جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أزمة مبدأ الحرية التعاقدية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع: قانون خاص

تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

موهوبي صبرينة

موساوي رادية

تحت إشراف الأستاذ :

د. بري نور الدين

لجنة المناقشة:

الأستاذ **تعويلت كريم** ، أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية.....رئيسا

الأستاذ **بري نور الدين**، أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية.....مشرفا

الأستاذ **عيساوي عز الدين**، أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية..... ممتحنا

السنة الجامعية 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

في البداية، الشكر و الحمد لله، جل في علاه، فإليه ينسب الفضل كله في إكمال- و الكمال يبقى لله وحده- هذا العمل.

و بعد الحمد لله، يسرنا أن نتقدم بجزيل الشكر و التقدير للأستاذ المشرف الدكتور " بري نور الدين" الذي لم يبخل علينا بكل ما لديه من معلومات و مراجع التي ساهمت في إثراء موضوع دراستنا ، و كل ما قدمه لنا من إرشادات و توجيهات قيمة طيلة فترة إنجاز هذه المذكرة.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة التي قبلت مناقشة مذكرتنا المتواضعة، دون أن ننسى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة بجاية الذين نكن لهم كل التقدير و الاحترام،بالأخص الأستاذ الدكتور " قبايلي طيب" و الأستاذ " عثماني بلال"، و نشكر كل الموظفين الإداريين بالأخص السيد " حكيم زياني" المشرف على قاعة المراجع الذي مد لنا يد العون.

و في الأخير لا يسعنا إلا أن ندعو الله عز و جل أن يكون هذا العمل نافع لجميع الطلاب.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء

إلى من سعوا لكي أنعم بالراحة و الهناء

" والدي الكريمين حفظهما الله و رعاهما و أطال في عمرهما ".

سندي الأول في رحلة كفاحي، مصدر قوتي و نجاحي، أبي الغالي " خلاف".

إلى الحنونة التي كانت تزرع العزيمة و الهمة بداخلي، أمي العزيزة .

إلى كل العائلة الكريمة التي ساندتني و لا تزال من إخوة و أخوات أدامهم الله لي.

لكل رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته رعاهم الله و وفقهم.

شكرا لكل من ساعدني طوال مسيرتي الدراسية.

أهدي تخرجي لأهلي مصدر فخري و لأحبتي جميعا.

صبرينة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى رمز العطاء الذي أحمل اسمه بكل فخر أبي حفظه الله لي و أطال في عمره **" داود"**

إلى **أمي** الحنونة تاج رأسي، مصدر فخري و عزتي التي ساعدتني و أكرمتني بالنصح و الإرشاد.

إلى أعز رفقة و نعم الإخوة الذين ترعرعت و إياهم عشنا أجمل اللحظات. و أولادهم عادل و أسلاس و حيدر و زهرة و أمياس.

إلى كل من ساعدني من قريب و من بعيد **"ب"**.

أهدي لهم جميعا مجهودي و ثمرة عملي

رادية

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

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

د . ج: دينار جزائري

د . س . ن: دون سنة النشر

د . د . ن: دون دار النشر

ص: الصفحة

ص ص: من الصفحة... إلى الصفحة

ثانيا: باللغة الفرنسية

DR . Droit

ED . Editions

IBID : Ibidem (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)

OP.CIT . Opere citato, cité précédemment

REV . Revue

مقدمة

مقدمة

عرف المشرع الجزائري العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص اخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيئ ما[1] .

إن العقد يحكمه مجموعة من الشروط من بينها الإرادة حيث لا يتم العقد إلا عند تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما، فالإرادة تعتبر الأساس الجوهري للتعاقد.

يعود أصل مبدأ سلطان الإرادة في الفترة الممتدة من القرن السابع عشر و أواخر القرن التاسع عشر، و يرجع هذا إلى انتشار المذهب الفردي، حيث كان الفرد في ظل هذا المذهب غايته الأولى هي احترام حريته و إرادته في إحداث الأثار القانونية المترتبة عليها، و لها الفعالية في جميع الروابط القانونية[2].

و يعرف كانت " kant "، مبدأ سلطان الإرادة بأنه " صفة تلحق الإرادة و مؤداه أن الإرادة لا يمكن أن تتحدد إلا بذاتها، بمعنى اخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيدا عن أي باعث اخر ملموس"[3].

بحلول القرن العشرين تراجع مبدأ سلطان الإرادة بفعل التطور الاقتصادي و الاجتماعي و المالي و السياسي الذي مس مختلف المجتمعات، و التي أدت إلى ظهور الصناعات الكبرى و الشركات الضخمة و التجارة الدولية و التي نتج عنها انتشار روح الاشتراكية ضد المذاهب الفردية مما أظهر هشاشة مبدأ سلطان الإرادة[4]، بحيث أدى ظهور المذهب الاشتراكي إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة

---

[1]أنظر المادة 54 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم،جريدة رسمية، ج ج عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر1975 .

[2]حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة- دراسة مقارنة بلفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 23.

[3]حليس لخضر، " الإرادة بين الحرية و التقييد"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 05.

[4]حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص 25.

و بدأ يراعي المصلحة العامة حتى لو كان على حساب الأفراد، و كان ذلك نتيجة تقييد إرادة الأطراف.

إذ نجد أن الحرية العقدية قد تراجعت في مجال الالتزامات العقدية، و لم يبقى الأمر كما كان، نتيجة على ذلك صار المشرع يتدخل في معاملات الأطراف و اتفاقاتهم و هو ما يجعله يتدخل في العلاقات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، و ذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب بوضعه للقواعد الامرة مقتضيات النظام العام و فرض شكلية معينة [5].

طبقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد، ولكن لتحقيق العدالة بين المتعاقدين، خول المشرع للقاضي حق التدخل في تعديل العقد كاستثناء على القاعدة العامة حماية للطرف الضعيف، و تعذُره لتنفيذ العقد بالصورة الصحيحة المتفق عليها بسبب الظروف الطارئة، كما حصل في الاونة الأخيرة بعد تفشي جائحة كورونا -كوفيد19- الذي انعكس بشكل سلبي و مباشر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فمنها ما استحال تنفيذها كليا و منها ما أصبح مرهقا للمدين، ففي ظل هذه الظروف الاستثنائية الطارئة تبقى السلطة التقديرية للقانون و القضاء لوضع اليات قانونية لرد الالتزامات إلى حالتها المتعادلة و تحقيق التوازن العقدي للعقد .

كما أدى هذا التطور إلى ظهور تشريعات خاصة حملت معها قواعد جديدة غير مؤلوفة عن تلك التي تحكم العلاقات التعاقدية ضمن أحكام القانون المدني الذي يكرس الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد، تهدف إلى استقرار المعاملات المالية و تحقيق الأمن القانوني في الحياة الاقتصادية، ومن أبرزها قانون المنافسة الذي يهدف لحماية السوق و حظر الممارسات التي تمس بالمنافسة من أجل التوازن العقدي، و تقييد الحرية التعاقدية باسم مصلحة المجتمع.

[5] أجعودأزواو و أيت موهوب نونور، دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 3.2.

و تم إنشاء هيئات جديدة في القانون الجزائري هدفها الحفاظ على المنافسة الحرة و ترقية مستوى السوق و فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين بحيث كانت معظمها تقليدا للنموذج الفرنسي المتمثل في السلطات الإدارية المستقلة[6] التي تضطلع بمهمة ضبط الأسواق المفتوحة على

المنافسة و التي تتحكم في مراقبة تحقق التوازن في العقود و الاتفاقات المبرمة في إطار الاستثمار في هذه الأسواق، بالإضافة إلى الاعتماد على نصوص قانونية ذات توجه ليبيرالي مثل قانون التأمين وقانون الاستهلاك و قانون التجارة الالكترونية التي تنظم جانبا لا يقل أهمية عن هدفها و هو تنظيم العلاقات التعاقدية بين المتدخلين في الميادين التي تُنظمها.

و بالتالي أصبحت الحرية التعاقدية محل نقاش حول القيود التي تعتريها بفضل هذه التطورات القانونية مما أدى بالفقه القانوني بربط هذه القيود بما يُسمى ب "أزمة العقد".و نصب الإجابة على إشكالية تقييد الحرية التعاقدية في نقطتين أساسيتين:

التقييد المبدئي للحرية التعاقدية بموجب الشريعة العامة(**الفصل الأول**)، وفي تطبيقاتها في القوانين الخاصة (**الفصل الثاني**).

[6] في الموضع، أنظر:

BERRI Noureddine, *Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications*, Thèse de Doctorat en sciences, spécialité Droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2014 ; en droit français, V. CHEVALIERJacques, « L'Etat régulateur », Revue française d'administration publique, n°111, Paris, 2003, p5.

الفصل الأول

التقييد المبدئي للحرية التعاقدية بموجب الشريعة العامة

الفصل الأول

التقييد المبدئي للحرية التعاقدية بموجب الشريعة العامة

الإرادة الحرة هي كمبدأ قانوني، وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني، وهذه هي قاعدة الرضائية، فالإرادة حرة في تحديد و تعيين الاثار التي تترتب على العقد[7]، و على ذلك فإن الحرية مناط مبدأ سلطان الإرادة، لكن بفعل تطور سلطان القانون أوجب وضع الكثير من القيود على مبدأ سلطان الإرادة لتلبية كافة احتياجات الأفراد و المجتمع و حماية مصالح المتعاقدين وكذا المحافظة على التوازن الاجتماعي و استقراره سواء بالنسبة لتكوين العقد أو الاثار التي تترتب عليه، حيث نجد المشرع الجزائري تدخل في تحديد مضمون العقد بحيث قيد الإرادة في إبرام العقود، وبعد تعديل 2007 للقانون المدني الجزائري، فرض المشرع الجزائري أن يكون العقد في قالب شكلي[8]، كما منح للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد في حالات استثنائية نظمها المشرع[9].

سنتطرق في هذا الفصل إلى بيان القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة و حرية الأشخاص في إبرامهم للعقود، بموجب القانون (المبحث الأول)، و بموجب القضاء (المبحث الثاني).

---

[7]محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص44.

[8]بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، د.ط، الجزائر،2010، ص 97.

[9]سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2009، ص 07 .

المبحث الأول

التدخل القانوني في العقد

يعد مبدأ الرضائية الركن الأساسي في إنشاء العقد، معنى ذلك أن الإرادة الحرة هي السلطان الأكبر في تكوين العقد، و بموجب ذلك فإن للأفراد الحرية في أن يتعاقدوا أو لا يتعاقدوا، غير أن هذه المبادئ لم تعد مطلقة بعد القرن (20) مما أدى إلى الحد من الحرية التعاقدية بسبب تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد و ذلك عن طريق تقييد حرية الإرادة في إبرام العقد و حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، و من زاوية أخرى اهتم المشرع بالشكل، حيث أورد قيودا على الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد.

تعد الشكلية إحدى الطرق التي يتم التعبير من خلالها عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، و هي ليست بديلا عن الإرادة ذاتها، فالإرادة هي التي تنشأ التصرف و لا بد أن تكون سليمة و خالية من العيوب حتى في حال توفر الشكل المطلوب، فوجود الشكل لا يغني عن وجود الإرادة لانعقاد العقد.[10]

وعليه ، نجد قيودا على الحرية التعاقدية واردة من حيث الموضوع (المبحث الأول)، و قيودا واردة عليها من حيث شكل العقد (المبحث الثاني).

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

المطلب الأول

القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث موضوع العقد

الأصل في العقود أنها ظاهرة إرادية [11]، أي أن ذلك يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في تحديد ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين و شريعتهم، وتحدد حريتهم في التعاقد، أي مضمون العقد من حقوق و التزامات الأطراف .

إلا أنه، نتيجة لتغيير المراكز القانونية و تفاوتها، بدأت حرية الأشخاص في تحديد بنود وشروط العقد و برزت إلى وجود عقود تولى القانون تحديد مضمونها من حقوق و التزامات الأطراف نتيجة صعوبة وصول أطراف العلاقة العقدية إلى اتفاق حولها[12].

و تظهر محدودية الحرية التعاقدية في هذا السياق في المرحلة السابقة للتعاقد (الفرع الأول)، و عند التعاقد (الفرع الثاني)،و كذا بفضل تدخل المشرع لتحديد مضمون العقد (الفرع الثاني).

[11] بلقاسمي حميدة و بوعولي سارة ، "مبدأ الحرية التعاقدية" ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية، 2018-2019 ، ص 44 .

[12] بودالي محمد ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات ، دار الفجر للنشر و التوزيع، د.ط، الجزائر، 2005 ، ص 12 .

الفرع الأول

القيود الواردة على حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى كل الالتزامات التي تقيد حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد، النابعة عن مبدأ عام يحكمها و هو مبدأ حسن النية، و المتمثلة في الالتزام بالجدية و الاستمرار في المفاوضات (أولا)، الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية (ثانيا)، و أخيرا الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات و الإعلام (ثالثا) .

أولا : الالتزام بالجدية و الاستمرار في المفاوضات

الأصل أن في مرحلة ما قبل التعاقد هو تمتع الأطراف بحرية التفاوض، غير أن هذه الحرية مقيدة بالتزامين و هما الالتزام بالجدية و الاستمرار في المفاوضات، حيث أنه قبل صدور الإيجاب، يعتبر المتفاوض حر في المفاوضة فلا مسؤولية عليه و لا يقع عليه عبئ إثبات سبب ذلك ما دام لم يصدر الإيجاب القائم، و لكن من زاوية أخرى إذا قام المتفاوض بالعدول بسبب خطأ منه و قد أصيب الغير بضرر ما أو أثبت أن المتفاوض لم يكن جادا عند مباشرة المفاوضات، ففي هذه الحالة جاز للمضرور أن يطالبه بالتعويض وفقا للقواعد العامة[13].

و يقصد بالالتزام بالجدية، وجود نية حقيقية لدى الأطراف المتفاوضة، و أن لا يقوم أي طرف بالتفاوض بنية عدم التعاقد، أما الالتزام باستمرار المفاوضات تشمل القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض كالخطابات و المراسلات بين الأطراف مع التحلي بجميع مقتضيات حسن النية، الأمر الذي يجعل هذا الالتزام ركنا هاما في مرحلة التفاوض، إذ مخالفته

[13] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، د.ط، بيروت لبنان ،1998 ،ص ص240.239.238 .

يؤدي إلى نهاية المفاوضات، لكن بالرغم من وجود هاذين الالتزامين يمكن للمتفاوض الخروج من المفاوضات، بشرط إعلام المتفاوض معه بذلك مسبقا، و أن تكون له دوافع مشروعة لانسحابه[14].

ثانيا : الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

إن طرفي العقد مقيدون بعدم إجراء مفاوضات موازية، و لتوضيح أكثر، إجراء مفاوضات مع أكثر من متعاقد هو حق مكفول بمبدأ الحرية التعاقدية، غير أن هذا الحق مقيد بمقتضيات حسن النية في حالتين :

- أن يلتزم كل من الطرفين بعدم إجراء مفاوضات مع الغير في مدة تفاوضهم.

- اشتراط توقيع العقد الصادر عن المفاوضات، ثم يقوم صاحب العرض بالتفاوض مع شخص اخر و قطع التفاوض معه أو تعمد إخفاء أمر المتفاوض الجديد عن الأول.

تعتبر هذه الحالات خرق لحسن النية في تكوين العقد[15].

[14] بلامي سارة، "نطاق حرية التعاقد في ظل تطور العقد"، مجلة البحوث في قانون الأعمال، العدد الخامس ، ديسمبر 2018 ، ص 76 .

[15] بلامي سارة ، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور العقد، المرجع السابق،ص 77 .

ثالثا : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات و الإعلام

إن التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي عرفته المجتمعات، أدى إلى وضع قيود على المتفاوض في العقد و ذلك بغرض الالتزام بالسرية الذي يؤكد جدية المفاوضات خاصة المتعلقة بالتكنولوجيات الحديثة[16].

أما الالتزام بالإعلام فهو قيد على الحرية التعاقدية يقوم على مبدأ حسن النية،[17] إذ يجب على المتعاقد إعلام المتعاقد معه بكل الوقائع المتعلقة بالعقد إضافة على ذلك يجب عليه تحذيره في حالة وجود خطورة مادية أو قانونية في العقد لكي يتخذ هذا الأخير الاحتياطات اللازمة لتفادي هذه الخطورة [18]، مثلا تطرأ تغييرات على العقد حول محل الإقامة حسب ما جاء في المادة 17 من قانون 09 – 03 المؤرخ في 2009/02/25 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، أي على كل متعاقد أن يعلم المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتوج.[19]

[16]بلامي سارة ،"الالتزامات المستحدثة في تكوين العقد و أساسها القانوني"، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،2020 ، ص ص 10.9.8.7 .

[17]مصطفى العوجي ، العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، 2007 ، ص ص 182.181.

[18]فيصل زياني و زينب زياني ،"حتمية أخلقية العلاقات التعاقدية"، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،2020 ، ص 05 .

[19] قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش جريدة رسمية عدد 15 صادر في 08 مارس 2009 ، (معدل و متمم).

الفرع الثاني

القيود الواردة على حرية الإرادة عند التعاقد

إذا كان الأصل هو حرية التعاقد التي تؤدي إلى تطابق الإيجاب مع القبول ، إلا أن الواقع يثبت ظهور العديد من القيود سواء على حرية التعاقد بوجه عام (أولا)، أو تلك الواردة على حرية عدم التعاقد (ثانيا)، أو على مضمون العقد (ثالثا).

أولا: القيود الواردة على حرية التعاقد

نظرا لتعدد النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين الأشخاص، يمكننا إجمال القيود التي تحد من حرية إرادة الأشخاص في إبرام و التعامل في ما يشاءون من عقود، لكن بشرط إبطال كل العقود التي يكون محلها مخالف للنظام العام أو الاداب العامة، و سببها يكون غير مشروع و مخالف للقانون.

أ : القيود المتعلقة بمشروعية المحل

يعتبر المحل أحد أركان العقد إذ يقصد به الأداء الذي يلتزم المدين القيام به لمصلحة الدائن سواء كان القيام بعمل أو الامتناع عنه[20].

قيد المشرع الجزائري ركن المحل بوضعه لمجموعة من الشروط التي يقوم عليها المحل و منها أن يكون المحل مشروعا و قابلا للتعامل فيه بحيث لا يقع خارج دائرة التعامل،و ذلك حسب

[20]عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،الجزء الأول، المرجع السابق، ص 464 .

ما نصت عليه المادة 93 ق.م.ج التي تنص على أنه : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام و الاداب العامة كان باطلا بطلان مطلق ".[21]

يقصد بمحل الالتزام الذي يكون مستحيلا في ذاته الأشياء التي تكون خارجة عن التعامل بطبيعتها و لا يستطيع أحدا أن يستأثر في حيازتها مثل الهواء و مياه البحر و أشعة الشمس، فهي أشياء ينتفع بها كافة الناس، فلا ينتفع أحدهم دون انتفاع الاخرين؛ لكن لا يفوتنا أن ننوه أنه لا مانع من الاستئثار لجزء من الهواء المضغوط أو كمية من مياه البحر للاستعمال الخاص، بحيث يجب أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام و الاداب العامة، بمعنى أن يكون مشروعا و جائزا قانونيا،[22] في الحالة الأولى يكون المحل غير مشروعا إذا كان غرضه يرد على التعاقد في الأموال العامة و الأموال الموقوفة بحيث لا يجوز التصرف فيها، أما في الحالة الثانية تكون على الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون بنصوص صريحة و هي، مثلا المتاجرة بالمخدرات و المواد المضرة، و فتح بيوت الدعارة فهي مخلة بالنظام العام و الاداب العامة بالتالي يبطل العقد[23].

[21] الأمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، معدل و متمم ، المرجع السابق .

[22] عبد الحكم قودة ، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة ، الطبعة الثانية ، دار الفكر و القانون ، 1999 ، ص 200.

[23] بشار عدنان الملكاوي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن 2011 ، ص ص90 . 91 .

ب : القيود المتعلقة بمشروعية السبب

يقصد بالسبب الغرض المباشر الذي من أجله تعاقد المتعاقدان، فمثلا التزام المشتري بدفع الثمن للبائع مقابل الحصول على ملكية المبيع من البائع.[24]

قيد المشرع الجزائري ركن السبب لوضعه لمجموعة من الشروط منها أن يكون السبب مشروعا و غير مخالف للنظام العام و هذا ما نصت عليه المادة 97 ق.م.ج[25] ، إذ يلزم لقيام العقد أن يكون السبب مشروعا و يكون غير ذلك إذا خالف النصوص القانونية الامرة منه و يبطل العقد، مثلا إذا استأجر شخص أرض لزراعة المخدرات، فالعقد صحيح و هو عقد إيجار، لكن سبب الإيجار غير مشروع، هنا يمكن للمؤجر طلب إبطال العقد لعدم مشروعية سببه و عليه إثبات ذلك[26]، منه إسنادا إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا في هذا الشأن فإن شراء المخدرات أو بيعها أو عرضها للبيع تعتبر أسباب غير مشروعة إذ يكفي القيام بفعل واحد لارتكاب الجريمة و بالتالي التعرض للعقاب لأنه مخالف للنظام العام[27].

---

[24] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة تيزي وزو ، 2011 ، ص 16 .

[25] أنظر المادة 97 من القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، التي تنص على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الاداب العامة كان العقد باطلا".

[26] محمد حسين منصور، مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، د.ط، بيروت ،2000 ، ص .ص219.215.214.213 .

[27] محكمة عليا ، غرفة جنائية، قرار رقم 1001049، بتاريخ 2015/04/23، قضية بين (ب ي)و من معه –النيابة العامة،مجلة عدد 01، 2015.

ثانيا : القيود الواردة على حرية عدم التعاقد

الأصل أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد مع أشخاص اخرين، لكن المشرع الجزائري قيد هذا الأصل فظهرت صورة العقود الجبرية، التي تجبر الشخص على إبرامها بقوة القانون، و في حالة عدم التعاقد يتعرض الشخص لعقوبات و متابعة جزائية، مثل إجبارية التأمين على السيارات لأنه لا يمكن تصور قيام الدولة بمفردها بتعويض المتضرر من حوادث تلك السيارات، و كذلك القيد المتعلق بحظر رفض البيع دون مبرر شرعي[28].

ثالثا : القيود الواردة على حرية تحديد مضمون العقد

للأطراف كامل الحرية في تحديد مضمون العقد، و القانون يجيز لهما الاتفاق بإرادتهما، في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة و تنظمها[29]، بحيث تتعدد النصوص القانونية سواء التشريعية منها أو التنظيمية التي تتدخل في المضمون العقدي[30]، ذلك من خلال تقييد الحرية بإجبارهم أو منعهم من التعاقد ، و الحد من كل التصرفات المخالفة للنظام العام و الاداب العامة.

---

[28] لعربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص37 .

[29] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد و الإرادة المنفردة ، دار الهدى ، د.ط، الجزائر، 1993 ، ص 45 .

[30] عثماني بلال، نظرية العقد، الجزء الأول: تكوين العقد، محاضرات في القانون المدني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم التعليم الأساسي للحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018-2019 ، ص 19 .

أ : الإجبار و المنع القانوني عن التعاقد

ورد الإجبار على التعاقد كقيد على الحرية التعاقدية، و ذلك بنزع الملكية الخاصة مراعاة للمنفعة العامة [31]،في بعض الأحيان يجبر الشخص على التعاقد لضرورات تستوجب ذلك و هنا لا يكون ضغط على الإرادة في ذلك، بل يعتبر ضغط مشروع لا يؤثر على صحة العقد، و يرى البعض من الفقه بأن الشخص لما يمتثل لأمر القانون و قبوله للتعاقد الجبري و ذلك تجنبا للعقاب فيكون بذلك قد أقدم على إبرام العقد بإرادته في ذلك، إلا أنه في هذه الحالة يكون الشخص مجبرا على التعاقد لا مختارا من قبل المشرع و هذا الأخير يجبره على ذلك لضرورات يقدرها و غالبا ما تكون في صالح الأشخاص، كما تقوم على اعتبار التوازن بين المصالح المتعارضة، بين مصلحة الشخص في عدم التعاقد و مصلحة الجميع في التعاقد، فتغلب مصلحة المجموع، و ذلك بالحد من حرية الشخص في التعاقد أو عدمه و يكون مجبرا على التعاقد و ليس مختارا، و مع ذلك تبقى العلاقة تعاقدية، لهذا قد يتدخل المشرع أحيانا لإجبار الأشخاص على التعاقد و لا يمكنهم الامتناع على ذلك، و إلا ترتب على ذلك جزاء قد يكون مدنيا كما قد يكون جزائيا، فالجزاء المدني يتمثل في إمكانية الحكم بانعقاد العقد بالرغم من إرادة الشخص الممتنع على سبيل التعويض، أما بخصوص الجزاء الجزائي الذي قد يتعرض له الشخص في حالة امتناعه على التعاقد الإجباري فيتمثل في عقوبة توقع على الممتنع عن التعاقد [32]، لكن في حالات أخرى يمنعهم من ذلك، و يقيد من حرية إرادتهم في إبرام العقود

---

[31] حمدي محمد اسماعيل سلطح ،القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، " دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص 108 .

[32] خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ،1987 ص 58 .

التي يرغبون، و ذلك راجع إما لخطورة محل العقد في حد ذاته، أو لأسباب يراها المشرع ذات أهمية كبرى، و بالتالي لا يسمح لهم بالتعاقد، و من بين الحالات التي يمنع القانون الأشخاص على التعاقد نجد :

- حالة منع الأشخاص من إبرام بعض التصرفات القانونية أو بعض العقود كحظر البيع المشروط أو الخدمة المشروطة المنصوص عليها بالمادة 60 من قانون المنافسة، و كذا البيع بالمكافئة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على مال أو خدمة[33].

ب : النظام العام و الاداب العامة كقيد على حرية إرادة التعاقد

من بين الحدود التي أوردها المشرع على حرية الإرادة في إنشاء العقود نجد فكرة احترام النظام العام و الآداب العامة و عدم مخالفة العقد لهذه الأحكام[34].

1. النظام العام

النظام العام هو الذي يتعلق بالأسس الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و الأخلاقية التي يقوم عليها مجتمع معين[35].

---

[33]بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ،رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008، ص 77 .

[34] فاضل خديجة ، عيممة العقد، رسالة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الجزائرِ، كلية الحقوق ، 2016 ،ص 33 .

[35]إياد محمود بروان، التحكيم و النظام العام- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بيروت لبنان،2004، ص 606 .

إن القاضي ملزم بتطبيق إرادة المتعاقدين، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين سواء كانت إرادة واضحة أو قام بتأويلها، لكن بشرط أن يكون ذلك التصرف غير مخالف للنظام العام، لأن العقد يجب أن لا يكون إلا في الحدود الذي أجازه القانون، و هذا الأخير دائما هو الذي يحكم في العقود المبرمة بين الطرفين[36].

هناك نوعين من النظام العام الأول يتمثل في النظام التوجيهي الذي يعتبر نظام عام مطلق يترتب على مخالفته البطلان المطلق، إذ يتعلق بالأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي و الاقتصادي التي توجب المواطن احترامها و عدم مخالفتها، فهو يهدف لحماية المصلحة العامة.

أما النظام الثاني هو النظام العام الحمائي الذي أوجده المشرع لحماية الشخص من تصرف الغير أو تصرفه نحو نفسه، كوضع المجنون و القاصر غير المميز، و في حالة المخالفة لهذا النظام يكون الجزاء إما بطلان مطلق كانعدام الأعمال التي يقوم بها عديم الأهلية، أو البطلان النسبي مثلا في حالة القاصر المميز لا يحق له مطالبة إبطال العقد إلا إذا ادعى وقوع الغبن عليه[37].

2. الأداب العامة

يعتبر العقد باطلا إذا كان مخالفا للآداب ومنافيا للأخلاق وفقا لنص المادة 97 من ق.م.ج[38] ، إذ أن فكرة الآداب العامة مثلها مثل فكرة النظام العام فلم تعني بتحديد لتعريف لها من قبل المشرع الجزائري مما يدفعنا بالرجوع إلى الفقه القانوني، و من بين التعريفات التي جاء

[36] عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية العقد، الجزء الثاني،الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان ، 1998 ،ص ص 950.949 .

[37]مصطفى العوجي ، العقد، المرجع السابق ،ص ص 448.447.446.

[38] أنظر المادة 97 من ق.م.ج، معدل و متمم ، التي تنص على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا."

بها الفقه نذكر منها ما عرفت بأنها: "هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية"[39].

الفرع الثالث

القيود الواردة على حرية التعبير عن الإرادة

نص المشرع الجزائري في نص المادة 59 من القانون المدني على أنه:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"[40].

معنى ذلك بمجرد صدور الإرادة من صاحبها و اكتمال مظهرها المادي و وجودها القانوني ينعقد العقد[41]، بحيث تحتل الإرادة أهمية كبرى عند إبرام العقد و تحديد الالتزامات المترتبة عنه.

لكن، تزامنا مع التطور الحالي أصبحت الإرادة وحدها لا تكفي للتعاقد دون قيدها، لأن الإرادة تتأثر بفعل هذه التغيرات، هذا ما يجعلها تفقد قيمتها، و منه نستخلص القيود الواردة على هذا المبدأ [42]،تقيد الإرادة بالتعبير (أولا)، و العبارة الواضحة تمنع التأويل (ثانيا).

---

[39]عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ،الجزء الأول،المرجع السابق .ص 400.

[40]قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

[41]محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 49.

[42]ايتوان مليكة ، "دور الإرادة في المجال التعاقدي في ظل تطور نظرية العقد" ، الملتقى الوطني حول "أزمة نظرية العقد"، جامعة الجزائر كلية الحقوق سعيد حمدين ، 2020 ، ص02 .

أولا : تقييد الإرادة بالتعبير

إن تكوين العقد موقوف على تبادل التعابير الدالة على توافق الإرادتين فقط، و إن التعبير عن الإرادة هو الوسيلة الوحيدة التي تظهر بها الإرادة إلى العالم الخارجي[43]، و من ثم يكون لها وجود قانوني، و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا طبقا لنص المادة 60 من ق.م.ج الفقرة الأولى التي تنص على أنه:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[44].

تتقيد و تتأثر الإرادة بالتعبير الذي يترجمها حيث لم يعد مجرد وسيلة مادية تدل عليها ، بل صار دليلا عليها لا يقبل إثبات العكس[45].

أ : القيد على ما أراده المتعاقد

عندما تكون العبارة واضحة فإنها تلزم صاحبها، و لو أنها غير مطابقة لإرادته، و السؤال المطروح هنا : كيف يكون التعبير الذي دل على الإرادة بمثابة قيد عليها ؟

---

[43] شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار الدجلة، الأردن ، 2008 ، ص 271 .

[44] قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، المرجع نفسه.

[45] نبيل إبراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص ص97.96.

إن الحاصل اليوم هو أن الإرادة لم تعد هي التي يريدها صاحبها، أي استبعاد الإرادة الباطنة و الاعتداد بالعبارة الصادرة عن صاحبها[46].

يرتب القانون على التعبير أثار قانونية، معنى ذلك أن التعبير ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها القانون بل يأخذها بعين الاعتبار، فمتى صدر التعبير من صاحبه فإنه ينفصل عنه، و يأخذ وجودا قانونيا و تترتب عليه أثاره، و نلمس هنا أنه تم تقييد الإرادة، ذلك أن اتجاهها إلى إحداث أثار قانونية أمر غير كاف، و من ثم فلا بد من وجود ما يدل عليه، أي ضرورة التعبير عنها[47]؛ هذا من جهة و من جهة أخرى فهي تتقيد بالوسيلة التي استعملت لإخراجها، ذلك أن المسار الذي كانت تدور الإدارة في فلكه في ظل مذهب الفردية و مبدأ سلطان الإرادة لم يعد يتفق مع الأوضاع الجديدة، و يرجع مبدأ الحرية هنا إلى مقتضيات و معطيات كانت سائدة في فترة زمنية سابقة[48]، فالأصل أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل أو صورة خاصة، أي أن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح كتعبير عنها، منه فإن الحرية التي يمنحها القانون للأفراد في اختيار الوسيلة التي يعبرون بها عن إرادتهم ، اعتبرها مجرد وسيلة مادية لا تؤثر بشكل من الأشكال على مضمون الإرادة[49].

---

[46]علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 36 .

[47]بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص 59.

[48]لبنى مختار ، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون الجزائري المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية ، د.ط، الجزائر ، 1984 ، ص 21 .

[49]خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د.ط، الجزائر ، 1994 ، ص 33 .

ب : اثار التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة يوجد وجودا ماديا بمجرد صدوره عن صاحبه، و لكنه لا يوجد وجودا قانونيا، أي لا ينتج أثره القانوني إلا بوصوله إلى علم من وجه إليه ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[50]، و لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر فعال إذا وصل إلى من وجه إليه عدول عنه.

إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن 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، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 62 من القانون المدني الجزائري[51].

ثانيا : العبارة الواضحة تمنع التأويل

العبارة الواضحة تعني الكشف عن الإرادة بصورة مباشرة بحيث نستعمل وسائل موضوعية مألوفة بين الناس للكشف عن الإرادة و على ذلك فيكون التعبير واضح باستعمال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو الكلام مباشرة أو باستعمال التلفون[52]، و بالرجوع إلى المادة 111 فقرة 1 التي تنص على:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين" .

---

[50]سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، العقد الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام، الحكم، القرار الإداري، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، جامعة الإسكندرية ، 2009، ص 53.

[51]عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 46 .

[52] نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص 95 .

نستخلص أن المشرع الجزائري قد قيد القاضي و أطراف العقد بالعبارات الصريحة المستعملة في التصرف القانوني و يمنع كل تفسير أو تأويل على العبارات الواضحة[53]، و إلا فإن القاضي يكون قد خرج عن مهنته و هي الحكم بمقتضى العقد دون تعديل لأحكامه و عليه القاضي يقوم بتأويل و تفسير العقد إذا لم تكن العبارة واضحة[54].

[53]الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

[54]سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، العقد الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع ، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام، الحكم، القرار الإداري ، المرجع السابق ، ص 142 .

المطلب الثاني

القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث شكل العقد

إذا كانت دراستنا في المطلب الأول نصبت على قيود مبدأ الحرية التعاقدية من حيث موضوع العقد التي وضعها المشرع في تحديد مضمون العقد، فإنه يلزم الان دراسة القيود الشكلية للعقد؛ أي حتى يكون العقد صحيحا و مستقرا يجب إفراغه في قالبه الشكلي الذي يكون إما وفقا لمحررات رسمية أو محررات عرفية (الفرع الأول)، و تسجيل العقد و شهره (الفرع الثاني)[55].

الفرع الأول

الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد كقيد على حرية الإرادة

اشترط المشرع الجزائري شكلية معينة لقيام العقد و يرتب البطلان على عدم توفرها، و على المتعاقدين التقيد بها حتى يكون العقد صحيحا، و تسمى هذه الشكلية بالشكلية المتطلبة و هي الكتابة [56]، التي قد تكون الكتابة فيها رسمية (أولا)، أو عرفية (ثانيا).

أولا : الشكلية الرسمية

قيد المشرع الجزائري إرادة المتعاقدين بموجب الشكلية الرسمية التي نص عليها في المادة 324 من ق.م.ج التي تنص على أن :" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو

[55]جلال علي العدوى ، أصول الالتزام-مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، د.ط، الإسكندرية ، 1997 ، ص ص 54.53 .

[56]حمدي محمد اسماعيل سلطح، االقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، " دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، المرجع السابق ، ص 63 .

شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"[57].

و من هذا المنطلق نستخلص أن حتى يعتبر المحرر رسمي يجب أن يتوفر فيه عدة شروط التي نوضحها في النقاط التالية:

- أن يحرر السند الرسمي من طرف موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

- أن يكون موضوع تحرير المحرر الرسمي ضمن دائرة اختصاص الموظف العمومي.

- أن يكون الموظف العمومي قد راعى الأوضاع القانونية عند تحريره للمحرر الرسمي، مثال على ذلك الموثق عند تحريره للمحرر الرسمي يجب أن يكون باللغة العربية بخط واضح غير غامض، أن يوقع هو و أصحاب الشأن و الشهود على المحرر...[58]، بحيث كل العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية تعد باطلة لمساسها بالنظام العام[59].

تخلف شرط من هذه الشروط اللازمة يعتبر المحرر باطلا و لا يكتسب الصفة الرسمية وذلك بالنسبة للإجراءات الجوهرية للمحرر ، أما الإجراءات غير الجوهرية لا يترتب على تخلفها البطلان، التي تتمثل في البيانات العامة كالتاريخ و أسماء ذوي الشأن[60]، بحيث اشترط المشرع أن

---

[57]أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري ، معدل و متمم، المرجع نفسه.

[58]سمير عبد السيد تناغو ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 108.107.

[59]محكمة عليا، غرفة عقارية، قرار رقم 408837 بتاريخ 2008/05/21، قضية (ل ع و من معه)-ورثة خ، عدد أول، 2008.

[60]توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت لبنان ، 2003 ،ص 87 .

يكون عقد بيع عقار في شكل رسمي و إلا كان العقد باطلا بطلان مطلق و لا يرتب أي مسؤولية عقدية[61].

ثانيا : الشكلية العرفية

تنص المادة 326 مكرر 2 من ق.م.ج على أنه :"يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"[62].

وعليه نستنتج أن المحررات العرفية هي محررات غير رسمية، صادرة من طرف الأفراد دون تدخل الموظف العام في تحريرها، و هي نوعان: محررات عرفية معدة للإثبات، و محررات عرفية غير معدة للإثبات، بحيث الأولى تعتبر وسيلة للإثبات لصالح من وقع عليها و لا تتطلب أي شكل خاص[63]، أما الثانية فلا تستلزم التوقيع عليها لكن القانون يعطيها حجية معينة، لذلك فهي تعتبر وسائل للإثبات[64]، كدفاتر التجار أو الأوراق و الدفاتر المنزلية، و قد تكون موقعة منهم كالرسائل و أصول البرقيات[65].

---

[61]محكمة عليا، غرفة عقارية،قرار رقم 0845202، بتاريخ 2014/07/10، قضية (ب ج)- الوكالة الولائية للتنظيم و التسيير العقاري الخضري لولاية الطارف، مجلة محكمة عليا، عدد 2 ،2014.

[62]أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

[63]توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ،المرجع السابق ، ص ص 102.101.

[64]نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص ص 116.115.

[65] محمد حسين منصور، قانون الإثبات- مبادئ الإثبات و طرقه(الكتابة ، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة، حجية، الأمر المقضى)، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، 1998 ، ص ص 78.77 .

الفرع الثاني

الشكلية غير المتطلبة لانعقاد العقد كقيد على الحرية التعاقدية

تعتبر الشكلية غير المتطلبة للانعقاد أو كما عبر عنها الفقه بالشكلية غير المباشرة و عرفت بأنها:"تلك الأشكال و الإجراءات التي يفرضها المشرع بنص قانوني قبل إبرام العقد أو بعد ذلك من أجل تحقيق أغراض مختلفة"[66].

و تماشيا مع ما تم ذكره، أن المشرع الجزائري قد اشترط الشكلية لانعقاد العقد، و هذا لا يغني أنه فرض في بعض الحالات شكلية أخرى غير مباشرة تشكل قيدا على إرادة الطرفين و من هذه الشكلية اشترط الكتابة للإثبات و كذا الشهر و التسجيل في بعض العقود، و أخيرا ألزم القيد و التصريح الإجباري .

أولا : الكتابة المشترطة للإثبات

تعتبر الكتابة من أهم الوسائل أو طرق الإثبات جميعا، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة[67]، بما فيها الشهادة التي تؤخذ عنها على أنها عرضة للتأثيرات و الإغراءات و الضغوطات، ضف إلى ذلك ذاكرة الشهود التي قد تكون مقصرة عن الاستيعاب أو تذكر تفاصيل التصرف القانوني،و مقارنة بالقرائن القضائية فإن هذه الأخيرة تفتقر إلى التأكيد الذي تتميز به الكتابة، لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق

[66]دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية، رسالة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق ، 2003 ،ص 08 .

[67]بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري ،المرجع السابق، ص 63 .

بالتصرفات القانونية معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة[68]، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات[69].

ثانيا : اشتراط الشهر و التسجيل

القيود التي تحد من حرية المتعاقدين بعد إنشاء العقد، تكمن في إلزامهم باتخاذ إجراءات معينة منها التسجيل و الشهر، و يهدف المشرع الجزائري من هاذين الإجراءين تحقيق أهداف منها ما يتعلق بالصالح العام المتمثل في دعم الاقتصاد الوطني و منها ما يتعلق بالأفراد من خلال استقرار المعاملات[70].

أ : اشتراط الشهر

يعتبر نظام الشهر العقاري نظاما مترتبا عن الإقرار و الاعتراف بمبدأ شكلية العقود، حيث اتخذته الدول أساسا للحفظ العقاري و شهر المعاملات العقارية و كذا تنظيم هوية كل عقار من جهة مالكه، موقعه، أوصافه، معالمه الحدودية و كل الأعباء الواقعة عليه[71].

---

[68]مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، الاسكندرية، 1999، ص 59 .

[69]محمد حسن قاسم ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، ،ص ص 109 110.

[70]خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري- عقد البيع ، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001، ص ص 107.

[71]يحياوي يوسف، الشكلية غير المباشرة و أثرها على فعالية العقود،رسالة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر،2014 ، ص 41 .

و من أهم أهداف اشتراط الشهر العقاري هو تأمين استقرار المعاملات العقارية،تحقيق الائتمان العقاري، غلق الطريق أمام محاولة إنكار الحقوق العقارية للمعتدين في مواجهة أصحابها، جعل أموال الأشخاص مصانة محفوظة و لا يمكن للغير الحصول عليها بغير طريق القانون[72]، إذ أن هناك نظامين للشهر العقاري؛نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني .

1 .نظام الشهر الشخصي

الشهر الشخصي نظام من أقدم أنظمة الشهر العقاري[73]، يتم على أساس أسماء طرفي التصرف دون النظر إلى العقار محل التصرف[74]، بحيث ينشأ في كل بلد سجل عام أو عدة سجلات على مستوى الأقاليم، يدون فيها كل تصرف عقاري باسم المتصرف، مع وضع قائمة بأسماء المتصرفين في نفس العقار[75]، عليه إذا أراد صاحب الشأن التأكد من خلو العقار الذي يريد شراؤه، يقدم طلب إلى المكلف بتقديم له تقرير عن كل التصرفات التي قام بها صاحب العقار و الواردة على عقاره[76].

[72] وازني وسيلة ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2009 ،ص.118.

[73]مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر،2014،ص.13.

[74]دوة اسيا و رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2005 ،ص.107.

[75]عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999 ،ص.03.

[76] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري- عقد البيع،المرجع السابق، ص.115.

2. نظام الشهر العيني

إن قصور نظام الشهر الشخصي أدى إلى ظهور نظام جديد يسمى نظام الشهر العيني، يعتبر أكثر امانا مما سبقه و يبعث الثقة بين المتعاملين[77]، فهو حق متعلق بالذات يخول لصاحبه صلاحية مباشرة شيء معين، يمكن أن نميز الحق العيني على أنه يمارس دون تدخل شخص اخر، و يسري هذا الحق على جميع الأملاك العقارية و المنقولة[78]، و وفقا لهذا النظام يتم عمل صحيفة لكل عقار و كتابة جميع التصرفات الواردة على ذلك العقار و من هنا كان لهذا النظام، نظام القيد في السجل العيني الذي يكون أساسه القوة المطلقة للقيد بالنسبة للجميع، و يقتضي هذا المبدأ أن كل ما هو مقيد في السجل العيني يعتبر حقيقة بالنسبة للجميع و لا يحتوي على غموض[79]، بحيث تعمل أغلب الدول على الاعتماد عليه ذلك لتنظيم الملكية العقارية و الحفاظ على الحقوق العينية الواردة عليها[80].

ب : اشتراط التسجيل

نظم المشرع الجزائري في الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-06-1976 قانون التسجيل، حيث نص في هذا الأمر على وجوب تسجيل جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية العقارية و الحقوق

---

[77] حيرش نور الدين، شهر التصرفات العقارية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،2010-2011 ،ص.13.

[78] Aloui Amer ,propriété et régime foncier en Algerie,Edition Houma, 7ème édition, Alger,2003, p. 140.

[79] تيسير عبد الله المكيد العساف، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2009 ،ص.18.17.

[80] Simler Phillipe et Deleberque Phillipe, droit civil, Les Suretés, La publicité foncière, 2ème édition, DALLOZ Paris,2004, p. 580.

المتعلقة بها، و كذلك التصرفات الواردة على المحلات و الشركات التجارية و كل العقود الرسمية مهما كان نوعها[81].

يعتبر التسجيل عملية أو إجراء إداري يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة إلى وزارة المالية، يقوم به موظف عام مؤهل قانونا بتدوين كل التصرفات القانونية اللازمة للتسجيل مقابل دفع رسوم أو حقوق[82]، بحيث يهدف هذا النظام إلى دعم الائتمان التجاري و تسهيل المعاملات التجارية[83]، أكبر مثال عن ذلك عقد البيع الذي لا يتحقق بمجرد انعقاده و تحريره لدى الموثق، بل يتم بإجراء عملية التسجيل بمصلحة السجل و الضرائب، و يعتبر هذا الإجراء هام في التصرفات العقارية.

ثالثا : اشتراط القيد و التصريح الإجباري

كذلك قد يشترط المشرع بعد إنشاء العقد القيام بإجراء ما يتطلب شكلية معينة كالقيد في السجل التجاري أو التصريح الإجباري.

أ : القيد في السجل التجاري

يعتبر القيد في السجل التجاري - **قيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة** - باعتباره يمثل شكلية غير مباشرة يفرضها المشرع بعد انعقاد بعض العقود بشكل صحيح[84]، و استنادا للمادة 549 من

---

[81] الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق ل 9 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون التسجيل

[82] دوة اسيا و رمول خالد ،الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ص.20.19.

[83] سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال و الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، 2008 ، ص.224.223.

[84] عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر،2010 ، ص.107 .

القانون التجاري التي تنص على أنه لا يمكن الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، إذ لا يمكن كقاعدة عامة للشركات التجارية بمختلف أنواعها سواءا كانت شركات أشخاص أو شركات أموال أن تباشر أعمالها و تصرفاتها القانونية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري[85].

استثناءا على هذه القاعدة فإن شركة المحاصة التجارية لا تلزم بالقيد لأنها شركة مستترة لا شخصية معنوية لها، و الأشخاص الذين يزاولون تجارة صغيرة أو حرفية لا يلتزمون بالقيد في السجل التجاري[86].

ميز المشرع الجزائري بين نوعين من القيود؛ القيد الرئيسي إذ يطلبه الخاضع كأول إجراء لممارسة نشاطه التجاري و هذا ما أكدته المادة 7 من المرسوم التنفيذي 97 -41 معدل و متمم، أما القيد الثاني هو القيد الثانوي و يعتبر إضافي للقيد الرئيسي[87]، و يترتب عن هذا الإجراء إضفاء الصفة التجارية و الشخصية المعنوية للشركات التجارية، و تحديد مسؤولية التاجر عن الالتزامات التجارية إلى غاية تشطيبه من السجل التجاري، كما يمكن للتاجر الاحتجاج بالقيد في السجل التجاري ضد الغير[88].

---

[85]أنظر المادة 549 من الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري.

[86]سليمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري (التجارة و التاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2003 ،ص ص 146.145.

[87]المرسوم التنفيذي رقم 97-41 مؤرخ في 18 جانفي 1997 يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي 453/03 مؤرخ في 21 جانفي 2003 ، جريدة رسمية عدد05 ، الصادرة في 1997 .

[88]شادلي نور الدين، القانون التجاري، (مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري)، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ، 2003، ص ص 104.103.102.

ب : التصريح الإجباري

فرض المشرع بعد إبرامه للعقد شكلية غير مباشرة لاتخاذ إجراء إداري معين مثلا القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ألزم صاحب العمل أن يصرح باستخدامه لليد العاملة الأجنبية طبقا للإجراءات المحددة قانونا، و إلزامية تسلم رخصة من وزارة العمل و الشؤون الاجتماعية بطلب من المعني وفقا لشكليات معينة، ذلك من أجل مراقبة العملية و حماية لليد العاملة[89].

[89]عمورة عمار،شرح القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق ، ص110.

المبحث الثاني

التدخل القضائي في العقد

القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، معنى ذلك أن الأطراف فقط من لديهم سلطة في نقض و تعديل أحكام عقدهم، إلا أن المشرع خرج عن المبدأ العام و أضفى عليها طابع التجديد لأنها ترتبط بمعيار مرن متغير تطرأ عليها التغيرات الاقتصادية و الاجتماعية [90]،حيث أجاز للقاضي التدخل في تعديل العقد في مرحلة تكوينه لتوفير حماية للطرف الضعيف و تحقيق العدالة التعاقدية ،و ذلك في حالة وجود اختلال في التزام الطرفين[91]، مثلا في حالة الغبن و الاستغلال و في حالة الشرط التعسفي أثناء مرحلة تكوين العقد (المطلب الأول)، أو عند تعديله للعقد في حالة الظروف الطارئة و الشرط الجزائي أثناء تنفيذ العقد(المطلب الثاني) .

[90]ربيعة ناصيري ، "سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري" ، مجلة القانون العقاري و البيئة، المجلد 09، العدد 01 ، الجزائر، 2021، ص119.

[91]أميرة صخري ، "تعديل القاضي للعقد تعد على قانون الإرادة أم تكريس لعدالة العقد" ، مجلة العلوم القانونية و السياسية المجلد 10 ، العدد01 ،الجزائر، 2019، ص768 .

المطلب الأول

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة الإنشاء، بحرصه التام على تعديل العقد، و من أبرز الأسباب التي تجعل القاضي يتدخل في هذه المرحلة هو إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه[92]،ناتج إما عن الغبن أو الاستغلال (الفرع الأول)، أو في حالة الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعديل القاضي للعقد في حالتي الغبن و الاستغلال

الاستغلال هو أن يكون هناك تفاوت كبير نتيجة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح بين ما يأخذه المتعاقد و ما يعطيه الطرف المغبون، يكون عادة الاستغلال في عقود المعاوضات و عقود التبرع، و عقود الغرر[93].

أما الغبن لا يمكن أن يكون إلا في عقود المعاوضة، أما عقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن المغبون يعطي و لا يأخذ مقابلا لما أعطاه[94].

---

[92]نورة سعداني، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد02 ، الجزائر،ب س ن ،ص ص 30.29 .

[93]محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ص216.215.214 .

[94] محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، عمان الاردن، 2010، ص ص23.22.

أولا : دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الاستغلال

نظم المشرع الجزائري أحكام الاستغلال من خلال المادة 90 من القانون المدني الجزائري، و من خلالها يتضح أنه يستلزم لقيام حالة الاستغلال توافر أربعة شروط و هي :

- في حالة وجود طيش أو هوى جامح لدى المتعاقد.

- قصد الطرف الاخر استغلال ذلك الطيش البين أو الهوى الجامح.

-عندما يكون الاستغلال هو الذي يدفع المتعاقد المستغل إلى إبرام عقد الإذعان.

- عندما يكون اختلال الاداءات نتيجة هذا الاستغلال و هو الشرط الذي يجب على القاضي أخذه بعين الاعتبار عند نظره في قيام حالة الاستغلال[95].

في حالة إثبات الطرف المتضرر المغبون وجود طيش بين أو هوى جامح و أن الطرف الاخر قد استغل ذلك الضعف النفسي لمصلحته، يجوز للمتعاقد المغبون طلب إبطال العقد من القاضي، لكن هذا الأخير غير ملزم بإجابة ذلك الطلب، فقد يكتفي باللجوء إلى إنقاص التزامات المغبون بدلا من إبطال العقد[96]، أما إذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص الالتزامات هنا يمكن للقاضي أن يقضي بإبطال العقد[97].

---

[95]حنيفي فاطمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق و التقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018 ، ص ص.112.111.

[96]محمد حسين منصور،قانون الإثبات- مبادئ الإثبات و طرقه(الكتابة ، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة، حجية، الأمر المقضى)، المرجع السابق، صص181.180.176.175.174.

[97]حنيفي فاطمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق و التقييد، المرجع السابق، ص112.

ثانيا : دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الغبن

يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال[98]، و حسب ما نصت عليه المادة 358 من ق.م.ج :" إذا بيع العقار بغبن يزيد عن 1/5 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى 4/5 ثمن المثل يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن 1/5 يقوم العقار بحسب قيمة وقت البيع "، كما نصت المادة 360 من ق.م.ج على أنه :" لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريقة المزاد العلني بمقتضى القانون ".

نستنتج من هاتين المادتين سالفتين الذكر أنه :

قد حصر المشرع الجزائري الغبن في دائرة بيع العقار، الذي يزيد عن الخمس فشروط تحققه إذن تتمثل في أن يكون التصرف بيعا، و المحل عقار، سواء انصب البيع عن حق الملكية أو حق الارتفاق أو حق الشيوع أو حق الانتفاع[99]و لم يتم البيع عن طريق المزاد العلني، إذ يشترط لقبول دعوى الغبن الفاحش أن البيع قد تم بموجب عقد رضائي بين الطرفين، فلا يجوز رفع دعوى الغبن إذا تم بطريق المزاد العلني بمعنى تمت بسلطة القضاء، فحسب الفقهاء لا مجال للشك عند دخول القضاء في النزاع[100]، ففي حالة تحقق هذه الشروط يجوز للقاضي التدخل لإعادة التوازن للعقد بناءا على طلب المغبون ذلك عن طريق تكملة الثمن إلى حد إزالة الغبن

---

[98]عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 355.

[99]فيصل زياني و زينب زياني، حتمية أخلقية العلاقات التعاقدية"، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد ،المرجع السابق، ص 07.

[100]قاسة لامية و سماعيلي ليدية، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015 ، ص 16.

الذي يتمثل في أربعة أخماس، أو فسخ العقد لصالح بائع العقار، و هذا ما قضى به قرار المحكمة العليا بأن دعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في فكرة التعادل بين البيع و الثمن عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي[101].

الفرع الثاني

صور تدخل القاضي في عقود الإذعان

جاء مفهوم الشرط التعسفي في القانون رقم02/04 المتعلق بالممارسات التجارية في المادة03 الفقرة الخامسة التي تنص على أنه: "...الشرط التعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد"[102].

فالمشرع الجزائري قيد الحرية التعاقدية حماية للطرف المذعن و ذلك بتخويله للقاضي سلطة تعديل أو إعفاء الشروط التعسفية، و ذلك في نص المادة 110 ق م ج التي تنص على أنه :"إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة، و يقع باطلا كل

[101]محكمة عليا ، غرفة مدنية، قرار رقم 249694 بتاريخ 20-06-2001 قضية (ع ح)-(ب ش ت)، الجزائر، 2001.

[102]أمر رقم 04-02 المؤرخ في 27 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 ، مؤرخة في 27 جوان 2004 ، معدل و متمم، بأمر رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 ن جريدة رسمية عدد.46.

اتفاق على خلاف ذلك"[103] ، منه سنحاول بيان صور تدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي (أولا)، و حالة إبطاله (ثانيا).

أولا : حالة تعديل الشروط التعسفية

يخول للقاضي سلطة تعديل العقد إذا تضمن لشروط تعسفية و هذا جاء كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة العقدية و حرية الأطراف في التعاقد[104]، و يتمثل هذا التعديل إما بالزيادة أو النقصان من التزامات الأطراف، بحيث يمكن للطرف المذعن أن يطلب من القاضي أن ينقص من التزاماته إذا أثبت أن الطرف الاخر قد تجاوز الحد في وضع الشروط كما له الحق في الزيادة من التزامات الطرف الاخر إذا تبين له أنها الوسيلة الوحيدة لإعادة التوازن في العقد[105]، أكبر مثال على ذلك عقد البيع إذا اشترط فيه تحديد التسليم، يجوز للقاضي تحديد ذلك، بحيث يقوم بالتخفيض أو بالزيادة وفقا لمقتضيات العدالة[106].

---

[103]أمر رقم 75-58 ، يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

[104]بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة حنشلة، الجزائر، 2014، ص 881 .

[105]نور الهدى كرميش، "الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري"،جامعة بن يوسف بن خدة، مجلة الاداب و العلوم الاجتماعية، المجلد 17 ، العدد 01 ، 2020، ص161.

[106]الشريف دحماوي، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية- دراسة مقارنة"، المركز الجامعي تمنغراست، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، جوان 2010 ،الجزائر،ص108.

ثانيا : حالة ابطال الشرط التعسفي

حسب ما جاء في المادة 110 ق م ج المذكورة أعلاه، أنه يجوز للقاضي أن يعفي من التزامات الطرف المذعن إذا كانت مرهقة[107]، بمعنى يزيل ما فيها من تعسف و يبطله دون إلحاق الضرر بصحة العقد و في حدود ما تقضي به العدالة .

و لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في تعديل و إبطال الشرط التعسفي، لأن هذه السلطة من النظام العام، و الأهم أن هذه السلطة أدت إلى ظهور أزمة لمبدأ الحرية التعاقدية باعتبار تدخل القاضي في الشروط التعسفية كقيد على هذا المبدأ .

بحيث يرى الدكتور عبد المنعم البدراوي:" أنه لكي يضمن المشرع الجزائري توفير الحماية للطرف المذعن أضيفت الفقرة (يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) فلا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الاتفاق لما تأخر الطرف القوي عن أن يجعله من شروط العقد و لانعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها للطرف المذعن"[108].

[107] نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، المرجع نفسه،ص 162.

[108]بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد، المرجع السابق،ص ص 883.882.881 .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

إن اختلال التوازن الاقتصادي في العقد لا يظهر فقط أثناء مرحلة تكوينه، فقد يتمتع المتعاقد بمركز القوة أثناء إبرامه للعقد، إلا أن هذا المتعاقد قد يختل بمركزه التعاقدي أثناء تنفيذه للعقد، بسبب الظروف الاستثنائية العامة و غير المتوقعة أو التقلبات الاقتصادية التي ينشأ عنها اختلال العدالة التعاقدية[109]، أي يكون أمام الظروف الطارئة (الفرع الأول)، كما قد يتفق المتعاقدين على تقرير تعويض الدائن إذا أخل المدين مستقبلا بالتزاماته التعاقدية سواء كان هذا الإخلال يتمثل في عدم التنفيذ أو التأخر فيه، و يسمى هذا التعويض بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (الفرع الثاني)، إلا أن هذا الشرط قد يكون غبنا لأحد أطراف العقد، لذلك وجب التدخل لإعادة التوازن للعقد، و قد يكون أحد الأطراف متعرض لعراقيل تجعل تنفيذ العقد في أجله صعبا مما يستدعي إيجاد طريقة تجعله قادرا على الوفاء فكان ذلك بمنحه أجلا لتنفيذ التزاماته (الفرع الثالث).

[109] نورة سعداني،سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الأول

سلطة القاضي في التعديل في حالة الظروف الطارئة

قد يحدث عند حلول أجل تنفيذ العقد، أن تحل ظروف اقتصادية بسبب حادث غير متوقع[110]، فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا و مرهقا للمدين يهدده بالخسارة دون أن يكون له دخل في ذلك[111].

ففي هذه الحالة يبرز دور القضاء في إعادة التوازن العقدي، بحيث يعتبر القاضي هو المنوط بإقامة العدل، تحت ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 من ق.م.ج التي تنص على أنه :" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية.

و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، العرف، و العدالة بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن أصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

---

[110] سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري ،المرجع السابق، ص 34 .

[111] محمد حسين منصور،قانون الإثبات- مبادئ الإثبات و طرقه(الكتابة ، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة، حجية، الأمر المقضي)،المرجع السابق، ص 352.

و تنص المادة 561 الفقرة الثالثة على أنه:" إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تراعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"[112].

من خلال هاتين المادتين، يتبين لنا السلطة التي منحها المشرع للقاضي للتدخل في مجال العقود، بداية بالتقيد بضوابط تطبيق نظرية الظروف الطارئة (أولا)، و تطبيق هذه النظرية عن طريق مجموعة من الوسائل تسمح برد الالتزام إلى الحد المعقول (ثانيا).

أولا : ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة

رغم تمتع القاضي بسلطة التدخل في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة لإعادة التوازن العقدي و تحقيق العدالة، إلا أن هذه السلطة مقيدة بتحقق الشروط المتطلبة في الظرف الطارئ، بالإضافة إلى مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية، و أخيرا قيام القاضي بالموازنة بين مصالح الأطراف.

أ : مراعاة القاضي لشروط نظرية الظروف الطارئة

إن المشرع عندما تجاوز مبدأ القوة الملزمة للعقد بإقراره لنظرية الظروف الطارئة، لم يشأ أن يكون أي ظرف مهما كان نوعه سببا لتطبيق هذه النظرية، و إنما سعى إلى تقييد الظرف بشروط معينة لإمكانية تطبيق هذه النظرية و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

[112] الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

1. أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ

المقصود بهذا الشرط أن تكون مدة زمنية فاصلة بين تاريخ انعقاد العقد و تاريخ نفاذه سواء كانت قصيرة أو طويلة[113]، و هذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية، و التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن، سواء كانت من عقود دورية التنفيذ كعقود التوريد، أو من عقود المدة المستمرة التنفيذ كعقود الإيجار[114].

يجب الإشارة أيضا أن للقاضي سلطة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها، لكن قد يتم تأجيل تنفيذها إلى أجال متتالية و ذلك باتفاق الأطراف على تأجيله كالبيع الذي يتفق فيه تأجيل دفع الثمن[115].

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

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تشترط أن يكون الظرف استثنائيا عاما و لا يمكن توقعه، بحيث يكون استثنائي في حالة الحوادث الطبيعية، مثلا كالزلازل و الفيضانات، أو الحوادث التي يتسبب فيها الإنسان كالحروب مثلا[116]، و قد تكون وقائع مادية بحتة كإصابة

---

[113]خليل أحمد، دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2015-2016، ص 56.

[114]توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام-مصادر الإلتزام، مقارنة بين القوانين العربية- الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، د س ن، ص 482.

[115]سمية عويشات و ياسمينة ذباح، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019-2020، ص 31.

[116]بلعجات قوقو و بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية- 2014-2015، ص 28.

المحاصيل الزراعية بالافات، و أخيرا قد يكون الظرف بسبب تغيرات اقتصادية كارتفاع الأسعار، و أن يكون الظرف عاما أي لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، و حسب نص المادة 107 الفقرة الثالثة لا يكفي أن يكون الحادث الاستثنائي عاما و إنما يجب أن يكون غير متوقع و لم يكن بالإمكان توقعه شأنه في ذلك شأن القوة القاهرة[117].

3. أن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقا

يشترط في الظرف الذي يراد الاستناد إليه لتعديل العقد أن يترتب عليه جعل الالتزام مرهقا نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد يجعل تنفيذه مرهقا و ليس مستحيلا، أو هو الأثر المترتب على نشوء حادثة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها[118]، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا عند نقضها للقرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996، حيث ألزم القاضي مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س ع ق)، مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعي عليه مبلغ مالي في حدود نسبة 10 بالمائة من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 04 جوان 1990 "،حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10 بالمائة من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد و توازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد، طبقا لأحكام المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام و غير متوقعة من شأنها

[117]فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2005، ص ص 206.205.

[118]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص 99.

أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من ق.م.ج"[119].

ب : مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

نصت المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م.ج صراحة على هذا الضابط على أنه:" يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف"[120].

معنى ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يتدخل لتعديل مضمون العقد إلا بتوفر الشروط الواجبة لتطبيق النظرية، و يجب عليه تفحص كل الظروف ليتبين مدى أثرها على التزامات المتعاقدين، و أن لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية، فعبارة "تبعا للظروف" تفتح له المجال الواسع لتعديل العقد[121].

في الأخير نرى أن مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية باعتبارها ضابط من ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد، ليست قيدا على القاضي لأن هذا الأخير من خلالها يستطيع الحركة بشكل يوسع من سلطته التقديرية، مما يمكنه من أداء مهمته على أحسن وجه[122].

---

[119]أنظر، قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ملف رقم 99694 ، م.ق ، عدد 1، 1994، ص 217.

[120]أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

[121]بوداود خليفة و بوزيان السعيد، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018، ص 30.

[122]جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 138.

ت : قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد

القاضي في هذه الحالة لا بد أن يوازن بين مصالح الأطراف المتضاربة، أولهما مصلحة الدائن التي تهدف إلى التمسك بضرورة تنفيذ التزامه بحسب ما تم الاتفاق عليه، و ثانيهما مصلحة المدين[123]، لذلك على القاضي أن يقف موقف وسط عند قيامه بعملية الموازنة، وفقا لمبدأ العدالة التي اقتضت أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد .

ثانيا : وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إن الوسائل المتاحة للقاضي للتدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ليست محددة على سبيل الحصر، إذ أنها لم ترد ضمن نص قانوني، بل كانت ثمرة اجتهادات قضائية و فقهية، إذن المشرع هنا يكون قد منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار الوسيلة المناسبة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[124].

أ : سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق

استنادا إلى المادة 107 فقرة 3 من ق م ج "...غير أنه طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا صار

[123]محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 433.

[124]عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2015-2016، ص ص 109.108.

مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[125].

يتضح من هذه المادة أنه عندما يصبح الالتزام مرهقا للمدين من جراء الحادث الطارئ يتدخل القاضي بطلب من المدين مراعيا للظروف و مصلحة الطرفين بإنقاص الالتزام المرهق و إعادته إلى الحالة المتوازنة، مع اشتراط أن تكون نتيجة الخسارة الفادحة ناتجة عن الظرف الطارئ و لا يمكن دفعه[126].

ب : سلطة القاضي في زيادة الالتزام المرهق

يجوز للقاضي بطلب من المدين تخفيف عبئ الالتزام عنه و ذلك بزيادة قيمة الالتزام المقابل، لما يراه القاضي مناسبا للأطراف، مثال عن ذلك مدين ملزم بتوريد كمية من سلعة معينة مقابل سعر محدد يدفعه المدين في حالة حدوث ظرف طارئ و أصبح التزام المدين مرهقا له يقوم

القاضي برفع السعر الذي يلتزم به الدائن، مثلا قبل حدوث الظرف كان السعر محدد بخمسون دينار لألف طن قمح، بعد حدوث الظرف أصبح مئة دينار لألف طن [127].

---

[125](حسب ما جاء في المادة 07 أعلاه لا يفهم من عبارة "جاز للقاضي" أن للقاضي سلطة تقديرية في إعمال أثر النظرية أو عدم إعمالها برغم توفرها شروطها، بل يقوم بها بطلب من المدين في حال إنقاص أو زيادة التزام مرهق).

[126]عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997 ،صص292.290.

[127]سمير عثمان اليوسف،نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، المرجع السابق، صص129.128.125.124.

ت :سلطة القاضي في وقف الالتزام

قد يلجأ القاضي إلى وسيلة أخرى للفسخ التي تتمثل في وقف تنفيذ الالتزام لمدة معينة إلى غاية زوال الظرف الاستثنائي، إذا لم يكن متوقع الزوال فلا جدوى من وقف التنفيذ، هنا على القاضي أن يمنح أجل لتنفيذ الالتزام بالصورة التي يضعها القاضي لتحقيق التوازن، بحيث القاضي لا يقوم بهذه الخطوة بناءا على طلب المدين، لأن الدائن هو الذي يتحمل الخسارة في هذه الحالة، فقاعدة تعديل القاضي للعقد متصلة بالنظام العام لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها[128]، مثال على ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، بالتالي أسعار مواد البناء في ذلك الوقت مرتفعة، هنا القاضي يجوز له إقامة وقف الالتزام في حال إذا كانت الأسعار قابلة للانخفاض بعد فترة معينة، بشرط أن يكون هذا الوقف لا يلحق ضرر جسيم بصاحب البناء[129].

ث : سلطة القاضي في فسخ العقد

القانون المدني الجزائري لم ينص بفسخ العقد لمعالجة الإرهاق و هذا وفقا لنص المادة 107 من ق.م.ج. في فقرتها الثالثة التي تنص على أنه :" ...جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

على هذا فإن القانون أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد دون فسخه، فالعقد يعدل فقط للتخفيف من شدة تطبيق النص القانوني عليه، إلا أنه يمكن للقاضي فسخ العقد بسبب

---

[128] رمضان محمد أبو السعود، مصطفى الجمال، نبيل ابراهيم سعد، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2006، ص ص201.202 .

[129] محمد صبري السعدي،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ص334.335 .

الظروف الطارئة في حالتين فقط، الحالة الأولى نصت عليها المادة 561 من ق.م.ج في فقرتها الثالثة بقولها:" على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين الالتزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"[130].

أما الحالة الثانية فهي إذا ما طلبه الدائن الذي لم يقبل بالتعديل الذي قام به القاضي و هذا الأخير يحكم بالفسخ و لا يجوز له أن يفرض على الدائن تعديل العقد خاصة و أن فسخه في هذه الحالة أصلح للمدين[131].

الفرع الثاني

تعديل القاضي للشرط الجزائي

خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي المتفق عليه بين طرفي العقد استثناء من مبدأ سلطان الإرادة، إذا كان مبالغا فيه أو تافها حماية للطرف الضعيف، إلا أن سلطته ليست مطلقة، تدخله يكون في الحدود التي وضعها المشرع في المادتين 184 الفقرة الثانية و 185 من ق.م.ج[132]، حيث منحه سلطة تخفيض قيمة التعويض الوارد في هذا الشرط كقاعدة عامة (أولا)، أما الاستثناء فهو الزيادة فيه (ثانيا).

---

[130]أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل و متمم، المرجع السابق.

[131]محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص ص 268.267.

[132]محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني دراسة مقارنة المرجع السابق، ص ص 82.81.

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

حسب ما جاء في نص المادة 184 ق م ج نجد أن المشرع قيد القاضي في تعديله للشرط الجزائي بحيث هناك ما قيده بالنظام العام و هناك أحكام لم يقيدها بهذا النظام[133].

يقوم القاضي بتخفيض الشرط الجزائي في 3 حالات هي:

1. **إذا كان الالتزام مفرطا:** إذا أثبت المدين أن مبلغ التعويض يزيد عن قيمة الضرر الذي لحق بالدائن جاز للقاضي تخفيضه للحد المعقول.
2. **حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه:** في حالة انعدام اتفاق مسبق بين الطرفين على طريقة التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، و عدم قبول الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي هنا يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي وفق ما يراه مناسبا[134].
3. **حالة استخدام الدائن سوء النية:** و هذا طبقا لما جاء في المادة 187 ق م ج بحيث إذا تبين للقاضي أن الدائن تسبب بسوء نية فله بتخفيض التعويض الإتفاقي إلى الحد المعقول[135].

---

[133]قارس بوبكر، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013، ص76.

[134] نورة سعداني،سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، المرجع السابق، ص39.

[135]فرقاني قويدر نور الاسلام، "استحقاق الشرط الجزائي و حدود سلطة القاضي في تعديله"، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، مجلد7 ، عدد2، مركز الجامعي تيبازة الجزائر، 2020، ص 1665 .

ثانيا : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

استثناءا على قاعدة عدم جوازية زيادة الشرط الجزائي سمح بزيادة الشرط في حالة واحدة و هي أن يثبت الدائن ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيم و هذا ما أكدته المادة 185 من ق م ج [136].

و وفقا لما جاء في المادة 178 الفقرة الثانية من ق م ج يقع عبئ إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على الدائن، حكم القاضي بالزيادة في التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع وفقا للقواعد العامة و لا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر باتفاق الطرفين لأن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لا يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه[137].

الفرع الثالث

سلطة القاضي في منح الأجل القضائي

يعتبر الأجل القضائي بمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان معسرا خروجا على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية، فهو نوع من أنواع تعديل العقد، يتعلق بأحد عناصره أو أركانه و هو أجل تنفيذ الالتزام العقدي، ذلك أن من العقود ما يتراخى تنفيذها بسبب

[136] بورنان العيد، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، عدد5 ، الجزائر،ب س ن، ص.93.

[137] فرقاني قويدر نور الاسلام، المرجع نفسه، ص 1666 .

طبيعتها، و باعتبار المدة ركنا فيها كعقود التوريد و عقود الإيجار، و منها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الأجل الذي ضربه الأطراف كعقود القرض و البيع بثمن مؤجل[138].

تعتبر هذه النظرة مظهرا من مظاهر تدخل القاضي في تعديل شروط العقد على أنه لا يمكن للقاضي إعمالها ما لم تتحقق الشروط التالية:

- عدم وجود نص في القانون يمنع من تطبيق نظرة الميسرة.

- أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك.

- أن لا يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم.

-أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا، و يجوز له أن يمنح المدين اجالا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يسقط الدين على أقساط بحسب قدرة المدين.

منه إذا توفرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو الاجال المعقولة و الأمر متروك لتقدير القاضي، و تقديره هنا موضوعي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ[139].

[138]بن النوي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد ،المرجع السابق، ص ص 892.891 .

[139]عبد الرزاق أحمد السنهورالوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،، المرجع السابق، ص801.

الفصل الثاني

تطبيقات تقييد الحرية التعاقدية بموجب القوانين الخاصة

الفصل الثاني

تطبيقات تقييد الحرية التعاقدية بموجب القوانين الخاصة

الشريعة العامة هي الجذع الأساسي الذي تنبثق عنه القوانين الخاصة فهو مطبق على الكل، إلا أنه عرفت الدولة الجزائرية في أواخر الثمانينات أزمة اقتصادية، و تغيرات يرجع سببها إلى التطور التكنولوجي المتسارع[140]، و دخول العالم لنظام اقتصادي جديد أدت بتقييد الحرية التعاقدية بموجب قوانين خاصة، مما أدى بتدخل الدولة في المجال الاقتصادي من خلال عدة أسس منها الضبط الاقتصادي باعتباره إحدى مفاهيم اقتصاد السوق، و الذي يقصد به فرض الرقابة على الناشطين في الأسواق باعتماد وسائل متعددة لغرض المحافظة على المنافسة الحرة وتوازن هذه الأسواق، و لتجسيد ذلك تم إصدار العديد من النصوص القانونية التي تتضمن في محتواها فكرة الضبط الاقتصادي ذلك من حيث إنشاء سلطات مختصة في المجال الاقتصادي لضمان سير الأنظمة الاجتماعية و الاقتصادية المعقدة، لكن رغم الدور الفعال الذي يتميز به الضبط الاقتصادي، إلا أن هناك العديد من المشاكل لمواكبة هذه التطورات ذلك لأن العقود الكلاسيكية القديمة التي جاء بها القانون المدني و القانون التجاري عاجزة على المشي نحو التطورات التي يعرفها المجال الاقتصادي، بناءا على هذه الاعتبارات تم استحداث قوانين أخرى تلاءم مجال أعمال المؤسسات و تلبيات حاجياتها[141].

---

[140] بلقسام فريدة، أخموم رشيدة، ضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص02 .

[141] مداني نسيم، عقود الأعمال و النظام العام الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018،ص13.

على هذا الأساس سنتطرق في هذا الفصل إلى إبراز قانون الضبط الاقتصادي (المبحث الأول)، والقوانين الأخرى المقيدة للحرية التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تقييد الحرية التعاقدية بموجب قوانين الضبط الاقتصادي

ترتب على الانسحاب الجزئي و التدريجي للدولة الجزائرية من الحقل الاقتصادي ظهور وتطور العديد من النشاطات التجارية و الاقتصادية، و ظهور قانون المنافسة الذي أدى إلى الحد و التقليل من المبادئ الأساسية للقانون المدني لا سيما الحرية العقدية، بحيث يرجع اليوم الجزء الأساسي من النظام العام الاقتصادي، على أنه لم يعد كاف لصحة العقد أن يستجيب لأحكام القانون المدني، و إنما وجب أيضا مراعاة أحكام قانون المنافسة[142](المطلب الأول)، كما أدى هذا الانسحاب إلى إنشاء هيئات تتمثل في سلطات الضبط الاقتصادي و تعرف بأنها سلطات ضبط مستقلة تضبط المجال الاقتصادي بهدف الحفاظ على التوازنات الكبيرة في السوق، و لها دور مهم في إعادة التوازن العقدي[143] (المطلب الثاني).

[142]فاضل جديجة، الحرية العقدية و قانون السوق، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، العدد الخامس، جامعة الجزائر، ديسمبر 2018، ص33.

[143]قوراري مجدوب، سلطات الضبط المستقلة: لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة و سلطات الضبط للبريد و المواصلات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، صص4.5 .

المطلب الاول

تأثير قانون المنافسة على القواعد العامة

تتدخل قواعد المنافسة على القواعد العامة للعقد ذلك للمصلحة العامة لأن الأمر متعلق بتعارض حسن سير الأسواق، الذي يمثل مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، و لهذا لا يمكن للعقد أن لا يتأثر، و يبدأ هذا التأثير عند إبرام العقود ليمس قانون المنافسة الحرية التعاقدية (الفرع الأول)،كما يمتد تأثيره على الأثر النسبي للعقد (الفرع الثاني)، و على القوة الإلزامية للعقد (الفرع الثالث)، و أخيرا ركز قانون المنافسة على إيجاد مجموعة من الاليات لإخضاعها على الممارسات التي تمس بالنظام العام الاقتصادي(الفرع الرابع).

الفرع الاول

تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون المنافسة

بالرغم من أن المشرع الجزائري وضع تكريسا واسعا لمبدأ سلطان الإرادة تبنى من خلاله نصوص مختلفة، إلا أنه و نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها قانون المنافسة و التي تتطلب تدخل المشرع بدور حمائي لهذا النشاط و ذلك عن طريق مجموعة من الضوابط التي تشكل قيودا على هذا المبدأ[144] .

منه سنتطرق إلى تبيان العلاقات المضطربة بين العقد و المنافسة (أولا)، و مكانة العقد في السوق التنافسية (ثانيا)، و أخيرا قيد حرية التعاقد بنظام الضبط الاقتصادي (ثالثا).

[144]تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، د ط، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر،2013، ص 265.

أولا : العلاقات المضطربة بين العقد و المنافسة

يعتبر قانون المنافسة ضمن النصوص التي تشكل حقلا للبحث القانوني، من زاوية تأثير على قانون الالتزامات و العقود، لكون هذا الأخير يستند على مبدأ الحرية التعاقدية للأفراد، في حين أن قانون السوق يعتمد على الحرية التنافسية و التي تستند بدورها على مبدأ العرض و الطلب كمحدد للأسعار في السوق، و أن العقد وسيلة لفتح المجال التنافسي[145] .

هناك علاقة محددة بين قانون العقود و قانون المنافسة، الأمر الذي أدى إلى نشوء قانون خاص "قانون المنافسة التعاقدية"؛ علاقة تمليها الليبرالية الاقتصادية.

في هذه العلاقة المثالية بين هاذين القانونين، هناك سيطرة مزعجة للغاية لقانون المنافسة على قانون العقود[146].

[145] مجبار لامية و خيتمان نسيمة،قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016 ،ص ص 35.34 .

[146] BERRI Nourdine et AISSAOUI Azedine,« Le contrat entre régulation et concurrence »,revue académique de la recherche juridique, université Bejaia, 2019, p 359.

ثانيا: مكانة العقد في السوق التنافسية

يعتبر العقد كمفهوم أساسي ترتكز عليه قواعد السوق، و تدور حوله مختلف الممارسات و التصرفات التي تبرم بين التعاقدين الاقتصاديين في السوق و ممارسة أنشطتهم الاقتصادية المسموح بها من اختيار الأسواق المعنية و حرية التنقل فيها[147].

بتخلي الدولة عن الحقل الاقتصادي لا يعني غيابها التام، بل تم الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة[148]، بما يعني إيجاد توازن بين حقوق و التزامات كل طرف في السوق و يقوم بهذه المهمة هيئات جديدة مكلفة بضبط القطاع الاقتصادي و هي هيئات إدارية مستقلة، و قواعد السوق تختلف من حيث المصدر فإما أن تكون من وضع هذه الهيئات و ذلك عن طريق الأنظمة أو من إنشاء المتعاملين الاقتصاديين و يكون ذلك عن طريق إبرام العقود، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[149]، و بالتالي كان للعقد مكانة مرموقة في ضبط السوق كوسيلة للدخول فيه[150].

---

[147]تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر،المرجع السابق، ص 300 .

[148]عشاش حفيظة،سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 13.

[149]عيساوي عز الدين، "العقد كوسيلة لضبط السوق"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 3، 2013، ص 212.

[150]MURIEL Chagny, « droit de la concurrence et droit commun des obligations»,thèse de doctorat en droit de l'université panthéon- sorbonne (Paris), présentée et soutenue publiquement le 15 mai 2002, p 95.

ثالثا : نظام الضبط الاقتصادي قيد على الحرية التعاقدية

يشكل الضبط الاقتصادي فكرة جديدة، انتشرت بشكل واسع نتيجة التحولات الاقتصادية التي اتخذتها السلطة العامة، التي استوجبت ضبط الدولة للنشاط الاقتصادي التنافسي من خلال ما اصطلح عليه بالنظام العام التنافسي، الذي حمل في طياته معنى أن المنافسة يجب أن تكون خاضعة للرقابة و محلا للعدالة و الضبط، فالسوق بحاجة إلى قواعد حامية للحرية التنافسية، و يتمثل هذا الضبط في إطار حظر الممارسات المقيدة للمنافسة[151].

أ : حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة

يقصد بها بوجه عام الممارسات التنافسية غير المشروعة التي يقوم بها المتعاملين الاقتصاديين إما بعرقلة حرية التنافس في السوق أو الحد منها، مما يضر بالمتنافسين الاخرين وبالمستهلكين[152].

حيث نص المشرع في المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على مبدأ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة حيث جاء فيها: " تحظر الممارسات و الأعمال المديرة و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لا سيما عندما ترمي إلى :

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها .

---

[151] بري نورالدين، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، ص ص 12.04.

[152] تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، المرجع السابق، ص130.

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو الاستثمارات أو التطور التقني .

- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين .

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .

تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يجرمهم من منافع المنافسة .

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية"[153].

استنادا على هذه المادة نجد المشرع الجزائري قد حظر هذه الاتفاقات التي لها نماذج مختلفة إذا كانت مقيدة للمنافسة في سوق ما، سواء بعرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها و ذلك عند وجود علاقة سببية بين الاتفاق المحظور و الإخلال بالمنافسة، حيث يجب أن يكون الضرر الذي لحق المنافسة ناتج عن الاتفاق المبرم بين الأطراف[154].

[153] الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003 معدل و متمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جويلية 2008، جريدة رسمية عدد 36 مؤرخة في 02 جويلية 2008 .

[154] جواي يمينة، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، 2007، ص80.

ب : حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

توجد في بعض الأسواق مؤسسات تتمتع بقوة سوقية أو هيمنة على السوق أكبر منافسيها، حيث تسيطر الشركات العملاقة على السوق و يحكم علاقات هذه الشركات نوع من المنافسة غير السرية في إطار الاحتكار إذ يحدد مركز كل شركة و قوتها و المبيعات و معدلات النمو[155]، فقانون المنافسة لم يحظر وضعية الهيمنة أو وضعية الاحتكار و إنما حظر التعسف في هاتين الوضعيتين و استغلالها مما يؤدي بالإضرار بالمتنافسين و المستهلكين، لذلك تدخل المشرع لوضع ضوابط وقيود يهدف ضمان عدم التعسف في الوضعيتين و هذا بموجب المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص:" يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة في السوق أو احتكار لها أو جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين.
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة.

[155] أمل محمد شلبي، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2008،ص ص 12.10.

- إخضاع إبرام العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

نفهم من هذه المادة أنه يشترط القانون حتى نكون أمام وضعية هيمنة على السوق عندما يقوم المتعامل الاقتصادي باستغلال الوضعية لقيام التعسف من شأنه أن يقيد بالمنافسة والإخلال بها [156].

ت : حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

مع صدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة نلاحظ أن المشرع خصص و أفرد لهذه الحالة مادة لوحدها بعد ما كانت قبل التعديل الأمر رقم 95-06 كانت هذه الحالة بمثابة وجه ثان لحالة التعسف الناتج عن الوضع المهيمن على السوق و جاء هذا في المادة 07 من أمر95-06 منظم للمنافسة السابق[157].

نظرا لما ترتكبه بعض المؤسسات من أفعال و سلوكات تجاه بعض المؤسسات كفرضها على بعض الشروط التعسفية كاستغلال لها، لأنها لا تملك خيارات كافية لرفض تلك الشروط لذلك نجد المادة 11 من أمر 03-03 قد حظرت هذه الممارسات و لكي يتحقق الحظر الوارد في المادة 11 لا بد

[156] منصور داود، الاليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه: العلوم في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر،2015-2016، ص ص34.33.

[157] تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، المرجع السابق، ص ص260.259.

من إثبات وجود حالة تبعية اقتصادية و وقوع استغلال تعسفي لهذه الحالة بغرض تقييد المنافسة والإخلال بها [158].

ث : حظر ممارسة البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

يعد اتفاق تحديد أسعار السلع و الخدمات بمثابة المحور الذي تدور حوله باقي الاتفاقات الأفقية التي يبرمها الأشخاص في السوق[159]، بغية تقييد المنافسة بينهم و تعطيل قوى السوق[160].

حيث تنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه:" يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق".

بحيث حظر قانون المنافسة البيع بأسعار مخفضة بشكل تعسفي نظرا لضررها على المنافسة في السوق و تتمثل في ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة للمستهلك بسعر يقل عن سعر الإنتاج أو التحويل أو التسويق[161] و هي إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة وكان

---

[158]محمد الشريف كتو، " حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة مولاي أحمد، (جامعة مولود معمري تيزي وزو)، عدد1 ، ص ص50.49.

[159]وليد عزت الدسوقي الجلاد، حماية المستهلك و حماية المنافسة رفع الممارسات الاحتكارية، ب ط، دار الحكيم للطباعة، القاهرة، ب س ن، ص40.

[160]MURIEL Chagny, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations», Ibid, p 468.

[161]محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، المرجع السابق، ص53 .

المشرع صريحا في المادة 12 من قانون المنافسة حيث اعتبر بسعر التكلفة و ليس بسعر الشراء الحقيقي حيث نص على ذلك في المادة 12 من أمر 03-03القاعدة العامة هي حظر كل عون اقتصادي ببيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي إذا كانت هذه الممارسات مقيدة للمنافسة، لكن طرأت عليها استثناءات بحيث لا يمكن تطبيقها على كل السلع بل هناك سلع و منتوجات تشكل فيها الخسارة أمر مرخص به، كتفادي لخسائر أكبر[162].

الفرع الثاني

التأثر النسبي للعقد بفعل قانون المنافسة

يعتبر العقد صحيحا عندما يرتب اثاره القانونية على المتعاقدين، أي الحقوق و الالتزامات المتولدة عنه لا تنصرف إلى الغير، إذن العقد اثاره نسبية، غير أن قانون المنافسة أضفى على قانون العقود ضرورة مراعاة وضعية التعاقد و تأثيرها على السوق، منه نتيجة لصعوبة العلاقات التعاقدية، أصبح الغير بإمكانه الاحتجاج على المتعاقدين[163]، على هذا فإن قانون المنافسة أدخل الغير عند تقديره لصحة العقد (أولا)، و إلى أي مدى يتأثر الغير عند وجود عقود التوزيع (ثانيا).

[162]جعيرن بشير، "ضبط المنافسة الحرة في الجزائر في ظل التحول الاقتصادي الجديد"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، مجلد 4 ، عدد 2، 2021، الجزائر، ص370.

[163]مجبار لامية و خيتمان لامية، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، المرجع السابق، ص 39.

أولا: دخول الغير بموجب قانون المنافسة عند تقديره لصحة العقد

الغير هنا، كل من لا مصلحة له بالمتعاقدين أو بالعقد، نظرا للأبعاد العامة التي تتميز قواعد المنافسة من المتعاملين الاقتصاديين، لذلك تعدى قانون المنافسة عند تقديره لصحة العقد فيها إطار المتعاقدين و اتفاقهم نحو أشخاص اخرين: موردون- منافسون- موزعون- و مستهلكون؛ منه يجب حماية مصلحة الغير[164].

ثانيا : تأثر الأثر النسبي للعقد بفعل عقود التوزيع

المشرع الجزائري أخضع عقود التوزيع إلى الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فيعتبر هذا العقد نوع من التعامل التجاري الذي يتم بين المنتج و الموزع و هذا يتخذ أشكال عديدة فقد يتم اختيار ممون و يقوم بعملية التوزيع لمدة محددة، أو إنشاء شبكة توزيع تتكون من فئة من الموزعين منظمة وفقا لعقود الإطار، إذ يتوقف نجاح التوزيع على عدم خلق اضطرابات في شبكة التوزيع عن طريق التوزيع الموازي، الذي يشكل مساس بمبدأ الأثر النسبي عن الممارسات التعاقدية، لأنه يفرض احتجاج الأطراف المعنيين بها على الغير لأن إذا لم يتم تكييف مبدأ الأثر النسبي للعقد يمكن لهذه العقود أن تفقد طبيعتها الخاصة.

[164] زروق هجيرة، مبادئ المنافسة و تأثيرها على المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص 17.

الفرع الثالث

تأثير قانون المنافسة على القوة الإلزامية للعقد

معنى القوة الملزمة للعقد أنه بمجرد انعقاد العقد صحيحا، يجب على أطرافه أن ينفذوه و لا يمكن لأحدهم التعديل أو نقص أحد بنوده دون إرادة الطرف الاخر.

يعمل هذا المبدأ على عدم السماح للتشريع أو للقضاء بالتدخل في العلاقات التعاقدية، بل ألزمهم هذا المبدأ باحترام روابطهم التعاقدية، غير أن في مجال المنافسة سن المشرع قواعد لمنع كل الاتفاقات المخالفة للنظام العام الاقتصادي، و ضمان المنافسة العادلة بين الاقتصاديين، على هذا هناك تعارض بين العدالة التعاقدية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، و العدالة التنافسية التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة[165].

الفرع الرابع

اليات تقييد الحرية التنافسية

تعتبر قواعد المنافسة وسيلة وقائية، تركز على ضرورة إخضاع الممارسات التي تشكل مساس بالنظام العام الاقتصادي للرقابة قبل ممارستها و ذلك وقاية من التعدي المحتمل الوقوع بين الأعوان الاقتصاديين، و فرض مجموعة من الاليات التي من شأنها إعادة التوازن بينهما، الاليات العلاجية (أولا)، و الاليات الوقائية (ثانيا).

[165] مجبار لامية و خيتمان نسيمة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، المرجع السابق، ص ص 43.42.41.40.

أولا: الاليات العلاجية

من بين الاليات العلاجية التي تكفل حماية حرية المنافسة من المساس بها اليات علاجية التي قد تفعل بعد حدوث الممارسات المنافية للمنافسة و المتمثلة في البطلان و الغرامات المالية[166].

أ : البطلان

يشمل البطلان كل الممارسات المقيدة للمنافسة و هذا ما نصت عليه المادة 13 من الأمر رقم 03/03 بقولها " دون الإخلال بأحكام المادة 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المادة 12.11.10.7.6 "[167].

فيبطل كل اتفاق أو شرط تعاقدي يكون موضوعه تقييد للمنافسة شرط أن لا تكون هذه الممارسات محل تبرير بموجب المادة 8 و 9 من نفس الأمر، ففي هذه الحالة تفلت من جزاء البطلان[168].

كما أن البطلان قد يشمل الاتفاق كاملا أو بند منه، فلقد أجاز القانون لكل ذي مصلحة أن يلجأ إلى المحكمة المدنية أو التجارية لمطالبة الاتفاق المقيد للمنافسة، و يكون ذلك وفقا للإجراءات العادية للتقاضي.

---

[166]عمارة أميرة إيمان، "نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، العدد الخامس، جامعة الجزائر، ديسمبر 2018، ص97.

[167]أمر رقم 03- 03 المتعلق بالمنافسة، معدل و متمم ، المرجع السابق .

[168]شفار نبيلة، الجرائم التعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص141.

بالإضافة إلى أنه يمكن رفعها من طرف الغير، جمعية المستهلكين و مجلس المنافسة حيث لا يختص هذا الأخير ببطلان الاتفاقات و الشروط التعاقدية المخالفة لقواعد المنافسة و لكن بما أنه مخول قانونا لحماية المنافسة الحرة في السوق فإنه يجوز له أن يرفع دعوى البطلان أمام القضاء المختص[169].

ب : الغرامات المالية

منح المشرع لمجلس المنافسة حق فرض عقوبات مالية على الشخص المخالف نظرا لسلطته في التعسف في وضعية الهيمنة[170]، حيث لا تفوق العقوبة المالية 12 بالمائة من مبلغ رقم الأعمال لأخر سنة مالية أو حسب رقم المبيعات التي حققت بغض النظر عن النفقات و المصاريف، أو بغرامة تكون بضعفي الربح المحقق[171].

ثانيا : الاليات الوقائية

الاليات الوقائية هي التي تؤدي إلى تفادي حدوث مساس بالحرية التنافسية:

- الرقابة على التجمعات و الترخيص بها: مثل التجمع الذي تقوم به المؤسسات المتمتعة بالقوة الاقتصادية ذات التأثير القوي على المنافسة و يفترض القانون أن بلوغها سيؤدي إلى المساس

[169] عمارة أميرة إيمان، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، المرجع السابق،ص98.

[170] بلقاسمي حميدة و بوعولي سارة، مبدأ الحرية التعاقدية، المرجع السابق، ص.2018-2019، ص56.

[171] شاوش عادل و فرحني بدرة، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، الجزائر،2014-2015، ص 121.

بالمنافسة، و لذلك يجب عرض عملية التجميع على مجلس المنافسة و هذا ما جاء في نص المادة 15 الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المقصود بالتجمعات و المادة 16 الأمر 03-03 المقصود بالمراقبة[172].

- الترخيص للاتفاقات و وضعية الهيمنة: إن حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة ليس مبدأ مفتوح بل أنه يتضمن استثناءات عديدة نص عليها المشرع حيث أنه يمكن إعفاء أو ترخيص بعض الاتفاقات إذا توفرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون، كما نصت عليها المادة 09 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[173].

المطلب الثاني

سلطات الضبط المستقلة: ضابطة للعقد

تم استحداث سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي و المالي في الجزائر مع بداية التسعينات، لتقوم بضبط النشاط الاقتصادي لتجنب بعد ذلك تدخل الدولة المباشر في القطاعات الحساسة و تحتل مكانة الإدارة التقليدية، و من أسباب ظهورها و إنشاءها خاصة لضبط المرافق العامة هو السماح للمتعاملين بالبقاء المنتمين للدولة بعد تحرير هذه المرافق[174]، بحيث يقول الأستاذ زوايميه:" هذه الهياكل الجديدة، المسماة بالسلطات الإدارية المستقلة، التي

---

[172]أنظر المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، المرجع السابق .

[173]جمال خوالد، نطاق حرية التعاقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص ص32.31.30.29.

[174]بري نور الدين، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، المرجع السابق، ص ص 20.19.

تستخدمها الدولة بدلا من الإدارة التقليدية لإنجاز المهام الجديدة التي يتطلبها تنظيم الأنشطة الاقتصادية و المالية"[175].

نذكر منها نموذج سلطة ضبط البريد و الاتصالات الإلكترونية(الفرع الأول)، و الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضبط العقد في الاتصالات الالكترونية

تعتبر سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية و المسماة في ما يلي " سلطة الضبط " هيئة مستقلة للبريد و الاتصالات الالكترونية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، تم إنشاؤها أولا في إطار قانون رقم 2000-03 الذي يتضمن ضبط البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية[176]، لكن ألغي هذا القانون بموجب قانون جديد 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، بحيث قام هذا القانون بتجسيد نشأة سلطة ضبط سوق البريد و الاتصالات الالكترونية بموجب المادة 11 منه، بحيث تعزز وتطور قطاعي البريد و الاتصالات الالكترونية في عدة مهام تقوم بها بهدف الضبط الاقتصادي للسوق، أي للسهر على تطبيق القانون في مجال الاختصاص المحدد لها، هذا الاختصاص يعود في الأصل للوزير المكلف بالبريد و الاتصالات، فسلطة الضبط مكلفة بمهام

[175] ZOUAIMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique »,revue de l'école nationale d'administration, numéro spécial, volume 14, numéro 02-28, 2002, p 06.

[176]قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 48 بتاريخ 06 أوت 2000، معدل و متمم.

تعود أصلا للسلطة العامة[177]، بحيث حددت المادة 13 من قانون رقم 18-04 مهامها بقولها : " تكلف سلطة الضبط بالقيام بضمان ضبط أسواق البريد و الاتصالات الالكترونية لحساب الدولة، و في هذا الإطار تتولى المهام الاتية:

- السهر على وجود منافسة فعلية و مشروعة في سوقي البريد و الاتصالات الالكترونية باتخاذ كل التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقين.

- السهر في تجسيد تقاسم منشأت الاتصالات الالكترونية، في ظل احترام حق الملكية.

-تخصيص الذبذبات لمتعاملي شبكات الاتصالات الالكترونية المفتوحة للجمهور في الحزم التي تمنحها لها الوكالة الوطنية للذبذبات، و مراقبة استخدامها وفق مبدأ عدم التمييز.

- إعداد و تحسين وضعية الذبذبات التي تخصصها للمتعاملين و تبليغها بانتظام إلى الوكالة الوطنية للذبذبات.

-إعداد مخطط وطني للترقيم و دراسة طلبات الأرقام و منحها للمتعاملين.

- المصادقة على العروض المرجعية للتوصيل البيني و النفاذ إلى شبكات الاتصالات الالكترونية.

- منح التراخيص العامة لإنشاء و/أو استغلال شبكات الاتصالات الالكترونية و توفير خدمات الاتصالات الالكترونية و تراخيص الشبكات الخاصة، و كذا تراخيص تقديم خدمات و أداءات البريد.

[177]فارح عائشة، " المركز القانوني لسلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية على ضوء القانون رقم 18-04 "، مجلة العلوم القانونية و السياسية، (جامعة بجاية)، المجلد 10، عدد 2، سبتمبر2019، ص 394.

- المصادقة على تجهيزات البريد و الاتصالات الالكترونية طبقا للمواصفات و المعايير المحددة عن طريق التنظيم.

- الفصل في النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين عندما يتعلق الأمر بالتوصيل البيني و النفاذ و تقاسم المنشأت و التجوال الوطني.

- تسوية النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين و المشتركين.

- الحصول من المتعاملين على جميع المعلومات الضرورية للقيام بالمهام المخولة لها.

- التعاون في إطار مهامها مع السلطات الأخرى أو الهيئات الوطنية كانت أم الأجنبية ذات الهدف المشترك.

- إعداد و نشر التقارير و الإحصائيات الموجهة للجمهور المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية بصفة منتظمة.

- إعداد و نشر تقرير سنوي يتضمن قراراتها و أراءها و توصياتها، مع احترام واجب التحفظ حماية لخصوصية و سوية الأعمال، و يرسل إلى البرلمان بغرفتيه، و الوزارة الأولى، و الوزارة المكلفة بالبريد و الاتصالات الالكترونية.

- السهر على احترام متعاملي البريد و الاتصالات الالكترونية للأحكام القانونية و التنظيمية المتعلقة على الخصوص بالبريد و الاتصالات الالكترونية و الأمن السيبراني .

- السهر على حماية حقوق المشتركين في خدمات الاتصالات الالكترونية و مرتفقي البريد.

- وضع إجراء يحدد كيفية معالجة شكاوى المشتركين.

- نشر كل معلومة مفيدة لحماية حقوق المشتركين، و كذا القيام بحملات تنظيم تحسيسية وتوعوية لفائدة هؤلاء.

- المشاركة في تمثيل الجزائر في المنظمات الدولية المختصة في مجالي البريد و الاتصالات الالكترونية.

- تسديد المساهمات و النفقات المختلفة التي تستحقها على الجزائر المنظمات الإقليمية و الدولية المختصة في مجالي البريد و الاتصالات الالكترونية و التي تكون الجزائر عضوا فيها بناء على إثباتات يرسلها إليها الوزير المكلف بالبريد و بالاتصالات الالكترونية".[178]

حيث نلاحظ في هذه المادة في الفقرة 14 منها أن المشرع الجزائري وفق هذا القانون 18-04 ألزم سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية بإعداد تقرير مفصل يتضمن على القرارات الصادرة عن مجلس سلطة الضبط و أراءها و توصياتها و إرساله إلى البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة) و الوزارة الأولى و الوزارة المكلفة بالبريد و الاتصالات الالكترونية و هنا يظهر تقييد حرية سلطة ضبط البريد[179].

[178]قانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات، ج ر عدد 27 صادرة في 13 ماي 2018 .

[179]سعيود محمد الطاهر، "استقلالية سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية في ظل أحكام القانون 18-04 "، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، عدد 4، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل الجزائر، 2020، ص ص 51. 50 .

✓ **حدود سلطان الإرادة في اتفاقات الربط البيني :**

العديد من نشاطات المرفق العام تخص قطاعات يسود فيها طابع التقنية، و التي غالبا ما تستوجب احتكارا كمجال المرافق العامة الشبكية، حيث تنظم هذه القطاعات حول شبكة واحدة للنقل و التي يجب على الأعوان استعمالها، و لا يمكن للأعوان الاقتصاديين في هذا النوع من القطاعات إنشاء شبكة خاصة بهم و بإمكانياتهم، و يتطلب الانضمام إلى الشبكة إبرام عقد الربط البيني، حيث يعتبر هذا الأخير عنصرا مهما في قطاع الاتصالات، يقصد به تلك الخدمات المتبادلة التي يقدمها متعاملان تابعان لشبكة عمومية لمقدمي خدمات الاتصالات الهاتفية للجمهور[180] .

الحرية التعاقدية مقيدة و محدودة بحيث أن مشغلي السوق يجبرون في بعض الأحيان على التعاقد، ففي الاتصالات الالكترونية يشجع المنظم المشغلين في هذا القطاع التنافسي الان على الامتثال للشروط، كما لا تفشل الجهة التنظيمية في التدخل في العملية التعاقدية من حيث أنها تتمتع بصلاحية استعادة التوازن التعاقدي بدلا من القاضي يتم تحقيق الترابط بين الشبكات المختلفة من عقود، يقوم مشغلي شبكات الاتصالات بالتفاوض عليها بكل حرية، حيث تحتوي هذه الاتفاقيات على شروط فنية و مالية لتقديم خدمات ربط الاتصال البيني، و تمثل هذه الاتفاقيات الترجمة التعاقدية للالتزام القانوني المفروض على مشغلي الشبكات المفتوحة للجمهور للامتثال لطلبات ربط الاتصال البيني المعقولة، فتظهر أهمية الترابط في ملاحظة الجزء

[180]عيساوي عزالدين، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإرادية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 ، ص ص 138.137 .

الكبير يأخذه القانون الخاص في تنظيم الاتصالات[181]، حيث أن التوصيل البيني يوصف بأنه عبارة عن اتفاقات ربط، هي أشكال من القانون الخاص، فإن أسلوب التعاقد في القانون الخاص يدخل قطاعا كان يحكمه سابقا القانون العام[182]

الفرع الثاني

تقييد مبدأ الحرية التعاقدية المكرسة في الصفقات العمومية

تخضع الإدارة قبل اختيارها للمتعاقد إلى قيود تتمثل في إجراءات و تدابير قانونية و ذلك حفاظا على مصلحتها و تتمثل في إلزامية توفر وجود الاعتماد المالي، إذ لا يمكن أن تقدم على إبرام العقد دون أن يتوفر، و إضافة على ذلك تفرض الإدارة في بعض الأحيان ضرورة حصول الإدارة على موافقة جهة معينة، و تخضع الصفقات العمومية إلى قيود و رقابة إدارية.[183]

أولا: طرق إبرام الصفقات العمومية

نظرا لأهمية الصفقات العمومية في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، فقد أورد القانون مجموعة من القيود لإبرامها من جهة، و احترام المبادئ الأساسية من جهة أخرى[184] و التي تتمثل

[181]BARRI Noureddine et AISSAOUI Azedine, « Le contrat entre régulation et concurrence», Ibid, p p 360.361.

[182] BERRI Noureddine, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunication, Ibid, p 143.

[183] الليل أحمد، القيود السابقة على إبرام الصفقات العمومية، مجلة الحقيقة، مجلد 17، عدد 3، جامعة أدرار، 2018 ، ص ص 263.260.259 .

[184]محمد الصغير بعلي، القرارات و العقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر، 2017 ، ص ص220.219.217.

في المساواة و الشفافية و المنافسة التي جاءت في المادة 09 من الأمر رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته[185].

فحرية الإرادة تتسم بالتقييد فهي ملزمة بإبرام صفقاتها وفق إجراءات حددها التشريع، حيث في هذا السياق جاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام في المادة 39 منه على أن: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي بشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي"[186].

ثانيا : الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

تشرف الإدارة على مراقبة تنفيذ العقد وفق الشروط المحددة في العقد و تقوم بتوجيه أعمال التنفيذ و اختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة[187].

هناك نوعين من الرقابة أولها الرقابة الداخلية تقوم بها لجنتان تنشأ لدى كل مصلحة متعاقدة هي لجنة فتح الأضرفة و لجنة تقييم العروض و ذلك طبقا للمادتين 121 و 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 معدل و متمم، إذ تهدف هذه الرقابة إلى كشف الانحرافات و التجاوزات، و هناك الية أخرى للرقابة الإدارية و هي رقابة لجان الصفقات الخارجية حيث أسس المشرع لجنة

---

[185]أمر رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فيفري 2006 ، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، معدل و متمم.

[186]المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 ، الموافق ل 20 سبتمبر 2015 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50 .

[187]محمد خلف الحيوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2010، ص 127.126.

لرقابة الصفقات العمومية على المستوى المحلي و أخرى على المستوى المركزي و هناك الجهات الوصية في الرقابة على الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق برنامج حكومي بكفاءة و فعالية[188].

[188] تياب نادية، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق،2014-2015 ، ص ص34.32.28.27.

المبحث الثاني

القيود الواردة على الحرية التعاقدية بموجب القوانين الأخرى

إن تغير الظروف الاقتصادية أوجد الحاجة إلى تجديد روح العقد، و رغم أن مبدأ سلطان الإرادة يُشكل أهم جوهر للنظرية العامة للعقد[189]، إلا أنه ظهرت تشريعات خاصة معها قواعد جديدة غير مألوفة عن تلك القواعد التي تحكم العلاقات التعاقدية ضمن أحكام القانون المدني الذي يقيد الحرية التعاقدية و القوة الملزمة للعقد، تهدف إلى استقرار المعاملات المالية خصوصا العلاقات الاقتصادية، منها ارتأينا أن يخصص المبحث الأول من هذا الفصل إلى تقييد الحرية التعاقدية بموجب قوانين خاصة من خلال استعراض قوانين الضبط الاقتصادي، و تخصص لهذا المبحث لقانون التأمين و قانون الأعمال (المطلب الأول)، و قانون الاستهلاك و التجارة الإلكترونية (مطلب الثاني) كنماذج عن قوانين خاصة أخرى.

[189]زمام جمعة، " تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، (جامعة التكوين المتواصل الجزائر)، عدد 12، ص 230.

المطلب الأول

تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون التأمين و قانون الأعمال

يمثل عقد التأمين مجالا خصبا لانحدار مبدأ سلطان الإرادة، تاركا المجال للتدخل التشريعي للحد من انفراد الطرف القوي في صياغة و نمذجة عقد التأمين، و كذا إلزام المشرع المتعاقدين على إبرام أنواع معينة من التأمين، منه يكمن الهدف من تدخله تنظيم العقد و تحديد محتواه تنظيما قانونيا مباشرا على مستوى مضمون التزامات و حقوق أطراف العقد بحيث لا يترك مجالا كبيرا للمتعاقدين في فرض شروطهم، و هذا وقاية من الشروط التعسفية و كذا خدمة لمصالح اقتصادية ضرورية[190]، (الفرع الأول)، و إنشاء قانون الأعمال بفعل حماية أطراف علاقات العمل و تحقيق التوازن بينهم و توفير العدالة التعاقدية خاصة للعامل، لذا تدخل المشرع و فرض مجموعة من الالتزامات لكل من صاحب العمل و العامل على كل منهما احترامها و التقيد بها (الفرع الثاني).

[190] بوسحابة عودة، تطور عقد التأمين في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص التأمينات و المسؤولية، 2016-2017 ، ص ص 12.11 .

الفرع الأول

مظاهر تدخل المشرع لتنظيم قانون التأمين

يتجلى تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد التأمين من خلال النص بموجب الأمر رقم 95-07 على التأمينات الإلزامية[191].

ما يلاحظ في التنظيم القانوني لعقد التأمين، تكفل المشرع بتحديد مختلف جوانبه وفق خطة قانونية دقيقة و التي تكرس في الحقيقة فكرة النظام العام[192]، بداية من تحديد العناصر الجوهرية للعقد (أولا)، إلى تحديد أطراف العقد مسبقا (ثانيا)، و أخيرا قيد حرية الأطراف في مجال التأمينات الإلزامية (ثالثا).

أولا : تحديد العناصر الجوهرية للعقد

بالرجوع إلى نصوص قانون التأمين نجد المشرع قد تطرق إلى تحديد مختلف عناصر العقد بالتالي عمل على غلب إرادة أطراف العقد، و الذي وصف على أنه خرق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين باعتبار العقد يستمد قوته من إرادة أطرافه، فهذه الإرادة هي التي تتكفل بإنشاء الالتزام كما أنها هي التي تحدد ما يترتب على هذا العقد من أثار، و يتجسد تدخل المشرع في عقد التأمين من خلال تحديد عناصر العقد التي لا يقوم هذا الأخير في غيابها.

---

[191] الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13، صادرة في 08 مارس1995، معدل و متمم بقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 .

[192] رواس حميدة، خصوصية عقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 41.

ففيما يخص الخطر فقد تكفل المشرع بتحديد الأخطار القابلة للتأمين و ذلك باعتباره عنصر جوهري في العقد، و التي تتمثل في أخطار الأشخاص، الممتلكات و المسؤولية، ما يعني أنه فيما عدا ذلك لا يجوز التأمين فيه، كما تناول عنصر القسط لأن وجوده لازم و ضروري لقيام العقد و أخضعه لأحكام خاصة و دقيقة و مفصلة و بين كيفية حسابه وفق أسس دقيقة و ذلك في القسم الثالث من الفصل الثالث المتعلق بتأمينات الأشخاص تحت عنوان "دفع القسط"، أما بخصوص مبلغ التأمين فيتحدد على حسب المبلغ المتفق عليه في عقد تأمين الأشخاص بحيث لا يدخل في حسابه أي من الاعتبارات المتعلقة بنسبة الضرر الذي مس المؤمن له، و هذا لانعدام الصفة التعويضية فيه، و في تأمين الأضرار فإن المؤمن لا يتحمل سوى الضرر الناتج عن تحقق الحادث المؤمن منه شرط أن لا يتجاوز قيمة التأمين[193].

كما اهتم المشرع بالجانب الشكلي للعقد حيث نص في المادة 07 من الأمر رقم 95-07 على ضرورة أن يحرر عقد التأمين كتابة و يثبت بوثيقة التأمين أو بمذكرة تغطية التأمين أو بأي مستند مكتوب وقعه المؤمن على أن يتضمن جميع البيانات الالزامية التي حددتها المادة 07 من قانون التأمين، من هنا يظهر حرص المشرع على تنظيم هذا العقد بجميع مشتملاته[194].

[193]محمدي سامية، النظام القانوني لعقد التأمين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016-2017 ، ص ص 34.33.31.30.

[194]أنظر المادة 07 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، معدل و متمم، المرجع نفسه.

ثانيا : تحديد التزامات الأطراف مسبقا

يعد عقد التأمين من العقود الملزمة لجانبين ينشئ عدة التزامات على طرفيه، المؤمن من جهة و المؤمن له من جهة أخرى، و لقد تكفل المشرع بتحديد هذه الالتزامات فخصص لها القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول المتعلق بالتأمينات البرية " حقوق المؤمن و المؤمن له والتزاماتها".

و في هذا الإطار نص المشرع على أنه يلتزم المؤمن له بأن يدفع للمؤمن القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها في العقد، كما يلتزم بالتصريح أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر و الذي يمتد من اللحظة الأولى لإبرام العقد و أثناء سريانه و وقت وقوع الخطر، إلى جانب احترامه لجميع الالتزامات التي تم الاتفاق عليها مع المؤمن و التي يفرضها التشريع الجاري العمل به لا سيما في ميدان النظافة و الأمن لاتقاء الأضرار أو تحديد مداها و غيرها من الالتزامات الأخرى التي حددتها المادة 15 من أمر 95-07 المتعلق بالتأمين، في مقابل ذلك يلتزم المؤمن بمجموعة من الالتزامات أهمها التزامه بأداء مبلغ التأمين أو التعويض و ذلك في الاجال المتفق عليها في العقد بالإضافة إلى التزامات أخرى ذكرتها المادة 16 من قانون التأمين، كالتزامه بتذكير المؤمن بتاريخ استحقاق القسط، و التزامه بإعذاره في حال عدم دفع القسط في الاجال المحددة[195].

[195] هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، مكتبة الجامعة الشارقة، الطبعة الأولى، إثراء للنشر و التوزيع، الأردن، 2010، ص ص263.244.227.

ثالثا : تقييد حرية الأطراف في مجال التأمينات الإلزامية

إذا كان العقد يخضع أصلا لإرادة الأطراف التي تتكفل بتقرير التعاقد من عدمه، بتحديد موضوع و مضمون العقد إلى غاية تحديد اثاره إلا أن هذه الإرادة تراجع دورها أمام ظهور طائفة من العقود الإلزامية[196]، ففي إطار الدور السيادي للدولة في المجال الاقتصادي عمدت الدولة إلى التدخل بواسطة نصوص قانونية حماية للطرف الضعيف و حماية لحياة و ممتلكات الأشخاص، أي حماية للمصلحة العامة بوجه عام، و تهدف هذه العملية إلى تطبيق فكرة النظام العام و ذلك بفرض إبرام مجموعة من العقود و تنظيمها و كذا مراقبتها بغض النظر عن إرادة الأطراف[197]، هذه الفكرة تتجسد في عقود التأمين من خلال وجود نصوص قانونية سواء ضمن قوانين التأمين العادية أو قوانين خاصة تجعل عدم اللجوء إلى بعض التأمينات مصحوبة بجزاءات و بأخطار جمة يتعرض لها الشخص في حياته أو ماله، فمن باب الوقاية و رعاية المصلحة العامة تجبر الدولة حتمية إبرام هذه الطائفة من عقود التأمين .

أ : تقييد حرية الأطراف ضمن أحكام قانون التأمين

خص المشرع بعض مجالات التأمين بإلزامية الاكتتاب و ذلك في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمين التي تتمثل في تأمين المسؤولية المدنية مثلا التي تم النص عليها في الفصل الأول من الكتاب الثاني من قانون التأمين تحت عنوان "المسؤولية المدنية"، و يخضع لإلزامية هذا التأمين

---

[196]LAMBERT Faivre yvonne ,droit des assurances, 10éme edition, Dalloz delta, Paris, 1998, pp 12.13.

[197]أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام و الاداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص 397.

كل من الشركات و المؤسسات الاقتصادية المدنية و كل الأشخاص الطبيعية و المعنوية المستعملة للمحلات التجارية أو الثقافية أو الرياضية و الهيئات المستغلة للموانئ و المطارات و كذا الناقلين العموميين للمسافرين و البضائع و لكل المؤسسات الخاصة و الطاقم الطبي باكتتاب عقود تأمين لدى شركات التأمين و هذا لتأمين المسؤولية تجاه الغير، و يترتب عن عدم اكتتاب هذه العقود توقيع جزاءات على المعنيين باكتتاب هذه العقود تتمثل في غرامة مالية يتراوح مبلغها ما بين 5.000 دج إلى100.000 دج[198].

ب : تقييد حرية الأطراف في بعض القوانين

أفرد المشرع الجزائري نصوصا خاصة بالتأمينات الإلزامية منها التأمين على حوادث السيارات، بحيث عمدت الدولة إلى فرض إلزامية التأمين على السيارات بموجب أمر رقم 74-15 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار[199].

ت : مصير الحرية التعاقدية في ظل التدخل التشريعي و التنظيمي لعقود التأمين

الأصل في مبدأ سلطان الإرادة أن كل الالتزامات التعاقدية تكون مصدرها الإرادة الحرة، لكن بالرجوع إلى التأمينات الإلزامية نجد أن الإلزامية تحل محل الإرادة الحرة، حيث تنص صراحة

[198] رواس حميدة، خصوصية عقد التأمين، المرجع السابق، ص 44.

[199] لؤي ماجد ذيب أبو الهيجاء، التأمين ضد حوادث السيارات-دراسة مقارنة، د ط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2005، ص 136.

على إلزامية التأمين من بعض الأخطار دون النظر إلى إرادة الأفراد في إبرام هذه العقود، فعلى الرغم من أن عقد التأمين لا يبرم إلا بتوقيع من المؤمن له، إلا أن هذا الأخير مجبر على توقيع العقد و هذا تحت طائلة العقوبات الجزائية و بهذا يغيب فيه الأصل الأول لمبدأ سلطان الإرادة القائم على أن الإرادة الحرة هي مصدر الالتزامات[200].

الفرع الثاني

تطور النظام القانوني لعقود الأعمال

انطلاقا من مقتضيات الحرية التعاقدية و مبدأ شريعة المتعاقدين، كان الأطراف هم دون سواهم من لهم الحق في تعديل العقد، لكن مع صدور قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[201]، نجد أن عقد العمل يمكن أن يعدله القانون، و نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في المادة 62 منه[202]، و يهدف هذا التدخل إلى تحقيق التوازن عن طريق تقييد إرادة الطرف القوي حماية للطرف الضعيف و حماية للنظام العام و ذلك بتنظيمه لقواعد امرة تلزم طرفي العلاقة بها[203].

---

[200]فارح عائشة، " تأثير النظام القانوني لعقود التأمين وفقا للأمر رقم 95-07 على مبدأ سلطان الإرادة"، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ب س ن ، ص 08.

[201]قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، متعلق بعلاقات العمل، ج ر، عدد 17 ، مؤرخة في 25 أفريل 1990، معدل و متمم بأمر رقم 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996 .

[202]أنظر المادة 26 من قانون رقم 90-11 التي تنص على: " يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الايفاقيات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل".

[203]مخلوف كمال، " حرية الإرادة في عقد العمل بين النسبية و ضوابط التقييد"، مجلة قانون العمل و التشغيل، مجلد 6 ، عدد 1 ، 2021، ص ص 66.65.61.57 .

تعددت تعاريف قانون العمل، كما تعددت تسمياته فهناك من سماه بقانون اجتماعي الذي يكون عبارة عن مجموعة من النصوص القانونية المنظمة لعلاقات العمل، تهدف إلى دعم الأمن الاجتماعي و هناك من سماه بالقانون الصناعي الذي يقصد به مجموعة من النصوص القانونية التي يتحدد نطاقها في عمال الصناعة، و من خلال ذلك أقدم تعريف قانون العمل على أنه مجموعة من النصوص و القواعد القانونية التي تنظم العلاقة القائمة بين العمال بأصحاب العمل في إطار علاقة العمل[204].

و تتمثل مظاهر تدخل المشرع في تقييد إرادة طرفي العقد بوضعه لجملة من الالتزامات التي تقع على عاتق صاحب العمل (أولا)، و التزامات تقع على عاتق العامل (ثانيا).

أولا: التزامات صاحب العمل

تبدأ التزامات صاحب العمل بشروط التعاقد المنصوص عليها في المواد 12 و 13 بالأمر 96-21 المتعلقتين بالحالات التي يجوز فيها إبرام عقد العمل لمدة محدودة[205].

و يلتزم كذلك بشروط التوظيف مثلا لا يوظف القاصر إلا بموافقة وليه الشرعي و ذلك طبقا للمادة 44 من القانون المدني الجزائري[206]، و عدم تشغيله للقصر في أعمال خطيرة و غير نظيفة التي تضر بصحته و بأخلاقه و هذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون 90-11، و كذلك المادة 28

[204]معزير عبد السلام، محاضرات في قانون العمل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 10.

[205]قدور خليلي و عبد الكريم وانرة، " عقد العمل في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، الجامعة الافريقية أحمد دراية بأدرار، 2018، ص 56.

[206]أجعود أزواو و أيت موهوب نونور، دور الإرادة في إنشاء العقد، المرجع السابق، ص 82.

منه تنص على أنه: " لا يجوز تشغيل العمال من كلا الجنسين الذي يقل عمرهم عن تسع عشر(19) سنة كاملة في أي عمل ليلي"، بالإضافة على ذلك لا يقوم المستخدم بتشغيل العاملات ليلا إلا بشروط خاصة[207].

بالإضافة إلى نص المادة 17 من قانون 90-11 التي جاءت بأحكام تحارب التمييز في العمل و بعمل الأطفال حيث تنص على ما يلي: " تعد باطلة و عديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقات و الاتفاقات الجماعية أو عقد مجال الشغل و الأجرة أو ظروف العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العامل كيفما كان نوعه في مجال الشغل أو ظروف العمل، على أساس السن أو الجنس أو الوضعية الاجتماعية أو النسبية و القرابة العائلية و القناعات السياسية و الانتماء وعدم الانتماء"[208].

كما يلتزم المستخدم بمدة العمل المنصوص عليها في المادة 2 من أمر رقم 97-03 [209]المحدد للمدة القانونية للعمل، لجأ المشرع الجزائري إلى إنقاص مدة العمل في عقد العمل من 44 ساعة إلى 40 ساعة في الأسبوع، و توزع هذه المدة على خمسة أيام[210].

---

[207]فتحي وردية، " خصوصية جزاء مخالفة النظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص ص 688.687.686.

[208]عيساوي عزالدين و بري نور الدين، " من ضبط الدولة إلى الضبط الخاص: حول مكانة الاتفاقات الجماعية ضمن قواعد قانون العمل"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2017، ص 07.

[209]أمر رقم 97-03 مؤرخ في 11 جانفي 1997 ، الذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج ر عدد 3 ، مؤرخة في 12 جانفي 1997.

[210]حنيفي فاطيمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق و التقييد، المرجع السابق، ص 100.

كما يلتزم المستخدم بإعداد نظام داخلي إذا كان يشغل أكثر من 20 عامل، و هذا ما جاء في المادة 75 من قانون 90-11[211]، و هناك نشاطات خاصة تقضي عند تشغيل أقل من 20 عامل يمكنها إعداد نظام داخلي، و تودع نسخة منه لدى مفتشية العمل و المحكمة المختصة إقليميا، للنظر ما مدى مشروعية العمل و مطابقته للقانون، كما يتعين تدوين القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني و كذلك مدى توفير الوقاية الصحية و الأمن و طبيعة الأخطاء المهنية، و درجات العقوبات المطبقة و إجراءات تنفيذها[212].

كما يلتزم المستخدم بتمكين العامل من تنفيذ العمل بتزويده لوسائل و أدوات العمل وتحسين ظروفه[213].

عدم إلزام العامل بعمل غير العمل المتفق عليه، إلا في حالة الظروف الطارئة[214].

الالتزام بالضمان الاجتماعي حماية للعامل من المخاطر التي تصيبه أثناء عمله كالحوادث و الحالات التي تؤدي إلى فقدان منصبه بصفة مؤقتة أو نهائية[215].

---

[211]أنظر المادة 75 من القانون رقم 90-11 ، المتعلق بعلاقات العمل،المعدل و متمم، المرجع السابق.

[212]سعداوي كمال، محاضرات حول منازعات العمل و الضمان الاجتماعي، جامعة محمد لمين دياغين- سطيف ، 2020، ص 06.

[213]المرسوم التنفيذي رقم 05-11 مؤرخ في 8 جانفي 2005، يحدد صلاحيات لجنة ما بين المؤسسات الوقائية الصحية و الأمن و تشكيلها و تنظيمها و سيرها.

[214]أنظر المواد 3-4-5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-05 المؤرخ في 19 جانفي 1991، يتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة و الأمن في أماكن العمل.

[215]أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 02-427 مؤرخ في 7 ديسمبر 2002، يتعلق بتنظيم تعليم العمال و إعلامهم و تكوينهم في ميدان الوقاية من الأخطار المهنية.

ثانيا : التزامات العامل

يتمتع العامل بمجموعة من الالتزامات أثناء تأدية عمله و خارج نطاق العمل و هي:

أ : التزامات العامل أثناء عمله

أثناء تأدية العامل للعمل فهو ملزم ببذل أقصى ما لديه من قدرات على منصبه، و أن يسهم في تحسين التنظيم و الإنتاجية مع مراعاة الالتزامات الناجمة عن عقد العمل، و مراعاة التدابير الوقائية الصحية و الأمن التي يوفرها المستخدم، و تقبل جميع أنواع الرقابة الطبية التي يباشرها المستخدم في إطار تحسين التسيير أو فعالية العمل أو تحسين الوقاية الصحية و الأمن[216].

ب : التزامات العامل خارج نطاق عمله

يلتزم العامل بعدم منافسة المستخدم في إنتاجه الصناعي أو نشاطه التجاري[217]، بحيث علاقة العمل يفترض فيها أن تقوم على أساس الثقة المتبادلة بين العامل و صاحب العمل[218]، بالحفاظ

---

[216]قدور خليلي و عبد الكريم وانزة، عقد العمل في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص ص 56.55.

[217]أنظر المادة 7 الفقرة السابعة من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[218]FRANCOIS Duquesne,Droit du travail contrat du travail la participations les droit des salariés dans l’entreprise,4 ème édition, galion edition, paris, 2007, p 176.

على السر المهني، و عدم إفشاءه للمعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات و التكنولوجيات وأساليب الصنع[219].

و جاء في أحكام المادة 19 من قانون 90-04 التي تلزم العامل أثناء حدوث النزاع بينه وبين المستخدم، يعرض ذلك على المصالحة قبل عرضه على القضاء و لا يمكن له الاتفاق على ذلك[220].

المطلب الثاني

تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون الاستهلاك و التجارة الإلكترونية

قيد المشرع الجزائري حرية التعاقد ذلك لمصلحة المستهلك و كذا ممارسات التجارة الالكترونية للموردين الالكترونيين، بحيث الكل يعلم بأن عقد الاستهلاك عقد لا يتسم بالتوازن الاقتصادي بين أطرافه لذا تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة (الفرع الأول)، و مع تطور معاملات التجارة الإلكترونية أثارت العديد من الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك و الشروط الواجب توفرها لمباشرة هذه المعاملات (الفرع الثاني).

[219]أنظر المادة 7 الفقرة الثامنة من القانون 90-11، المتعلق بعلاقات العمل ، المعدل و المتمم، المرجع نفسه.

[220]قانون رقم 90-04 مؤرخ في 6 فيفري 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 6 ، صادر بتاريخ 7 فيفري 1990، معدل و متمم.

الفرع الأول

تقييد الحرية التعاقدية لضمان حماية المستهلك

تدخل المشرع الجزائري لمعالجة الخلل التوازني الموجود بين أطراف عقد الاستهلاك " المستهلك" و "المتدخل الاقتصادي"، و ذلك بتقييد حرية هذا الأخير بهدف حماية المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، و الدليل على ذلك حسب ما جاء في المادة 43 من قانون رقم 16-01 متضمن التعديل الدستوري و التي تنص على أنه:"...تكفل الدولة ضبط السوق و يحمي القانون حقوق المستهلكين"[221].

مما لا شك فيه إذن أن المشرع قيد التزامات المتدخل الاقتصادي (أولا)، و حماية المستهلك من الشروط التعسفية و الإشهار الكاذب و حقه في العدول (ثانيا).

أولا : التزامات المتدخل الاقتصادي

تدخل المشرع بفرض جملة من الالتزامات على عاتق المتدخل و ذلك للحد من التأثير السلبي للحرية التعاقدية، يلتزم بها طيلة فترة التعاقد و ما بعد التعاقد[222].

---

[221] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، متضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 صادرة بتاريخ في07 مارس 2016 معدل و متمم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996.

[222] شعيب بوعروج، "تقييد الحرية التعاقدية لمصلحة المستهلك"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 30، عدد 3، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر،2019، ص 358 .

أ : التزام المتدخل بضمان المنتوجات

نص المشرع الجزائري في المواد من 4 إلى 8 من الأمر رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، على المتدخل أن يلتزم بالنظافة الصحية للمواد الغذائية [223]و قيد المتدخل بالزامية سلامة المادة الغذائية كي لا تضر بصحة المستهلك في المرسوم التنفيذي رقم 15-172[224] ، و كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 10 من القانون السالف الذكر على إلزامية أمن المنتوجات على أنه:" يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

- مميزاته و تركيبه و تغليفه و شروط تجميعه و صيانته.

- تأثير المنتوج على المنتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتوجات.

- عرض المنتوج و وسمه و التعليمات المحتملة الخاصة باستعماله و إتلافه و كذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.

- فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتوج، خاصة الأطفال.

- تحدد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات عن طريق التنظيم"[225].

حيث يجب على المتدخل التقيد بجميع الشروط الواردة في المادة أعلاه.

---

[223] أنظر المواد من 4 إلى 8 من الأمر رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

[224] المطبقة في مجال الخصائص الميكروبيولوجية للمواد الغذائية.المرسوم التنفيذي رقم 15-172 مؤرخ في 25 جوان 2015، يحدد الشروط و الكيفيات

[225]أمر رقم 09-03 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المرجع السابق .

كما نص المشرع في المواد 13 و 14 و 15 من قانون 09-03، على المتدخل خلال فترة الضمان المحددة و في حالة ظهور العيب الخفي في المنتوج يجوز استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليحه[226].

[226] شعيب بوعروج، تقييد الحرية التعاقدية لمصلحة المستهلك، المرجع نفسه، ص 362 .

ب : التزام المتدخل بالإعلام قبل التعاقدي

نص المشرع الجزائري على إلزامية الإعلام في قانون 09-03، و يقع على عاتق المتدخل التزام بإعلام المستهلك بكيفية استعمال المنتوج و جميع الخصائص المتعلقة بالمنتوج[227]، حيث نص المشرع الجزائري في قانون 18-09 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في المادة 11 الفقرة الثانية التي تنص على ما يلي:"... كما يجب أن يحترم المنتوج المتطلبات المتعلقة بمصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و كيفية استعماله و شروط حفظه و الاحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه"[228].

كما نص المشرع الجزائري في المادة 3 الفقرة الرابعة من قانون 09-03 على تقديم كل الخصائص و المعلومات المتعلقة بالوسم للمستهلك بحيث تنص على أنه :"... كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو حثم أو ملعقة مرقمة أو دالة على طبيعة المنتوج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها"[229].

---

[227]بوعروج شعيب،" الالتزام بإعلام المستهلك كإجراء تقييدي للحرية التعاقدية"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، عدد 5 ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2018، ص 364 .

[228]قانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 جوان 2018 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج رعدد 35 مؤرخة في 13 جوان 2018.

[229]قانون رقم 09-03 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المرجع السابق.

بالنسبة للخدمات يتقيد مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بجميع الخصائص الأساسية للخدمة قبل إبرام و تنفيذ العقد و هذا ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم التنفيذي 13-378[230].

ثانيا: حماية المستهلك من الشروط التعسفية و الإشهار الكاذب و حق المستهلك في العدول

الشرط التعسفي في مجال الاستهلاك هو ذلك الشرط الذي يضعه المتدخل في تعاقده مع المستهلك و يؤدي إلى عدم التوازن بين التزامات الطرفين إذ يحق للمستهلك اللجوء إلى القضاء وطلب تعديل هذا الشرط[231].

حيث بدأ المشرع يحد من هذه الشروط التعسفية فنص على بطلانها في العقود التي تبرم بغرض الاستهلاك و أخضعها لرقابة إدارية مباشرة[232]، و تدخل المشرع بمنع البنود التي تغطي امتيازات أكثر للمتدخل و يعتبرها تعسفية، مثلا تقليص العناصر الأساسية للعقود المشار إليها في المادتين 2 و 3 من المرسوم التنفيذي رقم 306.06، أو التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة دون تعويض المستهلك في حالة عدم تنفيذه لواجباته[233].

---

[230]المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد شروط و الكيفية المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 صادر في 18 نوفمبر 2013.

[231]محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص ص 262.261.

[232]عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص ص 436.435.

[233]صبايحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، عدد خاص، 2015، ص ص 482.481.480.477.

حرص المشرع على تنوير المستهلك و استكمال إرادته و حماية تمنع تضليله عن طريق خطر الإشهار الكاذب حيث يتفادى المستهلك استخدام مواد مضرة به و لا يحتاجها[234].

نص المشرع الجزائري على حق العدول حديث بموجب قانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018[235]، و ذلك في المادة 19 فقرة الثانية التي تنص على أن :"... العدول هو حق المستهلك في التراجع عند اقتناء منتوج ما دون وجه سبب...".

لكن المشرع الجزائري قيد هذا الحق بفرضه لشروط للتنظيم من حيث طريقة و مدة ممارسته إضافة إلى قائمة المنتوجات المعنية[236]، هذا ما تقضي به المادة 19 فقرة الثالثة من قانون أعلاه على أن :"... للمستهلك الحق في العدول عند اقتناء منتوج ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية تحدد شروط و كيفيات ممارسة حق العدول و كذا أجال قائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم".

و في حالة عدم توافر الخبرة الكافية لدى المستهلك أو عدم معرفة جميع خصائص المنتوج يستطيع أن يقرر حقه في العدول عن العقد[237].

---

[234]شعيب بوعروج، الالتزام بإعلام المستهلك كإجراء تقييدي على الحرية التعاقدية، المرجع السابق، ص 366 .

[235]قانون 18-09، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المرجع السابق.

[236]جريفيلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر، 2018، ص ص236.217.

[237]أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك دراسة في قانون حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016،ص 943.

الفرع الثاني

ضوابط ممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون رقم 05.18

إن العلاقة التعاقدية المبدئية هي الأكثر استخداما لتلبية حاجات الأفراد، و ذلك بتطابق الإيجاب و القبول لطرفي العلاقة مما يرتب التزامات بينهما، غير أنه مع التطورات الحديثة للمعاملات التجارية الدولية ظهرت التجارة الإلكترونية و هي مجموعة من إعمال و نشاطات تجارية تمارسها شبكة المعلوماتية الدولية (الانترنيت) [238]باعتبارها وسيلة سريعة للدخول إلى أسواق عالمية مما أدى على زيادة حجم الإنتاج و التسويق و المبيعات[239]،و لهذا فلقد بين المشرع الجزائري قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنه ألزم المورد الإلكتروني و المستهلك بضوابط الخاصة لعرض التجارة الإلكترونية[240].

أولا : العرض التجاري الإلكتروني السابق للتعاقد

نص المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون رقم 05/18 على أنه: " يجب أن تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني و توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني." ، و من هنا نستنتج أن المشرع وضع شرط أن يسبق التعاقد عرض تجاري

[238]محمد ابراهيم أبو الهيباء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2011، ص39.

[239]بكوش تقي الدين و بن يحي عبد الغنى، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل الجزائر، 2010، ص 02.

[240]قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية جريدة رسمية عدد 28 ، لسنة 2018.

إلكتروني يضعه المورد الإلكتروني و سيقبله المستهلك الإلكتروني[241]، و يجب أن يتضمن المعلومات التي نص عليها المشرع في المادة 11 من نفس القانون و هي : " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية و مقروءة و مفهومة و يجب أن يتضمن على الأقل المعلومات الاتية:

- رقم التعريف الجبائي و العناوين و رقم هاتف المورد الإلكتروني.

- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

- طبيعة و خصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.

- حالة توفر السلعة أو الخدمة.

- كيفيات و مصاريف و اجال التسليم.

- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

- شروط الضمان التجاري و خدمة ما بعد البيع.

- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا.

- كيفيات و اجراءات الدفع .

- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.

- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية.

[241] المادة 10 من قانون رقم18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المرجع السابق.

- مدى صلاحية العرض، عند الاقتضاء.

- شروط و اجال العدول، عند الاقتضاء.

-طريقة تأكيد الطلبية .

- موعد التسليم و سعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة و كيفيات إلغاء الطلبية المسبقة، عند الاقتضاء.

- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه.

- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس اخر غير التعريفات المعمول بها"[242].

ثانيا : المسؤوليات الأخرى التي ترد على المورد الإلكتروني

إن الالتزامات التي أفرضها المشرع الجزائري على المورد الإلكتروني كفيلة لحماية المستهلك الإلكتروني نذكر منها إضافة على العرض التجاري نجد أن المورد مقيد حسب نص المادة 8 من قانون 05/18 بتسجيل العقد الإلكتروني في سجل تجاري، و الإشهار الإلكتروني و إرسال العقد و الفاتورة للمستهلك و التسليم و الضمان نصت المواد من 18 إلى 26 من القانون السالف الذكر،

[242]قسوري فهيمة، "خصوصية الحرية التعاقدية في العرض التجاري الإلكتروني طبقا لقانون05/18 "، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، عدد 5 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2018، ص ص 191.188 .

إضافة على ذلك فالمورد محظور من بعض المعاملات نذكر منها لعب القمار و الرهان و الينا صيب و المشروبات الكحولية و المنتجات الصيدلانيةمثلما جاء في المادة 3 من قانون أعلاه.[243]

[243]دريس كمال فتحي و مرغني حيزوم بدر الدين، مسؤولية المورد الإلكتروني، مراجعة الإصلاحات الإقتصادية و الإندماج في الإقتصاد العالمي، عدد 3 ، 2019،ص ص 9.8.7.6.5.4.3 .

خاتمة

خاتمة

إن ما يسمى بأزمة العقد هو أثر لتراجع مفهوم العقد القائم على أساس مبدأ الحرية التعاقدية الذي يتضمن حرية التعاقد و حرية تحديد مضمون العقد، غير أن اتساع مفهوم النظام العام أدى إلى تقييد هذا المبدأ بظهور عقود ممنوعة و عقود مفروضة و عقود منظمة، و ذلك نتيجة تدخل المشرع و القضاء في تنفيذ العقد، و ظهور قوانين خاصة جديدة منظمة، بحيث كان دور الإرادة فيها منعدما نظرا لاتساع دائرة النظام العام الاجتماعي و الاقتصادي.

و لأجل ذلك توصلنا إلى النتائج التالية:

- على الرغم من دور الإرادة البارزة في إبرام العقود و تحديد مضمونه، إلا أنها أصبحت مقيدة قانونا و قضائيا و أصبحت مصلحة المجتمع المحرك الأساسي لأي علاقة تعاقدية.
- أورد المشرع الجزائري حدودا على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث فرضه لشكلية العقد و قيودا وضعها لتحد من إرادة المتعاقدين كاشتراط الكتابة المعدة للاثبات في التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج، كما وضع قيودا على بعض التصرفات الواردة على إبرام العقود كإلزامية التسجيل و الشهر و القيد في السجل التجاري، إلا أنه جاءت هذه القيود حماية لهذا المبدأ من خلال حفظ إرادة الأطراف باشتراط تلك الشكليات لإعادة التوازن المالي و التعاقدي المفقود في بعض العقود و تحقيقا للعدالة و المساواة بين المتعافدين.
- كما أفسح المشرع للقاضي المجال للخروج عن القاعدة العامة التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين و ذلك لاعتبارات العدالة، بحيث يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة

التي يتواجد فيها المتعاقدين و التي تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد، و يبحث القاضي عن حل عادل و منصف للعلاقة القائمة بين المتعاقدين لتحقيق المساواة بينهم.

- تهدف المميزات و الخصائص التي يتمتع بها قانون المنافسة إلى منع الممارسات المقيدة للمنافسة و ذلك من أجل ضمان السير العادي لقواعد السوق باسم المصلحة العامة من خلال مساسه بالحرية التعاقدية.
- نظرا لأهمية ضبط النشاط الاقتصادي قام المشرع بإنشاء السلطات الإدارية المستقلة زودها باليات لضبط السوق و المحافظة على النظام الاقتصادي، و من خلال دراسة النصوص القانونية المتعلقة بسلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية الواردة في قانون 18-04 يتضح أن المشرع لم يأخذ بالجديد المطلوب لتكريس استقلالية حقيقية لهذه السلطة، و يظهر ذلك خاصة عند إلزامه لسلطة ضبط البريد بإعداد تقرير سنوي و إرساله إلى البرلمان بغرفتيه و الوزارة الأولى و الوزير المكلف بضبط البريد و الاتصالات الالكترونية، كان لا بد الاكتفاء بنشره في الجريدة الرسمية.
- يؤدي التأمين وظيفة ذات أهمية بالغة للاقتصاد الوطني، فشركات التأمين هي من المؤسسات المالية التي تزود الاقتصاد الوطني بموارد مالية هامة للدولة و لذلك قيد المشرع نشاطها بقوانين يجب التقيد بها قبل و بعد إنشاء هذه الشركات.
- نستنتج أن عقد العمل يرتكز على عنصر التبعية حيث يخضع العامل لتعليمات رب العمل، فالعامل لا يعمل باستقلالية تامة، و عنصر الأجر يتقاضى العامل أجر مقابل مالي عند انتهائه من عمله، فعدم وجود هاذين العنصرين يؤدي حتما إلى زوال عقد العمل.

- كما نلاحظ أن المشرع تدخل بصفة ايجابية عندما أوجب كل متدخل أن يتقيد بإلزامية النظافة و السلامة و الأمن للمنتوجات قبل التعاقد، و الإعلام أثناء التعاقد و الضمان وخدمة ما بعد البيع، كما تدخل بصفة سلبية عند حظر جملة من الممارسات التي تقيد حرية المتدخل في التعامل كالشروط التعسفية و الإشهار الكاذب و كل هذا جاء من أجل إعادة التوازن المفقود بين طرفي عقد الاستهلاك.
- بالرغم من المؤشرات المشجعة كتطور البنية التقنية للاتصالات و المعلومات و ازدياد مستخدمي الانترنت، و ظهور بعض المواقع للتجارة الالكترونية إلا أن الجزائر ما زالت تطور مبادئها العلمية و التقنية و القانونية خلال السنوات القادمة غير أن هذه التجارة تفرض تحمل أعباء و مخاطر و سلبيات، عالج المشرع الجزائري جانب الممارسات و العقوبات منها و قيد الحرية فيها.
- و أخيرا عند التعمق في دراسة التصرفات القانونية، تغيرت نظرة و حال القانون تجاه المذهب الفردي، لأنه لا يحقق العدالة في المجتمع باعتبار أن الأشخاص غير متساوون في المراكز الاقتصادية، فدور الإرادة قد تراجع في تحديد مضمون التصرفات القانونية نتيجة تدخل القانون من أجل تحقيق الصالح العام، و هذا لا يشكل أزمة على الحرية التعاقدية و إنما أوجدت الحاجة إلى تجديد روح العقد لأن التراضي وحده لا يحقق العدالة، فالعدالة ليست من اختصاص القانون، فبين القوي و الضعيف الحرية تخضع و القانون يحرر.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

أ - الكتب

1-**أبو جعفر عمر المنصوري**، فكرة النظام العام و الاداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010 .

2- **أشرف محمد رزق قايد**، حماية المستهلك دراسة في قانون حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016 .

3- **أمل محمد شلبي**، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الاحتكار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008 .

4- **إياد محمد بروان**، التحكيم و النظام العام، دراسة مقارنة، بيروت لبنان، 2004 .

5- **بشار عدنان الملكاوي**، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2011 .

6-**بلحاج العربي**، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010 .

7-**بودالي محمد**، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005 .

8- **بودالي محمد**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006 .

9- **بورسي محمد**، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2013 .

10- **توفيق حسن فرج**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مقارنة بين القوانين العربية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للنشر و التوزيع، لبنان، د س ن .

11- **توفيق حسن فرج**، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، بيروت لبنان، 2003 .

12- **تيسير عبد الله المكيد العساف**، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2009 .

13- **جلال علي العدوي**، أصول الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، د ط، الإسكندرية، 1997 .

14- **حمدي محمد اسماعيل سلطح**، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي،د ط، الإسكندرية، 2007 .

15- **حمدي محمد اسماعيل سلطح**، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .

16- **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط ، الجزائر، 1994 .

17- **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 .

18- **دوة أسيا و رمول خالد**، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2005 .

19- **رمضان محمد أبو السعود و مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد**، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006 .

20- **سعيد يوسف البستاني**، قانون الأعمال و الشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، 2008 .

21- **سمير عبد السيد تناغو**، مصادر الالتزام، العقد المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون مصدران جديدان للالتزام، الحكم، القرار الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، جامعة الإسكندرية، 2009 .

22- **سليمان بوذياب**، مبادئ القانون التجاري(التجارة و التاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات)، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، د ب ن، 2003 .

23- **سمير عثمان اليوسف**، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2009 .

24-**شاذلي نورالدين**، القانون التجاري(مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003 .

25- **عبد الحكم قودة**، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر و القانون، د ب ن، 1999 .

26- **عبد الحميد الشواربي**، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999 .

27- **عبد الحميد الشواربي**، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 .

28- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998 .

29- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998 .

30- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بموجب عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000 .

31- **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007 .

32- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .

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

34- **فيلالي علي**، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، دار النشر، الجزائر، 2005 .

35- **لبنى مختار**، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون الجزائري المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984 .

36- **لؤي ماجد ذيب أبو الهيجاء**، التأمين ضد حوادث السيارات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2005 .

37- **مجيد خلفوني**، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2014 .

38- **محمد الصغير بعلي**، القرارات و العقود الإدارية، د ط ، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2017 .

39- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2011 .

40- **محمد حسين منصور**، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 2000 .

41- **محمد حسين منصور**، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات و طرقه(الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة، حجية الأمر المقضي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998 .

42- **محمد حلف الحيوري**، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2010 .

43- **محمد شريف أحمد**، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 1999 .

44- **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 1993 .

45- **محمد صبري السعدي**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الكتاب الأول المصدر الإرادي في العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003 .

46- **محمد محي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007 .

47- **محمد حسن قاسم**، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2003 .

48- **محمود علي الرشدان**، الغبن في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان الأردن، 2010 .

49- **مصطفى الجمال**، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999 .

50- **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .

51- **مصطفى العوجي**، العقد، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007 .

52- **هيثم جامد المصاورة**، المنتقى في شرح التأمين، الطبعة الأولى، إثراء للنشر و التوزيع، الأردن، 2010 .

53- **وازني وسيلة**، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009 .

54- **وليد عزت الدسوقي الجلاء**، حماية المستهلك و حماية المنافسة رفع الممارسات الاحتكارية، دار الحكيم للطباعة، القاهرة، د س ن .

ب : الرسائل و المذكرات الجامعية

ب . 1 : الرسائل الجامعية

1- **بن النوي خالد**، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مذكرة لنيل الدكتوراه، جامعة خنشلة، 2014 .

2- **جريفيلي محمد**، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، 2018 .

3- **عيساوي عز الدين**، الرقابة القضائية على السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص ص 138.137 .

4- **محمد بوكماش**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و العقد الإسلامي، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012 .

5- **منصور داود**، الاليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم و الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016 .

6- **فاضل خديجة**، عيممة العقد ، رسالة الدكتوراه في علوم القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016 .

ب . 2 : المذكرات الجامعية

ب . 2 . 1 : مذكرات الماجستير

1- **بوفلجة عبد الرحمان**، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 .

2- **جميلة بولحية**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير في قانون العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر ، 1983 .

3- **جواي يمينة**، ضبط السوق على ضوء قانون المنافسة ، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007 .

4- **حليس لخضر**، الإرادة بين الحرية و التقييد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2011 .

5- **خليفاتي عبد الرحمان**، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1987.

6- **دحماني لطيفة**، الشكلية في مادة العقود المدنية ، رسالة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003 .

7- **رواس حميدة**، خصوصية عقد التأمين، مذكرة الماجستبر في القانون، جامعةمولود معمري، تيزي وزو، 2016 .

8- **شفار نبيلة**، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2013 .

9- **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016 .

10- **علي مصباح صالح الحيصة**،سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011 .

11-**عشاش حفيظة**، سلطات الضبط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018 .

12- **فارس بوبكر**، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة بلحاج لخضر، باتنة، 2013 .

13- **يحياوي يوسف**، الشكلية غير المباشرة و أثرها على فعالية العقود، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2014 .

ب . 2 . 2 :مذكرات الماستر

1- **أ جعود أزواو و موهوب نونور**، دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017 .

2- **بلقاسمي حميدة و بوعولي سارة**، مبدأ الحرية التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019 .

3- **بلعجات قوقو و بكراي نجمة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 .

4- **بلقاسم فريدة و أخموم سارة**، ضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017 .

5- **بوداود خليفة و بوزيان السعيد**، دور الإرادة في إعادة التوازن المالي للعقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018 .

6- **بكوش تقي الدين و بن يحيى عبد الغني**، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مذكرة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل الجزائر، 2010 .

7- **بوسحابة عودة**، تطور عقد التأمين في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص التأمينات و المسؤولية، 2016-2017 ، ص ص 11.12 .

8- **جمال خوالد**، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017 .

9- **حنيفي فاطيمة**، إرادة المتعاقد بين الإطلاق و التقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018 .

10- **حيرش نور الدين**، شهر التصرفات العقارية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2011 .

11- **حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 .

12- **خليل أحمد**، دور القاضي في تعديل العقد في القانون الجزائري المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2016 .

13- **سمية عويشات و ياسمينة ذياح**، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2020 .

14- **شاوش عادل و فرحتي بدوة**، التعسف في وضعية الهيمنة على السوق كممارسة مقيدة للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2015 .

15- **قاسة لامية و سماعيلي ليدية**، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015 .

16- **قدور خليلي و عبد الكريم وانزة**، عقد العمل في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، الجامعة الإفريقية أحمد دراية أدرار، 2018 .

17- **لعربي فاطمة الزهراء**، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018 .

18- **محمدي سامية**، النظام القانوني لعقد التأمين، مذكرة الماستر ، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017 .

19- **مجبار لامية و خيتمان نسيمة**، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016 .

20- **مداني نسيم**، عقود الأعمال و النظام العام الاقتصادي، مذكرة الماستر، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 .

21- **زروق سميرة**، مبادئ المنافسة و تأثيرها على المستهلك، مذكرة الماستر في الحقوق، جامعة خميس، ميلة، 2014 .

ت : المقالات

1- **أميرة صخري**، " تعديل القاضي للعقد تعد على قانون الإرادة أم تكريس للعقد"، مجلة العلوم القانونية و العلوم السياسية (جامعة الوادي)، عدد 1، 2019، ص.ص: 762-775 .

2- **الشريف دحماني**، " سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية-دراسة مقارنة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية(المركز الجامعي تمنراست)، عدد 2، 2010، ص. ص: 98-112.

3- **بورنان العيد**، "الرقابة القضائية على الشرط الجزائي"، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، (جامعة زيان عاشور بالجلفة)، المجلد 2، العدد 01، 2017، ص.ص: 77-101.

4- **بيلامي سارة**، " نطاق حرية التعاقد في ظل تطور العقد"، مجلة البحوث الأكاديمية في قانون الأعمال، (جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية)، عدد 5، 2018، ص.ص: 67-87.

5- **بن النوي خالد**،" التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد"، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، (جامعة خنشلة)، عدد 8 ،2017 ، ص.ص 874-892.

6- **بوعروج شعيب**، " الالتزام بإعلام المستهلك كإجراء تقييدي للحرية التعاقدية"، مجلة البحوث في العقد و قانون الأعمال، (جامعة الإخوة منتوري قسنطينة)، عدد5، 2018 ، ص.ص: 168-181.

7- **جعيرن بشير**،" ضبط المنافسة الحرة في الجزائر في ظل التحول الاقتصادي الجديد"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، (المركز الجامعي أفلو بالأغواط)، المجلد4 ، العدد 2، 2021 ، ص.ص: 357-374 .

8- **دريس كمال فتحي و مرغني حيزوم بدر الدين**،" مسؤولية المورد الإلكتروني، مراجعة الإصلاحات الاقتصادية و الاندماج في الاقتصاد العالمي"، (جامعة الوادي)،عدد 3، 2019 ، ص.ص: 1-16 .

9- **ربيعة ناصيري**، " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري"، مجلة القانون العقاري و البيئة، (جامعة طاهري محمد بشار الجزائر)، المجلد 9، عدد 1، 2021 ، ص.ص: 117-131.

10- **زمام جمعة**، "تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، (جامعة التكوين المتواصل الجزائر)، عدد 12 ، ص ص: 244-222 .

11- **سعيود محمد الطاهر**، " استقلالية سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية في ظل أحكام قانون 18-04 "، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية،(جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل الجزائر)، المجلد 4، عدد1 ، 2020، ص.ص: 31-54.

12- **عيساوي عز الدين**، " العقد كوسيلة لضبط السوق"، مجلة المفكر، (جامعة عبد الحق بن حمودة، جيجل)، عدد3 ، 2013، ص.ص: 205-217 .

13- **عمارة أميرة إيمان**، " نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، (جامعة الجزائر)،عدد 5، ديسمبر 2018 ، ص.ص: 88-101.

14- **عيساوي عز الدين و بري نور الدين**،" من ضبط الدولة إلى الضبط الخاص: حول مكانة الاتفاقيات الجماعية ضمن قواعد قانون العمل"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، (جامعة بجاية)،عدد خاص، 2017 ، ص.ص: 44-55 .

15- **فاضل خديجة**، " الحرية التعاقدية و قانون السوق"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، (جامعة الجزائر)، عدد5 ، ديسمبر 2018 ، ص.ص: 30-47.

16- **فرقاني قويدر و نور الإسلام**،" استحقاق الشرط الجزائي و حدود سلطة القاضي في تعديله"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،(المركز الجامعي تيبازة الجزائر)، المجلد 7، عدد 2، 2020، ص.ص: 1655-1669 .

17- **فتحي وردية**، " خصوصية جزاء مخالفة النظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، (جامعةعبد الرحمان ميرة، بجاية)، 2015 .

18- **فارح عائشة**، " المركز القانوني لسلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونيةعلى ضوء القانون رقم 18-04"، مجلة العلوم القانونية و السياسية، (جامعة بجاية)، المجلد 10، عدد2، سبتمبر 2019 ، ص ص: 392-411 .

19-**قسوري فهيمة**، "خصوصية الحرية التعاقدية في العرض التجاري الإلكتروني طبقا لقانون 18-05"، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، (جامعة الحاج لخضر باتنة)،عدد 5 ،ديسمبر 2018 ، ص.ص: 182-194.

19- **مخلوف كمال**، " حرية الإرادة في عقد العمل بين النسبية و ضوابط التقييد"، مجلة قانون العمل و التشغيل،(جامعة البويرة، الجزائر)، المجلد ،6 عدد1، جانفي 2021 ، ص.ص: 56-72 .

20- **محمد الشريف كتو**، "حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة مولاي أحمد، (جامعة مولود معمري تيزي وزو)، عدد 1 ، ب س ن ، ص.ص: 53-76 .

21- **نورة سعداني**،" سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، (جامعة طاهري محمد،بشار، الجزائر)، عدد 2 ، ب س ن، ص.ص: 28-42 .

22- **نور الهدى كرميش**، " الشروط التعسفية في العقد و التشريع الجزائري"، مجلة الاداب و العلوم الاجتماعية، (جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر)،المجلد 17، عدد 1، 2020 ، ص.ص: 153-165.

ث : الملتقيات

1- **بلامي سارة**، الالتزامات المستحدثة في تكوين العقد و أساسها القانوني، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،ديسمبر، 2020 .

2- **فارح عائشة**، تأثير النظام القانوني لعقود التأمين وفقا لأمر 95-07 على مبدأ سلطان الإرادة، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020.

3- **فيصل زياني و زينب زياني**،حتمية أخلقية العلاقات التعاقدية، الملتقى الوطني حول أزمة نظرية العقد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020 .

ج - النصوص القانونية

ج . 1: النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 ، معدل و متمم.

2-أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، لسنة 1975 ، معدل و متمم.

3- أمر رقم 76- 105مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل، معدل و متمم.

4-قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990 ، متعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 مؤرخ في 25 أفريل 1990 معدل ومتمم.

5- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 06 فيفري 1990 ، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 06.

6- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 صادر في 08 مارس 1995 معدل و متمم.

7- أمر رقم 96-21 مؤرخ في 09 جويلية 1996، ج ر عدد 43، صادر في 10 جويلية 1996، المعدل و المتمم للقانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

8- أمر رقم 97-03 مؤرخ في 11 جانفي 1997 الذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج ر عدد 3 مؤرخ في 12 جانفي 1997 .

9- قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 5 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 48 مؤرخة بتاريخ 6 أوت 2000، معدل و متمم بقانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 ماي 2018، متضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الإلكترونية، ج ر عدد 27 صادر في 13 ماي 2018 .

10- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، مؤرخ في 20 جويلية 2005، معدل و متمم بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جويلية 2008 ، ج ر عدد 36 مؤرخ في 02 جويلية 2008 معدل و متمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010 ، ج ر عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

11- أمر رقم 04-02 المؤرخ في 27 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخ في 27 جوان 2004، معدل ومتمم، بأمر رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 صادر في 18 أوت 2010.

12- أمر رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، معدل و متمم.

13- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري2009 ، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر عدد 15 صادر في 8 مارس 2009 معدل و متمم بموجب القانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 جوان 2018 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش،ج ر عدد 35 مؤرخ في 13 جوان2018

14- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، متضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 صادر في 7 مارس 2016، معدل و متمم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر1996.

15/- قانون رقم 18-05 متعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 ، صادر في 10 ماي 2018 .

ج .2 : النصوص التنظيمية

1- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 20 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.

2- مرسوم تنفيذي رقم 97-41 مؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي 03-453 مؤرخ في 21 جانفي 2003، ج ر عدد 5، صادرة في 1997 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد شروط و كيفية إعلام المستهلك، ج ر عدد 58 صادرة في 18 نوفمبر 2018.

4- مرسوم تنفيذي رقم 05-11 مؤرخ في 08 جانفي 2005، يحدد صلاحيات لجنة ما بين المؤسسات للوقائية الصحية و الأمن و تشكيلها و تنظيمها و سيرها.

ح : الأحكام و القرارات القضائية

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 99694 بتاريخ 10 أكتوبر 1993، غرفة مدنية، المجلة القضائية، عدد 1،1994 .

2- قرار المحكمة العليا، رقم 0845202 بتاريخ 10 جويلية 2014، غرفة عقارية، قضية (ب ج)، الوكالة الولائية للتنظيم و التسيير العقاري لولاية الطارف، مجلة المحكمة العليا، عدد 2 ، 2014 .

3- قرار المحكمة العليا رقم 408837 بتاريخ 21 ماي 2008 ، غرفة عقارية، قضية (ل ع و من معه)- ورثة خ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2008 .

4- قرار المحكمة العليا رقم 1001049 بتاريخ 23 أفريل 2015، غرفة جنائية، قضية بيت (ب ي و من معه)- النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، عدد 1 ، 2015 .

خ : المحاضرات

1- **بري نور الدين**، محاضرات في قانون الضبط الاقتصادي، موجهة لطلبة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2017/2016 .

2- **تياب نادية**، سلسلة محاضرات في مقياس الصفقات العمومية، موجهة لطلبة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2016/2015 .

3- **عثماني بلال**، نظرية العقد، الجزء الأول: تكوين العقد، محاضرات في القانون المدني، موجهة لطلبة كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم التعليم الأساسي للحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2018/ 2019 .

ثانيا: باللغة الفرنسية

A/Ouvrages

1- **FRANCOIS Duquesne**, *Droit du travail, contrat de travail la participation des droits des salariés dans l'entreprise*, 4ème éditions, Galion édition, Paris, 2007.

2- **LAMBERT-FAIVRE Yvonne**, *Droit des assurances*, 10ème édition, Dalloz-Delta, Paris, 1998.

3- **ALOUI Amer**, *Propriété et régime foncier en Algérie*, éditions Houma, 7ème édition, Alger, 2003.

4- **SIMLER Philippe ET DELEBECQUE Philippe**, *Droit civil, les suretés, la publicité foncière*, 2ème édition , Dalloz, Paris, 2004.

B/**Thèses et mémoires**

1-**BERRI Noureddine**, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunication, thèse de doctorat en sciences ;filière :droit, faculté de droit et science politique Université Moloud Mamerri, Tizi Ouzou, 2014, p 143.

2- **CHAGNY Muriel**, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2002.

C/Articles

1-**BERRI Noureddine**, **AISSAOUI Azedine** " Le contrat entre régulation et concurrence", *RARJ*, n°1, 2019,pp. 357-369.

2- **CHEVALIER Jacques**, « L'Etat régulateur » *Revue Française d'administration publique* », n°111, 2003.

3/- **ZOUAÏMIA Rachid**, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », *Revue de l'école nationale d'administration*, numéro spécial, volume 14, 2002.

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....1
الفصل الأول:التقييدالمبدئي للحرية التعاقدية بموجب الشريعة العامة.....5
المبحث الأول:التدخل القانوني في العقد.....6
المطلب الأول: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث موضوع العقد.....7
الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.....8
أولا : الالتزام بالجدية و الاستمرار في المفاوضات.....8
ثالثا : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات و الإعلام.....10
الفرع الثاني:القيود الواردة على حرية الإرادة عند التعاقد.....11
أولا: القيود الواردة على حرية التعاقد.....11
ثانيا : القيود الواردة على حرية عدم التعاقد.....14
ثالثا : القيود الواردة على حرية تحديد مضمون العقد.....14
الفرع الثالث:القيود الواردة على حرية التعبير عن الإرادة.....18
أولا : تقييد الإرادة بالتعبير.....19
المطلب الثاني: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية من حيث شكل العقد.....23
الفرع الأول:الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد كقيد على حرية الإرادة.....23
أولا : الشكلية الرسمية.....23
ثانيا : الشكلية العرفية.....25
الفرع الثاني:الشكلية غير المتطلبة لانعقاد العقد كقيد على الحرية التعاقدية.....26

أولا : الكتابة المشترطة للإثبات.....26
ثانيا : اشتراط الشهر و التسجيل.....27
ثالثا : اشتراط القيد و التصريح الإجباري.....30
المبحث الثاني: التدخل القضائي في العقد.....33
المطلب الأول:سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه.....34
الفرع الأول:تعديل القاضي للعقد في حالتي الغبن و الاستغلال.....34
أولا : دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الاستغلال.....35
ثانيا : دور القاضي في إعادة التوازن المفقود للعقد بسبب الغبن.....36
الفرع الثاني:صور تدخل القاضي في عقود الإذعان.....37
أولا : حالة تعديل الشروط التعسفية.....38
ثانيا : حالة ابطال الشرط التعسفي.....39
المطلب الثاني:سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه.....40
الفرع الأول:سلطة القاضي في التعديل في حالة الظروف الطارئة.....41
أولا : ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.....42
ثانيا : وسائل تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.....46
الفرع الثاني:تعديل القاضي للشرط الجزائي.....49
أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....50
ثانيا : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....51
الفرع الثالث:سلطة القاضي في منح الأجل القضائي.....51
الفصل الثاني:تطبيقات تقييد الحرية التعاقدية بموجب القوانين الخاصة.....54
المبحث الأول:تقييد الحرية التعاقدية بموجب قوانين الضبط الاقتصادي.....55

المطلب الأول: تأثير قانون المنافسةعلى القواعد العامة.....56
الفرع الأول: تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون المنافسة.....56
أولا : العلاقات المضطربة بين العقد و المنافسة.....57
ثانيا: مكانة العقد في السوق التنافسية.....58
ثالثا : نظام الضبط الاقتصادي قيد على الحرية التعاقدية.....59
الفرع الثاني:التأثر النسبي للعقدبفعل قانون المنافسة.....64
أولا: دخول الغير بموجب قانون المنافسة عند تقديره لصحة العقد.....65
ثانيا : تأثر الأثر النسبي للعقد بفعل عقود التوزيع.....65
الفرع الثالث:تأثير قانون المنافسة على القوة الإلزامية للعقد.....66
الفرع الرابع: اليات تقييد الحرية التنافسية.....66
أولا: الاليات العلاجية.....67
ثانيا : الاليات الوقائية.....68
المطلب الثاني:سلطات الضبط المستقلة: ضابطةللعقد.....69
الفرع الأول:ضبط العقد في الاتصالات الالكترونية.....70
الفرع الثاني:تقييد مبدأ الحرية التعاقدية المكرسة في الصفقات العمومية.....75
أولا: طرق إبرام الصفقات العمومية.....75
ثانيا : الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية.....76
المبحث الثاني:القيود الواردة على الحرية التعاقدية بموجب القوانين الأخرى.....78
المطلب الأول: تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون التأمين وقانون الأعمال.....79
الفرع الأول:مظاهر تدخل المشرع لتنظيم قانون التأمين.....80
أولا : تحديد العناصر الجوهرية للعقد.....80

ثانيا : تحديد التزامات الأطراف مسبقا.....82
ثالثا : تقييد حرية الأطراف في مجال التأمينات الإلزامية.....83
الفرع الثاني : تطور النظام القانوني لعقود الأعمال.....85
أولا: التزامات صاحب العمل.....86
ثانيا : التزامات العامل.....89
المطلب الثاني: تقييد الحرية التعاقدية بموجب قانون الاستهلاك و التجارة الإلكترونية.....90
الفرع الأول:تقييد الحرية التعاقدية لضمان حماية المستهلك.....91
أولا : التزامات المتدخل الاقتصادي.....91
ثانيا: حماية المستهلك من الشروط التعسفية و الاشهار الكاذب و حق المستهلك في العدول ...91
الفرع الثاني:ضوابط ممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون رقم 05.1897.....97
أولا : العرض التجاري الإلكتروني السابق للتعاقد.....97
ثانيا : المسؤوليات الأخرى التي ترد على المورد الإلكتروني.....99
خاتمة.....101
قائمة المراجع.....106
الفهرس.....122

أزمة مبدأ الحرية التعاقدية

ملخص

لم تعد الحرية الفردية هي تلك التي تبيح لصاحبها أن يقوم بما يشاء بل تم تقييدها إلى الحد الذي تحقق فيه مصالح الفرد و المجتمع، فقد منح المشرع الجزائري مجال واسع للمتعاقدين لإبرام عقودهم، لكن من جهة أخرى تدخل للحد من حرية الإرادة، و يتم ذلك بتوجيه هذه العلاقات و إضفاء الصفة الاجتماعية عليها، فهي تتقيد بما يستوجبه الصالح العام و التوازن الاقتصادي .

لكن بالرغم من تقييد مبدأ الحرية التعاقدية إلا أنه يظل كأصل في قانون العقود، و تعد تلك القيود و الالتزامات مجرد استثناءات عنه.

Résumé

La liberté individuelle n’est plus celle qui permet à son propriétaire de faire ce qu’il veut, mais elle a plutôt été restreinte dans la mesure où l’intérêt de l’individu et l’intérêt public au sein de la société sont respectés. Le législateur a laissé aux parties contractantes, lors de la conclusion des contrats, un champ très large, que ce soit dans sa formation ou dans sa mise en œuvre, mais en revanche il s’est ingéré pour limiter la liberté de la volonté et ce, en dirigeant cette relation et en lui donnant un caractère social, car elle adhère à ce qui vise l’intérêt public et l’équilibre économique. Mais malgré la restriction de ce principe, il reste un atout en droit des contrats, les obligations ne sont que des exceptions.