الرسمي من خلال المواد من **882** الى **936** من ق.م.ج، و عرف لنا عقد الرهن الرسمي من خلال نص المادة **882** من نفس القانون و التي تنص على أنه : **>>** الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا ، على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان << .

و نص أيضا في المادة **01/886** من نفس القانون على أنه : **>>** لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك << ، فمن خلال نص المادتين يتضح أن الرهن الرسمي هو حق عيني يتقرر للدائن على عقار معين بمقتضى عقد و يخوله الحق في أن يتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون<sup>300</sup>، فلكي ينعقد

. خليل أحمد حسن قدامة ، الوجيز في شرح القانون المدني ، عقد البيع ، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص29.297  
 . محمد صبري سعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع و المقايضة ، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ص27.298  
 . خليل أحمد حسن قدامة ، المرجع السابق ، ص32.299  
 . يحي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص101.300

لا بد من توافر الشكلية الرسمية ، فالتراضي هنا لا يكفي لانعقاده ، و هذا وفقا لنص المادة 883 السالفة الذكر : <<... لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...>>.

فمن خلال نص المادة السالفة الذكر ، فإنه يتضح عقد الرهن الرسمي يعد من أهم العقود الشكلية الرسمية ، فلا ينعقد ما لم يفرغ في شكل رسمي<sup>301</sup>، كذلك فيما يتعلق بتعيين العقار محل هذا الرهن فيكون هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، و يترتب على عدم توافر الشكلية الرسمية البطلان<sup>302</sup>، و هذا وفقا لما نصت عليه المادة 02\886 من ق.م.ج و أكدته المادة 324 مكرر<sup>1</sup> من نفس القانون ، إذ جاءت تؤكد على إلزامية الشكلية الرسمية في تحرير العقود التي تتضمن حقوق عقارية ، و أن تتم في شكل رسمي و لدى الشخص المكلف و المؤهل قانونا لذلك تحت طائلة البطلان ، و منه فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي يترتب عليه البطلان المطلق للعقد.

### 3 - الشكلية المتطلبية لانعقاد عقد الهبة الوارد على العقار :

يعتبر عقد الهبة من بين عقود التبرع و لقد عرفها لنا المشرع الجزائري من خلال نص المادة 01\202 من قانون الأسرة ، و التي نصت على أنه : << الهبة تمليك بلا عوض >> . كما نصت المادة 206 من نفس القانون على أنه : <<تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق ...، و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة...>> . و يتضح لنا من خلال نص المادتين السابقتين ، أن عقد الهبة من عقود التبرع كما أنه لا يكفي في قيام هذا العقد تراضي المتعاقدين ، خاصة إذا كدما كان واردا على عقار ، فالشكل المتطلب فيها أن يكون بالحيازة و تضاف إليها الإجراءات الرسمية<sup>303</sup>، المنصوص عليها في المادة 324 مكرر<sup>1</sup> من ق.م.ج ، و كذا أحكام قانون التوثيق ، و يترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية البطلان طبقا للمادة 02\206 من قانون الأسرة.

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

301. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية ، محاضرات ملقاة على طلبة المستوى الرابع ، جامعة بنها ، كلية الحقوق ، ص 327.

. محمد حسنين ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 ، ص 122. 302.

303. سماحي خالد ، النظرية العامة لعقود التبرعات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2013 ، ص 146.

لقد عرف لنا المشرع الجزائري لعقد الشركة من خلال نص المادة 416 من ق.م.ج و التي نصت على أنه: >> الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة . كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك <<

نصت المادة 418 من نفس القانون على أن عقد الشركة لا بد من توافره على الشكلية و رتب على تخلفها البطلان لكن اذا ما تمعنا في نص المادة 418 و قارنها بالنص الفرنسي نجد في هذا الأخير ورود فيه صراحة نوع الكتابة التي ألزمها المشرع و هي الكتابة الرسمية و ذكر ، في حين أنه في نص المادة بالعربي ذكرت فقط عبارة " الكتابة" و رتب عليها البطلان دون بيان لنوعها ، لا بأس أن نورد النصين :  
- نص المادة 418 من القانون المدني الجزائري ، بالعربي:>> يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد <<.

- أما نص المادة المترجم الى اللغة الفرنسية :

**418 :** << le contrat de société doit être constaté par acte authentique à peine de nullité. Sont également nulles toutes les modifications apportées au contrat si elles ne revêtent pas la même forme que ce contrat >>.

فالمشرع الجزائري يشترط الشكلية في عقد الشركة كركن من أركان انعقادها بالرغم من أنه في النص العربي لم يذكر نوع الكتابة إن كانت رسمية أو عرفية لكن ذلك موضح في النص الفرنسي ، إضافة الى نص المادة 324 مكرر 1 و التي جاء فيها: >>...زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى شكل رسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن...التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها في شكل رسمي...<<

من خلال هذا يتضح لنا أن عقد الشركة يتطلب لانعقاده توافر الشكلية الرسمية، كما لا بد أن تتوافر في كل ما يدخل على العقد من تعديلات أو تنازل عن أسهم الشركة أو حصص فيها فلا بد من توافر الشكلية الرسمية في العقود المتعلقة بها و اللاحقة لعقد الشركة.

الجدير بالتنويه إليه أن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة الرسمية فقط كقيد على حرية إرادة المتعاقد بل زيادة على هذا ، اشترط أيضا الكتابة العرفية كقيد على حرية إرادة المتعاقد استثناءا في بعض العقود و تعد ركنا لقيامها و يرتب البطلان على عدم توافرها فتعتبر كقيد على إرادة المتعاقدين في إنشاء هذه العقود مما يلزم الأطراف بمراعاتها عند الإقدام على إبرام العقد .

فمن قبيل هذه العقود التي أوجب المشرع الجزائري توافرها على الكتابة العرفية نجد :

— عقد مرتب مدى الحياة و لقد نظم أحكامه المشرع من خلال المواد 613 الى 618 من ق.م.ج ، و عرفه من خلال نص المادة 613 من نفس القانون و التي نصت على أنه : >> يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي الى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض .

و يكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية << .

كما نصت المادة 615 على أنه لا يكون العقد صحيحا إلا اذا كان مكتوبا فالمشرع الجزائري جعل عقد المرتب مدى الحياة ينعقد بالكتابة لكي ينشأ صحيحا و منتجا لآثاره القانونية ، دون أن يحدد نوع الكتابة التي يتم بها فقد تكون الكتابة الرسمية كما قد تكون عرفية و اشترط فقط أن يحرر هذا العقد في محرر مكتوب و بالتالي يعد هذا عبارة عن قيد يرد على حرية إرادة المتعاقدين مما لا يسمح لهم إنشاء العقد بمجرد التراضي فيما بينهم حوله.

### ثانيا - الشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة :

تعتبر الشكلية غير المتطلبة للانعقاد أو كما عبر عنها الفقه بالشكلية غير المباشرة و عرفت بأنها : >> تلك الأشكال و الإجراءات التي يفرضها المشرع بنص قانوني قبل إبرام العقد أو بعد ذلك من أجل تحقيق أغراض مختلفة <<<sup>304</sup> .

تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة ، و سميت هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني ، فهي لا تؤثر على صحته و لكنها تجد من فعاليته و نفاذه ، و تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها متعلقة بالإثبات و أخرى بإجراءات الشهر<sup>305</sup> .

. دحماني لطيفة ، المرجع السابق ، ص 08.304

. نفس المرجع ، نفس الصفحة .305

## أ - الكتابة المشترطة للإثبات :

إن إثبات الوقائع القانونية يكون بكل الوسائل على عكس إثبات التصرفات القانونية و التي تزيد قيمتها على مبلغ مئة ألف دينار جزائري ، يكون بمحرر إما عرفي أو رسمي<sup>306</sup>، و هذا طبقا لنص المادة **333** من ق.م.ج ، و على الدائن إثبات حقه بالكتابة عند إنكاره من قبل المدين<sup>307</sup> .

يرجع تقدم الكتابة على ما سواها من طرق الإثبات بما فيها الشهادة الى انتشارها و تعدد و سائلها و تنوع أشكالها و بساطتها عن الشهادة التي تؤخذ عنها على أنها عرضة للتأثيرات و الضغوطات و الإغراءات لأي سبب كان ، ناهيك عن ذاكرة الشهود المشوبة بالتقصير عن الاستيعاب أو التذكر تفاصيل التصرف القانوني المدعى به كالبيع ، خاصة اذا تقادم عليها الزمان و لا تغير المكان ، فتفضيل الكتابة عن الشهادة من مقتضيات العصر الحديث لأن الأحرف المكتوبة موقع عليها أما الشهادة فتكذب كما يمكن دحضها عندما يتعلق الأمر بالتأثير الشخصي أو التورط في جرم شهادة الزور<sup>308</sup>.

الجدير بالإشارة إليه هو أن معظم الفقهاء يميزون بين شكلية الصحة و شكلية الإثبات ، حيث أنه إغفال النوع الاول من الشكلية يمنع قيام العقد ، إذ يكون منعدم الوجود و لا يرتب أي أثر ، و لا يجوز لأي كان أن يدعيه أو يتمسك به، و أما تخلف شكلية الإثبات فإنه يضع المتعاقد الدائن في وضع عسير و صعب بخصوص إثبات وجود العقد و قد يترتب عليه رفض الدعوى ، غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات ، فإلى جانب الإقرار يجوز الاعتداد بالقرائن و باليمين ، و حتى بالشهود في حالة المانع الأدبي ، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل<sup>309</sup>.

## ب - اشتراط الشهر في بعض العقود :

يفترض في التصرفات القانونية أن تحدث آثارها كاملة بمجرد توافر العناصر المكونة لها دون حاجة الى إخطار الغير أو إعلانه بحدوثها ، مع ذلك فإن بعض التصرفات القانونية لا تنتج آثارها

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص320.306

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.307

. بوفلجة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص63.308

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص321.309

في مواجهة لا تنتج آثارها في مواجهة الكافة ، بحيث يترتب ضرر للغير<sup>310</sup>، اذا لم تعلن كما لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير في حالة إغفالها و هذا لا يكون لفائدة<sup>311</sup>.

كما قد يحول إغفال الشهر ، في بعض الحالات الاستثنائية، دون ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسيهما<sup>312</sup>، كما نصت على ذلك المادة 793 من ق.م.ج على أنه : << لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا اذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار >>

الجدير بالإشارة إليه أن مثل هذا الإجراء يحد من فعالية العقد و لكنه لا ينال من صحته ، فلا شأن لإجراء الشهر بصحة العقد و لا اثر له على صحة العقد<sup>313</sup>.

## 1 - الغرض من الشكلية العلنية القانونية :

يقصد بالشكلية العلنية شكلية الشهر بصفة عامة لهذا قال جاك غستان في هذا الشأن أنه << ليس لأشكال العلنية جميعها الموضوع نفسه فبعضها إعلامي لا يفترض صحة العقد و لا حجيته ، و بعضها الآخر منشئ يتوقف وجود العقد على إتمامها ، و هناك نوع آخر يوصف بالتعريزي و هو لا يتعلق بالحجية >><sup>314</sup>.

فمن خلال هذا فإن الشكلية العلنية في الكثير من الأحيان هي شكلية غير مباشرة و يستلزمها المشرع ذلك لان المبتغى منها هو ان يصبح العقد نافذا و منتجا لآثاره على النحو معين في مواجهة الغير<sup>315</sup>.

## 2 - وسائل الشهر :

<sup>310</sup> يحيوي يوسف ، الشكلية غير المباشرة و أثرها على فعالية العقود، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014، ص41،

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص321.311

. نفس المرجع، ص322.312

. علي فيلاي ، المرجع السابق، ص322.313

. جاك غستان ، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد و آثاره) ، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، لبنان، 2000، ص554.314

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 322.315

تتم عملية الشهر بطرق مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني منها :

## 2 \ أ - الشهر العقاري :

نظم المشرع الجزائري نظام الشهر العقاري بموجب الأمر **74\75** المؤرخ في **1975\11\22** و بمقتضى مادته الأولى أسس المشرع السجل العقاري بغرض تحديد الوضعية القانونية للعقارات و تبيان تداول الحقوق العينية<sup>316</sup>.

يقصد بالشهر العقاري تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العقارية و التي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية و ذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها<sup>317</sup>.

كما يعرف أيضا بأنه نظام قانوني قائم بذاته من مجموعة الإجراءات و الشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى المحافظة العقارية ، و هو نظام يضمن حماية الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية ، كما أن له دورا في إعلام الغير بالوضعية القانونية ، و في القانون المقارن للشهر نظامين مختلفان ، نوع يسمى نظام الشهر الشخصي ، و من خلاله يتم الشهر على أساس أسماء طرفي التصرف ، دون النظر الى العقار محل التصرف ، أما النوع الثاني فيعرف بنظام الشهر العيني ، و هو نظام بخلاف الأول يقوم على أساس العقار محل التصرف ، لا على أساس الأطراف ، و لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني كأصل عام و كاستثناء أو كمرحلة انتقالية فقد أخذ بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار الفرنسي<sup>318</sup>.

لمعرفة ما هي التصرفات و الوثائق التي أوجب المشرع إخضاعها لعملية الشهر العقاري يتوجب علينا الرجوع الى الأمر رقم **74- 75** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري عموما، إذ نجد نص المادة **16** من الأمر رقم **74 - 75** السالف الذكر و التي نصت على أنه: **>> العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي الى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثرا بين الأطراف إلا من تاريخ**

. نفس المرجع ، نفس الصفحة<sup>316</sup>  
<sup>317</sup> علي فيلاي ، الشهر العقاري ، على ضوء القضاء الجزائري ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية و اقتصادية، ج42 ، 2000 ، ص116.

. يحيوي بن يوسف ، المرجع السابق ، ص43<sup>318</sup>.

نشرها في مجموعة البطاقات العقارية <<، فمن خلال نص المادة يتضح لنا أن التصرفات التي يجب إخضاعها لشكلية الشهر العقاري ، هي تلك التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المصرحة بالحقوق العينية العقارية الأصلية ، أو حتى التبعية و ذلك لعموم النص الذي حدد الحقوق العينية بصفة عامة<sup>319</sup>.

الجدير بالإشارة إليه هو أنه تخضع للشهر أيضا جميع الأحكام و القرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية أو تضمنت حقوقا شخصية أو غيرها من الحقوق المذكورة سابقا ، حتى تنتج أثرها بين الأطراف و في مواجهة الغير ، و عملية الشهر العقاري لا تقتصر على ذلك فحسب بل تشمل الدعاوى القضائية التي يكون موضوعها يتعلق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق من الممكن أن تكون قد أشهرت بالمحافظة العقارية ، كما هناك أيضا بعض العقود الإدارية على وجه التخصيص و لتكون منتجة لأثارها القانونية كاملة فإنه يتوجب أن تمر بعملية الشهر العقاري من قبيل ذلك عقود التعمير و البناء<sup>320</sup>.

## 2 ب - الشهر التجاري :

إن النشاط التجاري يقوم على عاملتي السرعة و الثقة، مما يقتضي أن يكون التجار على بينة من أمرهم بخصوص الأشخاص اللذين يتعاملون معهم<sup>321</sup>، لذلك نظم المشرع القيد في السجل التجاري ، و بين طرق القيد و إجراءاته اذا تعلق الأمر بالملكية الصناعية .

### \* القيد في السجل التجاري :

هو قيد يخص بعض التصرفات و الأشخاص و الذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، من أجل اكتساب صفة التاجر، و يترتب على عدم القيد في السجل التجاري، عدم اكتساب صفة التاجر، و عدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية، كما يترتب على عدم قيد التصرفات القانونية الواردة على المحلات التجارية عدم نفاذها في مواجهة الغير و بطلان الاحتجاج ضده<sup>322</sup>.

. نفس المرجع، ص.ص،45،46.319

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.320

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص323.321

. يحيوي يوسف ، المرجع السابق ، ص49.322

كما أن السجل التجاري يلعب دورا هاما في دعم الائتمان عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر ، و العناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري ، فمن شأن ذلك أن يبعث الثقة و الاطمئنان في نفوس المتعاملين معه ، و يسهل المعاملات التجارية ، فلهذا تم إنشاء السجل التجاري<sup>323</sup>.

الجدير بالإشارة إليه في هذا الصدد هو أن قوانين السجل التجاري الجزائري تطرح مسألة قواعد النظام القانوني للسجل الذي تارة أنه يخضع لجهة معينة ، و يظهر تارة أخرى يخضع لجهة مختلفة عن الأولى ، ولعل ذلك مرده الى الطبيعة المزدوجة للسجل التجاري الجزائري ، بين النموذجين الفرنسي و الألماني في آن واحد ، و هذا ما ترتب عنه وظيفتان عنه للسجل التجاري ، وظيفة إدارية ، و أخرى إسهارية<sup>324</sup>.

يعتبر القيد إحدى الآليات التي يعتمد عليها في وضع إستراتيجية اقتصادية للدولة و معيار تقاس به قوة الاقتصاد الوطني ، و وسيلة قانونية لإضفاء الشرعية على الشخص الممارس لنشاط اقتصادي خاضع للقيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية و الحرف الى جانب ما يؤديه من وظائف مختلفة ، يمكن حصرها إجمالاً في بعدين أساسيين هما ذلك البعد ألتحكيمي باعتباره أداة تنظيمية ، إحصائية، رقابية و توجيهية لهذه الأنشطة بهدف خدمة الاقتصاد الوطني و تطويره و توجيهه و بعد آخر تعاملي ، كونه أداة قانونية استعلامية إسهارية<sup>325</sup>.

#### \*النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية :

إن الشهر في الأصل مقرر للأموال العقارية ، و الغاية من ذلك إعلام الغير بحركة هذه الأموال و انتقالها ، أما المنقولات فإن تسليمها يعد بمثابة شهر لها و تلعب الحيازة في المنقول دور الشهر بالنسبة للغير ، لكن هذه الطريقة لا تشمل كافة الأموال المنقولة ، إذ أنه هناك المنقولات المعنوية التي لا تقبل الحيازة المادية بطبيعتها و هذا ما دفع بالمشروع الى تنظيم عملية الإيداع من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالأموال المنقولة المعنوية في مجال الملكية الصناعية و التجارية و الفنية<sup>326</sup>، لذلك أولى المشروع الجزائري أهمية بالغة لهاته الشكلية غير المباشرة فخصص الفصل السادس من القانون التجاري من

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 323

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 324

. يحيوي يوسف ، المرجع السابق، ص50. 325

326. زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري ، رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005، ص54.

الكتاب الثاني ، و عدد فيه الأحكام المتعلقة بإجراءات القيد و البيانات الخاصة بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية و تنظيمها.

من ذلك نجد نظام العلامات مثلا إذ يشترط على مالك العلامة أن يقوم بإجراءات شكلية, حتى يستعمل حقه على خلاف نظام حق المؤلف الذي لا يخضع الى أي قيود شكلية ، و بالتالي على المؤلف أو الناشر الذي يود أن يودع كعلامة أن يتبع الإجراءات التي نص عليها قانون العلامات ، إذ يكون ملزما بالتوجه الى المعهد الوطني للملكية الصناعية، لاستيفاء الشكليات الإدارية التي ينبغي على المؤلف مراعاتها ، من إيداع و تسجيل و نشر ، طبقا لنص المادة 13 من الأمر رقم 03 - 06 المؤرخ في 2003\07\19 التي تحدد شكليات إيداع العلامة و كيفية إجراء فحصها و تسجيلها و نشرها لدى المصلحة المختصة عن طريق التنظيم<sup>327</sup>.

كذلك شكلية النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية ، تظهر بشكل جلي ، لاسيما اذا ما تعلق الأمر بإحدى عناصر المحل التجاري كعنصر الملكية الصناعية ، و ما يستلزمه ذلك من وجوب التسجيل لدى هذا المعهد<sup>328</sup>، و جاءت النصوص القانونية في هذا الشأن صريحة و اشترطت هذه الشكلية ، و من قبيل ذلك نص المادة 99 من القانون التجاري و التي نصت على أنه : >> اذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع و التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري و الشاملة ببراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج ، فيجب زيادة على ما تقدم ، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية و تنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد ، تحت طائلة البطلان تجاه الغير و البيوعات و التنازلات أو الرهون بشمول البيع ببراءات الاختراع و الرخص و العلامات التجارية و الأشكال و النماذج الصناعية...<<

كما أن بعض العقود و إن كان الأصل فيها أنها تقوم على مبدأ الرضائية إلا أن المشرع قيد فيها حرية إرادة الأطراف و اشترط هذه الشكلية لكي تكون نافذة تجاه الغير ، و من قبيل ذلك نجد عقد ترخيص براءة الاختراع الذي يجب أن يخضع لإجراء التسجيل لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية<sup>329</sup>.

## 2 | ج - الشهر عن طريق النشر في الصحف :

. بجياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص51.327

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.328

. بجياوي يوسف ، المرجع السابق ، ص52.329

يتم ذلك أحيانا من خلال إعلان التصرف في شكل ملخص في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يشتغل فيها المحل التجاري أو المتصرف فيه أو عند تأسيس شركة ما ، حيث يشترط المشرع أحيانا شهر بعض المعاملات بواسطة النشر في الصحف الخاصة كصحيفة الإعلانات القانونية أو الجرائد القانونية<sup>330</sup>، و في هذا الشأن نجد نص المادة **748** من القانون التجاري و التي تنص على أنه : >> يوضع مشروع العقد بأحد مكاتب التوثيق للمحل الموجود به مقر الشركات المدمجة أو المستوعبة ، و يكون محل نشر في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية << .

يستشف من الإطلاع على نص المادة **02\756** من نفس القانون القصد الذي توخاه المشرع من خلال فرضه لهذه الشكلية<sup>331</sup>، و التي نصت على أنه : >> و يجوز لدائني الشركة اللذين شاركوا في عملية الإدماج و كان دينهم سابقا لنشر مشروع الإدماج أن يقدموا معارضة ضد هذه الأخيرة في أجل ثلاثين يوما من النشر المنصوص عليه في المادة **748** <<

كما أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراءات الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة ، حتى يكون على دراية بما يحيط بالشركة قبل التعامل معها ، فإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بهذه بمجرد تكوينها ، فإن الشركة التجارية ليست كذلك ، فلا تكون لها الشخصية المعنوية إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا ، إذ أن كل الشركات ذات الطبيعة التجارية تخضع لإجراءات الشهر ، كما أنه إجراءات الشهر بالإضافة الى إلزاميتها في مرحلة التأسيس ، فهي كذلك عندما يطرأ أي تعديل على الشركة و كذلك في حالة التصفية<sup>332</sup>، كما نصت المادة **775** من نفس القانون على أنه : >> ينشر إعلان إقفال التصفية الموقع عليه من المصفي ، بطلب منه في النشرة الرسمية المخصصة للإعلانات القانونية أو في جريدة معتمدة لتلقي الإعلانات القانونية... << .

ففي هذا الصدد نصت المادة **01\83** من نفس القانون ، على إجبارية نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ البيع ، كما تقتضي الفقرة الثانية من نفس المادة على إلزامية نشر العقد المتضمن تأجير و تسيير المحل التجاري و رتب على عدم مراعاة شكلية النشر بطلان التصرف<sup>333</sup>.

. نفس المرجع، نفس الصفحة. 330

. نفس المرجع ، ص 53. 331

. نادية فضيل ، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري ، دار هومة ، ص 44. 332

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 323. 333

## المطلب الثاني : تدخل المشرع في آثار العقد

إن إجازة نقض أو تعديل العلاقة العقدية باتفاق أطرافها جاء كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، أما خارج هذا الاستثناء فلا يمكن الاعتداد به ، زيادة على ذلك فإنه لا يجوز مبدئيا للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد الجاري تنفيذه ، احتراماً لمبدأ قوته الملزمة و كذا بدافع استقرار المعاملات ، لكن تغيير الظروف الاقتصادية و كذا الاجتماعية التي لا يتوقعها الأطراف و لم تؤخذ في الحسبان قد تؤدي الى الإخلال بالتوازنات العقدية، الأمر الذي يجعل المشرع يتدخل بصفة تلقائية في العلاقة العقدية مستبعداً و مزيحاً بذلك قاعد العقد شريعة المتعاقدين في بعض العقود لتحقيق العدالة العقدية و حماية لطرف الضعيف<sup>334</sup>.

في الموالي سنتطرق الى تدخل المشرع بتنظيم و تعديل بعض العقود (الفرع الأول) ، ثم بيان دور القانون في توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : تنظيم و تعديل القانون لبعض العقود

لقد تولى المشرع الجزائري تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة بنوع من التفصيل و الدقة، مما يعتبر كقيد يرد على حرية إرادة المتعاقد، و أصبحت إرادة المشرع هي التي تحدد بنود العقد<sup>335</sup>، و من بين العقود التي نظمها المشرع الجزائري بنصوص أمرة نجد ، عقد الإيجار ( أولا ) ، عقد التأمين ( ثانيا ) ، عقد العمل ( ثالثاً )

#### أولا - عقد الإيجار :

. علاق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص334.59

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص335.41

أحدث المشرع الجزائري عدة تعديلات مست القانون المدني و كان جوهر هذا التعديل هو عقد الإيجار, كان التعديل الأول بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93 \ 03 المؤرخ في 01 \ 03 \ 1993 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>336</sup> ، أما التعديل الثاني كان بموجب القانون رقم 07 \ 05 المؤرخ في 13 \ 05 \ 2007 .

إن الجدير بالإشارة إليه هو أنه في ظل الأمر 75 \ 58 المتضمن القانون المدني ، كان عقد الإيجار رضائيا يحكمه مبدأ سلطان الإرادة ، و ينعقد بمجرد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين وفقا لنص المادة 59 من نفس القانون فلم يكن المشرع يشترط شكلا معيناً ، بل كان الإيجار الشفوي صحيحاً و الرضائية كافية لقيامه<sup>337</sup>.

لكنه سرعان ما تدخل و أوجب الكتابة في عقد الإيجار و ذلك بموجب المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 إذ نصت على أنه : >> تجسد العلاقات بين المؤجرين و المستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم و يحدد كتابيا و بتاريخ مسمى . يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب ، طبقاً للأحكام التشريعية المعمول بها ، و من جهة أخرى ، دون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد ، فإن أي وصل يحوزه شاغل الأمكنة يخول له الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة<<<sup>338</sup>.

يتضح من خلال نص المادة أنه أصبح عقد الإيجار يحرر في محرر مكتوب ، كما لم يبين لنا المشرع نوع الكتابة ، بالإضافة الى أنه لم يحدد جزاء تخلفها ، و يرى بعض شراح القانون أنه إخضاع عقد الإيجار للكتابة يخدم مصلحة المؤجر و المستأجر في نفس الوقت فمن خلالها يتم تحديد مدة العقد<sup>339</sup>.

كما جاء هذا النص للحد من الفوضى التي شهدتها ميدان المعاملات حول إيجار السكنات ، إذ كان المستأجرون يفتقرون الى ما يثبت سكناتهم فبالتالي وفر نص المادة الحماية القانونية لمستأجرون من

<sup>336</sup> . الجدير بالإشارة إليه أن هذا المرسوم التشريعي قد ألغي بموجب القانون رقم 11 \ 04 المؤرخ في 22 \ 02 \ 2011 و المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و أبقى على المادة 27 منه ، و عليه أصبحت أحكام القانون المدني وحدها السارية في التطبيق على عقد الإيجار المدني .

<sup>337</sup> . فريدة محمدي، عقد الإيجار وفقا للقانون 07 - 05 المؤرخ في 13 \ 05 \ 2007 المتضمن تعديل القانون المدني ، محاضرات ألقيت بجامعة الجزائر ، 2009 ، ص 39.

<sup>338</sup> . لقد أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 94 - 69 المؤرخ في 19 \ 03 \ 1994، و الذي بموجبه حدد العناصر و البيانات المطلوبة في نموذج عقد الإيجار وفقا للمادة 21 المذكورة أعلاه.

. فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 39.<sup>339</sup>

تعسف المؤجرين اللذين كانوا يرفضون الكتابة و كذا تسليم ما يثبت دفع بدلات الإيجار ، كما يهدف الى حماية المؤجرين بعقد مكتوب يحدد واجبات الطرفين و بالأخص أجل العقد<sup>340</sup>.

ثم بعد ذلك تدخل المشرع الجزائري و قام بتعديل القانون المدني بموجب القانون **07- 05**

المؤرخ في **13 ماي 2007** و كان لب هذا التعديل هو عقد الإيجار ، و اشترط المشرع في المادة **467** مكرر المضافة بموجبه صراحة على وجوب توافر الكتابة في عقد الإيجار حيث نصت المادة على أنه : **<< ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا >>**.

عليه فإن عقد الإيجار و بموجب هذه المادة أصبح عقدا شكليا ، لا يكفي اتفاق طرفيه على العين المؤجرة و بدل الإيجار و مدته ، بل يجب إفرغه في شكل معين و كتابته ، و هذه الشكلية تعد ركن من أركان عقد الإيجار يترتب على تخلفها البطلان ، غير أن المشرع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، يكفي أن تدون في ورقة عرفية<sup>341</sup>.

### ثانيا - عقد التأمين :

لقد نظم المشرع الجزائري عقد التأمين بنصوص أمرة تهدف الى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا فيه إذ لا يناقش شروطه بل يكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن و يقبل الشروط المقترحة<sup>342</sup>، حيث اشترط المشرع أن يتم عقد التأمين وفق نموذج معين طبقا لأحكام المادة **07** من الأمر **95 - 07** المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم بالقانون **06 - 04** المؤرخ في **27 \ 02 \ 2006** ، كما نصت المادة **625** من القانون المدني على أنه : **<< يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد >>**.

الملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع أبطل كل اتفاق يخالف لأحكام النصوص الواردة في الفصل الثالث الخاص بعقد التأمين من الباب العاشر الموسوم بعقود الغرر من الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات و العقود من القانون المدني الجزائري ، إلا اذا كان ذلك لمصلحة المؤمن أو لمصلحة المستفيد.

<sup>340</sup>. بن صابر زهية ، تعديل عقد الإيجار على ضوء القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 05 \ 05 \ 2007 المتضمن تعديل القانون المدني ، رسالة الماجستير ، جامعة مستغانم ، كلية الحقوق ، 2012 ، ص39

. جميلة دوار ، عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري ، (دراسة نظرية وفقا لأحدث التعديلات ) ، دار طليطلة، الجزائر، 2001 ، ص81. <sup>341</sup>  
. لعشيب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطني للكتاب ، الجزائر، 1990، ص128. <sup>342</sup>

كما أبطل أيضا بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين حيث جاء نص المادة 622 من ق.م.ج ، على مايلي :>> يكون باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا اذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو تقديم المستند اذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان أو السقوط - شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه <<.

### ثالثا - عقد العمل :

لقد تدخل المشرع الجزائري بتنظيم عقد العمل بموجب قواعد أمرة تضمنها القانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم ، ذلك لتوفير الحماية لفئة العمال ، و أدرج مجموعة من الحقوق كالحق في المرتب و الحماية و ممارسة الحريات العامة<sup>343</sup> .

الجدير بالذكر أن أغلب القيود الواردة على حرية التعاقد على العمل تنصرف أساسا لتقييد حرية صاحب العمل في التعاقد على العمل أو رفضه ، و هي قيود عديدة منها تتعلق باعتبارات إنسانية ، حماية لشخص العامل<sup>344</sup> ، خاصة و أن طبيعة عقود العمل غالبا ما تتضمن شروطا تعسفية فيعمد الى استبعادها و إدراج شروط بديلة لها أو الإنقاص أو الزيادة في الالتزامات<sup>345</sup> .

فالمشرع الجزائري يتدخل لتعديل و تنظيم لعلاقات العمل كلما اقتضت ضرورة الموازنة بين مصالح المتعاقدين ، و ذلك طبقا لنص المادة 62 من القانون 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل حيث نصت

<sup>343</sup> . كمال مخلوف ، أحكام تشريع العمل ، أي ذاتية ؟ ، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ع2011، ص2، ص151.

. نفس المرجع ، نفس الصفحة<sup>344</sup> .

. علاق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص60،<sup>345</sup>

المادة على أنه: >> يعدل عقد العمل اذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية تملئ قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل.<<

بالإضافة الى ذلك فإن المشرع الجزائري لجأ الى إنقاص مدة العمل في عقد العمل من 44 ساعة الى 40 ساعة في الأسبوع و ذلك بموجب المادة 02 من الأمر رقم 97 - 03 المؤرخ في 11\ 01\ 1997 المحدد للمدة القانونية للعمل ، حرصا منه على حماية صحة العامل الجسدية و المعنوية و متطلباته الاجتماعية باعتباره طرفا ضعيفا في هذا العقد ، و منه فإن تدخل المشرع الجزائري في العلاقة العقدية للعمل في العديد من المرات بهدف تعديل و تنظيم بعض الحقوق و الواجبات ، يندرج في إطار سعيه الى الإبقاء على المركز التعاقدى للعامل و استمرار العلاقة العقدية وفقا لما تتطلبه الضرورة<sup>346</sup>.

### الفرع الثاني : حماية القانون للطرف الضعيف في العلاقة العقدية

إن المشرع الجزائري يتدخل لتوفير الحماية القانونية للأشخاص ، حيث أقر الحماية بنصوصه وفقا للقواعد العامة ، في المجال التعاقد ، إلا أن التطورات الاقتصادية و العلمية الحديثة نتج عنها اتساع مجال العلاقات التعاقدية بين الأشخاص و الجماعات في المجتمع و لم يبق محصورا في تلك العلاقات التقليدية التي نظمها المشرع ، و مرد ذلك الى التوسع الهائل لحاجات الأفراد اللامتناهية ، مما دفعهم لقبول الدخول في علاقات قانونية متجددة تلبي تلك الرغبات و الاحتياجات بعقود مختلفة، مما أسفر عنه ظهور أشخاص تتولى تلبية هذه الحاجات في المجتمع<sup>347</sup>، و هو ما يطلق عليه القانون تسمية المحترف أو المتدخل ، إذ أصبح هذا الأخير يمتاز بقوة اقتصادية ، و يعتبر كذلك لما يملك من قدرات و تقنيات تمكنه من احتكار المتوج و الخدمة و تحكمه في العلاقة العقدية إذ هو الذي يملئ شروط العقد مما قد يكون إجحاف و تعسف في حق الطرف الآخر في هذه العلاقة و الذي يعد في مركز ضعيف و أقل قوة بالمقابل مع الحرفي أو المتدخل، و هو ما يسمى بالمستهلك ، هذا ما دفع المشرع للتدخل لحماية هذا الطرف الضعيف و إعادة التوازن للعلاقة العقدية في هذه الحالة ، فواكب المشرع لتطورات الاقتصادية و سن مجموعة من النصوص الهدف منها توفير القدر الأوفر من الحماية القانونية للمستهلك<sup>348</sup>.

. علاق عبد القادر ، المرجع السابق، ص.61.346

. نفس المرجع ، ص.ص.74،75.347

. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.304.348

فمن بين القواعد التي فرضها قصد توفير الحماية لفئة المستهلكين، فصدر أول نص قانوني متعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، فكان أساس إرادة المشرع من خلال هذا القانون حماية المستهلك و من ورائه حماية الاقتصاد الوطني ، و ذلك بموجب القانون رقم 89 - 02 الصادر في 07 \ 02 \ 1989 ، و المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك و الذي حدد الخطوط العريضة و أطر حقوق المستهلك في قانون خاص ، تبعته مجموعة من المراسيم التنفيذية و القرارات تنظم كل مجال له صلة بحماية المستهلك و رعاية حقوقه ، كما ساير المشرع أيضا التغيير الكبير و الواسع الذي تشهده الساحة الاقتصادية خاصة في مجال التجارة و ما يصاحب ذلك من ظهور مخاطر جديدة لم تكن من قبل تهدد فئة المستهلكين فجاء المشرع بالقانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، و الذي بموجبه تم إلغاء القانون السابق و المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>349</sup>.

الجديد الذي جاء به هذا القانون هو مصطلح المتدخل و اعتبره كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك، و فرض بعض الالتزامات عليه، و ذلك كله يصب في مصلحة فئة المستهلكين فمن بين هذه الالتزامات ، إلزامية النظافة و النظافة الصحية للمواد الغذائية و سلامتها و كذا إلزامية أمن المنتجات و فرض على المتدخل إلزامية إجرائه رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه الى الاستهلاك ...<sup>350</sup>.

إضافة الى هذه الالتزامات خول بعض الحقوق لصالح فئة المستهلكين ، و تتمثل في إعطائه حق العدول عن العقد قبل أو بعد بدء التنفيذ ، و كذا إمكانية الرجوع على المنتج بموجب دعوى فردية أو جماعية<sup>351</sup>.

علاوة على ذلك فقد أقر أيضا المشرع الجزائري نظاما لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، و ذلك لتوفير قدر من الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، و ذلك من خلال إصداره للقانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 23 \ 06 \ 2004 المحدد لقواعد المطابقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم ، و غاية المشرع من سنه لهذا القانون هو تنظيم العلاقة التعاقدية الاستهلاكية ، و حماية للطرف الضعيف ، و في هذا الشأن و من أجل تطبيق أحكام هذا القانون صدر المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المؤرخ في 10 \ 09 \ 2006 ، و الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود

349. زغودي عمر ، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية ، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية السياسية ، الصادرة عن جامعة الطاهر مولاي ، سعيدة ، ع2 ، 2014 ، ص 161.

350. المواد من 4 الى 20 من القانون رقم 09 \ 03 المؤرخ في 25 \ 02 \ 2009 او المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر ، ع 15 ، ص من 14 - 16 .

351. زوية سميرة ، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد ، رسالة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، كلية الحقوق ، 2016 ، ص 47.

المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، و من خلال هذا المرسوم تم تنظيم العلاقات التعاقدية بين العون الاقتصادي و المستهلك و ذلك بتحديد العناصر الأساسية ذات الصلة بحقوقها و التزاماتها و تحديده للشروط التعسفية و إنشائه للجنة الشروط التعسفية التي تأخذ طابعا استشاريا<sup>352</sup> .

حيث نص المشرع و وضع الشروط التعسفية من خلال القانون السابق ذكره من خلال المواد 20 و كذا 21 منه .

## المبحث الثاني : التدخل القضائي في العقد

إن للعقد قوة ملزمة تساوي قوة القانون ، و كأصل عام فإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مستقبل الرابطة العقدية التي تجمعهم ، و على القاضي احترام هذا العقد و التعامل معه كنص قانوني ، فلا يمكنه بأي حال من الأحوال تغيير ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين بحكم أو قرار قضائي ، و دور القاضي في الأصل يقتصر حول تفسير العقد و تطبيق أحكامه ، وفقا لمقتضيات مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء ، و يعتبر كقيد من القيود التي ترد على حرية المتعاقدين و بالتالي اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة ، حيث منح القاضي سلطة تقديرية للتدخل في العقد في حالات محددة . في الموالي سنتطرق الى بيان سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إبرامه ( المطلب الأول ) ، تم الى بيان سلطته أثناء تنفيذ العقد ( المطلب الثاني ) ،

### المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إبرامه

سنتطرق في هذا المطلب الى بحث دور القاضي في مرحلة إنشاء العقد ، إذ يكون للقاضي سلطة في تعديل العقد في حالتي الغبن و الاستغلال ( الفرع الأول ) ، كما له سلطة تعديل العقد في حالة تضمنه شروط تعسفية ( الفرع الثاني ) .

### الفرع الأول : تعديل القاضي للعقد في حالتي الغبن و الاستغلال

. زوبة سميرة، المرجع السابق، ص 352.52

سنخصص هذا الفرع بدراسة سلطة القاضي في تعديل العقد عند اختلال توازن العلاقة العقدية بسبب الغبن (أولا)، و الاستغلال (ثانيا).

## أولا - سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن :

لبحثنا في دور القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن يتبادر الى ذهننا سؤال و هو ماذا نقصد بالغبن؟، ما هو الغبن المقصود بالدراسة؟، متى يمكن للطرف المغبون أن يرفع دعوى الغبن؟ ، و كيف يتدخل القاضي لرفع الغبن عن الطرف المغبون؟ ، و في الموالي سنجيب عن هذه الأسئلة .

### أ - مفهوم الغبن :

**1 - تعريف الغبن :** بتصفحننا لمواد القانون المدني لم نجد تعريفا للغبن ، فالمشرع الجزائري لم يختص بتعريفه ، فقط اختص بذكر لأحكامه<sup>353</sup> .  
بالرجوع الى الفقه نجده قد انقسم في تعريف الغبن الى قسمين حيث عرفه البعض منهم تعريفا ضيقا ، و البعض الآخر عرفه تعريفا واسعا، و سنورد التعريفين في الموالي :

**- التعريف الضيق للغبن :** هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد ، أو ذلك الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة ، و من نتائج هذا التعريف أن الغبن لا يتحقق إلا في عقود المعاوضة التبادلية<sup>354</sup> .

**- التعريف الواسع للغبن :** هو ذلك الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين ما تحصل عليه من فائدة و ما قدمه من تضحية أي بين غنمه و غرمه ، و يترتب على هذا التعريف أن الغبن ينصرف الى كل عقود المعاوضة و لو كانت ملزمة لجانب واحد<sup>355</sup> .

المواد358 - 359 - 360 من ق.م.ج. 353 .

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 229. 354 .

. نفس المرجع ، نفس الصفحة. 355 .

## 2 - تمييز الغبن عن الاستغلال :

يعتبر الغبن عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه و بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال ، و يتميز عنه من خلال أن الغبن لا يكون في التبرعات لأن العاقد فيها يعطي و لا يأخذ هذا من جهة ، و يتميز كذلك عن الاستغلال في كونه يقاس بالمعيار المادي ، و بالتالي ينظر فيه الى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية ، أي القيمة بحسب سعر السوق<sup>356</sup>.

أما الاستغلال فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له, فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف ، و منه فإن الاستغلال يختلف عن الغبن في أن الاستغلال يصح أن يقع في جميع التصرفات ، كما أن المعيار فيه معيار شخصي لا مادي<sup>357</sup>.

## 3 - نطاق الغبن :

إن التشريعات اختلفت حول تأثير الغبن على العقود ، و هذا الاختلاف مرده الى الاعتبارات الاقتصادية و الأخلاقية و الاجتماعية التي بنيت عليها هذه التشريعات ، حيث هناك منها من تأثرت بالمذهب الفردي فرفعت من شأن سلطان الإرادة كالقانون الفرنسي الذي صدر مشبعا بالروح الفردية فجعلت الغبن محصورا في عقود و حالات محددة على سبيل الحصر ، و لا تعير للغبن إلا أهمية قليلة ، و لا تضع له جزاء إلا في حالات معينة ، و البعض الآخر من التشريعات و التي تعتمد على مبدأ التضامن الاجتماعي و مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات ، فيوسع من مجال الغبن و يؤسسه على الاستغلال و يجعل منه سببا من أسباب إبطال العقد<sup>358</sup>، و عليه يوجد نوعين من الغبن ، غبن مجرد ، و غبن استغلالي، و في الموالي سنوضح أكثر كلا النوعين :

### - الغبن المجرد :

يعتبر الغبن كما سبق الإشارة الى ذلك بأنه عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد و بين ما يعطيه و هو يلحق عقود المعاوضة فقط ، أما عقود التبرع فلا يتصور فيها و الغبن لا يكون إلا عند إنشاء العقد، أما في حالة ما اذا تغيرت القيمة بعد وقت إنشاء فلا نكون بصدد الغبن ، كذلك الأمر عند تغير الظروف و نتج عنها غبن أثناء تنفيذ العقد ، أو بعد انعقاده ، و لكن قبل تنفيذه فهنا لا يتحقق الغبن بل

. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2012، ص 97. 356

نفس المرجع، نفس الصفحة. 357

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 98. 358

نكون أمام ظرف طارئ ، فالغبن المجرّد مؤسس على واقعة عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد و هو بذلك عيب في العقد ذاته مستقل عن عيوب الرضا المعروفة ، لذلك درجة الاختلال في التعادل ينظر إليها وفقا للنظرية الموضوعية للغبن نظرة مادية محضة ، و في هذه الحالة إما يبطل العقد أو يكمل الثمن<sup>359</sup>.

و سلطة القاضي في هذه الحالة محددة في الرقابة على العقود ، فالعقد الذي يختل بسبب الغبن المجرّد لا يمكن للقاضي التدخل في تعديله، و إنما كل ما يملك من سلطة تكمن في إمكانية إبطال العقد اذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن عن العقد<sup>360</sup>.

و الجدير بالإشارة إليه أن المشرع الجزائري أقر الغبن كحالة استثنائية تعني بعض العقود و لفائدة المتعاقدين المغبون<sup>361</sup>، و ذلك يستشف من خلال نص المادة 91 من القانون المدني الجزائري : >> يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود << ، فمن خلال نص المادة يتضح أن المشرع اعتبر الاستغلال عيبا يشوب الرضا ، و أخذ أيضا بالغبن كاستثناء ، و ذلك في بعض العقود باعتباره عيبا في العقد ذاته بصرف النظر عن وجود الاستغلال كعيب في الرضا و هذه الحالات واردة على سبيل الحصر فلا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها<sup>362</sup>، و هذه الحالات تتمثل في :

**الحالة الأولى - بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس :** اذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، و هذا ما نصت عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري .

و لا بأس في هذا الصدد أن نورد مثال تطبيقي نوضح فيه الكيفية التي يتم بها تقدير الغبن :  
- لدينا مسكن بيع ب 140 مليون سنتيم ، و قيمته وقت البيع 200 مليون سنتيم ، لمعرفة ان كان هناك غبن نتبع الخطوات التالي بيانها :

القيمة الحقيقية : 200 مليون سنتيم ، الثمن : 140 مليون سنتيم ، الخمس 5\1

- نقوم أولا بتقدير مقدار الخمس 5\1 : مقدار الخمس = القيمة الحقيقية × الخمس 5\1

. بوكماش محمد، نفس المرجع، ص 99.359

. بوكماش محمد ، نفس المرجع ، ص 99.360

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 229.361

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 100.362

$$\text{مقدار الخمس} = 5 \setminus 1 \times 200 = 40 \text{ مليون}$$

- ثم نقوم بتقدير مقدار الغبن: مقدار الغبن = القيمة الحقيقية - الثمن

$$\text{مقدار الغبن: } 200 - 140 = 60 \text{ مليون}$$

- ثم نقوم بمقارنة بين مقدار الغبن و قيمة الخمس: مقدار الغبن 60 مليون < مقدار الخمس 40 مليون،

ف نجد مقدار الغبن أكبر من مقدار الخمس و هنا يحق للبائع رفع دعوى الغبن .

- و لمعرفة الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري نقوم :

$$\text{بتقدير مقدار أربعة أخماس: قيمة أربعة أخماس} = \text{القيمة الحقيقية} \times 5 \setminus 4$$

$$\text{مقدار أربعة أخماس} = 5 \setminus 4 \times 200 = 160$$

- ثم نقوم بتعيين الثمن الواجب تكملته من طرف المشتري :

$$\text{المبلغ الواجب تكملته} = \text{الثمن} - \text{قيمة أربعة أخماس} 5 \setminus 4$$

$$\text{المبلغ الواجب تكملته هو} = 160 - 140 = 20 \text{ مليون}$$

20 مليون سنتيم هو المبلغ الواجب تكملته.

أما الحالة الثانية - غبن الشريك في القسمة : أجاز المشرع الجزائري الغبن في إطار القسمة مما يدل على أن الثمن ليس جوهرياً في الغبن بل يكفي عدم التعادل بين ثمن الحصة المقررة و ما تحصل عليه المتقاسم ، و القسمة المقصودة في هذه الحالة هي القسمة الاتفاقية للملكية الشائعة و هذا طبقاً لما ورد في المادة 732 من القانون المدني الجزائري و ذلك لورود هذه الأحكام ضمن القسم الخاص بالملكية الشائعة و كذا لنصه صراحة على القسمة الحاصلة بالتراضي أي القسمة الاتفاقية<sup>363</sup>، التي تتم بناء على نص المادة 732 من نفس القانون و التي تنص على أنه : >> يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس 5 \ 1 ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

. دكار فايزة ، الغبن في العقود المدنية، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008، ص 70. 363

و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، و للمدعي عليه أن يوقف سيرها و يمنع

القسمة من جديد اذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته.>>

### - الغبن الاستغلال : إن الغبن الاستغلالي ينظر عند تقديره الى قيمة الشيء الشخصية باعتبار

لظروف التعاقد ، فالغبن لا يقع إلا اذا أعطى الشخص ثمنا أكبر من القيمة الشخصية للشيء ، و يكون قد قام بذلك نتيجة لتوهمه في قيمته أو لانخداعه فيها أو اذا كان مضطرا للتعاقد ، و لا يكون ذلك إلا نتيجة لطيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز ، و معنى هذا أن الغبن لا يتحقق إلا اذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه ، و هنا يكون الغبن عيبا من عيوب الرضا ، و المعيار الذي يحدد به اختلال التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد يكون معيارا مرنا يتحدد بظروف كل حالة ، و قد اعتنقت التشريعات الحديثة النظرية النفسية للغبن ، و جعلت منها نظرية عامة تنطبق على جميع العقود ، التي يستغل فيها أحد الطرفين الطرف الآخر لعوزه أو طيشه أو عدم تجربته ، و لقد قررت هذه التشريعات جزاءات متفاوتة لمثل هذه العقود ففي القانون السويسري مثلا نجد أن الجزاء هو إمكانية إبطال العقد ، أما في القانون الألماني فقرر البطلان المطلق<sup>364</sup>.

### ب - تدخل القاضي لرفع الغبن :

لقيام حالة الغبن و قبول الطعن به لا بد من توافر شروط محددة قانونا و جاء ذكرها في مواد

القانون المدني الجزائري<sup>365</sup>، و رتب على توافر هذه الشروط آثار سنورها في الموالي :

#### 1 - الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن :

- **الشرط الأول :** أن يكون محل العقد عقارا ، و هذا ما يستشف من خلال المادتين 358 و 732 من القانون المدني الجزائري ، فإن الغبن لا يكون إلا في عقد البيع الوارد على عقار أو حق عيني ، كما يمكن أن يكون في قسمة المال العيني الشائع<sup>366</sup>.

- **الشرط الثاني :** أن لا يكون البيع قد تم عن طريق المزاد العلني ، فيشترط أن يكون البيع تم بطريقة رضائية ، و هذا لأن البيع عن طريق المزاد العلني يسمح للبائع بالحصول على أعلى ثمن ممكن<sup>367</sup> ، كما يشترط أيضا أن تكون القسمة اتفافية و تستبعد القسمة القضائية و ذلك راجع إلى أن هذه الأخيرة تتم أمام المحاكم و يستعين القاضي بخبير يتولى تقسيم الحصص عند الاقتضاء<sup>368</sup>.

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص103.364

. المواد 358،359،360،732 ، من ق.م.ج.365

. حسنين محمد ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص71.366

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.367

. دكار فايزة ، المرجع السابق ، ص72.368

- **الشرط الثالث :** أن يزيد الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار ، إذ يشترط أن يزيد الغبن على الخمس هذا ما يسمى بالغبن الفاحش أو الضخم ، أي أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية للعقار و تقدر القيمة وقت البيع<sup>369</sup>، كذلك يشترط في القسمة الاتفاقية أن يزيد الغبن على الخمس ، و تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء وقت القسمة.

- **الشرط الرابع :** عدم تقادم دعوى الغبن فطبقا للمادة **01\359** فإنه تتقادم دعوى الغبن بمرور ثلاثة سنوات من يوم انعقاد البيع و من يوم انقطاع سبب العجز بالنسبة لعديمي الأهلية، أما بالنسبة لدعوى الغبن في القسمة الاتفاقية فإنها يجب أن ترفع خلال السنة التالية للقسمة هذا وفقا لنص المادة **02\732** من ق.م.ج.

و عليه فإذا ما توافرت الشروط السابق بيانها ، فيحق للمتعاقد المغبون رفع دعوى الغبن يطالب فيها رفع عنه الغبن و في حالة استحالة رفع الغبن جاز طلب فسخ العقد.

## **2 - دور القاضي في رفع الغبن :**

يكمن دور القاضي في هذه المرحلة أي بعد طلب المتعاقد المغبون إما رفع الغبن و الذي يكون بطلب تكملة الثمن الى الحدود المعقولة، أو فسخ العقد عند استحالة ذلك و هذا ما سنوضحه في الموالي:

### **- دعوى تكملة الثمن :**

يجوز للبائع المغبون طلب تكملة الثمن الى حد إزالة الغبن الذي يتمثل في أربعة أخماس ، متى توافرت الشروط السابق ذكرها و هذا طبقا لنص المادة **358** من ق.م.ج ، فالغبن لا يعد سبب من أسباب إبطال العقد بل إنما هو سبب لتكملة الثمن إلى أربعة أخماس، و الحق في الطعن بالغبن مقرر للبائع دون المشتري، و في حالة وفاته ينتقل الحق الى ورثته ، بصفتهم الخلف العام<sup>370</sup>.  
فعلى القاضي إذا ما رفعت إليه دعوى تكملة الثمن في الميعاد و توافرت كل شروط الغبن ، الحكم بتكملة الثمن الى أربعة أخماس قيمة المبيع ، و ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد بها موطن المشتري ، كما يجب شهر الدعوى لأن موضوعها عقار ، و المبلغ الذي يحكم به لتكملة الثمن يعتبر جزء من الثمن فتتطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن<sup>371</sup>.

### **- دعوى الفسخ :**

. حسنين محمد ، المرجع السابق ،ص72.369  
. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع و المقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2008 ، ص67.370  
. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص233.371

يحق لصاحب العقار المبيع اذا لم يدفع له المشتري المبلغ المحكوم به لتكملة الثمن ، أن يطلب الفسخ للعقد ، و ذلك لأن عدم تكملة الثمن يعد إخلال المشتري بالتزامه و هنا تطبق أحكام المادة 119 من ق.م.ج و التي تنص على أنه : >> في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات >> ، و من خلال هذه المادة يتضح لنا السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في رفض الفسخ أو الحكم به .

فإذا ما فسخ عقد البيع استرد البائع العقار ، ورد ما قبضه من الثمن، و لكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض اذا ما لحقه من ذلك ضرر<sup>372</sup>، أيضا له طلب التعويض في حالة عدم استطاعته استرداد العقار من الغير حسن النية عند تصرف المشتري فيه بالبيع للغير<sup>373</sup>.

### ثانيا - سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال :

قبل التطرق الى بيان دور القاضي في إعادة التوازن للعقد في حالة ما إذا شاب ركن الرضا عيب من عيوب الإرادة يجدر بنا التطرق الى بيان مفهوم عيب الاستغلال و ذلك ما سنوضحه في الموالي:

#### أ - مفهوم الاستغلال:

**1 - تعريف الاستغلال:** إن المشرع الجزائري لم يعرف لنا الاستغلال، لكن نظم أحكامه من خلال المادة 90 من ق.م.ج .

و بالرجوع الى الفقه القانوني نجده قد تعرض لتعريف الاستغلال و من بين التعريفات نذكر :

- عرفه البعض من الفقه على أنه : >> الاستغلال هو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف و حصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم به >><sup>374</sup>.

- كما عرف أيضا بأنه : >> الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعترى المتعاقد بغرض دفعه الى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه الالتزامات التي لا تتعادل مع العوض المقابل ، أو من غير عوض >><sup>375</sup>

. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 69.372

. علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 213.373

. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 67.374

يتضح من خلال هذه التعريفات أنها جاءت كلها ترمي الى مفهوم واحد و هو استغلال أحد المتعاقدين لحالة نفسية في التعاقد الآخر.

## 2 - عناصر الاستغلال : إن الاستغلال يتوافر على عنصران و هما العنصر المادي و الآخر معنوي :

**– العنصر المادي للاستغلال :** يتمثل العنصر المادي للاستغلال في اختلال التعادل و انعدام المقابل في العقد حيث يتحقق هذا العنصر في حالة وجود تفاوت كبير بين التزامات أحد المتعاقدين و بين ما حصل عليه هذا المتعاقدين فائدة، و يجب أن يكون عدم التعادل فادحا علما أن المشرع لم يحدد الجسامة برقم معين و ترك ذلك لتقدير القاضي ، مراعيًا في ذلك لظروف المتعاقدين و ملابسات التعاقد ، و الفداحة في اختلال التعادل ذات معيار مادي ، فهذا المعيار ليس ثابتا إذ يتغير تبعا لظروف كل حالة ، فقد يقع عيب الاستغلال في عقود المعاوضة ، كما قد يقع في عقود التبرع ، من قبيل ذلك أن يقوم زوج مسن بهبة زوجته الثانية مالا معينًا و يحرم الزوجة الأولى ، و يتم ذلك تحت تأثير الزوجة الثانية على زوجها ، و بالتالي يشوب عقد الهبة عيب الاستغلال ، و لا يكون هناك التزام على الزوجة فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة<sup>376</sup>.

**– العنصر النفسي للاستغلال:** يتمثل العنصر النفسي أو المعنوي للاستغلال في كون أحد المتعاقدين يستغل في التعاقد الآخر طيشًا بينا أو هوى جامحا ، فيتبين أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، و لا يكفي لتحقق الاستغلال وجود حالة الطيش البين أو الهوى الجامح في التعاقد ، بل يجب أن يتبين انتهاز المتعاقد الآخر فرصة وجود هذه الحالة و استغلاله لهذا الضعف فيه ، من أجل إبرام تصرف معين ، و من قبيل الطيش البين أن يرث شخص مالا كثيرا فينفق منه بسفه فيستغل أحدهم هذا الطيش و يبيع له شيئا بأضعاف ثمنه أو يشتري منه شيئا بأقل من ثمنه بكثير ، أما الهوى الجامح من قبيل ذلك كالإدمان على الخمر أو لعب القمار<sup>377</sup>.

## 3 - شروط الاستغلال:

. بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 130.375

. علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 68.376

. نفس المرجع ، نفس الصفحة .377

من خلال نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أنه يستلزم لقيام حالة الاستغلال

المعيب للإرادة توافر أربعة شروط سنوجزها في الموالي:

- **الشرط الأول** : وجود طيش بين أو هوى جامع لدى المتعاقد : يمكن القول بأن الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي الى التسرع و سوء التقدير و عدم الاكتراث بالعواقب ، أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص من عواقب الأعمال و تقدير ما فيها من غبن سواء انصرفت هذه الرغبة الى شخص أو الى شيء من الأشياء<sup>378</sup>.

- **الشرط الثاني** : قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح : وجود الطيش البين أو الهوى الجامح وحده غير كاف لاعتبار الاستغلال عيبا شاب الإرادة ، بل يجب توافر شرط القصد و النية لدى الطرف الآخر للاستفادة من هذا الضعف النفسي ، هذا الأمر يقتضي أن يكون الطرف الآخر يعلم بوجوده و يريد استغلاله لذلك<sup>379</sup>.

- **الشرط الثالث** : كون الاستغلال هو الدافع للتعاقد : يتحقق هذا الشرط في الحالة التي يكون الاستغلال هو الذي يدفع المتعاقد المستغل الى إبرام العقد فتكون إرادته معيبة ، فمنه يصبح العقد قابلا للإبطال و يقع عبء الإثبات على الطرف المغبون<sup>380</sup>.

- **الشرط الرابع** : الوصول بالاستغلال الى اختلال توازن الأداءات : يعتبر هذا الشرط العنصر المادي في الاستغلال و يتمثل في الاختلال و عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد و ما يعطيه هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 90 من ق.م.ج ، كما يعتبر هذا الشرط أول أمر يجب على القاضي المدني التأكد من توافره عند النظر في قيام حالة الاستغلال ، و المقصود بإخلال التوازن الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال ليس التفاوت اليسير بل هو التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات<sup>381</sup>.

### ب - دور القاضي في رفع الغبن :

بمجرد ما يمس الإرادة عيب الاستغلال و تصبح العلاقة العقدية غير متوازنة نتيجة استغلال الضعف النفسي للمتعاقد المستغل ، فجاز للقاضي أعمال سلطته في إعادة التوازن للعلاقة العقدية و ذلك بعد طلب يرفعه المتعاقد المغبون، و في الموالي سنتطرق الى بيان دعوى إبطال العقد و دعوى إنقاص الالتزامات :

بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص113.378

. نفس المرجع ، نفس الصفحة.379

. نفس المرجع ، ص114.380

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص114.381

## 1 - دعوى إبطال العقد :

يسعى المشرع من خلال نظرية الاستغلال الى حماية المصالح الشخصية للمغبون و من ثم يترتب على تحقق الاستغلال قابلية العقد للإبطال ، و هذا الحق مخول للمتعاقد المستغل و جده دون غيره ، و له أيضا أن يتنازل عنه<sup>382</sup> ، و تكمن السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن في الحكم بما يطلبه المتخاصمين ، فلا يستطيع أن يحكم بأكثر من ذلك في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها<sup>383</sup>، ففي حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال ، فيجوز للمتعاقد الأول أن يتوقى إبطال العقد اذا كان بصدد عقد معاوضة ، و ليس عقد تبرع و ذلك اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن و هذا وفقا لنص المادة 90 من ق.م.ج<sup>384</sup>.

## 2 - دعوى إنقاص الالتزامات :

في حالة اختيار المتعاقد المغبون دعوى التعديل بإنقاص التزاماته الباهظة أو رفع دعوى الإبطال ، إلا أن هذا الأمر موكل لتقدير القاضي الموضوع ، فله في ضوء الملايسات و ظروف القضية أن يحكم بإبطال العقد إذا كان يرى أنه أحسن وسيلة لرفع الغبن و قد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون و إبقاء العقد ، اذا تبين له أن إجراء الإنقاص كاف لرفع الغبن ، هذا في حالة ما إذا اختار المتعاقد دعوى الإبطال أما إذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإنقاص فلا يمكن للقاضي ان يقضي بإبطال العقد ، و لا يسع القاضي إلا أن ينقص من التزامات المتعاقد المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال أو يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال ، كما أنه يجب أن ترفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال خلال سنة و تبدأ من تاريخ إبرام العقد و إلا رفضت و هي مدة سقوط الدعوى وفقا لنص المادة 90 من ق.م.ج<sup>385</sup>.

### الفرع الثاني : تعديل القاضي للعقد في حالة تضمينه لشروط تعسفية

سنخصص هذا الفرع لدراسة عقد الإذعان الذي قد يتضمن شروط تعسفية ، و كيف يتم تعديل هذه الشروط من قبل القاضي ، ذلك لإعادة التوازن للعلاقة العقدية ، هذا ما سنوضحه في الموالي ، لذا سنتطرق الى بيان مفهوم عقد الإذعان من تم نتطرق الى بيان دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان .

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 226.382

. نفس المرجع ، ص 227.383

. نفس المرجع ، ص 228.384

. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 228.385

## أولا - مفهوم عقد الإذعان :

سنتطرق في الموالي الى بيان تعريف عقد الإذعان ثم تحديد طبيعته القانونية:

### أ - تعريف عقد الإذعان:

لم يعنى عقد الإذعان بتعريف من قبل المشرع الجزائري ، مما يدفعنا بالرجوع الى الفقه القانوني ، و لقد عنى هذا الأخير بتعريف عقد الإذعان على عكس المشرع فمن بين التعريفات التي جاء بها نذكر:

لقد عرفه الفقيه سالي ، و الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان ، إذ يرى :>>عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة ،و تملي قانونها و ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد<<<sup>386</sup>.

و يرى فقهاء القانون المدني أنه :>> توجد عقود هي في الحقيقة أعدت مسبقا و موجهة الى الجمهور حسب شكل موحد و لا يمكن قبولها إلا جملة مع استحالة مناقشة أي شرط من شروطها<<<sup>387</sup>.

و لقد عرفه الدكتور عبد المنعم فرج لصدده بأنه :>>العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة نضمها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما يتعلق بساحة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها<<<sup>388</sup>.

و الفقه الفرنسي يطلق تسمية عقود الانضمام على هذا النوع من العقود بدلا من تسمية عقد الإذعان، و أطلق هذه التسمية ذلك أنه من يقبل العقد يكون قد انضم إليه دون مناقشة<sup>389</sup>.

. لعشيب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1984، ص 19. <sup>386</sup>

. نفس المرجع ، ص 21. <sup>387</sup>

. لعشيب محفوظ بن حامد ، المرجع السابق ، ص 20. <sup>388</sup>

. نفس المرجع ، ص 23. <sup>389</sup>

غير أن الدكتور السنهوري أطلق عليه تسمية عقد الإذعان و يذكر عبد المنعم فرج الصده أن أول من أطلق تسمية عقد الإذعان هو الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، و هي الأصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الفقيه سالي ، و التي معناها الانضمام ، ذلك لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان آذ يشمل عقد الإذعان و غيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة<sup>390</sup>.

## ب - الطبيعة القانونية لعقد الإذعان :

أثارت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان ، حيث يرضخ الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي و لإرادته ذلك لأن هذا الأخير هو من يضع الأئحة العقدية، جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لمثل هذا العقد<sup>391</sup>، و في هذا الشأن انقسم الفقه الى اتجاهين ، حيث أعطى الاتجاه الأول لعقد الإذعان الطبيعة القانونية المتمثلة في الصفة التعاقدية ، أما الاتجاه الثاني يرى أنه لا يتسم عقد الإذعان بالصفة التعاقدية و هذا ما سنوضحه في الموالي :

### 1 - الصفة التعاقدية لعقد الإذعان :

يرى أنصار هذا الاتجاه و أغلبهم فقهاء القانون الخاص، أن عقد الإذعان هو عقد ذو طبيعة تعاقدية و يتم بتطابق الإيجاب مع القبول كما تقضي به القواعد العامة المنظمة لسائر العقود ، و تبريرهم في ذلك أنه كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد حتى و غن كان طرفاه غير متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية و بالرغم من الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الضعيف ، فإنه لا يصل الى حد الإكراه الذي يعيب الرضا ، و يرون أن القبول في هذا النوع من العقود يعتبر قبولاً صحيحاً ، و يتم انعقاد العقد بمجرد اقتترانه بالإيجاب<sup>392</sup>، و اعتمدوا في رأيهم على نص المادة 70 من ق.م.ج و التي من خلالها أقر المشرع الجزائري للصفة التعاقدية لعقد الإذعان حيث نصت على أنه : >> يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها <<.

### 2 - الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان :

. نفس المرجع، نفس الصفحة.390

. بوكماش محمد ، المرجع السابق،ص152.391

. صاغي زينة، مقري نسيم، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة الماجستير، جامعة بجاية، كلية الحقوق، 2014، ص28.392

يرى أصحاب هذا الاتجاه ، أن عقد الإذعان ليس عقدا بالمعنى الحقيقي بل اعتبروه مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة تصدر من الطرف القوي ، فتكون بمثابة لائحة عقدية تتضمن مجموعة من الشروط التي لا تقبل فيها مناقشة ، مما يبعد وصف العقد عنه ، و استندوا في تبرير موقفهم على أن القبول مجرد إذعان و رضوخ ، و المتعاقد أمامه قبول الشروط كلها أو رفضها كلها ، فليس له أن يناقشها أو يضيف إليها و لا أن ينقص منها أو يعدلها ، فعقد الإذعان عند تفسيره لا يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين إنما يقتصر التفسير على إرادة من قام بوضع شروط العقد ، و يراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة و حسن النية ، كما يرى أنصار هذا الرأي أن لعقد الإذعان ثلاث عناصر تميزه و تخرجه من النطاق التعاقدية و هي عنصر العمومية ، الإكراه، و كذا عنصر الإذعان<sup>393</sup>.

### ثانيا - تدخل القاضي في العقد لشموله على شرط تعسفي :

إن للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في العقد عندما يشمل على شرط تعسفي، فله أن يعدل هذا الشرط ، كما له أن يلغيه و يعفي الطرف المذعن منه وفقا لمقتضيات العدالة طبقا لنص المادة 110 من ق.م.ج و التي نصت على أنه : >> اذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك <<

و قبل التطرق الى توضيح دور القاضي في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه لصالح الطرف المذعن يجدر بنا أن نعرف الشرط التعسفي ، إذ أن المشرع الجزائري عرفه من خلال نص المادة 03 من القانون رقم 04- 02 المؤرخ في 23 \ 06 \ 2004 المعدل و المتمم و المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث نصت في البند الخامس على أنه : >> 5 - شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد <<.

و الجدير بالتنويه إليه هو أن السلطة الممنوحة للقاضي في تعديله لعقد الإذعان تقتصر على العقود المدنية دون الإدارية منها، فيكون تدخله لتعديل العقد عندما يكون عقد إذعان مدني و حاملا لشروط تعسفية في حق الطرف المذعن<sup>394</sup>.

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ،ص154.393

. صاغي زينة،مقري نسيم، المرجع السابق، ص39.394

## أ - سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي :

يجوز للطرف المذعن بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري ، أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد ، و هنا يأتي دور القاضي في أعمال سلطته لحماية الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن ، و ذلك بتعديل الشرط التعسفي ، فهنا القاضي يبقي على الشرط لكن يقوم برفع أوجه التعسف حسب سلطته التقديرية مراعيًا في ذلك ظروف التعاقد و كذا مقتضيات العدالة<sup>395</sup>.

كما أنه أي تعديل يقوم به القاضي للشرط التعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي الى الزيادة أو التخفيض في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المذعن بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات ، و يزيل الضرر عن كاهل الطرف المذعن ، فالقاضي له كامل السلطة في تقدير كيفية التعديل و مده ، و لا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا في ذلك<sup>396</sup>.

## ب - سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي :

لقد منحت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه، فإذا ما وجد أن الشرط الوارد في العقد أنه شرط تعسفي ، و أن مجرد تعديله بالتخفيف من الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بالغرض ، و لا يحقق الحماية المطلوبة له ، فإنه في هذه الحالة أن يلغي هذا الشرط و له السلطة الواسعة في تقدير ذلك وفقا لما منحت له المادة 110 من القانون المدني الجزائري ، و إعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط التعسفي<sup>397</sup>، مع الإبقاء على العقد و إزالة التعسف الذي وضعه الطرف القوي في العلاقة العقدية ، ذلك لأنه واضح لائحة شروط العقد<sup>398</sup>.

## المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه

. بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص395.164

. نفس المرجع ، ص396.167

. نفس المرجع ، ص397.166

. حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المرجع السابق ، ص398.47

إن للقاضي سلطة التدخل في تعديل أثناء إنشائه كما سبق و ان تعرضنا إلى ذلك , كما له أيضا سلطة التدخل في العقد لتعديله أثناء تنفيذه , وهذا كله حماية للطرف المتعاقد و تعد كفيد على مبدأ سلطان الإرادة , و في الموالي سنتطرق الى توضيح أضق عن حالة تعديل القاضي للعقد عند قيام الظرف الطارئ (الفرع الأول) , تم عن حالة تعديل القاضي للشرط الجزائي الوارد في العقد ( الفرع الثاني ).

### الفرع الأول : حالة تعديل القاضي للعقد عند حدوث الظرف الطارئ

سنتناول في هذا الفرع مفهوم الظروف الطارئة ( لأول ) , ثم نتطرق الى بيان دور القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة( ثانيا ) .

#### أولا - مفهوم الظروف الطارئة :

##### أ - تعريف الظروف الطارئة:

##### 1 - مدلولها القانوني:

في ظل صمت المشرع الجزائري عن تعريف الظرف الطارئ يستوجب علينا الإشارة الى مختلف التعريفات التي جاء بها فقهاء القانون فمنها:

فهناك من عرف الظرف الطارئ بأنه: >> حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد, و لم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد و يترتب عليها أن يكون الالتزام التعاقدى مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا>><sup>399</sup>.

كما عرفها البعض الآخر بأنها: >> كل حادث عام لاحق على تكوين العقد, و غير متوقع الحصول أثناء التعاقد , ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه الى أجل أو آجال

<sup>399</sup>. بن يحي شارف, ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري, مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية, ع4, 2014, ص50.

, بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً و يتهدهده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجارة , و ذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة , و ارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف و لا متوقع»<sup>400</sup>.

فالظرف الطارئ يمثل له بأنواع عديدة , فقد يكون حوادث طبيعية كالزلازل و البراكين الى غير ذلك , كما يمكن أن تقوم نتيجة لتدخل فعل الإنسان كالحروب و الثورات و الانقلابات , كما قد تنشأ من جراء وقائع مادية مثل إصابة المحاصيل الزراعية بالآفات مثل آفة الجراد , و كذلك الظروف الاقتصادية كزيادة الأسعار مما يسبب الغلاء الفاحش .

و في صدد تحديد معنى الظرف الطارئ , يجدر بنا التمييز بينه و بين القوة القاهرة , حيث عرفه الفقه بأنه :» كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه و لا يمكنه توقعه و لا منعه و يصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً«<sup>401</sup>, كما عرفها القضاء الجزائري بأنها :» حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان , بحيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها , كما تتميز بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها«<sup>402</sup> فمن خلال مقارنة تعريف الظرف الطارئ و كذا تعريف القوة القاهرة يتبين لنا أن كلاهما أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد و لا يمكن دفعه, إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً و رتب عليه تعديل العقد و الالتزام فيه لا يصبح تنفيذه مستحيلاً بل يرهق المدين و خول القاضي سلطة تعديله و بالتالي رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول , بينما يمكن ان تكون القوة القاهرة حادثاً فردياً أو عاماً , ينقضي بها الالتزام لاستحالة التنفيذ<sup>403</sup>.

## 2 - الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة:

لقد تبلور أساس نظرية الظروف الطارئة عبر المراحل التي صاحبت نشأتها و راح الفقهاء يبحثون عن أساس لها ليرد عليهم خصومهم في كل مرة , فقبل بأنها تقوم على أساس مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية , ثم مبدأ الإثراء بلا سبب فرد عليهم خصومهم بان الدائن هنا لم يثرى بلا سبب , بل سبب إثرائه هو العقد في حد ذاته الذي يعتبر سبباً صريحاً و صحيحاً , وردد البعض بان نظرية السبب تصدق كسند لتبرير نظرية الظروف الطارئة , و في محاولة أخرى لتأسيس هذه النظرية قام أنصارها بإسنادها

. بوكماش محمد , المرجع السابق ,ص242.400

. محمد محي الدين إبراهيم سليم, المرجع السابق , ص528.401

. حمدي باشا عمر , القضاء المدني , ط3 , دار هومة , الجزائر, 2006 ,ص47.402

. بوكماش محمد , المرجع السابق ,ص243.403

لمبدأ التعسف في استعمال الحق , غير أن الأساس الذي تبناه اغلب الفقهاء الى اليوم هو أساس العدالة لأنه إن كان من العدالة أن ينفذ المدين ما اتفق عليه وقت إبرام العقد, لكان من الصعب أن يلتزم المدين بأضعاف ما اتفق عليه لسبب لا يد له فيه , و عليه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين و ذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول<sup>404</sup>, و هذا ما اعتمده المشرع الجزائري من خلال نص المادة **03\107** من القانون المدني الجزائري.

## ب - شروط الظرف الطارئ :

لقد قيد المشرع الجزائري تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية يضيف عليها الصبغة المادية , نص عليها من خلال المادة **03\107** من ق.م.ج , و قام الفقه ببلورة هذه الشروط التي يلزم توافرها لتدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة<sup>405</sup>, كالآتي :

### - الشرط الأول : أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ :

تنحصر نظرية الظروف الطارئة في حدود الالتزام التعاقدي , أي الالتزام الناشئ من العقد, أما الالتزامات الأخرى التي لا تنشأ من العقد فلا تسري عليها النظرية , و يقصد بأن الالتزام تعاقدي متراخي التنفيذ بأن يكون العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقد المفاولة, بمعنى أن تمر فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد و البدء في تنفيذه و بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ, فإذا ما نشأ العقد و نفذ في وقت أو حتى في فترة لاحقة دون حدوث الظرف الطارئ غير المتوقع , لا يكون هناك أي مجال لتطبيق نظرية الطارئة<sup>406</sup>.

### - الشرط الثاني : أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما و مفاجئا غير متوقع :

يحدد هذا الشرط عدة أوصاف لكي تقوم نظرية الظروف الطارئة و في الموالي سنوضح هذه الأوصاف التي يجمعها هذا الشرط :

**\* أن يكون الحادث استثنائيا :**

لقد حرص المشرع الجزائري من خلال نص المادة **03\107** من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه :>> غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ..<< , على استثنائية الحادث الذي من شأن توافره تخويل القاضي حق التدخل في مجال العقد بالتعديل و ذلك لإعادة

. بن يحي شارف, المرجع السابق, ص48.404

. بوكماش محمد , المرجع السابق , ص244.405

. نفس المرجع , ص246.406

التوازن الذي فقده من جراء الحادث الطارئ, حتى يبقى على استقرار المعاملات ورفع الحرج عن  
المدين<sup>407</sup>.

و يقصد بكون الظرف الطارئ استثنائيا هو ان يكون مما يندر وقوعه عادة لأنه غير مألوف , أو  
كما عبر عنه بعض الفقهاء: >> هو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب و تقع لنظام  
معلوم <<<sup>408</sup>, بمعنى أن يكون الحادث نادر الوقوع و خارج عن المألوف بحيث يصعب على الرجل  
العادي توقعه عند إبرام العقد, و المعيار هنا معيارا موضوعيا<sup>409</sup>.

و اشتراط الاستثنائية كوصف لقيام الظرف الطارئ , أمرا منطقيا يتلاءم مع العلة في الاعتراف  
بنظرية الظروف الطارئة, و هذا يتماشى مع حسن النية و مقتضيات العدالة<sup>410</sup>.

#### \* أن يكون ظرفا طارئا عاما :

و يقصد بعمومية الظرف الطارئ هو أن يكون الحادث الاستثنائي عاما أي يعم عدد من الناس ,  
أو إقليم أو طائفة معينة و لا يكون خاصا بالمدين وحده كما لا يشترط أن يعم البلاد بأكملها بل يكفي أن  
يمس لمجموعة من الناس في ذلك البلد , من قبيل ذلك المزارعين في جهة من جهات البلد<sup>411</sup>.  
فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف الى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد من  
الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف , و قد ينصرف الى الإقليمية فيتحدد بمقدار أو عدد الأقاليم التي تأثرت  
به, و قد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية<sup>412</sup>.

لكن هناك البعض من الفقه يدعوا الى ضرورة إسقاط شرط العمومية لما فيه من تعارض مع  
الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة و هو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين و  
بهذا تتحقق العدالة , و يرون أن تقييد الحادث الاستثنائي بشرط العمومية يمنع تحقيق العدالة في الحالات  
التي لا يكون الحادث فيها عاما, كما يرون أن هذا الشرط غير عادل لأنه يحرم المدين المرهق من  
الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق  
, فحين أن العدالة هي أساس النظرية و تقتضي ان يحصر نطاق التطبيق في حدود العلاقة العقدية بغض

. بوكماش محمد , المرجع السابق, ص247.407

. محمد محي الدين إبراهيم سليم , المرجع السابق , ص250.408

. بوكماش محمد و المرجع السابق , ص248.409

. محمد محي الدين إبراهيم سليم , المرجع السابق , ص250.410

. بوكماش محمد و المرجع السابق, ص248.411

. نفس المرجع , ص249.412

النظر عما عداها من العلاقات<sup>413</sup>, فمثلا لو أن رجلا كلف نفسه استصلاح أرض و كانت مساحتها شاسعة و بعد سنوات ردها جنة ثم أبرم عقد , فضرب الإقليم فيضان لم يكن في الحسبان فأصاب منتجاته بخسارة فادحة و لم يشمل الفيضان غير هذه المنطقة , لهذا يرون إلغاء شرط العمومية<sup>414</sup>.

### **\*أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وقت التعاقد:**

و يشترط أن يكون الحادث الطارئ مما لا يمكن توقعه, كما لا يستطاع توقيه أو دفعه , فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو أن يتغلب عليه , فيستوي عندئذ أن يكون متوقعا أو غير ذلك , و المعيار في توقع الحادث الطارئ هو معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين , فلو أن الرجل العادي كان في إمكانه توقع هذا الحادث فإنه لا يعتبر غير متوقع<sup>415</sup>.

### **- الشرط الثالث : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين :**

إن الإرهاق وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا بخسارة فادحة قد تلحقه نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا , لكن لا يبلغ درجة الاستحالة , و يعد الإرهاق فكرة موضوعية ينظر فيها الى ظروف الصفقة ذاتها و ليس الى ظروف المتعاقد الشخصية<sup>416</sup>.

### **ثانيا - دور القاضي في تعديل العقد :**

إن للقاضي دور و سلطة في تعديل العقد لسبب الظروف الطارئة إلا أنه مقيد في ذلك و لابد أن يراعي في تعديل لضوابط محددة و له أيضا مجموعة من الوسائل التي يجب عليه الحكم بإحداها لرفع الحرج عن المدين المرهق و في الموالي سنوضح هذا أكثر .

### **أ - ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة :**

إن المشرع الجزائري خول للقاضي سلطة التدخل في العقد لتعديله في حالة الظروف الطارئة لإعادة التوازن للعلاقة العقدية الذي اختل بسبب تغير الظروف الخارجة عن العقد و لا دخل لإرادة المتعاقدين بها تحقيقا للعدالة , إلا أنه قيد هذه السلطة بفرض مجموعة من الشروط و جاء بها من خلال

. بن يحي شارف, المرجع السابق, ص52.413

. بن يحي شارف, المرجع السابق, ص52.414

. بوكماش محمد , المرجع السابق , ص250.415

. نفس المرجع, ص251.416

نص المادة **03\107** من القانون المدني الجزائري , و بعد تحقق هذه الشروط و يتبين للقاضي بأن فعلا بسبب هذا الطرف أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقا للمدين و بالتالي يهدده بخسارة فادحة فجاز له و تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يعدل العقد لرفع الحرج عن المدين مراعيًا في ذلك الحد المعقول<sup>417</sup>, و في الموالي سنتطرق الى بيان كل ضابط من هذه الضوابط.

## 1 - مراعاة القاضي للظروف المحيطة :

لقد نصت المادة **03\107** ق.م.ج على أنه : <<...جاز للقاضي تبعاً للظروف...>> , و الملاحظ أن المشرع قد وسع من سلطة القاضي التقديرية بما يمكنه من أداء مهمته لرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول , و المقصود ب " تبعاً للظروف " تلك الظروف المحيطة بالمتعاقدين و ظروف التعاقد أو التنفيذ , و كل ما يمكن توقعه من ظروف لاحقة ظهرت مؤشرات حدوثها أثناء نظر القضية , و غير ذلك من الظروف التي تختلف من قضية الى أخرى و من عقد الى آخر , لذا على القاضي ان لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية المعروضة عليه للفصل فيها في هذا الشأن<sup>418</sup>.

## 2 - مراعاة القاضي لمصلحة الطرفين :

نصت المادة **03\107** من ق.م.ج : <<...جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين...>> , و المقصود بمراعاة القاضي لمصلحة الطرفين بأن يقوم بتوزيع العبء الطارئ و الموازنة بين مصالح طرفيه و هذا نتيجة حتمية للأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة و هو تحقيق العدالة و يكون ذلك بإعادة التوازن الاقتصادي في العلاقة العقدية , فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه , فكلًا منهما يهدف الى تحقيق مصلحة معينة , لكن تغير الظروف أدى الى اختلال تلك المصالح مما ترتب عن ذلك انعدام التعادل بينها , فنتج عنه خسارة أحد أطراف العلاقة العقدية عكس الطرف الآخر الذي أصبح الكاسب بالمقابل مع الطرف المتضرر<sup>419</sup>.

## 3 - مراعاة القاضي للحد المعقول الذي يجب أن يصل في رد الالتزام المرهق :

نصت المادة **03\107** من ق.م.ج على أنه : <<...جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول...>> , و يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يتوخى فسخ العقد و أوجب على القاضي رفع الحرج عن المدين بعد ثبوت إرهاقه و

. بوكماش محمد , المرجع السابق, ص253.417

. نفس المرجع, ص254.418

. نفس المرجع, ص255.419

ذلك برده الى الحد المعقول و المراد برد الالتزام الى الحد هو أن يشترك أطراف العلاقة العقدية معا في الخسارة التي سببتها هذه الظروف الطارئة, و الحد المعقول يعتبر كمييار مرن ينظر فيه الى ظروف كل قضية , و للقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية و مراعاة الظروف و الموازنة بينها و بين مصلحة أطراف العلاقة العقدية<sup>420</sup>.

## ب - وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

إن القاضي و هو يمارس سلطته التقديرية في نظر دعوى المدين المرهق بسبب الظروف الطارئة له عدة وسائل يمكنه إعمالها فله الحكم إما ب :

- إنقاص الالتزام المرهق ,
- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق,
- وقف تنفيذ الالتزام ,
- فسخ العقد.

### 1 - سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق :

إن إنقاص القاضي للالتزام المرهق يعد وسيلة طبيعية و عادية لرفع الإرهاق عن المدين, و يكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به<sup>421</sup>, و القاضي يلجا الى هذه الوسيلة عند ارتفاع سعر محل الالتزام و ذلك يمكن أن يكون لعدة أسباب, كندرتة في السوق , أو لمنع استيراده أو لقلّة إنتاجه الى غير ذلك من الأسباب , فيعمل القاضي هذه الوسيلة عند ارتفاع سعر محل الالتزام و ذلك بإنقاص من الكمية التي التزم بها المدين , و ذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة و يقوم بتوزيع العبء الطارئ و تحمل التبعة على عاتق المتعاقدين بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة , كما قد يلجا الى إنقاص الثمن اذا هبطت الأسعار , بحيث يتحمل المدين جزء من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد و الثمن الذي حدده القاضي و الذي يجب أن يدفعه له الدائن , و بهذا يحمل الدائن الجزء الذي يزيد على السعر الذي كان متوقعا عند إبرام العقد في حالة الهبوط العادي

. بوكماش محمد , المرجع السابق,ص256.420

. علي فيلاي , المرجع السابق , ص 403.421

للأسعار<sup>422</sup> , فالقاضي يهدف الى التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين , لذلك يحاول القاضي و بعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين<sup>423</sup>.

من قبيل هذا كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية , ثم يقل المتداول في السوق من السكر الى حد كبير لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر أو نحو ذلك و فيصبح من العسير على التاجر ان يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها , فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه حتى يرد التزام التاجر الى الحد المعقول , فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر<sup>424</sup>.

## 2 - سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق :

تتمثل هذه الوسيلة في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول و ذلك بالزيادة في التزامات الدائن , و بالتالي يزيد القاضي من مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين<sup>425</sup> , بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام , أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة<sup>426</sup> , و هذه الوسيلة المتمثلة في الزيادة في الالتزام لا تعني إلا العقود الملزمة للجانبين<sup>427</sup>.

## 3 - سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزام :

يلجأ القاضي الى هذه الوسيلة عندما يقدر أن الحادث الطارئ يعتبر حادث وقتي , و سيزول حتما بعد فترة قصيرة من الزمن, فيرى القاضي و حسب سلطته التقديرية وقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى يزول الحادث الطارئ<sup>428</sup>.

و من بين الأمثلة التي جاء بها الفقه في هذا الصدد نجد عقد المقاولة , كما لو تعهد مقاول بإقامة بعض المباني , ثم طرأ حادث استثنائي يؤدي الى ارتفاع فاحش في أسعار مواد البناء , جعل تنفيذ الالتزام

. بوكماش محمد , المرجع السابق , ص261.422

. علي فيلاي , المرجع السابق , ص403.423

. عبد الرزاق السنهوري , المرجع السابق , ص727.424

. علي فيلاي , المرجع السابق , ص404.425

. بوكماش محمد , المرجع السابق , ص262.426

. علي فيلاي و المرجع السابق , ص404.427

. بوكماش محمد و المرجع السابق , ص265.428

في ظلها مرهقا للمقاول , بحيث يهدده بخسارة فادحة و فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الارتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب , و ذلك لقرب انفتاح باب الاستيراد في هذه الحالة , للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذه الظروف , و ذلك كي يتسنى للمقاول أن ينفذ التزامه في ظروف اعتيادية , دون أن يصيبه إرهاب شديد , بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ العمل إلى إلحاق ضرر جسيم بصاحب البناء<sup>429</sup>.

#### 4 - فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة :

نصت المادة 107\03 من القانون المدني الجزائري على أنه : >> اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى , 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 الى الحد المعقول, و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك<< , و من خلال نص المادة يتضح أن القاضي مخول له سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فلا يمكنه أن يلجأ الى فسخ العقد أو إنهائه , فإذا كان للقاضي أن يعدل من شروط العقد الذي صارت بعض الالتزامات المترتبة عليه مرهقة لأحد طرفيه بفعل تغير الظروف الاقتصادية عن تلك التي أبرم في ظلها العقد , طبقا للرأي الغالب في الفقه فغنه ليس من الجائز أن يقضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة, فالقانون المدني اذا كان قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد , فهو لم يعطيه سلطة فسخه , فإذا قلنا عكس ذلك فنكون أمام سلطة إلغاء , العقود و ليس أمام سلطة تعديلها<sup>430</sup>, هذا كأصل عام منصوص عليه في القواعد العامة المتعلقة بكافة العقود , لكن يرد عليه استثناء منصوص عليه في بعض العقود الخاصة .

و في هذا الصدد نجد عقد المقابلة حيث نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري : >> اذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطلب بأي زيادة في الأجر و لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا الى خطأ من رب العمل أو يكون مأدونا به منه و اتفق مع المقاول على أجره.

و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة , إلا اذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة.

. نفس المرجع , ص266.429  
. بوكماش محمد و المرجع السابق , ص268.430

على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد , و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقولة , جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد» .

و يعتبر هذا النص التطبيق التشريعي لنظرية الظروف الطارئة , فحينما يختل التوازن الاقتصادي بين الالتزامات بسبب حوادث لم تكن متوقعة وقت التعاقد , و الملاحظ على نص المادة أنها تخول القاضي سلطة في تقدير حالة الظروف الطارئة بين تعديلها و ذلك إما بالزيادة في الأجرة أو بفسخ العقد فوجد بالإضافة الى سلطته في تطبيق النص العام المتعلق بالحوادث الطارئة وهو نص المادة 031107 من القانون المدني له أيضا هذا النص و الذي يخوله سلطة فسخ العقد , فإذا قدر القاضي ان زيادة أجر المقاول لا يغني و سيظل التزامه مرهقا فضلا عن إرهاقه لرب العمل بزيادة الأجرة , فله أن يحكم بفسخ و ذلك وفقا لنص المادة 031561 من القانون المدني السالفة الذكر<sup>431</sup> .

### الفرع الثاني : تعديل القاضي للشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق على مقدار التعويض الذي يستحق للدائن عندما يخل المدين بالتزامه , فالأصل فيه أنه اتفاق على مقدار التعويض الذي يستحق للدائن عندما يخل المدين بالتزامه , و الأصل فيه أنه اتفاق واجب الاحترام , إعمالا للقاعدة القانونية " العقد شريعة المتعاقدين" , لكن الشرط الجزائي ليس إلا تعويضا قد قدره المتعاقد مقدما عن الضرر المتوقع حدوثه , و الغرض منه هو جبر الضرر لذلك يستوجب أن يكون بمقدار الضرر الذي لحق بالدائن<sup>432</sup> , لكن في حالة تجاوزه لمقدار الضرر أو يقل عن ذلك , ففي هذه الحالة خول القاضي سلطة تعديله وفقا للمادتين 184 و 185 من القانون المدني الجزائري , و في الموالي سنتطرق الى بيان سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ( أولا ) , ثم نتطرق الى توضيح سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي ( ثانيا ) .

### أولا - سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي :

. بوكماش محمد و المرجع السابق, ص267.431  
432. بسام سعيد جبر, ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورها في منع تراخي تنفيذ العقود , رسالة الماجستير , جامعة الشرق الأوسط, كلية الحقوق , الأردن , 2011 , ص119.

لقد نصت المادة **184** من القانون المدني الجزائري على أنه: **>>> لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.**  
و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .  
و يكون باطلا اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه<<.

فمن خلال نص المادة يتضح لنا أن للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي و ذلك بالتخفيض منه لحالتين قد نصت عليهما المادة , فالتخفيض من الشرط الجزائي يمكن أن يكون بسبب التقدير المفرط و تجاوزه لقيمة الضرر , أو بسبب الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه و هذا ما سنوضحه أكثر في الموالي :

### أ - تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه :

يقصد بالإفراط هنا هو عدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه , و الضرر اللاحق بالدائن مما يؤدي الى تعسفات , إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار هذا الإفراط , إنما تركها للسلطة التقديرية للقاضي<sup>433</sup>, وفقا لنص المادة **02\184** من ق.م.ج , و باستطلاعنا على نص المادة نجدها لم تنص صراحة على كيفية تقدير القاضي لهذا الإفراط , و لا على العناصر التي يمكن للقاضي الاستناد عليها في تقديره , إلا أن العرف جرى باللجوء الى المعيار الموضوعي و ذلك عن طريق مقارنة مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر الذي لحق بالدائن , أي عدم التناسب الفاحش , و كذا اللجوء الى المعيار الذاتي , يؤخذ بعين الاعتبار للظروف الشخصية للمدين من حسن نية و سونها , كما أضاف القانون الفرنسي ضرورة مراعاة التغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و تأثيرها على العلاقات التعاقدية , و عليه فالقاضي أثناء تقديره للإفراط لابد و أن يأخذ بعين الاعتبار فيما اذا كان عدم التناسب فاحشا أو معقولا , و أن يراعي مصالح الأطراف بهدف إيجاد التناسب بين الضرر و قيمة التعويض , و التخلص من كل التجاوزات التي تلحق ظلما بأحد المتعاقدين تحقيقا للعدالة<sup>434</sup>.

و لقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد و ذلك بالتخفيض من الشرط الجزائي في حالة الإفراط و الذي يعتبر كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في حالة جواز تخفيض التعويض من الشرط

. حدي لالة أحمد , سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية و تطويع العقد , رسالة ماجستير , جامعة تلمسان , كلية الحقوق , 2013 , ص433.157

. نفس المرجع , ص434.158

الجزائي , إذا ما أثبت المدین عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة , و زيد كثيراً عن الضرر الذي وقع فعلاً<sup>435</sup>.

### ب - تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي :

طبقاً لنص المادة **02\184** من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه : >> يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدین أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه <<.

فمن خلال نص المادة يلاحظ أنه اذا ما نفذ المدین جزء من الالتزام الأصلي , و تبقى جزء منه و توقف عن تنفيذه , و ألحق ذلك ضرراً بالدائن ففي هذه الحالة يستوجب تجزئة هذا الشرط تبعاً لتجزئة الضرر , ذلك لأن ما قدر للكل لا يقدر به الجزء , فالمتعاقدان كانا قد اتفقا على التعويض مسبقاً عن الضرر الذي قد ينشأ عن الإخلال بالالتزام الأصلي كله سواء بالامتناع عن تنفيذه كل الالتزام أو التأخر في تنفيذه كله<sup>436</sup>.

و يستوجب أ، يكون الالتزام الأصلي قابلاً للانقسام , أما اذا كان غير قابل لذلك , اما بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق و هذه المسألة تعد مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتقدير ذلك<sup>437</sup>.

و الجدير بالإشارة إليه هو أن ضرورة وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي , و جواز تخفيضه يعد من النظام العام , فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بحيث يقع باطلاً كل اتفاق مخالف لذلك وفقاً للمادة **03\184** من القانون المدني الجزائري<sup>438</sup>.

### ثانياً - سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي :

لقد نصت المادة **185** من ق.م.ج على أنه : >> اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المجدد في الاتفاق , فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة , إلا اذا أثبت أن المدین قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً << , و يلاحظ من خلال نص هذه المادة , أن المشرع الجزائري لم يجز تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه لمصلحة الدائن , اذا ما تجاوز الضرر التعويض الاتفاقي , هذا كأصل عام لكن أورد على هذا استثناء و متمثل في جواز الزيادة في التعويض الاتفاقي في حالة ما اذا كان الضرر اللاحق بالدائن قد

. نفس المرجع , ص 159.435

. حدي لالة أحمد و المرجع السابق , ص 160.436

. نفس المرجع , ص 161.437

. نفس المرجع , ص 162.438

تسبب فيه المدين بغش منه أو بسبب خطأ منه و كان هذا الخطأ جسيماً و أثبت الدائن هذا , فهنا أجاز المشرع له أن يطالب بتعديل هذا الشرط و الزيادة له في التعويض حتى يتساوى و الضرر اللاحق به, هذا مرده الى أنه عندما يتعاقد الدائن يعرف مسبقاً الضرر الذي يمكن أن يلحقه من عدم تنفيذ للالتزام , فإذا عينه بصورة نهائية , فليس له أن يطلب أكثر من ذلك<sup>439</sup>.

و بمفهوم المخالفة لنص المادة **185** السالف ذكره فإنه يستوجب لزيادة مقدار التعويض الاتفاقي على الدائن إثبات غش المدين أو الخطأ المرتكب منه و جسامته , و أن الضرر اللاحق بالدائن أكبر بكثير من قيمة مقدار التعويض المتفق عليه , و يقع عبء الإثبات هنا على الدائن , و في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد من مقدار التعويض ليتساوى مع الضرر الحاصل بالدائن , ذلك أن الشرط الجزائي الذي يجيز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ اليسير , لا يمكنه أن يخفف منها في حالة الغش أو الخطأ الجسيم<sup>440</sup>.

UNIVERSITE  
Abdelhamid Ibn Badis  
MOSTAGANEM

. بسام سعيد جبر , المرجع السابق , ص123.439  
. حدي لالة أحمد , المرجع السابق , ص163.440

## الخاتمة

لا يقوم العقد إلا بعد تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني معين، ولما كانت الإرادة هنا هي أهم مصدر لنشوء العقد، فلا بد أن تكون سليمة و خالية من أي عيب من العيوب التي قد تشوبها، حتى يعتد بها قانونا ، فهي بذلك لها الحرية المطلقة في إنشاء العقود و كذلك في تحديد آثاره و هذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة ، و الذي قد جسده المشرع الجزائري من خلال مواد القانون المدني ، كما أعطاه دورا بارزا ، و يظهر ذلك جليا من خلال منح الطرف المتعاقد الحرية التامة في التعبير عن إرادته إزاء الدخول في العلاقة العقدية ، و كذا الحرية المطلقة في العدول عن إرادته و ذلك في حدود الحق المخول له قانونا دونما استعماله استعمالا تعسفيا مما قد يلحق ذلك ضررا بالغير ، و قام المشرع أيضا بتقنين مبدأ القوة الملزمة للعقد و الذي يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فحول من خلاله للأطراف العلاقة العقدية الحق في تعديل العقد أو نقضه بعدما أصبح له من القوة الملزمة مثل ما للقانون من إلزامية ، شريطة أن يتم ذلك بعد اتفاق طرفا العلاقة العقدية ، كما فرض القانون الحماية القانونية لهم بمجرد نشوء العقد صحيحا و مستوفيا لأركان قيامه و كذا شرائطه، فأوجب احترامه من قبل الأطراف في حد ذاتهم و كذلك من قبل القضاء و الغير ، فالقاضي يعتمد في تفسيره للعقد بإرادة المتعاقدين المشتركة وقت إبرام العقد، هذا دليل واضح على أن المشرع الجزائري قد جسد فعلا مبدأ سلطان الإرادة في أحكام القانون المدني الجزائري.

إن إرادة المتعاقد مطلقا كأصل عام و لها الحرية التامة في إنشاء العقود و في تحديد آثارها و هذا تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن سرعان ما أوجد فقهاء القانون استثناء أوردوه على هذا المبدأ، و قد اعتد به القانون تقييدا لحرية الإرادة في التعاقد، و بالتالي أصبح سلطان الإرادة مضمحلا نوعا ما بالنظر الى كثر القيود التي أوردتها المشرع و التي قننها في جل أحكام القانون المدني عامة و في نصوص قانونية خاصة.

فمن بين القيود الواردة على حرية إرادة المتعاقد نجد :

تدخل الجزائري لإجبار و منع المتعاقد من التعاقد في بعض العقود، كما تدخل أيضا لفرض على المتعاقدين احترام النظام العام و الآداب العامة عند التعاقد ، كذلك من بين أشهر القيود و أقدمها على حرية الإرادة في التعاقد الشكلية ، ففي الوقت الذي ساد فيه مبدأ رضائية العقود ، إلا أنه سرعان ما ظهر استثناء يحد من هذا المبدأ العام الذي يعتبر كذلك نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فأصبح بذلك الشخص غير

حر الإرادة في التعبير عنها ، و منه لا ينشأ العقد بمجرد ذلك بل لابد أن تفرغ في قالب محدد مسبقا من قبل القانون سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

كما فرض المشرع الجزائري الحماية القانونية لفئة من الأشخاص المتعاقدة بموجب نصوص قانونية خاصة و ذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية و من قبيل ذلك نذكر فئة المستهلكين باعتبارهم فئة ضعيفة بالمقابل مع المحترف أو المتدخل و يعتبر هذا كقيد يرد على حرية إرادة المتعاقد في تحديده لمضمون العقد و كذا للالتزامات التي أوجبتها عليهم إرادتهم جراء دخولهم في العلاقة العقدية.

كما قد يتدخل المشرع في العقد محدد و منظما لآثاره و ذلك كله بغرض فرض الحماية للطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية ، هذا ما يدفعه الى تجديد و بنصوص قانونية لأحكام التي تعدل لبعض العقود مما يدل على حرص المشرع على حماية المتعاقد و مواكبته للتطور الاقتصادي و الإجتماعي التي قد يحتاج خلالها المتعاقد الى بعض الحقوق التي لا يستطيع اكتسابها إلا بعد تدخل المشرع بتعديل قانوني يعترف له بها .

في صدد حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد و ذلك إثناء نشوئه أو أثناء تنفيذه و ذلك لما يكون قد احتاج أحد أطراف العلاقة العقدية للحماية القانونية باللجوء الى القضاء طالبا تعديل العقد بعد اكتسابه للقوة الملزمة و بعد توافر شروط لجوئه الى القضاء فالأصل أن العقد لا يجوز تعديله و لا نقضه لكن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناء و هو جواز لأطرافه تعديله بإرادتهما المتطابقتين و ذلك مثلما اتفقا حين إنشائه، كما يمكن ذلك لأسباب التي يقرها القانون لهذا خول المشرع للقاضي سلطة التدخل عند احتياج الطرف المتعاقد لذلك.

لذا نستخلص من خلال هذا البحث مايلي :

- حرية إرادة المتعاقد هي أساس الرابطة العقدية، فمن الضروري الاعتناء بها قانونا لكي

لا تضمحل بذلك كليا في ظل تطور القانون و تدخله الواسع لحماية أطراف العلاقة العقدية.

- تقييد إرادة المتعاقد في مرحلة إنشاء العقد أو في مرحلة تحديد آثاره لا ينفى حرية الإرادة

و دورها البارز في ذلك، بل ينوه فقط الى أنه لم يبقى لها الدور السيادي المطلق في ذلك حتى لا نكون أمام تعسف في استعمال الحقوق، و تبقى هذه القيود بالرغم من تطورها بتطور المجتمع مجرد استثناءات ترد على المبادئ العامة التي تحكم العلاقة العقدية .

## قائمة المراجع

### أولا - باللغة العربية:

#### 1 - الكتب:

- أحسن زقور:  
- المقارنة بين فقه المعاملات المالكي و القانون المدني الجزائري، الالتزام و مصادره و محله، منشورات دار الأديب، وهران، الجزائر، 2007.
- المقارنة بين فقه المعاملات المالكي و القانون المدني الجزائري، آثار العقود في المعاملات المالية، منشورات دار الأديب، وهران، الجزائر، 2007.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام ، العقد و الإرادة المنفردة في الفقه و القضاء النقص المصري و الفرنسي، منشأة المعارف الاسكندرية ،مصر، 2004.
- البدراوي عبد المنعم، النظرية العامة للالتزام ،مر الالتزام ،ط1، دار الفكر العربي ،القاهرة.
- العيساني عبد العزيز، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني و اليمني، دراسة مقارنة، عمان الأردن، 1998.
- الكيلاني محمود، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية ،الناشر المؤلف نفسه، 1988.
- إلياس ناصيف ،موسوعة العقود المدنية و التجارية ،مفاعل العقد، ج2، 1998.
- إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول،(مصادر الالتزام)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الاسكندرية، مصر، 2013.
- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2001.
- أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطة، الاسكندرية، 2005.
- براهيمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية، 2014.
- بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.
- بلحاج العربي :  
- الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.

- مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2014.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، دار الجامعة، مصر.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد و آثاره، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، لبنان، 2000.
- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1994.
- جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني الجزائري، دراسة نظرية وفقا لأحدث التعديلات، دار طليطلة، الجزائر، 2001.
- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- حمدي باشا عمر، القضاء المدني، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006.
- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- خليل أحمد حسن قدارة:
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- دسوقي محمد إبراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، معهد الإدارة العامة، السعودية، 1415هـ.
- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، أثر سوء النية على عقود المفاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2015.
- رمضان أبو سعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2003.
- زايدي حمد رجب، طرق التعبير عن الإرادة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- زكي محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1990.
- سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، ط1، دار الدجلة، عمان، 2008.

- سمير تناغو، مصادر الالتزام، (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
- سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 2005.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
- علي فيلالي، الالتزامات، (النظرية العامة للعقد)، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- علي علي سليمان:
- نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، ط6، دار الثقافة، الأردن، 2015.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.
- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري)، ط2، دار ربحانة، الجزائر، 1999.
- الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، ج1، مطبعة النجاح الجديدة مراكش، 1997.
- محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الطارئة بين القانون و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2006.
- محمد حسنين:
- الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

- محمد صبري السعدي :  
 – الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ج1، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2004.  
 – الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ط1، دار هومة، الجزائر، 2008.  
 – الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة بالقوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني ، ج1، في الالتزامات ،المجلد الأول،مطبعة النهضة، القاهرة،مصر،1966.  
 – مصطفى العوجي، القانون المدني،(العقد)،ج1، ط1، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان1995.  
 – مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية،الدار الجامعية للنشر، الاسكندرية،مصر،2005.  
 – منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية، ج1، مصادر الالتزام، دار الثقافة، الأردن، 1997.  
 – ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط1، الجزائر، 2005.  
 – نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، الازارطة، مصر ، 2004.  
 – نبيل صقر و ميكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.  
 – نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري ن دار هومة، الجزائر.

## 2 - المقالات:

- أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الراافدين للحقوق، ع49، المجلد05، 13 جانفي 2012.  
 – الحراكي أحمد، الغبن في القانون الفرنسي و القانون الألماني، دراسة مقارنة تحليلية نقدية، مجلة جامعة دمشق العلوم الاقتصادية و القانونية، ع1، المجلد2005، 21.  
 – بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري و مرحلة المفاوضات العقدية،مجلة القانون و العلوم السياسية،الصادرة عن معهد الحقوق و العلوم السياسية بالمركز الجامعي بالنعامة، ع2، جوان 2015.  
 – بن أحمد صليحة ، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة و القانون ، ع10، جانفي2014.

- بن أحمد شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، ع4، 2014.
- حسين محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، ع2، 22 جوان 1989.
- حمدي محمود بارود:  
– نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، "الطبيعة العقدية و آثارها"، دراسة تحليلية تأصيلية، مجلة سلسلة العلوم الإنسانية، الصادرة عن جامعة الأزهر بغزة، ع1، المجلد 29، 12 ماي 2010.
- الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية و الإدارية، ع2، المجلد 20، جانفي 2012.
- حيثالة معمر، إلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية و السياسية، الصادرة عن جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، ع2، 2014.
- رباحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة و التضيق، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، الصادرة عن كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة حسبية بن بو علي بشلف، ع3، 2010.
- زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية و السياسية، الصادرة عن جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، ع2، 2014.
- شوقي بناسي، من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ع2، 2008.
- صالح بوغرارة، الشكليات في التصرفات القانونية، مجلة البحوث العلمية في الحقوق و العلوم السياسية، الصادرة عن جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، ع1، مارس 2015.
- علي فيلالي، الشهر العقاري على ضوء القضاء الجزائري، مجلة العلوم القانونية و السياسية و الاقتصادية، ج42، 2000.
- قسول مريم، القيود الواردة على حرية التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة القانون و العلوم السياسية، الصادرة عن معهد الحقوق و العلوم السياسية بالمركز الجامعي صالح أحمد بالنعامة، ع4، جوان 2016.
- كمال مخلوف، أحكام تشريع العمل، أي ذاتية؟، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ع2، 2011.
- هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي صورها و آثارها، مجلة الجامعة الأسرية، ليبيا، ع10، جانفي 2010.

### 3 - الرسائل الجامعية:

#### أ - رسائل الدكتوراه :

- بوكماش محمد ،سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة،كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية،2012.
- زوبة سميرة ،الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد ، رسالة الدكتوراه،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،كلية الحقوق و العلوم السياسية،2016.
- سماحي خالد ،النظرية العامة لعقود التبرعات ، دراسة مقارنة،رسالة الدكتوراه،جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق ،2013.
- عليان عدة،فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة الدكتوراه ، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان،كلية الحقوق ،2016.
- فاضل خديجة ، عاصمة العقد، رسالة الدكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق،2016.

#### ب - رسائل الماجستير و الماستر :

#### - رسائل الماجستير :

- بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورها في منع تراخي تنفيذ العقود ،رسالة الماجستير ، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق ،الأردن ، 2011.
- بوفلجة عبد الرحمان ، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2008.
- حدي لالة أحمد ، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى و تطويع العقد ، رسالة ماجستير ،جامعة تلمسان ، كلية الحقوق ، 2013.
- خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، رسالة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، 1987.
- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق ، 2008.
- دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية ، رسالة الماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، كلية الحقوق ، 2003.
- دكار فايزة ، الغبن في العقود المدنية، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر،كلية الحقوق،2008.

- زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري ، رسالة الماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، 2005.
- سريم زهية ، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري ، رسالة الماجستير ، جامعة أمحمد بوقره ، بومرداس، 2012.
- طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين، 2007.
- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها(دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، رسالة الماجستير، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق ، 1984.
- مصطفى خضير نشيمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2014.
- يحيوي يوسف ، الشكلية غير المباشرة و أثرها على فعالية العقود، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014.
- ولداندجلي عبد الله ، مدى التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية( دراسة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالتشريعين الموريتاني و الفرنسي)، رسالة الماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر و كلية الحقوق ، 2001.

#### - رسائل الماجستير :

- بن صابر زهية ، تعديل عقد الإيجار على ضوء القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 05 2007 المتضمن تعديل القانون المدني ، رسالة الماجستير ، جامعة مستغانم ، كلية الحقوق ، 2012.
- صاغي زينة و مقري نسيمه، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة الماجستير، جامعة بجاية، كلية الحقوق، 2014.

#### 4 - المحاضرات:

- بواب بن عامر، محاضرات في مقياس الالتزامات (السداسي الثاني أحكام الالتزام )، أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق، الجزائر، 2012.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري ، الوجيز في الملكية و الحقوق العينية التبعية، محاضرات أقيمت على طلبة المستوى الرابع ، جامعة بنها ، كلية الحقوق.
- فريدة محمدي، عقد الإيجار وفقا للقانون 07 - 05 المؤرخ في 13 05 2007 المتضمن تعديل القانون المدني، محاضرات أقيمت بجامعة الجزائر، 2009.

- يحي عبد الحميد ، محاضرات في مدخل العلوم القانونية ألفت على طلبه السنة الأولى ليسانس دفعة 2013-2014 ، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق ، مستغانم، 2014.

## 5 - النصوص القانونية :

### أ - الأوامر:

- الأمر رقم 74 - 58 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور المعدل و المتمم بالقانون رقم 88 - 31 المؤرخ في 19 جويلية 1988 ، ج.ر، العدد 15، 1988.
- الأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، المعدل و المتمم، ج.ر، العدد 92، 1975.
- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 95 - 06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد 09، 1995 ، المعدل و المتمم بالأمر 03 - 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، المعدل و المتمم ، ج.ر، العدد 2003، 43.
- الأمر رقم 97 - 03 المؤرخ في 11 جانفي 1997 ، المحدد للمدة القانونية للعمل، ج.ر، العدد 1997، 43.
- الأمر رقم 03 - 12 المؤرخ في 26 أوت 2003 ، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية ، و بتعويض الضحايا، ج.ر، العدد 27، 52، أوت 2003.
- الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر، العدد 15، 2005.
- الأمر رقم 06 - 03 المؤرخ في 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

### ب - القوانين:

- القانون رقم 90 - 11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، المعدل و المتمم ، ج.ر، العدد 17 ، 25، أبريل 1990.
- القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المعدل و المتمم ، ج.ر، العدد 41، 27، جوان 2004.
- القانون رقم 06 - 02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، المنظم لمهنة التوثيق ، ج.ر، العدد 14، 2006.
- القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- القانون رقم 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر، العدد 15، 08 مارس 2009.

- القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، العدد14، مارس 2011.
- القانون رقم 15 - 05 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 83 - 11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 ، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية ، ج.ر، العدد12، 07 فبراير 2015.

### ج - المراسيم:

- المرسوم التشريعي رقم 63 - 85 المؤرخ في 16 مارس 1963 المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب و حيازة و صنع الأسلحة و الذخائر و المتفجرات، ج.ر، العدد14، 1963.
- المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، ج.ر، العدد1993، 14.
- المرسوم التنفيذي رقم 94 - 69 المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج.ر، العدد17، 1994.

UNIVERSITE  
Abdelhamid Ibn Badis  
MOSTAGANEM

## الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ،ب،ت	مقدمة
01	الفصل الاول : تجسيد مبدأ سلطان الإرادة
01	المبحث الأول: حرية المتعاقد في إبرام العقد
01	طلب الأول: دور الإرادة في إنشاء العقد
02	الفرع الأول: مفهوم المفاوضات
02	أولاً: تعريف المفاوضات التمهيدية
02	أ - معنى المفاوضات التمهيدية
04	ب - تمييز المفاوضات عن غيرها
04	1 - تمييز المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب
06	2 - تمييز المفاوضات عن المرحلة التي تلي انعقاد العقد و عن المرحلة اللاحقة لإبرامه
07	- الاتفاقات المؤقتة
07	- الاتفاقات الجزئية
07	- الاتفاقات التمهيدية
09	ثانياً - الطبيعة القانونية للمفاوضات
10	أ - الطبيعة المادية للتفاوض
10	1 - الاتفاق الضمني على التفاوض
11	2 - الاتفاق الصريح على التفاوض
12	ب - الطبيعة العقدية للتفاوض
13	1 - تعريف عقد التفاوض
13	2 - خصائص عقد التفاوض
14	- عقد التفاوض عقد حقيقي
14	- عقد التفاوض عقد تمهيدي
14	- عقد التفاوض عقد مؤقت
14	3 - تمييز عقد التفاوض عن الاتفاقات التمهيدية
15	3   أ - تمييز عقد التفاوض عن الوعد بالتعاقد
15	3   ب - تمييز عقد التفاوض عن الوعد بالتمتع
15	3   ج - تمييز عقد التفاوض عن عقد الإطار
16	الفرع الثاني : مدى حرية الإرادة في مرحلة التفاوض
17	أولاً - مبدأ التفاوض بحسن النية
17	أ - مفهوم مبدأ حسن النية
17	1 - تعريف مبدأ حسن النية
18	2 - مضمون مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات
18	ب - المعايير التي يقوم عليها مبدأ حسن النية
18	1 - المعيار الشخصي
19	2 - المعيار الموضوعي
19	ج - مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات

19	ثانيا - أثر عدم التفاوض بحسن النية
21	المطلب الثاني : دور الإرادة في مرحلة انعقاد العقد
21	الفرع الأول : حرية الإرادة في إصدار الإيجاب و القبول
21	أولا - حرية الإرادة في مرحلة الإيجاب
23	أ - المرحلة الأولى
23	ب - المرحلة الثانية
23	1 - الإيجاب المقترن بأجل
24	2 - الإيجاب الصادر في مجلس العقد
25	ثانيا - حرية الإرادة في إصدار القبول
26	الفرع الثاني : حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد
26	أولا - حرية الإرادة في تحديد بنود العقد
28	ثانيا - حرية الإرادة في تعديل قواعد المسؤولية
29	أ - الشرط المعفي من المسؤولية العقدية
30	ب - الشرط المخفف من المسؤولية
31	ج - الشرط المشدد في المسؤولية العقدية
31	<b>المبحث الثاني: مظاهر حرية الإرادة في آثار العقد</b>
31	المطلب الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين
32	الفرع الأول : مدى الاعتداد بمبدأ القوة الملزمة للعقد
32	أولا - احترام المتعاقدين للرابطة العقدية
33	ثانيا - احترام القضاء للعقد
33	ثالثا - احترام الغير للعقد
34	الفرع الثاني : الإلزامية في العلاقة العقدية
34	أولا - الإلزامية في تنفيذ العقد
35	أ - تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه
35	ب - مستلزمات العقد
35	1 - وفقا لأحكام القانون
36	2 - العرف
36	3 - العدالة
37	4 - طبيعة الالتزام
37	ج - تنفيذ العقد بحسن نية
37	1 - الالتزام بالنزاهة
38	2 - الالتزام بالتعاون
38	ثانيا - جزاء الإخلال بالالتزام
38	أ - حل الرابطة العقدية
39	1 - الفسخ الاتفاقي
39	2 - الفسخ القضائي
40	ب - الدفع بعدم التنفيذ
40	- الشرط الأول
41	- الشرط الثاني

41	- الشرط الثالث
42	ج - التنفيذ عن طريق التعويض
44	1 - التعويض القضائي
45	2 - التعويض الاتفاقي
46	3 - التعويض القانوني
46	المطلب الثاني : مدى تدخل إرادة المتعاقد في آثار العقد
47	الفرع الأول : مدى تدخل إرادة المتعاقدين في تعديل و نقض العقد
47	أولا : تعديل العقد بإرادة الطرفين
49	ثانيا - نقض العقد بإرادة المتعاقدين
49	الفرع الثاني : مراعاة إرادة المتعاقدين في تفسير العقد
50	أولا - تفسير الإرادة في حالة وضوح العبارة
50	أ - تعريف العبارة الواضحة
51	ب - مدى جواز تأويل العبارة الواضحة في العقد
52	1 - الرأي الأول
53	2 - الرأي الثاني
53	3 - موقف القضاء الجزائري
54	ثانيا - تفسير الإرادة في حالة غموض العبارة
55	أ - العوامل الداخلية في تفسير العقد
55	1 - طبيعة التعامل
56	2 - الأمانة و الثقة
56	3 - إذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد
57	4 - تفسير عبارات العقد بعضها من بعض
57	5 - عدم إفراد الحالة المذكورة في العقد بالحكم
58	ب - العوامل الخارجية في تفسير العقد
58	1 - العرف الجاري في المعاملات
58	2 - وضوح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد
58	ثالثا : حالة الشك في معنى العبارة الغامضة
60	<b>الفصل الثاني : اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة</b>
61	<b>المبحث الأول : التدخل القانوني في العقد</b>
61	المطلب الأول : تدخل المشرع في مرحلة إنشاء العقد
61	الفرع الأول : تقييد حرية الإرادة في إبرام العقد
61	أولا - الإيجاب و المنع من التعاقد
62	أ - الإيجاب على التعاقد كقيد على حرية الإرادة
64	ب - المنع من التعاقد كقيد على حرية الإرادة
65	ثانيا - النظام العام و الآداب العامة كقيد على حرية إرادة المتعاقد
65	أ - فكرة النظام العام كقيد على حرية الإرادة
66	1 - تعريف النظام العام
67	2 - تطبيقات فكرة النظام العام
68	ب - فكرة الآداب العامة

68	1 - تعريف الآداب العامة
69	2 - تطبيقات لفكرة الآداب العامة
70	الفرع الثاني : الشكلية كقيد على حرية الإرادة
70	أولا - الشكلية المتطلبة للانعقاد كقيد على حرية الإرادة
70	أ - مفهوم الشكل الرسمي
70	1 - تعريف الشكل الرسمي
71	2 - شروط صحة الشكل الرسمي
71	- الشرط الأول : صدور المحرر من قبل الشخص المؤهل قانونا
72	- الشرط الثاني : سلطة و اختصاص الشخص المكلف بتحرير المحرر الرسمي
72	- سلطة المكلف بتحرير المحرر الرسمي
72	- الولاية
72	- الأهلية
73	- اختصاص الموظف أو الضابط العمومي في تحرير المحرر الرسمي
73	- الشرط الثالث : مراعاة الأوضاع المقررة قانونا
73	ب - بعض التطبيقات للشكلية الرسمية
73	1 - الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع الواقع على العقار
74	2 - الشكلية المتطلبة في الرهن الرسمي
75	3 - الشكلية المتطلبة لانعقاد عقد الهبة الوارد على العقار
75	4 - الشكلية المتطلبة لانعقاد عقد الشركة المدنية
77	ثانيا - الشكلية غير المتطلبة لانعقاد كقيد على حرية الإرادة
77	أ - الكتابة المشترطة للإثبات
78	ب - اشتراط الشهر في بعض العقود
79	1 - الغرض من الشكلية العينية القانونية
79	2 - وسائل الشهر
79	2 \ أ - الشهر العقاري
81	2 \ ب - الشهر التجاري
81	القيد في السجل التجاري
82	النشر لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية
83	2 \ ج - الشهر عن طريق النشر في الصحف
84	المطلب الثاني : تدخل المشرع في آثار العقد
84	الفرع الأول : تنظيم و تعديل القانون لبعض العقود
85	أولا - عقد الإيجار
86	ثانيا - عقد التأمين
87	ثالثا - عقد العمل
88	الفرع الثاني : حماية القانون للطرف الضعيف في العلاقة العقدية
90	<b>المبحث الثاني : التدخل القضائي في العقد</b>
90	المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء إبرامه
90	الفرع الأول : تعديل القاضي للعقد في حالتي الغبن و الاستغلال
91	أولا - سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن

91	أ - مفهوم الغبن
91	1 - تعريف الغبن
91	- التعريف الضيق للغبن
91	- التعريف الواسع للغبن
91	2 - تمييز الغبن عن الاستغلال
92	3 - نطاق الغبن
92	- الغبن المجرد
93	الحالة الأولى - بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس
94	الحالة الثانية - غبن الشريك في القسمة
94	- الغبن الاستغلال
95	ب - تدخل القاضي لرفع الغبن
95	1 - الشروط الواجب توافرها للطعن بالغبن
95	- الشرط الأول : أن يكون محل العقد عقارا
95	- الشرط الثاني : أن لا يكون البيع قد تم عن طريق المزاد العلني
95	- الشرط الثالث : أن يزيد الغبن إلى أكثر من خمس قيمة العقار
95	- الشرط الرابع : عدم تقادم دعوى الغبن
96	2 - دور القاضي في رفع الغبن
96	- دعوى تكملة الثمن
96	- دعوى الفسخ
97	ثانيا - سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال
97	أ - مفهوم الاستغلال
97	1 - تعريف الاستغلال
97	2 - عناصر الاستغلال
97	- العنصر المادي للاستغلال
98	- العنصر النفسي للاستغلال
98	3 - شروط الاستغلال
98	- الشرط الأول : وجود طيش بين أو هوى جامح لدى المتعاقد
98	- الشرط الثاني : قصد الطرف الآخر استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح
98	- الشرط الثالث : كون الاستغلال هو الدافع للتعاقد
99	- الشرط الرابع : الوصول بالاستغلال الى اختلال توازن الأداءات
99	ب - دور القاضي في رفع الغبن
99	1 - دعوى إبطال العقد
99	2 - دعوى إنقاص الالتزامات
100	الفرع الثاني : تعديل القاضي للعقد في حالة تضمينه لشروط تعسفية
100	أولا - مفهوم عقد الإذعان
100	أ - تعريف عقد الإذعان
101	ب - الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
101	1 - الصفة التعاقدية لعقد الإذعان
102	2 - الصفة غير التعاقدية لعقد الإذعان

102	ثانيا - تدخل القاضي في العقد لشموله على شرط تعسفي
103	أ - سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي
103	ب - سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي
104	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أثناء تنفيذه
104	الفرع الأول : حالة تعديل القاضي للعقد عند حدوث الظروف الطارئ
104	أولا - مفهوم الظروف الطارئة
104	أ - تعريف الظروف الطارئة
104	1 - مدلولها القانوني
105	2 - الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة
106	ب - شروط الظرف الطارئ
106	- الشرط الأول : أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ
106	- الشرط الثاني : أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما و مفاجئا غير متوقع
107	أن يكون الحادث استثنائيا
107	أن يكون ظرفا طارئا عاما
108	أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وقت التعاقد
108	- الشرط الثالث : أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين
108	ثانيا - دور القاضي في تعديل العقد
108	أ - ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة
109	1 - مراعاة القاضي للظروف المحيطة
109	2 - مراعاة القاضي لمصلحة الطرفين
109	3 - مراعاة القاضي للحد المعقول الذي يجب أن يصل في رد الالتزام المرهق
110	ب - وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
110	1 - سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق
111	2 - سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق
111	3 - سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزام
112	4 - فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة
113	الفرع الثاني : تعديل القاضي للشرط الجزائي
113	أولا - سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي
114	أ - تخفيض الشرط الجزائي بسبب التعويض المفرط فيه
114	ب - تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي
115	ثانيا - سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي
	الخاتمة.