



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa



جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

دور الإرادة في إنشاء العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون خاص شامل

تحت إشراف الدكتور:

• بهلولي فاتح

من إعداد الطالبين:

• أجعود أزواو

• أيت موهوب نونور

لجنة المناقشة:

رئيسا

مشرفا و مقرر

ممتحنة

أستاذ جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

أستاذ جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

أستاذة جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

الأستاذ خلفي أمين

الأستاذ بهلولي فاتح

الأستاذة سعدون كريمة

تاريخ المناقشة: 21 جوان 2017.



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa



جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

دور الإرادة في إنشاء العقد

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون خاص شامل

تحت إشراف الدكتور:

• بهلولي فاتح

من إعداد الطالبين:

• أجعود أزواو

• أيت موهوب نونور

لجنة المناقشة:

رئيسا

مشرفا و مقرا

ممتحنة

أستاذ جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

أستاذ جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

أستاذة جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية

الأستاذ خلفي أمين

الأستاذ بهلولي فاتح

الأستاذة سعدون كريمة

تاريخ المناقشة: 21 جوان 2017.



علموا أولادكم رأي الإنفاق
في الامتحان أشرف من
النصيحة!

(أبواهام لينكولن)



شكر وتقدير

للأستاذ المتألق الدكتور بهلولي فاتح الذي تكرم بإشرافه علينا في هذه
المذكرة.

للأساتذة الكرام الذين شرفونا بمناقشة هذه المذكرة.
للأساتذة الكرام الذين شرفونا بمساعدتنا في مسارنا الدراسي، نحن
ممتنين للجميع على الملاحظات القيمة والنصائح التي أنارت لنا الطريق!

إهداء

إلى أمي الحبيبة ووالدي العزيز، إلى روح جدي وجدتي الحنونين!

إلى كل الشباب (الحراقة) الذين لم يصل زورقهم التعمير إلى الضفة الأخرى!

أجعود أزواو

إهداء

إلى أبي الغالي الذي أفنى عمره ليرانا ناجحين وصالحين.
إلى أمي التي بفضلها وكرمها ودعائها وعطائها وصلت إلى ما وصلت إليه
اليوم.
إلى أخي وأخواتي الأعزاء.
إلى جدي "رحمه الله" وجدتي أطال الله في عمرها وكل عائلتي بالأخص
إسلام.
إلى أساتذتي طوال مسيرتي الدراسية.
إلى كل أصدقائي وزملائي خاصة "فرحات، سعيد، إلياس، ماسي..."
إلى كل طالب وباحث كل في مجال تخصصه.
إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

أيت موهوب نونور

قائمة أهم المختصرات

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

(د.ب.ن): دون بلد النشر.

(د.د.ن): دون دار النشر.

(د.س.ن): دون سنة النشر.

(د.ط): دون طبعة.

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: جزء.

ص: من الصفحة الى الصفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

P : page.

P-P : de page au page.

http : protocole de transfert hypertexte.

مقدمه

خلق الله الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يميل دائما إلى الجماعة، لا يستطيع العيش وقضاء حاجياته بمفرده دون وجود أفراد اخرين، وبهذا تربط بين أفراد المجتمع علاقات اجتماعية تساعدهم في الاستمرارية في الحياة وتتضم هذه العلاقات مجموعة من القوانين التي يضعها الأفراد حسب أعرافهم ومقتضياتهم الاجتماعية ومن بين الوسائل التي تضعها هذه القوانين لتنظيم هذه العلاقات نجد العقود التي تعتبر وسيلة لإشباع الحاجيات وتحقيق رغبات الأفراد وذلك بإنشاء علاقات تعاقدية بينهم، وعرف المشرع العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.¹

إن العقد يحكمه مجموعة من الشروط من بينها الإرادة وهذا ما ورد في نص المادة 59 من ق.م.ج حيث لا يتم العقد إلا عند تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما، فالإرادة تعتبر أساس العقد.²

عرف الفقيه "كانت" سلطان الإرادة على أنه "صفة تلحق الإرادة، ومؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث آخر ملموس". حيث كان هذا الفقيه أول من استعمل مصطلح "استقلال".³

وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروته في الفترة الممتدة من القرن السابع عشر وأواخر القرن التاسع عشر ويرجع هذا إلى انتشار المذهب الفردي،⁴ ويرمي أنصار هذا المذهب أن للإرادة السلطان الأكبر في إحداث الآثار القانونية المترتبة عليها، ولها الفعالية في جميع الروابط القانونية عقدا كانت أم تصرف إرادي، فالفرد يعيش داخل المجتمع والهدف الأول هو

¹ أنظر المادة 54 من أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم بالقانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج. عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005، ومعدل بالقانون 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج. عدد 31، صادر بتاريخ 13 مايو 2007.

² ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

³ عمري لينة، أيت اوقاسي نصيرة، دور الإرادة في إنشاء الالتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014-2015، ص 04.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 23.

احترام إرادته وحرية، كان من الواجب ان تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الارادة الحرة، وهذا وفقا لأحكام القانون الطبيعي القائم على الرضى.

هكذا أصبح مبدأ سلطان الإرادة دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، والأخذ بها يولد نتيجتين هما: الأولى أن كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها الى الارادة الحرة، فهي الجوهر في تكوين العقد، والثانية أن الارادة هي المرجع فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.¹

هكذا أصبحت الارادة الحرة هي المهيمنة على جميع مصادر الالتزام وتتجلى قوتها في العقد، فتعطى للشخص كامل الحرية في إبرام العقد، أو عدم إبرامه، فلا يحدها شيء إلا إعتبار النظام العام والآداب العامة، ففي إطار العقد، المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما وهذا حسب المبدأ المعروف العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه المرحلة تبرز أهمية الإرادة ودورها الفعال في العقود وهذا ما كان سائدا في ظل المذهب الفردي.²

عند التعمق في تاريخ مبدأ سلطان الارادة قد نجد أنه قد إزدهر في القرن التاسع عشر لكن بحلول القرن العشرون بدأ يعاني من انتكاسات هامة نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، والتي أدت إلى ظهور الصناعات الكبرى والشركات الضخمة ونظم طوائف العمال وهذه الاخيرة هي التي أدت إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها ضد المذاهب الفردية،³ وتعتبر هذه العوامل السبب في التقليل من أهمية الإرادة ودورها في التصرفات القانونية.

تعرض مبدأ سلطان الإرادة لانتقادات شديدة بسبب نتائجها،⁴ فالمذهب الفردي أصبح يمكن الأقوياء من استغلال الضعفاء والتحكم فيهم باسم حرية التعاقد، فهي حرية وهمية، بالرغم من أن العامل يملك هذه الحرية فان ممارستها أمر صعب لأنه مضطر للاستسلام الى شروط

¹ محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام-في القانون الجزائري والشريعة السلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995، ص 06.

² عليان عدة، فكرة النظام العام والتقييد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء السلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 98.

³ حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 25.

⁴ عمري ليندة، أيت اوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 05.

العمل الجائرة والتعسفية لرب العمل،¹ كما أن ظهور المذهب الاشتراكي كان سببا في تراجع مبدأ سلطان الإرادة الذي أساسه المصلحة العامة أولى من سلطان الإرادة وما ترتبه من آثار قانونية، ونتيجة هذه الانتقادات أصبحت الحرية مقيدة.

هناك عدة قيود إذ نجد تدخل المشرع الذي وضع مقتضيات النظام العام واقتضاء شكلية معينة من أبرز القيود الواردة على الحرية.

حماية للجانب الضعيف في التصرف القانوني يقيد القانون إرادة الجانب القوي بالشكل الذي يمنعه من التعسف في استعمال الحق على الجانب الضعيف، ومن أمثلة هذه القيود الموضوعية لحماية الجانب الضعيف نجد ما نراه في عقد العمل حيث يقيد القانون حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد وإنهائه، وكذلك عقود الاذعان.²

كما أنه اتسعت سلطة القاضي بتعديل العقد لاسيما في حالة الغبن والاستغلال وكذا في حالة الظروف الغير متوقعة.

أما فيما يتعلق بالقانون المدني الجزائري فيظهر من خلاله أن المشرع تبنى مبدأ حرية التعاقد صراحة خاصة في نص المادة 106 من القانون المدني حيث كرس من خلالها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكذا مبدأ الرضائية، وكذا إقراره بعيوب الرضى... إلخ، ونظرا للتحويلات التي عرفتها الجزائر في شتى المجالات تدخل المشرع ووضع قيود موضوعية وشكلية وجب احترامها.³

من هنا تظهر أهمية معالجة هذا الموضوع- دور الإرادة في إنشاء العقد- حيث تظهر هذه الأهمية في الدور الأساسي لمبدأ سلطان الإرادة فهو الأساس الذي تحول حوله القواعد القانونية المنظمة للعقد، بداية من مكانتها وفعاليتها في هذا المجال وصولا الى تراجعها بسبب التطورات الحاصلة والقيود المنصبة عليها، سواء التي يفرضها المشرع وسلطة القاضي في التفسير والتعديل... إلخ.

¹ عليان عدة، مرجع سابق، ص 99.

² عمري ليندة- آيت اوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 05.

³ عليان عدة، مرجع سابق، ص 103.

في ظل هذه الظروف والمتغيرات، أصبح العقد الذي كانت إرادة الفرد تجسده بحريتها المطلقة، تتدخل فيها إرادة المشرع وتشارك إرادة الفرد في تكوين العقد وتحديد مضمونه، إذن فهل للإرادة سلطة فعالة في المجال التعاقدية، وإلى أي مدى يمكن الأخذ بها؟

لذا حاولنا دراسة هذا الموضوع لمعرفة مكان الإرادة في العقود منذ أن كانت تحوز على مكانة مهمة في العقود ووصولاً إلى تراجع مكانتها نتيجة تطور العقد والظروف المحيطة به، وذلك بإتباع المنهج التحليلي والوصفي الذي يناسب طبيعة الموضوع، إذ حاولنا عدم اللبس والدوران عن بعض العناصر، واكتفينا بالإشارة إليها فقط، لذا قسمنا بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول: مساهمة الإرادة في إنشاء العقد

الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة في إنشاء العقد

الفصل الأول

مساهمة الإرادة في إنشاء

المقدّم

مبدأ سلطان الإرادة يعني ان لطرفي العقد السلطان الأكبر في انشاء العقود وفي تحديد اثاره، فالعقد اتجاه إرادي مشترك، إذ يستلزم وجوده إشتراك إرادتين أو أكثر في نفس الاتجاه، وذلك بتحقق التراضي بين الطرفين، حيث يجب أن تكون النتيجة الكلية التي يصل إليها العقد بطبيعته، هي نتيجة لإرادة الطرفين من إعطاء أو عمل شيء، هو نفسه ما يريده الطرف الآخر أن يحصل عليه، فبمجرد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وصحة كل شروط العلاقة التعاقدية يكون العقد نافذ وملزم للطرفين بما اتفقوا عليه في بنوده، ولهم كل الحرية في تحديد الآثار المترتبة على العقد. ويكون ملزم عليهم ما ورد في مضمونه، وهم ملومون بتنفيذ ما اتفقوا عليه، وتترتب أثاره على أطرافه حتى على الغير وبما فيهم القاضي، إذ يكون مقيد بمضمون العقد في حالة التفسير والتأويل.

لذا سنحاول في هذا الفصل تبيان مدى مساهمة الإرادة في تكوين العقد وذلك من خلال دور الإرادة في تكوين العقد في (الفصل الأول) وفي (الفصل الثاني) انعكاس دور الإرادة على آثار العقد.

المبحث الأول

دور الإرادة في تكوين العقد

جوهر العقد هو توافر إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويعود الفضل الوحيد للإرادة وذلك يبدأ بمرحلة المفاوضات الى غاية إبرام العقد، لذا نحاول في دراستنا، لتقسيمه هاذ المبحث إلى مطلبين؛ الأول سندرس فيه دور الإرادة في تكوين العقد، وفي المطلب الثاني: دور الإرادة في إبرام العقد.

المطلب الأول

دور الإرادة في مرحلة المفاوضات.

تعتبر الإرادة عنصر جوهري في التراضي، والذي يتم فيها الطرفان تبادل التعبير عن إرادتهما المتطابقتين،¹ إلا أنه غالبا مل يسبق مرحلة الإيجاب مرحلة تمهيدية وذلك لمناقشة الطرفان أفكارهم قصد الوصول إلى عقد نهائي، وذلك بأداء أحد أطراف العقد لرغبته في التعاقد في مجال معين وذلك بإخبار الطرف الآخر بهذه الشروط وهي مرحلة اكتشافيه تحدد فيها التزامات وحقوق طرفي العقد بالموازنة بينها من خلال تكريس الحرية الى التفاوض (الفرع الأول) فإذا وجد المتعاقد مصلحة في إبرام العقد فيتعاقد؛ فإذا رأى عكس ذلك فله الحرية في عدم التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية الأفراد في إجراء المفاوضات

المفاوضات هي بذل مجهود للوصول إلى تفاهم متبادل، وقبول كل طرف ما يعرضه للطرف الآخر من العقد من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي، فهاذا لا يعتبر عقد نهائي إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين.²

¹ على فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 08.

² عبد الرحمن بوفلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 16.

انظر أيضا: مصطفى العوجي، قانون مدني، العقد، ج1، مؤسسة حسون، لبنان، 1995، ص 170.

للمفاوضات دور كبير سواء قد تحقق إبرام العقد أم لا، فنجاح المفاوضات دور كبير قد يمنع من حدوث أي نزاع بعد تنفيذ العقد إذ كل طرف قد يتبين له حقيقة الوضع، كما يوضح التزامات كل طرف في العلاقة التعاقدية في حالة الوصول إلا إبرام العقد النهائي. كما أنه قد يتطلب طبيعة العقد جوانب فنية خاصة كالتجربة والاستعانة بالخبرة والتشخيص الدقيق، وهذا لا يكون إلا في مرحلة التفاوض.¹

الأصل وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد هو حرية التفاوض، فلا إلزام بالبداية بالتفاوض لإبرام العقد، كما يجوز العدول عن المفاوضات أو قطعها في أي وقت ولو في مرحلة متقدمة منها، وله أيضا حرية رفض التعاقد إذا اقتضت مصلحته ذلك، كما له حرية اختيار الطرف الآخر، فهنا المتفاوضان لا يجبرون على شيء، والمناقشة ليست التزاما بل هنا يكون عرض واستماع لوجهات النظر.² والدخول في المفاوضات ليس بالضرورة الوصول إلا إبرام عقد نهائي، إذ تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به أطرافها لا ترتقي إلا مرتبة التصرف القانوني، إذ رغم أنه في بعض الحالات يلجأ الطرفان إلا بعض الاتفاقيات المؤقتة لهدف تنظيم العلاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد وذلك قصد إنجاح المفاوضات، إلا أنه لا تكون المفاوضات ملزمة وهذا مراعيًا لمبدأ الحرية التعاقدية،³ بل يجوز للمفاوض أن ينسحب في أي وقت ولو كان هو الذي دعا إلى التفاوض.

تمر مرحلة المفاوضات عبر ثلاثة مراحل؛ تبدأ بدعوى أحد الأطراف وذلك لغرض التدبير وصولًا لغرض صياغة الايجاب.

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 17.

² راجع موقع مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 4، سنة 6، ص 248.

<http://9anonak.blogspot.com>

تم الإطلاع عليه يوم 15 جانفي 2017، على الساعة 14:45.

³ عبد الرحمن بوفلنجة، مرجع سابق، ص 18.

أنظر أيضا: TERRE Francois, Philippe SIMILES, Yries LIQUETTE, Droit Civil, Les

Obligation, 7eme Edition, 1999, P29.

المرحلة الأولى: هي مرحلة دعوى إلى التعاقد، وهنا يسمى الطرفان أو أحدهما إلى إخضاع الطرف الآخر لمضمون العقد، وتعتبر هذه المرحلة تحضير للتعاقد ويجب أن يتضمن هذه المرحلة ما يكفي من البيانات الواضحة والكافية بدون لبس أو غموض.¹

المرحلة الثانية: هي مرحلة التدبير وهنا يقوم الطرفان بعرض ومناقشة الشروط الأساسية والجوهرية للعقد والبنود المتعلقة به، إلا أنها لا تكون ملزمة لأي طرف رغم أهمية هذه المرحلة، وتجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي يرغب في التعاقد إذ تجاوز المرحلتين السابقتين أعتبر إيجابا باتا وملزما.²

المرحلة الثالثة: تكون في هذه المرحلة بعد إتمام المراحل السابقة، ويكون فيها صياغة الايجاب وتحديد كل العناصر اللازمة لقيام العقد المراد إبرامه في حالة اقترانه بالقبول.³

الفرع الثاني

العدول عن إجراء المفاوضات

الأصل أنه الشخص حر في التفاوض، والعدول عنها لا يلزم صاحبها أي مسؤولية عقدية؛ وذلك انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد، فيجوز لأي طرف أو كلاهم أن يضع حدا للمفاوضات ويرفض الاستمرار فيها، وأن يقطعها دون قيام المسؤولية من ذلك، ودون أن يترتب أي أثر قانوني.⁴

مادام أن الطرفان هم في علاقة خارج عن إطار التعاقد ورغم ارتكابهم لبعض الأخطاء في هذه الفترة فلا مجال لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ، لأنه لا توجد رابطة عقدية بين

¹ العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، "دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 39.

² العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 39.

³ المرجع نفسه، ص 40.

⁴ سيهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 2.

الطرفين.¹ لكن إذا كان الخطأ هو مخالفة لالتزامات يفرضها القانون في مرحلة المفاوضات، كالتزام البائع بالضمان مثلا فهنا نكون أمام مسؤولية عقدية للبائع، فإذا أخفى البائع عن المشتري عيبا في الشيء المبيع من قيمته فإنه يلتزم بضمان العيوب الخفية، بالرغم من أن هذا العيب أسند الى خطأ وقع في المرحلة السابقة من التعاقد.² حتى القضاء الفرنسي لم يدرج الخطأ لوحده لقيام المسؤولية، بل اعتبر سوء النية أيضا سببا لقيام المسؤولية فمثلا إن كانت نية في المفاوضات هو منع طرف آخر في الدخول في المفاوضات، أو الحصول على سر من الأسرار، أو اللجوء إلى التفاوض ترمي إلى تحقيق غرض غير مشروع.³ إلا أنه بالرجوع إلى قواعد ق.م.ج نجد أن التخلي عن المفاوضات ترتب مسؤولية تقصيرية على قطعها.

لقيام المسؤولية يستوجب توفر شروط المسؤولية التقصيرية وهي ثلاثة وهي أن يرتكب شخص خطأ يسبب ضررا للغير يستوجب عليه التعويض،⁴ أي نفهم هنا وجب توفر الخطأ قبل المفاوضات تسبب ضررا للغير بعلاقة مباشرة.

وبنسبة للشروط الأولى ألا وهو عنصر الخطأ، فقطع المفاوضات بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر، فيستحق هذا الأخير وذلك وفقا للمادة 124 ق.م.ج تعويضا عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الخطأ، كالمجهودات التي بذلها والمصاريف التي أنفقها، أو ضياع صفقة أخرى رابحة دون أن يقوم الطرف الآخر بإخطاره بالعدول، فقطع المفاوضات بدون سبب جدي، أو سوء النية، فهنا يسأل عندئذ مسؤولية تقصيرية.

اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعد بالزواج ولا ترتقي الى مستوى العقد النهائي،¹ إلا أنه قد أيدت المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بشأن العدول، رغم

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 27. وملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، الملتقى الوطني للاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري 14 و15 أبريل 2001، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 10.

² عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 23.

³ سيهام قرد، مرجع سابق، ص 85-86.

⁴ انظر المادة 124 من القانون 05-10 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

أنه كان حق لصاحبه إلا أنه تسبب ضررا للطرف الآخر فإنه يلتزم بتعويض الطرف المضرور.²

والشرط الثاني هو عنصر الضرر، إذ يشمل تعويض الضرر المادي والأدبي الذي لحق بالطرف الآخر الذي تضرر جراء قطع المفاوضات، بما أن هذه الأضرار كثيرة ومتنوعة وقد تمت بمناسبة التفاوض، نذكر أهمها كنفقات التفاوض مثل نفقات إعداد العقد والدراسات الفنية وتقارير الخبرة.³

أما الوقت الضائع هو من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات يستحق التعويض عنه كلما تبين دليل، وذلك بتفويت فرصة والحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي⁴؛ ويشترط في الضرر أن يكون مشروع وجدي، وأن يقوم على عنصرين هما الخسارة التي كفت المضرور والكسب الذي فاته. وهذا ما إستخلصه المشرع الجزائري في المادة 182 من ق.م.ج والتي نص فيها على ما يلي: "...إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،".

أما العنصر الثالث والأخير ألا وهو علاقة السببية، وبالنظر إلا المادة 176 ق.م.ج يتضح أنه علاقة السببية مفترضة حيث لا يكلف الدائن بإثباتها، بل عليه إثبات الضرر والخطأ، أي وجود قرينة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، الذي ارتكبه المتفاوض العادل من جراء قطع المفاوضات، أو الإخلال بالالتزام.⁵

¹ المادة 5 من أمر رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومنتتم بأمر 05-02 مؤرخ في 27 يوليو 2005، ج.ر.ج. عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005، التي تنص على أنه: "الخطبة وعد بالزواج، يحق لكل من الطرفين العدول عنها".

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17 جويلية 1993، ملف رقم 92714، بين (م، و) ضد (د، م، ه)، المجلة القضائية، عدد 1، 1995، ص 128.

³ صليحة ابن أحمد، أثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، عدد 10، جانفي 2014، ص 122.

⁴ المرجع نفسه، 122.

⁵ عبد الرزاق دربال، الوجيز في نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 63.

وعليه فالدخول في المفاوضات ثم قطعها لا يترتب أية مسؤولية إلا إذا ثبت خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية أو هناك تعسف في استعمال الحق.¹

أخيرا نستنتج أن القانون قد ضمن للأطراف حرية إجراء المفاوضات وحتى العدول عنها ولو في وقت متقدم منها، واشترط حسن النية، ورتب مسؤولية في حالة وجود خطأ أو تعسف في استعمال الحق، وهذا حماية للطرف المضرور.

المطلب الثاني

دور الإرادة في إبرام العقد

تلعب الإرادة دورا هاما في إبرام العقود، حيث أصبحت من بين مصادر الالتزام المحركة له، فساهمت كثيرا في تحرير العقد من الشكليات التي كان خاضعا لها، وجعلت الرضى كافية لإبرام العقد؛ فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما الحرة ولا يلتزم أحد بعقد لا يرغب فيه، وهذه الإرادة يعبر عنها بعدة طرق مختلفة، فالعقد كأصل عام يتم بتطابق إرادتي الطرفين، ويتم ذلك عن طريق الإيجاب والقبول،² وهذا ما سنعالجه في هذا المطلب، ففي الفرع الأول سنتناول طرق التعبير عن الإرادة وأثرها في إبرام العقد وفي الفرع الثاني سنرى كيفية تطابق إرادتي المتعاقدان

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة

إن الإرادة عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه، فلا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها، ويجب أن يكون المعبر عنها مؤهلا قانونا، والأصل في التعبير يكون صريحا وهذا ما قضت به المادة 60 من ق.م.ج.

وقد يكون التعبير ضمنيا، في حالة عدم الاتفاق على التعبير الصريح، وهذا ما سنراه في هذا الفرع وكذا سندرس حالات أخرى تعتبر وسيلة للتعبير عن الإرادة كالكسوت، وأثر الموت وفقدان الأهلية وكذا مراحل التعبير عن هذه الإرادة المتمثلة في الإرادة الباطنة والظاهرة.³

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 24.

أنصر أيضا: ملال على العدوى، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994، ص 85.

² عبد الرحمان بوفلجة، مرجع سابق، ص 25.

³ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 66. وعمرى ليندة، اوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 17.

أولاً: التعبير الصريح والتعبير الضمني

تطرق المشرع الجزائري إلى الإرادة وذلك في الفقرة الثانية للمادة 60 من ق.م.ج على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون صراحة أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً" ونستنتج حسب هذا النص أنه هناك نوعين صيغ الإرادة: التعبير الصريح والتعبير الضمني.¹

أ-التعبير الصريح

يكون التعبير الصريح عن طريق الكلام الواضح، وذلك بالألفاظ التي تدل على إرادة الشخص؛ وقد تكون هذه الإرادة مباشرة أو غير مباشرة: كالمخاطبة أو عن طريق الهاتف. وقد يكون التعبير سواء عرفية أو رسمية، كما أنه يمكن أن تكون هذه الأخيرة باليد أو بواسطة الوسائل الحديثة أو بأية طريقة أخرى.² كما قد يكون التعبير عن الإرادة بالقيام بعمل أو اتخاذ موقف ليس فيه شك على رغبة إرادة صاحبه، كعرض تاجر لسلعة وبيان أثمانها، إذن هنا تعبيراً صريحاً لإرادة البائع، وكذا بالإشارة المداولة عرفاً كهز الراس والطأطأة.³ القانون يشترط في بعض التصرفات أنه لا يكون التعبير صريحاً إلا إذا كان صراحة مثل نص المادة 935 ق.م.ج التي تنص على أنه "لا يترتب على بيع عقار مرهون انتقال الدين إلى المشتري إلا إذا باتفاق صريح على ذلك...".⁴

ب-التعبير الضمني

يعتبر التعبير الضمني هو ذلك التعبير الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، إلا أنه يمكن معرفة دلالة التعبير من ظروف ومواقف يوجد فيها الشخص، فيفهم منها أن إرادته

¹ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في ق.م.ج. (التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص147.

³ عبد الحميد جاب الله، التعبير عن الإرادة، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 2012-2013، ص 28.

⁴ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

انصرفت إلى معنى معين، مثال ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد إنتهاء مدة عقد الإيجار، وهذا دليل على رغبة المستأجر بتجديد العقد،¹ وكذلك طلب الزبون لبعض الأغراض بعد التطلع في قائمة المنتوجات، فتنفيذ العقد يعتبر قبول ضمني.

إن مظاهر التعبير عن الإرادة سواء كان ضمنيا أو صريحا لا فرق بينهما من حيث الأثر القانوني، لكن هناك حالات نص عليها المشرع الجزائري لا يكفي فيها التعبير الضمني بل يستلزم التعبير الصريح؛ مثل ما نص عليه في المادة 331 ق.م.ج التي تنص على أنه " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه الا في الحالتين الأتيتين:

-إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديننا.

-إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا مصلحة".²

ثانيا: الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

لقد ذكرنا فيما سبق أن الإرادة في حالتها الأولى هي مسألة نفسية أو الإرادة الباطنة يجب الكشف عنها بالكلام أو الكتابة أو أية وسيلة أخرى، أي وصول الإرادة إلا العالم الخارجي، أي الإرادة الظاهرة.³ وذلك لكي ترتب أثارها القانونية، لكن أحيانا تخطئ الإرادة الظاهرة في التعبير عن الإرادة الباطنة وهذا ما يؤدي إلى خلل في صحة التراضي، وهذا ما يدفع إلى التساؤل: أي من الإرادتين يمكن الاقتداء بها؟ الإرادة الظاهرة التي تم التعبير عنها بشكل غير صحيح؟ أم الإرادة الباطنة التي تعبر بشكل صادق عن نية صاحبها.⁴ في هاذ الشأن هناك نظريتين مختلفتين وهما: النظرية الأولى الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة.

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص ص 97-98.

² ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

³ على فيلالي، مرجع سابق، ص 88.

⁴ عمري ليندة، أيت أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 20.

بالنسبة لنظرية الإرادة الباطنة أخذت بها للمدرسة التي تعدد بالإرادة الكامنة كظاهرة سيكولوجية، فمادام الالتزام يستند إلا إرادة الملزم، فالعبرة بإرادته الأصلية ليس العلامة الخارجية التي تدل عليها وإن كنت ضرورة لإنشائه.¹

هنا على القاضي ألا ينظر إلا المظهر الخارجي للإرادة فقط، بل يجب التعمق في الإرادة الباطنة والتي تمثل الإرادة الحقيقية، وإن لم يستطع الوصول إليها فعليه معرفتها عن طريق الافتراض، فالإرادة الحقيقية أولاً، والإرادة المفترضة ثانياً.²

يظهر ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي: حيث تعاقد مشتري جزائري مع فرنسي ببيع النبيذ على أن يقوم هذا الأخير بتصدير كمية من النبيذ مقابل مبلغ نقدي متفقا عليه، فعرض البائع على المشتري تسليم البضاعة المبسوغة في ميناء تشرشل الفرنسي، ورفض المشتري وطالب البائع بنقل البضاعة إلى ميناء الجزائر على أن يشارك البائع جزء من تكاليف النقل، فعرض البائع على المشتري قيام هذا الأخير بدفع مبلغ ثلاثين (30) فرنك فرنسي، فرد المشتري ببرقية رد فيها بالخطأ على موافقته على أن يدفع ثلاثة مائة (300) فرنك لكل هيكتولتر في وقت اتجهت نيته إلا دفع ثلاثين (30) فرنك فرنسي فقط، فتم تصدير البضاعة وأرسل البائع إلى المشتري فاتورة البيع على أساس مبلغ ثلاثة مائة (300) فرنك، ودفع المشتري المبلغ دون أن يدقق في تكاليف الصفقة، وبعد أن أدرك المشتري خطأه، فطالب البائع باسترداد فارق المبلغ، فرض هذا الأخير مستندا على ما ذكر في برقية المشتري، وقضت محكمة النقض بوجوب الاعتداد بالنية الباطنة للمشتري، وليس ما كتبه في البرقية وإبطال العقد على أساس الغلط المانع للرضى.³

ينتج عن هذه النظرية عدة نتائج نذكر منها:

- أن السبب في التصرفات القانونية هو الدافع للتعاقد.

- وفاة أو نقص أهلية المعبر تسقط الإدارة ولو صدرت قبل وفاته أو حدوث نقص في الأهمية.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 150.

² على فيلاي، مرجع سابق، ص 89.

³ محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة الغربية المقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 58، أبريل 2014، ص، ص 38-39.

-الغلط عيب من عيوب الرضا وهو مبطل للعقد.¹

أما النظرية الثانية وهي نظرية الإرادة الظاهرة والتي تقدمت بها المدرسة الألمانية، ويؤكد أنصار هذه النظرية أن الإرادة النفسية لا يجوز أن تحدث أي آثار في القانون، لأنها شيء وكانت في النفس، فالإرادة في مظهرها الاجتماعي هي التي تنتج أثرا قانونيا، ويكون ذلك بالإفصاح عنها، بحيث يعتد به القانون ويرتب أحكامه عليه.² ويستند أصحاب هذه النظرية على الحجج والبراهين التالية:

- أن الإرادة الباطنة مخبئة في النفس ونوايا الضمير، من المستحيل الوصول إليها ومن الصلب التعرف عليها، فالإرادة التي تحدث الأثر القانوني هي الإرادة المعلنة أو الظاهرة.
- إن الغير لا يمكنه العلم أو التعرف إلا على الإرادة الظاهرة، لأنها هي التي تولد في نفسية المتعاقد والطمأنينة، كما أن الالتزام ينشأ بإجراء شكلي وبدونه لا وجود له، فالإعلان عن الإرادة جزء من الشكلية لا يمكن الاستغناء عنها.³

وأصحاب هذه النظرية لا يهتمهم كيفية التعبير عن الإرادة، سواء كان هذا التعبير صريحا أو ضمنيا. فالمهم عندهم عدم اقتصار الإرادة على عمل نفسي بل تبرز إلى العالم الخارجي أو المادي، وهذا لا يعني أنهم الإرادة الباطنة، فالمظهر الخارجي للإرادة عبارة عن دليل للإرادة الداخلية الكامنة في النفس،⁴ ويترتب عن هذه النظرية مجموعة من النتائج المخالفة عن النظرية الأولى منها:

- العبارة الواضحة تلزم القاضي والأطراف، حيث يتحمل الفرد المسؤولية عن سوء استعمال أو اختيار الألفاظ للتعبير عن إرادته، ولا يسمح بالبحث عن النية المشتركة.

¹ على فيلالي، مرجع سابق، ص 90.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، العقد، العمل الغير مشروع، القانون، الجزء الأول، (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.س.ن)، ص 180.

³ محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقود والإرادة المنفردة، دار الكتاب الجديد، الجزائر، 2003، ص 98.

⁴ أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 181.

-الغلط لا يفسد الرضا، عكس الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة ففي هذه الأخيرة يؤدي إلى إبطال العقد.¹

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من النظريتين، فيفهم من أحكام ق.م.ج أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة أصلاً، وأخذ بإرادة النظرية الظاهرة استثناءً في بعض الحالات الأخرى حتى يكفل الاستقرار في التعامل ويظهر ذلك فيما يلي:

نص المادة 59 ق.م.ج التي اشترط فيها توافق الإرادتين: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون للإخلال بالنصوص القانونية".²

كما يظهر الاعتداد بالإرادة الباطنة في نص المادة 81 من ق.م.ج³ باعتبار الغلط من عيوب الرضا، ونجد أيضاً الفقرة الثانية من المادة 111 من ق.م.ج عند تأويل العقد، القاضي يبحث عن النية المشتركة، إذن العبرة بالإرادة الباطنة.⁴

من جهة أخرى نص المشرع الجزائري على بعض الأحكام تبين من خلالها أخذه للإرادة الظاهرة في بعض الحالات ضمان الاستقرار المعاملات ويتبين ذلك في المواد التالية:

تنص المادة 60 ق.م.ج على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداخلة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".⁵

كذلك نص المادة 61 من نفس القانون، تنص على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على ذلك".¹

¹ على فيلالي، مرجع سابق، ص 91.

² أنظر المادة 59 من أمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ تنص المادة 81 من ق.م.ج على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، ان يطلب إيلاله".

⁴ تنص المادة 111 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها من 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، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

⁵ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

يكون العقد باطلا بسبب التدليس الذي يصدر من غير المتعاقد، إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض فيه حتما العلم بهذا التدليس، ونفس الحكم بالنسبة للإكراه الصادر من غير المتعاقدين.²

وفي الصورة أجاز للدائنين المتعاقدين، وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية التمسك بالعقد الصوري أي الأمر الظاهر وهذا حسب نص المادة 198 من ق.م.ج.

كما نجد في تفسير العقد أن المشرع أخذ بالإرادة الظاهرة، إذ قيد القاضي بعدم الانحراف عن العبارة الواضحة في العقد عن طريق شرحها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وهذا ما جاء في نص المادة 111 من ق.م.ج.³

ويتجلى أيضا هذا في قرار صادر من المحكمة العليا في تاريخ 16 جوان 1991، في قضية بين (ط،م) ضد (إ،غ) حيث قضت على أنه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد تعدي على القانون...".⁴

من هنا نلاحظ أن المشرع قد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة كأصل وبالإرادة الظاهرة كاستثناء، ضمانا لاستقرار المعاملات. ولهذا يقول الأستاذ إن المذهب الشخصي هو الأصل، أي الإرادة الباطنة وإن المذهب المادي أي الإرادة الظاهرة هي الاستثناء.⁵

¹ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² تنص المادة 87 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج على ما يلي: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، في للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس"

وكذا المادة 89 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الإكراه"

³ أنظر المادة 198 والمادة 111 من الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

⁴ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 16 جوان 1991، ملف رقم 80816، بين (ط، م) ضد (إ، غ)، المجلة القضائية، العدد 04، 1993، ص 151.

⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 33.

ثالثاً: السكوت ودلالته في التعبير عن الإرادة

قد يثور نزاع حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، ولدراسة هذا الأمر يجب النظر في طبيعة السكوت للتعرف لمدى هذه الصلاحية، فالسكوت في الأصل عبارة عن صمت وعدم الكلام وإمساك وسكوت، وبالنظر إلى هذا فهو بدون فائدة كأصل عام للتعبير عن الإرادة. لكن يساهم في إنشاء بعض التصرفات القانونية في بعض الحالات. إذن فيما يكمن في هذا الدور؟¹

من بين التساؤلات التي يجب طرحها في هذا الصدد هو مدى اعتبار السكوت دليل عن الإرادة؟

من المستحيل أن يكون إيجاباً، لأن الإيجاب يتضمن دائماً وأبداً عرضاً موجهاً من شخص إلى آخر فهذا العرض يجب أن يتم التعبير عنه صراحة أو ضمناً، لهذا يجب التمييز أولاً بين السكوت والتعبير الضمني للإرادة، فالتعبير الضمني وضع إجابي يستخلص من ظروف تدل عليه.²

من هنا نتساءل هل يجوز السكوت أن يكون قبولاً؟ وكيف يمكن اعتبار سكوت الموجب قبولاً أم رفضاً؟

القاعدة العامة أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً للإرادة بمعنى ذلك لا ينسب إلى ساكت إرادة لا بقبول إيجاب ولا برفضه، وهذا ما عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بـ "لا ينسب لساكت قول"³

هذا ما قضى به القضاء المصري، فإن سكوت الحكومة عن الرد لمالك مصنع، وذلك لطلبه برخيص لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه، لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من قبلها حتى ولو تأخرت الحكومة عن الرد في الميعاد القانوني، وحتى لو تحصل صاحب على تصريحات شفوية عن بعض الموظفين على أنه الحكومة ستقدم له ترخيصاً.⁴

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 99.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 30-31.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 84.

⁴ قرار الاستئناف لمحكمة النقض الفرنسية، الصادرة في 26 ديسمبر 1929.

وفي نفس الاتجاه اتبعه القضاء الفرنسي، حيث قضية محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن مجرد السكوت فالرد على خطاب يعتبر فيه مرسله ساهما في شراكة معينة، ويعتبره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، لا يعتبر قبولا.¹

إذن الأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيراً عن الإرادة، لكن بصفة استثنائية قد يعتبر السكوت على أنه قبول، فعلى غرار التشريعات الأخرى فإن القضاء الفرنسي اعتبر أن صمت الموجب إليه لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ إلى قبولا، ويظهر ذلك في قرار المحكمة النقض الفرنسية، في قضية كانت تتعلق ببديل إيجار، وتفاصيل هذه القضية أن أحد المؤجرين كتب إلى إثنين من المستأجرين لديه ورغبة منه في تحصيل مستحقاته من الأجور عن مدة سابقة عرض عليهما تخفيضها إلا أنه لم يقم ولا أحدهما بالرد، لدى رفع دعوى يطالبهما بكامل قيمة الأجر المستحقة، حيث أعلنت المحكمة أنه نشأ عقد بين المؤجر والطرفين المستأجرين بخصوص تخفيض الأجور حيث أن الإيجاب كان لمصلحة الموجب إليه وأن مجرد السكوت من هذا الطرف يشكل قبولا للإيجاب.²

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري أخذ بهذا الاستثناء في نص المادة 68 ق.م.ج، حيث على ثلاثة حالات يصلح فيها السكوت دليل على القبول،³ وهي واردة على سبيل الحصر فيما يلي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينظر تصريحاً بالقبول ومثال ذلك، أن يرسل المصرف بيان للعميل عن حساب لديه، ويذكر فيه أن عدم الاعتراض عليه خلال مدة معينة، يعتبر إقراراً له.⁴

¹ نقلا عن أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، هامش 3، ص 221.

² يزيد أنيس نصير، السكوت دائرة في إبرام العقد، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 1، جويلية 2003، ص 299.

³ تنص المادة 68 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

⁴ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 102.

-إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين بمثل ذلك ما تعود عليه تجارة التجزئة من إرسال بيان بالبضاعة المطلوبة من تاجر الجملة، فإن سكوت هذا الأخير يعتبر قبولاً لطلب تاجر التجزئة.¹

-في حالة كون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فإن السكوت من يوجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً ومثال ذلك عرض الهبة على الموهوب له فيسكت، فإن سكوته يعتبر قبولاً.²

هذا بالنسبة للسكوت للملابس، لكن نجد نص المادة 355 فقرة 01 تنص على أنه: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة وإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليه فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة وفي مدة معقولة يعينها البائع، إذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً...".

وهذه الحالة هي حالة إقرار القانون بصلاحية السكوت كتعبير عن القبول.³ أخيراً نستنتج السكون للملابس عندما تحيط به ظروف خارجية سابقة عليه أو لاحقة تشير إلى نية القبول، فيكون سكوته على أنه قبولاً في هذا الوضع وغير مباشر تتطابق الإرادتين.⁴

رابعاً: أثر الموت ونقص الأهلية في التعبير عن الإرادة

تنص المادة 62 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثاره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند انصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل"، فالموت وفقد الأهلية اللذان يصيبان من أصدر التعبير لا أثر لهما عليه فيعتبر صحيح وينتج أثاره،

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 31.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 87.

³ أنظر المادة 1/355 من الأمر رقم 58-75 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

⁴ يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص 317.

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الظاهرة دون الباطنة، فهي حالة صدر التعبير من شخص ثم مات ينتج أثاره القانونية مباشرة بالرغم من موته أو فقدان أهليته.¹ يتضح حكم المادة 62 من ق.م.ج ثلاثة حالات:

أ- أثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب

إذا صدر الإيجاب وتوفى الموجب أو فقد أهليته فذلك لا يسقط لإيجاب، بشرط وصول العلم بالقبول الى الموجب، وفي حالة وفاة الموجب قبل أن يتصل بعلم القابل فلا ينعقد العقد.²

ب- أثر الموت أو فاقد الأهلية بالنسبة للقبول

تنص المادة 62 ق.م.ج أن القبول لا يسقط، ويتم العقد عندما يصل القبول الى علم الموجب لأن القبول أصدر قبل وفاة الموجب له أو فقد أهليته وقبل وصول هذا القبول الى علم الموجب، فورثة القابل يلتزمون بانعقاد العقد ما عدا إذا كانت شخصية القابل محل اعتبار في العقد.³

ج- أثر موت من وجب إليه التعبير أو فقد أهليته

في هذه الحالة يسقط الإيجاب إذا توفى أو فقد أهليته قبل وصول الإيجاب إلى علمه، فلا يحل الورثة محله. أما من وجه إليه التعبير في حالة الوفاة، أو فقدان الأهلية بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب بعد اتصاله بالإيجاب، أي بعد علمه، ولم يصدر منه القبول سقط الإيجاب لأن الإيجاب رخصة شخصية لا تنتقل إلى الورثة أو النائب في حالة الوفاة.⁴

¹ أنظر المادة 62 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج مرجع سابق.

² تنص المادة 61 من ق.م.ج على ما يلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثاره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

³ عبد الحميد جاب الله، مرجع سابق، ص 76.

⁴ عمري ليندة، أيت أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 31.

الفرع الثاني

تطابق الإرادتين

إن جوهر العقد هو الرضا بين الطرفين، أي أن تكون هناك إرادة للتعاقد في كلا طرفي العقد، وأن تتجه إلا إحداث أثر قانوني معين وهذا لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه، بل يجب أن تتوافق إرادتا الطرفين أي اقترانهما ببعضهما، ويتم ذلك عن طريق الإيجاب والقبول أو اقتران الإيجاب بالقبول ثانياً وذلك للتمييز بين حالتين تعاقد في مجلس العقد أو المتعاقد عن طريق المراسلة.

أولاً: تطابق الإيجاب والقبول

عرف الإيجاب بأنه التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين موجه إلى الطرف الآخر، بقصد إبرام عقد بينهما، وهنا يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في التعاقد.¹ ويمر الإيجاب بثلاثة مراحل هي:

أ-مرحلة العرض

يشترط في العرض أن يكون إيجاباً وأن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه وعناصره الأساسية، وهنا يجب التمييز بين الإيجاب والمبادرة إلى التعاقد فهذه الأخيرة هي مرحلة يتقدم الإيجاب، يكون الهدف منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة استطلاع للآراء، وإبداء اقتراحات غير دقيقة، وهذا يعني أنها العقد فهو يكشف النية القاطعة للموجب في إبرام العقد وعدم توفره على الشروط يعتبر وعداً بالتعاقد، كإعلان شخص لبيع سيارته دون ذكر ثمنها.² فالإيجاب والعقد بالتعاقد يختلفان بخصوص طبيعتهما القانونية فالإيجاب تعبير عن الإرادة من طرف واحد، بينما الوعد بالتعاقد عقد يجسد إتفاق إرادتين لإبرام عقد مستقبلي سواء كان ملزم لجانب واحد أو لجانبين.³

¹ عائشة مساهل، القيود الواردة على حرية الإدارة في التعاقد، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 17.

² عمري ليندة، أيت أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 17.

³ على فيلال، مرجع سابق، ص 105.

ب-مرحلة المفاوضات

هناك عقود تتعقد عادة دون مفاوضات، فيصدر الإيجاب مباشرة كالعقود التي تأخذها العادة في الحياة اليومية كشراء الخبز مثلا أو صحيفة أو المأكّل... الخ وهناك عقود أخرى يستلزم لإبرامها إجراء مفاوضات قد تصل إلى جانب بات ونهائي، كعرض منزل للبيع أو الإيجار دون ذكر الثمن أو الأجرة. وكما أشارنا أن للفرد الحرية في إجراء المفاوضات والعدول عنها إلا أنه إذا اقترن العدول بخطأ يرتب على مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ، والمكلف في إثبات الخطأ هو الطرف الآخر أي المتضرر، وله الحق في طلب التعويض وإذا اثبت ذلك.¹

هناك مرحلة بين مرحلة المفاوضات والمرحلة الأخيرة، هي مرحلة الإيجاب المعلق وفي هذه المرحلة تنتهي المفاوضات بإيجاب يشمل كل العناصر لكن يكون معلق على شرط، كعرض شخص للتعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل الثمن طبقا لتغير الأسعار، فيكون الإيجاب معلق بشرط عدم تغيير الأسعار.

المرحلة الأخيرة وهي مرحلة الإيجاب البات، في هذه المرحلة تظهر إرادة الموجب لإحداث أثر قانوني، وهنا يخرج الإيجاب من دور المفاوضات والتعليق ويصبح إيجابا باتا، ومعرفة مسألة وصول الإيجاب إلى هذه المرحلة أمر صعب لكونه مرتبط بصاحبه فهي مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية.²

إذا كان الإيجاب محدد المدة لا يجوز للموجب العدول عنه قبل انتهاء المدة لما تقتضيه المعاملات من ثقة واستقر، سواء كان تحديده صراحتا أو ضمنا.³

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 63 من ق.م التي تنص على ما يلي " إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة."⁴

ونستنتج من خلال هذه المادة أنه ينعقد العقد بمجرد صدور القبول في الموعد المحدد، قد يكون أجل القبول ضمنا يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، كأن يصدر ايجاب في

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، ص 172-173.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص، ص 207-208.

³ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 149.

⁴ أنظر المادة 63 من أمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

بجاية والموجب له في غرداية، فمثل هذا الايجاب يقتضي حتما بقاءه (الايجاب) الى حين وصوله الى الموجب له.¹

أما بالنسبة لسقوط الايجاب فالإيجاب الملزم والقائم يسقط في حالتين: حالة مضي المدة المقررة دون أن يقترن به القبول، والحالة الثانية هي حالة رفض هذا الإيجاب من الموجب له حتى ولو لم تنتهي المدة المحددة له.

أما الإيجاب الغير ملزم الذي يكون إلا بين شخصين في مجلس واحد في حالة انفضاض مجلس العقد قبل أن يقترن به القبول، وإذا رجع عنه الموجب ولو قبل انفضاض المجلس.² أما فيما يخص القبول، فهو تعبير بات عن الارادة يصدر ممن وجه اليه الايجاب وينطوي على إحداث أثر قانوني، فمن التعريف نستخلص أنه يشترط في القبول أن ينطوي على نية قاطعة وأن يوجه الى صاحب الايجاب وأن يطابقه.³

إن من وجه إليه الإيجاب الحرية في قبوله أو رفضه ولا مسؤولية على الراض للتعاقد المعروف عليه، لكن قد يتعرض للمسؤولية إذا أثبت أن رفضه دون مبرر، وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يشمل على نص في هذا المعنى لكنه حذف باكتفاء بتطبيق القواعد العامة، فكانت نص المادة 136 من هذا المشروع تنص على أنه "يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا اليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد الا إذا أسند لأسباب مشروعة".⁴

ومما سبق نستنتج شروط القبول وهي كما يلي:

أ- صدور القبول ممن وجه اليه الايجاب

لكي نكون أمام تعاقد حقيقي يستلزم أن يكون القبول صادرا ممن وجه إليه الايجاب، فإذا كان موجه لشخص معين بالذات فإن القبول يجب أن يصدر من الشخص دون سواه.⁵

¹ على فيلالي، مرجع سابق، ص 108.

² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون مصدران جديان للالتزام الحكم، القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 38.

³ عائشة مساهل، مرجع سابق، ص 17.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 109.

⁵ عمري ليندة-أيت اوقاسي نصيرة، المرجع السابق، ص 36.

ب- يجب أن يطابق القبول الايجاب

معنى التطابق هو أن كل مسألة وردة في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر، فالقبول الذي يحتوي على زيادة أو نقصان أو تعديلا للإيجاب أو شرطا معلقا لم يرد فيه الإيجاب، لا يعتبر قبولا، بل رفضا يتضمن إجابا جديدا ولا يتم العقد إلا بقبوله من طرف الموجب الأول، والمطابقة أيضا يجب أن تكون في كل مسائل الإيجاب سواء كانت جوهرية أو ثانوية.¹

ج- صدور القبول قبل سقوط الايجاب

معناه أن يكون الايجاب قائما إذا كانت هناك مدة للإيجاب سواء كانت صريحة أو ضمنية، فيجب أن يصدر القبول قبل زوال هذه المدة فإذا سقط الايجاب نكون أمام إيجاب جديد.²

ثانيا: اقتران القبول بالإيجاب

درسنا فيما سبق وجود الإرادة وكيفية التعبير عنها والأمن وصلنا إلى المرحلة الأخيرة وهي ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وهذا لانعقاد العقد، وهو الذي يحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد ومكان إبرامه، ولتحديد زمان ومكان إبرام العقد يجب التمييز بين فرضيتين، الأولى أن يكون الطرفان في مجلس واحد، أي التعاقد بين حاضرين، والثانية أن يبعد المكان بين الطرفين حيث تمضي فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، وهذا ما يسمى بالتعاقد بين غائبين.³

أولا: التعاقد بين حاضرين

تنص المادة 64 الفقرة الأولى من ق.م.ج على أنه "إذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو باي طريق مماثل."⁴

المقصود بمجلس العقد أن يكون الطرفان على اتصال مباشر، أي لا يفصل الإيجاب بالقبول مدة زمنية ولكي يتحقق ذلك يجب اجتماع طرفي العقد في مكان واحد، وقد يكون ذلك رغم عدم

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 120.

² عمري ليندة-أيت اوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 38.

³ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 123-124.

⁴ ج.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975

الاجتماع في مكان واحد لكن يكون بينهما اتصال مباشر، يجعل الموجب يعلم بالقبول أثناء صدوره وذلك عن طريق الهاتف أو طرق أخرى.¹

ثانياً: التعاقد بين غائبين

هذا ما يسمى أيضا بالتعاقد بالمراسلة، وهنا المتعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد، فتكون فترة زمنية بين صدور الايجاب والقبول، وهنا يثور التساؤل حول وقت إبرام العقد ومكانه، وفي هذا الأمر انقسم الفقه والقضاء إلى أربعة نظريات وهي:

أ- نظرية اعلان القبول

أنصار هذه النظرية يتفقون مع القواعد العامة، فيتم التوافق بمجرد إعلان الطرف الآخر قبول الإيجاب الموجه إليه. ويستندون إلى الحياة التجارية التي تقتضي السرعة في التعامل، وما يعاب على هذه النظرية خروجها عن القواعد العامة لأنه بمجرد صدور القبول لا يكفي لإنتاج أثره بل يجب أن يعلم به الموجب.²

ب- نظرية تصدير القبول

هذه النظرية قريبة من النظرية السابقة، حيث أنصارها يرون أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما بتصدير القبول أي بإرساله فعلاً. وما يعاب عليها أن الرسالة المصدرة قد لا تصل إلى علم الموجب، ويمكن للقابل استرداد الرسالة قبل وصولها، وذلك وفقاً بما تسمح به لوائح البريد في كثير من الدول.³

ج- نظرية استلام القبول

طبقاً لهذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً إلا إذا تسلمه الموجب ولو لم يعلم به، إذن علم الموجب بالقبول أو عدم العلم به لا يؤثر في إبرام العقد حيث يعتبر الوصول قرينة بالعلم به، وما يؤخذ عليها أن استلام القبول غير كاف لإحداث أثره القانوني ما دام الموجب لم يتصل بهذا العلم.⁴

¹ تاج السر محمد عبد الحامد، أحكام العقود والمسؤولية العقدية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 71.

² محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 113.

³ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 128.

⁴ عمري ليندة-أيت اوقاسي نصيرة، المرجع السابق، ص 40.

د- نظرية العلم بالقبول

مفاد هذه النظرية أنه يتم التعاقد في حالة العلم بالقبول لمن وجه اليه، على أساس أن القبول تعبير عن الإرادة.¹

أما موقف المشرع الجزائري، فمن خلال نص المادة 67 ق.م.ج التي تنص على ما يلي "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما القبول." يتبين أنه أخذ بنظرية العلم بالقبول.²

ينتج عن الأخذ بهذه النظرية أهمية في تحديد زمان ومكان إبرام العقد ونرى ذلك فيما يلي:

1- أهمية تحديد زمان انعقاد العقد:

في حالة شهر الإفلاس أو الإعسار، لا تسري في حق الدائنين التصرفات التي تبرم بعد شهر الإفلاس أو الإعسار، فهنا تتبين أهمية تحديد زمان العقد وهذا حسب المادة 247 من قانون تجاري جزائري التي تنص " لا يصح التمسك قبل جماعة الدائنين بما يلي من التصرفات من المدين منذ تاريخ التوقف عن الدفع."³

طبقا لما سبق فللموجب أن يرجع عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول، ونفس الحكم للقابل ومن هنا تظهر أهمية تحديد وقت إبرام العقد، لأن معرفة هذا الأخير لا يستطيع كلا الطرفين من التحلل من العقد، وكذلك لمعرفة الذي ينتج العقد آثاره كمواعيد النقاد حسب نص المادة 90 الفقرة الثانية من ق.م.ج "...ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد، والا كانت غير مقبولة."⁴

¹ تاج السر محمد عبد حامد، مرجع سابق، ص 78.

² ج.ر.ج. ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975

³ أنظر المادة 247 من أمر 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. ج عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02، مؤرخ في 06 فبراير 2005، ج.ر.ج. ج عدد 11، صادر بتاريخ 09 فبراير 2005.

⁴ ج.ر.ج. ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

أيضا في حالة موت أحد المتعاقدين أو فقدان أهليته قبل انعقاد العقد سقط الإيجاب، أما إذا تم العقد قبل وفات أو فقدان الأهلية يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره ومن هنا يتبين أهمية تحديد زمان العقد.¹

2 - أهمية تحديد مكان ابرام العقد:

- في حالة التعاقد بين حاضرين، يعتبر العقد مبرما في مكان مجلس العقد، أما في حالة التعاقد بين غائبين فالقانون الجزائري اعتبر مكان العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول حسب نص المادة 67 من ق.م.ج سالفه الذكر.²

- تحدد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع والذي قد يثور بشأن العقد، ومثال ذلك المواد 39 و40 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.³

¹ على فيلاي، مرجع سابق، ص 102.

² محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 130.

³ انظر المواد 39 و40 من قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

المبحث الثاني

انعكاس دور الإرادة على آثار العقد

عند إبرام العقد بين طرفين، يكون ملزم عليهم ما ورد في مضمونه، وهم ملومون بتنفيذ ما اتفقوا عليه، وتترتب آثاره على أطرافه حتى على الغير وبما فيهم القاضي، إذ يكون مقيد بمضمون العقد في حالة التفسير والتأويل.

لذا سنحاول في دراستنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: في (المطلب الأول) حرية الأطراف في تحديد آثار العقد، أما في (المطلب الثاني) مظاهر الإرادة عند تفسير العقد.

المطلب الأول

حرية الأطراف في تحديد آثار العقد

أرسى المشرع الجزائري بذور القوة الملزمة للعقد في المادة 106 و107 من ق.م.ج إذ أنه في المادة 106 منه قد نصت صراحة على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون"، وكذا الفقرة الأولى من المادة 107 من نفس القانون تنص على أنه "يكون تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية".

فمن خلال هاتين المادتين يتضح أن العقد منذ إتمامه بين المتعاقدين وذلك بتوفير شروط وجوده وصحته، يصبح أحكامه بمثابة القانون وذلك في مواجهة طرفي العلاقة التعاقدية والقاضي معا، فلا يمكن المساس بها إلا وفقا لاتفاق جديد بين المتعاقدين، أو حسب الأحوال التي يجيزها القانون.¹

¹ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 106.

الفرع الأول

مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد

إن القاعدة العامة هو التزام الطرفان بتنفيذ العقد وفقا للمضمون الذي حدده الطرفان، وهذا ما ورد في المادة 106 من ق.م.ج، إذ يكون ملزم التنفيذ على الطرفان في حالة صحته، فلا يمكن لأحدهم أن ينفرد لا بتعديله ولا بنقضه بإرادته المنفردة، وهذا استقرار للمراكز القانونية، والالتزام الذي نشأ يأخذ نفس قوة الإلزام الذي يتميز بها القانون.¹

وتستند القوة الملزمة للعقد إلى عدة قيم على غرار القانون والتشريعات المختلفة، فحتى الشارع عز وجل قد أوصى؛ وذلك بقوله تعالى: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ذلك في الآية الأولى من سورة المائدة، وكذا مبدأ حسن النية ومبادئ الاستقرار في العلاقات المالية تفرض احترام أطراف العقد للالتزامات أقروها وألزموا أنفسهم بها.

الالتزامات بتنفيذ العقد له باعث ديني وإجتماعي وأخلاقي قبل أن يكون قانوني، ومادام أنه الإنسان لا يمكن أن يعمل عكس مصلحته، إذ في خارج نطاق القانون لا يمكن إجبار أحد على تنفيذ التزام معين.²

إذن بالقوة الملزمة للعقد شريعة المتعاقدين مصدران، الأول وضعي نابع عن المبادئ العامة التي كرسها القانون، والثاني شخصي نابع عن إرادة الطرفين.

مهما كان الباعث إرادي أو أخلاقي ففي حالة غياب هذا الأخير، القانون هو أحسن ضمان لإضفاء الطابع الإلزامي للعقد. فدخل القاضي ليس فقط لإرغام الطرف العاصي بل حتى لتوفير التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية، إلا أنه يمكن اعتبار الإرادة سلطة إلزام مستقلة، فلا يمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ما لم يوجد الزامية التنفيذ في القانون الوضعي المنصوص عليها في ق.م.ج.

فمن خلال تصفح بعض قرارات الاجتهاد القضائي الجزائرية ، نجد أنه إستقرت على تأكيد قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وقد نقض المجلس الأعلى عدة قرارات صدرت عن

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 37.

² المرجع نفسه، ص 37.

المجالس القضائية بسبب خرقها وعدم احترامها مقتضيات المادة 106 من ق.م.ج ، نذكر منها على سبيل المثال: " نقض القرار المطعون ضده نتيجة رفض تعويض الطاعن عن الخسارة التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المطعون ضده ما التزم به، في حين أنه ثبت أن الطرف المطعون ضده هو الذي أدى تلقائياً عقد الإيجار"¹، وهو ما اعتبره المجلس الأعلى خرقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤكدة قانوناً².

الفرع الثاني

تدخل الأطراف في تحديد آثار العقد

لأطراف العلاقة التعاقدية الحرية في تحديد آثار العقد إما قبل تنفيذه وذلك بتعديل قواعد المسؤولية العقدية، وذلك بتعديل المسؤولية أو تخفيضها الإعفاء منها. وكذا في مرحلة تنفيذ العقد وذلك بعد توفر شروط جديدة غير متوقعة وذلك بتعديل بنود العقد إن أمكن أو إنهائه. لذا سندرس في هذا الفرع عدة نقاط وهي: أولاً اتفاق الطرفان على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وثانياً سلطة الأطراف في تعديل وإنهاء العقد بالإرادة المشتركة.

أولاً: اتفاق الطرفان على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

تترتب المسؤولية العقدية عن العقد، ولما كان العقد وليد إرادة المتعاقدين، فإن لهما الحرية في الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية الناجمة عن العقد وذلك بشرط ألا يكون ذلك في النظام العام والأداب العامة.³ وعليه للمتعاقدين حرية الاتفاق على تنظيم الالتزامات المترتبة عن العقد بإرادتهما هي التي تنشأ وتحدد نطاقه ومضمونه وأثاره، وتعد المسؤولية العقدية إحدى أثاره، وعليه يجوز للمتعاقدين تنظيم وتعديل أحكامها في حدود طبيعة العقد والنظام العام والأداب

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، المؤرخ في 08 فبراير 1982، ملف رقم 26766، النشرة القضائية عدد 04، لسنة 1982، ص 266.

² عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص 37.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 344.

العامة وهذا ما اقرته المادة 172 ق.م.ج، إذ يمكن الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها كليا.¹

أ- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

طبقا لنص المادة المذكورة سابقا، وكقاعدة عامة يجوز الاتفاق على التخفيف في المسؤولية العقدية، وهو إتفاق صحيح من الناحية القانونية، إذ يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، وبذلك يمكن التخفيف في هذه المسؤولية. فبالنسبة للشرط الجزافي يمكن للقاضي إنقاص مقدار التعويض الاتفاقي إذ تبين أن الضرر الذي حدث للدائن يتجاوز قيمة التعويض فيعد هذا الشرط بمثابة اكتفاء على التخفيف من هذه المسؤولية² طبقا لنص المادة 184 الفقرة الثانية.³

إلا أنه هناك قيود على الإعفاء أو التخفيض:

- لا يجوز الاتفاق على تحقيق المسؤولية العقدية في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم، فالإتفاق يقتصر على الخطأ غير العمدي أو التافه.
- الإعفاء عن المسؤولية التي تنتج عن العمل غير المشروع أو المخالف للنظام العام أو الأداب العامة، ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك.⁴

¹ تنص المادة 172 من ق.م.ج على أنه: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإيرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه، أو خطئه الجسيم."

² محمد أحمد عابدين، التعويض عن الضرر الأدبي والمورث، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 157.

³ تنص المادة 184 من ق.م.ج. على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذ أثبت المدين أن التقدير كان مفترضا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

ويكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 344.

ب- الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية

يكون ذلك بالاتفاق على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك لسبب أجنبي كالحالة المفاجئة أو القوة القاهرة وهذا يعد نوعاً من التأمين.

يجوز الاتفاق على جعل الالتزام بعناية التزاماً بتحقيق غاية، ونحن نعلم مقدار الغاية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه التعاقدى فيكون مسؤولاً عن الفعل العمد وعن أي خطأ جسيم أو يسير أو تافه، حتى الوصول إلى السبب الأجنبي، وتبعاً لهذا التدرج تتدرج المسؤولية (مأخوذة من نظرية الخطأ المهجورة).¹

يجوز الاتفاق مقدماً على تشديد أو تقدير التعويض الذي يستحق على أحدهما نتيجة إخلاله بالالتزام العقدى، بحيث يستحق هذا التعويض الاتفاق دون الحاجة إلى إثبات الدائن ضرراً أصابه، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، وعلى المدين عبء إثبات انتفاء الضرر. يجوز الإتفاق على التزام المدين بتعويض الدائن عن كافة الأضرار التي تحل به نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدى بما في ذلك الضرر الغير مباشر والضرر غير متوقع.²

ثانياً: تعديل العقد بإرادة الطرفين

لأطراف العقد شريعة المتعاقدين حريتهم التعاقدية، إذ لهم سلطة التعديل مخولة للطرفين، إلا أنه يجوز لأحدهما أن ينفرد بهذه السلطة الأخيرة. سلطة التعديل مخولة لأطراف العلاقة التعاقدية، وذلك فيما يروونه مناسبة لمضمون العقد، وذلك سواء فيما يخص مسائل جوهرية أو ثانوية طالما أن الظروف والأسباب تقتضي ذلك، إلا أنه لا لأحد منهم سلطة الانفراد باتخاذ أي قرار من شأنه تعديل العقد، وهذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا: حين قضت بأنه ليس للمستخدم الانفراد بتعديل شروط العقد إذ قضت: "حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه ووثائق الدعوى أن المطعون ضده رسم بموجب قرار تشييت رقم 90/805 في منصب سائق آلة الصقل ابتداءك من تاريخ 21 فيفري 1990،

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 677.

² المرجع نفسه، ص 677.

وتم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط ابتداء من تاريخ 29 ماي 1995 أين رفض ذلك.

حيث أنه من الثابت فقها وقضاء أن التغيير في وظيفة العامل لا يتم إلا بناء على الإرادة المشتركة للطرفين. ومن ثمة فإن تطبيق قاضي الموضوع للمادة 63 من القانون 90-11 في محله.¹

حيث أن المستخدمة لم تثبت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد وتنفيذ علاقة العمل بناء على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية خاصة وأن الأمر يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط مما يجعل الوجه في غير محله.

إن ما انتهت إليه المحكمة العليا هو تأييد الحكم الذي أقر مبدأ عدم جواز تعديل العقد بالإرادة المنفردة فيما يخص علاقة العمل وهذا تطبيقا لنص المادة 63 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على أنه "يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم مع مراعاة أحكام القانون"، وبمفهوم المخالفة للنص فإنه لا يجوز تعديل شروط عقد العمل أو طبيعته إلا باشتراك إرادتي كل من العامل والمستخدم.²

التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه و بالتالي يضمن العلاقات القانونية فيجسد استمرار وبقاء العقد وكذا الابتعاد عن خطر إنهائه كالفسخ مثلا، ويكرس الأطراف حرية التعديل كلما اقتضت المصلحة المشتركة للمتعاقدين ذلك، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكام المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، حينما اعتبر السعر تقديري وكيفيات مراجعته من مشتريات بيع العقار على التصاميم، ويقع تحت طائلة البطلان في حالة تخلفه ويقوم المتعامل في الترقية العقارية ببيع بناية أو جزء منها لأحد المشتريين قبل إتمام الإنجاز

¹ قانون 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقة العمل، ج.ر.ج. عدد 12، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، معدل ومتمم

² قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية. صادر بتاريخ 09 مارس 1999. ملف رقم 170077. (غير منشور).

طبقاً لأحكام المادة 09 من المرسوم المذكور أعلاه ويلتزم فيه المتعامل في الترقية العقارية بتقديم ضمانات أما المشتري فيلتزم بتقديم تسيقات وسلف و دفعات مجزئة طبقاً للمادة 10 من نفس المرسوم.¹

أما فيما يتعلق بالسعر التقديري فقد ترك المشرع للأطراف الحرية الكاملة لتحديده، إلا أنه في حالة اعتراض التنفيذ ظروف اقتصادية صعبة كانهيار العملة أو ارتفاع الأسعار خاصة بالنسبة للمواد كثيرة الاستعمال والتي من شأنها أن تؤثر على سعر التكلفة، يتدخل الأطراف لتعديل السعر التقديري بإدراج شروط تتضمن كيفية مراجعته، وهذا البند مذكور حرفياً في المادة 10 من المرسوم بنصها: "السعر التقديري وكيفية مراجعته إن اقتضى الأمر، وذلك بالاتفاق على اختيار أرقام مرجعية تتناسب وتغيرات تكاليف مواد البناء".

إن إجراء تعديل العقد عامل لاستقرار المعاملات والعلاقات القانونية، وابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم التنفيذ، ويكون بعد إبرام العقد، أو بوضع شروط في العقد تسمح للطرفين أو أحدهما لتعديل أحكام العقد في حالة تغير الظروف، ويطلق على هذا عادة اسم إعادة التفويض، وهنا يقوم الطرفان باجتماع وذلك لتعديل بنود العقد الأصلي وذلك تماشياً مع الظروف الجديدة، مع إبقاء العلاقة التعاقدية قائمة، عكس التجديد إذ يقوم الطرفان باستبدالها برابطة جديدة.

إلى أنه لم يترك العقد لهوى الأطراف، إذ من شأنه أن يعقد الأمور أكثر، كأن يدعي أحدهم رغبته في التعديل، بينما يرفض الآخر محتجاً استعماله لحقه.

يكون تنفيذ العقد طبقاً لما يشمل عليه وبِحسن النية،² وكذا عند التعديل يستوجب توفر حسن النية، ومساهمة الطرفان في تعديل العقد وتنظيم العلاقة التعاقدية وتوفير متطلبات العقد وحاجاته. في حالة رفض أحدهم رغم إمكانية التعديل ويكون ذلك المتعاقد الآخر سوء نية، وسوء النية تعيق حتى التعديل. ولا يمكن انتقال سلطة التعديل وذلك قصد إقرار المتعاقد الآخر.

¹ مرسوم تشريعي 93-03، مؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ج.ج عدد 14، صادر بتاريخ 03 مارس 1993.

² أنظر المادة 107، من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

اشترط المشرع الكتابة في حالة التعديل، كما هو الحال في بيع العقار والتصرفات الواردة على المحل التجاري، فتعديل هذا النوع من العقود يخضع لنفس القواعد التي فرضها المشرع على العقد الأصلي.

هذا ما كرسته المحكمة العليا¹ بالإلزامية ورود التعديل في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يتطلب ذلك، إذ قضت بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 نوفمبر 1994، والذي أيد الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة حسين داي في 14 نوفمبر 1993 الذي قضى بدفع مبلغ إضافي نظرا لتوسيع الأشغال المتفق عليها في العقد الأصلي، في حين كان لزوما على المقاول عند توسيع تلك الأشغال في وقت لاحق أن يدرجها كتابة في العقد الأصلي.

من ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم هذا خالفوا حكم القانون المنصوص عليه في المادة 561 من ق.م.ج بقولها " إذا أبرم العقد بأجر جزافي ...ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد أتفق عليه مشافهة ..."².

إن التعديل الذي يمس العقد دون أن يخلق عقداً آخر أمر لا بد من توافره؛ فالتعديل الذي يغير مراكز المتعاقدين أو يزيل الالتزامات والحقوق الأصلية للعقد مع خلق التزامات جديدة لا يعتبر تعديلاً بل هو عقد جديد له سبب ومحل، وبالطبع إرادة غير التي كانت في العقد الأول. المهم في التعديل هو المحافظة على استمرار واستقرار الرابطة العقدية الأصلية. فالتغيير في محل وسبب العقد يؤدي إلى التغيير في الطبيعة القانونية للتصرف أي التغيير في التكييف القانوني للعقد من عقد إيجار إلى عقد عارية بإلغاء بدلات الإيجار مثلاً. فنكون أمام نشأة عقد جديد وليس تعديل في العقد الأصلي.³

¹ قرار المحكمة العليا في 18 جوان 1997، ملف 144 122 المجلة القضائية، عدد 1 سنة 1997، ص 21.

² بريك دلال، حمر العين فيصل، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008، ص 15.

³ بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص 16.

ثالثاً: إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين

في حالة اتفاق طرفا العقد على إنهاء العلاقة التعاقدية فيما بينهما كان لهما ذلك، فقد يتفق الأطراف مسبقاً أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وموقف على شرط نية المتعاقدين فقد تتجه إرادتهم إلى وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين بعدما اتفقوا على ذلك.¹ وهذا ما ذكر في المادة 120 من ق.م.ج حيث: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

وهنا نكون أمام ما يسمى بالتقابل أو الإحالة إلى أمام عقد جديد يقوم له الطرفان صراحة أو ضمناً، وهذا العقد الجديد ليس له أثر رجعي ينتج أثاره من وقت حدوثه، إلا في حالة انصراف إرادة الطرفين إلى جعله يمتد إلى المستقبل.²

إلا أنه يرى بعض الفقهاء أمثال محمد صبري السعدي، أنه لا ينقضي العقد لأنه يولد التزامات وهذه الالتزامات هي التي تنقضي إما بالوفاء أو لأسباب الانقضاء الأخرى، أما العقد فيبقى قائماً ففي عقد البيع مثلاً بعد تسلم البائع المبيع للمشتري ويتسلم هذا الأخير الثمن فإن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالتنفيذ إلا أن العقد لم ينقص بل يبقى يؤدي دوره أنه سند لحق المشتري في ملكيته للمبيع ولحق البائع في انتفاء الثمن.³

انظر أيضاً: محمود زاوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 45.

¹ توفيق فرج، المرجع السابق، ص 257.

وحسبينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 111.

² عبد الرحمن بوفلجة، المرجع السابق، ص 43.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 366.

لكن هذا الأثر لا يكون إلا في العقود الفورية، أما في عقود محددة المدة ينتهي العقد بمجرد انتهاء المدة كما هو الشأن في عقد الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل.¹

الفرع الثالث

أثار العقد من حيث الأشخاص

بما أن المتعاقدين لهما سلطة اختيار بنود العقد وبصحة كل بنوده يصبح ملزما على الطرفين، وتترتب آثاره عليهم كأصل عام، لكن قد تنصرف أثار العقد الى أشخاص خارج العلاقة التعاقدية إذ تربطهم صلة خلافة، منها خلفهما الخاص وخلفهما العام ويكون وفق شروط وقيود معينة.²

أولاً: انصراف أثر العقد الى الخلف العام

تنصرف أثار العقد إلى الخلف العام وذلك حسب شروط مذكورة في المادة 108 من ق.م.ج حيث تنص: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعات القواعد المتعلقة بالميراث".

بما أن المشرع الجزائري قد أقر بمبدأ لا تركة إلى بعد سداد الدين وإضافة الى أحكام المادة 108 ق.م.ج سألقة الذكر نستنتج أنه هناك ضوابط على مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وهي كالتالي:

أ- طبيعة التعامل

يقصد بطبيعة التعامل أن الحق أو الالتزام المترتب عن العقد الذي سبق للسلف أن أبرمه، تأبى طبيعته أن ينتقل من شخص الى آخر أي من السلف الى الخلف العام، وكذلك في

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 43.

² يقصد بالخلافة العامة هي التي يكتسبها الشخص عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية.

أما الخلافة الخاصة التي يكتسبها الشخص على شيء معين بالذات وذلك عن طريق إبرام عقد ما كعقد البيع مثلا أو أن يوصي له بعين معين بالذات كمنز أو سيارة، وذلك يخلف سلفه جزء معين ويسمى خلف خاص.

حالة كون شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد،¹ كأن يتعهد فنان مشهور بتنظيم حفل موسيقي، كذلك حق الانتفاع إذ تنتهي الحقوق بموت المنتفع، وكذا حصول شخص على إيراد مدي الحياة، فهذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام.²

ب- وجود نص قانوني

إذا نص القانون صراحة على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد، ولا ينصرف العقد إلى السلف إلى الخلف العام، مثال ذلك ما ذكر في المادة 586 ق.م.ج بشأن انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل أو الوكيل حيث جاء نصها كالاتي: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل، كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل".

كذا إنهاء الشركة بموت أحد الشركاء،³ وإنهاء الانتفاع المنصوص عليه في المادة 852 ق.م.ج حيث ينقضي الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء مدة الانتفاع. وكذا انفساخ عقد العمل بوفاة العامل وغيرها...⁴

ج- الاتفاق

بما أنه الطرفان حسب قاعدة شريعة المتعاقدين قد يشترطان في العقد عدم انتقال العقد إلى الخلف العام فينقضي حتما بوفاة أحد المتعاقدين كالاتفاق بانقضاء عقد الإيجار بوفاة المستأجر.

هذا استثناء لم ينص عليه القانون صراحة إلا أنه تم استخلاصه من طرف الفقهاء، بما أنه لا يتعارض والقواعد العامة والقانون، لذا وجب إضافته إلى السببين المنصوص عليهم في المادة 108 السالفة الذكر.¹

¹ يقوته مزوغ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2014-2015. ص 59.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 349.

³ أنظر المادة 1/439 من الأمر رقم 58-75 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 351.

هـ-مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث

من بين الشروط التي ذكرت في المادة 108 من ق.م.ج لانتقال آثار العقد إلى الخلف العام مراعات القواعد المتعلقة بالميراث، إذ يجب أن يكون العقد المنصرف أثره إلى الخلف العام، قد أبرم قبل انتقال الحق إلى الخلف العام، ويكون عالم بهذا الحق العلم الكافي وقت إبرام العقد.²

ثانياً: انصراف العقد إلى الخلف الخاص

تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص (كما سبق وأن عرفنا الخلف الخاص سابقاً) بتوفر الشروط الآتية:

- أن يكون تاريخ العقد سابقاً عن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.
 - أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف.
 - أن يكون الخلف عالماً بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه.³
- إذن نحاول عرضها في هذه النقاط:

أ- أن يكون تاريخ العقد سابقاً عن انتقال الشيء إلى الخلف الخاص

يقضي أن يكون تاريخ العقد ثابتاً حتى يمكن الاحتجاج به على الخلف الخاص لأنه سابق على انتقال الشيء إليه، فإذا كان العقد قد أبرم بعد انتقال الشيء فلا تنصرف آثاره إلى الخلف، وهنا يكون الخلف الخاص من الغير بالنسبة لها ولا تسري بحقه.⁴

¹ أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 118، ومحمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 351.

² عمري ليندة، أيت أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 51. وأحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 124-125. وعلي علي سليمان، مرجع سابق، ص 8.

³ تنص المادة 109 من ق.م.ج على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء ينتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلق الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه."

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 350. ويقوتة مزوخ، مرجع سابق، ص 70، وسمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 116-117.

ب- أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف

يعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له وكان في شأنها حفظ الشيء أو تقوية أو درك الخطر عنه.

من أمثلة هذه الحقوق أن تكون لحفظ الشيء وتقويته ما يكون تأميناً للشيء، إذ تنتقل الكفالة والرهن مع الحق المحال به إلى المحالة إليه ومثال ذلك عقد التأمين من الحرائق على النار فينتقل حق البائع الناشئ عن هذا العقد إلى المشتري، ويلزم المشتري بدفع الأقساط، وكذلك حق البائع قبل من باع له في ضمان الاستحقاق¹ وضمان العيوب الخفية.²

ج- أن يكون الخلف عالماً بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه

يأخذ هنا بالعلم الكافي أي العلم الفعلي في وقت انتقال الشيء إليه ويشترط العلم اليقيني وليس مجرد افتراض العلم، وهذا الشرط لا تظهر أهميته إلى بالنسبة إلى انتقال الالتزام، أما الحقوق يمكن دائماً للخلف الخاص أن يطلب بانتقالها إليه مادام من مستلزمات الشيء لأنها تعتبر من مستخلفاته وتوابعه.³

إذ أن الخلف الخاص يتصرف إليه أثر العقد ولا يعتبر من الغير بالنسبة للحقوق والالتزامات التي تتصل بشيء انتقل إلى الخلف وكان هو يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، أما فيما عدا ذلك فإن الخلف الخاص يعتبر من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقد الأخرى التي يبرمها الخلف.⁴

¹ الاستحقاق هو أن يظهر بعد البيع حقا للغير على المبيع مهما كان نوعه سواء كان (حق ملكية أو أي حق آخر) ومتى ثبت الاستحقاق للغير حرم المشتري من المبيع سواء كلياً أو جزئياً وبمجرد نجاح الغير في تعرضه والحكم له بأي حق مما ادعاه على المبيع يعتبر البائع مخلاً بالتزامه بدفع التعرض ولا يقبل منه القول بأنه بذل جهداً لدفع هذا التعرض ويقع عليه تنفيذ التزامه بطريق التعويض بعد عدم استطاعته بالتنفيذ عيناً أي بالمقابل يقوم الالتزام الاحتياطي وهو (ضمان الاستحقاق) فيحق للمشتري الرجوع على البائع ومطالبته بالتعويض بحسب حالة الاستحقاق.

² يقوتة مزوغ، مرجع سابق، ص 71، ومحمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 353.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 354-355. وسمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 120-121. ويقوتة مزوغ، مرجع سابق، ص 72،

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 121.

ثالثاً: أثر العقد بالنسبة الى الغير

يقصد بالغير: الأجنبي عن العقد، أي لم يكن طرفاً فيه، والقاعدة العامة أن العقد لا ينصرف إلى الغير ولا يحملهم التزاماً ولا يكسبهم حقاً، وهذا يعني أنه العقد لا يفيد ولا يضر إلا المتعاقدين.¹

القاعدة يؤكد عليها القانون في نص المادة 113 من ق.م.ج، حيث يتضح من خلالها أنه هذه القاعدة لا يجوز أن يضر الغير.

لكن نص المادة 114² و116³ من ق.م.ج أوردت استثناءات على القاعدة وهي حالة التعهد عن الغير وكذا الاشتراط لمصلحة الغير.⁴

أ- حالة التعهد عن الغير

يقصد بالتعهد عن الغير: العقد الذي يعد به أحد الطرفين بأن يجعل شخصاً آخر يلتزم بالتزام معين قبل رضا الطرف الآخر للعقد، وقد نص المشرع عن هذه القاعدة في نص المادة 114 من ق.م.ج حيث نستنتج منها مجموعة من الشروط الواجب توفرها في التعهد عن الغير، وتتمثل فيما يلي:

¹ خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 126.

² تنص المادة 114 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، إن رفض الغير أن يلتزم وجب عن المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بما التزم به.

أما إذا قبل هذا الغير التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه هذا التعهد.

³ تنص المادة 116 من ق.م.ج على ما يلي: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم ينفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له كذلك".

⁴ يفوته مزوغ، مرجع سابق، ص 72.

1- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير

الغير يظل أجنبيا عن العلاقة التعاقدية، كما أن التعهد عملية قانونية ذات طرفين، وهذا ما يميز المتعهد عن الوكيل، إذ أن الوكيل يعمل لحساب الموكل وأثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل. أما المتعهد فيبرم العقد باسمه وأثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه وأثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه وأثار العقد تنصرف في ذمته ويلزم هو نفسه والغير لا يلتزم.¹

2- يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير

لا يكون الغير مقيد بالتزامات العقد إلا إذا أقر وقبل بالتعهد.

3- أن يكون موضوع التزام المتعهد هو جعل الغير على قبول هذا التعهد

المتعهد يبذل جهدا ليحقق نتيجة مفادها قبول الغير بالالتزام فإذا عجز ذلك يكون مسؤولا عن الإخلال بالالتزام. إذا توافرت الشروط صح التعهد عن الغير، أما بالنسبة لغير المتعهد عنه له الحرية لقبول التعهد أو رفضه.²

ب- الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر استثناء للقاعدة العامة، بخصوص أثر نسبية العقد من حيث الأشخاص فهو اشتراط شخص (المشترط) على شخص آخر يسمى المتعاقد أن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص آخر يسمى المنتفع.³ نص المشرع الجزائري على الاشتراط لمصلحة الغير في نص المادة 116 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

¹ محمد صيري السعدي، مرجع سابق، ص 359، وسيمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص 121.

² عمري ليندة، اوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 52. وخلييل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 128.

³ يقوتة مزوغ، مرجع سابق، ص 83.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم ينفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، الا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له كذلك.¹

من خلال نص المادة نستنتج أن القانون يشترط ثلاثة شروط لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير:

1- الشروط المتعلقة بإرادة الطرفين

يتم عقد الاشتراط بين المشترط والمتعهد، أما المنتفع فهو أجنبي عن العقد، وعليه يجب أن تتحه إرادة المتعاقدين (المشترط والمتعهد) الى إنشاء حق مباشر للمنتفع، ويميز هذا الشرط (الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة) كون الفضولي يعتبر نائبا عن رب العمل، أما المشترط لا يعتبر دائنا للمنتفع.²

2- اتجاه إرادة المتعاقدين لإنشاء حق مباشر للمستفيد

تضمنته المادة 116 من ق.م.ج وهو جوهر فكرة الاشتراط فيجب أن يكون موضوع التعاقد إنشاء حق مباشر للمستفيد رغم أنه لم يكن طرفا في العقد.

3- وجود مصلحة للمشترط

لكي يكون الاشتراط صحيحا يجب أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره هو إذ كانت مادية أو أدبية، فبدونها يكون الاشتراط باطلا.³ ويترتب على الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة علاقات قانونية:

1- **علاقة المشترط بالمتعاقدين:** يحكمها العقد المبرم بينهما، فكل منهما الحق في طلب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هاذ العقد.

2- **علاقة المشترط بالمنتفع:** تحدد هذه العلاقة وفقا للطبيعة القانونية، إذا كانت بقصد التبرع فهي علاقة تبرع إذا أراد المشترط أي تبرع للمنتفع. أما إذا كانت بقصد المعاوضة فالعلاقة بين

¹ ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 131.

³ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 367-368.

المشترط والمنفع يحددها موقف المشترط من المنفع، فقط يكون المشترط مدينا للمنفع، فيؤدي الاشتراط لمصلحة المنفع الى الوفاء بحقه، فقد يقصد إقراض المنفع، فينشأ على عاتق المنفع التزام رد المبلغ للمشترط في الأجل المتفق عليه.¹

3- علاقة تنشأ بين المتعهد والمنفع، وهي عبارة عن علاقة مديونية، بمعنى يصبح المنفع دائئا شخصيا للمتعهد، وله مطالبة بتنفيذ التزامه والرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه.²

المطلب الثاني: مظاهر الإرادة في تفسير العقد

إن تفسير العقد هو شرح لمعنى النصوص الواردة فيه وتبيان مدلولها، والهدف منه الوصول الى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين لتحديد حقوق كل طرف من الأطراف وما يتحمله من التزامات، حتى يتمكن الأطراف من تنفيذ العقد.

أساس التفسير يختلف وفقا للنظريات الفقهية التي انقسمت الى فريقين، أحدهما تمسك بالإرادة الباطنة كونها الأصل، والثاني يعتد بالإرادة الظاهرة كونها الإرادة التي تظهر للملأ، فسواء أخذنا بالإرادة الباطنة أو الظاهرة فجوهر تفسير العقد هي إرادة للمتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.³

ان القاضي عند تفسير العقد يسعى إلى ما انصرفت اليه إرادة المتعاقدين وذلك بالاعتماد على العبارات الدالة عن الإرادة، وقد تكون هذه العبارات مفهومة وواضحة لا تحتاج إلى تفسير، وأحيانا ما تكون غامضة يؤدي إلى فهم مخالف لكلا للمتعاقدين، فيحتاج العقد الى تفسير.

وهذا ما سنراه في هذا المطلب حيث سندرس في (الفرع الأول) تقييد القاضي بعبارة العقد في حالة وضوحها، وفي (الفرع الثاني) في حالة غموض العبارات يبحث القاضي عن الإرادة المشتركة للطرفين.

¹ يقوتة مزوغ، مرجع سابق، ص 91-92.

² خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 134.

³ عبد الرحمان بوفلجة، مرجع سابق ص 39.

الفرع الأول

تقييد القاضي بعبارات العقد

تنص المادة 111 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."¹ منه نستنتج انه إذا كانت العبارة واضحة ليس فيها أي غموض أو استقهام فانه لا يجب الانحراف عن العبارة للكشف عن نية المتعاقدين لأنها كافية لتبيان إرادة المتعاقدين فيلتزم القاضي بالأخذ بمعنى العبارة.²

عليه فانه في هذه الحالة أي حالة وضوح العبارة يمنع القاضي كلياً من التفسير، فيجب عليه التقييد بالعبارة الواضحة التي تعتبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين بعيداً عن أي تفسير أو تأويل.

قد يستعمل المتعاقدان عبارات واضحة لكنها لا تدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية، في هذه الحالة يستطيع قاضي الموضوع أن يتصدى للعبارة الموجودة في العقد ويتجاهل المعنى الذي يقصده المتعاقدين بالبحث عن المعنى الحقيقي للعبارة.³ لا يجوز للقاضي ان يفعل ذلك الا بشرطين:

الشرط الأول: أنه في بداية الأمر يجب أن يفترض القاضي أن المعنى الواضح للعبارات المستخدمة هو نفسه الذي قصده المتعاقدين، فلا ينحرف عنه الى غيره من المعاني الا إذا قام دليل على عكس ذلك من ظروف الدعوى.

الشرط الثاني: يجب ابراز العدول عن المعنى الواضح في عبارة العقد الى خلافه في أسباب الحكم، وعدم القيام بذلك يعتبر الحكم باطلاً.⁴

وهذا ما تقر به محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها في 10 مارس 1932 مجموعة عمر رقم 41 ص 83 على أنه " لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود

¹ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 137.

³ يقوتة مزوغ، مرجع سابق، ص 109-110.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 490-491.

والشروط والقيود المختلفة عليها بما تراه هي أو في مقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى و ملابساتها ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لما عدلت عن هذا الظاهر الى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها، فان قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانونا أن يبني عليها".¹

مما سبق يتبين رقابة المجلس الأعلى على محكمة الموضوع فيما يخص تفسير العبارات الواضحة فاذا أخذت بالمعنى الظاهر فهي ليست مجبرة على تسبيب حكمها أما إذا عدلت هذا المعنى الواضح وجب عليها تسبيب حكمها، فالمجلس يراقب أسباب التأويل فاذا اقتنع بها سلم الحكم من النقض أما إذا كان العكس نقض للقصور في التسبيب.²

المشرع الجزائري أقر بما اتبعته محكمة النقض فلم يأخذ بالإرادة الظاهرة الا إذا كانت هي نفس الارادة الباطنة، فهي الدليل على هذه الأخيرة، لكنها قابلة لإثبات العكس ومتى ثبت هذا الأخيرة فالعبرة بالإرادة الباطنة.³

الفرع الثاني

تفسير العقد بالبحث عن الارادة المشتركة في حالة غموض العبارة

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في ق.م.ج في الفقرة الثانية من نص المادة 111 حيث تنص على ما يلي "إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."

¹ محكمة النقض المصرية، الصادر في 10 مارس 1932، مجموعة عمر، رقم 41، ص 83. نقلا عن خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، هامش 72 ص 159.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص، ص 304-305.

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 605.

من هنا يجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.¹

يقصد بعدم وضوح العبارة هو عدم دلالتها عن العبارة الحقيقية للمتعاقدين، حيث أن العقد يمكن فهمه بعدة أوجه، ويرجع غموض العبارة الى عدة أسباب كاستعمال تعابير قانونية في غير معناها القانوني الصحيح.²

أما مكان وجود النية المشتركة، أي في الإرادة الباطنة أو في الإرادة الظاهرة، فهناك اختلاف بين الفقهاء، فإير البعض أن النية المشتركة متواجدة الإرادة الظاهرة التي اتفق عليها أطراف العقد، لأنه ما دام العقد صحيحا فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة، لكن قد يحصل في بعض الأحيان أن المتعاقدين قصدا أمرا ولم يقوموا بالتعبير عنه بشكل جيد، فتختلف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة المشتركة.³ هناك آخرون يقرون بأن النية المشتركة متواجدة في الإرادة الباطنة، كون أن الإرادة النفسية أي الكامنة في النفس هي الأصل، وكل وسائل إظهارها والكشف عنها عبارة عن ثوب ترتديه للتعرف عليها، فحسب هؤلاء الفقهاء أن النية المشتركة للمتعاقدين تستخرج من الإيجاب الذي يوجهه الموجب على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر، فأساس التزام المتعاقد هو إرادته، فيلتزم إرادته ولا يجوز إلزامه نتيجة تعبير خاطئ عن إرادته.⁴

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فالإرادة المشتركة التي يأخذ بها هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها (la volonté reconnaissable)، وهي مسألة نفسية وذات صفة شخصية.⁵

يلجأ القاضي الى العقد ذاته وذلك بالاستعانة بعوامل خارجية وأخرى داخلية للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

¹ أنظر نص المادة 2/111 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

² عبد الرحمان بوفلجة، مرجع سابق، ص 50

³ السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 602.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 607.

⁵ بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 52.

أ- العوامل الداخلية في تفسير العقد

- العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمعاني، فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ بل يجب ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على روح العقد والغرض المقصود من التعاقد.
- يجب تفسير بنود العقد بعضها ببعض، فيجب النظر الى العقد بصفة وحدة واحدة متكاملة، فلا يجب تفسير كل بند وحده.
- طبيعة التعامل، ففي حالة ما تكون عبارة العقد تحمل أكثر من معنى، فعلى القاضي الرجوع الى طبيعة التعامل، وغيرها من العوامل¹

ب- العوامل الخارجية في تفسير العقد

- ذكر القانون المدني الجزائري العرف الجاري في المعاملات، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 111 من ق.م.ج بنصها "...وفقا للعرف الجاري في المعاملات." كعامل في تفسير العقد، فالمسائل التي ينظمها عرف معين يفترض في المتعاقدين أنهما يعلمان ويرتضيان به، والا صرحا بمخالفته، وإذا كانت العبارة غامضة فتفسر في ظل هذا العرف.²
- ويمكن اضافة عامل آخر وهو طريقة تنفيذ العقد، حيث قد تتضح بها ارادة المتعاقدين، مثلا إذا قام المتعاقدان بتنفيذ العقد حسب مدة زمنية معينة، فسرت ارادتهما المشتركة حسب طريقتهما هذه، كقيام المستأجر بدفع الأجرة في موطن المؤجر مدة من الزمن، والقواعد العامة تقضي بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر، لكن هذا الأخير اعتاد أن يدفع الأجرة في محل المؤجر حسب مدة معينة من الزمن، هذا يعني أن المتعاقدين أرادا دفع الأجرة في هذا المحل.³
- أما في حالة قيام الشك في التعرف على ارادة المتعاقدين، فيفسر الشك لمصلحة المدين، وهذا ما نصت عليه المادة 112 الفقرة الاولى حيث قالت "يؤول الشك لمصلحة المدين" فاذا قام شك في التزام المدين، فيجب أن يأخذ بهذا الاعتبار لمصلحة المدين، لأن الأصل براءة ذمته

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 306.

² خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 140.

³ السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 613. ومحمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 608-609.

من الالتزام الى أن يقام دليل على عكس ذلك،¹ غير أن المادة 112 في الفقرة الأولى أنتت باستثناء على هذه القاعدة خاصة في تفسير الشك في عقود الاذعان، التي تنص على ما يلي "غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن."²

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 103.

² ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

الفصل الثاني

القيود الواردة على الإرادة

في إنشاء المقدم

الواقع أن الإرادة هي جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، فالعقد لا يكون صحيح إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع والتي تحدد في غالب الأحيان بقواعد أمره.¹

إلا أنه رغم الحرية التعاقدية إلا أنها مقيدة إذ لا يمكن للعقد أن يكون صحيحاً إلا في الحدود والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع وهي تحدد في غالب الأحيان بقواعد أمره، إذ أصبحت مقيدة بمقتضيات النظام العام والأداب العامة، كما أدى التدخل التشريعي إلى تقييد الإرادة في شكل معين، وذلك بإفراغها في قالب شكلي وأحياناً أخرى إلى عقود جبرية.

هنالك عوامل مختلفة تؤدي إلى قيام المشرع بفرض قيود على الإرادة التعاقدية، وإن هذه القيود، إما ستمنع الأفراد من الدخول بالعملية التعاقدية كمثال ذلك، عندما تمنع الدول استيراد سلع معينة، فتحرم بذلك أي تصرف قانوني عليها. أو أن تتدخل الدولة في تحديد مضمون العقد قبل إبرام العقد، كمثال ذلك عندما تحدد الحكومة أسعار رسمية لبعض السلع، بحيث تحد من حرية الثمن في عقود البيع، وهو يحدث أيضاً في حالة الاستيلاء، حينما تستولي الدولة على كمية من القمح أو الزيت مقابل سعر محدد سلفاً.

بمعنى أن سياسة الدولة في توجيه الاقتصاد الوطني ستعكس آثاره على العقود²، فضلاً عن ذلك، سيتدخل المشرع في حالة الضرورة إلى مراعاة العدالة وتحقيق المساواة القانونية.

أمام كل هذه الأمور قد لا تقتصر هذه القيود على منع التعاقد أو تحديد مضمونه، بل قد تصل إلى حد تدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية لم تكن لتنشأ إلا بتوافق إرادتي طرفيها³، فحرية الإنسان في ألا يتعاقد ليست بدورها مطلقة بل ترد عليها قيود⁴.

لذا سنعالج في هذا الفصل القيود الواردة على الإرادة في إنشاء العقد، وذلك في مبحثين، (المبحث الأول) القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد، ثم تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد في (المبحث الثاني).

¹ عبد الرحمن بوفلحة، مرجع سابق، ص 56.

² شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، القاهرة، (د،س،ط)، ص 32.

³ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 31.

⁴ محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، 2001، ص 16.

المبحث الأول

القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد

إذا كان الأصل هو حرية التعاقد، إلا أنه في المجال الواقعي قد اتسعت دائرة النصوص الأمرة، مما أدى إلى أن تنحصر تلك الحرية في حدود ضيقة¹. إذ أن هذه النصوص الأمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب في المجتمع، ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة.

المطلب الأول

سقوط التعبير عن الإرادة وعيوبها

تعتبر الإرادة العنصر الجوهري في صحة العلاقات التعاقدية، إذ تكون شريعة المتعاقدين، منها تستمد التزامات كل طرف، إلا أنه قد تطرأ موانع لأحد الطرفين، إذ يمكن أن تسقط أهليته وذلك بموته أو نقص الأهلية. وكذا قد تطرأ على إرادة أحدهم عيب من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه.

سندرس في هذا المطلب سقوط التعبير عن الإرادة في (الفرع الأول) وعيوب الإرادة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سقوط التعبير عن الإرادة

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

أولاً: موت من صدر منه التعبير

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

¹ شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، طرفا الالتزام، (د،د،ن)، مصر، (د،س،ن)، ص 127.

إلا أنه استثناء قيد المشرع والشريعة الإسلامية هذه الحرية حماية للغير، ومن بين هذه القيود تلك التي فرضها على تصرفات المالك في مرض الموت، والتي تعود بالضرر على الدائنين والورثة، وذلك لأنه في مرضه هذا يحس بدنو (وصول) أجله ونهاية حياته فيتصرف في ملكه كيفما يشاء¹.

تنص المادة 62 من ق.م.ج على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

المادة 62 ق.م.ج تقابل المادة 92 من القانون المدني مصري وهي بنفس صياغة، إذ تنص المادة 92 من القانون المدني المصري: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"

يتبين من هتين المادتين السابقتين أن التعبير عن الإرادة لا يتأثر بموت من صدر منه أو بسبب فقدانه لإرادته متى اتصل بعلم من وجه إليه، ويرجع ذلك باعتبار أن التعبير عن الإرادة من وقت صدوره يصبح له حياة ووجودا مستقلا عن صدر منه، بحيث يمكن تصور وجوده بموت أو فقدان من صدر منه هذا التعبير، ويعتبر هذا من نتائج الأخذ بفكرة الإرادة الظاهرة، بعكس لو ارتبط التعبير بالإرادة الباطنة فإنه سيجري على ذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بمجرد موت من صدر منه أو بسبب فقدانه لأهليته، فمن خصائص نظرية الإرادة الباطنة أن لا تجعل للتعبير عن الإرادة مظهرا ووجودا مستقلا عن صدر منه، إنما تربط هذه النظرية بين التعبير وممن صدر منه ارتباطا عدما أو وجودا. ومع ذلك فقد وضعت كل من المادة 92 مدني مصري والمادة 62 من ق.م.ج استثناءين على القاعدة السابقة، وهما:

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

¹ أمينة لرجم، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص 20.

الثاني: إذا كانت طبيعة التعامل ذاتها تقضي بأن العقد لا يتم إلا مع من وجه إليه التعبير نفسه، ويقع ذلك في العقود التي تقوم على الاعترافات الشخصية كالتعاقد مع فنان أو رسام أو ممثل... الخ

لفهم القاعدة التي وضعتها المشرع الجزائري في المادة 62 من ق.م.ج بعدم تأثر التعبير عن الإرادة بموت أو فقدان أهلية من صدر منه التعبير يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن المشرع المصري والمشرع الجزائري ربطا قدرة التعبير عن الإرادة على إنتاج آثاره القانونية بعلم من ووجه إليه التعبير عن الإرادة، يترتب على ذلك النتيجة الآتية:

- إذا صدر التعبير عن الإرادة بالإيجاب، ثم مات هذا الموجب أو فقد أهليته، فإن تعبيره يبقى قائماً وفقاً لأحكام المادة 62 ق.م.ج، فإذا صدر القبول ممن وجه إليه التعبير بالإيجاب فإن العقد في هذه الحالة لا ينعقد رغم قيام التعبير عن الإرادة بالإيجاب، والسبب في ذلك أن الموجب لم يعلم بالتعبير عن القبول حيث مات أو فقد أهليته.
- لكن على خلاف هذا الحكم لو أن من صدر منه التعبير عن الإرادة بالقبول مات أو فقد أهليته ثم اتصل هذا القبول بعلم من وجه إليه (الموجب) فإن العقد ينعقد حينئذ.¹

ثانياً: نقص الأهلية

يقصد بالأهلية في هذا الصدد صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وهذه الصلاحية تختلف بحسب المراحل التي يمر بها الشخص في حياته فالصغير غير المميز عديم الأهلية، والصبي المميز ناقص الأهلية، وبظل كذلك حتى يبلغ سن الرشد ويكون بذلك كامل الأهلية.²

تنقسم الأهلية إلى أهلية أداء وأهلية وجوب، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لبيّاشر بنفسه التصرفات القانونية التي قد تكسبه حقوقاً وتحمله التزامات قانونية، والأصل أن أهلية الوجوب يتساوى فيها الناس

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة، أثره القانوني والشرعي " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2006، ص 36-37.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 178.

جميعاً، ذلك أن الناس كقاعدة عامة متساوون في التمتع بالحقوق، استثناءاً فقد تكون هذه الأهلية منعدمة أو تكون ناقصة أو مقيدة تدور مع الشخص وجوداً وعدماً فإذا وجدت الشخصية وجدت بالضرورة أهلية الوجوب وإذا انعدمت الشخصية انعدمت معها أهلية الوجوب لأن الأهلية وصف في الشخص فإذا زال الشخص زال معه هذا الوصف.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق ويمكن أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، دون أن يستطيع استعمالها بنفسه وهذه هي أهلية الأداء¹.

يلاحظ مدى ارتباط الأهلية بشخص الإنسان وحياته، وفي هذا نصت المادة 45 من ق.م.ج على أنه: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها". وهي بالتالي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.²

والمراد بالأهلية هنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده حتى وفاته،³ وهي بلغة ق.م.ج الوضعي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً.⁴

إذن بالتمييز الكامل تكمل الأهلية، وتنقص إذا نقص وتتعدم إذا انعدم، ومع ذلك فهي أي الأهلية ليست التمييز بعينه، ويظهر ذلك في حالة ما إذا أريد الاستناد إلى انعدام التمييز وهو ما يستتبع انعدام الإرادة أو انعدام الأهلية في مهاجمة تصرف المجنون مثلاً عقده قبل الحجر عليه أو بعده.⁵

¹ بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص30.

² أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 29.

³ لبنني مختار، وجود الإدارة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، بحيث مقدم لنيل الدبلوم الدراسات العليا، تخصص قانون خاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1977، ص 70.

⁴ مندى أسيا يسمينه، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص52.

⁵ لبنني مختار، المرجع السابق، ص 71.

أما بعد الحجز، فكل تصرف يعقده المجنون يقع باطلا لانعدام الأهلية ولو كان ذلك في وقت الإفاقة. أما قبل الحجز فالتصرف في تصرف المجنون لا يكون على أساس انعدام الأهلية بل على أساس انعدام الإرادة وقت التصرف وهو ما يلزم إقامة الدليل عليه.

المشرع الجزائري لم يتعرض لحكم تصرفات الصبي المميز، واقتصرت المادة 43 من ق.م.ج على اعتباره ناقص الأهلية، كما أنه أحال في شأن قواعد الأهلية على قانون الأسرة.

أما بالنسبة إلى تصرفات غير المميز فقد تولت المادة 42 من ق.م.ج النص على حكمها فقالت: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون..."¹.

فطبقا لهذا النص تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ ثلاث عشرة سنة باطلة بطلانا مطلقا، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً أو غير نافعة، وذلك وفقاً لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري وينوب عنه وليه أو وصيه في هذه التصرفات².

إذا بلغ الصبي ثلاث عشرة سنة أصبح مميزاً حتى يبلغ سن الرشد، والذي حددته المادة 40 من ق.م.ج في فقرتها الثانية بتسعة عشر (19) سنة كاملة³.

في الفترة ما بين ثلاثة عشر (13) سنة وتسعة عشر (19) سنة يعتبر ناقص الأهلية ويكون حكم تصرفاته ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من ق.م.ج، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوصي أو الولي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر"، ويتبين من هذا النص أن قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروفة في الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، والعقد الموقوف في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره إلا إذا أجاز الصبي بعد بلوغه سن الرشد أو أقره وليه أو وصيه قبل ذلك⁴.

¹ ج.ر.ج.ج. عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

² مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 52.

³ ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

⁴ أنظر المادة 83 من أمر رقم 84-11، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

لكن إذا أخذ ق.م.ج بفكرة العقد الموقوف المنصوص عليه بالمادة 83 من قانون الأسرة، فينبغي أن يضيف إليها أن للصبي المميز الحق في إجازة هذا العقد بعد بلوغه سن الرشد إذا لم يقره وليه أو وصيه قبل ذلك، والملاحظ أن نص المادة 83 من قانون الأسرة يتكلم عن الإجازة والصحيح هو الإقرار.¹

كذلك لا تكون الإرادة كاملة لو صدر التصرف عن شخص ذي عاهتين فتقضي المادة 80 من ق.م.ج بما يلي "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تفتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد إلا أنها تمس الأفراد في مجموعهم، ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا فلا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها، فلا يجوز لشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التغيير منها،²

وجاءت بهذا الحكم المادة 45 من ق.م.ج بقولها: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التغيير من أحكامها".

بناء على ذلك فإنه يقع باطلا كل اتفاق يقضي بالتنازل عن الأهلية أو التعديل في أحكامها.

أما إذا ادعى الشخص أهلية ليست له، فلا أثر لهذا الادعاء إلا في حالة الغش. وفي الغالب لما يمنع المشرع شخص من التصرف فهذا المنع الهدف منه حمايته من ضعف خاص (قاصر، مجنون، معتوه، سفيه...) الذي قد يستغله المتعاقد الآخر.³

¹ نقلا عن علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

² مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 54.

³ المرجع نفسه، ص 54.

كل القواعد التي تحكم نقص أهلية التصرف يهدف منها حماية الفرد (القاصر، الرشد، عديم الأهلية). وفي بعض الحالات حفاظا على مصالح الأفراد يمنع المشرع بعض الأشخاص الذين هم في الأصل كاملوا الأهلية من التصرف في بعض العقود دون أن يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية، ولا لعدم قابلية المال للتصرف بل يعتبر المنع قانونيا نظرا لصفة بعض الأشخاص أو حالة بعض الحقوق.¹

من ذلك ما نصت عليه المادة 411 من ق.م.ج بقولها: "لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار".

كذلك المادة 402 من ق.م.ج التي تحرم على القضاة والمساعدين العدليين والموثقين شراء الحقوق المتنازع فيها حيث تنص: "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحاميين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

نلاحظ من هذه المادة أن المنع من التصرف يلحق الشخص نفسه لكونه سمسارا أو خبيرا، وعهد إليه بيع المال أو تقويمه، أو لكونه قاضيا أو محاميا ولأن النزاع داخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها حتى لا يتعسف ولا يستغل منصبه للضغط على البائع والإضرار بمصالحه.²

إذن الهدف من هذا المنع حماية البائع وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وكذلك منع المشرع الجزائري أصحاب المهن الحرة والموظفين العموميين والضباط من القيام بأعمال التجارة معناه إبرام تصرفات أو عقود تجارية في نفس الوقت الذي يقومون فيه بأعمالهم الخاصة باختصاصاتهم وهذا حفاظا على المصلحة العامة وهي مصلحة المتعاملين معهم اللذين قد يصابون بضرر من جراء استغلال النفوذ أو السلطة أو المنصب والمتجسد في الضغط عليهم

¹ ليني مختار، مرجع سابق، ص7.

² أنظر المادة 402 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

للحصول على امتيازات مجففة بحقهم ومصالحهم الخاصة، وحتى الإهمال لإحدى المهنتين يترتب عليه ضرر مادي و معنوي نتيجة الإخلال بالمسؤولية و تحقيق الأرباح على حساب مصلحة الجماعة.¹

الفرع الثاني

عيوب الإرادة

بما أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فقد جعل العقد قابلا للإبطال إذا ما شاب رضا المتعاقد الضعيف عيب من عيوب الإرادة، فتكون هذه الأخيرة موجودة ولكنها معيبة وسوف نتعرض لهذه العيوب فيما يلي:

أولا: الغلط.

يعتبر الغلط هو اعتقاد بصحة ما ليس بصحيح، أو بعدم صحة ما هو صحيح، وهو عيب من عيوب الرضى، إذا يسمح القانون لمن وقع فيه أن يطلب إبطال التعاقد، عندما يبلغ حدا كافيا من الجسامة.² مثال ذلك أن يعقد شخصان عقدا، الأول منهما يبغى من وراء هذا العقد بيع ماله، والثاني يعتقد استجاره، ومثاله أيضا أن يشتري إنسان شيئا يعتقد أنه قديم بينما هو حديث، والعكس صحيح، فإذا ذكرت في العقد بعض الشروط ثم لم تتوفر فإن العقد لا يوصف بأنه قابل للإبطال للغلط، وإنما يكون صحيحا قابلا للفسخ لعدم إمكان تنفيذه بالصورة المتفق عليها³ إذن يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا، وقد تولت المادة 82 من ق.م.ج بتعريف الغلط الجوهرى بقولها: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 55.

² نصت المادة 81 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"

³ دروس في القانون المدني، نشرت على موقع جامعة وهران

الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا للظروف التي أبرم فيها العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

نستنتج من هذا النص أن ق.م.ج أخذ بمعيار ذاتي في الغلط، والذي يبلغ من الجسامة إلى حد كان يجعل المتعاقد يمتنع عن إبرام العقد لو كان لم يقع في هذا الغلط، معناه لو كان المتعاقد عرف عند التعاقد حقيقة ما وقع فيه من غلط ما أبرم العقد، يستوي في ذلك أن يقع الغلط في ذات الشيء أو في صفة من صفاته مادامت جوهريّة في اعتبار المتعاقد، أو يجب اعتبارها جوهريّة نظرا للظروف التي تم فيها العقد و لحسن النية الذي ينبغي أن يسود التعامل بين الناس، ومادامت ذات الشيء أو صفته الجوهريّة كانت هي السبب الرئيسي الذي دعا المتعاقد إلى العقد. قد يكون الغلط جوهريا أيضا إذا وقع في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت

هذه الشخصية أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.¹ تطبيقا لنظرية الغلط الجوهري، فإن الغلط في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو الشخص، أو الغلط في قيمة الشيء، أو الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد، وكذا الغلط في الأرقام أو الحساب كلها لا تؤثر أصلا على سلامة الرضا ولا تعيب الإرادة.²

دعما للثقة في المعاملات واستقرارها، يجب أن يكون الغلط داخلا في نطاق العقد، بمعنى أن يكون الأمر الذي دفع العاقد إلى إبرامه معلوما من العاقد الآخر، ومن هنا، ظهرت فكرة أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، ومعنى هذا الاتصال أن يقع المتعاقد الآخر في نفس الغلط، أو أن يكون على علم به، أو يكون من السهل عليه أن يتبناه.³

لذلك فإنه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، ويقصد بحسن النية في هذا الخصوص، نزاهة التعامل. ذلك أن الحق في إبطال العقد كغيره من الحقوق، لا يجوز

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 56.

² تنص المادة 84 من الأمر رقم 58-75 المتضمن ق.م.ج على أنه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في

الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط."

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 105.

التعسف في استعماله، بما يتعارض مع حسن النية، ويبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

حسب نص المادة 83 من ق.م.ج، يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و82 من ق.م.ج، ما لم يقض القانون بغير ذلك، وحتى يطالب بإبطال العقد يجب أن يكون الغلط جوهرياً أي بلغ حداً من الجسامه بحيث لولاه لما أبرم المتعاقد العقد.¹

ثانياً: التدليس

عرف الفقهاء التدليس بأنه استعمال أحد طرفي العقد، وسائل غايتها تضليل الطرف الآخر والحصول على رضاه في الموافقة على عقد أي عمل حقوقي آخر. بعض الآخرين من الفقهاء يقولون أن: التدليس هو نوع من الغش، يصاحب تكوين العقد، وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة استعمال الحيلة.

التدليس يؤدي حتماً إلى الغلط، بحيث يمكن القول بعدم جدوى نظرية التدليس، اكتفاءً بنظرية الغلط. إذ التدليس يعيب الإرادة في جعل العقد قابلاً للإبطال والتدليس نتيجة حيلة، والحيلة خطأ عمدي يستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.²

يستنتج من هذا التعريف أن التدليس يفترض: أربعة شروط:

الشرط 1: استعمال الوسائل أو الطرق الاحتيالية.

الشرط 2: نية التضليل.

الشرط 3: اعتبار التدليس الدافع إلى العقد.

الشرط 4: أن يكون التدليس صادر من المتعاقد الآخر، أو على الأقل أن يكون متصلاً به.

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 57.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 111.

أ- استعمال الحيلة والطرق الاحتيالية

استعمال الحيل والخداع بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد أو إيهامه خلاف الواقع، للتأثير على إرادته،¹ وحسب المادة 2/86 من ق.م.ج، يعتبر السكوت عمداً أو الكذب من الوسائل المادية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة.

كما يجب لقيام التدليس أن يقترن استعمال الحيل، أو الكذب أو الكتمان بنية التضليل، بأن يقصد المدلس خديعة المتعاقد الآخر والوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا انتفت نية التضليل انعدم التدليس.²

ب- نية التضليل

توافر نية التضليل لدى المدلس، مع قصد الوصول إلى غرض غير مشروع، والشرط الثاني يشكل العنصر المعنوي، أما إذا كان الغرض مشروعاً فلا تدليس.³

ت- أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد

معناه لولا التدليس ما أبرم المدلس عليه العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 86 الفقرة الأولى من ق.م.ج بقولها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد...".

جسامة الحيلة يرجع فيها إلى المعيار الشخصي، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان التدليس هو العامل الدافع إلى التعاقد إذ من الناس من يصعب خداعه، ومن الناس من يسهل

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 58.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 111.

³ دروس في القانون المدني، نشرت على موقع جامعة وهران

غشه، مع مراعاة ظروف التعاقد وأحوال المتعاقدين، ودرجة ثقافة المتعاقد المدلس عليه، ودكائه، وخبرته وسنه وجنسه.¹

يفرق الفقه الفرنسي بين نوعين من التدليس، التدليس الرئيسي والتدليس العرضي ويقول إن الأول وحده هو الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، أما التدليس العرضي يؤدي إلى قبول المتعاقد العقد بشروط أشد، فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما إلى المطالبة بتعويض الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.²

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذه التفرقة، واكتفى بالأخذ بالتدليس الجسيم بحيث لولاه ما أبرم المدلس عليه العقد.³

ج- اتصال التدليس بالعقد الآخر.

للاعتداد بالتدليس وجب أن يصدر عن العاقد الآخر. فإذا صدر عن الغير، فلا يؤثر على صحة العقد، ولا يؤدي لإبطاله، إلا إذا أثبت المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس وتبينت سوء نيته. وإذا لم يستطع إثبات ذلك فإن له أن يطلب إبطال العقد للغلط مادام التدليس الذي قام به الغير من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد، وهذا ما جاء في أحكام المادة 87 ق.م.ج.⁴

ثالثاً: الإكراه

الإكراه هو ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفاً يحم له على التعاقد حسب ما جاءت به المادة 88 من ق.م.ج والتي تنص على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 59.

² علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 61

³ انظر المادة 86 من الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

⁴ تنص المادة 87 من ق.م.ج على ما يلي: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس."

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها ان خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، إذا ما أعدم الإكراه الإرادة، وهذا الأمر نادر يؤدي ذلك إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، أما إذا أعابها وهو الأمر الغالب، فيقع العقد قابلا للإبطال. مثال الإكراه المعدم للإرادة هو أن يمسك فاعل الإكراه بيد الطرف الآخر ويستكتب توقيععه على العقد.¹ ينقسم الإكراه إلى قسمين إكراه مادي أو الحسي وإكراه معنوي، الإكراه مادي أو الحسي هو إكراه يستخدم فيه قوة مادية تمارس على الفاعل مباشرة، فتشل إرادته وتفقده حرية الاختيار، أما إكراه معنوي أو النفسي هو التهديد الذي يوجه إلى العاقد، فيخلق فيه حالة نفسية من الخوف والفرع فيندفع إلى التعاقد، كالتهديد بالقتل أو المساس بعرض وشرف أحد الأقارب.²

هذا ما تبين لنا من دراسة المادتين 88 و89 من ق.م.ج أن الإكراه المعيب للإرادة يشترط فيه ثلاثة شروط وهي:

أ - التهديد بخطر جسيم محقق للوصول إلى غرض غير مشروع

الإكراه معناه تهديد المكره أو بعث الرهبة في نفسيته أو في جسمه أو ماله أو شرفه، وتتطلب المادة 2/88 من ق.م.ج أن يكون التهديد "بخطر جسيم محقق" يتعلق بشخص المتعاقد أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ونفسه المكره هي المقدرة لجسامته الخطر. كما أنه يشترط في التهديد بالخطر أن يكون محققا، أي وشيك الوقوع، ذلك أن الخطر الحال هو الذي يولد عادة الرهبة.

كما يشترط المشرع الجزائري في المادة 88 لإبطال العقد للإكراه، أن تكون الرهبة التي أبرم تحت سلطانها قد بعثت في نفس المتعاقد بهدف تحقيق هدف غير مشروع.

¹ محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام، الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1983. ص 60 .

² مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 60.

ب - الرهبة أو الخوف التي تدفع إلى التعاقد

الرهبة أو الخوف الذي يدفع إلى التعاقد هو النتيجة المنطقية لعملية التهديد أو الضغط، إذ يجب أن تؤثر وسيلة الإكراه في نفسية المتعاقد ويراعي في تقدير مدى هذا التأثير جنس من وقع عليه التهديد، سنه حالته الاجتماعية، حالته الصحية، والظروف الأخرى التي تختلف باختلافها وسائل الإكراه، ظروف الزمان والمكان، فالتهديد في ظلام الليل يبعث على الرهبة أكثر من التهديد في ضوء النهار، والتهديد في مكان خالي يبعث على الرهبة أكثر من التهديد في قلب مدينة مكتظة بالناس ويشترط في الرهبة أن تكون حقيقة دافعة للتعاقد بحيث لولاها لما تعاقد.¹

ج - اتصال الإكراه بالعقد الآخر

سوى القانون بين الإكراه والتدليس، وجعل الإكراه الذي يرتكبه شخص ثالث من غير المتعاقدين. لا يبطل العقد إلا إذا اثبت من وقع عليه الإكراه أن المتعاقد معه كان يعلم بهذا الإكراه فيكون متواطئاً مع هذا الغير، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، كما لو كان ارتكب الإكراه ضيفاً أو قريباً للمتعاقد الآخر، وإذا لم يكن للمتعاقد الآخر علم بالإكراه فليس للطرف المكره إبطال العقد.²

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر في مدد تقادم دعوى الإبطال للقصر أو للغلط أو للتدليس أو للإكراه فحفضها إلى خمس (05) سنوات من يوم زوال نقص الأهلية، ومن يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه.³

كما خفض مدة تقادم دعوى الإبطال وجعلها عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد حيث تنص المادة 101 من ق.م.ج على ما يلي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص61.

² أنظر المادة 89 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص62.

يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو التدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

هذا التخفيض الهدف منه هو استقرار المعاملات وحتى لا تكون العقود مهددة بالإبطال خلال مدة طویل.¹

رابعاً: الاستغلال والغبن

الغبن في اللغة النقص الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال، ويعرف الغبن بأنه، وعدم التعامل في الالتزام المقابل التي يربطها العقد، ويرى بعض الفقهاء بأن الغبن يعتبر المظهر المادي للاستغلال.

أما اصطلاحاً عدم التعادل بين ما يعطيه المعاهد وما يأخذ من مقابل وهو بذلك المظهر الخارجي للاستغلال وهو عيث في محل العقد لا في الإدارة.²

الاستغلال فهو الجانب النفسي مضافاً الى الجانب المادي (الغبن)، فالاستغلال هو غبن مصحوب بالجانب النفسي، الذي يؤثر على سلامة التقدير نتيجة لعاملين، عامل في الطرف المغبون كالطيش والهوى، وعامل في الطرف الغابن وهو قصد استغلال ذلك الغيب للحصول على مزايا تفوق كثيراً قيمة المبادلة.³

استغلال أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر المجنون والذي كان ضحية تلك الحالة التي يوجد فيها استغلها الطرف الآخر.⁴

لقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة. ونصت على الاستغلال المادة 90 من ق.م.ج بقولها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا

¹ مندى أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص62.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص62.

³ محفوظ لعشب بن حامد، عقد الأذعان في ق.م.ج والقانون المقارن، المؤسسة الجزائرية للكتاب الجزائر، 1990، ص 184-185.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص67.

أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز ل لقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

بجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ويتبين من نص المادة 90 من ق.م.ج أن الاستغلال قائم على عنصرين وهما:

أ - العنصر المادي للاستغلال

يتحقق هذا العنصر حسب المادة 90 الفقرة الأولى من ق.م.ج إذا ما كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلا، بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحا كالبيع بثمن زهيد، تحمل التزامات غير متكافئة مع التزامات الطرف المستغل، ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء. فالمشرع لم يحدد الجسامة برقم معين، وعلى ذلك فالقاضي هو الذي يحددها وفقا لظروف المتعاقدين في كل حالة على حدها، وبحسب الملابسات التي أحاطت بهما عند التعاقد.¹

ب- العنصر النفسي للاستغلال

الضعف في المتعاقد المغبون ينتهزه المتعاقد الآخر. وهذا الضعف متمثل في الطيش البين، أو الهوى الجامح.

يقصد بالطيش الإقدام هو حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ القرارات دون تبصر ولا تفكير كافي، سواء أكانت ناشئة عن طبيعة في الشخص كالخفة والتسرع، أو كانت ناشئة عن ظرف عارض يمر به ك لحظة من لحظات الحمس أو اليأس.²

أما الهوى فيقصد به تلك الرغبة التي تملك على الشخص زمام نفسه، فتدفعه إلى التصرف عاطفيا وبدون إرادة حكيمة، فيجد نفسه مدفوعا الى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى دون أن

¹ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 63.

² علي فيلاي، مرجع سابق، ص 209.

يستطيع مناقشته، والمثل التقليدي لذلك هو مثل الرجل الطاعن في السن يعتمد إلى الزواج من امرأة في مقتبل العمر، فتستغل ولعه بها في إقناعه بأن يكتب لها ولأولاده منها ما تشاء من العقود، أو مثل المرأة لغنية تتزوج من شاب فيستغل تعلقها به في ابتزاز أموالها عن طريق استكتابها ما يشاء من العقود¹

يشترط أن يكون هذا الطيش أو هذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد، وهي مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون.

نظرا لأثر الاستغلال على العقد والمتمثل في الإخلال بالتعادل المفروض بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، فقد جعل المشرع الجزائري للمتعاقد المستغل الحق في أن يطلب تصحيح العقد بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع به الغبن بدلا من طلب الإبطال. بل وفي حالة طلب الإبطال أجاز المشرع للقاضي اللجوء إلى مثل هذا التصحيح ورفض البطلان.

التصحيح الذي يجريه القاضي بناء على طلب المتعاقد المستغل أو من تلقاء نفسه لا يكون إلا بإنقاص التزامات المتعاقد المذكور فلا يجوز أن يكون هذا التصحيح بزيادة التزامات للمتعاقد الآخر، ويجوز للطرف المستغل أن يتوقى طلب الإبطال بأن يعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أي ما يجعل الالتزامات متعادلة تقريبا مزيلا عدم التعادل الفادح.²

حسب أحكام المادة 90 الفقرة الثانية من ق.م.ج، تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة وهو ما تقضي به، وتعتبر هذه السنة ميعاد السقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا تقبل الوقف أو الانقطاع.³ من خلال تعرضنا لعيوب الإرادة التي جاء بها ق.م.ج يتضح عدم فعاليتها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة المستهلك أو المتعاقد الضعيف بصفة عامة، فالمؤثرات الحقيقية التي تدفع هذا المتعاقد إلى العقد في وضع يميل فيه ميزان الالتزامات التعاقدية إلى ما يحقق مصلحة المهني لا تعتبر عيوباً للإدارة وهي على

¹ خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 68.

² مندي أسيا يسمينه، مرجع سابق، ص 64.

³ ج.ر.ج. عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

الخصوص، احتياج المستهلك أو المتعاقد الضعيف بصفة عامة إلى التعاقد للحصول على السلع والخدمات من جهة، وضعف وعدم خبرته من جهة أخرى.

يبقى لهذا المتعاقد أن يلجأ إلى عيوب الرضا للقول بأن رضاه لم يكن سليماً حتى يستطيع إبطال العقد الذي يتضمن شرط تعسفي، والأمر يتعلق هنا بعيب الإكراه والغلط والتدليس.

المطلب الثاني

قيود الإرادة بما فرضه المشرع

الواقع أن الإرادة هي جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، إذ يجب أن تكون مصادفة للنظام العام والآداب العام النابعة عن المجتمع والأعراف، إضافة إلى شروط وقيود النصوص الخاصة.

الفرع الأول

تقييد الإرادة بالقواعد العامة

قد تقتصر إرادة الطرفين لمراعات النظام العام التي وضعها المشرع واقتضاء شكلية معينة.

أولاً: النظام العام

على الرغم من تكريس معظم القوانين للحرية التعاقدية، إلا أن هذه الحرية لم تكن مطلقة فثمة ضوابط على الأفراد واجب مراعاتها، ولا يحق لهم مخالفتها لأنها تتصل بقواعد أساسية وضرورية لقيام المجتمع.

يعتبر النظام العام والآداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمعات، إلا أنه يبقى صعب التعريف نظراً لمرونته ونسبته، فهو يختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن زمان إلى زمان، وتعد فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة أخرى هي المصلحة العامة¹.

¹ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 270.

يذهب الأستاذ الدكتور رأفت محمد حماد إلى أن النظام العام هو "مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة السياسي والاقتصادي والاجتماعي والديني والخلقي للدولة، ولا يمكن بقاء هذا الكيان سليماً دون استناده واستقراره على تلك الأسس"، ويقول أحد الفقهاء أن "محاولة تعريف النظام العام اعناتا ذهنياً كبيراً"، ويقول أحد القضاة الإنكليز "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام إنما تركب حصاناً جامحاً لا تدري على أي أرض سيلقى بك".¹

إن النظام العام بتعبير الأستاذ "غاساتن" هو فكرة لا يمكن ضبطها في أطر تعريف واضح، فهي تتعد عن كل تعريف، وخصائصها أنها وظيفية ومتغيرة، ويقتضي أن تكون النظرة فيما يتعلق بالنظام العام نظرة موضوعية بعيدة عن الذاتية.²

أما وظيفيتها فهي تستلهم اعتبارات المصلحة العامة، وتهدف إلى حمايتها بأوجهها المختلفة، وأما موضوعياً تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع ونواته الأسرة بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه، فأمام حرية الإرادة هناك مانع الحماية.

كما تعتبر متغيرة، بمعنى أنها تتأثر بعوامل المكان والزمان، فما هو مخالف للنظام العام في مكان معين قد لا يكون كذلك في مكان آخر، أو في المكان نفسه ولكن في زمن مختلف.³ فكل التزام مخالف للنظام العام والآداب يعتبر باطلاً، ويترك للقضاء مسألة هذا التقدير، وبهذا صارت هذه الفكرة أداة طبيعية مرنة في يد الفقه والقضاء، وحتى المشرع يواجهون بها حاجات المجتمع وتطوراتها، لقد تضمن القانون المدني على سبيل المثال عدة تطبيقات وأخذ في الكثير من هذه الحالات بمقتضيات النظام العام والآداب العامة، ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ.⁴

فقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام لدى حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد، إذ نصت المادة 93 ق.م.ج على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو

¹ نقلاً عن حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 204.

² حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 109.

³ المرجع نفسه، ص 109.

⁴ حليس لخضر، مرجع سابق، ص 110.

مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا في حين نصت المادة 97 من ق.م.ج على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا.¹

إضافة إلى هاذين النصين المتعلقين أساسا بالقواعد العامة في إبرام العقد، فقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام في نصوص عامة أخرى، منها المادة 24 ق.م.ج التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.²

كذا المادة 204 من ق.م.ج³ التي أبطلت الالتزامات والعقود التي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام أو الآداب، وكذا المادة 344 من ق.م.ج المتعلقة بالإثبات عن طريق اليمين الحاسمة والتي منع المشرع الجزائري توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام.⁴

قد كان للاجتهاد القضائي الجزائري أيضا دوره في محاولة ضبط وتعريف النظام العام ومن ذلك ما ورد في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17 جانفي 1982: "لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة...".⁵

¹ عليان عدة، مرجع سابق، ص30.

² المرجع نفسه، ص30.

³ تنص المادة 204 من ق.م.ج على ما يلي: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم..."
⁴ تنص المادة 344 من ق.م.ج على ما يلي: "على أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام".

⁵ نقلا عن: وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004، ص 169

بينما اكتفى في نصوص أخرى ومنها 161 و344 ق.م.ج إذ استعمل لفظ النظام العام فقط. لقد تقيدت حرية التعاقد باختيار الطرف المتعاقد معه وبتحديد التزامات المتعاقدين وتطورت فكرة النظام العام في حد ذاتها بتضاعف نصوصها واتخاذها أشكالاً جديدة، حيث يرى البعض أن "النظام العام الكلاسيكي هو بالأساس سلبي، لأنّ المشرع يمنع فيه بعض العقود أو بعض الشروط، أما النظام العام المعاصر فغالبا ما يكون إيجابيا لأنّ المشرع يفرض فيه سلطان ومضمون العقد وعلى هذا الأساس يمكن القول إن النظام العام في التعاقد يشكل قيوداً وتحديداً صريحاً لسلطان الإرادة.¹

ثانياً: الشكلية

إذا كانت الرضائية في القوانين الحديثة تكفي لإنشاء العقد، فإن الشكلية القانونية، أو المفروضة من قبل المشرع، لا تكون إلا استثناءاً من قاعدة الرضائية المشار إليها، بمعنى إن التراضي في العقد الشكلي، لا يكون كافياً لإنتاج هذا العقد آثاره القانونية، بل لابد للوصول إلى هذه الآثار أن يأتي ذلك التراضي في صيغة معينة يحددها القانون، ولا يغني عنها إتيانه في صيغة أخرى.²

يقضي مبدأ الرضائية أن العقود تنشأ بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين، مهما كانت طريقة التعبير عن هذا التراضي الذي سيطر على قانون العقود الحديث وصار قاعدة تسود أغلب العلاقات التعاقدية، نتيجة لاعتبارات حضارية، إذ قال في هذا الصدد الفقيه الفرنسي لويزل: "تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها".³

بمعنى أن التعاقد يتم بالرضاء فقط وليس بالشكل، ولا اعتبارات اقتصادية، أي طبيعة المعاملات التجارية وما تطلبه من بساطة وسرعة وتخفيف تكاليف عقودها تتطلب الرضاء فقط،

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 98.

² عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، مصر، 2000. ص 267.

³ علي فيلال، مرجع سابق، ص 230.

ولاعتبارات اجتماعية، مفادها أن الإجراءات الشكلية قد ترتب التزاما على عاتق المتعاقد لم يقصده، ناهيك عن جهله لهذه الإجراءات الشكلية المعقدة.¹

غير أن مبدأ الرضائية ترد عليه بعض الاستثناءات في الوقت المعاصر، حيث أن طبيعة بعض العقود لا تتعد بالتراضي إذ تستلزم إفراغها في شكل معين، وذلك حماية لإرادة المتعاقدين وسلامة رضاهم وضمان الائتمان وإعلام الغير بالتصرفات القانونية وجعلها متوازنة وعادلة. وفي هذا الشأن قال الفقيه الألماني إهرينج "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة".²

بمعنى أن هذه العقود تقوم على الأركان المعهودة من تراضي ومحل وسبب لكن المشرع أحاطها بإجراءات شكلية مثل الكتابة والشهر، وفي هذا الصدد يرى البعض: "أن العقد الشكلي له أربعة أركان وهي التراضي والمحل والسبب والشكلية".³

هذا التدخل التشريعي يفرض الشكلية على الكثير من العقود بكتابتها أو تسجيلها أو شهرها قرر حتى يتم فيه حفظ مصالح المتعاقدين ومصالح الغير، الأمر الذي أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية في العقود. ولم تعد في الوقت الحاضر الشكلية ذات الاطلاع الذي كانت عليه قديما حيث لم يعد الشكل تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها، بل أصبحت الشكلية اليوم ذات هدف، منها تنبيه من خطورة التصرف، أو لغرض اعلام الغير كما قد تكون لفائدة الدولة (مقابل رسوم أو غير ذلك).⁴

عليه نتناول فيما يلي نماذج عن بعض العقود التي تتطلب هذه الإجراءات الشكلية حتى تكتمل وتحدث آثارها.

1- الرسمية كركن للانعقاد في مجال الملكية العقارية

إن التشريع الجزائري في مجال الملكية العقارية، عرف عدة مراحل، إذ كان مبدأ الرضائية هو القاعدة العامة في التعاقد، ذلك انه يكفي فيها توافق الإرادتين على طبيعتها وسببها ومحلها،

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 230.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 45.

³ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 66.

⁴ المرجع نفسه، ص 60.

لكن سرعان ما بدأ المشرع يفرض شكلا معيناً في بعض التصرفات عندما ترد على العقار،¹ وهذا أولاً بموجب قانون المالية لسنة 1965 تحت رقم 64-61 المؤرخ في 31 ديسمبر 1964 الذي أوجب الشكل الرسمي في بعض التصرفات بعوض دون أن يوجب هذه الشكلية تحت طائلة البطلان، إذ وضعت لحماية المتعاقد الذي يتمسك بوجود الإثبات بهذه الطريقة، زيادة على الأغراض المالية البحتة التي كان يهدف إليها كوجوب دفع الثمن إجبارياً بين يدي الموثق.

لم يتضح موقف المشرع الجزائري إلا بعد صدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق،² المطبق ابتداءً من يوم 01 جانفي 1971، الذي أوجب الرسمية في التعاقد الوارد على العقار، ولم يعد بذلك للعقد العرفي أية حجية، وأوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان، فقد نصت المادة 12 منه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية. يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"

فهذه المادة أضفت حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقار، فلا يكفي توافر الرضا والمحل والسبب وأهلية إبرام العقود بل لابد من اتباع شكل معين يتمثل في الرسمية التي هي ركن للانعقاد ولصحة العقد.³

إلا أنه لم يخصص لها نصاً صريحاً في ق.م.ج الصادر في سنة 1975 بموجب الأمر 75-58، إلا أنه مر عليه مرور الكرام في المادة 71 والتي تخص الوعد بالبيع الوارد على العقار إذ تلزم الأطراف احترام الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً، ومن خلال هذه المادة، فإنّه أحالنا على

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 59.

² قانون 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر.ج. ج. عدد 41، صادر 08 مارس 2006.

³ أنظر الموقع التالي: منتديات التوجيهات القضائية، المنشور على الموقع:

http://procedurejudiciaire.blogspot.com/2010/04/blog-post_5856.html

تم الاطلاع عليه يوم 25 افريل 2016 على الساعة 04:00.

مواد سابقة ومنها المادة 12 من قانون التوثيق رقم 70-91، وكذلك الحال بالنسبة للمادة 793 من ق.م.ج التي توجب احترام الشكلية، لاسيما الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري حتى تنتقل الملكية العقارية.¹

إن كان ق.م.ج لم ينص صراحة في بداية الأمر على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي إلا أن هذه الإحالات على القوانين المعمول بها كافية للقول بأنّ المشرع قد جعل من الرسمية شرطاً أساسياً لانعقاد تلك التصرفات. وقد تأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر 75-74، المتضمن اعداد مسح الأراضي،² لاسيما المرسوم التطبيقي له المتعلق بتأسيس السجل العقاري. إذ نص في المادة 61 منه: "بأنّه يقدم على الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار".³

أمام عدم تخصيص نص خاص لإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني فإنّ ذلك قد شكّل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة و سرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني فأدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج أين أكدت صراحة على الرسمية كركن لانعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال حق الملكية العقارية وعلى كلّ ما يرد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية، وذلك عن طريق إثبات هذه التصرفات في محرر ينجزه موظف عام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ورتبت البطلان المطلق كجزاء على تخلفها.

فالرسمية تعتبر وسيلة لترقية المعاملات القانونية وضمانة قوية لاستقرارها نظراً لما تنطوي عليه من مزايا كثيرة يمكن حصرها فيما يلي:

قاعدة الرسمية تمكن الدولة من بسط مراقبتها على السوق العقارية قصد التقليل من المضاربة وتمكين الخزينة من تحصيل مدا خيل مالية.

¹ عبد الرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص 60.

² أمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

³ المادة 61 من الأمر 75-74، المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المرجع نفسه.

كما أنّ قاعدة الرسمية تضع بين يدي البائع والمشتري سندا قابلا للتنفيذ ولإجراء الشهر دون الحاجة إلى الحكم بتنفيذه.¹

ب- شرط الكتابة للإثبات في المواد المدنية

نص المشرع صراحة على شرط الشكلية حيث يراها لازمة لقيام العقد، ويترتب عن تخلفها بطلان التصرف،² وهذا ما نصت عليها المادة 324 مكرر 01 والمادة 883 ق.م.ج. وكذا يترتب عن تخلف الكتابة بطلان العقد رغم عدم اشتراط المشرع الصيغة الرسمية وهذا ما جاء في المواد 627، 615، 418 ق.م.ج.

كما يوجد كذلك شكلية أخرى غير مطلوبة للانعقاد، وتعتبر هي الأخرى قيد على إرادة الأطراف كما هو الحال في حماية بعض التصرفات كشرط الإثبات في بعض التصرفات القانونية حيث تنص المادة 333 قانون مدني الفقرة الأولى " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

هذا ما أيده القضاء الجزائري، حيث قضى المحكمة العليا في قراره الصادر يوم 13 جويلية 1988 في القضية المنشورة بين (القرض الشعبي الوطني الجزائري) و (ص ب ومن معه) بأنه من المقرر قانونا أن الكفالة لا يجوز اثباتها إلا بالكتابة و لو جاز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة، ومن ثمة فإن الثني عن القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب الرفض، ولما كان الثابت في قضية الحال أن عقد الكفالة لم يثبت بوثيقة كتابية، فإن

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 69.

أنظر أيضا الموقع التالي: منتديات التوجيهات القضائية، المنشور على الموقع:

http://procedurejudiciaire.blogspot.com/2010/04/blog-post_5856.html

تم الاطلاع عليه يوم 25 افريل 2016 على الساعة 00:04.

² قرار المجلس الأعلى رقم 68467 مؤرخ في 21 أكتوبر 1990، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 1992، ص 84.

قضاة الموضوع طبقوا القانون التطبيق الصحيح حين أخرجوا المطعون ضده من الخصومة باعتباره ليس كفيلا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.¹

يظهر الفرق بين الشكلية وقواعد الإثبات في أن الكتابة عبارة عن شكلية مطلوبة للانعقاد، يترتب البطلان في حالة تخلفها، أما الإثبات فهو يرد على تصرفات موجودة قانونا، وعليه إذا تخلف وجود التصرف لتخلف ركن الشكلية المتمثل في الكتابة يتعذر إثباته.²

ج- الكتابة في عقد التأمين

كذا فرض المشرع الجزائري الكتابة كاستثناء عن مبدأ الرضائية في عقد التأمين إذ اشترط صياغته في قالب شكلي وهذا ما نستنتجه في المادة السابعة (7) من الامر 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: " يُحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين، على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما،..."

منه يتبين أن التشريع الجزائري لم يحدد طبيعة الشكلية في عقد التأمين إذا كانت الكتابة رسمية أم عرفية، ولا من حيث الوسيلة والصياغة واللغة، إلا أنه جرى العمل بموجب نماذج مطبوعة ومعدة مسبقا يفرغ فيها العقد بكل شروطه من أجل الإثبات لا الانعقاد.

كما أن عقد التأمين يعتبره الفقه من العقود النموذجية التي لا يمكن للمتعاقد فيها أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له، فالصياغة الجاهزة هي قيد على حرية ورضائية المتعاقدين.³ أما في فرنسا فإنه لا توجد نصوص تشريعية تنظم كل العقود النموذجية، ولكن توجد بعض الهيئات والجهات الثلاثة التي تراقب وتنظم وتوجه هذه العقود. ففي نطاق عقود التأمين الفرنسية نجد أن الإدارة تملك سلطة واسعة في رقابة عقود التأمين النموذجية ووضع ضوابط لها،

¹ قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 56336، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1988، المجلة القضائية، عدد 4، 1991، ص 58.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 70.

³ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 18.

وذلك بتبني نماذج عقود التأمين الصادرة عنها، وضرورة تجنب وضع صياغة مبهمة أو غامضة أو تعسفية لبنود عقد التأمين.

أما في مصر فقد وضع المشرع تنظيماً محدوداً للشروط المطبوعة في نطاق عقد التأمين بما وجب القانون المدني المصري، حيث نصت المادة 750 الفقرة الثالثة منه على أنه: "يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط".¹

سبب وضع هذا النص هو اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان يتم عادة وضع المؤمن لشروط نموذجية يفرضها على المؤمن له، وما على هذا الأخير إلا الحق في قبولها أو رفضها كاملة وذلك دون مناقشة.²

د- الوضع في عقود أخرى

لم يكتف التشريع الوطني والمقارن بالحد من الرضائية في عقد التأمين بل تعداه إلى عدة عقود أخرى، فعقد الشركة مثلاً أوجب المشرع الجزائري الكتابة وفقاً لنص المادة 418 من ق.م.ج ونص أيضاً على وجوب إثبات العقود المؤسدة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلاً.³ كذا الرهن الرسمي، إذ عرفته المادة 882 من ق.م.ج بأنه "عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار بوفاء دينه..."، واشترط في المادة 883 ق.م.ج أنه يكون في ورقة رسمية وجاء النص كالتالي: "لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون".⁴ هذا ما يتضح من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 30 أبريل 1989 في القضية المنشورة بين (ب ف) ضد (ع ش) حيث قضت بأنه: "من المقرر قانوناً أن الوعد ببيع القاعدة التجارية يستوجب اثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بمخالفة للقانون والخطأ في تطبيقه غير مؤسس ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 69.

² المرجع نفسه، ص 70.

³ أنظر المادة 418 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

⁴ أنظر المادة 882 و 883 من ق من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المرجع نفسه.

الموضوع لما قرروا رفض دعوى المدعية التي طلبت من المدعي عليها تنفيذ الوعد ببيع القاعدة التجارية مستنديين في ذلك الى كون المدعية التي طلبت من المدعي عليها تنفيذ الوعد بالبيع القاعدة التجارية مستنديين في ذلك الى كون المدعية لم تقدم ما يبرر اتفاق الطرفين، من انعدام العقد الرسمي وفقا لما تشترطه المادة 79 من القانون التجاري يكونون بقضائكم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

عليه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فوجب على أطراف التعاقد مراعاة ذلك، وهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد به شكليا، حسب نص المادة 71 من ق.م.ج.²

حتى عقد الهبة لا يكون صحيحا الا إذا كان على شكل رسمي، وهذا ما نلاحظه في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على ما يلي: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتعد الحياة ومراعاة احكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".³

نفس الشيء بالنسبة لعقد المرتب مدى الحياة، حيث يشترط فيه أن يكون مكتوبا وهذا حتى يكون صحيحا، حسب نص المادة 615 من ق.م.ج، والتي تنص على ما يلي: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون إخلال بما يتطلب القانون من شكل خاص لعقود التبرع".⁴

كذا عقد الإيجار حيث يثبت عقد الإيجار كتابة تحت طائلة البطلان، نصت المادة 467 مكرر من ق.م.ج على أنه: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا".⁵

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 53630، الصادر بتاريخ 30 أبريل 1989، بين (ب ف) ضد (ع ش)، المجلة الأكاديمية، عدد 4، 1991، ص 145.

² أنظر المادة 71 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ ج.ر.ج. عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

⁴ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

⁵ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

ناهيك عن عقود في مجالات أخرى ومتعددة كالتالي تتعلق بالمواطن المختار للشخص الذي يجب إثباته بالكتابة وفقا للمادة 39 من ق.م.ج ، وكذا الشأن بالنسبة للشركات التجارية، فقد ألزم المشرع الجزائري كتابة عقودها بنص المادة 545 من القانون التجاري، وكذلك عقد الزواج بنص المواد 18 من قانون الأسرة إذ اشترط تسجيله امام موثق او موظف عمومي، وذلك وفق شروط الحالة المدنية،¹ ولا يصح اثباته الا بمستخرج الحالة المدنية ان سجل أو بحكم قضائي،² وكذلك الوصية بالمادة 191، والوقف بنص المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري، إلى غير ذلك من التصرفات القانونية التي أوجب التشريع كتابتها وفق مواد متفرقة من فروع القانون الخاص.

الفرع الثاني

تقيد الإرادة في التشريعات الخاصة

قد تطرأ على الارادة جملة من القيود ولعل أهم هذه القيود التي تتواجد في عقد العمل (أولا)، وقانون حماية المستهلك (ثانيا).

أولا: في مجال عقد العمل

تفرض طبيعة هذه العقود اختلاف في مركز طرفي العلاقة فيكون صاحب العمل في مركز اعلى، وتكون له سلطة اصدار الاوامر في حين يكون العامل في مركز أقل يتلقى الاوامر وينفذها.

لأجل هذا فقد قيل إن عقد العمل الجماعي هو من قبيل العقد الجبري، الذي لا تقوم الارادة فيه بأي دور.³

¹ تنص المادة 21 من أمر رقم 84-11، متعلق بقانون الاسرة الجزائري على أنه: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج."

² تنص المادة 22 من القانون الأسرة، مرجع سابق على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

³ بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص34.

رغم امتياز عقد العمل بالإجبارية إلا أنه قد وجدة حرية ضئيلة وذلك بإمكانية العامل لعدم الخضوع للعمل (العقد)، وهذا ما أدى الى تدخل الدولة بوضع قواعد الحد للممارسات التعسفية.¹ قد وردة قيود على حرية التعاقد على العمل تتفرد أساسا لتقييد حرية صاحب العمل في التعاقد على العمل أو رفضه في تحديده، وهي قيود عديدة ومتنوعة وتختلف باختلاف الاعترافات التي تتأسس عليه هذه القيود.² لذا نجد رغبة المشرع في محاربة البطالة وإتاحة الفرصة للجميع، وذلك بالنظر في المادة 6 الفقرة الثالثة من القانون 90-11 كحماية العمال من أي تمييز عنصري وكذلك من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم أو استحقاقهم³

المشرع على خلاف القواعد العامة لم يترك للمتعاقدين وخاصة صاحب العمل أي قدرة وذلك بتشريع أحكام آمرة تحكم العقد في إبرامه، وفيما يجوز له أن يفرضه على العامل من شروط في حقه في إجراء إنهاء علاقة العمل، وذلك حتى لا يقع العامل في فعل تعسفي، من جانب صاحب العمل.⁴

¹ حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الحقوق والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص64.
² كمال مخلوف، أحكام تشريع العمل-أي ذاتية؟، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، عدد 02، 2011، ص150.

³ تنص المادة 03 من القانون 09-11، المتعلق بعلاقات العمل، على أنه " يحق للعمال أيضا، في إطار علاقات العمل، ما يأتي:

- التشغيل الفعلي،
 - احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامتهم،
 - الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم،
 - التكوين المهني والترقية في العمل،
 - الدفع المنتظم للأجر المستحق،
 - الخدمات الاجتماعية،
 - كل المنافع المرتبطة بعقد العمل ارتباطا نوعيا."
- ⁴ كمال مخلوف، مرجع سابق، ص150.

لحد من هذه الممارسات التعسفية تدخل المشرع وذلك بإضفاء الطابع التنظيمي على العلاقات التعاقدية بين العامل والهيئة المستخدمة وتتصرف اغلب هذه القيود غالبا على صاحب العمل.¹ نجد أن المشرع الجزائري في المادة 135 من علاقات العمل اعتبر كل علاقة غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به باطلة وعديمة الاثر، كما أضاف المادة 136 من نفس القانون على "كون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للإحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".²

وقد قسم المشرع هذا القانون الى فصلين الاول لحقوق العمال والثاني لواجباتهم.

لذا رغم أنه في الأصل لا تفرقة في شأن حرية العمل وحرية التعاقد بين الرجل والمرأة، مع ذلك هناك فئة من الاعمال لا تلائم طبيعة النساء ولا تتناسب مع قدرتهم البدنية، كما أنه هناك أعمال أخرى قد تعود عليها بالضرر من الناحية الصحية أو البه الاخلاقية،³ وهذا ما جاء في المادة 29 من القانون السابق على منع التعاقد (تشغيل) العاملات في فترة ليلية، ويحق للعامل يوم كامل للراحة ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك.⁴

يعتبر عقد العمل من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للعام، و لذلك يجب بلوغ العامل سن الرشد، ولكن هذا ربما يكون سببا من أسباب تفاقم البطالة، لذا تدخل المشرع لفرض أهلية خاصة و ذلك لاعتبارات اقتصادية واجتماعية⁵ وذلك بتحديد سن التوظيف ب16 سنة⁶،

¹ حسان نادية، علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري، تكريس ثنائية حرية التعاقد والناظر القانوني، مجلة دراسة قانونية، جامعة تلمسان، عدد 4، 2007، ص177.

² حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بغداد، 2009، ص329.

³ تنص المادة 29 من القانون 09-11، المتعلق بعلاقات العمل على أنه "يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية. غير أنه يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا أن يمنح رخصة خاصة، عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل".

⁴ تنص المادة 33 من القانون 09-11 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "حق العامل في الراحة يوم كامل في الأسبوع. وتكون الراحة الأسبوعية العادية في ظروف العمل العادية يوم الجمعة".

⁵ كمال مخلوف، مرجع سابق، ص151.

⁶ تنص المادة 15 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: "لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشر سنة (16) إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

كذا لا تصح تشغيل القاصر دون موافقة ولصيه الشرعي،¹ وذلك طبقاً لنص المادة 44 من ق.م.ج إذ تكون أهلية القاصر أهلية أداء قاصرة أو مقيدة ما يعرف بأهلية الشخص لممارسة وإصدار بعض الاعمال القانونية دون بعضها الأخرى، مثل الاشغال الخطيرة والتي تنعدم فيها النظافة المضرة لصحته.²

رغم تعدد التشريعات التي أصدرت بشأن العمل والعمال، فقد أغفلت الدولة لزمن طويل مشكلة من أهم المشاكل المتعلقة بالعمل، وأولاهما برعاية الدولة، وهي مشكلة تشغيل وتأهيل المعوقين، من أجل دمجهم في مجتمعهم وجعلهم قادرين على المساهمة في العملية الانتاجية.³ لذا ألزم المشرع بتوفير مناصب عمل للمعوقين وقد حددها عن طريق التنظيم.

كما أحاط المشرع حماية قانونية للأجور ومختلف التعويضات والامتيازات المالية المقررة للعامل، التي ترجمتها مختلف القوانين العمالية في الجزائر.⁴ لاسيما فيما يتعلق بالتنازل عن أجره العامل سواء بإرادته، أو بدونها حيث اعتبر هذا التصرف باطلاً وعديم الأثر مهما كانت الأسباب والأهداف.⁵

تعتبر مدة العمل مهمة جداً لأنها من جهة هي الوقت الذي يقوم به الأجير بتنفيذ العمل المتفق عليه لحساب صاحب العمل،⁶ وتكون هذه المدة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً مع مقدار الأجر⁷

¹ تنص المادة 16 من القانون 09-11، المتعلق بعلاقات العمل على أنه " يجب على المؤسسات المستخدمة أن تخصص مناصب عمل للأشخاص المعوقين وفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم".

² كمال مخلوف، مرجع سابق، اقتبس من السنهوري، مرجع سابق، ص319.

³ حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص333.

⁴ سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في التشريع الجزائري-مبادئ قانون العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص64.

⁵ أنظر المواد 141 إلى 143 من القانون رقم 78-12، مؤرخ في 05 غشت 1978، يتضمن القانون الاساسي العام للعمال، ج.ر.ج.ج العدد 32، الصادر بتاريخ 08 أوت 1978.

أنظر أيضا المواد 80 إلى 90 من القانون 09-11، المتعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

⁶ ANTOIRE cristan, Droit de travail, 3eme Edition, Hachette, 2007, page 49.

⁷ محمد رياض ديمان، النظام العام في علاقة العمل (دراسة مقارنة)؛ المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015، ص163.

وهذا ما يظهر في تحديد ساعات العمل في المادة 21 و27 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.¹

حصر المشرع الجزائري الشروط الموضوعية لتشغيل الأجانب في شرطين أساسيين يتمثل الأول في اثباته لمستوى التأهيل المطلوب، حيث يجب التأكد قبل اللجوء الى العمال الأجانب، حيث أنه لا يمكن شغل المنصب من قبل عامل جزائري. نظرا لانعدام المؤهل للاختصاص المطلوب مع عدم امكانية انتظار نتائج فترات التكوين التي يمكن اللجوء إليها، أو التي تكون حيز التنفيذ وبالتالي يشترط في العامل المرشح لمنصب معين أن يكون حائزا على الشهادات والمؤهلات المطلوبة في المنصب أو العمل المقصود،² وهذا ما تطرأ اليه المشرع في المادة 21 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

كما يظهر الطابع التنظيمي لعلاقات العمل في النظام الداخلي والذي ينفرد رب العمل بوضعه،³ ويلزم العامل باحترامه وتطبيقه.⁴ وتعد الاتفاقيات الجماعية للعمل مجالا آخر تحد فيه حرية العامل ويتجسد فيها بوضوح الطابع التنظيمي، وهذا حسب نص المادة 127 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل.

أما المادة 134 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل. فهي تنص على الجزاءات المترتب على مخالفة مضمون الاتفاقية الجماعية للتشريع⁵ حيث تنص على ما يلي "إذا لاحظ مفتش العمل أن اتفاقية جماعية أو اتفاقا جماعيا مخالف(ة) للتشريع والتنظيم المعمول بهما، يعرضها (يعرضه) تلقائيا على الجهة القضائية المختصة".

¹ تنص المادة 21 من القانون 90-11، المتعلق بعلاقة العمل: "يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة، وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما".
والمادة 27 من قانون علاقة العمل، مرجع سابق على أنه: "يعتبر كل عمل ينفذ ما بين الساعة التاسعة ليلا والساعة الخامسة صباحا عملا ليليا. تحدد قواعد وشروط العمل الليلي والحقوق المرتبطة به عن طريق الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية".

² ميلودي فاطمة الزهراء، كرتل فضيلة، الإطار القانوني لتشغيل الأجانب في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون ضمان اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014-2015، ص 13.

³ عمري ليندة، أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص75.

⁴ انظر المادة 75 الى 79، القانون 90-11، المتعلق بعلاقات العمل، مرجع سابق.

⁵ عمري ليندة، أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص75.

ثانياً: في مجال حماية المستهلك

مما لا شك فيه أن الاستهلاك يعد جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية من مأكلاً وملبس، استخدام الآلات، السكن... الخ

كما أن التطور المستمر الذي يشهده العالم في المجال الصناعي والعولمة التي أدت إلى ترويج أنماط وقيم استهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة أدى إلى زيادة حمى الاستهلاك.¹ إلا أن تزايد الطلب على السلع، واحتكارها من طرف المستخدمين، مما أدى إلى ظهور اختلال في الحالة التعاقدية بين المنتجين والموزعين من جهة والمستهلك من جهة أخرى.² يعرف الاستهلاك بأنه إحدى العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات.³

أما المستهلك فقد عرفه علماء الاقتصاد بأنه الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته وليس بهدف تصنيع السلع الأخرى.⁴ وللمشرع الجزائري كذلك لمسته في إعطاء تعريف للمستهلك، وأول ما تم كان بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.⁵ ذلك في إطار تحديد وتوضيح المفاهيم والمصطلحات الواردة في القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.⁶

¹ بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر - دور وفعالية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2013-2012، ص 14.

² عمري ليديّة-أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص 75.

³ عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 17.

⁴ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود - دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 21.

⁵ مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة وخضم الغش، ج.ر.ج. عدد 05، الصادر بتاريخ عدد 31 يناير 1990.

⁶ قانون 89-02، مؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج. عدد 06، صادر بتاريخ 08 فبراير 1989، (ملغى).

حيث جاء في نص المادة 2 فقرة 9 منه ما يلي: "...المستهلك كل شخص يقتني بئمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيطى أو النهائي لسد حاجياتهم أو حاجات شخص آخر، أو حيوان مكلف به".¹

فمن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع قد وسع من نطاق الحماية عندما اعتبر المستهلك الوسيطى من بين الأشخاص الخاضعين لقانون الاستهلاك، ومن جهة أخرى فهو يقع في تناقض، فالاستغلال الوسيطى هو موجه لصنع السلع بينما الاستهلاك موجه لسد الحاجات العائلية والشخصية.²

لكن سرعان ما تدارك الوضع وذلك في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بإعطاء تعريف آخر للمستهلك: "المستهلك هو كل شخص طبيعى أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".³ وبصور القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عرف المشرع المستهلك في المادة 03 فقرة 2 من هذا الأخير على انه: "المستهلك: كل شخص طبيعى أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".⁴

نظراً لامتياز المستهلك بأنه الطرف الضعيف في العقد، سواء لحاجته الملحة للتعاقد، أو لجهله لمكونات السلع وتركيباتها، أو لكون المنتج محتكراً للسلعة أو الخدمة، والمستهلك مجبر على التعاقد، وكذا لكون الاستهلاك من عقود الاذعان، فهذا استبعاد كلي لمبدأ سلطان الإرادة وما تقوم عليه من أسس،⁵ لهذا الشأن اكتسى القانون 09-03 أهمية بالغة لاسيما وأنه سيجمع الطابعين الوظيفي والجزائي، فهو ذو طابع وظيفي كونه يستهدف حماية فئة بعينها هي فئة

¹ ج.ر.ج. عدد 06، صادر بتاريخ 08 فبراير 1989،

² نوال بلحشر، مرجع سابق، ص20.

³ المادة 03 من قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج. عدد 41، صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

⁴ قانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

⁵ عمري ليدية، أوقاسي نصيرة، مرجع سابق، ص76.

المستهلكين تجاه فئة أخرى هي فئة المهنيين، وهاتان الفئتان هما اللتان يتحدد من خلالهما النطاق الشخصي لتطبيق قانون حماية المستهلك بما تضمنه من حقوق والتزامات، كما أنه ذو طابع جزائي كونه يرتب عقوبات جزائية عند مخالفة أحكامه مما يجعل من تحديد نطاق تطبيق هذا القانون أمرا ضروريا لتحديد نطاق التجريم الوارد فيه، وعليه فإن ضبط نطاق التطبيق بأبعاده المختلفة يحقق الأمان القانوني للأشخاص من خلال معرفتهم مقدما وعلى نحو منضبط القواعد القانونية التي تحكم علاقاتهم سيما إذا ما تعلق الأمر بقواعد ذات طابع جزائي.¹

نص المشرع على إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع في الفصل الرابع من المادة 13 إلى المادة 16 من قانون حماية لمستهلك وقمع الغش رقم 09-03 وعرف الضمان في المادة الثانية منه: "الضمان: التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقت".²

كما نظم المشرع الجزائي أحكام الضمان بالمرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.³

حيث تضمنت المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات حق الضمان القانوني لمصلحة المستهلك في مواجهة المحترف، حيث ألزمت المحترف بضمان سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له حتى لدى تسليم هذا المنتج،⁴ كذلك خولت للمستهلك حق تجربة المنتوجات والخدمات.⁵

¹ صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2013-2014، ص 43.

² انظر المواد 13 14 15 16، من القانون 09-03، المتعلق بحماية المستهلك، مرجع سابق.

³ مرسوم تنفيذي رقم 90-266، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، معدل ومتمم، ج.ر.ج. عدد 40، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

⁴ صياد الصادق، مرجع سابق، ص 43.

⁵ المرجع نفسه، ص 44.

في حالة وجود عيب في المنتج ألزم المشرع الضامن أو المتدخل بتنفيذ الضمان وفق ثلاثة أوجه إصلاح المنتج أو استبداله أو رد ثمنه، وقد فرض المشرع هذه الضمانات حماية لمصالح

المستهلك المقتني للمنتج أو الخدمة باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المتدخل.¹

لقد ألزم المشرع المتدخل بضمان المنتج أو الخدمة المقدمة للمستهلك بقوة القانون من أجل حمايته في حال ظهور عيب بالمنتج، إذ يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتاداً أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان أيضاً للخدمات.² فنجد في القانون المدني أنه يجيز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء، باستثناء حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، وذلك بموجب المادة 384 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".³

لقد نص المشرع في المادة 04 من قانون حماية المستهلك على أنه: "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك، احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسهر على ألا تضر بصحة المستهلك...".

من خلال هذا النص ألزم المشرع المتدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك بضرورة بذل العناية المطلوبة للحيلولة دون وجود عيب أو خطر يهدد أمن وسلامة المستهلك.⁴ ولعل إعادة التوازن في عقد الاستهلاك تعد من أهم صور هذه الحماية، وخاصة من الممارسات التجارية الغير مشروعة، حيث منع المشرع من خلال القانون ممارسات غير نزيهة تتعلق بحرية التعاقد، حين امتناع التاجر للبيع أو تأدية الخدمة إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، وذلك دون مبرر شرعي.⁵

¹ صياد الصادق، مرجع سابق، ص 61.

² المادة 13، من مرسوم تنفيذي 90-266، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، مرجع سابق.

³ ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

⁴ صياد الصادق، مرجع سابق، ص 84.

⁵ حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والنقيد، مرجع سابق، ص 67.

فعرض السلع أو الخدمات في واجهات المحلات مع بيان أثمانها تعتبر إيجاباً صريحاً، ويبقى ملزماً بها إلى غاية نفاذ البضاعة أو أية وسيلة تعبر عن عدوله.¹

نص المشرع في المادة 59 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة،² والمعدلة بموجب القانون 04-02 على أنه: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع. ويمنع بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع وكانت الخدمة متوفرة."³

¹ حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مرجع سابق، ص 84.

² أمر 95-06، مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 9، صادر بتاريخ 22 فبراير 1995. معدل ومتمم بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 متعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. عدد 64، صادرة بتاريخ 16 أكتوبر 2003.

³ ج.ر.ج. عدد 41، صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

المبحث الثاني

تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد

سبق القول إنه طبقاً للقوة الملزمة للعقد فإنه لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق أطرافه، أي أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد أو إنهائه، غير أن المشرع نظراً لاعتبارات العدالة والصالح العام منح للقاضي في بعض الحالات استثناءاً على القاعدة العامة سلطة تعديل العقد أو إنهائه. سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من الموضوعات التي تكتسي أهمية خاصة في فقه القانون المدني، وقد أثارت ولا زالت تثير الكثير من الجدل والنقاش باعتبارها في رأي معارضيه تعد انتقاصاً للحرية التعاقدية إذ أنها تشكل قيوداً على حرية الأفراد في تعاقداتهم وسبباً يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المدنية.¹

يكون هذا التدخل عندما يخول المشرع للقاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد.²

القاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينتقص مما اتفق عليه المتعاقدان، هذه بصورة عامة الصورة التي انتهت إليها مبدأ سلطان الإرادة.³

مثالاً على الحالة الأولى (وهي التوسع في مضمون العقد) ما وصل إليه القضاء من مرحلة أكثر إيجابية، وذلك بفرضه على أحد المتعاقدين التزاماً بضمان سلامة المتعاقد الآخر، خصوصاً في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزماً حتى دون اتفاق مسبق بضمان سلامة المسافر، وهذا يعني أن القضاء يضيف إلى العقد التزاماً لم يكن محل اتفاق المتعاقدين أو حتى لم يفكر به.⁴

¹ بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سلبق، ص 20.

² عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، العراق، 1981، ص 71.

³ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط 2، العراق، 1963، ص 36.

⁴ أحمد حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص 48.

المطلب الأول

سلطة القاضي في التعديل في مرحلة تكوين العقد

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل في مرحلة تكوين العقد، والتي تكون فيها تفاوت فاضح في الالتزامات كسلطته في تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان (الفرع الأول)، ورفع الغبن (الفرع الثاني)، كذا وأخيرا نظرية تحول العقد وإنقاصه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان

الأصل في التعاقد أن يتم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه. وهذا هو عقد المساومة الذي يكون فيه توافق الإرادتين نتيجة مساومة بين طرفين متساويين، يؤدي كل منهما دورا في إبرام العقد مساويا للدور الذي يؤديه الآخر.

هناك نوع آخر من العقد يختلف عن هذه القاعدة، فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط ولا يكون أمام الطرف الثاني إلا أن يذعن لها ويقبلها أو يرفضها كما هي، ويكون قبوله لها بالتسليم والإذعان وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 70 من ق.م.ج بعبارة "بمجرد التسليم..."¹، بمعنى أدق أن التعاقد في عقود الإذعان يتم بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ثم قبول الطرف المذعن الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة، لأن الموجب وحده هو الذي يحتكر توريد السلعة أو الخدمة أو أن عرضه أفضل أو لغير ذلك.²

عقود الإذعان لا تقتصر على العقود المكتوبة وإنما يلحق وصف الإذعان حتى العقود الشفوية، لكن نظرا لأهمية وحجم المعاملات التي يقع عليها ومدتها فإنه غالبا ما يكون مكتوبا

¹ سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008، ص22.

² محمد شريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص36. وسواسي نزهة، مرجع سابق، ص22. ودلال-حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص25.

يعد المحترف سلفاً ويعرضه على زبائنه، أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها، ويتضمن هذا العقد شروطاً عامة ترد في قائمة ترفق مع العقد الذي يحيل إليها صراحة أو ضمناً.

كما يتخذ صورة عقد نموذجي مكتوب تتضمنه وثائق مطبوعة يوقع عليها المستهلك، وقد يتخذ صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في محلات استقبال الجمهور كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين.

هكذا فالقاسم المشترك بينها هو وجود نص مكتوب مسبقاً من قبل محترف، يتوجه بفرضه على مجموعة من الأفراد.¹

تجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان دون وضع تعريف له، من ذلك المشرع الجزائري اكتفى بالحديث عن كيفية التراضي عن عقد الإذعان. ولم يعط له تعريفاً دقيقاً ومفصلاً، يسمح لنا بتحديد خصائصه، في المادة 70 من ق.م.ج الذي أورد كيفية حصول القبول فيها بقوله "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

لقد سمي هذا النوع من العقود بعقد الإذعان. وأول من أستعمل مصطلح (Contrat d'adhésion) هو الفقيه الفرنسي سالي. وهذه الكلمة مشتقة من فعل (adhérer) ومعناه أن يوافق شخص على قرار أتخذه غيره، أما الاصطلاح العربي هو "إذعان" فيه معنى الخضوع والطاعة وهو من هذا الوجه يميز هذا النوع من العقود تمييزاً كافياً عن عقود المساومة وقد عرفه عبد المنعم فرج الصده، أنه العقد الذي يسلم فيه بمحتوى التعاقد الذي يضعه الموجب لا يقبل مناقشة فيه كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته.²

¹ بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص 25. ومحمد بودالي، مرجع سابق، ص 14.

² نقلاً عن بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص 25.

على كل فإنه يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة وجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة.

على الرغم من هذا التعريف الجامع المانع، يستحيل تعداد عقود الإذعان على سبيل التحديد إذ أن الكثير من العقود يصلح لأن يصبح عقد إذعان متى توافرت الشروط المطلوبة في الإذعان. ومع ذلك فإنه يوجد عدد من العقود يتسم بصورة شبه مستمرة بالإذعان وهي على سبيل المثال لا الحصر، عقد العمل في الصناعات الكبرى ولدى الشركات، عقد التأمين، عقد النقل البري عقد النقل البحري، عقد النقل الجوي، عقد الاشتراك في الكهرباء والمياه والغاز والهاتف والبريد.¹ قد منح المشرع للقاضي سلطة تعديل عقد الإذعان طبقا لنص المادة 110 من القانون ق.م.ج على أنه: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن تعدل هذه الشروط، أو يعفي الطرف المدعي منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...».

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، يتبين لنا أن المشرع قد أشتراط شرطين، يلزم توافرها، حتى يتسنى للقاضي أعمال سلطته الاستثنائية في تعديل عقد الإذعان وهما: وجود عقد إذعان وتضمن هذا العقد لشروط تعسفية مرهقة للطرف المذعن التي يفرضها عليه المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة، ولا يجب للأطراف الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة وكل مثل هذا الاتفاق يكون باطلا. فمن حق الطرف المذعن أو المستهلك اللجوء إلى القضاء وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وهو حق يتعلق بالنظام العام.²

بعد تحقق القاضي من أن العقد قد تم بطريقة الأذعان، ينتقل القاضي الى مرحلة ثانية وهي ان توفرت الشروط التعسفية لعقد الأذعان، وحين تحقق هاذين الشرطين يحق للقاضي العمل بالمادة

انظر أيضا: عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 35.

¹ نقلا عن، بريك دلال-حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص 25.

² بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص 28.

110 من القانون المدني، إذ له السلطة الكاملة أن يعدل هذا الشرط أو الشروط التعسفية، أو حتى ان يعفي الطرف المذعن من هذه الشروط، والسلطة التقديرية للقاضي.¹

يتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية بالطريقة التي يراها مناسبة، فله سلطة إلغاء شرط أو يزيد من التزام الطرف الآخر بما يحقق التوازن، وكذا يمكن أن يعدل شرط جزافي مبالغ فيه، أو إزالة الغبن عن الطرف الضعيف.

الإجراء الأكثر جرأة يكون بإلغاء الشروط التعسفية، ويكون سلاحاً قوياً في يد القاضي، ويعفي الطرف المذعن، ويكون هذا الأثر مخالف لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

القاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر على تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام بالمقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، وذلك يكون في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة وإعفاء الطرف المذعن منه.²

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد للغبن والاستغلال

قد سبق إن عرفنا الغبن والاستغلال، يتبين من نص المادة 90 من ق.م.ج أن الاستغلال قائم على عنصرين وهما:

العنصر المادي أو الموضوعي: يتحقق هذا العنصر حسب المادة 90 فقرة الأولى من ق.م.ج إذا ما كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً بالنسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، وهو اختلال التعادل الفادح كون أن التزامات أحد المتعاقدين لا يتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة أو مع التزامات المتعاقد الآخر، لا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلاً، بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحاً كالبيع بثمن زهيد، تحمل التزامات غير متكافئة مع التزامات الطرف المستغل، ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء.³

¹ سواسي نزهة، مرجع سابق، ص 28.

² المرجع نفسه، ص 31.

³ مندي اسيا يسمين، مرجع سابق، ص 67.

العنصر النفسي أو المعنوي: هو أن يستغل المتعاقد الآخر في المغبون طيشا بينا أو هوى جامح، والطيش هو الخفة التي تتضمن التسرع وسوء التقدير، أما الهوى فهو الميل الذي يتضمن غلبة العاطفة وضعف الإرادة التي تجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة وهو الانسياق وراء ما تشتهي النفس دون التبصر بما ينتهي إليه المصير.

ولا يكف الطيش البين أو الهوى الجامح بل لابد أن يستغل الطرف الآخر هذا الضعف لحمل المتعاقد على إبرام التصرف الذي أدى إلى غبنه، والاستغلال يلحق عقود المعاوضات وعقود الغرر (العقود الاحتمالية) وعقود التبرع، وهذه الأخيرة هي المجال الكبير لإعمال نظرية الاستغلال.¹

فقد جعل المشرع الجزائري للمتعاقد إذا توفرت عناصر الاستغلال الحق في أن يطعن في العقد، وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يرفع به الغبن بدلا من طلب الإبطال، والخيار بين هاذين الجزاءين متروك لمطلق تقدير للقاضي وهذا حسب نص المادة 90 فقرة 01 من ق.م.ج.²

تسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، وهو ما تقضي به المادة 90 فقرة الثانية من ق.م.ج، وتعتبر هذه السنة ميعاد السقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا تقبل الوقف أو الانقطاع.

الفرع الثالث

نظرية تحول العقد وإنقاصه

نعني بتحول العقد هو تحوله من عقد باطل الى عقد صحيح أدنى منه الى الذي يندم فيه ركن الثمن فهذا يبطله لكن قد يتحول الى عقد صحيح كالهبة متى استوفت كل الشروط. وأشار الى هذا التحول للعقد في المادة 105 من ق.م.ج،³ حيث ان نظرية تحول العقد قد تأثر

¹ سواسي نزهة، مرجع سابق، ص22.

² بلحاج لعربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 132.

³ تنص المادة 105 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج على ما يلي: "إذا كان العقد باطلا أو قابل للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد."

على إرادة المتعاقدين، إذ الإرادة المعلنة قد انصرفت إلى العقد الباطل فإن إرادتهما المحتملة كانت تنصرفا إلى العقد الآخر أي الصحيح لو أنهما اكتشفا هذا البطلان.¹ بحيث يكون هذا العقد الجديد عقدا صحيحا بقوة القانون، ويرتب آثاره التي تنفذها أطراف العلاقة العقدية، بحيث يجب عليهم الالتزام بواقعة التعاقد الأولى الواقعة باطلة، فعدم الالتزام يؤدي الى عدم إمكانية التحول، فعليهم الخضوع لأحكام وشروط هذا العقد.²

لتطبيق هذه النظرية يجب توفر شروط ذاتية لذلك وهي النية المقصودة، فهناك من يرى أن النية الاحتمالية هي الأنسب، المتمثلة في أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين أي إرادتهما قد انصرفت الى الارتباط بالعقد الآخر غير العقد الأصلي (الباطل). وهذا ليس معناه وجوب نية احتياطية، كما ذهب إليه أنصار الإرادة الباطنة، حيث نكون إرادة الطرفين الى عقد باطل في الأصل، وعقد صحيح على سبيل الاحتياط.³

هناك من يرى عكس ذلك، إذ أن فكرة التحول تطبق حسب النية الافتراضية، وهذه النية منسوبة للقاضي الذي يفترض أن نية أو إرادة المتعاقدين تتجه إلا العقد الصحيح من خلال نية تصورية غير حقيقية تسعى الى تحقيق الهدف الاقتصادي للمتعاقدين من واقعة التعاقد. في إنشاء هذه النية يراعي القاضي مجموعة من الظروف التي صاحبت عملية التعاقد، فتدخل القاضي تكملة ضرورية لإرادة الشارع لا يقتصر فقط على تحقيق العدالة، بل يمتد إلى تحقيق العدل بين أفراد المجتمع بتغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد.⁴

المطلب الثاني

تدخل القاضي أثناء تنفيذ العقد

الأصل في العقد هو أنه في حالة اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية وصحة كل أركانه، سيكون ملزم للطرفين، إذ لا يجوز لا نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، ولم يخول المشرع في

¹ بريك دلال، حمر العين فيصل، مرجع سابق، ص32.

² امينة لرجم، مرجع سابق، ص89.

³ المرجع نفسه، ص 75.

⁴ امينة لرجم، مرجع سابق، ص78،77.

للتدخل في تعديل مثل هذه العقود، إلا أنه في حالة تغير ظروف التي ابرم فيها العقد وذلك بحدوث ظرف طارئ لم يكن في الحسبان، وخاصة العقود المستمرة والمتراخية التنفيذ. وخروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة قد منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن في العلاقات التعاقدية. بحيث يجب عليهم الالتزام بواقعة التعاقد الأولى الواقعة الباطلة، فعدم الالتزام يودي الى عدم إمكانية التحول فعليهم الخضوع لأحكام وشروط هذا العقد.

الفرع الأول

مراجعة مضمون العقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئة

قد تظهر ظروف جديدة عند وصول أجل تنفيذ العقد، بسبب حادث غير متوقع فيصعب تنفيذ العقد للطرفين، وقد يصل الى الاضرار بالمدين وخسارته، ففي هذه الحالة تستلزم تدخل العدالة للتخفيف من الخسائر وهذا ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة وما يهمنها هو سلطة القاضي في تعديل العقد في ظل هذه الظروف.¹

لذا سندرس في هذا الفرع تعريف النظرية وشروط تطبيقها وثانياً سلطة القاضي في ظل الظروف الطارئة.

أولاً: تعريف النظرية وشروط تطبيقها

أ-التعريف بالنظرية

هي عبارة عن حوادث استثنائية ومفاجئة لم تكن في الحسبان عند التعاقد، تجعل وفاء المدين بالتزامه مرهقاً يؤدي الى خسارة فادحة.² ومثال ذلك ابرام عقد بين مستشفى وصيدلي لتزويدها بالأدوية إلا أنه لظروف فجائية قد ازداد ثمن الأدوية، وتنفيذ الالتزام في هذه الظروف تتسبب بخسائر فادحة للمزود، ولهذا يمنح القانون لهذا المدين الحق في طلب رد هذا الالتزام إلى الحد المعقول من طرف القضاء.³

¹ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص302

² المرجع نفسه، ص 302.

³ حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص231.

قد نص المشرع الجزائري على أحكام هذه النظرية في نص المادة 108 الفقرة الثالثة من ق.م.ج على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعات لمصلحة الطرفين أي يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول".¹

ب - شروط تطبيق النظرية

يمكن استخلاص هذه الشروط من خلال نص المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج وهي أن يتعلق بالعقد وهو أن يوجد التزام تعاقدى متراخي التنفيذ والثاني وجود الظرف أو الحادث وأن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام، والثالث بأثر هذه الظروف وهو أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.²

1- أن يوجد عقد متراخي التنفيذ

ومعنى هذا وجود فارق زمني بين لحظة انعقاد العقد والبدأ في التنفيذ،³ وأن تكون طبيعة العقد من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد بطبيعته من عقود المدة مثل عقد الإيجار، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل (عقد التوريد)، أما العقود الأخرى المنفذة فور انعقادها فلا يأخذ في شأنها بهذه النظرية.⁴

¹ أنظر المادة 108 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص238.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 524.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص255-256.

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ

هو الحادث الغير مألوف ويكون نادرا ما يقع فهو لا يقع في الظروف العادية كالزلازل أو الفيضانات... الخ، ويجب أن يؤثر على كافة الناس أو على الأقل فئة معينة، بمعنى أنه لا يمس فقط المدين وحده كحالة الإفلاس أو اتلاف أملاكه، إذ يكون هذا الحادث عاما.¹ يجب أيضا أن يكون غير متوقع، إذ لا يمكن لا حسبانه ولا يمكن توقعه عند إبرام العقد، وتكون مسألة التوقع أو غير التوقع مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.²

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا

يعتبر هذا الشرط جوهر هذه النظرية، باعتبار أنه يحدث أثر على الالتزام العقدي، يجعل هذا الحادث الالتزام مرهقا للمدين،³ ولا يجب أن يؤدي الحادث الى استحالة تنفيذ الالتزام إذ يكون بصدد قوة قاهرة التي تؤدي إلى إنقاص الالتزام وانفساخ العقد، ولا يكفي أي إرهاب بل يجب أن تكون هناك خسارة فادحة تلحق بالمدين، فالمشرع خول للقاضي السلطة التقديرية لتقدير شرط الإرهاب.⁴

وينظر إلى إرهاب المدين للصفقة التي أبرم في شأنها العقد فتتسبب هذه الخسائر لهذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين، مثلا إذا كان التعاقد مع حكومة، جاز لها أن تتمسك بهذه النظرية، إذا كانت تهددها بخسائر فادحة، ولأن كانت الخسائر شيئا سهلا بالنظر الى ميزانيتها الضخمة، ومنه يظهر أن الإرهاب معيار موضوعي بالنسبة الى الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى الشخص المدين.⁵

¹ حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، مرجع سابق، ص 81.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص 241.

³ سواسي نزيهة، مرجع سابق، ص 10.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 27.

⁵ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 327.

ثانياً: مدى سلطة القاضي لتعديل العقد في ظل الظروف الطارئة

من خلال المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج تتضح شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وفقاً لما ذكرناه سابقاً فإنه يترتب أثرها. والقاضي في هذا التعديل ليس له سلطة الحد على كل الخسائر التي تصيب المدين، إنما يقتصر الحد المعقول وله السلطة التقديرية.¹ إذ يظهر أنه لم يحدد المشرع الجزائري طريقة محددة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فله سلطة تقديرية لتعديل الالتزام المرهق كصورة من صور التعديل، أو زيادة التزام الطرف الآخر (الدائن)، أو أن يوقف تنفيذ العقد لفترة معينة.

يجوز القاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ، ولكن بشرط أن يكون مؤقتاً،² ومثال ذلك أن يتعهد مقاول ببناء مبنى، إلا أنه ترتفع ثمن مادة من مواد البناء، ارتفاعاً فاحشاً، لكن هذا الارتفاع مؤقت سيزول، فهنا يمكن للقاضي أن يأمر بوقف التزام المقاول حتى يفي بالتزامه دون إرهاب، إذا كان هذا القرار لا يلحق بضرر جسيم لصاحب البناء، وتتص المادة 2/281 من القانون المدني بأنه: "غير أنه يجوز للقاضي نظراً لمركز المدين ومراعات للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجلاً ملائمة الظروف الطارئة دون أن تتجاوز هذه الأجل مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

وكذا المادة 2/119: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

كذا يمكن للقاضي إنقاص مدى التزام المدين، وفي هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بالالتزام الذي حدده القاضي فقط؛³ وذلك إذا اختار القاضي طريقة إنقاص التزام المرهق سواء من الكم وذلك بإنقاص الكمية الموردة مثلاً، أو من حيث الكيف بأن يلزم المدين بتوريد صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وقد يجمع القاضي بين هذه الحلول.⁴

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 327.

² يقوته مروغ، مرجع سابق، ص 131.

³ بن شني حميد، مرجع سابق، ص 61.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 234.

قد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق،¹ فمثلا في مثالنا السابق يرفع القاضي السعر المحدد في العقد، لكن دون أن يحمل الدائن الزيادة من العقد الذي ترتب على الظرف الطارئ، بل يوزع الزيادة على كل من الدائن والمدين.

إلا أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بالفسخ عند توفر الظرف الطارئ، فيلقى بعبء الحادث على عاتق الدائن بدلا من المدين، بل يجب إذ وجب رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، وتوزيع عبء الحادث على طرفي العقد.²

كما أن حكم المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج هو من النظام العام، وهذا ما نستخلصه من المادة نفسها، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثاني

الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد

لقد أجاز القانون تدخل القاضي في العقد سواء تعلق الأمر بتنفيذ هذا الأخير أو إنهائه، وذلك عندما يكون هناك غموض أو إشكال في اتفاق المتعاقدان وهذا عبارة خروج عن الأصل أن المتعاقدين الحق في تنفيذ العقد حسب ما اتفقا عليه، لذا سنتطرق الى حالات تدخل القاضي في تنفيذ العقد وكذا حالات تدخله في إنهاء العقد.

أولا: تدخل القاضي في تنفيذ العقد

هناك عدة حالات يقوم القاضي بالتدخل في تنفيذ العقد منحها له القانون ويعتبر هذا التدخل قيديا على إرادة المتعاقدين، ففي حالة الوعد بالتعاقد اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم تراجع عن وعده جاز للطرف الاخر اللجوء الى القضاء لطلب تنفيذ الوعد فيحل حكم القاضي مقام العقد، و هذا حسب نص المادة 72 من ق.م.ج،³ وكذا حالة الالتزام بعمل حسب المادة 170

¹ أنظر المادة 107 فقرة الثالثة، من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص234.

³ أنظر المادة 72 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

من ق.م.ج التي تنص "في الالتزام بعمل إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان التنفيذ ممكناً".¹

كما يمنح القانون السلطة للقاضي في تعديل الشرط الجزائي وكذا منح الأجل القضائي، فالشرط الجزائي هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان مسبقاً التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة تأخر أو عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فأجاز القانون للقاضي تعديل هذا الشرط إذا توافرت شروط تحقق الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وأن الضرر اللاحق بالمدين أكبر من قيمة التعويض المتفق عليه.²

كذا للقاضي سلطة منح الأجل القضائي الذي هو الزمن الذي يضاف إليه الالتزام أو يمتد من خلاله التنفيذ وهذا ما يسمى بنظرية الميسرة، وللقاضي السلطة التقديرية لتقدير المهلة، غير أن المادة 281 ق.م.ج اشترطت ألا تزيد المدة عن سنة.³

ثانياً: تدخل القاضي لإنهاء العقد

منح القانون السلطة للقاضي من أجل التدخل في إنهاء العقد متى كان ذلك أمراً ضرورياً، فالمادة 97 من ق.م.ج تنص على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً"، فإذا كان محل العقد سبباً غير مشروع ومخالفاً للنظام العام تدخل القاضي لإبطاله، كما أنه يجوز أيضاً إنهاء العلاقة التعاقدية بناءً على طلب أحد المتعاقدين مثل عقد المقاول في نص المادة 561 فقرة 03 من ق.م.ج.⁴

نجد أيضاً سلطة القاضي في حل الشركة بناءً على طلب أحد الشركاء أو من تلقاء نفسه وهذا ما قضت به المادة 441 من ق.م.ج وكذا يجوز الحكم بالبطلان من طرف المحكمة من تلقاء نفسها إذا كان العقد باطلاً بطلان مطلق وهذا ما قضت به المادة 102 ق.م.ج.⁵

¹ ج.ر.ج. ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² أنظر المواد 183 و184 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، مرجع سابق.

³ أنظر المواد 281 و210 من ق.م.ج.

⁴ أنظر المواد 97 و561 فقرة 03 من ق.م.ج.

⁵ أنظر المواد 441 و102 من ق.م.ج.

الخاتمة

لقد تطرقنا في هذه الدراسة لدور الإرادة في انشاء الالتزام، إذ في هذا العمل حاولنا التطرق والتعمق في هذا المبدأ، إذ يعتبر من المبادئ القانونية التي تعبر عن الالتزام في نظرية العقد. وقد ركزنا على دور الإرادة في انشاء الالتزام وتكريس مبدأ عقد شريعة المتعاقدين وتحديد آثار العقد.

قد توصلنا للخلاصة التالية:

بما أن الإرادة تعتبر عنصر جوهري في العقد، فبوجودها وصحتها ينعقد لعقد وتترتب جميع آثاره القانونية، حسب إرادة الأطراف اما في حالة انعدامها فلا يمكن التحدث عن أي تعاقد. ان كل الالتزامات ترجع في مصدرها الى الإرادة مع مراعات ما يفرضه القانون. ضرورة التمييز ما بين سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس أو القاعدة العامة في التعاقدات. أما مبدأ الرضائية يعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية انعقاد العقد.

للأفراد الحرية الكاملة لإجراء المفاوضات إن اقتضت أو رأى الأطراف ضرورة ذلك، مع السلطة الكافية بعدم اللجوء اليها في حالة ما رأى أحدهم أو كلاهما عدم ضرورة ذلك مع إمكانية قطع المفاوضات رغم أنها في مرحلة متقدمة منها دون ترتب أية مسؤولية، الا أنه تدخل المشرع لحماية حسن النية في اجراء المفاوضات، اذ في حالة توفر الضرر وشروط المسؤولية التقصيرية وجب المسؤول عن جبر الضرر وذلك حسب أحكام المادة 124 من ق.م.ج.

واستنادا الى المادة 106 التي تقضي عقد شريعة المتعاقدين، للأطراف لحرية في وضع بنود العقد، فلا يجوز لا نقضه ولا تعديله الا بإرادة الأطراف.

فيما يخص بالتعبير عن الإرادة فهذه الأخيرة لا تنتج آثارها الا من خلال التعبير عنها، وذلك بالكشف عن النية التي تتجه اليها إرادة الأطراف، وذلك بتطابق الايجاب والقبول، وهذا التعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا، فلا فرق بينهما من حيث الأثر القانوني.

يظهر أيضا أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الباطنة كأصل والإرادة الظاهرة كاستثناء، وذلك ليحقق الاستقرار في المعاملات وهذا ما يظهر في نص المادة 59 من ق.م.ج.

بمجرد توافق ارادتي الطرفين لإحداث أثر قانوني، يكون الطرفين ملزم على تنفيذ بنود العقد، ولا يصح لأحدهم لا تعديله ولا نقضه بإرادته المنفردة، الا أنه إذا رأى الطرفان ضرورة في تعديل العقد أو جزء منه، في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، وذلك بعد توفر شروط جديدة وغير متوقعة أو استثنائية، وجب تراضي الطرفين على تعديل العقد.

أثار العقد تتصرف الى المتعاقدين وكذا الى الغير وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية أثار العقد، اذ تتصرف أثار العقد الى خلف أحد المتعاقدين العام والخاص منهم، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في أحكام المادة 108 و 109 من القانون المدني الجزائري، وذلك بتوفر شروط مذكورة في المواد السلفه الذكر.

على الرغم من دور الإرادة البارز والمهم في انشاء العقد وكذا تحديد مضمونه، الا أنها أصبحت مقيدة قانونيا وقضائيا وذلك من أجل حماية الصالح العام، فالإرادة العقدية تسقط بموت من صدر منه التعبير أو بنقص أهليته، وذلك حماية للغير والفرد القاصر، لهذا يمنع هؤلاء الأشخاص من التصرف في بعض العقود.

جعل المشرع العقد قابلا للإبطال إذا شاب الرضا عيب من عيوب الإرادة سواء كان عن طريق الغلط أو التدليس أو الاكراه والاستغلال.

الإرادة الحرة قد تضر بالمصالح الخاصة، بإدراجها في العقد امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد الآخر، لذلك بدا ضروري تقييد هذه الإرادة لعدم الاضرار بالمجتمع والفرد والمتعاقد. لهذا الغرض تدخل المشرع واستعمل فكرة النظام العام، لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، سواء كان عامل أو مستهلك، وهذا ما لحضناه في وضع المشرع بنود في عقد العمل، وذلك لحماية العامل وكذا قانون حماية المستهلك.

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

إن القيود التي تفرض على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد، إما تفرض مباشرةً من قبل المشرع ويكون ذلك عندما يصدر نصوصاً أمرية يحتم على المتعاقدين مراعاتها (مثل تنظيم عقد العمل أو الامتداد القانوني لعقد الإيجار) وإما تفرض بصورة غير مباشرة، ويكون ذلك عندما يخول المشرع، القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد (مثل الالتزام بضمان السلامة وعقود الإذعان)

نقترح على المشرع الجزائري جمع شتات التطبيقات المختلفة التي أوردها في متون مختلفة من القوانين، جمعها وتنظيمها في أحد أبواب متن القانون المدني، وضمن التقسيمات التي وردت في المذكرة. لتكون موضوعية الإرادة التعاقدية نظرية عامة لا تقل شأناً عن باقي النظريات الأخرى، فهي بهذا المفهوم لا تقل أهمية عن نظرية الحوادث الطارئة والتي تعتبر جزءاً منها.

نختم كلامنا بقول العسكلاني:

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكتن أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر. وهو دليل على استلاء النقص على جملة البشر".

قائمة المراجع

أ- باللغة العربية :

أولاً: الكتب:

1. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، مصر، 1963.
2. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، العقد، العمل الغير مشروع، القانون، الجزء الأول، (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.س.ن).
3. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997.
4. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
5. تاج السر محمد عبد الحامد، أحكام العقود والمسؤولية العقدية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
6. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
7. حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بغداد، 2009.
8. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
9. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
10. سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في التشريع الجزائري-مبادئ قانون العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
11. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الأثر بلا سبب، القانون مصدران جديان للالتزام الحكم، القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
12. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات، طرفا الالتزام، (د،د،ن)، مصر، (د،س،ن).
13. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف، القاهرة، (د،س،ط).

14. عبد الرزاق دربال، الوجيز في نظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم، الجزائر، 2004.
15. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الاسلامي والقانون، النهر الذهبي للطباعة والنشر، مصر، 2000.
16. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ط 2، العراق، 1963.
17. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين العربية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
18. العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، "دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
19. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. (التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة)، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
20. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقم للنشر، الجزائر، 2008.
21. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
22. عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، منشأة المعارف، مصر، 2004.
23. محفوظ لعشب بن حامد، عقد الأذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الجزائرية للكتاب، الجزائر، 1990.
24. محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
25. محمد أحمد عابدين، التعويض عن الضرر الأدبي والمورث، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995.

26. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود-دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
27. محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام-في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995.
28. محمد حسنين، النظرية العامة للالتزام، الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1983.
29. محمد رياض ديمان، النظام العام في علاقة العمل (دراسة مقارنة)؛ المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2015.
30. محمد شريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
31. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
32. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقود والإرادة المنفردة، دار الكتاب الجديد، الجزائر، 2003.
33. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
34. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، المكتبة القانونية، عمان، 2001.
35. مصطفى العوجي، قانون مدني، العقد، ج1، مؤسسة حسون، لبنان، 1995.
36. ملال على العدوي، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994.
37. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

ثانيا: الرسائل والمذكرات:

أ-الرسائل:

1. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
2. عليان عدة، فكرة النظام العام والتقييد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء السلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.

ب-المذكرات:

1. أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1998.
2. أمينة لرجم، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2015-2016.
3. بريك دلال، حمر العين فيصل، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008.
4. بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر- دور وفعالية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2013-2012.
5. بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2014-2015.
6. بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ، 2003-2004.

7. حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد، دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الحقوق والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2010-2011.
8. سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008.
9. سيهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2005-2006.
10. صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2013-2014.
11. عائشة مساهل، القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.
12. عبد الحميد جاب الله، التعبير عن الإرادة، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012-2013.
13. عبد الرحمن بوفلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
14. عبد الرحمن عبد الرزاق داؤود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1981.
15. عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.

16. عمري ليندة، أيت اوقاسي نصيرة، دور الإرادة في إنشاء الالتزام، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014-2015.
17. لبني مختار، وجود الإدارة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، بحيث مقدم لنيل الدبلوم الدراسات العليا، تخصص لقانون خاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1977.
18. محمود زاوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987.
19. مندى أسيا يسمينه، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
20. ميلودي فاطمة الزهراء، كرتل فضيلة، الإطار القانوني لتشغيل الأجانب في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون ضمان اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014-2015.
21. وحسينة حمو، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
22. وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004.
23. يقوته مزوغ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون فرع المعاملات المالية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2014-2015.
- ثالثا: المقالات العلمية:**

1. حسان نادية، "علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري، تكريس ثنائية حرية التعاقد والناظر القانوني"، مجلة دراسة قانونية، جامعة تلمسان، عدد 4، 2007، (ص 170 - 188).

2. خليل أحمد حسن قداه، "الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة، أثره القانوني والشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد 2، 2006، (ص ص، 25-94).
3. صليحة ابن أحمد، "أثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، دفاثر السياسة والقانون، عدد 10، جانفي 2014، (ص ص، 119 - 136).
4. كمال مخلوف، "أحكام تشريع العمل-أي ذاتية؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية، عدد 02، 2011، (ص ص، 148-177).
5. محمود فياض، "الطبيعة القانونية مصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة الغربية المقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 58، أبريل 2014، (ص ص، 21-60).
6. ملاح الحاج، "حق المستهلك في الإعلام، الملتقى الوطني للاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري 14 و 15 أفريل 2001"، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، (ص ص، 90 - 105)
7. يزيد أنيس نصير، "السكوت دائرة في إبرام العقد، دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 1، جويلية 2003، (ص ص، 285-326).

رابعاً النصوص القانونية:

أ-النصوص التشريعية:

1. أمر 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج. عدد 101 صادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم، ج.ر.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 09 فبراير 2005.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم بالقانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج. عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو 2005، ومعدل بالقانون 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج. عدد 31، صادر بتاريخ 13 مايو 2007.

3. أمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
4. قانون رقم 78-12، مؤرخ في 05 غشت 1978، يتضمن القانون الاساسي العام للعمال، ج.ر.ج.ج العدد 32، الصادر بتاريخ 08 أوت 1978.
5. أمر رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج عدد 24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بقانون 05-02 مؤرخ في 27 يوليو 2005، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005.
6. قانون 89-02، مؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج.ج عدد 06، صادر بتاريخ 08 فبراير 1989، (ملغى).
7. قانون 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقة العمل، ج.ر.ج.ج عدد 12، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، معدل والمتمم بالأمر رقم 97-02، مؤرخ في 01 يناير 1997، ج.ر.ج.ج عدد 03، صادرة بتاريخ 12 يناير 2007.
8. قانون 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر 08 مارس 2006.
9. قانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.
10. قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، التعديلات المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.
11. أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 متعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج عدد 64، صادرة بتاريخ 16 أكتوبر 2003.
12. قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

ب-المرسوم التشريعي:

. مرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري الصادرة في جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14، بتاريخ 03 مارس 1993. ملغى بقانون رقم 04-11 مؤرخ في 17 فيفري 2011 المتعلق بقواعد تنظم نشاط الترقية العقارية

ج- المرسوم التنظيمي:

1. مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة وخصم الغش، ج.ر.ج. عدد 05، الصادر بتاريخ عدد 31 يناير 1990.
2. مرسوم تنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 40، الصادرة في 19 سبتمبر 1990.
3. مرسوم تنفيذي رقم 90-266، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، معدل ومتمم، ج.ر.ج. عدد 40، صادرة بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

خامسا: الأحكام والقرارات القضائية:

1. قرار المجلس الأعلى رقم 68467 مؤرخ في 21 أكتوبر 1990، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 1992.
2. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 56336، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1988، المجلة القضائية، عدد 4، 1991.
3. قرار المحكمة العليا في 18 جوان 1997، ملف 144 122 المجلة القضائية، عدد 1 سنة 1997.
4. قرار المحكمة العليا. الغرفة الاجتماعية. صادر بتاريخ 09 مارس 1999. ملف رقم 170077. (غير منشور).
5. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، ملف رقم 53630، الصادر بتاريخ 30 أبريل 1989، بين (ب ف) ضد (ع ش)، المجلة الأكاديمية، عدد 4، 1991.
6. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، المؤرخ في 08 فبراير 1982، ملف رقم 26766، النشرة القضائية عدد 04، لسنة 1982.

7. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 16 جوان 1991، ملف رقم 80816، بين (ط، م) ضد (إ، غ)، المجلة القضائية، العدد 04، 1993.
8. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17 جويلية 1993، ملف رقم 92714، بين (م، و) ضد (د، م، ه)، المجلة القضائية، عدد 1، 1995.

سادسا: مواقع الأنترنت.

1. http://www.univ-oran2.dz/faculte/f_droit/civil1.doc
2. <http://9anonak.blogspot.com>
3. http://procedurejudiciaire.blogspot.com/2010/04/blogpost_5856.html

II-باللغة الفرنسية:

Ouvrages

1. ANTOIRE cristen, Droit de travail, 3eme Edition, Hachette, 2007.
2. TERRE François, Philippe SIMILER, IVE LEQUETTE, Droit Civil, Les Obligation, 7eme Edition, 1999

فہرست

.....	الواجهة	01
.....	شكر	01
.....	إهداء	01
.....	مقدمة	01
الفصل الأول: مساهمة الإرادة في إنشاء العقد		
.....	المبحث الأول: دور الإرادة في تكوين العقد	06
.....	المطلب الأول: دور الإرادة في مرحلة المفاوضات	06
.....	الفرع الأول: حرية الأفراد في إجراء المفاوضات	06
.....	الفرع الثاني: العدول عن إجراء المفاوضات	08
.....	المطلب الثاني: دور الإرادة في إبرام العقد	11
.....	الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة	11
.....	أولاً: التعبير الصريح والتعبير الضمني	12
.....	أ-التعبير الصريح	12
.....	ب-التعبير الضمني	12
.....	ثانياً: الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة	13
.....	ثالثاً: السكوت ودلالته في التعبير عن الإرادة	18
.....	رابعاً: أثر الموت ونقص الأهلية في التعبير عن الإرادة	20
.....	أ-أثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب	21
.....	ب-أثر الموت أو فاقد الأهلية بالنسبة للقبول	21
.....	ج-أثر موت من وجب إليه التعبير أو فقد أهليته	21
.....	الفرع الثاني: تطابق الإرادتين	22
.....	أولاً: تطابق الإيجاب والقبول	22
.....	أ-مرحلة العرض	22

23	ب-مرحلة المفاوضات:
24	أ- صدور القبول ممن وجه اليه الايجاب:
25	ب- يجب أن يطابق القبول الايجاب:
25	ج- صدور القبول قبل سقوط الايجاب:
25	ثانيا: اقتران القبول بالإيجاب:
25	أولاً: التعاقد بين حاضرين:
26	ثانيا: التعاقد بين غائبين:
26	أ- نظرية اعلان القبول:
26	ب- نظرية تصدير القبول:
26	ج- نظرية استلام القبول:
27	د- النظرية الأخيرة هي نظرية العلم بالقبول:
29	المبحث الثاني: انعكاس دور الإرادة على آثار العقد:
29	المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد آثار العقد:
30	الفرع الأول: مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد:
31	الفرع الثاني: تدخل الأطراف في تحديد آثار العقد:
31	أولاً: اتفاق الطرفين على تعديل قواعد المسؤولية العقدية:
32	أ- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية:
33	ب- الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية:
33	ثانيا: تعديل العقد بإرادة الطرفين:
37	ثالثاً: إنهاء القوة الملزمة للعقد بإرادة الطرفين:
38	الفرع الثالث: آثار العقد من حيث الأشخاص:
38	أولاً: انصراف أثر العقد الى الخلف العام:
38	أ- طبيعة التعامل:
39	ب- وجود نص قانوني:

ج-الاتفاق:	39
ه-مراعات القواعد المتعلقة بالميراث:	40
ثانيا: انصراف العقد الى الخلف الخاص:	40
ثالثا: أثر العقد بالنسبة الى الغير	42
أ-حالة التعهد عن الغير	42
1-أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير	43
2-يجب أن يكون الغرض من التعهد إلزام المتعهد نفسه لا إلزام الغير	43
3-أن يكون موضوع التزام المتعهد هو جعل الغير على قبول هذا التعهد	43
ب-الاشتراط لمصلحة الغير	43
1-الشروط المتعلقة بإرادة الطرفين	44
2-إتجاه إرادة المتعاقدين لإنشاء حق مباشر للمستفيد:	44
3-وجود مصلحة للمشترط:	44
المطلب الثاني: مظاهر الإرادة في تفسير العقد:	45
الفرع الأول: تقييد القاضي بعبارات العقد	46
الفرع الثاني: تفسير العقد بالبحث عن الارادة المشتركة في حالة غموض العبارة:	47
أ- العوامل الداخلية في تفسير العقد:	49
ب- العوامل الخارجية في تفسير العقد	49
الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة في إنشاء العقد	
المبحث الأول: القيود الواردة على الإرادة في تكوين العقد	52
المطلب الأول: سقوط التعبير عن الإرادة وعيوبها	52
الفرع الأول: سقوط التعبير عن الإرادة	52
أولا: موت من صدر منه التعبير	52
ثانيا: نقص الأهلية	54

59	الفرع الثاني: عيوب الإرادة.....
59	أولاً: الغلط.....
61	ثانياً: التدليس.....
62	أ: استعمال الحيلة والطرق الاحتيالية.....
62	ب: نية التضليل.....
62	ت: أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد.....
63	ج: اتصال التدليس بالعائد الآخر.....
64	أ - التهديد بخطر جسيم محقق للوصول إلى غرض غير مشروع.....
65	ب - الرهبة أو الخوف التي تدفع إلى التعاقد.....
65	ج - اتصال الإكراه بالعائد الآخر.....
66	رابعاً: الاستغلال والغبن.....
67	أ - العنصر المادي للاستغلال.....
67	ب - العنصر النفسي للاستغلال.....
69	المطلب الثاني: قيود الإرادة بما فرضه المشرع.....
69	الفرع الأول: تقيد الإرادة بالقواعد العامة.....
69	أولاً: النظام العام.....
72	ثانياً: الشككية.....
73	أ: الرسمية كركن للانعقاد في مجال الملكية العقارية.....
76	ب: شرط الكتابة للإثبات في المواد المدنية.....
77	ج: الكتابة في عقد التأمين.....
78	د: الوضع في عقود أخرى.....

80	الفرع الثاني: تقييد الإرادة في التشريعات الخاصة
80	أولاً: في مجال عقد العمل
85	ثانياً: في مجال حماية المستهلك
90	المبحث الثاني: تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد
91	المطلب الأول: سلطة القاضي في التعديل في مرحلة تكوين العقد
91	الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان
94	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد للغبن والاستغلال
95	الفرع الثالث: نظرية تحول العقد وإنقاصه.
96	المطلب الثاني: تدخل القاضي أثناء تنفيذ العقد
97	الفرع الأول: مراجعة مضمون العقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئة
97	أولاً: تعريف النظرية وشروط تطبيقها
100	ثانياً: مدى سلطة القاضي لتعديل العقد في ظل الظروف الطارئة
101	الفرع الثاني: الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد
101	أولاً: تدخل القاضي في تنفيذ العقد
102	ثانياً: تدخل القاضي لإنهاء العقد
103	الخاتمة
106	قائمة المراجع

