إهـــــــــداء

إلى أطيب أم في الدنيا والدتي العزيزة صاحبة القلب الواسع، نبع الحب والحنان،معلمة الأخلاق التي تظل ابتسامتها ثلجا يطفئ خوفي وآلامي

"أمـــــــي الحنـــــون"

إلى من حمل أنبل الصفات في الكون إلى روح والدي الطاهرة الذي تمنى لي ضارعا المولى تعالى أن أحقق النجاح في دراستي، وأن يشهد ذلك، ولكن سارعت الموت بأخذه قبل أن تتحقق أمنيته رحمة الله عليك يـــــــــــــا أبـــــــــــــــــــــــــي

إلى أولى الناس بمحبتي أخواتي:نبيلة وزوجها،سامية وزوجها جمال، وإلى أولاد أختي سامية

« صوفية وزوجها وابنتها آية، مختار وزوجته، وإلى الصغيرة لويزة »

إلى من أغرقوني بحبهم وعطائهم إخوتي:خالد، نسيم وتوفيق.

وإلى أولاد إخوتي

"إسلام ليـــــــنة ووليد"

إلى من تقاسمت معها المجهود طلية السنة الدراسية "رحمان فوزية"

إلى كل من تعلمت منهم صغيرا وكبيرا،الصدق والوفاء.

إلى كل من كان لهم عظيم الأثر في نفسي.

إلى كل من سار على درب طلب العلم و تذوق طعمه صغيرا وكبيرا.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع.

حنان تقلميمت

إهـــــــــداء

إلى من جعل الله من نبض قلبها أول صوت يسمع، ومن دفئ حضنها أول مأوى يسكن،إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها

أمـــــــــــــــــــــــــــــــــي

إلى من كان سبب في وجودي، من حرم نفسه ليعطيني، إلي من أعبب نفسه ليريحني، إلى من شجعني على طلب العلم ودفعني إليه

أبـــــــــــــــــــــــــــــــــي

إلى من لا تخلو الدنيا..... إلا بوجودهم وقربهم

إخوتـــــــــــــي

خالد وزوجته، سميرة، سفيان ورفيق

إلى من لا تحلو السعادة..... إلا بوجودهم أبناء أخي

حمزة، لينا و شيماء

إلى من تقاسمت معها المجهود في تثمين هذا العمل البسيط بالتوفيق والنجاح طيلة العام "تقلميمت حنان"

إلى كل من علمني حرفا من الابتدائي إلى ما بعد التدرج

إلى من جمعني بهم....وطلب العلم أساتذتنا الكرام

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع

فوزية رحمان

شكر و تقدير

إن الشكر والعرفان من تمام النعمة وحسن الفضيلة وطيبة المنبت للمولى و البدء باسمه أولى والشكر للمجيد سبحانه هو المعين الحميد.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور حمادي زوبير على قبوله تأطير هذه المذكرة، وعلى رحابة صدره وطول صبره، وعلى ما أحاطنا به من توجيهات وملاحظات قيمة أثارت لنا سبيل إتمامها.

ونسأل الله عز وجل أن يطيل في عمر والديه وزوجته وولديه "آية نور" و"محمد رسيم."

فجزآك الله يا أستاذ عنا خير الجزاء

قائمة لأهم المختصرات

1 - باللغة العربية:

1. ج ر ..... الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
2. ق.م.ج..... القانون المدني الجزائري.
3. د.س.ن..... دون سنة النشر.
4. د.س.م..... دون سنة المناقشة.
5. د.ر..... دون رقم.
6. د.د.ن..... دون دار النشر.
7. ص..... الصفحة.
8. ص ص..... من الصفحة الى الصفحة.
9. ل.م.د.....ليسانس ماستر دكتوراه.

2 – باللغة الفرنسية:

1. A.p.d…….. Archives de philosophie du droit.
2. R.I.D.C…….. Revue International du Droit Comparé.
3. T…… Tome.
4. Vol ……. Volume.
5. V……. Voir.
6. p…….. Page.
7. n°…… Numéro.
8. JORF…….. Journal officiel de la République Française.
9. pp…… de la page jusqu’à la page.
10. éd ……... édition.
11. Op.cit……..ouvrage précédemment cité.
12. P.cit……..précédemment citée.

مقدمة

يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، إذ أثبت أنه أداة قانونية يستحيل الاستغناء عنها في المجتمعات الحديثة، حيث لازال العقد يمثل أداة رئيسية لتحقيق التبادل الاقتصادي بين الأشخاص في المجتمع الواحد كما استطاع بفضله أن يهتدي إلى أنظمة متطورة في تداول السلع و الخدمات وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره، ومصدرا هاما للحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم ووسيلة من وسائل التفاهم والتعايش السلمي تحت مظلة القانون.[1]

ومن بين التشريعات التي اهتمت بالعقد كمصدر من مصادر الالتزام نجد القانون المدني الجزائري الذي تعد فيه نظرية العقد من أهم نظرياته، إذ أدرجها المشرع الجزائري في باب مصادر الالتزام التي تتضمن القواعد العامة لنظرية العقد والقواعد الخاصة ببعض العقود إذ أقر لها القانون المدني مجموعة من المبادئ لها أثر على التصرفات القانونية.[2]

وكذا القانون المدني الفرنسي خاصة التعديلات التي طرأت عليه سنة 2016 التي مست أحكام نظرية الالتزام لاسيما أحكام العقد في جميع مراحله من تعريفه وكيفية إبرامه وأركان صحته وتفسيره إلى آثاره ومدته وعدم تنفيذه وفسخه، إضافة إلى إثبات الالتزامات والمسؤولية المدنية.[3]

وتقوم نظرية العقد على عدة مبادئ تشريعية أساسية منها مبدأ الحرية التعاقدية الذي يفيد أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في إبرام العقود وتحديد الالتزامات التعاقدية من جهة ومن جهة أخرى ضرورة احترام القاضي لإرادة الأطراف ومبدأ تنفيذ العقد بحسن النية ومبدأ القوة الملزمة للعقد الذي مفاده أن للعقد قوة ملزمة يكتسبها من إرادة المتعاقدين واتجاهها إلى ترتيب آثاره، فلا يمكن نقض العقد أو تعديله إلاّ وفقا لاتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

و أضحى مبدأ الحرية التعاقدية، المبدأ المهيمن على حياة العقد منذ نشأته إلى غاية تنفيذه، إلاَ أن تغير العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في المجتمعات الحديثة بفعل التطور العلمي والتكنولوجي وظهور العولمة وكذا الانتشار الواسع للعلاقات التعاقدية التبادلية، جعل مبدأ

---

1 – **طبيب فايزة**،سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2019/2018، ص 1.

2 – أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، (معدل ومتمم) بقانون رقم 05–10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 صادرة في 26 يونيو 2005.

3 - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 35 du 11 février 2016.

الحرية التعاقدية لا يتلاءم مع الواقع المعاش، كما أن التطبيق المطلق لهذا المبدأ أدى إلى نتائج سلبية أهمها جعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء وأصبحت بذلك ظاهرة عدم التوازن ظاهرة بارزة في العقود.[4]

أدى هذا الوضع في نهاية الأمر إلى ظهور ضرورة تدخل القاضي في العقد وهو ما اخذ به كل من التشريعين الفرنسي والجزائري، إذ منحت هذه الأخيرة للقاضي سلطات للتدخل للحد من الحرية التعاقدية وذلك من أجل حماية مصالح المتعاقدين وفي نفس الوقت الحفاظ على استمرارية العقد وبالتالي معالجة مشكلة عدم التوازن الاقتصادي للعقد بهدف إعادة الأمور إلى نصابها الصحيح. ويعتبر تدخل القاضي في العقد من أدق الموضوعات وأكثرها صعوبة باعتبار القاضي يساهم في إعادة التوازن المفقود في العقد لكن بصفة مقيدة.[5]

ومن هنا تكمن الإشكالية: هل تقييد سلطة القاضي في العقد يخدم الحرية التعاقدية لأطراف العقد أم أن إطلاق سلطة القاضي هو الذي يخدم الحرية التعاقدية لأطراف العقد؟

4 – **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 2–3.

5 – **دحمون أنيسة وبوزيد لويزة**، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.م، ص 7.

الفصل الأوّل

تكريس مبدأ الحريّة التعاقديّة

تُعتبر الإرادة المحرك الذي تدور حوله أعمال الإنسان سواء الخاصة منها، أو في علاقاته مع أفراد المجتمع الذي يعيش فيه.

وقد ارتبطت حرية الإرادة أو الحرية التعاقدية بكل من المبدأين التاليين: " مبدأ سلطان الإرادة " الذي يعني أن الإرادة الحرة هي أساس التعاقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد " الذي يعني أن العقد لا يلزم إلا أطرافه لأنهم أرادوا الالتزام ولا يلزم الغير الذي لم يرده." [1].

وعلى هذا الأساس، سنتناول في مرحلة أولى مبدأ سلطان الإرادة (المبحث الأوّل)، وفي مرحلة ثانية مبدأ القوة الملزمة للعقد (المبحث الثانّي).

1 – **حليس لخضر**، الإرادة بين الحرية والتقييد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2010، ص 5.

المبحث الأوّل

مبدأ سلطان الإرادة

ساد مبدأ سلطان الإرادة أغلب العلاقات القانونية نتيجة لازدهار وانتشار المذهب الفردي وتمجيده لإرادة وحرية الفرد ومصالحه في المجتمع، فكان يكفي لتكوين وإنشاء علاقة عقدية وتحديد آثارها أن يتطابق ويتوافق الإيجاب بالقبول، وبذلك صارت الإرادة الحرة المستقلة مصدرا للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية ومنه وجب احترام وتقديس مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة ليست السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب، بل تعتبر كذلك السلطان الأكبر في تحديد الآثار التي تترتب عنه وفي جميع الروابط القانونية الأخرى حتى وإن كانت غير تعاقدية[8] وعليه سنتطرق إلى إظهار مبدأ سلطان الإرادة باعتباره مظهراً من مظاهر تكريس مبدأ الحرية التعاقدية (المطلب الأوّل) والنتائج المترتبة عنه (المطلب الثانّي).

المطلب الأوّل

مبدأ سلطان الإرادة

كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ الحرية التعاقدية

قبل الشروع في تبيان مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني) لابد لنا من التطرق إلى إعطاء مفهوما للعقد بصفة أولية (الفرع الأوّل) باعتبار العقد ركيزة أساسية في المجتمع ينشئ علاقة مهمة بين الأفراد لم تكن موجودة بينهم ابتداء وإنّما أوجدوها بإرادتهم وقرروا الخضوع لها بأنفسهم وتلك العلاقة تسمى العلاقة التعاقدية الناتجة عن حرية الإرادة أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة[9].

8 – **علاق عبد القادر**، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص 1–7.

9– **مزوغ يقوتة**، نطاق مبدأ نسبية أثر العقدين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، جامعة وهران01، 2015، ص 8.

الفرع الأوّل

مفهـــوم العـــقد

يتّسم العقد بأنّه أداة تندمج فيها إرادات هدفها تحقيق مصالحها فهو يعبّر حقيقة عن وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين متى تمّ إنشاءه بإرادة حرة، وقد صاغ الفقيه Fouillé Alfred ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة: " فمن قال عقد، قال عدل"[10]. وقد نظّم المشرّع الجزائري أحكام العقد بموجب الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني[11]، حيث خصّص الفصل الثاني تحت عنوان العقد، من الباب الأول تحت عنوان مصادر الالتزام، من الكتاب الثاني تحت عنوان " الالتزامات والعقود "، وترتيباً اقتضى الأمر التطرق إلى تعريف العقد (أولاً)، وتحديد شروطه (ثانياً).

أولاً-تعريف العقد

عرّفه الفقيه السنهوري بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله.[12]

ويستخلص من هذا التعريف أنه لكي نكون بصدد العقد لابد من توافر أمرين:

1- أن تكون هناك إرادتان أو أكثر، فإذا كان الالتزام أو الأثر القانوني بصفة عامة ينشأ عن إرادة واحدة فإننا لا نكون بصدد عقد، بل تصرف قانوني عن إرادة منفردة، كما في الوعد بجائزة الموجّه للجمهور الذي يلزم الواعد دون حاجة إلى اقتران إرادته بإرادة أخرى.

2- أن الغرض من العقد هو إنشاء التزام، أي علاقة قانونية ملزمة وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل العقد توافق الإرادتين على حضور وليمة عشاء إذ أن ذلك ليس من شأنه إنشاء أية علاقة ملزمة، فنيّة إنشاء الالتزام هي التي تميّز بين العقد وبين اتفاق المجاملات [13].

10- Selon **FOUILLEE Alfred** : « *Qui dit contractuel, dit juste*. ».v : **FOUILLEE Alfred**, La science sociale contemporaine, 2e éd, Librairie Hachette, Paris, 1885, p.410.

11 - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني السالف الذكر.

12 - **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، -نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- المجلد الأول، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 137.

ويلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي قد تأثّر بالانتقادات الفقهية، وبالتالي عدّل من تعريفه للعقد على نحوٍ منسجم مع ما استقر عليه الفقه، وذلك بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2016[14]، وبالتالي أضحى العقد هو توافق إرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء الالتزامات[15].

في حين عرّف المشرع الجزائري العقد قبل التعديل في المادة 54 من ق.م.ج رقم 75-58 على النحو التالي " *العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما* "[16].

ويتضح أن هذا التعريف يتضمن العقد والالتزام معا، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل ايجابي أو سلبي[17]. وقد تمّ تعديل المادة المذكورة أعلاه من طرف المشرع الجزائري بعد تعرّضها للانتقاد إذ أصبح تعريف العقد بعد التعديل الجديد في المادة 54 من ق.م.ج على النحو التالي:" *العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما* "

إلاّ أنّه وبالرغم من التعديل فإنّ التعريف لا يزال معيبا لحد الآن لاعتبارات هي:

- أنّه خلط بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام.

---

13 - **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، (مصادر الالتزام _ التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص38-39.

14 -عدّل المشرع الفرنسي أحكام القانون المدني لسنة 1804 بموجب الأمر رقم 2016-131. راجع في ذلك:
Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 précédemment citée.

15-Article 02 de l'ordonnance n°2016-131 dispose que : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » .

16- حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالأمر رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 السالف الذكر.

17 - **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني والعقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص41.

– أنّه جعل العقد نوعا من الاتفاق مع أن المتفق عليه أن العقد والاتفاق اسمان لمسمى واحد.

– أنّ المشرع أخطأ في ترجمة كلمة "منح" المنقولة له حرفيا عن القانون المدني الفرنسي قبل التعديل[18].

ثانياً–شروط انعقاد العقد

يشترط كي يكون العقد منتجا لأثره القانوني توافر شروط أساسية تتمثل بشكل عام في الشرط الأول الأساسي المتمثل في الرضا الذي يجب أن يكون موجودا حقيقة و الشرط الثاني أن ينصب هذا الرضا على شيء معين وهو محل العقد كما يجب أن تكون إرادة كل متعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها وهذا هو الشرط الثالث المتمثل في سبب العقد.[19]

لقد تطرّق المشرع الجزائري إلى تبيان شروط انعقاد العقد المتمثلة في كل من الرضا، المحل والسبب.

ويتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.[20]

ولا يكفي أن يكون الرضا موجودا، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا، والرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[21].

فيما يخص الأهلية، فالمراد بالأهلية هنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده حتى وفاته وأهلية الأداء مناطها التمييز [22]. وقد جعل القانون المدني

18 – **مزوغ يقوتة**، مرجع سابق، ص 13.

19 – **محمد صبري السعدي**، مرجع سابق، ص 75.

20 – المادة 59 من ق.م.ج.

21– **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مرجع سابق، ص 264–265.

سن التمييز 13 سنة وفقا للمادة 42 من ق.م.ج على النحو التالي : *"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.*

يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة".

وقد نصت على الأهلية المادة 40 من ق.م.ج على النحو التالي"*كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية،ولم يحجر عليه،يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.*

وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة".

وكما نصت المادة 78 من ق.م.ج فيما يخص الأهلية على أن "*كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".*

أمّا فيما يخص عيوب الرضا فهي تتمثل في كلّ من الغلط المنصوص عليه في المواد من 81 إلى 85 من ق.م.ج والتدليس المنصوص عليه في المادتين 86 و87 من نفس القانون والإكراه المنصوص عليه في المادتين 88 و89 من نفس القانون بالإضافة إلى الاستغلال و الغبن المنصوص عليه في المادة 90 من نفس القانون.[23]

أمّا محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها (كالبيع، الإيجار، التأمين....) أمّا محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين أو نستطيع أن نعرّف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله أو الامتناع عن عمله.

وقد نصت على المحل المواد 92 إلى 95 من ق.م.ج الذي يجب أن يكون شيئا مستقبلا ومحققا و معينا بالذات أو النوع وأن يكون غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة.[24]

أمّا السبب فيقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه [25].

---

22 – **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري– الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2003، ص 48.

23– أُنظر المواد من 81 إلى 90 من ق.م.ج.

24– أُنظر المواد من 92 إلى 95 من ق.م.ج.

ونصت على السبب المادتين 97 و 98 من نفس القانون الذي يجب أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة[26].

وجدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي بموجب تعديل القانون المدني 2016 قد مسّ شروط انعقاد العقد، إذ أصبح العقد يقوم على ثلاثة شروط أساسية وهي: التراضي(الرضا)– الأهلية–وأن يكون مضمون العقد مشروعا ومؤكدا، وهذا طبقا لنص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي.

حيث جاء في المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي الحالي على أنه: "*تعتبر ضرورية لصحة العقد: رضا الأطراف، أهلية الأطراف، مضمون مشروع ومحدد* "[27].

ويلاحظ بأنّ المشرع الفرنسي بهذا التعديل قد طرح فكرة مضمون العقد بدلاً من فكرتي المحل والسبب اللّتان مضى أكثر من قرنين من الزمن على استخدامهما والتعمق في بحثهما من قبل الفقه القانوني[28].

وعلى هذا الأساس، ذهب البعض إلى أنّ المشرع الفرنسي قد ألغى فكرة السبب كركن لصحة العقد، وحسن ما فعل باعتبار أنّ فكرة السبب كانت دائما مبهمة وغير منسجمة مع بعض النظريات التي ترى بأنّ هناك تداخل من حيث الوظيفة بين هذا الأخير وركن آخر وهو المحل، كما أنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى الخلط بين سبب العقد وسبب الالتزام الناشئ عن العقد. ولعلّ استغناءه عن فكرة السبب يعود للخلاف الفقهي الكلاسيكي المتعلق بتاريخ هذه النظرية بصرف النظر عن استقرارها حينما فرقت بين سبب العقد وسبب الالتزام،

---

25 – **محمد صبري السعدي**، مرجع سابق، ص209–222.

26 – أُنظر المادتين 97 و 98 من ق.م.ج.

27- Article 1128 du nouveau code civil français dispose que: «*Sont nécessaires à la validité d'un contrat:*
1° Le consentement des parties ;
2° Leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain. ».

28 – ***حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي***، " مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 "، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 17، عدد 01، جامعة بغداد، 2018، ص668.

ذلك أن هذا التطور تصادم مع صعوبة أخرى تجلت في صعوبة الفصل بين فكرة المحل والسبب [29].

والحقيقة أنّ هدف المشرع الفرنسي ليس التوجه نحو الاستغناء عن ركن السبب وكلّما في الأمر أنّ ركن مضمون العقد يتسع ليستوعب الركنين التقليديين المتمثلين في السبب والمحل، وذلك تأثراً بمبادئ القانون الأوروبي للعقود (LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS) [30]. ويرى البعض أنّ هذا التطابق ما هو إلاّ تطابق شكلي ظاهري، لأنه يمكن استخلاص السبب ضمن مواد أخرى كالمادة 1135، 1162، 1170 من القانون المدني[31]. في حين ترى السلطات الفرنسية على لسان المرسوم هو ضمان الأمن القانوني. وما يميز مقتضيات هذا المرسوم هو مراعاته لأبرز ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في السنوات القليلة الماضية وهو ما يشكل مظهرا من مظاهر الرقي القانوني إذ أن جلّ التشريعات لا تعتمد في صياغة قوانينها على الملائمة مع ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية[32] .

وعلاوة على ما سبق، يعاب كذلك على القانون المدني السابق طريقة عرضه لعيوب الرضا التي ابتدأها بالغلط ثم الإكراه ثم التدليس مشيرا في النهاية إلى الغبن، باعتباره تسلسلا

---

29 – **بن خدة حمزة**، مرجع سابق، ص 437.

30 - « *Le principe européen du droit des contrats est un ensemble de texte rédigé par la Commission du droit européen des contrats en 1994 complété et révisé novembre 1998 et qui a pour but d'uniformiser les principes régissant l'élaboration des contrats au sein de l'Union Européenne. On doit l'idée de développer des Principes en droit européen des contrats au professeur danois Ole Lando qui, en 1976 déjà, s'élevait contre la fragmentation du droit privé* ». *I*n https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/principe-europeen-du-droit-descontrats.html#:~:text=Le%20principe%20européen%20du%20droit,sein%20de%20l%27Union%20Européenne. (vu le 08/12/2020, 15h30)

31 - **BAMDE Aurélien**, « La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public ».*I*n https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/ (12/12/2020, 13h15).

32 – نقلاً عن: **رجواني كمال** ، " مستجدات القانون المدني الفرنسي: قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات ». متوفر في الموقع الالكتروني الآتي: http://9anonak.blogspot.com/2016/05/Mises-a-jour-des-droit-civil-Francais.html (vu le 02/11/2020, 10h00)

غير منطقي، الأمر الذي تداركه المشرع المدني الجديد من خلال طرحه لهذه العيوب في تسلسل أكثر منطقية، يمكن اختصاره في محورين: الأول يمكن توصيفه بعيوب الخلل في الإرادة، وهما كل من عيبي الغلط والتدليس، والثاني يرتبط بسلب الإرادة وهو عيب الإكراه بأشكاله المختلفة، ففي الحالة الأولى الإرادة لا تعلم حقيقة الموقف التعاقدي، بينما في الحالة الثانية، الحالة التعاقدية واضحة لديها ولكنها مجبرة على اتخاذ موقف يخالف إرادتها[33].

الفرع الثانّي

مضمون مبدأ سلطان الإرادة

ومدى تكريس المشرع الجزائري له

يشتمل مبدأ سلطان الإرادة على أصلين: **الأوّل مفاده** أن كل الالتزامات، بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة. **بينما الثاني** اعتبار الإرادة هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار [34]. ولما كان مبدأ سلطان الإرادة بهذا القدر من الأهمية في نشوء الالتزامات وتنفيذها اقتضى الأمر تعريفه (أولاً)، وبيان مدى تكريس المشرع الجزائري له (ثانياً).

أولاً–مضمون مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد فهو يعني حرية الأفراد

33 – **محمد عرفان الخطيب**، "نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث (الثابت والمتغير): قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016 "، *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، عدد 01، السنة السادسة، 2018، ص 257.

34 – **تقية محمد**، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 6.

في إبرام العقود وتضمينها ما يرغبون فيه من شروط وبنود، كما يعني أن هذه الإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي وأساس عدالة التعاقد [35].

عرّف سلطان الإرادة بعدة تعريفات نذكر منها تعريف البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير: " *أنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد*"[36].

كما عرّف بأنه قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والأدب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه[37].

ثانياً–تكريس مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري

كرّس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في العديد من النصوص منها على سبيل المثال نص المادة 59 من ق.م.ج التي تضع مبدأ الرضائية كأصل في العقود دون الحاجة إلى شكل معين، حيث تنص أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" أو المادة 106 من نفس القانون التي أرست مبدأ سمو العقد بالنص على أنه: " *العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.*"

ويعتبر اتفاق الطرفين هو القانون الذي يسري على المتعاقدين عند التنفيذ، في حين أكّدت المادة 111 في فقرتها الثانية من ق.م.ج[38] على ضرورة البحث عن النيّة المشتركة

35 – **بورزق أحمد، بورزق خديجة**، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود – دراسة مقارنة–"، *مجلة أبحاث*، مجلد 4، عدد 2، جامعة الجلفة، 2019، ص 135.

36 – **الصديق محمد الأمين الضرير**، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مجموعة دله البركة، جدة المملكة العربية السعودية، 1995 ، ص 21.

37 – **دبابش عبد الرؤوف، حملاوي دغيش**، " مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون "، *مجلة العلوم الإنسانية*، جامعة محمد خيضر بسكرة، ، مجلد 16، عدد 02، جوان 2016، ص258.

38– أُنظر المادة 111 من ق.م.ج.

للمتعاقدين عند قيام القاضي بتفسير العبارات الغامضة، ما يبين اعتماد المشرع على سلطة الإرادة كمبدأ توجيهي في نظرية العقد[39].

وقد كان لمبدأ سلطان الإرادة في ظل القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 صدى واسع بالنظر إلى الأفكار السائدة خلال تلك الفترة التي تلت الثورة الفرنسية بما حملته من تقديس للحرية الفردية، ورغم عدم استعمال المشرع الفرنسي آنذاك عبارة " سلطان الإرادة " إلا أن أثر المبدأ بدى ظاهرا في بعض مواد القانون بصفة صريحة كنص المادة 1134 [40]التي كرّست مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، باعتباره الضامن الوحيد لمصلحة المتعاقدين في ظل بساطة العقود وتكافؤ المراكز القانونية للأطراف [41].

أمّا بعد التعديل الذي طرأ على القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، فقد تمّ إلغاء المادة المذكورة أعلاه، وتمت صياغة مضمون النص في المادة 1193 منه[42].

39 – **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص26–27.

40- Article 1134 de l'ancien code civil français dispose que : *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi.».

41 – **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع نفسه، ص 25–26.

42 - Article 1193 du nouveau code civil français dispose que: « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

المطلب الثانّي

النتائج المرتبطة

عن مبدأ سلطان الإرادة

لا شكّ أنه كأصل عام الفرد لا يلزم إلاّ بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الالتزامات، فإنّه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللاإرادية إلاّ في الحالات الاستثنائية لأنّ الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمّت بإرادته، وهذا يعني أنّ إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النّظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرّة، إذ يقول المبدأ الفلسفي: " *إنّ العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد* "[43]. وعلى هذا الأساس، فإنّ الشخص حرّ في التعاقد أي أنّ الأصل هي الحريّة التعاقدية (الفرع الأوّل)، وعليه يصبح ما التزم به الشخص بإرادته بمثابة قانون له، وهو ما يصطلح عليه بالعقد شريعة المتعاقدين (الفرع الثانّي).

الفرع الأوّل

حرية التعاقد

ينصرف معنى حرية التعاقد إلى حرية الشخص في التعاقد وعدم التعاقد (أولاً)، وكذلك حرية الشخص في اختيار المتعاقد معه (ثانياً)، وكذا حرية الشخص في تحديد مضمون العقد (ثالثاً).

43 – **حدي لالة أحمد**، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 15.

أولاً-حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد

تتجلّى حريّة التعاقد وعدم التعاقد في تمتّع المتعاقد بكامل الحرية في قبول إبرام العقد من عدمه وذلك دون أن يكون ملزما بتبرير موقفه هذا سواء من القبول أو الرفض.

ومن أمثلة تكريس مبدأ حرية التعاقد وعدم التعاقد في القضاء الجزائري نجد القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 2010/07/22 ، حيث أنّ المحكمة العليا أثارت من تلقاء نفسها دفعا بسوء تطبيق القانون، كما قضت بـ : " *حيث أنّ التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحرّ،يجب أن يكون هذا التعبير طبقا للشّكل الذي يحدده القانون وذلك إذا كان التصرف يقع على العقار، طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج،إذ يتعين على البائع والمشتري أن يحضرا أمام الموثق بمحض إرادتهما. وحيث أنّ قضاة الموضوع لمّا ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثّق للتوقيع على عقد البيع قد أخطئوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، ممّا يعرّض قضاءهم للنّقض، وبغير الحاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة*"[44].

كما يحقُّ للمتعاقد رفض التعاقد دون أن يكون ملزما بتبرير قراره، وهو الموقف الذي عرف تكريسا قضائيا مستقلا يمكن الاستدلال على سبيل المثال بقرار لمحكمة النقض الفرنسية سنة 2013، في قضية طفل كان متمدرسا في مدرسة خاصة لما رفضت هذه الأخيرة إعادة تسجيله للسنة الدراسية الجديدة، وهو ما أثار استياء والدي الطفل اللذان قررا عرض النزاع أمام القضاء حيث قضت محكمة النقض بصحة تصرّف المدرسة لمّا رفضت إعادة التعاقد مع أولياء الطفل، معتبرة أنّ هذه الأخيرة مارست حرية مكفولة لها قانونا [45].

---

44 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 2010/07/22، رقم 586766، *مجلة المحكمة العليا*، عدد 01، لسنة 2011، ص 109-111.

45- Cour de cassation chambre civile1, 11 septembre 2013,12.20844. In https://juricaf.org/arret/France-COURDECASSATION-20130911-1220844 (Vu le 09/09/2021 à 11 :28).

ثانياً-حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه

يترتب عن حرية التعاقد حق كل طرف في اختيار الطرف المتعاقد معه بكل حرية ضمانا لمصلحته الشخصية وهو ما كرّسته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها أن صيدليتين في قرية تتقاسمان احتياجات جمعيتين في المجال الشّبه الطّبي، وخلال انتخابات جهويّة ثار خلاف بين رئيس البلدية والذي بدوره هو رئيس الجمعيتين مع زوج صاحبة أحد الصيدليتين، تبعا لذلك قررت الجمعيتين التعامل حصريا مع الصيدلية الأخرى دون تقديم أي مبرر، ما جعل بصاحبة الصيدلية التي تمّ توقف العمل معها إلى عرض النزاع أمام القضاء للمطالبة بالتعويض.

ألغت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف أكس وان بروفانس (Aix-en-Provence) الصادر بتاريخ 29 جوان 1992 التي حمّلت الجمعيتين مسؤولية اتجاه الصيدلية، حيث اعتبرت الغرفة التجارية أنّه يحق للجمعيتين على أساس الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه، وقف التعامل مع أحد الصيدليتين دون تبرير موقفها، ولا يترتب عن ذلك أيّة مسؤولية[46].

ثالثاً-حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد

أبدى الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد في العديد من القرارات، منها على سبيل المثال قرار لمحكمة النقض سنة 2006، في قضية تتلخص وقائعها أنه تم إبرام عقد إيجار لمدة 9 سنوات قابل التجديد مع إدراج بند إعادة التفاوض لمراجعة بدل الإيجار، إلاّ أنه عند حلول الأجل المتفق عليه لتجديد العقد رفض المستأجر إعادة التفاوض فتمّ عرض النزاع على القضاء، وقضت محكمة استئناف كولمار (colmer) بتحديد بدل الإيجار الذي يسري عند تجديد العقد، إلاّ أنّ الغرفة المدنية الثالثة

46- Cour de cassation, chambre commerciale, du 05 juillet 1994, 92-20064. *h*ttps://www.legifrance.gouvr.fr/juri/id/JURITEXT000007032427/ (Vu le 09/09/2021 à 11 :50).

لمحكمة النقض ألغت القرار معتبرة إيّاه مخالفا للقانون، إذ لا يجوز لقضاء الموضوع التدخل من أجل تحديد بدل الإيجار، لأن ذلك يعتبر مساسا بالحرية التعاقدية وبسمو العقد.

فوفقاً لمحكمة النقض الفرنسية لا يمكن للقاضي التدخل من أجل إحداث أيّ تغيير ولو طالب بذلك أحد الطرفين مؤكّدة أن تجديد العقد من عدمه أو تحديد بدل الإيجار الجديد من اختصاص الأطراف لا من اختصاص المحكمة[47].

الفرع الثانّي

العقد شريعة المتعاقدين

لا يكون الفرد ملزما بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله، وهو المقرر قانونا حيث أنه متى التزم شخص بتصرف قانوني بمحض إرادته فهو ملزم به لأنه أراد ذلك لأن الإرادة قوية كونها تلزم الشخص مثلما يلزمه القانون فلا المشرع ولا القاضي باستطاعته أن يحرّر المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية.

ويبرر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مبادئ لها جذور تاريخية أخلاقية تتمثل في واجب الوفاء بالعهد الذي يقطعه المرء على نفسه مهما كلفه الأمر واعتبارات اقتصادية تقتضي توفير الاستقرار في المعاملات، وكذلك اعتبارات اجتماعية تقتضي ضرورة توفير الثقة والاطمئنان والائتمان بين الناس[48]. ولما كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بهذا القدر من الأهمية؛ اقتضى الأمر بيان مقصودها (أولاً)، وبيان قداستها بالنسبة للأطراف المتعاقدة (ثانياً) وبالنسبة للقاضي (ثالثاً).

47- Cour de cassation, chambre civile 3, du 8 février 2006, 05-10724.*I*n www.legifrance.gouvr.fr/juri/id/HURITEXT000007052638 .(vu le 09/09/2021 à 12:02).

48 – **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص 8–9.

أولاً-المقصود بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

يقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين نتيجة رتّبها مبدأ سلطان الإرادة، فأنصار المذهب الفردي يعتقدون أن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بما تعهد به.

ويفيد مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " أمرين: أولهما هو عدم جواز نقض أو تعديل العقد من طرف أحد المتعاقدين، وثانيهما؛ هو الالتزام بتنفيذه [49]. وهذا ما تضمنته المادة 106 من ق.م.ج، حينما قضت بأنّ " *العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو الأسباب التي يقررها القانون*".

ومثال عن تكريس هذا المبدأ من طرف الاجتهاد القضائي الجزائري نذكر القرار رقم 78387 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1992/06/16 إذ جاء في مبدئه من المقرر قانونا أن " العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلاّ باتفاق الطرفين" ومن المتّفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين أن شركة التأمين تضمن للمؤمّن له التّبعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية والمادية التي يسبّبها للغير أثناء وبمناسبة سير المركبة ولا يتضمن الأضرار التي يسبّبها المؤمّن لنفسه، إلاّ إذا كان مؤمّنا على جميع الأخطار.

ولما ثبت أن المطعون ضده لم يؤمّن على جميع الأخطار فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك، ومنحه تعويضا، قد خرقوا نصوص العقد، استحق قرارهم النقض[50] .

وتجدر الإشارة إلى أنّ كل من حرية التعاقد وحرية عدم التعاقد وحرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه و حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد قد نص عليها في التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 وذلك في نص المادة 1/1102 منه[51].

---

49 – **فيلالي علي**، الالتزامات (نظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 286-287.

50- قرار المحكمة العليا،الغرفة المدنية،المؤرخ في 1992/06/16 ، رقم 78387، *المجلة القضائية*، عدد01 ، لسنة 1994، ص31.

ثانياً–قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدين

انطلاقاً من قداسة العقد وحرمة التعرض له والتعدي عليه، يلتزم الأطراف به ولا يجوز لهم الإنفراد بوقف أثره أو إنهائه إلاّ بالاتفاق والتراضي بينهم كقاعدة عامة كرّسها القانون، حتى ولو كان العقد يخالف نصا تشريعيا طالما كان ذلك النص لا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة [52].

ثالثاً– قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي

يمنع القانون فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة من طرف القاضي إذ أن هذا الأخير لا يستطيع نقض أو تعديل ما قرره طرفا العقد، بل إنه ملزم باحترام شروطها كيفما جاءت كما تلزمه أحكام القانون تماما، أي أن القاضي ليس له سلطة الحلول محل الإرادة الفردية وعليه أن ينفّذ إرادة المتعاقدين وألاّ يلحق تعديلا بشروط وبنود العقد بدعوى أنّ التعديل تقتضيه العدالة العقدية لأنّ العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها، ولأنّ العقد وليد إرادتين وما تبرمه إرادتان لا تحلّه إرادة واحدة، كما يجب على القاضي أن يمدّ المساعدة من أجل تنفيذ العقد[53].

51–Article 1102 du nouveau code civil français dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

52 – **علاق عبد القادر**، مرجع سابق، ص13–14.

53 – مرجع نفسه، ص14–15.

المبحث الثانّي

مبدأ القوة الملزمة للعقد

تبقى للإرادة الحرية الكاملة في التعاقد من عدمه وذلك قبل إبرام العقد وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، ووفقا لذات المبدأ تبقى إرادة المتعاقدين حرة في أن تتجه إلى إحداث الآثار التي ترغبها وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة، غير أنّه بمجرد أن يتم إبرام العقد يتقيّد المتعاقدان بما تمّ الاتفاق عليه من آثار، حيث يرتّب العقد على عاتق المتعاقدين أو على عاتق أحدهما التزامات يتعيّن الوفاء بها، والعقد ليس من شأنه إلزام المتعاقدين فقط، بل من شأنه أن يلزم القاضي أيضا إذ يجب عليه أن يحترم اتفاق المتعاقدين، وأن يلتزم بتطبيقه، ويمنع عليه أن يغيّر فيه ما يرى أنّه مناف للعدالة، وهذا ما يعبّر عنه بالقوة الملزمة للعقد[54].

وترتيباً لما سبق، يتعين علينا التعرض في مرحلة أولى إلى مفهوم القوة الملزمة للعقد (المطلب الأوّل)، ثم ننتقل في مرحلة ثانية إلى تحديد نطاقها (المطلب الثانّي).

المطلب الأوّل

مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد

يكاد يجمع الفقه على وجوب تنفيذ العقد والزاميته بالنسبة للمتعاقدين، حيث يفترض عدم الإخلال به، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو من المبادئ المستقرة في التشريعات دون أن يحتاج إلى النص عليها، فهو من الآثار المهمة لمبدأ الحرية التعاقدية. وتشكل الإلزامية صلب العملية التعاقدية والتي يبنى عليها احترام العقود، فالقوة الملزمة هي بمثابة العمود الفقري الذي يبنى عليه الوفاء بالعهد واحترام بنود العقد والالتزام بمضمونه[55].

54 – **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص5–6.

55 – **شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي**، "مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسه القانونية –دراسة مقارنه– " *مجلة الجامعة الفرنسية اللبنانية*، مجلد 5، عدد 3، 2020، ص 387.

تمنع القوة الملزمة للعقد أن يقوم أحد الأفراد بالتعديل منفردا دون علم الطرف الآخر، ويكون التعديل بالإرادة المشتركة بين كلا المتعاقدين، وكل ما اتّفقوا عليه من الشروط والبنود تعامل معاملة القانون من حيث القوة الملزمة للعقد وتستمر مع إرادة المتعاقدين، ولهذا أصبح الثّبات والاستقرار أهمّ ما يميّز العلاقات التعاقدية [56]. فالعقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب،أي مضمونه، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته (الفرع الأوّل) مع وجوب تنفيذه بحسن النية (الفرع الثانّي)[57].

الفرع الأوّل

إلزامية تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته

يتمثل مضمون العقد في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق والتزامات من جهة (أولاً)، وتلك التي لم ترد فيه لكن تعد من مستلزماته من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً –الحقوق والالتزامات الواردة في العقد

معنى أنّ العقد لا ينشأ فقط الرابطة العقدية بل يتناول أيضا تنظيمها، فيضع الشروط المختلفة التي تدير هذه العلاقة، ويعين على وجه الخصوص حقوق وواجبات المتعاقدين ويكون هؤلاء ملزمين بتنفيذ كل ما ورد في العقد دون التمييز بينما هو مهم وما هو دون ذلك، لذلك وجب تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف وفق الشروط المتفق عليها.[58]

---

56 – www.search _ academy.com تم الاطلاع عليها 2021/06/09.

57 – جاء في المادة 107 من ق.م.ج أنه: "*يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.*

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام ".

58 – **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص 291.

ونجد أن المشرع الجزائري كرّس مبدأ القوة الملزمة للعقد أي أنه ألزم على المتعاقدين تنفيذ كل ما ورد في العقد وفق ما تمّ الاتفاق عليه قانونا وقضاء، فقانونا نجد أنه كرّسه في كل من المادة 106 من ق.م.ج النحو التالي "*العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلّا باتّفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّرها القانون.* "

والمادة 1/107 من نفس القانون على النحو التالي" يجب *تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نيّة.* "

أمّا قضاء فمن خلال تصفّح بعض قرارات الاجتهاد القضائي التي أكّدت على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعدم جواز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة قانونا، كما يجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نيّة، نذكر منها البعض.

مثال 01

حيث ثبت أن فريق (م) هو الذي أنهى تلقائيا عقد الاستئجار بدعوى أن الطاعن أراد حرث أرض هي ملك(م.خ) .

وحيث لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقررها القانون أو لطوارئ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وبالتالي نقض قرار مجلس قضاء باتنة الصادر في 1974/12/01.[59]

مثال 02

الموضوع عقد مقاولة– الإخلال بالتزامات العقد –القضاء بإلغاء العقد –مخالفة القانون.

المبدأ :من المقرر قانونا أن المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون.

59 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1976/05/26، د.ر، *النشرة القضائية*، عدد 1، لسنة 1978، ص 26.

لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن أحد طرفي العقد قصر في تنفيذ التزاماته ومن ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[60].

ثانياً –مستلزمات العقد

يحدد العقد مبدئيا مضمونه ونطاقه فيوضح على وجه الخصوص حدود الالتزامات التي يرتبها، ولكن إذا أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهوا، أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس، يكون العقد ناقصا، فيتولى القاضي إكماله وذلك في ضوء القانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام[61].

وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق.م.ج على النحو التالي : *"إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة. "*

وكذا المادة 2/107 من نفس القانون على النحو التالي :" *ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام* ".

وعملا بهذه المادة فقد حدد المشرع الضوابط الموضوعية التي يسترشد إليها القاضي في تحديد ملحقات العقد أو مستلزماته قياسا على أحكام المادة الأولى من ق.م.ج[62] التي

---

60 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1990/06/13، رقم 61489، *المجلة القضائية*، عدد 4، لسنة 1991، ص 65.

61 – **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص291–292.

62 – تنص المادة 1 من ق.م.ج : *" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظه أو في فحواها.*

تلزم القاضي في حال عدم وجود نص في القانون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[63].

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي أكد هو الآخر على الدور الجوهري الذي يلعبه ثبات العقد بالنسبة للأطراف بدرجة أولى، إذ ينبغي الحرص على احترام ما تم الاتفاق عليه ومنع أي تصرف يسعى من خلاله أحد الأطراف إلى التعدي على مبدأ سمو العقد بتعديل أو إلغاء أي بند منه دون رضا الطرف الآخر، كما يخضع القاضي للقواعد نفسها التي يخضع لها الأطراف فيما يتعلق باحترام اتفاق المتعاقدين.[64]

ومثال على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية عندما عرضت عليها قضية اجتماعية تتمثل وقائعها في اتفاق عاملة في صيدلية مع رب العمل على ساعات عمل معيّنة، إلاّ أنه بعد مدة زمنية أخطر رب العمل العاملة عن طريق رسالة بتغييره لساعات العمل من الاثنين إلى الخميس ابتداء من 11 سا إلى 14 سا ومن 16سا الى 20 سا بدلا من الساعات المتفق عليها في المرة الأولى ألا وهي من 8 سا إلى 15 سا من نفس أيام الأسبوع إلا أن العاملة رفضت هذا التغيير وتمسكت بما تم الاتفاق عليه في العقد، مما أدى برب العمل إلى قطعه علاقة العمل مع العاملة، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية تسريح العاملة تعسفيا لأنه جاء نتيجة رفضها للساعات الجديدة للعمل بالرغم من أنّ الحجم الساعي لم يتغير(07 ساعات في اليوم)وسبّبت حكمها أن التّغيير في الساعات المتّفق عليها مسبقا يشكّل تعديلا للعقد والذي لا يمكن أن يحصل إلاّ باتفاق الطرفين دون إمكانية إجبار المتعاقد الآخر على قبول التعديل[65].

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. "

63 – **طبيب فايزة**، مرجع نفسه، ص15–16.

64 – **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 38.

65 – Cour de cassation, civile, chambre sociale, du 03 novembre 2011, n° 10-30033. *I*n www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024761397. Vu le 11/09/2021 à 23h13.

الفرع الثانّي

إلزامية تنفيذ العقد بحسن نية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المستقرة والمسلمة في الفكر القانوني، فالمبدأ يلعب دورا بارزا في مجال العقد سواء عند تنفيذه أو في المرحلة السابقة عليه[66]. ويعني ذلك أنه إذا أبرم العقد وخلصت قوته الملزمة وجب تنفيذه بحسن نية، هذا الالتزام له طابع تعاقدي، أي يمكن أن تترتب عنه مسؤولية عقدية كجزاء للإخلال به، لذلك فإنه من الضروري مراعاة حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد كما في مرحلتي إنشاءه وتفسيره تماما، وبالتالي مراعاة شرف التعامل، فلا يجوز للمتعاقد أن ينفذه بطريقة تنم عن سوء نيته[67]. وبناء على الاعتبارات المنوه عنها أعلاه، فإننا سنعرّف مبدأ حسن النية (أولاً)، ونظراً لأهميته فقد كرسه المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة (ثانياً).

أولاً- تعريف مبدأ حسن النية

لا يمكن تقديم تعريف دقيق لحسن النيّة ولا حصر المفهوم في وعاء معين بسبب تشعّبه رغم العديد من المحاولات، إلاّ أنه يمكن الإشارة إلى التعريف المعتمد في أحد القواميس القانونية والتي تعرّف حسن النيّة على أنّها: " سلوك يترجم إرادة الشخص في الامتثال للقانون من أجل تجنّب الجزاء "، فهو اعتبر مبدأ أخلاقي ديني تمّ تكريسه بعد ذلك كمبدأ قانوني ملزم للأطراف"[68].

66 – **بوكلوة كنزة وبوطرنيخ فضة**، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص للأعمال، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ،2017، ص 14.

67 – **علاق عبد القادر**، مرجع سابق، ص 17.

68 – **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 45.

ولاشك أنّ المتتبع للتطور التاريخي لمبدأ حسن النية في نظرية العقد[69] سيكتشف بـأنّ جذوره تمتد إلى قواعد الدّين والأخلاق إلاّ أنه أضحى فيما بعد أحد الأفكار المستقرة في الفكر القانوني، ورغم تبنيه من طرف مجمل التشريعات المقارنة[70] وبصور متفاوتة إلاّ أنّه لم يجرأ أحد من المشرعين إدراج تعريف خاص به[71]، وذلك لمرونة وتغيّر معناه بحسب كل حالة[72]، ولهذا اكتفت التشريعات بالنص على بعض التطبيقات له دون الخوض في تعريف له[73]. إلاّ أنّ المشرع الفرنسي عند تعديله لأحكام تقنين نابليون وإن أبقى على موقفه فيما يخص التعريف إلاّ أنه غيّر من نظرته لمبدأ حسن النيّة في العقود،وذلك من الناحيتين الشكلية والموضوعية.

فمن الناحية الشكلية كان مبدأ حسن النيّة في ظل القانون المدني الفرنسي القديم منصوص عليه في المادة 1134 التي جاءت ضمن الفصل الثالث الذي يتضمن الأحكام المتعلقة بآثار الالتزام (De l'effet des obligations) [74]. غير أنّ المشرع الفرنسي

---

69 – يعتبر مبدأ حسن النية المسائل القانونية الأكثر إثارة للجدل، فتارة قد ينظر إليه على أنه التزام قانوني، وتارة ينظر إليه على أنه قاعدة قانونية، وتارة ينظر إليه على أساس أنه مبدأ قانوني. للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة راجع: **بن يوب هدى**، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013، ص.49-54.

70 – أُنظر على سبيل المثال المادة 107 من ق.م.ج.

71– للمزيد من التفاصيل حول التطور التاريخي لمبدأ حسن النية أُنظر: **عهود أحمد حسين خليفات**، " مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية: دراسة تحليلية"، *مجلة العلوم القانونية والاجتماعية*، جامعة زيان عاشور الجلفة، عدد 01، 2020، ، ص 571 الى 576.

72– **زيتوني فاطمة الزهراء**، " بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار العقد "، *مجلة القانون والعلوم السياسية*، عدد 4، 2016، ص 432-433.

73– يعتبر الالتزام بالإعلام أحد تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود. راجع في ذلك: **د. حاتم مولود**، " إدراج الالتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري "، *المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية*، مجلد 03، عدد 02، 2019، ص.80. وراجع كذلك: **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشّخصية والالتزام بحُسن النيّة، مرجع سابق، ص56.

74 –Article 1134 du code civil français dispose que: « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

عدّل عن هذا المنهج وأدرج في القانون المدني الجديد مبدأ حسن النيّة بموجب المادة 1104 ضمن الأحكام التمهيدية للعقد [75]. وقد رأى البعض أنّ هذا الترتيب الجديد من الناحية الشكلية يؤدي إلى نتيجة في غاية الأهمية، وهي أنّ حسن النيّة أضحى قاعدة سيتمّ تطبيقها على كافة العقود بمختلف أنواعها وبمختلف مسمّياتها[76].

وأمّا من الناحية الموضوعية، فإنّ المشرع الفرنسي عمل بموجب التعديل الجديد على توسيع نطاق مبدأ حسن النيّة بعدما كان يقتصر فقط على عملية تنفيذ العقد، إذ عبّر المشرع الفرنسي صراحة من خلال المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المذكورة آنفاً بأنّ تطبيق مبدأ حسن النيّة يشمل كافة مراحل العملية التعاقدية التكوين، الإبرام والتعاقد؛ بل يمتدّ حتى إلى مرحلة ما قبل التعاقد.

والظاهر من خلال النص أنّ المشرع الفرنسي يعتبر مرحلة المفاوضات مرحلة حسّاسة ذات خصوصية وأهمية قصوى لما لها من تأثير على المراحل اللاحقة، فالأكيد أن نجاح هذه المرحلة يقتضي تضافر جهود الأطراف الساعية للتعاقد، من خلال توفير حد أدنى من الأمانة والصدق والنيّة الجادة والحسنة لإنجاح عملية التعاقد[77].

ولهذا اعتبر البعض بأنّ الشخص يُسأل عن حسن نيّته في جميع مراحل العقد بما في ذلك المرحلة السابقة عن العقد أو مرحلة التفاوض، واعتبر أنّ الالتزام بحسن النيّة هو التزام بتحقيق نتيجة بغض النظر عن تحقق عملية الإبرام، كما أنّ المسؤولية المترتبة عن الإخلال به هي مسؤولية تقصيرية[78].

---

75 –Article 1104 du nouveau code civil français dispose que: « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*. ».

76 – **محمد عرفان الخطيب**، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص. 204.

77 – **حميداني محمد**، " مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016–131 المعدل للقانون المدني الفرنسي "، *حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية*، عدد 26، 2019، ص 301–302.

78 – **عهود أحمد حسين خليفات**، مرجع سابق، ص. 584.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي في المادة 2/1104 من القانون المدني الجديد بأنّ الحكم المذكور في الفقرة الثانية من ذات المادة يُعدّ من النظام العام، ومعنى ذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وقد رأى بعض الكتاب بأن مبدأ حسن النيّة عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد[79]، غير أنّ الحقيقة هذا المبدأ يكمل مبدأ القوة الملزمة للعقد، فموضوع حسن النيّة في العقود من المواضيع التي ربطها المشرع الفرنسي بعصرنة وتبسيط القانون الذي نوهت إليه المادة 8 من القانون رقم 2015-177 المتعلق بعصرنة وتبسيط القانون والإجراءات في قطاع العدالة والمسائل الداخلية[80].

ثانياً- تكريس مبدأ حسن النية في القانون الجزائري

يُعتبر تحلّي المتعاقد بحسن النيّة في تنفيذه للعقد، أمر بالغ الأهمية. فحسن النيّة يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية، والنيّة الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، ولحسن النيّة مظهرين: الأول نزاهة المتعاقد والثاني الالتزام بالتعاون[81].

79 – **إقلولي/أولد رابح صافية**، " التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد عنصر منافس بحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، *بحوث جامعة الجزائر 1*، الجزء الأوّل، عدد 14، 2020، ص129 -138.

80-Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires internes، *JORF* n°40 du 17 février 2015.

81 – يقصد بنزاهة المتعاقد امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسرا أو مستحيلا، ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ التزامهما في ضوء سلوك الرجل العادي. في حين يقصد بالالتزام بالتعاون الالتزام الايجابي المتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد، ولا يقتصر هذا الالتزام بالإفضاء على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشمل كذلك مرحلة تكوينه، فتضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين والدليل على ذلك وجود بعض العقود تقوم أساسها على التعاون مثل عقد الشراكة، عقد التأمين. راجع في ذلك: **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص 295، 296،297.

وعلى هذا الأساس، خصّص المشرع الجزائري في المادة 107 التي جاءت تحت عنوان "آثار العقد " الفقرة الأولى منها لحسن النيّة وذلك بنصها على ما يلي: " *يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نيّة*".

ويلاحظ من خلال هذا النص الالتزام بمبدأ حسن النيّة يقتصر فقط على فترة تنفيذ العقد، بمعنى أن هذا الالتزام عبارة عن التزام من الالتزامات التعاقدية أي الالتزامات الناشئة عن العقد ولا يمتدّ إلى مرحلة ما قبل التعاقد[82].

ويُعتبر موقف المشرع الجزائري مطابقاً للموقف السابق للمشرع الفرنسي إلاّ أنّ هذا الأخير، أي المشرع الفرنسي، قد عدل عن موقفه بعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي في سنة 2016 تمّ التطرق بصراحة إلى مبدأ حسن النيّة من خلال المادة 1104 المنصوص عليه ضمن الأحكام التمهيدية منه وهي مادة تم استحداثها بمقتضى الأمر 2016-131 الصادر في 2016/02/10 بموجب المادة الثانية من هذا الأمر [83].

وعليه لم يعد مصدر الالتزام يقتصر على العقد وعلى مرحلة التنفيذ وعلى المدين بالتنفيذ، وإنّما أصبح مصدره القانون بالدرجة الأولى [84].

المطلب الثانّي

تحديد نطاق القوة الملزمة للعقد

(نسبية أثر العقد)

إذا نشأ العقد صحيحا فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به، فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد، ومن هنا نرى نسبية آثار العقد

82- عدّل المشرع الفرنسي عن موقفه السابق فيما يخص مبدأ حسن النية. راجع: **حميداني محمد**، مرجع سابق، ص 304.

83-Article 02 de l'ordonnance 2016-131 propose que *«les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*
Cette disposition est d'ordre public ».

84 - **حميداني محمد**، مرجع نفسه، ص 304.

من حيث الأشخاص، ويلتزمان بما تضمّنه العقد من التزامات دون غيرها ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع.

وعليه، فالعقد نسبي في قوته الملزمة من حيث الأشخاص (الفرع الأوّل) ومن حيث الموضوع (الفرع الثانّي).

الفرع الأوّل

قوة العقد الملزمة

من حيث الأشخـــــاص

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين كأصل عام، فهما اللذان اختارا بإرادتيهما الكاملة إبرام العقد وتحمّل آثاره، إلاّ أنه في بعض الأحيان نجد أن آثار العقد تتصرف كذلك إلى أشخاص آخرين تربطهم بالمتعاقدين صلة خلافة وهما خلفهما العام أو خلفهما الخاص، ويكون ذلك الانصراف وفق قيود معيّنة[85].

كما أنه يمكن لأشخاص آخرين أجانب عن العقد أن يكتسبوا حقا من العقد عن طريق ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير.

أولاً– مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

ينصرف معنى الخلف العام إلى كل من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها[86]. بعبارة أخرى، فالخلف العام هو المتعاقد التبعي الذي يساهم بصورة لاحقة في تنفيذ العقد رغم أنه لم يشارك ولم يبد إرادته في إبرامه، وذلك لا يحدث طبعاً إلاّ بعد وفاة سلفه (المتعاقد الأصلي)، وبالتالي فإنّ الخلف العام يخلف سلفه في العقد كمبدأ عام. وهذا ما قضت به المادة 108 من ق.م.ج، إذ جاء فيها أنه: " *ينصرف العقد إلى*

85 – **مزوغ يقوتة**، مرجع سابق، ص 45.

86 –**بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص 206.

المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".[87]

ويجب التنبيه إلى أنّ المشرع الجزائري في هذا الخصوص قد اعتمد القاعدة المقررة في القانون الفرنسي من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، إلاّ أنه قيد هذه القاعدة بالأحكام المتعلقة بالميراث، وفي هذه يرجع إلى قواعد الفقه الإسلامي التي تقضي بالمبدأ القائل " *لا تركة إلاّ بعد سداد الديون* " [(88)].

ثانياً – مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

يُقصد بالخلف الخاص كلّ من يخلف الشخص في شيء معيّن كالموصى له بجزء معين من التركة وكل من يتلقى عن السلف حقا عينيا كالمنتفع يتلقى عن مالك الرقبة حق الانتفاع أو حقا شخصيا كالمحال في حوالة الحق يتلقى عن المحيل الحق المحول إليه.

وينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص بالشروط الآتية:

– أن يكون العقد الذي ينصرف إليه قد لبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إليه.

– أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف الخاص قد أبرم قبل انتقال الشيء إليه وهذا بديهي إذ لا يسوغ للشخص أن يبرم عقدا بخصوص شيء انتقل إلى خلف فيكون قد تصرف في غير ما يملك.

– أن يعلم الخلف بهذه الحقوق أو الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه[(89)].

وقد تضمنت المادة 109 من ق.م.ج هذه الشروط.[(90)]

87 – المادة 108 من ق.م.ج.

88 – **مزوغ يقوتة**، مرجع نفسه، ص 58.

89 – **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص 87–88.

90 – أنظر المادة 109 من ق.م.ج.

ثالثاً- انصراف أثر العقد إلى الغير

يُقصد بالغير هنا ذلك الغير الذي يُعدّ أصلاً أجنبيًّا عن العقد، والذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين، فالأصل ألاّ ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد، وعليه فالصلح الذي يقع مثلاً بين الدائن وأحد الورثة لا يسري في حق باقي الورثة، غير أنه يجوز استثناءً أن تنصرف آثار العقد للغير الذي لم يكن طرفاً فيه بدواعي العدالة واستقرار المعاملات.[91]

وعلى هذا الأساس، لا يجيز المشرع الجزائري بأن يرتّب العقد التزاما في ذمة الغير[92]، ولكن يجيز أن يكسبه حقا. وقد أعطى المشرع صورتين لاكتساب الغير حقاً ناتجا عن عقد لم يكن طرفاً فيه، وتتمثل هاتان الصورتين في: التعهد عن الغير (أ)، والاشتراط لمصلحة الغير عليه (ب).

أ - قاعدة التعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري

يُقصد بالتعهد عن الغير ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا آخر يلتزم بالتزام معين قبل رضا الطرف الآخر للعقد.

ويتكون التعهد للغير من ثلاثة (03) أركان:

- **المتعهد:** هو أحد طرفي عقد التعهد عن الغير، وهو الذي يتعهد في مواجهة المتعاقد معه، بأن يجعل هذا الغير يقبل التحمّل بالتزام معين لصالح المتعاقد معه.

- **المتعهد له:** وهو الطرف الآخر في عقد التعهد عن الغير وهو الذي يحصل التعهد لمنفعته.

- **المتعهد عنه:** وهو ذلك الذي يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل الالتزام لصالح المتعهد له، وهو ليس طرفا في عملية التعهد عن الغير، بل هو الغير نفسه[93].

91- **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مرجع سابق، ص 454.

92- المادة 113 من ق.م.ج.

93 - **مزوغ يقوتة**، مرجع سابق، ص72-73.

ونصّت على التعهد عن الغير المادة 114 من ق.م.ج على أنه:

" إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من التعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما ألتزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند إثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

ب – قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الجزائري

عرّفها الدكتور غني حسون طه "بأنها عقد يتم بين شخصين يشترط أحدهما ويسمى المشترط على الآخر ويسمى المتعهد أن يلتزم المتعهد في مواجهة شخص ثالث أجنبي عن العقد يسمى المنتفع أو المستفيد فينشأ للمنتفع حق مباشر يستمده من هذا العقد يستطيع مطالبة المتعهد به". (94)

ويقول د. عبد المجيد الحكم "يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير إذا أبرم شخصان عقد وشرط أحدهما فيه على الآخر حقا لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة فلا يمر في ذمة المشترط.

فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتمّ بين شخصين ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص. "(95)

وقد نص المشرع الجزائري على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في المادة 116 من ق.م.ج على النحو التالي *" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.*

94 – **غني حسون طه**،الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام– ، الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد ،1971، ص 329.

95– **عبد المجيد الحكم، عبد الباقي البكري، مجد طه البشير**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام– ،الجزء الأول، (د.د.ن)، بغداد ،1980، ص 145.

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

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

الفرع الثانّي

قوة العقد الملزمة

من حيث الموضـــوع

لكي يلتزم المتعاقدان ينبغي تحديد نطاق العقد المبرم بينهما، وما دام أن العقد نسبي من حيث المضمون فلا يلزم إلاّ بما ورد فيه، وبيان نطاق العقد ومداه يستلزم تفسيره إذا كان في حاجة إلى ذلك.

وبعد تخطي مرحلة استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ثم إعطاء التكييف الصحيح للعلاقة العقدية ،تتحدد الالتزامات وتزداد معالم الإلزامية العقدية وضوحا، فالأصل أن يلتزم المتعاقدان بما يحقق مقصودهما، وما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته.

إذ تقرّ أغلب التشريعات أن الأمر ليس مطلقا، لأن الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية وتترك المسائل التفصيلية دون تحديد.

وعلى هذا الأساس، فإن نسبيّة أثر العقد من حيث الموضوع تحتم على القاضي تكملته للوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتهما بواسطة إضافة الفرع إلى الأصل، ويكون ذلك باعتماد معايير وعوامل استكمال القوة الملزمة للعقد وفقا لمصادر القانون المتعددة الأصلية أو الاحتياطية[96].

96 – **علاق عبد القادر**، مرجع سابق، ص10.

الفصل الثانّي

سلطات القاضي للحد من الحرية التعاقدية

نصت المادة 106 من القانون المدني: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون." ويظهر جليا من هذا النص أنّ المشرع يؤكد على احترام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأنه لم يجز للقاضي نقض أو تعديل العقد إلا عند توافر الأسباب التي يقررها القانون.

لكن استثناء من هذا فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد والحلول بإرادته محل إرادة المتعاقدين وذلك لوجود اعتبارات وأسس تتمثل في حالة مخالفة العقد للنظام العام، و حالة وجود قواعد آمره تلزم القاضي في التدخل وكذا حالة وجوب احترام الحقوق والحريات العامة (المبحث الأوّل)، ومنح مثل هكذا سلطة للقاضي أمر خطير للغاية مما جعل المشرع الجزائري لا يعطي للقاضي سلطة الحد من الحرية التعاقدية إلا في حالات محددة يجوز فيها للقاضي التدخل لتعديل العقد. وبناءً على هذه الاعتبارات سنتعرض إلى سلطات القاضي في التدخل في الحرية التعاقدية عبر مراحل العقد (المبحث الثانّي).

المبحث الأوّل
أسس تدخل القاضي
للحد من الحرية التعاقدية

الأصل لا يجوز للقاضي التدخل في إرادة المتعاقدين ولا يجوز أن تحلّ إرادته محلّ إرادة المتعاقدين احتراما لمبدأ الحرية التعاقدية، غير أنّ هناك مبررات وأسس تمنح للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقود وبالتالي الحدّ من مبدأ الحرية التعاقدية، وتتمثل هذه الأسس في: فكرة النّظام العام (المطلب الأوّل)، القواعد الآمرة (المطلب الثاني) والحقوق والحريّات العامة (المطلب الثالث).

المطلب الأوّل
النظـــام العـــام
ومحدودية الحرية التعاقدية

يُعتبر النّظام العام من بين أهمّ القيود التّقليدية للحرية التعاقدية[95]، وبالتالي يُعدّ أهم أساس يتيح للقاضي رقابة العلاقة التعاقدية، وقد اعترف المشرع الجزائري[96] بهذا القيد على غرار باقي التشريعات[97]، إلاّ أنه لم يجرأ أي مشرع على تقديم تعريف للنظام العام في النّصوص القانونيّة، وذلك نظراً لمطاطية ونسبية فكرة النظام العام من حيث الزّمان والمكان، لذا تركت مسألة التعريف للفقه والقضاء[98] طالما أنّ التعريف من الأمور التي

95 - **DRAGO Guillaume**, « L'ordre public et la constitution », *A.p.d*, T 58 , n°1, 2015, p. 201.

96 – المواد 24، 93، 97، 204، 344، من ق.م.ج.

97 – En droit français, l'ordre public est une notion inscrite à l'article 6 du code civil qui dispose : " *On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*".

98– **KRIEF - VERBAERE Catherine**, " Recherche sur la nation d'ordre public en droit interne ruse a l'aune du droit français " , *R.I.D.C*, vol 55, n°1, 2003, p153.

يتكفل بها هذا الأخير (الفرع الأوّل). غير أنّ هذا لم يمنع المشرع من ذكر بعض تطبيقات فكرة النظام العام كحدّ للحرية التعاقدية في القانون الجزائري (الفرع الثانّي).

الفرع الأوّل

تعريف النظام العام وعلاقته بالآداب العامة

يُعتبر النظام العام والمسائل التي يثيرها من المواضيع الشائكة والمستعصية على الفقه والقضاء[99]، لذا حاول الفقه تقديم تعريف لفكرة النظام العام (أولاً)، غير أنّ كثيراً ما يذكر المشرع مصطلح "الآداب العامة " إلى جانب النظام العام، وذلك لوجود ترابط وعلاقة بينهما (ثانياً).

أولاً- تعريف النظام العام

أمام غياب تعريف تشريعي للنظام العام، حاول الفقه التصدي للموضوع، فعلى سبيل المثال يقول الفقيه " دوجي Duguit ": بأنه لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها". في حين ذهب الفقيه "بارتان Bartin " إلى أنه: "يقصد على العموم بمقتضيات النظام العام في تشريع معين تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الأطراف مخالفتها أو تعديلها "[100].

في حين يعتبر الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما

99 – « Affronter les questions relevant de l'ordre public en droit est bien une aventure digne de Don Quichotte ». *I*n **REYES Santiago Ramírez**, L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain, Thèse pour le Doctorat en droit, Université Paris, Panthéon-Sorbonne, 2019, p.1.

100 – نقلاً عن: **عليان عدة**، فكرة النظام العام وحريات التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر الصديق، تلمسان، 2015، ص27.

بينهم، حتى ولو حقّقت لهم مصالح فرديّة لأنّ المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة[101]. ومهما كان فإنّ الفقه يُجمع على النظام العام يعبّر عن مجموعة القواعد والأنظمة الأساسية اللازمة لسلامة التنظيم الاجتماعي والتي لا يستطيع الأفراد استبعادها أو تغييرها، لأنّها وضعت لاعتبارات تتجاوز اعتبارات المصالح الفردية والخاصة[102]. فالنظام العام يغطّي كل الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع[103].

ثانياً–علاقة النظام العام بالآداب العامة

يتّضح من خلال استقراء أحكام القانون المدني الجزائري أنّ المشرع الجزائري لم يتبن سياسة موحدة، وإنمّا تارة نجده يرفق مصطلح " النظام العام " بمصطلح "الآداب العامة "[104] وتارة أخرى يكتفي فقط بمصطلح " النظام العام " دون " الآداب العامة[105].

أدّى هذا الموقف إلى إثارة التساؤل حول ما إذا كانت الآداب العامة تتميز عن النظام العام، أم أنّ المصطلحين هما وجهين لعملة واحدة ؟

في الحقيقة هناك من الفقهاء من يرى ضرورة التمييز بين المصطلحين وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري الذي عرّف النظام العام كما يلي: " *القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، بينما الآداب هي*

101 – **عاشور فاطيمة**، "النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد"، *مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية*، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، عدد 7، 2019، ص 13.

102 – **حمدي عبد الرحمن**، مبادئ القانون (نظرية القانون – نظرية الحق – مصادر الالتزام وأحاكمه والإثبات)، مكتبة عين شمس، القاهرة، ص 160. وراجع أيضاً:

TERRÉ François, « L'ordre public entre deux siècles », *A.p.d*, T. 58, n°1, 2015, p.190.

103–**STIRN Bernard**, « Ordre public et libertés publiques », *A.p.d*, T. 58, n°1, 2015, p.5.

104 – راجع على سبيل المثال: المواد 24، 93 من ق.م.ج.

105 – أنظر المادتين 161 و344 من ق.م.ج.

مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية ".[106]

غير أنّ هناك شبه إجماع لدى الفقه المعاصر على رفض التمييز بين فكرة النظام العام وفكرة حسن الآداب أو الآداب العامة باعتبار هذه الأخيرة جزء لا يتجزأ عن النظام العام[107]، وهي تشكّل أحد الأسس التي يقوم عليها هذا الأخير، فهي الجانب الخلقي له وهو الأساس الأخلاقي الذي يحفظ النظام العام في المجتمع والمتمثل في وجبات الفرد سواء اتجاه نفسه أو اتجاه مجتمعه الآن هدفه هو الفضيلة والعدالة[108].

الفرع الثانّي

بعض تطبيقات فكرة النظام العام كحد للحرية التعاقدية

على الرغم من أنّ النظام العام يعبر عن مجموعة القواعد والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان مجتمع معين في وقت محدد، بحيث لا يمكن استبعادها أو تغييرها[109]، والتي تعتبر ضرورية لبقاء المجتمع واستقراره، وأي خلل في هذه الأسس من شأنه تهديد كيان المجتمع بأسره. لذا نجد بعض تطبيقات فكرة النظام العام كحد للحرية التعاقدية في مجال كل من القانون الاجتماعي(أولاً) والقانون المدني(ثانياً) .

106 – **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مرجع سابق، ص 399-400.

107 -**CAPITANT Henri**, Introduction à l' étude de droit civil (notions générales), Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, Paris, 1898, p.33.

108 – **عليان عدة**، مرجع سابق، ص33-34.

109 –**CAPITANT Henri**, *op.cit*, p.26.

أولاً- في مجال القانون الاجتماعي

يراد بالقانون الاجتماعي مجموع القواعد القانونية المطبّقة على العلاقات الفردية و الجماعية الناشئة بين العمال ومن يشتغلون تحت سلطتهم (أي أصحاب العمل) عن، فضلاً القواعد التي تحكم الضمان الاجتماعي. وسنقتصر هاهنا على تطبيق فكرة النظام العام في مجال قانون العمل(أ) وفي مجال قانون التأمين(ب).

أ- في مجال قانون العمل

يقصد بقانون العمل مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة بين العمال وأرباب العمل أو أصحاب العمل كعقد العمل والتسريح التعسفي...الخ. وقد نظمها المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[110]، وتمثل قواعد قانون العمل بطبيعتها ضمانات تشريعية للعامل كطرف ضعيف في علاقة العمل مما يستوجب إفراغها في قواعد آمرة تحد من سلطة أرباب العمل في التلاعب بحقوق العمال التي جاءت نتيجة لنضال قرون من الزمن وبتضحيات وثورات ولذلك صارت حقوقهم من النظام العام الاجتماعي.

كما يعدّ من النظام العام القيود المقيّدة من حرية الطرفين سواء تعلّق الأمر بعقد مكتوب أو غير مكتوب لأنّها تشكل قواعد قانونية آمرة من النّظام العام الاجتماعي كالتّنازل عن العطلة.

ب- في مجال قانون التأمين

يُعتبر قانون التأمين أحد فروع القانون المدني الذي أصبح يكتسي أهمية كبيرة في الحياة المعاصرة، ولذلك تشريع قانون خاص به في كل دوّل العالم من أجل تنظيم هذا

110 - قانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17 ، صادرة في 25 أبريل 1990.

النشاط. وقد نظّم المشرع الجزائري التأمين بموجب الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدّل والمتمم[111].

ونظراً لحيوية قواعد التأمين الاجتماعي وتعلقها بالنفع العام والمصالح الجوهرية للجماعة فإنها جلّها قواعد آمرة تتعلّق بالنّظام العام، خاصة وأنّ هذا القانون يرتبط بحماية الطبقات الضعيفة داخل المجتمع وتحقيق عدالة التّوزيع فيه وبقيامه بهذا الدور هو الذي جعل من قواعده آمرة مما يترتّب عليه عدم جواز الاتّفاق على ما يخالف أحكامه، فالمستفيد من التأمين لا يمكنه التنازل عن حق أو ميزة تقرّرها له هذه التشريعات وإلاّ اعتبر مخالفة غير مباشرة للقانون[112].

ثانياً- في مجال القانون المدني

يُقصد بالقانون المدني مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الفرد بأسرته وكذلك علاقات الفرد المالية، فتُسمّى المسائل المتعلقة بحالة الشخص وعلاقته بأسرته بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنّسب والحالة المدنيّة للشخص، وتُسمّى المسائل المتعلقة بالأموال بالأحوال العينيّة[113]. ففي معظم بلاد العالم يحوي القانون المدني بين دفتيه كلا من الأحوال العينيّة والأحوال الشّخصيّة، أمّا القانون الجزائري وعلى غرار كافة قوانين الدول الإسلامية فقد اكتسبت الأحوال الشخصية معنى خاصاً ابتداءً من سنة 1984، ونُظّمت بقانون خاص يُسمّى بقانون الأسرة. وبالتالي أصبح كلّ ما يتعلق بأحوال الشخص الشخصية كالزّواج والطلاق والميراث والنّسب...الخ يخضع لقانون الأسرة[114].

---

111 - أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق التأمينات، ج.ر عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995، معدّل ومتمم بقانون رقم 06-04، مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15، صادرة في 12 مارس 2006.

112 -**عليان بوزيان**، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006، ص 102-103.

113 - **فيلالي علي**، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص.114.

114 - قانون رقم 84-11 مؤرخ في09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، صادرة في12 جوان 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادرة في

ولما كانت العقود المدنية تنصبّ على المعاملات الماليّة، فإنه سنحاول أن نبيّن مدى تطبيق فكرة النظام العام في مجال الأحوال العينيّة(أ) وفي الأخير في مجال القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة المدنية (ب).

أ – في مجال الأحوال العينية (المعاملات المالية)

الأصل أنه متى كانت روابط المعاملات المالية محققة لمصلحة عامة فإنّها تعتبر من النظام العام، ولما كان من المستحيل على المشرع وضع قائمة جامعة مانعة لكل ما يعتبر مخالفا للنظام العام فقد جاء بقاعدة عامة مقتضاها أنّ العقد باطل إذا كان محل الالتزام وسببه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، إذ نصت المادة 93 من القانون المدني على أنه: " ***إذا كان محل الالتزام ....مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا*** "، وكذلك نصت المادة 97 من ذات القانون على أنه: " ***إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً*** ".

وترتيباً لما سبق، فإنّ القانون لا يعتد ويجعل كل عقد باطل بطلاناً مطلقاً متى كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة. ومن هنا لا يتمتع المتعاقدين بالحرية في الاتفاق على ما يخالف النظام العام.

ب– القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة المدنية

من أمثلتها ضمانات حماية المتعاقد بصدد عقود الاذعان من الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي طبقا للمادة 110 من ق.م.ج.

وتجدر ملاحظة أنّ ما يحرمه القانون بنص ليس وحده الذي يمسّ النظام العام والآداب، فقد أدّى اتّساع وظائف الدولة في العصر الحديث إلى توسيع نطاق النظام العام، ومن هنا كانت المصلحة العامة الاقتصادية من بين الأسس التي يقوم عليها النظام العام الجزائري والتي يجب على القاضي مراعاتها عند تقدير مشروعية الاتفاقات الفردية، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيّد بالنّظم والآداب السائدة في مجتمعه، ومن ثم كان

فبراير 2005.

الفصل في مسألة النّظام العام والآداب العامة مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، فالقاضي يكاد يكون مشرّعاً في هذا النطاق[115].

المطلب الثاني

القـــــواعد الآمـــرة
ومحدودية الحرية التعاقدية

يعتبر القانون أحد الأساسيات التي ترتبط بوجود المجتمع فهو الذي يعمل على تحديد حقوق أي شخص والتزاماته، حيث يضع الجزاء وكيفية تطبيقه من قبل السلطة العامة على كل من يخالف القواعد التي وضعت لذلك، ويراد به عموماً مجموعة القواعد المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم وتقترن بجزاء يوقع على من يخالفها"[116]. ويحتوي القانون في مجمله على مجموعة من القواعد القانونية، من أهمها القواعد الآمرة لأنها تحد من الحرية التعاقدية. وعلى هذا الأساس، فإنه سنحاول في مرحلة أولى تعريف هذه القواعد وكذا بيان معيار التعرّف عليها (الفرع الأوّل)، ثمّ ننتقل في مرحلة ثانية إلى اعطاء أمثلة عنها في مجال العقود (الفرع الثانّي).

الفرع الأوّل

تعريف القواعد الآمرة
ومعايير التعرّف عليها

تنقسم القواعد القانونية من حيث درجة أو قوة الالزام إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة، ولما كانت القواعد الآمرة هي محور اهتمامنا كونها هي التي تحد من الحرية التعاقدية سنكتفي بتقديم تعريف لها (أولاً)، غير أنه مادام هناك أيضا قواعد مكملة كان لزاماً علينا تحديد معايير التمييز بينهما (ثانياً).

---

115 – **عليان بوزيان**، مرجع سابق، ص 118–119.

116 – **مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم**، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1998 ، ص18.

أولاً- تعريف القواعد الآمرة

يُقصد بالقواعد الآمرة القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، فما عليهم في مواجهتها سوى الانصياع لأوامرها واجتناب نواهيها، فإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرّفهم باطلاً ولا يُعتدّ به قانوناً، ومن أمثلة القواعد الآمرة القاعدة التي تحرم ارتكاب الجرائم[117]، وكذلك المادة 02/92 من ق.م.ج التي أكدت أنّ التعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه.

كما يُقصد بالقواعد المكملة تلك التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين ولكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، أو هي تلك القواعد التي تسري على الأفراد ما لم يتفق على مخالفة أحكامها، أو هي تلك القواعد التي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إتّباع حكم آخر يخالف الحكم الذي أشارت إليه تلك القاعدة كما يعرّفها آخرون بأنّها تلك القواعد التي تهدف إلى تنظيم مصالح فردية للأشخاص فقط في الحالات التي يكون هؤلاء الأفراد غير قادرين على تنظيم علاقتهم بأنفسهم.

حيث أن القواعد المكملة يجوز الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية المكملة لا يعني أن تتحول هذه القواعد إلى قواعد اختيارية موجهة للأفراد على سبيل النصح وإنما هي قواعد قانونية بمعنى الكلمة، لها صفة الإلزام التي تميز قواعد القانون عن قواعد الأخلاق[118].

ثانياً- معيار التعرّف على القواعد الآمرة

بناءً عن الأهمية البالغة بين القواعد الآمرة والمكملة وجب التفريق بين القاعدتين لمعرفة متى تعتبر القاعدة آمرة ومتى تكون مكملة وذلك وفقا لمعيارين هما المعيار المادي أو ما يسمى بالمعيار اللفظي(أ) والمعيار المعنوي (ب).

117 - **حمدي عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 155-156.

118 - **بوكرزازة أحمد**، " القواعد الآمرة والقواعد المكملة، التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق"، *مجلة العلوم الإنسانية*، عدد 39، 2013، ص 204-205.

أ- المعيار المادي أو اللفظي

يقوم المعيار اللفظي على أساس الرجوع إلى العبارات من النصوص القانونية للكشف عن كون القاعدة القانونية آمرة أو مكملة، فقد يفصح المشرع عن نوع القاعدة بأن يلحق بها عبارات تفيد المعنى وفي الأمثلة عن ذلك أن يذكر عن النص التشريعي أن كل مخالفة لمضمون مادة معينة تعتبر باطلة، أو ينص على أنّ كلّ اتفاق على ما يخالف النص غير جائز وهنا أفصح المشرع عن القاعدة القانونية آمرة بأن قرّر أن كل اتفاق يخالف ما جاء بها يعتبر باطلا ولا يعتدّ به.

وعلى العكس؛ قد يفصح النص بعبارة أن القاعدة ليست بقاعدة آمرة وإنّما مجرد قاعدة مكمّلة، فقد ينص المشرّع صراحة على جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية المكمّلة.

غير أنّ المشرّع لا يفصح عن إرادته بهذه الصراحة في كافة النصوص القانونية، فقد تأتي صياغة القاعدة القانونية خالية مما يفيد كونها قاعدة آمرة أو مكمّلة، ففي مثل هذه الحالات تبقى مشكلة معيار التفرقة قائمة، لذلك اتّجه الفقه والقضاء إلى معيار آخر وهو المعيار المعنوي الذي يقوم على البحث في معنى القاعدة القانونية[119].

ب- المعيار المعنوي

يكون معيار التفرقة معنوياً إذا كان ضابط التفرقة لا يوجد في الألفاظ التي صيغت بها القاعدة القانونية ولكن في مضمون الخطاب الذي تتضمنه القاعدة وطبيعة العلاقة التي ينظمها كتعلق هذه العلاقة أو ذلك المضمون بمصلحة المجتمع أو بالنظام العام، فإذا أفاد معنى النص أو مضمونه أنه يتضمن قاعدة لا يصح الاتفاق على خلافها نظرا لأنها تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية كانت القاعدة آمرة، ذلك لأنه كان النظام العام هو مجال القوانين الآمرة.

119 - **حمدي عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص 158-159.

أما إذا كان النص ينظم علاقة خاصة بين الأفراد وليس فيها مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية فإنّ القاعدة تكون مكملة أو مفسرة لأنّ موضوعها لا يستوجب عدم إمكان الاتفاق على خلافها[120].

الفرع الثاني

بعض تطبيقات القواعد الآمرة
المقيدة للحرية التعاقدية في بعض العقود

لا تعطي القواعد الآمرة للأشخاص الحرية للاتفاق على مخالفتها. لذا فإذا أراد المشرع أن ينظم السلوك الاجتماعي بشكل يفرض حكمه ولا يترك للأفراد حرية الاتفاق على تنظيم مخالف، فإنّ ذلك لن يكون إلاّ عن طريق القواعد القانونية الآمرة، وأمّا إذا أراد أن يترك للأفراد حرية الاتفاق على تنظيم للعلاقة بشكل يختلف عن التنظيم الوارد في القانون، عندئذ يكون ذلك بموجب القواعد القانونية المكملة. وتمثل القواعد الآمرة النشاط المحكوم إلزامياً بسلطان القانون، فالمشرع يفرض بعض السلوكات بالأمر أو النهي، فضلاً عن ذلك فإن هذه القواعد تمثل إرادة المجتمع العليا حول هذا السلوك، فيتأثر النظام العام مباشرة بمجرد مخالفة الأشخاص لها، لذلك يترتب عن مخالفتها البطلان المطلق، فيكون التصرف خلاف القاعدة الآمرة منعدم الأثر وكأنه لم يكن من الناحية القانونية. في حين يكون التصرف المخالف للقاعدة المكملة صحيحاً متى رُوعيت الشروط القانونية للاتفاق المخالف[121].

وترتيباً لما سبق، سنحاول تبيان بعض تطبيقات للقواعد الآمرة في بعض العقود من بينها عقد التامين(أولاً) وعقد القرض الاستهلاكي(ثانياً).

أولاً – في عقد التأمين

يقصد بالتأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد

120 – **بوكرزازة أحمد** ، مرجع سابق، ص 211–212.

121 – **بوكرزازة أحمد**، مرجع نفسه، ص 203–204.

الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن[122].

واشترط المشرع الجزائري أن يكون عقد التأمين مكتوباً، وفقا لنص المادة 7 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدّل والمتمم التي تنص على أنه: "يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين، وعنوانهما،الشيء أو الشخص المؤمن عليه،طبيعة المخاطر المضمونة ،تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان،مبلغ قسط أو اشتراك التأمين. وأي اتفاق يخالف هذه المادة يكون العقد باطلا لأنها قاعدة آمرة.

كما أكدت المادة 622 من ق.م.ج أنه يكون باطلا في وثيقة التأمين كل شرط يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين او النظم، إلاّ إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية، وكذلك باطل كل شرط يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أنّ التأخر كان لعذر مقبول.كما يعد باطلا كذلك كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، وعموما يعدّ باطلا كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه[123].

ثانيا- في عقد القرض الاستهلاكي

قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في

122 – المادة 619 من ق.م.ج.

123 – أُنظر المادة 622 من ق.م.ج.

النوع والقدر والصفة[124]. وقد اعتبرت 454 من ق.م.ج أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، فمثل هذه القاعدة هي قاعدة آمرة.

وهذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1994/04/20[125]، حيث جاء فيه:" *ولما كان من الثابت–في قضية الحال–أنّ الاتفاق على تحديد فائدة أوأجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل.فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين، يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده...*".

المطلب الثالث

الحقوق والحريات العامة
كقيد للحرية التعاقدية

تعتبر الحقوق والحريات دعائم لسيادة القانون، وقد تطرق إليها المشرع الجزائري في جميع الدساتير التي عرفتها الجمهورية الجزائرية[126]،أين قام بتعزيز الحقوق والحريات العامة بضمان المزيد منها ومن هنا سنحاول اعطاء تعريف لمعنى الحقوق (الفرع الأول) وتعريف الحريات العامة (الفرع الثاني) و تبيان موقف المشرع الجزائري منها من خلال دستوره (الفرع الثالث).

124 – المادة 450 من ق.م.ج.

125 – قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1994/04/20، رقم 106745، *المجلة القضائية*، عدد 02، ص22.

126 – عرفت الجزائر عدة دساتير ابتداء من دستور 1963 ثم دستور 1976 ثم دستور1989 ثم دستور 1996 وفي الأخير دستور 2020 . للاطلاع على أحكام الدستور الأخير انظر: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20–442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن إصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر عدد 82 لتاريخ 30 ديسمبر 2020.

الفرع الأوّل

تعريف الحقوق

اختلف فقهاء القانون حول تعريف الحق، فقد عرفته عدة نظريات منها النظرية الشخصية التي نظرت إلى أشخاص الحق (أي أطرافه) عرفت الحق هو سلطة أو قدرة يخولها القانون لشخص من الأشخاص ويرسم حدودها، ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني سافيتي، أي الحق هو السلطة الإرادية المخولة لصاحبها، أما النظرية الموضوعية التي نظرت إلى محل الحق والغرض منه، عرفت الحق هو مصلحة مشروعة محمية قانونا، فجوهر الحق هو المصلحة لا الإرادة، ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني أهرنج، أما رأي أنصار النظرية المختلطة فيرى أن الحق هو المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها إرادة معينة، أما النظرية الحديثة فقد نظرت إلى الحماية القانونية لا إلى أشخاص القانون أو محله ورأي الفقيه البلجيكي دابان وهو ممثل هذه النظرية أن الحق هو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية، بمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به بصفته مالكاً أو مستحقاً.

أمّا التعريف الجامع والمانع للحق أنه الحرية التي يحميها القانون ويكفلها لمصلحة شرعية، بطرق قانونية بمقتضاها يتصرف الشخص مالكا لها أو مستحقا[127].

الفرع الثاني

تعريف الحريات العامة

هناك تعريفات فقهية عديدة لكلمة " الحرية "، حيث يختلف كل تعريف باختلاف الزمان والمكان والنظام السائد والمستوى الحضاري لكل مجتمع، إذ هناك من عرفها على

127 - www. Abu.iq / research / articles / 13551 (vu le 210/06/2020, 19 :51).

أنها: " هي ما يميز الإنسان عن غيره، ويتمكن بها عن ممارسة أفعاله وأقواله وتصرفاته بإرادة واختيار، من غير قسر ولا إكراه، ولكن ضمن حدود معينة "[128].

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن تعرض لهذه المسألة في مادته الرابعة (04)، بحيث اعتبر أن " الحرية تتمثل في استطاعة فعل كل ما لا يضر بالآخرين: بحيث أن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا حدود لها إلا التي تؤمن لأعضاء المجتمع الآخرين الاستمتاع بنفس تلك الحقوق، هذه الحدود لا يمكن تعريفها إلا عن طريق القانون[129].

الفرع الثالث

الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور الجزائري كحد للحرية التعاقدية

لم يرد أيّ نص قانوني صريح في القانون الجزائري يعرف الحرية، لكن نجد أن المشرع الدستوري الجزائري بالرغم من أنه أدرج الحريات العامة في متن الدستور إلا أنه أشار إلى مصطلح الحرية في ديباجة جميع الدساتير التي عرفتها الجمهورية منذ الاستقلال، مغلبا عليها في المضمون الطابع التاريخي، الفلسفي، الديني والتحرري.[130]

128 – **وهبة الزحيلي**، حق الحرية في العالم، الطبعة الرابعة، دار الفكر،بيروت، لبنان، دار الفكر دمشق، سوريا، 2007، ص 39.

129- Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et de citoyen de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

130– **رابح سانة**، محاضرات في الحريات العامة، المركز الجامعي نور البشير، البيض، 2016/2015، ص 7.

والحقوق الأساسية والحريات العامة منصوص عليها في الفصل الأول تحت عنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة " من الباب الثاني تحت " عنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات." وذلك في المواد من 34 إلى 77 من الدستور 2020[131].

والملاحظ أن هذا الدستور اهتم بالحريات والحقوق الأساسية بشكل أكثر تفصيلا وتوسعا من سابقيه، حيث تضمن المزيد من الحقوق والحريات مواطنين ودسترة العدالة الاجتماعية[132].

وبما أنّ الحريات والحقوق تعتبر ركائز دولة القانون وهي محمية دستوريّا فإنّ أيّ اتفاق بين الأطراف يخالف هذه الحقوق والحريات ويمسها يعود تجاوزا لها ويقع باطل كل اتفاق يخالفها.

فبالرغم من منح الأفراد حرية إنشاء وإبرام ما يشاءون من العقود واعتبار العقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذه الحرية غير مطلقة إذ يجب على الأطراف مراعاة هذه الحقوق والحريات واحترامها أثناء إبرامهم للعقود حتى لا يخالف هذه الأخيرة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، فعلى سبيل نص المادة 66 من الدستور 2016 التي بيّنت أن للعامل حق تقاضي الأجر، والحصول على عطل وحقه في الضمان الاجتماعي وأنه أي اتفاق يخالف ذلك يكون باطلا، فهذه المادة تشكّل قيدا على الحرية التعاقدية، فللقاضي سلطة تعديل أيّ عقد عمل يخالف المادة 66 المذكورة في الدستور.

كذلك المادة 38 التي تنص على الحق في الحياة، فأيّ اتفاق يمسّ بحياة أي شخص يُعدّ باطلا.[133]

وكذلك نص المادة 61 على أن "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة تمارس في إطار القانون"، أي أن الأطراف المتعاقدة في التجارة بالرغم من منح لهم حرية

131 – دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20–442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن إصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر عدد 82 ، صادرة في 30 ديسمبر 2020.

132 – **مبروك عبد النور**، "حقوق الإنسان والحريات العامة في الدساتير الجزائرية المتعاقبة"، *مجلة الرسالة للدراسات للبحوث الإنسانية*، مجلد 5، عدد 3، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 88.

133 – أنظر المادتين 66 و38 من دستور 2020.

التعاقد في إطار التجارة والاستثمار والمقاولة إلاّ أنّ ذلك يكون في حدود القانون وبالتالي يحقّ للقاضي التّدخل في حالة مخالفة العقد للمادة 61 المكرّسة دستوريّا فهذه المادة تمثّل كذلك قيدا على الحرية التعاقديّة.

المبحث الثاني

سلطات القاضي في تقييد الحرية التعاقدية عبر جميع مراحل العقد

إذا كانت الإرادة موجودة وجادة وقاصدة لإحداث أثر قانوني، فإنّها لابد أن تكون صالحة لكي تنتج أثرها متى عبر عنها تعبيراً صريحاً أو ضمنياً، وللإرادة سلطان أكبر في المجال التعاقدي، بالنظر لتمتعها بحرية الدخول في العلاقات التعاقدية بما في ذلك إنشاء العقود وتحديد آثارها وكذا تعديل أو إنهاء هذه العلاقة بعد إبرامها، والأصل أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إنشاء العلاقة بإبرام العقد طبقا لما تقتضيه حرية التعاقد[134].

إلا أنّه ونظرا لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة وبصفة استثنائية عن الأصل، أجاز المشرع الجزائري للقاضي سلطة مراقبة وفرض التزامات على الأطراف في العقد في حال وجود خلل في توازن العلاقات العقدية وذلك في جميع مراحل العقد[135]، فسلطات القاضي أي دوره يظهر عبر جميع مراحل العقد سواء المرحلة السابقة على التعاقد(المطلب الأوّل) أو في المرحلة التي يتكوّن فيها العقد (المطلب الثانّي) أو في مرحلة تنفيذه (المطلب الثالث) .

134 – **حساين حميدة**، تعديل عقد العمل بين حرية التعاقد ومقتضيات القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه طور ثالث (ل.م.د) في القانون، تخصص القانون الاجتماعي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2018، ص12.

135 – **بوداود خليفة وبوزيان السعيد**، دور القاضي في اعادة التوازن المالي للعقد،مذكرة ماستر أكاديمي،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة،2018/2017 ،ص4.

المطلب الأوّل

سلطات القاضي في تعديل العقد

في المرحلة السابقة على التعاقد

لم يول الفقه اهتماما كبيرا للمرحلة السابقة على التعاقد في ظل النظرية التقليدية للعقد حيث عادة ما اعتبرت هذه المرحلة ملك خاص للأطراف، وأن العقد لا يرتب في الحقيقة آثاره في هذه المرحلة، غير أنه في الآونة الأخيرة عرفت تطورا في هذا الشأن، كما تيقن أن نجاعة العقد عند التنفيذ تتحدد بالطريقة التي تمت فيها المفاوضات[136].

ويُقصد بالمفاوضات طريقة تبادل الأطراف الاقتراحات والمساومات بهدف التّعرّف على العقد المراد إبرامه ويسفر عن هذه المفاوضات حدود والتزامات كل طرف[137].

وتعتبر المفاوضات أهمّ فترات مرحلة ما قبل التعاقد وأكثرها خطورة لأنّ فيها يتمّ تحديد أهمّ ومعظم حقوق والتزامات طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية وتنشأ هذه المفاوضات نتيجة رغبة الأطراف في التعاقد.[138]

وبذلك أصبحت المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهميّة من النّاحية القضائيّة، فقد يتدخّل القاضي بدور إنشائي (الفرع الأوّل) أو من أجل مراقبة سلوك المتعاقدين (الفرع الثانّي).

---

136 –**عثماني بلال**، " القاضي طرف جديد في العقد"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 15، عدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 431.

137 – **دحداح سهيلة ورزقي ليلى**، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012، ص4.

138 – **جيلالي محمد، بن عمارة محمد**، "دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري"، *مجلة صوت القانون*، المجلد 7،عدد 3 ،2021 ، ص 1210.

الفرع الأول

التدخل الإنشائي للقاضي

يتمثّل التّدخل الإنشائيّ للقاضي في المرحلة السابقة على التعاقد في صورتين أساسيتين، تارة يتمّ اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي (أولاً)، أو عن طريق فرض التزامات جديدة على أطراف لم يتفقوا عليها مسبقا (ثانياً).

أولاً- اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي

يجد هذا الطرح تكريساً في نص المادة 72 من ق.م.ج المتعلقة بالوعد بالتعاقد[139]. وكذلك ما ذهبت إليه المادة 803 من القانون المدني التي قضت بأنه: " *يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري*". ففي كلتا الحالتين، منح المشرع للحكم الفاصل في النزاع أثر وجود العقد، حيث يترتب عن صدور الحكم نفس الأثر المترتب عن إبرام العقد، رغم اعتبار أغلبية الفقه أن الحكم الصادر بالنسبة للوعد بالتعاقد هو حكم كاشف لاتفاق سابق بين الطرفين وليس منشئا، في حين أن الأمر مختلف في حالة أو القرار النهائي الصادر بمنح الشفيع الحق في الشفعة فهو ينشئ انتقال ملكية العقار من المالك الأصلي إلى الشفيع[140].

ثانياً- فرض التزامات جديدة على الأطراف

كان للالتزام بحسن النية الأثر الواضح في فرض العديد من الالتزامات التعاقدية من طرف القضاء، ولعل أبرزها الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي الذي سنحاول في مرحلة اولى تقديم تعريف له(أ) ثم في مرحلة ثانية تبيان موقف القانون المدني الجزائري منه وجزاء الاخلال به (ب).

---

139 – تنص المادة 72 من ق.م.ج على أنه: " *إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طلبا بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد*".

140 – **عثماني بلال**، "القاضي طرف جديد في العقد"، مرجع سابق، ص 431-432.

أ- تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي

عرّف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من طرف الأستاذ حسن حسين البرناوي بأنه التزام عام سابق على التعاقد يتحدد محله بقيام المدين بهذا الالتزام بإخطار الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء تعلقت هذه البيانات بالشروط التي يتم التعاقد عليها أو بأوصاف الشيء محل التعاقد.[141]

ب- موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي

لم يرد نص صريح في القانون المدني الجزائري يفرض الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد، وهذا خلافاً للمشرع الفرنسي الذي اعترف صراحة بوجود التزام عام بالإعلام بعد التعديل الذي طرأ على القانون المدني سنة 2016 [142]، وذلك من خلال المادة 1112-1 في فقرتها الأولى والثانية من القانون المدني المعدّل سنة 2016 [143]. غير أنّ الالتزام بالإعلام حسب التشريع الجزائري يستند إلى نظرية عيوب الرضا، وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد[144].

وهذا ما تقضي به المادة 2/86 من ق.م.ج: " *ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة*".

141 – نقلا عن **حاتم مولود**، "ادراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري"، *المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية* ، مجلد 03، عدد 02، 2019، ص 76.

142 – وتجدر الإشارة إلى أنه يعتبر التوجه الأوروبي 83/2011 النص المرجع للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي.

143- Article 1112-1 du code civil français dispose que*: « Celle des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lieu direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. »*

144 – **عبد المجيد قادري و مراد عمراني**، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، *مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية*، مجلد04، عدد 02، 2019، ص 795.

والسياق نفسه ذهبت إليه المادة 17 من القانون 09-03، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حينما ألزمت كل متدخل بأن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يطرحه[145]. والالتزام نفسه أكّده المشرّع الجزائري بمقتضى المادتين 04 و08 من القانون 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[146].

ولم ينص كذلك القانون المدني الجزائري على جزاء الإخلال بالالتزامات ما قبل التعاقد، وهذا يعني الرجوع للقواعد العامة للبطلان ومحاولة صياغة جزاء يتناسب مع طبيعة المصلحة التي يرمي المشرع إلى حمايتها من خلال سنه لهذه الالتزامات. وبما أن الهدف من النص على الالتزامات ما قبل التعاقد هو حماية الطرف الضعيف من تعسف المتعاقد المحترف، ومن ثم فهذه الالتزامات تقررت لحماية المصلحة الخاصة مما يعني أنّ الجزاء المترتب على الإخلال بها هو البطلان النسبي. وطلب إبطال العقد إما بإثبات شروط الكتمان التدليس أو وقوع الدائن في غلط جوهري عملا بالمواد 81 و86 من ق.م.ج.

ويمكن أن يكون البطلان النسبي هو الأكثر ملائمة للغاية التي يقصدها المشرع الفرنسي من النص على الالتزامات ما قبل التعاقد، بفرض حماية المتعاقد المبتدئ باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية، لذلك فعدم الوفاء بهذه الالتزامات قد يؤدي إلى المساس بمصلحة المتعاقد والتي هي مصلحة خاصة. وعليه يجوز للدائن طلب إبطال العقد بسبب إخلال المدين بالتزامه بالإعلام إذا تمكن من إثبات شروط الكتمان التدليسي أو لغلط.

145 – جاء في المادة 17 من القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15، صادرة في 08 مارس 2009 معدل ومتمم بالقانون 18-09 مؤرخ في 10 يونيو 2018،ج ر عدد 35، صادرة في 13 يونيو 2018 أنه: *"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".*

146 – أُنظر القانون رقم04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41، صادرة في 27 أفريل 2004، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر عدد 46، صادرة في 18 أوت 2010.

وقد أخذ المشرّع الفرنسي بمجال الأخذ بالغلط كسبب لإبطال العقد إذ يشمل حتى الغلط الناتج عن ضعف المستوى في حالة وقوعه في طبيعة العملية المراد تنفيذها، والذي غالبا يقع في محتوى العقد ما يتيح الإمكانية لوقوع هذا النوع من الغلط من الطرف الذي يكون أقل دراية من المتعاقد الآخر[147]، وهذا ما كرسته المادة 1112-1 في الفقرة الأخيرة من الأمر 2016-131 المتضمن القانون المدني الفرنسي[148].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في مراقبة سلوك المتعاقدين

أصبح الالتزام بحسن النية أداة أساسية لمراقبة سلوك المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد إذ أصبح القاضي يراقب مدى مطابقة تصرفات المتعاقدين في المفاوضات لمقتضيات النزاهة والثقة الواجبة، وتوقيع الجزاء على أي انحراف في السلوك(أولاً) ، سيما عند قيام أحد المتعاقدين بقطع المفاوضات (ثانياً).

أولاً- توقيع الجزاء في حالة الانحراف في السلوك

يجوز للقاضي التدخل من أجل توقيع الجزاء على الطرف الذي يخرج بسلوكه عن الثقة التي يضعها فيه الطرف الآخر، حيث استعمل معيار الثقة المشروعة لقياس مدى خروج المتعاقد بتصرفه عن النزاهة، وبالتالي لا يجوز للمتعاقد الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها إذا لم تكن له نيّة فعليّة في التعاقد. فالمفاوضات تفرض على المتعاقدين ضرورة التعاون مثلما أشار إليه جانب من الفقه، وذلك ببذل الجهد المناسب من أجل جعل كل الفرص قائمة لإبرام العقد، وبمفهوم المخالفة الامتناع عن أي تصرف من شأنه عرقلة المفاوضات، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بالتعويض على المتعاقد الذي خالف بسلوكه مقتضيات النيّة.

147 - **حاتم مولود**، مرجع سابق، ص83-82.

148- Article 1112-1 du code civil français dispose dans son dernier paragraphe que: « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entrainer l'annulation du contrat dans les condition prévues aux articles 1130 et suivants* »

ثانياً- المراقبة القضائية في حالة قطع المفاوضات

الأصل أنه من حق أي متعاقد قطع المفاوضات مع المتعاقد الآخر وبكل حرية طالما لم يتوصلا إلى اتفاق، هذا الحق يجد تفسيره في الحرية التعاقدية، كان مطلقا لمدة طويلة، غير أن حسن النيّة فرضت في الآونة الأخيرة ضرورة عدم التعسف في قطع المفاوضات تحت طائلة المسؤولية المدنية[149].

المطلب الثانّي

سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه

منح المشرع الجزائري، امتياز للقاضي بموجب القانون سلطة تعديل أو إنهاء أو مراجعة العقد وتكون مهمة القاضي في مرحلة تكوين العقد وقائية هامة، لأن المتعاقدين سيبرمان عقد، لكن يبقى دور القاضي محدد، أي لا يتدخل إلا عند وجود تفاوت فادح في التزامات أحد الطرفين[150]، والتي تتمثّل في حالات وجود الغبن (الفرع الأوّل) والاستغلال (الفرع الثانّي) وكذا الشروط التعسفيّة في عقود الإذعان (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

حالة وجود الغبن

الأصل أن يكون هناك تناسب بينها، فإذا ما اختل التوازن بالشكل الذي يجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة، مما يوقع احد المتعاقدين في الغبن، تعين على القاضي التدخل لرفع الغبن عن العقد. وقد نظم المشرّع الجزائري حالات الغبن في مواد متفرّقة من

149 – يرى الأستاذ "Jaques GHESTIN" أنّ أساس مسؤولية المتعاقد عن قطعه للمفاوضات هو فكرة التعسف في استعمال الحق، وهذا ما تبناه أيضاً القضاء الفرنسي. نقلاً عن: **عثماني بلال**، "القاضي طرف جديد في العقد "، مرجع سابق، ص433-434.

150 – **ربيعة ناصري**، " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري"، *مجلة القانون العقاري والبيئة*، مجلد 9، عدد 1، 2021، ص119.

ق.م.ج[151]. ويقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، أي عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد، وما يأخذه، فهو الخسارة التي تلحق بأحد العاقدين في ذلك العقد، فالغبن يمثّل المظهر المادي للاستغلال ذلك أنه عيب في محل العقد، لا في الإرادة[152]. ومن هنا يبرز دور القاضي في التحقّق من توفّر شروط الغبن (أولاً)، وتبيان آثار تدخّل القاضي في حال تحقّق الغبن في العقد(ثانياً) .

أولاً- دور القاضي في التحقق من مدى توافر حالات وشروط الغبن

يتعيّن على القاضي قبل أن يوقع جزاء الغبن على العقد أن يتحقّق من وجود حالة الغبن في العقد ومدى توافر شروطه. وأورد المشرع الجزائري حالات الغبن على سبيل الحصر في القانون المدني، وتتمثل في الغبن في القسمة الرضائية[153]، وكذا في بيع العقار[154]، فالأصل أن تكون القسمة الرضائية عادلة، وإذا أثبت أحد المتعاقدين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس (5/1) جاز للقاضي التدخل بناءً على طلب من الطرف المغبون، مع شرط رفع دعوى الغبن خلال السنة التالية للقسمة، وكذلك في بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس 5/1 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس5/1 ثمن المثل مع شرط رفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع[155].

ثانياً- آثار تدخل القاضي في حالة تحقق الغبن.

يتمتع القاضي بنشاط تقديري واسع بصدد توقيع الجزاء المناسب والمترتب على ثبوت الغبن فهو، عندما يمارس نشاطه التقديري من خلال نص القانون فإنه عندما يثبت لديه وجود اختلال فادح كون تبيّن أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد

---

151 – تنص المادة 91 من ق.م.ج على أنه: "*يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود*".

152 – **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص 5.

153 – المادة 732 من ق.م.ج.

154 – أنظر المادة 358 من ق.م.ج.

155 – أنظر المادة 359 من ق.م.ج.

الآخر قد استغلّ فيه طيشا بيّنًا أو هوى جامح جاز للقاضي ابطال العقد او الانتقاص من التزامات المتعاقد المغبون. وفق ما توضحه المادة 90 من ق.م.ج حينما قضت بأنه: "*يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد*".

الفرع الثاني

حالة وجود الاستغلال

تتقيد الإرادة بإعمال نظرية الاستغلال، ذلك ان مقتضيات العدالة تقتضي حماية المتعاقد الذي وقع في هذا الاستغلال.ويقصد به استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو غير العوض[156]. ويتدخّل القاضي بناءً على طلب الطرف المستغل، عندئذ يتعيّن على القاضي التحقق من توافر الاستغلال في العقد (أولاً)، فإذا ما تبين له ذلك صدر حكما إما ببطلان العقد أو بإنقاص الالتزامات (ثانياً).

أولاً- دور القاضي في التحقق من مدى توفر الاستغلال

يتعيّن على القاضي في مرحلة أولى أن يتحقّق من توافر عناصر وشروط الاستغلال في العقد والمتمثلة في عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد وبين ما أعطاه، ويشترط المشرع أن يكون عدم التعادل فادحا. وهذه المسألة متروكة للقاضي الذي يقدّرها حسب ظروف الحال والمألوف في التعامل[157].وهو عنصر مزدوج يقوم في جانب كلا الطرفين، فهو بالنسبة لأحد الطرفين ضعف نفسي، وبالنسبة للطرف الآخر الاستفادة

156 – **حليس لخضر**، مرجع سابق، ص121.

157 – **بن عزوز بن صابر**، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الثاني، (نشأة علاقة العمل الفردية والآثار المترتبة عنها)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 69.

من هذا الضعف، وضعف أحد الطرفين لابد أن يكون واحد من أمرين، "طيش بين" أو "هوى جامح"[158].

ويستخلص القاضي شروط الاستغلال من نص المادة 90 .ق. م. ج، والمتمثّلة في اختلال التعادل بين التزامات المتعاقدين اختلالاً فادحاً، وتقدير ذلك يكون على أساس القيمة الشخصية للالتزامات المتقابلة وليس قيمتها الاقتصادية، بحيث يتمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة[159]. ويتعيّن على القاضي أن يتأكّد بأنّ المتعاقد قد تعاقد تحت تأثير الطيش البيّن أو الهوى الجامح، أو أن الهوى أو ذلك الطيش هو الدافع للتعاقد، ولابد من ناحية أخرى أن تتوفر لدى الطرف الآخر نيّة الاستفادة من هذا الضعف النفسي، وهو أمر يقتضي أن يكون على علم به، مع ملاحظة أن عدم التعادل الفادح يكون قرينة على توافر هذه النيّة ولا يشترط أن يكون صاحب هذه النيّة هو نفس الشخص، الذي يقيد التصرف، فمثلا حين تدرك الزوجة الشابة مدى هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه أن يهب أخاها مالا معينا فإن العنصر النفسي يتوافر بشقيه[160].

ثانيا– آثار تدخل القاضي في حالة تحقق الاستغلال في العقد

يحكم القاضي عن الاستغلال إمّا بإبطال العقد وإما إنقاص الالتزام حسب الحالة. فإذا أراد للطرف المستغل التخلص من العقد عليه أن يرفع دعوى إبطال العقد، فإذا رأى القاضي أن الاستغلال عاب رضا المتعاقد إلى حد يفسد هذا الرضا وأن المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا الاستغلال، جاز للقاضي أن يستجيب إلى طلبه المتعلق بإبطال العقد.

---

158 – يقصد بالطيش البين تلك الخفة الزائدة، والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر، وعدم الاكتراث بالعواقب، ويشترط في الطيش أن يكون بينا أي واضحا وظاهرا ومثال ذلك الوارث الشاب الذي يريد نقود سريعة فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه، فيشري منه ماله بثمن بخس.أمّا الهوى الجامح، فهو الولع أو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التصرف عاطفيا وبدون إرادة حكيمة ومثال ذلك الشخص الذي يولع بسيارة معينة، فيعرض عليه مالكها ثمنا باهظا فيدفعه. أُنظر **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص.103–104.

159 – **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص11.

160 – **بلحاج العربي**، مرجع سابق، ص131.

وأما إذا أراد المتعاقد الابقاء على العقد يحق للمتعاقد في رفع دعوى إنقاص التزاماته الباهظة، وهذا الأمر موكل لتقدير القاضي وفقا لملابسات القضية وظروفها، فالقاضي هنا له سلطة تقديرية في الحكم بإنقاص التزامات الطرف الذي وقع عليه الاستغلال حتى ولو كانت الدعوى التي رفعها قد طلب فيها إبطال العقد، وذلك إذا قدر القاضي أن الحكم بإنقاص التزاماته يرفع به كل أثر الاستغلال[161].

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تعديل عقود الاذعان

بسبب الشرط التعسفي

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل عقد الاذعان[162] في حال تضمن شرطا تعسفيا طبقا للنص المادة 110 من ق. م.ج، وعليه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك[163].

أولاً– دور القاضي في البحث في مدى توفر شروط تعديل العقد للشرط التعسفي

يتولى تحرير وإملاء عقود الاذعان الموجب –الطرف القوي–الذي يملي شروطه على الطرف الاخر وغالبا ما يدرج في عقد الاذعان شروطا تعسفية يرضخ لها الطرف الضعيف دون مقاومة لحاجته الماسة للخدمة الضرورية فيتدخل القاضي بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها[164].

---

161 – **بوداود خليفة،بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص14.

162 – عرّف الفقه الاذعان على أنه: "*العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدان بوضع شروط العقد، ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش*،" أو هو "*العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب* "، راجع في ذلك: **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص 16.

163 – **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص 205.

164 – **علي مصباح صالح الحيصة**، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الاذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 40.

وقد أشار المشرّع إلى فكرة الشرط التعسفي في المادة 110 من، ق. م. ج. وربطه بعقود الإذعان غير أنّه لم يعرّفه، مكتفيا بتبيان الجزاء المترتب على إدراجه ضمن عقد الاذعان غير أنه تصدى له بالتعريف ضمن القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[165] الذي عرّف الشرط التعسفي على أنه كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[166]. في حين عرفه الفقه على أنه " الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي، بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة أو أنه الشرط الذي يمنح امتيازا خاصا للمحترف بشكل يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد [167].

ويستوجب لاعتبار الشرط تعسفيا تحقق شرطين أساسيين وهما وجود عقد بين العون الاقتصادي والمستهلك[168]، وأن يولد هذا العقد إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات. ويرى البعض بأن حصر المشرع الجزائري الشروط التعسفية في عقود الاذعان غير صائب بالنظر إلى العديد من الأسباب منها أن الاختلال الظاهر في التزامات الطرفين لا تنحصر فقط في عقود الإذعان، بل يمكن أن يحدث هذا الاختلال في العقود التفاوضية إذا كانت المراكز القانونية للمتعاقدين غير متكافئة، وهو ما يمكن استخلاصه

165 – المادة 5/3 القانون 04- 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

166 – عرف التوجيه الأوروبي رقم 93/ 13 الشروط التعسفية في المذكرة التوجيهية الصادرة عنه في أفريل 1993 وذلك في المادة 1/3 منه كما يلي: " أن الشرط في العقد الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية، يعتبر تعسفيا عندما يخالف مقتضيات حسن النية، ويرتب ضررا بالمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر بين الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد، بين أطرافه ". نقلاً عن:

MALINVAUD Philippe, Droit des obligations, 9éme éd, Litec, Paris, 2005, p.199-200.

167 – **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص 212-213.

168 – أقرته المادة 29 من القانون 04- 02 السالف الذكر، ويرى البعض عدم توفيق المشرع في اختيار الألفاظ باستعماله كلمة " البائع" ، فالبائع هو من ينقل ملكية شيء أو حق مالي آخر مثلما نصت عليه المادة 351 من ق.م.ج تبعا لذلك، فإن البنود والشروط التعسفية وفقا لنص المادة 29 من القانون 04-02 تنحصر في عقد البيع فقط وهذا غير صحيح، إذ أن البنود أو الشروط التعسفية قد يتضمنها عقد بيع أو إيجار أو مقاولة أو عقد تقديم خدمة ... إلخ. راجع في ذلك: **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع سابق ص 112-113.

من فتح المشرع الفرنسي المجال لمراقبة الشروط التعسفية بالنسبة لجميع البنود سواء تمت مناقشتها أو تم فرضها من طرف المهني على غير المهني[169].

ثانياً- دور القاضي في التصدي للشرط التعسفية في عقود الاذعان

يتدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف في عقد الاذعان بطريقة مباشرة عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها تطبيقا لأحكام المادة 110 من القانون المدني، كما يتدخل في حماية طرف المذعن بطريقة غير مباشرة وذلك عند إعماله لسلطته في تفسير عقد الاذعان تطبيقا لنص المادة 112 من القانون المدني. فالقاضي هو الذي يقرر أن الشرط أو الشروط التي تضمنها عقد الاذعان تعسفية أو غير تعسفية، ويتمتع بذلك بسلطة تقديرية.

للقاضي عند ممارسته للرقابة على الشروط التعسفية في عقد الاذعان أن يبقى على هذه الشروط، مع تعديلها بما يرفع عنها الطابع التعسفي، بمعنى الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف عنه بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع، فالقاضي يزيل المظهر التعسفي للشرط ويعيد التوازن العقدي بين الأداءات المتبادلة في العقد، في حين هناك بعض الشروط طبيعتها لا تتيح للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها، لأن إلغاؤها من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته، كالأجرة في عقد الإيجار حيث لا يمكن للقاضي إلغاؤها بل يمكن له تعديلها إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفي، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة.

والمهم يتدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون له، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ويخفف العبء الملقى على عاتق الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العقد[170].

169 - **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص 115.

170 - **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص 222-223.

المطلب الثالث

سلطات تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

يتدخل القاضي لإعادة التوازن الذي كان قائما وقت تكوين العقد ولكنه اختل بعد ذلك في مرحلة تنفيذه، وقد نص المشرع الجزائري على حالات محددة حصرا تسمح للقاضي أن يتدخل بموجبها وفي حدود السلطات الممنوحة له دون الخروج عن أحكام القانون في أن يحقق في قدر الامكان العدالة العقدية، وذلك في حالة وجود الظروف الطارئة (الفرع الأوّل)، وفي حالة وجود التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي (الفرع الثانّي)، ونظرة الميسرة (الأجل القضائي) (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

سلطة تدخل القاضي في حالة وجود الظروف الطارئة

الأصل أن ينفذ العقد وفق الشروط التي وضعها أطرافه، ولكن تقتضي قواعد العدالة مراجعته وذلك بسبب الاختلال الخطير لتوازن العقد من جراء ظروف تطرأ بعد تكوين العقد ولا يد للطرف المرهق فيها، ومن هنا تقيد إرادة الأطراف ويحد من دورها ذلك أن الالتزامات التي تم تقريرها بإرادة الأطراف تعدل من طرف القاضي بالرغم من عدم قبولهم.

وتعد نظرية الظروف الطارئة[171] انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد[172]، وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به. وقد نص المشرع الجزائري على أحكام تنفيذ العقد أثناء الظروف الطارئة في المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، وعليه شروط تطبيق النظرية (أولاً) وتحديد مضمون سلطة القاضي اتجاه الظروف الطارئة (ثانياً).

---

171 – عرفها " عبد الحميد عثمان محمد" بأنها: " *حوادث طارئة عامة، لم تكن متوقعة وقت التحمل بالالتزام العقدي المتراخي التنفيذ فتجعله مرهقا* ". نقلاً عن: **دحمون أنيسة، بوزيد لويزة**، مرجع سابق، ص 17.

172 – **ريم عبد الباقي حمزة**، القوة الملزمة للعقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، 2017، ص 252.

أولاً- شروط تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

على الرغم من أن المشرع قد منح للقاضي بموجب نص المادة 3/107 من القانون المدني سلطة التدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك بغرض إعادة التوازن الذي اختل بسبب تغيير الظروف تحقيقا للعدالة[173]، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها فهي مقيدة بشروط يجب توفرها لتوفر الظرف الطارئ.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد يستلزم فترة من الزمن وأن تجد بعد انعقاد العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد[174]. أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين وليس مستحيلا[175].

ثانياً- سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

خوّل المشرع الجزائري للقاضي طبقاً لنص المادة 3/107 من القانون المدني، متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، سلطة تعديل العقد، من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تبعا للظروف المحيطة بالقضية، بهدف تكريس التوازن العقدي

173 – هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا عند نقضها للقرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 1996/11/10، القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن بتسليم السكن محل النزاع المدعي (ش ع ق)، مع إلزام هذا الأخير بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ مالي في حدود نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة 1990/06/04 " حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفق لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة العقد، طبقا لأحكام المادة 3/107 من التقنين المدني، إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونوا قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 ق.م.ج.". أُنظر قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، مؤرخ في 1999/10/24، رقم 1191705، *المجلة القضائية*، عدد 25، 1999، ص95.

174 – **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص 99-100.

175 – يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة لأنه إذا كان الجامع بينهما صفة المفاجأة، إلا أن الفرق بينهما أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام. راجع: **مزوغ يقوتة**، مرجع سابق، ص 130.

للمتعاقدين، غير أنه لم يترك للقاضي حرية مطلقة في هذا المجال، بل قيدها بضوابط قانونية يتوجب على القاضي احترامها عند إعماله لسلطته التقديرية.

ويتعين على القاضي عند تعديله للعقد بسبب الظروف الطارئة، مراعاة الظروف المحيطة بالقضية[176]، الموازنة بين مصلحة الطرفين، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ومتى توافرت الشروط السابقة، كان للقاضي أن يتناول العقد بالتعديل، عن طريق وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سواءً أن ينقص من التزامات المدين أو يزيد من التزامات الدائن[177] أو يوقف تنفيذ العقد لمدة محددة إذا كان هناك احتمال لزوال الظرف الطارئ[178]وكل ذلك مع مراعاة احترام الضوابط القانونية والمعايير المذكورة آنفاً.

وتجدر ملاحظة أنه تم استحداث تنظيم نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي بصدور الأمر 31/2016، وبدوره خرج المشرع الفرنسي عن الجمود التشريعي إزاء هذه الحالة، فتبنى صراحة فكرة مراجعة شروط العقد وإعادة التفاوض عليها بما يعيد التوازن بين طرفي العقد عند وقوع ظروف غير متوقعة[179]. وفي ذلك نصت المادة 1195 ق.م.ف، على أنه: " إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها

176 – وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها القاضي بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة الصادر بتاريخ 2002/02/02، القاضي بأن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 3/107 من ق.م.ج، في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلا، بل قد يصبح مرهقا للمدين. راجع قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 2007/02/21، رقم 324024، *المجلة القضائية*، عدد 01، 2007، ص 217.

177 – لكن بالرجوع إلى المادة 3/107 من ق.م.ج نجدها تقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق، أي التزام المدين حيث انصرفت نية المشرع إلى إنقاص الالتزام فقط، ولو أراد الزيادة لكان قد عبر عن ذلك صراحة، كما هو الشأن في المادة 2/561 من ق. م. ج بنصها: "... *إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقديم المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد*." مما يدل على أن المشرع الجزائري أخذ بوسيلة الزيادة في الالتزام المقابل كحل استثنائي. راجع في ذلك: **بوداود خليفة، وبوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص32.

178 – **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مرجع سابق، ص 528.

179 – **أشرف جابر**، " الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات "، *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، ملحق خاص، عدد 2، الجزء الثاني، 2017، ص ص 322-323.

أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض، فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددانها، أو أن يطالبا من القاضي تحديد مصير العقد. فإذا لم يتفق الطرفان خلال مدة معقولة، جاز للقاضي بناءً على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها[180].

الفرع الثاني

سلطة تدخل القاضي في حالة وجود التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي

إذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق طرفين مسبقا عل تقدير التعويض حيث يعمد المتعاقدين إلى تضمين عقدهما إضافة إلى الالتزامات الأصلية اتفاقا على تعويض مقدار سلفا سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق يكون مستحقا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه اتجاه المتعاقد الآخر، يعرف هذا الاتفاق بـ " التعويض الاتفاقي "[181]، ولم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا صريحا للتعويض الاتفاقي واكتفى بتحديد شرعيته ومضمونه ورقابة القاضي عليه ضمن المواد من 183 إلى 185 من ق.م.ج. ويشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي توافر

180 – Article 1195 du code civil français dispose que: «Si *un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son contractant. Elle continue à exécuter pas obligation durant la renégociation. En cas de refus au d'échec de la renégociation les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions quelles dé terminent, au demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un dé lai raisonnable, le juge à la demande d une partie, réviser le contrat au y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».*

181 – هو اتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد، أو في عقد لاحق يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالتزام ترتب في ذمته سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي أو عدم تنفيذ جزئي، أو تأخر في التنفيذ أو تنفيذا معيبا راجع: **طبيب فايزة**، مرجع سابق، ص 267. وراجع أيضاً: **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص 36.

الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والاعذار وهو ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 182 ق.م.ج. ومتى توافرت هذه الشروط جاز للقاضي مراجعة العقد إما باستبعاد التعويض (أولاً)، وإما بتعديل التعويض الاتفاقي (ثانياً).

أولاً- سلطة القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي

يجوز للقاضي استبعاد التعويض الاتفاقي بسبب عدم توافر شروط استحقاقه، فإذا كان التعويض الاتفاقي تقديرا اتفاقيا للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه فإنه ينبغي لاستحقاقه توافر شروطه وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية في المواد من 176 إلى 178، والاعذار في المواد من 179 إلى 181 من ق. م. ج. وبذلك لا يستحق التعويض الاتفاقي في حالة غياب أحدهما[182].

كما يجوز استبعاد التعويض الاتفاقي لتوافر أسباب البطلان، فقد يقوم القاضي بإبطال التعويض الاتفاقي لأسباب تتصل بطابعه التعاقدي وأسباب البطلان هي نفسها أسباب البطلان في النظرية العامة للعقود، إما لعيوب الإرادة أو لعوارض الأهلية أو لمخالفة النظام العام والآداب العامة أو لتخلف أحد أركان الانعقاد أو لوجود نص يقضي بالبطلان.

ثانياً- سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

منح المشرع للقاضي إمكانية تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض أو الزيادة، إذ يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في حالتين هما: إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في التعويض الاتفاقي كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة، وإذا أثبت المدين أنه نفذ جزء من التزامه الأصلي[183]. كما يجوز للقاضي الزيادة التعويض الاتفاقي بناء على مقتضيات المادة 185 من ق. م. ج. متى الحق بالدائن ضررا أكبر من

182 – **طبيب فايزة**، مرجع نفسه، ص278.

183 – **بوداود خليفة** و**بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص41-42.

التعويض المتفق عليه، ومتى هذا الضرر ناتجا عن الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المدين.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)

الأصل أن يفي المدين بالتزامه بمجرد حلول أجل الوفاء، وإلا أجبر على ذلك قانونا متى كان ميسور الحال، أما إذا كان معسرا فإنه يجوز للقاضي استثناء على الأصل العام أن يمنحه أجلا معقولا لتنفيذ التزامه، وهذا ما يسمى بالأجل القضائي (نظرة الميسرة) وهي سلطة أخرى منحها المشرع للقاضي بالإضافة إلى ما تم ذكره من سلطات سابقا[184]. وقد أجاز المشرع الجزائري منح الأجل في المواد 119، 210، 281، من ق. م. ج[185].

وبناء على هذه النصوص لا يجوز للقاضي منح مهلة المسيرة (ثانياً) إلاّ باحترام الضوابط القانونية (أولاً).

184 – يقصد بالميسرة أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة، أو مهلة التنفيذ أو الأجل القضائي التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ، حسن النية، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم وذلك حتى ينفذ التزامه ويتوقى الفسخ. راجع: **بوكماش محمد**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، أُطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص376. وأُنظر أيضاً: **عبد الحكيم فوده**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 454.

185 – جاء في المادة 119 من ق.م.ج أنه: " *في العقد الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، ....*"، وجاء في المادة 210 من ذات القانون أنه " *إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، .....*"، وجاء في المادة 281 من ذات القانون أنه: "*يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ....غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف ....، وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة....*".

أولاً- الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة

لا يستطيع القاضي منح أجل للمدين الذي أخل بتنفيذ التزامه للوفاء متى وجد ثمة نص قانوني يمنع منح نظرة الميسرة على اعتبار أنّ ممارسة القاضي لسلطة منح نظرة الميسرة مجرد تجسيد لإرادة المشرع فإن هذا الأخير قد يرى أن تكريس العدالة في بعض الحالات يقتضي منع منح نظرة الميسرة لذلك على القاضي احترام هذه الإرادة[186].

وكذلك يجب أن تستدعي الحالة المالية للمدين منحه هذا الأجل كالمدين حسن النية، غير المتعمد بعدم الوفاء بالالتزام وكان ذلك نتيجة لظروف طارئة مؤقتة كان يكون للمدين عقار أو منقول يتعذر بيعه في الحال مع عدم الإضرار بالدائن ضررا جسما جراء منح المدين نظرة الميسرة، ومع ذلك يجب ألا يتجاوز الأجل الممنوح للمدين مدة سنة[187].

ثانياً- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)

يعود منح نظرة الميسرة إلى كل من قاضي الموضوع وقاضي الاستعجال وأن سلطة هذا الأخير (أي قاضي الاستعجال) تكون متوقفة على وجود نص قانوني صريح ينص على أن منح نظرة الميسرة تدخل في اختصاصه، وكذا توافر شروط الاستعجال المتمثلة في وجود خطر حقيقي محدق بالحق وألا يمس ذلك بأصل الحق، وبما أن دعوى التنفيذ ودعوى الفسخ تدخل ضمن اختصاصات قاضي الموضوع فقط لتعلقهما بأصل الحق، فإن لقاضي الموضوع سلطة منح نظرة الميسرة إزاء هاتين الدعويين[188]، وقد نصت المادة 3/281 من ق. م. ج. على أنه في حالة الاستعجال يكون منح الأجل القضائي من طرف القاضي الاستعجالي.

---

186 – **بوداود خليفة، بوزيان السعيد**، مرجع سابق، ص 44-45.

187 – أنظر المادة 2/281 ق.م .ج .

188 – **طرطاق نورية**، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة"، *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*، المركز الجامعي تمنراست، عدد 5، 2014، ص 131-132.

ويجد الأجل الممنوح في دعوى التنفيذ أساسه في اعتبارات العدالة، فالمقصود به هو التخفيف من شدة القوة الملزمة للعقد التي تقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[189]. في حين يتحدد نطاق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، متى أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد، متى كان عدم التنفيذ راجعا إلى المدين وليس إلى سبب أجنبي، ويخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[190].

فإذا كان للمتعاقد الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، فإنّ هذا لا يعني أن القاضي مقيد باختيار المتعاقد للفسخ، بل له سلطة تقديرية واسعة إذ يستطيع طبقا للمادة 2/119 ق.م.ج، في ضوء ملابسات القضية ومصلحة الأطراف أن يقضي بفسخ العقد أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزاماته[191]. ومعنى ذلك أنه يجوز للدائن المطالبة قضائيا بفسخ العقد مع التعويض وفقا لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 119 ق. م. ج، ويظهر دور القاضي في هذا الصدد في سلطته التقديرية بقبول أو رفض الفسخ معتمدا في ذلك على الالتزام بحسن النية لتسبيب حكمه برفض الفسخ، إما بمنح أجل إضافي للمدين من أجل التنفيذ أو التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين[192].

189 – **فؤاد محمود عوض**، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص 475.

190 – **طرطاق نورية**، مرجع نفسه، ص131.

191 – **صاغي زينة و مقري نسيمة**، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 74.

192 – **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، مرجع سابق، ص259.

خاتمة

يلتزم القاضي اساسا باحترام مبدأ الحرية التعاقدية وضمان تكريسها وهو ما اخذت به اغلبية التشريعات بما فيها التشريع الجزائري فالأصل ان القاضي لا يحل محل ارادة الاطراف في العقد بل يطبق اراداتهم احتراما بذلك لمبدأ سلطان الارادة بما في ذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد حيث لا يمكن للقاضي نقض او تعديل العقد بإرادته إلا للأسباب التي يقررها القانون.

إلا أن تعرض الافراد في العقود التي يبرمونها **الى** نوع من الغبن والاستغلال التعسف في حقوقهم بسبب هيمنة وسيطرة الارادة على العقود حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته الخاصة على حساب الآخر مما يؤدي لا محالة إلى كثرة النزاعات وانتشار الفوضى في المجتمع باسم التعاقد وبالتالي انهيار أهم عنصر يقوم عليه النظام التعاقدي وهو الثقة المتبادلة في إبرام العقود، الامر الذي جعل مختلف التشريعات تتدخل للبحث عن كيفية السيطرة على هذه الارادة ومنع كافة أشكال الغبن و دفع الضرر و رفع الحرج حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و من ثم تحقيق العدالة و المساواة بين الأفراد و عدم ترك المجالات التعاقدية لمشيئتهم و ذلك عن طريق منح القاضي سلطة التدخل للحد من الحرية التعاقدية[195].

وبالتالي تعتبر سلطة القاضي في التدخل لمراجعة العقد من حيث المبدأ إحدى الوسائل التي اتفقت عليها مختلف النظم القانونية بما فيها القانون المدني الجزائري للحد من هذه الحرية لكن القاضي لا يمارس سلطته هذه إلا بناء على وجود اسس واعتبارات تتمثل في النظام العام والآداب العامة ووجود نصوص قانونية تلزمه بالتدخل بواسطة القواعد الامرة بالإضافة الى وجود حقوق وحريات اساسية بها يتدخل القاضي في العقد و سلطته هذه في التدخل تكون في عدة حالات هي حالة اخلال احد المتعاقدين بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات أي مرحلة ما قبل التعاقد وحالة ما اذا شاب العقد حالات الغبن أو الاستغلال أو وجود شروط تعسفية في العقود خاصة منها عقود الاذعان تظهر في مرحلة تكوين العقد اضافة الى حالة وجود ظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقا للأطراف وكذا حالة ما اذا كان الاتفاق التعويضي أو ما يسمى بالشرط الجزائي

195 – **عبيد نجاة**، مرجع، سابق، ص 154.

مبالغ فيه يجعل أحد الأطراف غير قادر على الوفاء به اضافة الى امكانية منح القاضي احد اطراف العقد أجلا قضائيا للوفاء بدينه وهو ما يسمى بنظرة الميسرة وكل ذلك يكون في مرحلة تنفيذ العقد.

لقد أصبحت سلطة تدخل القاضي في العقد للحد من الحرية التعاقدية في الوقت الحالي يشمل جميع مراحل العقد بدء من مرحلة المفاوضات أي مرحلة ما قبل التعاقد التي تفرض وجود حسن النية بين الطرفين تليها مرحلة تكوين العقد الى غاية تنفيذه وهو ما أخذ به كل من التشريعين الجزائري وكذا الفرنسي في اخر تعديل له في 2016.

توصلنا من خلال دراستنا لموضوع القاضي والحرية التعاقدية الى النتائج التالية:

– أصبح مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ مقيدا خدمة لمصالح كلا طرفي العقد.

– تحول دور القاضي في العقد من الدور السلبي المتمثل في تطبيق إرادة الأطراف إلى دور ايجابي يتمثل في امكانية التدخل في تعديل العقد وبالتالي حلول إراداته محل ارادة الأطراف للسهر على إعادة التوازن التعاقدي ضمانا لاستمرارية العقد.

– تبلورت سلطة القاضي في ظل النظرية الحديثة للعقد خاصة أين أعطت أهمية بالغة للمرحلة السابقة على التعاقد أي مرحلة المفاوضات بالسماح للقاضي في التدخل في العقد في هذه المرحلة الأولية.

– اتساع سلطة القاضي في التدخل في العقد لتشمل أغلبية العقود.

– لا يمارس القاضي سلطته في التدخل في العقد التعديل إلا إذا وجدت هنالك أسس واعتبارات تجعله يتدخل وإلا أعتبر متجاوزا لسلطته.

– توسع مجالات تدخل القاضي في العقد عبر جميع مراحل هذا الأخير إلى حد إمكانية اعتبار القاضي طرفا ثالثا في العقد.

– حتى ولو توسعت سلطات القاضي في التدخل في إعادة التوازن للعقد إلا أنه يبقى مقيدا وهذا التقييد في مصلحة أطراف العقد.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً - باللغة العربية

1 – الكتـــــــــب

1. **الصديق محمد الأمين الضرير**، الغرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، مجموعة دله البركة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1995.
2. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني والعقد والإرادة المنفردة)، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
3. **بن عزوز بن صابر**، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الثاني، نشأة علاقة العمل الفردية والآثار المترتبة عنها، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2010.
4. **تقية محمد**، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1976.
5. **حمدي عبد الرحمن**، مبادئ القانون (نظرية القانون – نظرية الحق – مصادر الالتزام وأحاكمه والاثبات)، مكتبة عين شمس، القاهرة، د.س.ن.
6. **عبد الحكيم فوده**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، د.ط، منشأة المعارف دار الإسكندرية، مصر، 1993.
7. **عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، –نطرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام– المجلد الأول، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

8. **عبد المجيد الحكم، عبد الباقي البكري، مجد طه البشير**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام– ،الجزء الاول، (د.د.ن)، بغداد ،1980.

9. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) ، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006.

10. **غني حسون طه**،الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام– ، الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد ،1971.

11. **فؤاد محمد العوض**، دور القاضي في تعديل العقد، (دراسة تحليلية وتاصيلية في الفقه الاسلامي والفانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2004.

12. **فيلالي علي**، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

13. **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، (مصادر التزام _ التصرف القانوني)، (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 1992.

14. **مصطفى محمد الجمال، محمد حسن قاسم**، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1998.

15. **وهبة الزحيلي**، حق الحرية في العالم، الطبعة الرابعة، دار الفكر،بيروت، لبنان، دار الفكر دمشق، سوريا، ،2007.

2 – الرسـائل والمذكـرات الجـامعية

أ–رسـائل الدكتـوراه

1- **بوكماش محمد،** سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.

2- **حساين حميدة،** تعديل عقد العمل بين حرية التعاقد ومقتضيات القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه طور ثالث (ل.م.د) في القانون تخصص القانون الاجتماعي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2018.

3- **ريم عبد الباقي حمزة،** " القوة الملزمة للعقد "، (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، جامعة النيلين، 2017.

4- **طبيب فايزة،** سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018.

5- **عثماني بلال،** أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

6- **عليان بوزيان،** أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة ،(دراسة مقارنة) بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران،2006.

7- **عليان عدة،** فكرة النظام العام وحريات التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر الصديق، تلمسان، 2015.

ب-المذكـــــرات الجامعية

ب-1- مذكرات الماجستير

1- **بن يوب هدى**،مبدأ حسن النية في العقود،مذكرة ماجستير،تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي،2013.

2- **بوداود خليفة، بوزيان السعيد،** دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد ، مذكرة ماجستير أكاديمي، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017.

3- **حدي لالة أحمد،** سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان-، 2012.

4- **حليس لخضر،** الإرادة بين الحرية والتقييد ، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر1، 2010.

5- **عبيد نجاة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

6- **علاق عبد القادر**، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2007.

7- **علي مصباح صالح الحيصة**،سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير،جامعة الشرق الأوسط،2011.

8- **مزوغ يقوتة**، نطاق مبدأ نسبية أثر العقدين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، فرع المعاملات المالية، جامعة وهران 01، 2015.

ب-2- مذكرات الماستر

9- دحداح سهيلة ورزقي ليلى، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،2012.

10- **دحمون أنيسة، بوزيد لويزة**، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي)، مذكرة شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري – تيزي وزو- دون تاريخ المناقشة.

11- **صاغي زينة و مقري نسيمة،** سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرة شهادة ماستر تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،2013.

12- **بوكلوة كنزة و بوطرنيخ فضة،** مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة ماستر في القانون تخصص قانون خاص للأعمال ،جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل ،2017.

3 – المقـــــــــــالات

1- **أشرف جابر،** " الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات "، *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، ملحق خاص، عدد 2، الجزء الثاني، 2017، ص ص 285-339.

2- **إقلولي/أولد رابح صافية،** " التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد عنصر منافس بحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، *بحوث جامعة الجزائر 1*، الجزء الأوّل، عدد 14، 2020، ص ص 129-138.

3- **بن خدة حمزة،** " قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي "، *مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية*، جامعة طاهري محمد، بشار، عدد 11، 2018، ص ص 417-447.

4- **بورزق أحمد، بورزق خديجة،** "مبدأ سلطان الإرادة في العقود – دراسة مقارنة-"، *مجلة أبحاث*، مجلد 4، عدد 2، جامعة الجلفة، 2019، ص ص 134-150.

5- **بوكرزازة أحمد،** " القواعد الآمرة والقواعد المكملة، التفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة مؤسسة على شروط التطبيق"، *مجلة العلوم الإنسانية*، عدد 39، 2013، ص ص 201-224.

6- **جيلالي محمد، بن عمارة محمد،** "دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري"، مجلة صوت القانون، مجلد 7، عدد 3 ،2021، ص ص 1210-1230.

7- **حاتم مولود،** " إدراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري "، *المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية*، مجلد 03، عدد 02، 2019، ص ص 73-89.

8- ***حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي،*** " مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 "، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 17، عدد 01، جامعة بغداد، 2018، ص ص 666-702.

9- **حميداني محمد،** " مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي "، *حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية*، عدد 26، 2019، ص ص299-314.

10- **دبابش عبد الرؤوف، حملاوي دغيش،** " مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون "، *مجلة العلوم الإنسانية*، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد 16، عدد 44، 2016، ص ص 257-273.

11- **ربيعة ناصري**، " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري"، *مجلة القانون العقاري والبيئة*، مجلد 9، عدد 1، 2021،. ص ص 117 -131.

12- **رجواني كمال** ، " مستجدات القانون المدني الفرنسي: قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للإلتزامات والإثبات ». متوفر في الموقع الالكتروني الآتي:
http://9anonak.blogspot.com/2016/05/Mises-a-jour-des-droit-civil-Francais.html (vu le 02/11/2020, 10h00).

13- **زيتوني فاطمة الزهراء**، " بحث مضون مبدأ حسن النية في إطار العقد "، *مجلة القانون والعلوم السياسية*، عدد 4، 2016، ص ص 431-449.

14- **شيرزاد عزيز سليمان ويونس عثمان علي**، "مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسه القانونية -دراسة مقارنه- " *مجلة الجامعة الفرنسية اللبنانية*، مجلد 5، عدد 3، 2020، ص ص 385-414.

15- **صلاح الدين ضضوش**، "قراءة في أهم تعديلات القانون المدني الفرنسي، بعد قرنين من الزمن "، ص ص 11-27. منشور على الموقع الإلكتروني الأتي:
https://drive.google.com/file/d/1Z759oqCphb2R0Yh0aiYtrrm3gyn_lz9X/view
(Vu le 05/05/2021).

16- **طرطاق نورية**، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة"، *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*، المركز الجامعي تمنراست، عدد 5، 2014، ص ص 124-138.

17- **عاشور فاطيمة**، "النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف في العقد"، *مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية*، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، عدد 7، 2019، ص ص 9-34.

18- **عبد المجيد قادري ومراد عمراني**، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، *مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية*، مجلد04، عدد 02، 2019،ص ص 09-34.

19- **عثماني بلال**، " القاضي طرف جديد في العقد"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، مجلد 15، عدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص ص 429-442.

20- **عهود أحمد حسين خليفات**، " مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية: دراسة تحليلية"، *مجلة العلوم القانونية والاجتماعية*، جامعة زيان عاشور الجلفة، عدد 01، 2020، ، ص ص 569-598.

21- **مبروك عبد النور**، "حقوق الإنسان والحريات العامة في الدساتير الجزائرية المتعاقبة"، *مجلة الرسالة للدراسات للبحوث الإنسانية*، مجلد 5، عدد 3، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص ص 88-100.

22- **محمد عرفان الخطيب**، " المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأطيرية مقارنة "، *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، السنة السابعة، عدد 2، الكويت، 2019، ص ص183-234.

23- **محمد عرفان الخطيب**، "نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث (الثابت والمتغير): قراءة نقدية في قانون اصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016 "، *مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، عدد 01، السنة السادسة، 2018، ص ص239-301.

4- المحاضرات

- رابح سانة، محاضرات في الحريات العامة، المركز الجامعي نور البشير، البيض،2016/2015.

5- النصوص القانونية

أ-الدســـــــاتير

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن إصدار التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة ، 2020 ج.ر عدد 82 ، صادرة في 30 ديسمبر 2020.

ب-النصــوص التشـــريعية

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78 ، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم بقانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44، صادرة في 26 يونيو 2005.

2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984،ى يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24 ،صادرة في 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادرة في 27 فبراير 2005.

3- قانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990.

4- أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق التأمينات، ج.ر عدد 13، صادرة في08 مارس 1995، معدّل ومتمم بقانون رقم 06-04، مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر عدد 15، صادرة في 12 مارس 2006.

5- قانون رقم04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41، صادرة في 27 أفريل 2004، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46 ، صادرة في 18 أوت 2010.

6- قانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15، صادرة في 08 مارس 2009 معدل ومتمم بالقانون 09/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر عدد 35، صادرة في 13 يونيو 2018.

6- قـــــرارات قضـــــــــــائية

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1976/05/26، د.ر، *النشرة القضائية*، عدد 1، لسنة 1978، ص 26.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1990/06/13، رقم 61489، *المجلة القضائية*، عدد 4، لسنة 1991، ص 65.

3- قرار المحكمة العليا،الغرفة المدنية،المؤرخ في 1992/06/16 ، رقم 78387، *المجلة القضائية*، عدد01 ، لسنة 1994، ص31.

4- – قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، المؤرخ في 1994/04/20، رقم 106745، *المجلة القضائية*، عدد 02، ص.22.

5- قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، مؤرخ في 1999/10/24، رقم ،1191705، *المجلة القضائية*، عدد 25، 1999، ص95.

6- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 2007/02/21، رقم 324024، *المجلة القضائية*، عدد 01، 2007، ص 217.

7- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، المؤرخ في 2010/07/22، رقم 586766، *مجلة المحكمة العليا*، عدد 01، لسنة 2011، ص 109–111.

ثانيًا – باللغة الفرنسية

I –OUVRAGES

1- **CAPITANT Henri**, Introduction à l'étude de droit civil (notions générales), Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, Paris, 1898.

2- **MALINVAUD Philippe**, Droit des obligations, 9éme éd, Litec, Paris, 2005

3- **FOUILLEE Alfred**, La science sociale contemporaine, 2e éd, Librairie Hachette, Paris, 1885.

II–THESES DE DOCTORAT

- **REYES Santiago Ramírez**, L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain, Thèse pour le Doctorat en droit, Université Paris, Panthéon-Sorbonne, 2019.

III – ARTICLES

1- **BAMDE Aurélien**, « La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public ».*I*n https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/

2- **DRAGO Guillaume**, « L'ordre public et la constitution », *A.p.d*, T 58 , n°1, 2015,pp 199-214.

3- **KRIEF - VERBAERE Catherine**, " Recherche sur la nation d'ordre public en droit interne russe a l'aune du droit français " , *R.I.D.C*, vol 55, n°1, 2003, pp151-175.

4- **STIRN Bernard**, « Ordre public et libertés publiques », *A.p.d*, t. 58, n°1, 2015, pp5-15.

5- **TERRÉ François**, « L'ordre public entre deux siècles », *A.p.d*, T 58, n°1, 2015, pp189-198.

IV –DOCUMENTS

A- Textes Juridiques

1- Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires internes, *JORF* n°40 du 17 février 2015.

2- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35 du 11 février 2016.

B-Jurisprudences Française

1- Cour de cassation, chambre commerciale, du 05 juillet 1994, 92-20064. *I*n www.legifrance.gouvr.fr/juri/id/JURITEXT000007032427/.
2- Cour de cassation, chambre civile 3, du 8 février 2006, 05-10724.In www.legifrance.gouvr.fr/juri/id/HURITEXT000007052638
3- Cour de cassation, civile, chambre sociale, du 03 novembre 2011, n° 10-30033. In www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024761397.
4- Cour de cassation chambre civile1, 11 septembre 2013,12.20844.*I*n https://juricaf.org/arret/France-COURDECASSATION-20130911-1220844

V-Principaux Sites Internet

1. https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/principe-europeen-du-droit-descontrats.html#:~:text=Le%20principe%20européen%20du%20droit,sein%20de%20l%27Union%20Européennewww.contrefacon-danger.com

2. www.search _ academy.com

3. www. Abu.iq / research / articles / 13551.

الفهـــــــرس

مقدمـــــــــــة	**7**
الفصل الأول:تكريس مبدأ الحرية التعاقدية	**10**
المبحث الأوّل: مبدأ سلطان الإرادة	**11**
المطلب الأوّل: مبدأ سلطان الإرادة كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ الحرية التعاقدية	**11**
الفرع الأوّل: مفهوم العقد	**12**
أولاً: تعريف العقد	**12**
ثانياً: شروط انعقاد العقد	**14**
الفرع الثاني: مضمون مبدأ سلطان الإرادة ومدى تكريس المشرع الجزائري له	**18**
أولاً: مضمون مبدأ سلطان الإرادة	**18**
ثانياً: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري	**19**
المطلب الثانّي: النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة	**21**
الفرع الأول: حرية التعاقد	**21**
أولاً: حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد	**22**
ثانياً: حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه	**23**
ثالثاً: حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد	**23**
الفرع الثانّي: العقد شريعة المتعاقدين	**24**
أولاً: المقصود بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين	**25**
ثانياً: قداسة الالتزام بالنسبة المتعاقدين	**26**

ثالثاً: قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي	26
المبحث الثانّي: مبدأ القوة الملزمة للعقد	27
المطلب الأوّل: مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد	27
الفرع الأوّل: إلزامية تنفيذ مضمون العقد ومستلزماته	28
أولاً: الحقوق والالتزامات الواردة في العقد	28
ثانياً: مستلزمات العقد	30
الفرع الثانّي: إلزامية تنفيذ العقد بحسن النية	32
أولاً: تعريف مبدأ حسن النية	32
ثانياً: تكريس مبدأ حسن النية في القانون الجزائري	35
المطلب الثانّي: تحديد نطاق القوة الملزمة للعقد(نسبية أثر العقد)	36
الفرع الأوّل: قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص	37
أولاً: مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف العام	37
ثانيًا: مبدأ انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص	38
ثالثاً: انصراف أثر العقد إلى الغير	39
أ- قاعدة التعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري	39
ب- قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الجزائري	40
الفرع الثاني: قوة العقد الملزمة من حيث الموضوع	41
الفصل الثاني:سلطات القاضي للحد من الحرية التعاقدية	43

المبحث الأوّل: أسس تدخل القاضي للحد من الحرية التعاقدية	44
المطلب الأوّل: النظام العام و محدودية الحرية التعاقدية	44
الفرع الأوّل: تعريف النظام العام وعلاقته بالآداب العامة	45
أولاً: تعريف النظام العام	45
ثانيًا: علاقة النظام العام بالآداب العامة	46
الفرع الثاني: بعض تطبيقات فكرة النظام العام كحد للحرية التعاقدية	47
أولاً: في مجال القانون الاجتماعي	48
أ- في مجال قانون العمل	48
ب- في مجال قانون التأمين	48
ثانياً: في مجال القانون المدني	49
أ- في مجال الأحوال العينية (المعاملات المالية)	50
ب- القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة المدنية	50
المطلب الثاني: القواعد الآمرة و محدودية الحرية التعاقدية	51
الفرع الأول: تعريف القواعد الآمرة و معايير التعرف عليها	51
أولاً: تعريف القواعد الآمرة	52
ثانياً: معيار التعرف على القواعد الآمرة	52
أ- المعيار المادي أو اللفظي	53
ب- المعيار المعنوي	53

الفرع الثاني: بعض تطبيقات القواعد الآمرة المقيدة للحرية التعاقدية في بعض العقود	54
أولاً: في عقد التأمين	54
ثانياً: في عقد القرض الاستهلاكي	55
المطلب الثالث: الحقوق والحريات العامة كقيد للحرية التعاقدية	56
الفرع الأول: تعريف الحقوق	57
الفرع الثاني: تعريف الحريات العامة	57
الفرع الثالث : الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور الجزائري كحد للحرية التعاقدية	58
المبحث الثاني: سلطات القاضي في تقييد الحرية التعاقدية عبر جميع مراحل العقد	60
المطلب الأول : سلطات القاضي في تعديل العقد في المرحلة السابقة على التعاقد	61
الفرع الأول: التدخل الإنشائي للقاضي	62
أولاً: اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي	62
ثانياً : فرض التزامات جديدة على الأطراف	62
أ-تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي	63
ب -موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي	63
الفرع الثاني: سلطة القاضي في مراقبة سلوك المتعاقدين	65
أولاً: توقيع الجزاء في حالة الانحراف في السلوك	65
ثانياً: المراقبة القضائية في حالة قطع المفاوضات	66

المطلب الثاني: سلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه	66
الفرع الأوّل: حالة وجود الغبن	66
أولاً: دور القاضي في التحقق من مدى توافر حالات وشروط الغبن	67
ثانياً: أثار تدخل القاضي في حالة تحقق الغبن	67
الفرع الثاني: حالة وجود الاستغلال	68
أولاً: دور القاضي في التحقق من مدى توفر الاستغلال	68
ثانياً: آثار تدخل القاضي في حالة تحقق الاستغلال في العقد	69
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان بسبب الشرط التعسفي	70
أولاً: دور القاضي في البحث في مدى توفر شروط تعديل العقد للشرط التعسفي	70
ثانياً: دور القاضي في التصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان	72
المطلب الثالث: سلطات تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد	73
الفرع الأوّل: سلطة تدخل القاضي في حالة وجود الظروف الطارئة	73
أولا: شروط تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة	74
ثانيا: سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة	74
الفرع الثانّي: سلطة تدخل القاضي في حالة وجود التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي	76
أولا: سلطة القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي	77
ثانيا: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي	77

الفرع الثالث: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة (الأجل القضائي)	**78**
أولا: الضوابط القانونية في منح القاضي لنظرة الميسرة	**79**
ثانيا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة(الأجل القضائي)	**79**
خاتمة	**82**
قائمة المراجع	**85**
الفهرس	**100**

ملخص

تناولت هذه الدراسة القاضي والحرية التعاقدية، هذه الأخيرة تعتبر أحد المبادئ التي يرتكز عليها سلطان الإرادة في نظرية الالتزامات المقدسة والمكرسة عبر العصور في أغلب التشريعات منها التشريعين الجزائري والفرنسي.

فالأصل وفقا لهذا هذا المبدأ وجوب احترام القاضي الحرية التعاقدية فلا يمكنه التدخل والحلول محل إرادة أطراف العقد، إلا أن هناك حالات تستدعي تدخله دون الحاجة إلى رضا أطراف العقد مراعاة لمصلحتهم وذلك بناء على أسس واعتبارات للحد من هذا المبدأ وذلك عن طريق منحه سلطات واسعة حتى لا تكون الإرادة أداة هيمنة واستغلال.

فالتسليم بوجود مبدأ الحرية التعاقدية يعني كذلك التسليم بوجود سلطات للقاضي إما لتكريس هذا المبدأ أو للحد منه من اجل اعادة التوازن للعقد في حالة ما اذا تم اخلاله من طرف احد طرفيه ، ومن هنا تكمن العلاقة بين القاضي والحرية التعاقدية.

Summary

The subject of this study is the judge and contractual freedom, the latter being one of the basic principles on which the authority of the will is based.

The principle, according to this principle is that the judge must respect contractual freedom, he can’t interfere and replace the will of the contract’s parties, however there are cases that require the intervention of the judge without the need to the consent of the parties considering their interest based on foundations and considerations to limit this principle by giving him powers so the will doesn’t become a tool of domination and exploitation.

Recognizing the existence of the principle of contractual freedom also means recognizing judge’s power either to establish this principle or to limit it, in order to restore the balance of the contract in the event that it was breached by one of its parties, thus this is the relationship that lies between the judge and contractual freedom.