جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

# ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في القانون المدني الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

خنوس أميرة

لعرابي ليندة

تحت إشراف الأستاذة:

د. سقلاب فريدة

## لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):بن عبد الله صبرينة..... ..رئيسا.

الأستاذة: سقلاب فريدة ..... مشرفا ومقررا .

الأستاذ(ة): براهيمي زينة..... ممتحنة.

السنة الجامعية: 2025/2024

بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وعرفان

بعد الحمد لله رب العالمين، نود أن نتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذة الفضيلة "**سقلاب فريدة**" التي قبلت الإشراف على هذه المذكرة، فلولا دعمك وتوجيهاتك وصبرك في شرحك لما وصلنا إلى هذه اللحظة التي نفتخر بها كثيرا.

كما نود أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم قراءة وتقييم هذه المذكرة، وكل أساتذة جامعة عبد الرحمان مية بجامعة بجاية.

كما يسرنا أن نشكر كل من بذل جهدا في إتمام هذا المشروع سواء كان من قريب أو من بعيد.

**إهداء**

ما خطونا البدايات إلا بتوفيقه، وما بلغنا النهايات إلا بكرمه

فالحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

أهدي جهدي أولا إلى نفسي التي لم تخذلني يوما ما.

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي **"أمي"** الغالية أمد الله في عمرها، وجزاها الله عني خير الجزاء.

إلى من كان لنا قدوة ومصدر إلهام في كل خطوة "**أبي**" جزاه الله خيرا وأطال الله في عمره.

إلى أختي الصغيرة "**ياسمين**" وفقك الله في دربك، وجعل التوفيق رفيقك في كل خطوة.

إلى من رفقتني في هذا العمل خطوة بخطوة "**ليندة**".

وإلى كل من أحب رؤيتي في هذا المكان

فالحمد لله رب العالمين.

**خنوس أميرة**

**إهداء**

بسم الله الرحمان الرحيم الذي ما نجحنا إلا بفضله ورضاه والحمد لله الذي بفضله تتحقق الغايات

ها أنا اليوم أقف على أعتاب نهاية مرحلة وبداية أخرى سنوات قضيتها بين قاعات المحاضرات

وأروقة المكتبات وصفحات كتب القانون في رحاب جامعة عبد الرحمان ميرة فلم تكن رحلة

دراسة القانون سهلة بل كانت مليئة بالتحديات تعلمنا فيها كيف نصنع رأينا ونؤمن بأن للكلمة قوة وللحق صوت لا يسكت.

أهدي هذا النجاح " **لنفسي**" الطموحة أولا التي بلغت حلمها بعدما طال انتظاره وإلى كل من سعى معي لإتمام مسيرتي الجامعية.

إلى من دعمني بلا حدود وأعطاني بلا مقابل داعمي الأول وقوتي من بعد الله أطال الله في عمره "**أبي الغالي** "

إلى الإنسانة العظيمة التي سهلت لي الشدائد بدعائها، إلى قرة عيني وقدوتي في الحياة أطال الله عمرها " **أمي الغالية**"

إلى من شاركني التعب والدموع والضحكات، وإلى من كان لدعائهن وتشجيعهن بالغ الأثر في وصولي "**أخواتي الحبيبات** "

إلى الكتف الثابت الذي لا يميل، إلى من شددت عضدي بهم فكانوا لي ينابيع أرتوي منها "**إخواني**"

إلى من كانت لي أختا وصديقة قبل أن تكون إبنة خالتي "**نسرين**"، وأنيسة القلب إبنة عمتي "**مريم**"

إلى رفيقة الدرب من رفقتني في هذا العمل خطوة بخطوة "**أميرة**"

وأخيرا أهديكم هذا الإنجاز وثمرة جهدي الذي لطالما تمنيته وفعلا من قال أنا لها نالها وانا لها وإن أبت رغما عنها أتيت بها فالحمد لله على البدء والختام.

**لعرابي ليندة**

# قائمة لأهم المختصرات:

**أولا: باللغة العربية**

ج ر ج ح: جريدة رسمية الجمهورية الجزائرية

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

**ثانيا: باللغة الفرنسية**

P : page
Op.Cit : Opus Citatum

# مقدمة

## مقدمة

يرتكز العقد على مبدأ أساسي في إنشاء التصرفات القانونية وإحداث آثار قانونية، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتمتع الأفراد بحرية واسعة في إبرام العقود من عدمها والاتفاق على مضمون العقد وشروطه كيفما اتجهت إرادتهم، ويعتبر كل ذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يلعب دورا مهما في إبرام التصرفات القانونية، فيسعى الأشخاص من خلالها للتعبير عن إرادتهم سواء كانت إيجابا أو قبولا، بنية إحداث آثر قانوني.

بالرغم من أن إرادة الأشخاص لها أهمية بالغة في إنشاء المعاملات بين الأفراد وحظيت باهتمام كبير من طرف المشرع، إلا ان على الأشخاص ممارستها في الحدود التي رسمها القانون باعتبارها مقيدة من طرف المشرع بضوابط تنظمها وتحدد نطاقها، فعليهم احترامها وعدم الخروج عنها حماية للمصلحة العامة، إذ تعتبر قيود وقائية تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس بحريتهم حيث تنص المادة 106 من القانون المدني على ما يلي:<<**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**>>[1] يتضح من نص المادة هذه أن العقد المبرم بين المتعاقدين هو القانون المطبق، فلا يجوز التعديل منه إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة أو بموجب نص قانوني، وفي هذا السياق نجد المشرع أورد العديد من النصوص القانونية، سواء في القانون المدني أو قوانين في خاصة، لضبط حرية الأشخاص ووضع العديد من القيود، الهدف منها الحماية للمصلحة العامة والخاصة للمتعاقدين وذلك ابتداء من مرحلة تكوين العقد إلى غاية مرحلة إنهاءه.

وضع المشرع في مرحلة تكوين العقد ضوابط تتعلق بفكرتي النظام العام و الآداب العامة، كما فرض أيضا شكليات معينة، سواء لانعقاد العقد أو لإثباته، تفاديا لما قد يواجه الأطراف من عراقيل في المستقبل، أما في مرحلة تنفيذ العقد فقد سمح فيها المشرع للقاضي بالتدخل، عن طريق استعمال سلطته التقديرية، لإعادة التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف من

[1] أمر رقم75 –58 مؤرخ في 26سبتمر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج رج ج، عدد 78، صادر في 30سبتمبر1975، معدل ومتمم.

أي تعسف، وصولا إلى مرحلة إنهاء العقد، التي يمكن للقاضي أن يتدخل و يمارس سلطته إما بإبطال العقد او فسخه، متى اقتضت الضرورة ذلك ووجدت أسباب قانونية تبرر ذلك.

يتميز موضوع ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في القانون المدني الجزائري بمكانة هامة في مجال العقود، حيث تكمن أهميته في تبيان المشرع لنا كيفية التعامل في هذا المجال خاصة مع تزايد المعاملات وتنوعها مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي بين لنا أهمية تحديد حدود الحرية التعاقدية، خاصة في مجال القانون المدني الواسع، وذلك للحد من ضياع الحقوق خاصة تلك المتعلقة بالأطراف الضعيفة في العقد، وتحقيقا للعدالة واستقرار المعاملات.

تتمثل اسباب اختيارنا لهذا الموضوع في أنه من الناحية الموضوعية يعتبر موضوع ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في القانون المدني الجزائري، من أهم المواضيع التي يتعامل فيها الإنسان يوميا، عن طريق إبرام العديد من التصرفات القانونية التي تشغل بالهم كثيرا، نظرا للقيود التي وضعها المشرع على حريتهم، خوفا منهم أن يفرض عليهم ضوابط تعجيزية، أما من الناحية الذاتية فيندرج هذا الموضوع ضمن تخصصنا الأكاديمي فضلا عن اهتمامنا بمجال العقود، حيث يسمح لنا بدراسة وفهم القيود الواردة على الحرية التعاقدية بشكل أفضل وإثراء معرفتنا في هذا المجال.

أثناء دراستنا لهذا الموضوع وجهتنا بعض الصعوبات من ناحية المراجع وذلك بالنظر إلى أن هذا الموضوع يشتمل على عدة زوايا خاصة في القانون المدني، وبالتالي نجد بأنه لا توجد مراجع خاصة به فنجده متفرق بين عدة كتب فلم يتم التطرق إليه بشكل خاص في دراسة معينة.

لدراسة موضوع ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في القانون المدني الجزائري، تتبادر في أذهاننا الإشكالية التالية: **هل وفق المشرع الجزائري في ضبط الحرية التعاقدية للأشخاص ضبطا كافيا في القانون المدني لهدف تحقيق المصلحة العامة للأفراد؟**

للإجابة على هذه الإشكالية قمنا بإتباع كل من المنهج الوصفي والتحليلي، ويظهر ذلك من خلال الوصف الدقيق والواضح للموضوع، وتحليل مختلف النصوص التي تتعلق به.

لدراسة هذا الموضوع تم تقسيمه إلى:

**الفصل الأول: ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.**

**الفصل الثاني: ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تنفيذ العقد وإنهائه.**

# الفصل الأول

## ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص

## في مرحلة تكوين العقد

بما أن الإرادة هي جوهر العقد فهي مبدأ أساسي لتكوين العلاقة العقدية، وهذا ما عبر عنه المشرع بمبدأ سلطان الإرادة، فإرادة الأطراف وحدها هي المسؤولة عن انشاء العقد وإحداث أثر قانوني من عدمه، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ ليس بشكل مطلق إنما وردت عليه بعض الضوابط سواء من حيث شكله أو موضعه التي تحد من القوة الملزمة للعقد حماية للمصلحة العامة من مرحلة تكوين العقد إلي غاية تنفيذه وإنهائه، فأولها مع ضوابط تتعلق بالنظام العام والآداب العامة بما أنها فكرة متصلة مباشرة بالمجتمع، فهي ليست حديثة ولها جذورها التاريخية في جميع الأنظمة القانونية إذ يعتبر من الدعائم التي تقوم عليها مختلف القوانين، غايتها استقرار المجتمع، وتختلف هذه الفكرة من دولة إلى أخرى وكذلك باختلاف الظروف الزمانية والمكانية، فالمشرع لم يكتف بالتراضي في بعض العقود بين المتعاقدين وإنما يستلزم شكلا معينا تحت طائلة البطلان، وهذا ما يسمي بضابط الشكلية، إذ يتطلبها في بعض العقود إما لصحتها ولإثباتها لإحداث أثر قانوني.

سنعالج في هذا الفصل، ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد وسيتم تقسيمه إلى مبحثين، بحيث ندرس فكرتي النظام العام والآداب العامة كضابطين على الحرية التعاقدية للأشخاص (المبحث الأول) وكذلك الشكلية كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد (المبحث الثاني).

# المبحث الأول

# النظام العام والآداب العامة كضابطين على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد

باعتبار فكرتي النظام العام والآداب العامة قيد على حرية الأشخاص أثناء اتفاقهم وابرام تصرفاتهم القانونية، فلا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقهم على ما يخالفها، فإذا انحرفوا عن هذا النظام يكون اتفاقهم باطلا بطلانا مطلقا، فعلى كل من المتعاقدين الأخذ بعين الاعتبار كل من فكرتي النظام العام والآداب العامة، من خلال هذا المبحث سنتطرق إلي مطلبين بحيث نعالج مفهوم فكرتي النظام العام و الآداب العامة (المطلب الأول )، ثم نقوم بمعالجة مظاهر تقييد حرية الأشخاص التعاقدية بفكرتي النظام العام والآداب العامة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## مفهوم فكرتي النظام العام والآداب العامة

تنوعت مفاهيم النظام العام والآداب العامة عند الفقهاء، وهذا راجع إلى اتساع مضمونه إلا أنها تدور كلها حول المحافظة على المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد، فهي مرتبطة بمبادئ سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية[1].

رغم ظهور النظام العام في أزمنة بعيدة، إلا أنه بقي من المفاهيم القانونية المستعصية التي تتميز بالإبهام والغموض، وقد قيل في هذا الشأن أن النظام العام مغامرة على الرمال الزاحفة أو هو المسلك المحاط بالأشواك، لذلك تعد فكرتي النظام العام والآداب العامة من أدق الأفكار القانونية لتعدد مجالاتها و مصادرها، حيث لم تنبع من التشريع فقط بل كان للقضاء والفقه أيضا دور في وضعها، باعتبارها تتسم بالمرونة وفق كل ظروف المجتمع، فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة

[1] مصطفي العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص637.

نظرا لمقتضيات النظام العام والآداب العامة كقيود على الحرية التعاقدية، إذ يمنع التعامل في بعض التصرفات، هذا ما جعل فكرتي النظام العام والآداب العامة أمران ضروريان لكل الأفراد[1].

يعرف النظام العام بعناصره التقليدية الثلاثة: الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة حيث لم يقم المشرع بتعريفه نظرا للتطورات الحاصلة في جميع النواحي، كذلك الأمر بالنسبة للآداب العامة فالمشرع لم يعط لها تعريفا إلا أنه قد تم تعريفها من طرف بعض الفقهاء على أنها مجموعة من القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين وهي وليدة المعتقدات المورثة و العادات المتصلة بما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس[2].

## الفرع الأول

## تعريف النظام العام والآداب العامة

لم يعرف المشرع الجزائري النظام العام والآداب العامة، وكذلك غيره من التشريعات المقارنة مثل المشرع الفرنسي الذي ترك أمر تعريفهما للفقه والقضاء، إذ أشار إليها في بعض النصوص القانونية، دون أن يحدد تعريف لهذه الفكرة، رغم دورها وأهميتها الكبرى في المجتمع.

### أولا: التعريف الفقهي

بالرجوع إلي كتابات الفقهاء التي تناولت فكرتي النظام العام و الآداب العامة نجدها وجدت الكثير من الصعوبات، إذ لم يقدم تعريف محدد و دقيق لفكرتي النظام العام و الآداب العامة، بما أنهما فكرتان غامضتان في كل زمان و مكان لذلك أورد بعض الشراح سواء الغربيين أو العربيين بشأنها بعض التعريفات[3]:**الفقيه "أيسمن**" بأنها قواعد النظام العام هي تلك الموضوعة لحماية المصالح حتى الفردية منها، التي تعتبر أساسية المحافظة على السلام وازدهارا المجموعة الاجتماعية موضوع الاهتمام، وعرفها **الفقيه "كابتان** " النظام العام هو مجموعة المؤسسات والقواعد الهادفة في بلد معين إلى المحافظة على حسن الأداء العامة والأمن والآداب في

[1] فيلالي علي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر،2013، ص278.

[2] المرجع نفسه، ص278.

[3] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص438.

المعاملات بين الأفراد، والتي لا يمكن مبدئيا لهؤلاء استبعادها في علاقاتهما النظام العام هو نظام الدولة أي تنظيم المؤسسات والقواعد التي لا غنى عنها في ممارسة وظائفها والاعمال التي تقوم بها أما **الفقيه "ديموغ"** فيرى أن النظام العام يتألف من الأفكار التي كونها ضرورية المجتمع مستبعدا الحرية بشأنها، لأنه يعتقد بأن هذه الأفكار تشكل الحقيقة.

**الفقيه "هيمار"** النظام العام هو مجموعة القواعد الموضوعة من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع.

**الفقيه" دوغي"** لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها.

قال الأستاذ السنهوري :<< **القواعد القانونية التي من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق المصلحة العامة سياسيا أو اجتماعيا أو اقتصاديا، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة أفراد>>**[1].

كما عرف حسين كيرة النظام العام على أنه:<< **مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التي تقوم عليها بناء الجماعة و كيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليه>>**[2].

## ثانيا: موقف المشرع الجزائري

حقيقة إن عدم وضع المشرع لتعريف دقيق للنظام العام و الآداب العامة بنص تشريعي كان على صواب، نظرا لمرونته واتساع نطاقه، فترك المجال للاجتهادات القضائية، مع الأخذ بعين الاعتبار كل ظروف المجتمع مع ضروريات حماية مصلحته، فقد أشار المشرع في حدثيه بلفظ البطلان في التصرفات القانونية في ركنين المحل والسبب بما أنهما ركنين أساسين للعقد، هذا من خلال المادة 93 من القانون المدني التي تنص على أنه:<< **إذا كان محل التزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا>>**[3]، بمعنى أنها تتعلق بأحد

[1] فيلالي علي، المرجع السابق، ص279.

[2] كيرة حسين، المدخل إلى القانون ( النظرية العامة للحق)، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1973، ص47.

[3] أمر رقم75 –58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المبادئ القانونية المرتبطة بالعقود والتصرفات القانونية، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وكذلك المادة 97 من القانون المدني التي تنص:<< **إذ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا>>**، نستنتج من خلال هذا النص، أنه يجب أن تكون كل المعاملات المبرمة بين المتعاقدين أثناء توافق إرادتهما وفق للنظام العام والآداب العامة[1]، إلا كان العقد باطلا.

أشار أيضا المشرع في نصوص قانونية إلى فكرتي النظام العام والآداب العامة، مثلا المادتين 97 و204 من القانون المدني، حيث تنص المادة 204 على أنه:<<... **لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط مخالف للآداب والنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام** >>، وفي المقابل ذكر فقط النظام العام في المادة 161 من القانون نفسه التي تنص على أنه:<< **يقدر القاضي، عند عدم النص لما إذا كان هناك التزام طبيعي وعلى أي حال فأنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام>>**، إلا أنه يبقى من الصعب تحديد فكرتي النظام العام والآداب العامة أو وضع تعريف جامع مانع لهما، لأن كلاهما لديها الأولوية في العلاقات القانونية مهما كان مجالها ، ومصلحتها اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وتتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد[2].

## الفرع الثاني

## مصادر النظام العام والآداب العامة

من خلال التعاريف السابقة سنتطرق في هذا الفرع إلى مصادر فكرتي النظام العام والآداب العامة وذلك من خلال أن النظام العام مصدره تشريعي (أولا) النظام العام قضائي(ثانيا).

[1]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص79.

## أولا: النظام العام مصدره تشريعي

اقتصر النظام العام على نطاق محدود جدا بخصوص الحرية العقدية، بحيث حماية لهذا الحق بحيث تولى المشرع تكييف مختلف النصوص القانونية إن كانت من النظام العام أو لا من بينها المواد97 ،107، 114من القانون المدني[1]، وبالتالي يكون النص القانوني وفق النظام العام كلما كانت تمنع أحكامها مخالفتها، وفي هذا الصدد يقول محمود حسن حسين« **فعل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآدب تعتبر قواعد آمرة لا يمكن للأفراد مخا لفتها**»[2].

## ثانيا: النظام العام مصدره قضائي

قد يغفل المشرع في تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص، فيمكن أن لا يتضمن منعا أو ترخيص على ما يخالفها كالمادة 112من القانون المدني التي مفادها: «**يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن** »، بالإضافة إلي المواد40، 121 ،124 من القانون المدني[3] مثل هذه النصوص، بناء على الغرض من الحكم، قد اكتفت بذكر الحكم القانوني دون توضيح ما إذا كان يمكن مخالفتها لذلك تعود السلطة التقديرية للقاضي فإذا كان يتعلق بالمصلحة العامة فتكييفه من النظام العام لا يمكن حينئذ مخالفتها، أما فكرة الآداب العامة لا يقتضي حتما وجود نص قانوني، فقد يستنتجها القاضي من القيم العامة للقانون، أو من المبادئ الأخلاقية التي يلتزم بها المجتمع، ومنه إذا كان اتفاق المتعاقدين يخالف أي قاعدة قانونية و يعتدي على أي حرية من الحريات العامة أو الآداب العامة، فإنه يكون باطلا لأنه يخل بالنظام العام [4] .

استنادا إلى ذلك، يعتبر الاجتهاد القضائي المصدر الثاني للنظام العام، فهنا القاضي يكاد أن يكون مشرع في هذا المجال المرن إذ يهتم بقواعد أساسية فقط.

---

[1]أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] فيلالي علي، المرجع السابق، ص ص 213– 212.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]فيلالي علي، المرجع السابق، ص ص282–283.

## الفرع الثالث

## مجال النظام العام

يمكن تحديد نطاق فكرة النظام العام، وهذا راجع إلي عدة زوايا و تأثره بمبدأ سلطان الإرادة و حرية التفاوض، إلا أن هناك جانبين رئيسيين، بحيث يتمثل الجانب الأول في المفهوم التقليدي لهذه الفكرة، وهو ما يعرف بالنظام العام السياسي والأخلاقي (أولا)، أما الجانب الثاني يتمثل في المفهوم الحديث لهذه الفكرة الذي أظهر الكثير، من التحولات والتطورات وهو النظام العام الاقتصادي(ثانيا) [1].

### أولا: النظام العام السياسي والأخلاقي

إن النظام العام السياسي، كما ذكرنا سابقا، مفهوم كلاسيكي لمبدأ سلطان إرادة وحرية التعاقد في ظل المذهب الفردي بحيث يرتكز على عدة قيود تحد من مجال الإرادة و العلاقة التعاقدية[2]، المبنية على المساواة بين الأطراف المتعاقدة في تحقيق التوازن العقدي، وبالتالي كل اتفاق يخالف أحكام المسائل التي ينظمها القانون، أي كل اتفاق يخالف نظام الحكم الذي يجسد على شكل قواعد دستورية، تنظم المصالح الإدارية والقوانين المتعلقة بالضرائب وكذلك أحكام القانون الجنائي، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام، وإذا انتقلنا إلى روابط القانون الخاص فنجد معظمها تتعلق بفكرة النظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق عما يخالفها، ومن تطبيقات النظام العام نجد الحالة الشخصية للإنسان تعتبر من الحالة المدنية له، اسمه جنسيته فلا يمكن الاتفاق على ما يخالف ذلك، أما عن تطبيقات الآداب العامة فهي متنوعة كالعلاقات الجنسية الغير مشروعة فكل اتفاق على مواصلة علاقة جنسية غير مشروعة يعد باطلا،[3] فكل

---

[1]بو فلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008، ص64.

[2]المرجع نفسه، ص70.

[3]خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص ص80-81.

العناصر المتعلقة بالنظام العام التي يجب توفرها في المجتمع غايتها الوحيدة حماية أوضاع المجتمع من أي خلل، ومنها المسائل المرتبطة بالأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة.

## 1_الأمن العام:

يعتبر الأمن العام إحدى العناصر المهمة للأشخاص في النظام العام التقليدي لتوفير الاستقرار والائتمان على أنفسهم وأموالهم وكل ممتلكاتهم[1]، وتحقيقا لهذا الهدف في الظروف العادية أو الاستثنائية و توفير مختلف الإمكانيات والاحتياطات لمواجهة الأخطار الواقعة أومحتملة الوقوع سواء كانت طبيعية كالفيضانات و الزلازل، أو غير طبيعية أي بفعل الإنسان كالجرائم مثل السرقة أو أعمال العنف، لذلك يجب الحفاظ على الأمن العام للدولة وتطويره[2] وذلك من خلال مراقبة

وتنظيم عدد كبير من الميادين التي لها علاقة بممارسة الحريات العامة منها المحافظة على الأمن العمومي عبر الطرق، هذا بمقتضي المرسوم التنفيذي رقم 04-381 المحدد القواعد حركة المرور عبر الطرق[3].

## 2-الصحة العامة:

تدخل الصحة العامة كعنصر ثاني من عناصر النظام العام في حماية الصحة العامة للإنسان من مختلف الأوبئة ووضع كل التدابير الوقائية التي يجب أن يتمتع بها كل مجتمع من خلال الصحة العامة[4]، كالمحافظة على سلامة مياه الشرب ونظافة الأماكن العامة، لقد شهدت الصحة العامة في الأونة الأخيرة أهمية كبيرة نظرا لازدياد عدد السكان وانتشار الأمراض في القديم لم تكن معروفة بشكل رهيب، وهذا ما يؤدي إلي اقتصار مصطلح الصحة العامة ليس فقط

---

[1]إمخلوفن يوبا، حدود النظرية الحديثة للعقد في ظل النظام الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية،2024، ص12.

[2]تريغة نوارة، "تطور عناصر النظام العام"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد01، العدد02، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص94.

[3] مرسوم تنفيدي رقم 04-381 مؤرخ في 28 نوفمبر 2004، يحدد قواعد حرية المرور عبر الطرق، ج ر ج ج، عدد 62، صادر في20 نوفمبر2011.

[4]إمخلوفن يوبا، المرجع السابق، ص13.

على صحة الأفراد أو الأماكن وإنما على المنشآت الصناعية والتجارية، لذلك يجب توفر كل المعايير الصحية فيها عند إنشائها واستخدامها[1].

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة، بحيث تنص المادة15منه على أنه:<< **تنفذ الدولة الترتيبات من أجل الوقاية من الأمراض المنتقلة والغير منتقلة ومكافحتها قصد تجسيد الحالة الصحية للمواطنين ونوعية الحياة للأشخاص**>>[2]، كما أن السلطات لها دورا فعال في اتخاذ و تطبيق كل الإجراءات اللازمة للوقاية من انتشار الأمراض مثل فترة كوفيد19، حيث تدخلت الدولة باتخاذ بعض التدابير حماية للمواطنين عن طريق القيام بالحجر الكلي عليهم في وقت معين بتحديد ساعة الدخول و الخروج.

## 3-السكينة العامة

بما أن النظام العام بالمفهوم الكلاسيكي وضع من أجل المحافظة على الأسس الأساسية للمجتمع وحماية كل التصرفات والمعاملات التي تهدد الانسان، وتزويده بكل من الهدوء والسكينة ومنع مظاهر الإزعاجات والمضايقات، خاصة في أوقات الراحة، كعطلة نهاية الأسبوع، مثلا أبواق السيارات التي غالبا ما تمنع بعد الساعة العاشرة ليلا، التي تقوم السلطات بمنعها عن طريق إلزام المشرع الوالي بالتدخل لحماية السكينة العمومية[3]، وهذا ما تنص عليه المادة 114من القانون رقم 12-07المتعلق بالولاية والتي تنص على أنه: << **الوالي مسؤول على المحافظة عن النظام العام و الأمن والسلامة و السكينة العمومية**>>[4]، ضف إلى ذلك مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره هو الأخير لديه سلطة إدارية محليا، حيث تنص المادة 88 فقرة 3 من قانون البلدية رقم

[1]تريغة نوارة، المرجع السابق، ص97.

[2]قانون رقم 18-11 مؤرخ في02 يوليو2018، يتعلق بالصحة، ج رج ج، عدد46، صادر في 29 يوليو2018، معدل ومتمم.

[3]تريغة نوارة، المرجع السابق، ص98.

[4]قانون رقم 12-07 مؤرخ في 2012/02/21، يتضمن قانون الولاية، ج ر ج ج، عدد12، صادر في 2012/02/29.

11_10 المتعلق بالبلدية على أنه:<<...**السهر على النظام العام و السكينة و النظافة العمومية** >>[1].

لذلك تعد السكينة العمومية من أبسط حقوق الفرد على الدولة والمجتمع، فلديهم الحق في أن يعيشوا في هدوء وراحة نفسية ولا يتحقق هذا إلا بتوفر سلطات معينة للقضاء على كل مصادر الإزعاج.

## ثانيا: النظام العام الاقتصادي

يعد القانون وليد الواقع مع ضرورة ملائمته كلما كان ذلك ضروريا، وهذا ما جعل أحكام النظام العام مرنة ونسبية بحيث تختلف حسب الزمان والمكان وهذا راجع إلى التطورات التي يعرفها المجتمع[2]، وهذا ما جعل تدخل الدولة تدريجيا في مختلف الأنشطة خاصة النشاط الاقتصادي باعتباره مؤشر رئيسي لاستقرار الأوضاع السياسية والاجتماعية داخل الدولة[3]، وهذا ما يعرف بفكرة النظام العام الاقتصادي، حيث تتدخل الدولة من أجل تقييد الأنشطة الاقتصادية والفردية، كاتخاذ تدابير التسعير الجبرى، وتدابير الاقتصاد الخاص بالأزمات، وتدابير التموين وإشباع الحاجيات الضرورية أو الملحة، وغيرها من التدخلات غايتها الحفاظ على النظام العام الاقتصادي وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، فيكون هذا اهتماما وجهيا بالنظام[4] العام الاقتصادي وهذا ما يتفرع إلى النظام العام الحمائي (1) والنظام العام الاقتصادي التوجيهي(2).

---

[1]قانون رقم 11- 10 مؤرخ في 2011/06/22، يتضمن قانون البلدية، ج ر ج ج، عدد37، صادر في03 07/ 2011، معدل و متمم.

[2]إمخلوفن يوبا، المرجع السابق، ص14.

[3]تريغة نوارة، المرجع السابق، ص102.

[4]سحيري مراد، محتار بن حامد، النظام العام والعقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2020، ص29.

## 1-النظام العام الاقتصادي الحمائي:

بالنسبة للنظام العام الحمائي أو الاجتماعي فالمشرع الجزائري كان يود حماية كل المنافع الشخصية للأفراد من أجل تحقيق التوزان في العقود و العدالة الاجتماعية، وهذا بفضل الحقوق التي تعطي للطرف الضعيف في العلاقة العقدية والتقييد من تعسف الطرف القوي[1].

الحقيقة أن فكرة حماية الطرف الضعيف ليست وليدة التشريعات الخاصة بل هي أساس لضمان العدالة والمساواة في التعاملات بين الأطراف المختلفة، ولذلك هناك أوامر في القانون المدني تسعى إلى حمايته سواء في المجالات الاقتصادية والاجتماعية[2]، حيث يعتبر نظام عام نسبي في مجال العقد، هذا ما أدى إلى توسيع الضوابط القانونية للحرية التعاقدية، ولذلك عن طريق تغيير كل المستجدات اقتصاديا واجتماعيا، فهو حامي للمصلحة العامة قبل المصلحة الخاصة، وهذا ما منع تسلط الجانب القوي أثناء التعاقد مع الطرف الضعيف و ضبط إرادته[3].

إن هذا الأمر جعل المشرع يتدخل لتحقيق التوازن العقدي، كتحديد الأجرة في عقد الإيجار وكذلك تدخل لتحديد أوقات العمل بالنسبة لعقد العمل، كما منح المشرع للقاضي السلطة في تفسير وتكييف العقد كذلك لتعديل الشروط التعسفية يمليها الطرف القوي على الطرف الضعيف كما هو الحال في العقود الإذعان[4]، حيث تنص المادة 110من القانون المدني على أنه<< **إذ تم العقد بطريقة الإذعان جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها و ذلك لما تفتضيه العدالة>>**[5]، من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع منح للقاضي كل الصلاحية لتعديل الشروط التعسفية، وإعفاء الطرف المذعن بما أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

---

[1]بوروح منال، "مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد02 كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2017، ص291.

[2]فيلالي علي، المرجع السابق، 295.

[3]عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون المدني والفقه، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان،2016، ص 226.

[4]عمري ليدية، أيت أوقاسي نصيرة، دور الإرادة في إنشاء الالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية، 2016، ص64.

[5]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

## 2-النظام العام الاقتصادي التوجيهي:

يظهر من خلال التعريف الحديث للنظام العام الاقتصادي التوجيهي أنه :"مجموعة من القواعد الملزمة التي تحكم العلاقات التعاقدية السياسة الاقتصادية الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة"، فهي قواعد قابلة للتغير التي يقوم عليها النظام العام، سواء كان اجتماعي أو سياسي أو اقتصادي أو أخلاقي،[1] في حين إ ذا خالفت هذه الأنظمة يؤدي إلى البطلان المطلق بحيث النظام التوجيهي يوجه الأفراد إلى احترامها من كل النواحي، بحيث يهدف إلى المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد، لذلك يمكن تعيين الأنظمة المحمية وفق النظام العام التوجيهي على غرار :

أ-النظام العام الاجتماعي بما فيه نظام العائلة، كالزواج، والأهلية والجنسية والإرث.

ب-النظام السياسي المتجسد بالقوانين الدستورية والتشريعية والإدارية والقضائية والحريات العامة ووظائف المؤسسات العامة.

ج -النظام الاقتصادي و قوامه القوانين المنظمة للملكية الفردية، فالنظام العام الاقتصادي هو بعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة في تنظيمها و ضبطها حماية للمستهلك أو صاحب المهنة أو الامتياز، وكذلك القوانين الخاصة بانتقال الملكية والوصايا، مع العلم أن تدخل المشرع بموجب قواعد آمرة متصفة بالنظام العام ، أصبح أمرا ملحوظا في النظام الاقتصادي المعاصر[2].

د-النظام العام الأخلاقي قوامه المبادئ السلوكية في مجتمع معين والتي تعتبر ضمانة أخلاقية للفرد والجماعة.

هـ-الإجراءات القضائية والمحاكمات الحامية لحقوق الانسان والتنظيم القضائي وعمل المحاكم تكون المصلحة العامة ومصلحة الأفراد هي محور هذا العمل.

---

[1] سحيري مراد، المرجع السابق، ص14.

[2] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص446.

فكل عقد يمس بهذه الأنظمة يكون مصيره البطلان المطلق، لأنها تهدف إلى حماية المصلحة العامة دون المصلحة الخاصة، هذا ما أحاطه المشرع بالحماية المتشددة[1].

## المطلب الثاني

## مظاهر تقييد حرية الأشخاص بفكرتي النظام العام والآداب العامة

تقيدت قواعد النظام العام بضوابط يجب احترامها وعدم مخالفتها، سواء تعلق الأمر بالنظام العام التقليدي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، لكن بالنسبة لهذا الأخير زيادة على الأمور التي يجب عدم مخالفتها، نجد بأنها تسعى إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا واجتماعيا[2]، وذلك بتدخل المشرع وإلزام أطراف العلاقة العقدية بأحكام معينة.

تدخل المشرع عند وضع النظام العام التقليدي أو الاجتماعي أو الاقتصادي بواسطة فرض قيود على إرادة المتعاقدين بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولمعالجة هذه المسألة سنتطرق إلى كيفية ضبط المشرع لحرية إبرام العقد (الفرع الأول) ثم إلى تدخل المشرع في مضمون العقد (الفرع الثاني) ثم إلى تدخله لصرف أثار العقد إلى الغير ( الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### ضبط المشرع لحرية إبرام العقد

الأصل العام أن للأفراد كل الحرية في إبرام كل العقود من عدمها، وحتى في اختيار الأشخاص التي تتعاقد معهم، إلا أن في بعض الأحيان لا تقتصر إبرام العقود على حرية الأطراف، فقد يتدخل المشرع في بعض الأحيان لضبط حرية الأفراد، إما عن طريق إلزامهم بالدخول في علاقات تعاقدية مع أشخاص معينة دون أن يكون لهم الحق في الاختيار، كما هو الحال بالنسبة للمؤجر، فإنه يلتزم بالتعاقد مع من يعطيهم القانون حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن عن طريق الإيجار[3]، أو حتى عن طريق جبر الأطراف على الدخول في علاقات

[1] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص447.

[2] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص74 .

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

تعاقدية، ومن الأمثلة الشائعة على ذلك نجد في عقود التأمين، حيث تطرق قانون التأمين الجزائري إلى التأمينات الإلزامية، ويتبين ذلك من خلال إلزام كل مالك مركبة أو مستفيد بالاكتتاب بعقد تأمين يؤمن من خلاله الأضرار التي تترتب عن مركبته و تلحق أضرار للغير[1].

زيادة على إلزام المشرع للأفراد على التعاقد مع أشخاص معينة أو جبرهم على الدخول في علاقات تعاقدية، قد يتدخل في بعض الأحيان ليمنع فئة معينة فقط من إبرام بعض العقود، كمنع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يمارسون فيها أعمالهم[2].

قد يتدخل المشرع أيضا لضبط حرية الأطراف إذا كان محل العقد مخالف للنظام العام والآداب العامة، حيث استوجب المشرع أن يكون المحل الذي ينصب عليه العقد غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما أشار إليه في نص المادة 93 من القانون المدني حيث نصت هذه الأخيرة على أنه:**<<إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا>>.**

## الفرع الثاني

## تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد

الأصل العام أن العقد شريعة المتعاقدين ولأطراف العقد الحرية في الاتفاق على مضمون العقد، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها بشكل مطلق، حماية للنظام العام والآداب العامة والطرف الضعيف من كل تعسف، فقد يتدخل المشرع إما لتنظيم بعض العقود بنصوص آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها (أولا) أو بتوسيع من نطاق العقد(ثانيا).

[1] أمررقم74–15 مؤرخ في 30 جانفي1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، ج ر ج ج ، عدد 29 صادر في20 يونيو1988، معدل و متمم.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

## أولا: تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص آمرة

تدخل المشرع لتنظيم العقود بنصوص آمرة، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالمصلحة العامة، وذلك عن طريق إبطال بعض الاتفاقيات و أيضا فرض بعض الالتزامات، ومن بين العقود التي تم تنظيمها من طرف المشرع بنصوص آمرة نجد عقد الإيجار فيبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفاها عن المستأجر غشا، حيث نصت المادة 490 من القانون المدني على أنه: **<<يبطل كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني. ويبطل كل اتفاق يتضمن الاعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا>>** [1].

فيما يخص أيضا مسألة الكتابة في عقد الإيجار، تدخل المشرع بإلزام أطراف عقد الإيجار بتفريغه في قالب مكتوب، حيث نصت المادة 467 من القانون المدني على أنه: **<<ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كلان باطلا>>**[2]، ومنح محتل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل الإيجار في حالة عدم الكتابة[3]، كأن المشرع يريد معاقبة المستأجر عن عدم إفراغ عقد الإيجار في قالب مكتوب.

## ثانيا: التدخل التشريعي لتوسيع نطاق العقد

حماية للطرف الضعيف قد يتدخل المشرع لتوسيع نطاق العقد لتحقيق العدالة العقدية وذلك بفرض التزامات على الأطراف دون رغبتهم بذلك، ومثال ذلك مبدأ الالتزام العام بالإعلام الذي نص عليه المشرع في المادة 352 فقرة1 من القانون المدني التي تقضي بأنه :**<< يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و**

[1] قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 13 ماي2007، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في13 ماي، يعدل ويتمم الأمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق .

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 79.

**أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه>>**، حيث ألزم البائع بضرورة إعلام المشتري بالمواصفات التي يتمكن من خلالها التعرف على المبيع[1].

تدخل المشرع أيضا للتوسيع من مضمون العقد فيما يخص مسألة الضمان حيث نجد أنه أشار إلى ذلك بنصوص خاصة، ومن أمثلة العقود التي تدخل المشرع للتوسيع من نطاقها نجد عقد البيع، حيث تطرق في المادة 379 من القانون المدني على أنه:**<< يكون البائع ملزما للضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها>>**[2]، حسب نص المادة أعلاه نجد بأن المشرع ألزم البائع بالضمان في حالتين هما: حالة ما إذا كان المبيع قد خرج عن المواصفات التي تعهد البائع وقت التسليم بوجودها، وحالة ما إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو فائدته بحسب الهدف المقصود تحقيقه من عقد البيع حتى لو لم يعلم بهذا العيب.

زيادة على ذلك، نص على هذا الضمان في عقد الإيجار، حيث تنص المادة 483 من القانون المدني على أنه:**<< على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع.**

**ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر>>** باستقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع رتب على عاتق المؤجر الالتزام بضمان الأفعال التي تصدر منه، حيث على المؤجر أن يمتنع عن كل الأفعال التي تحد أو تنقص انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يقتصر هذا الضمان على الأفعال التي يقوم بها المؤجر بل تمتد لتشمل كل الأعمال التي يقوم بها تابعي المؤجر أو مستأجر أخر أو أي شخص تلقى عن المؤجر حق

[1] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] المرجع نفسه.

الإيجار، يشكل تعرض من شأنه أن يحرم المستأجر من الانتفاع بشكل كلي بالعين المؤجرة أو الإنقاص من هذا الانتفاع فقط[1].

إضافة إلى تدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد، فقد سمح للقاضي بالتدخل في بعض الأحيان، يعني ترك له السلطة التقديرية لتكملة إرادة الطرفين وذلك عند عدم اتفاقهما على المسائل التفصيلية، فيتدخل ليصدر حكم ليأخذ هذا الأخير محل إرادة الطرفين[2].

## الفرع الثالث

## تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير

كأصل عام فإن أثر العقد لا تنصرف إلا إلى المتعاقدين و خلفهما، أما الأجنبي عن العقد الذي لم يكن طرفا فيه، فلا ينصرف أثر العقد إليه، إلا أن المشرع خرج على القاعدة العامة وأورد عليها استثناءات قانونية، فبالرجوع إلى أحكام الدعوى المباشرة فتعتبر دعوى يرفعها الدائن على مدين مدينه، باسمه الشخصي ولحسابه الخاص فنجد المشرع قد خرج على مبدأ نسبية آثار العقد من جهة و على مبدأ المساواة بين الدائنين من جهة أخرى، فنظرا لأن هذه الدعوى حالة استثنائية فلا يمكن اللجوء إليها إلا في الحالات التي أشار إليها القانون بنص خاص، ومن أهم تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري نجد:[3]

المادة 619 من القانون المدني التي تشير إلى دعوى المضرور ضد شركة التأمين مباشرة للمطالبة بما في ذمتها للمسؤول المدني أي المؤمن له.

المادة 507 من القانون المدني التي تشير إلى دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن أو المستأجر الفرعي، إذ يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته من التزامات ناشئة من عقد الإيجار للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر.

---

[1]فرج الله دلال، فكرون خديجة، آثار الإيجار المدني في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022، ص33.

[2]بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 85.

[3]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني: العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004، ص235.

المادة 580 من القانون المدني التي تنص على دعوى كل من الموكل ونائب الوكيل قبل الآخر إذ يجوز على كل منهما أن يرجع على الآخر، وكذلك بالنسبة لنائب الفضولي المنصوص عليه في المادة 1/154و2و3 من القانون المدني.

المادة 565 من القانون المدني التي نصت على دعوى العمال والمقاولين من الباطن ضد رب العمل، حيث يستطيعون بموجبها أن يطالبوا بما في ذمة رب العمل للمقاول.

بجانب هذه الحالات، توجد التزامات أخرى يرتبها العقد في ذمة الشخص الأجنبي عن العقد أحيانا، ومثال على ذلك العقد الذي يبرمه أغلبية الشركاء في الشيوع فيكون الجميع ملزما على ما يستقر عليه رأي الأغلبية في أعمال الإدارة وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فرأي الأغلبية يلزم الأقلية[1].

## المبحث الثاني

## فرض الشكلية كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.

نظرا لتطور العقود، قد يخرج المشرع عن المعتاد ويفرض شكلية معينة على المتعاقدين [2] في بعض التصرفات، ويكون ذلك بتحديد أسلوب للتعبير عن الإرادة، بصورة إلزامية حماية لأطراف العقد، إذ تعتبر الشكلية كاستثناء على مبدأ الرضائية التي أخذ بها المشرع في المادة 59 من القانون المدني حيث تنص على أنه «**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**»[3]، باستقراء نص هذه المادة نجد أنه كمبدأ عام، يكفي تطابق الإيجاب بالقبول لإحداث أي أثر قانوني، لكن كاستثناء يتدخل المشرع لوضع حدود لهذه الإرادة و يؤدي تخلفها إلى وقوع البطلان ويكون ذلك إما بفرض شكلية مباشرة لتكوين العقد وانعدامها يؤدي إلى انعدام العقد(المطلب الأول )

[1] المادة 716 من الأمر 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] FRANCOIS COLLART DUTILLEUL, DELEBECQUE Philippe, contrats civils et commerciaux, 8e édition, Dalloz, Paris, 2007, P46.

[3] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أو شكلية غير مباشرة فيكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرف القانوني(المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## فرض الشكلية المباشرة كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.

تعتبر الشكلية المباشرة كقيد على الحرية التعاقدية للأشخاص، ويؤدي تخلفها إلى انعدام العقد، سميت بالمباشرة لارتباطها المباشر بتكوين العقد، إذ تعتبر كركن رابع لتكوين بعض العقود بالإضافة إلى ركن التراضي والمحل و السبب[1]، فتأتي هذه الشكلية إما بصورة عقد رسمي (الفرع الأول) أو كتابة عرفية (الفرع الثاني) أو بصورة إشتراط المشرع القيام بفعل أو إجراء ما (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### العقد الرسمي كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد

يتم التعرض في هذا الفرع لتعريف العقد الرسمي (أولا) ثم يتم التطرق إلى شروط صحة العقد الرسمي (ثانيا).

#### أولا: تعريف العقد الرسمي

إن العقد الرسمي أو المحرر الرسمي، هو الذي يطلق عليه اسم أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة [2]، حيث عرف المشرع العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على أنه << **العقد**

[1]فيلالي علي، المرجع السابق، ص303.

[2] بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ،الطبعة التاسعة، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص57.

**الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»**[1]

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع عالج مسألة الإثبات وهي حالة متميزة عن التصرف الشكلي، فهذه المادة قبل تعديلها كانت تشير إلى الورقة الرسمية بينما في صياغتها الحالية تشير للعقد الرسمي، فهذا التعريف يشمل زيادة على ذلك الكتابة ركنا شكليا لانعقاد التصرف القانوني يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف[2].

من جهة أخرى، نلاحظ بأن المحررات الرسمية تختلف باختلاف الجهة التي تصدرها فيمكن أن تصدر من طرف موظف عمومي كمدير أملاك الدولة، أو حتى من طرف ضابط عمومي كالموثق، فهو مكلف من طرف الدولة لإبرام العقود بين الأشخاص وإضفاء الرسمية على العقود، وحتى الشخص المكلف بخدمة عامة كالخبير، شرط أن تحرر هذه العقود طبقا للشكليات التي نص عليها القانون، وفي مجال الاختصاص والسلطة التي خولها له القانون، فلا يمارس مهنته خارج الصلاحيات الممنوحة له.

## ثانيا: شروط صحة العقد الرسمي

يتضح لنا من خلال نص المادة 324 من القانون المدني أعلاه أنه يشترط في العقد الرسمي ما يلي:

**1-أن يقوم بتحريره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:**

يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل الموظف العام، أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

[1]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] حزيط محمد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2017 ص52.

**أ-الموظف العام:** الموظف العام هو الشخص الذي تقوم السلطة العامة بتعيينه للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة [1].

**ب-الضابط العمومي:** هو الشخص الذي يمنح له القانون سلطة إضفاء الصفة الرسمية على العقود، كالموثق، كتاب الضبط لدى المحاكم ...

**ج- الشخص المكلف بخدمة عامة:** هو كل شخص مكلف بأداء عمل معين في شكل خدمة عمومية مقابل أجر أو مجانا[2].

**2-أن يكون الموظف أو الضابط العمومي المكلف بالخدمة مختصا من حيث الموضوع والمكان في تحرير العقود:**

بالرجوع إلى نص المادة 324 سالفة الذكر، نجد أنه يشترط لصحة العقد الرسمي أن يكون الموظف أو الضابط العمومي المكلف بالخدمة العامة يمارس مهنته في مجال الاختصاص الإقليمي والنوعي، فإذا كان ليس لديه أي صلاحية لإبرام العقود الرسمية، فلا يمكن له القيام بذلك فيجب أن تكون من اختصاص الأشخاص الذين ذكروا في نص المادة 324 من القانون المدني[3] أما بخصوص الاختصاص الإقليمي، فلا يجوز للموظفين الذين حدد لهم القانون المكان الذي يباشرون فيه عملهم أن يعملوا خارج دائرة اختصاصه، مثلا كاتب العدل يجب أن يتقيد في عمله بالمنطقة التي يمارس العمل فيها بموجب القانون، إلا أن هذا التحديد يقيد عمل الموظف ولا يقصد به إلزام الأفراد بتقديم سنداتهم إلى كاتب عدل معين[4].

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ( لإثبات في المواد المدنية و التجارية )، دار هومه،الجزائر، 2008، ص 46.

[2]بوعمامة رشيد، بوعمامة صدام، الشكلية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر، 2022، ص20.

[3]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص126.

**3-أن يراعي في تحرير العقد الأشكال التي يتطلبها القانون:**

بمعنى أن يحررها وفقا للإجراءات الشكلية التي قررها المشرع، وتخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد يترتب عليه البطلان المطلق للعقد، لأن هذه الشكليات المتطلبة هي التي تضفي للعقد الطابع الرسمي، ومن بعد ذلك يكون صحيحا فبالرجوع إلى القانون رقم 06-03 نجد أن هذا القانون يحمل لنا الكثير من النماذج كمنع من لا يحمل صفة الموثق من تحرير العقود الرسمية وفي هذا الصدد أيضا نصت المادة 324 مكرر1 من القانون المدني على أنه: «**زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد...**»[1]، باستقراء نص هذه المادة يتبن لنا أهم تطبيقات الشكلية الرسمية التي تعتبر ركنا في تلك العقود، يجب إتباع إجراءات قانونية دقيقة في تحرير العقود التي تتضمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، وأن كل عقد لا يتم وفقا للإجراءات المقررة قانونا يكون باطلا بطلانا مطلقا.

أشار المشرع الجزائري إلى عقد الشركة في المادة 324مكرر 1 من القانون المدني المذكورة أعلاه، حيث أن كل تنازل عن حصص الشركة أو أسهم فيها يجب توفر شكلية رسمية زيادة على ذلك نجد المشرع أشار أيضا إلى هذا النوع من العقود في المادة 418 من القانون المدني حيث نص على أنه :«**يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد...**» استنادا إلى نص هذه المادة، نجد بأنه اشترط المشرع أن يكون عقد الشركة مكتوبا تحت طائلة البطلان، ولم يشير إلى نوع الكتابة إذا كانت رسمية أو عرفية، لكن بالرجوع إلى نفس

[1]أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26سبتمر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

النص الفرنسي نجد أنه وضح لنا الكتابة الرسمية، كما أن أي تعديل يطرأ على هذا الأخير يجب أن يكتب إلا كان باطلا[1].

في نفس السياق تنص المادة 883 من القانون المدني على أنه :<<**لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي ...**>>، استنادا إلى نص هذه المادة يشترط لانعقاد الرهن توفر شكلية رسمية فلا يكفي التراضي لانعقاده، ونفس الأمر بالنسبة لتعيين عقار محل هذا الرهن فيكون في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، ومخالفة هذه الشكلية يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا[2].

## الفرع الثاني

## العقد العرفي كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.

إن إهمال بعض الشروط في العقد الرسمي قد تفقده صفته الرسمية، كعدم تحريره من طرف الضابط العمومي، وتجعله عقدا عرفيا إذا كان موقعا من طرف المتعاقدين[3]، كما نصت المادة 327 من القانون المدني على أنه :<<**يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو ووضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...**>>[4]، من خلال نص هذه المادة نجد أنه يكمن الاختلاف بين العقد الرسمي والعرفي في أن هذا الأخير لا يكتبه موظف عام مختص مؤهل قانونا، كما هو الشأن في المحررات الرسمية [5]، إذ يفهم من خلاله بأن الشرطين الواجب توفرهما في المحررات العرفية هما الكتابة وأن يكون موقعا ممن ينسب إليه.

---

[1]أمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]المرجع نفسه.

[3]راجع نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني، المرجع نفسه.

[4]قانون رقم05–10 مؤرخ في 30 يونيو 2005، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 سبتمبر 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]بوعمامة رشيد، بوعمامة صدام، المرجع السابق، ص 29.

من بين تطبيقات الشكلية العرفية نجد المادة 615 من القانون المدني التي نصت على أنه: <<**العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع**>>[1]، بقراءة نص هذه المادة نجد أن المشرع قد أشار إلى عقد مرتب مدى الحياة، حيث يعرف هذا الأخير على أنه إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد إلى شخص آخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد، واشترط المشرع في هذا العقد الكتابة لكي يكون صحيحا، يعني تفريغه في محرر مكتوب، ولا يتم بمجرد التراضي بين الطرفين، كما أشارت أيضا هذه المادة إلى الشروط الواجب توفرها في عقود التبرع.

## الفرع الثالث

## العقود العينية كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.

لا يتم انعقاد العقد العيني إلا بتسليم محل العقد عينيا[2]، ففعل التسليم شكلية لابد منها لقيام هذا النوع من العقود، فلا يكفي التراضي لانعقادها ويرجع أصل العقود العينية إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقود العارية، الوديعة، الرهن الحيازي، إذ نجد هذا النوع من العقود أصبح نادرا نظر للانتقادات الموجهة إليه من طرف الفقهاء المعارضين، إذ يعتقدون أنها عقود رضائية لا أكثر[3]، فنجد أن المشرع الجزائري أشار إلى هذا النوع من العقود في نص المادة 206 من قانون الأسرة بالنص على أنه:<< **تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...** >>[4]، يفهم من خلال هذه المادة، أن عقد الهبة إذا كان واردا على منقول يتم التسليم

[1]أمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص23.

[3]فيلالي علي، المرجع السابق، ص 319.

[4]قانون رقم 84–11مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة ،ج ر ج ج ، عدد 24، صادر في12 يونيو 1984 معدل و متمم.

عينيا عن طريق عرضها من طرف الموهوب وقبولها من طرف الموهوب له، ولكي تتم الهبة بشكل كامل يجب تسليمها فعلا إلى الموهوب له، ويتمكن من حيازتها[1].

وتضيف الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنه: «... **إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة**»، إذ يعتبر التسليم في هذا النوع من العقود شكلية لابد منها، إذ يعد كقيد على إرادة الأطراف وانعدامه يؤدي إلى البطلان.

## المطلب الثاني

## الشكلية غير مباشرة كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد.

تعرف الشكلية الغير مباشرة بتلك الشكلية التي لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني وليس لها صلة حقيقية بالعقد، ولإثبات هذا التصرف لابد من وثيقة مكتوبة، فهي لا تؤثر في صحة العقد وإنما تؤثرفي نفاذ التصرف في مواجهة الغير، وهذا ما سيتتم تناوله من خلال المطلب الثاني منها الكتابة كشرط للإثبات (الفرع أول) الشهر كشرط في بعض العقود (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### الكتابة كشرط للإثبات

اعتبر المشرع الشكلية من بين أهم المواضيع في ظل القوانين الحديثة، بحيث كثير من القضايا التي تثار على مستوى الجهات القضائية في هذا الشأن، لذلك اختلف بعض الفقهاء بين الشكلية كشرط لصحة العقد و الشكلية كشرط للإثبات، فالأولى عند تخلفها تؤدي إلى بطلان العقد أما الثانية فلا تجعل التصرف القانوني باطلا[2]، وإنما تحد من نفاذ العقد.

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 24.

[2] عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية ( في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء)، الطبعة الثانية، دار بلقيس، الجزائر 2024، ص 69.

حيث يجب عليهم أن يحرروا هذا التصرف عند تكوين العقد وقبل وقوعهم في النزاع بغية الإثبات، أي بمجرد أن يقوم المتعاقدين بوضع محرر، يكونون قد عبروا عن إرادتهم بشكل ضمني، فإذا كان هناك أي خلاف في المستقبل تكون الورقة دليلا قاطعا يثبت ذلك [1].

إن التصرفات القانونية التي لا يمكن إثباتها، ليس لها أي أثر ولا نتيجة مترتبة عن ذلك العقد، وهذا ما يجعل المتعاقدين في وضع عسير وصعب بخصوص إثبات وجود العقد، وهذا ما ينتج عن إغفال الشكلية في الإثبات، وهذا لا يعني استحالة الإثبات.

بخصوص إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري تكون بورقة رسمية أو عرفية، وذلك طبقا للمادة 333 من القانون المدني التي تقضي:<< **في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على100.000دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك** ...>>[2]، حيث يتضح من هذا النص أن هذه القاعدة تتطلب توفر شرطين الأول أن يكون محل الإثبات تصرف قانوني مدني، والثاني أن تزيد قيمة هذا التصرف على مائة ألف دينار جزائري[3].

إلى جانب النص القانوني أعلاه، هناك نصوص أخرى التي تستلزم الإثبات في بعض التصرفات بالكتابة، بغض النظر عن قيمتها، مثل عقد الكفالة الذي تنص بشأنه المادة 645 من القانون المدني على أنه:<<**لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبنية** >>، وكذلك بالنسبة لاختيار الموطن يجب إثباته كتابة فقط وهذا ما نصت عليها المادة 39 من القانون المدني، وكذلك في عقد التأمين، حيث عرف المشرع من خلال المادة 619 من القانون المدني على أنه: <<**التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو الى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع**

---

[1] بومعز رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق فرع: قانون الأعمال، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص 100.

[2] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] حزيط محمد، المرجع السابق، ص 60.

**الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن>>**[1].

من هنا يتضح بأن المشرع اشترط أن يكون العقد في قالب مكتوب، سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية[2]، حيث أن الكتابة في عصرنا الحالي تفضل على شهادة الشهود لأن الكتابة الموقع عليها لا يمكن إنكارها[3].

عرف المشرع الإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر من القانون المدني كما يلي: << **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها>>**[4]، من خلالها يتضح لنا لا يعني فقط الكتابة على الورق، و إنما يشمل أيضا الكتابة الإلكترونية بحيث يمكن أن تثبت بأي دعامة كانت عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر1 من القانون المدني التي تقضي بأنها:<< **يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق...>>**[5].

هذا ما جعل المشرع يعتمد على الكتابة كأداة لتحقيق الشكلية غير المباشرة، كما اشترط المشرع في بعض العقود إتباع قواعد وإجراءات شكلية إجبارية وليس اختيارية منها عقد المقاولة الذي يكون بتراضي الطرفين دون إخاذه شكلا خاصا، ونظرا لأهميته وتكاليفه، فإنه يفرض شكليات قانونية، بحيث تنص المادة 10 من مرسوم تشريعي رقم07/94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة المهندس المعماري بأنه:<< **يجب أن تحدد العلاقة بين صاحب المشروع المنتدب**

[1]أمر رقم75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]بومعز رشيد، المرجع السابق، ص ص101-103.

[3]رشيد بوعمامة، صدام بوعمامة، المرجع السابق، ص21.

[4] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]المرجع نفسه.

**وصاحب العمل بموجب عقد يبرم حسب الأشكال المطلوبة >>** [1]، بمعنى أن عقد المقاولة إثباته يكون مكتوبا، وأن مخالفته لهذه الشكلية يكون باطلا [2].

## الفرع الثاني

## الشهر كشرط في بعض العقود

بما أن العقارات بطبيعتها تتضمن نظام خاص بها، لذلك للشهر العقاري دور فعال ومهم في التشريع الجزائري، على أساس إتمام نقل الملكية، والتي تكون إجبارية بالنسبة لكل العقود الرسمية كالرهن الحيازي العقاري وعقد البيع، فعملية الشهر هي وحدها التي تمكن من نقل الملكية، بحيث يتم الشهر العقاري في المحافظة العقارية عن طريق المحافظ العقاري[3].

يقصد بالشهر العقاري، تلك التقنية التي بواسطتها تشهر الحقوق العينية، التي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل الهيئة المختصة، بغرض تسجيل ملف التصريحات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية، وذلك لتمكين الغير من الاطلاع عليها لذلك يعتبر من النظام العيني، بل نجد من ناحية التشريع والفقه والقضاء لم يثبتوا على مصطلح موحد بين مصطلح "التسجيل" وأحيانا "الشهر" للدلالة على نفس الإجراء[4].

يعتبر التسجيل إجراء إداري يقوم به موظف عمومي، يكون مؤهلا قانونيا بتسجيل جميع التصرفات القانونية التي تتم لدى مصلحة التسجيل مقابل دفع حقوق التسجيل وهو تابع لوزارة

---

[1] مرسوم تشريعي رقم 94-07 مؤرخ في 18ماي 1994 يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ج ر ج ج، عدد32، صادر في 25 مايو1994.

[2] حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص 50.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص66.

[4] ربيعة فراح، تطور الشكلية في العقود، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2024، ص103.

المالية لدى المحافظة العقارية، وأن تكملة هذه الإجراء ات القانونية واجبة لانتقال الملكية العقارية[1].

يعد الشهر العقاري إلزاميا بالنسبة لبعض التصرفات القانونية التي تعتبر من الحقوق العينية الأصلية العقارية، وهذا بالرجوع للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري التي مفادها:<< **يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الاشهار العقاري**>>[2] يتضح من خلال نص هذه المادة بأن مجال نقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية العقارية يستوجب إفراغها في عقد رسمي و أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ إلا بقيدها في السجل العقاري، وكذلك نصت المادة 16من المرسوم رقم63/76 المتعلق بالتسجيل العقاري على أنه:<< **كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم بشكل رسمي**>>[3].

يتفق المشرع الجزائري مع نظيره الفرنسي فيما يتعلق بعقد البيع العقاري، بحيث يستلزم شكلية أخرى متمثلة في الشكلية الرسمية، بمعني يرفض الشهر إذا لم يكن العقد في قالب رسمي، حيث استوجب المشرع أن تكون العقود الرسمية في البيع العقاري شكلية لا رضائية ، وعلى ذلك نص في المادة 793 من القانون المدني على أنه :<< **لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار**>> [4].

بالرجوع إلى نص المادة 16 من الأمر رقم74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، التي تنص على أنه:<< **العقود الإدارية والاتفاقيات التي**

---

[1] ربيعة فراح، المرجع السابق، ص113.

[2] قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر1990، متعلق بالتوجيه العقاري، عدد55، صادر في 19 ديسمبر1990 معدل ومتمم، بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في25سبتمر1995.

[3] مرسوم رقم 76- 63 مؤرخ في 25 مارس1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، عدد30، صادر في 13 أفر يل 1976، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19ماي 1993، ج رج ج عدد34، الصادر في 23-05-1993.

[4] يحياوي يوسف، زحزاح محمد، "الشكلية العلنية كصورة من صور الشكية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد" مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد الخامس، جامعة الجزائر01، 2015، ص ص 02-05.

**ترمي إلى إنشاء أو نقل صريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية** >>، وكذلك نشير المادة 17 من الأمر نفسه المذكور أعلاه حيث تقضي بأنه: << **إن الإيجارات لمدة 12سنة لا يكون لها أي أثربين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم اشهارها و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من أمر 71-73 المتضمن الثورة الزراعية.** >>[1]، يعد نظام الشهر العقاري في الجزائر من الأنظمة العينية، وله فائدة قصوى، وذلك على أساس أن مسك السجل العقاري، المتكون من مجموعة البطاقات العقارية بحد ذاته ليس على حساب الأشخاص[2].

[1]أمر رقم 75-74 مؤرخ في12 نوفمبر 1975 متعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، ج رج ج عدد92، صادر في 18 نوفمبر 1975.

[2]فراح ربيعة، المرجع السابق، ص 149.

# الفصل الثانـي

## ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص

## في مرحلة تنفيذ العقد وإنـهائـه

لقد كان للجهاز القضائي سلطة واسعة في تقييد حرية الأطراف، حتى في مرحلتي تنفيذ العقد وإنهائه، حيث أنه بالرغم من القاعدة التي تعطي للأطراف الحرية في التعاقد، إلا أن التشريع الجزائري قد خرج عن هذا الأصل بقواعد استثنائية، حماية للطرف الضعيف من أي تعسف، وذلك عن طريق السماح للقاضي بممارسة صلاحيته بالتدخل في بعض التصرفات القانونية و تعديلها ففي مرحلة تنفيذ العقد يتدخل القاضي في الغبن والاستغلال ليمارس سلطته عن طريق تعديل بعض الالتزامات، بالإضافة إلى نظرية الظروف الطارئة التي تعتبر من المسائل القانونية المهمة ففي واقعة غير المتوقعة أثناء إبرام العقد وتنقيده، أو حتى في شروط عقود الإذعان، تكون فللقاضي سلطة واسعة ليرى إذا ما كانت هناك شروط تعسفية أم لا، أما وفيما يخص الشرط الجزائي، الذي يتعلق بالتعويض، فيتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين، أما في مرحلة إنهاء العقد، يمارس القاضي سلطته في فسخ العقد، إذا ما أخل احد المتعاقدين بالتزاماته كما يتدخل أيضا في البطلان، إما لعدم توفر أحد شروط العقد أو أركانه، وبناءا على ذلك سنتطرق إلى بيان سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه (المبحث الأول)، ثم إلى تدخل القاضي في مرحلة إنهاء العقد(المبحث الثاني).

# المبحث الأول

## سلطة القاضي لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه

لقد منح المشرع للقاضي إمكانية التدخل لإعادة النظر في مضمون العقد، هذا لحماية الطرف الضعيف الذي يتحمل التزامات أكثر عن الطرف الآخر، بحيث وضع آليات قانونية مختلفة ومتنوعة وعليه فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى بيان سلطات القاضي في تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال ونظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، وتعديل القاضي للشرط الجزائي وعقود الإذعان (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### سلطة القاضي في تعديل العقد في حالات الغبن والاستغلال والظروف الطارئة

كأصل عام تبرم التصرفات القانونية بمجرد تعبير الأطراف عن إرادتهما، لكن لكي ينتج العقد أثاره لابد أن يكون خاليا من عيوب الإرادة، التي من بينها الغبن والاستغلال، فهما أكثر شيوعا في اختلال التوازن العقدي، نتطرق في هذا المطلب إلى البحث عن مهمة القاضي في تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال عند إبرام العقود، فللقاضي الصلاحية للإنقاص والزيادة من التزامات الأطراف وإبطال العقد إذا طرأت ظروف غير متوقعة، وعليه سنقوم بدراسة الغبن والاستغلال (الفرع الأول) وسلطة القاضي في تعديل العقد في نظرية الظروف الطارئة(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال

يقصد بالغبن عدم التوزان المادي بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه[1]، بحيث تنص المادة91 من القانون المدني على أنه:<< **يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود**>>[2]، فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية الغبن المادي، بمعنى عدم التعادل في التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد ومثال عن ذلك، أن يبيع شخص كامل الأهلية عقاره مليون دينار جزائري، في حين أنه يساوي خمسمائة، حيث لا يكون الغبن إلا في التصرفات المحددة قانونيا كعقود المعاوضة دون ذكر العقود الاحتمالية، فإذا تأكد القاضي أن العقد ينطوي على خسارة للطرف الأول وكسبا للطرف الثاني قيل بأن هذا العقد ينطوي على الغبن، ومنه فالأصل أنه لا يؤثر في صحة العقود، فالمشرع لم يجعل من اختلال التوزان الاقتصادي سببا لإبطالها إلا في وضع بيع عقار للقاصر[3].

بفعل الاستغلال أثناء التعاقد في الطيش أو الهوى الجامح فيحصل أكثر من قيمته، لذلك فالغبن يأخذ بطريقة مادية، فالنظرية الشخصية مستبعدة فالعبرة بالقيمة المادية للشيء أثناء التعاقد،[4]وقد أورد إلى جانب ذلك بعض التطبيقات للغبن المادي في حالات معينة وبنصوص خاصة يعتد بها بمجرد عدم التعادل، هذا ما دفع المشرع إلى جعل الغبن المادي معيار في بيع العقار نصف ثمن المثل، هذا يتضح من خلال المادة 358 من القانون المدني حيث تنص على أنه:<< **إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل**>>[5].

---

[1]محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص196.

[2]أمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]رمضان محمد أبو السعود، المصادر الإرادية، القسم الأول: العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 ص128.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العقد، الجزء الأول: نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 1998، ص 454.

[5]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

يتضح من خلال نص المادة أعلاه، أن في حالة القيام بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس من ثمنه الحقيقي أثناء البيع، فإن القانون منح البائع، وهو المغبون، الحق في مطالبة المشتري بتكملة الثمن أربعة أخماس من ثمن المثل، من هنا ندرك أن عدم التعادل والتوزان في الالتزامات في بيع عقار ليس فقط على القاصر، وإنما حتى كامل الأهلية يستفيد منها أيضا[1].

لقد جعل المشرع الجزائري معيار الغبن في بيع العقار بنصف ثمن المثل في المادة مذكورة أعلاه وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي، وهذا ما أشارت إليه المادة 454 من القانون المدني التي جاء بها:<< **القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخلف ذلك**>>[2].

أدرج المشرع الجزائري نوعان من الغبن لتعديل العقد، فالنوع الأول هو ما عبر عنه الفقهاء بالغبن الاستغلالي الذي هو ناتج عن الاستغلال، فيتدخل فيه القاضي لتعديل العقد، أما النوع الثاني الذي لا يتدخل القاضي في تعديله يطلق عليه اسم الغبن المجرد حيث لا تراعى فيه الظروف النفسية[3].

بالإضافة إلى هذا فالمشرع منح طرفي العقد الحق في طلب رفع الغبن عنه، سواء بإبطاله أو بالإنقاص منه، فالمتعاقد المغبون له الحق في اختيار الطريق الذي يرى أنه يحقق مصلحته أيض يمكن له إبطال العقد، وترجع السلطة التقديرية للقاضي في استجابة طلبه إذا ثبت لديه أركان البطلان، وكذلك استخدم وسيلة أخرى لرفع الغبن لإنقاص التزامات المتعاقد المغبون بدلا من إبطاله ،لأن هذا يخالف مبدأ التقاضي، فعليه فقط أن ينقص التزاماته إذا وجد الاستغلال فالمشرع استعمل كلمة "يجوز" إذن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب المتعاقد المغبون [4].

---

[1]خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص 70.

[2]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128.

[3]عبيد نجاة، سلطة اقاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص ص 19-20.

[4]معايزية سارة، لحماري وئام، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة،2024، ص21.

في حين أن هذا الخيار بين الإجراءين متروكا لقاضي الموضوع، وله كل السلطة في النظر إلى ظروف الدعوى ومصلحة الطرفين سواء إنقاص من الالتزامات أو بإبطال العقد[1].

أما فيما يخص العيب الأخر المفسد للإرادة فهو يجعل رضا المتعاقد غير سليمة أو يسمى بالاستغلال فالمشرع لم يعرف الاستغلال حيث نظمه في المادة 90 من القانون المدني التي تنص على أنه:<< **إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.**

**ويجب أن ترفع الدعوى بذلك من خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.**

**ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن>>**[2].

يتضح من خلال نص المادة 1/90 أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة ما حصل عليها هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر معناه أن يكون الاختلال في التعاقد اختلالا فادحا، ولم يعطى المشرع في هذا النص رقما معيننا يبلغه الفارق حتى يتوفر عدم التعادل وإنما ترك الأمر لقاضي الموضوع، وهذا ما نقصد به بالعنصر المادي الذي يكون في عقود المعاوضة، ومثال على ذلك أن تشترط شركة التأمين على المؤمن له رفع أقساط كبيرة حيث لا تتناسب إطلاقا مع الخسارة،[3]بحيث يكون العنصر النفسي من الطيش والهوى الجامح، أي الطيش في اتخاذ القرارات بدون تفكير سابق دون تقدير عواقبها، مثال أن يرث شاب كثيرا من المال فيقع بين أيدي المستغلين الذين يستغلون طيشه ويقومون بدفعه لإبرام العقود اتجاه ماله.

---

[1] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص ص 37-38.

[2] أمر رقم 75_58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 129-130.

يتمثل الهوى الجامح في الرغبة الشديدة التي تتسلط على الشخص، فتجعله يتعلق بشخص أو شيء تعلقا مبالغا فيه، على نحو يفقد السيطرة على نفسه[1]، كأن يعجب الشخص بقطعة فنية في المتحف ويدفع مبلغا خياليا للحصول عليها، فللقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير الطيش البين والهوى الجامح هذا حسب الظروف و الأدلة المقدمة في الدعوى[2].

لقد وضع القانون مدة معينة يجب أن ترفع دعوى إبطال العقد إلى الحد معقول، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، هذا ما وضحت إياه المادة 90 من القانون المدني في الفقرة الثانية منها على أنه: «**يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة**» بحيث نلاحظ أنه منحت سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد[3].

## الفرع الثاني

## سلطة القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة

في الكثير من الأحيان، عند تنفيد العقد يقع المتعاقدين في حوادث مفاجئة لم تكن في الحسبان توقعها[4] من خلال هذا الفرع، سنتطرق إلى التعريف الظروف الطارئة (أولا) ثم سلطة القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة (ثانيا).

### أولا: التعريف بالظروف الطارئة

في ظل صمت المشرع الجزائري عن تعريف الظرف الطارئ، فيستوجب علينا الإشارة إلى مختلف التعريفات التي جاء بها الفقهاء منها:

هناك من عرف الظرف الطارئ بأنه «**حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد**

[1] محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندارية،2002، ص192.

[2] عبيد نجاة، المرجع السابق، ص 30.

[3] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 69.

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص302.

**ويترتب عليها أن يكون الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا>>.**

وعرفها البعض الأخر بأنها << **كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال في المنافع المتولدة عن العقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال وبحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف>>**[1].

فالظروف الطارئة لها عدة أنواع ولا يمكن حصرها في قالب واحد، فيمكن أن تكون حوادث طبيعية كالزلازل والبراكين، وكما يمكن أن يكون بفعل التدخل الإنساني كالحروب والانقلابات وحتى الظروف الاقتصادية كزيادة الأسعار[2].

فتطرق المشرع الجزائري إلى نظرية الظروف الطارئة من خلال نص المادة 107من القانون المدني في فقرتها الثالثة بأنه:<< **...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك>>**[3] من هنا فيمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها حالة استثنائية يطرأ فيها بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حادث لم يكن متوقع، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوزان بين التزامات الطرفين اختلال فادحا، إذ يصبح الالتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا له ارهاقا شديدا، ويترتب على تنفيذه خسارة فادحة[4]

---

[1] حنيفي فاطيمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 117.

[2] بن يحي شارف، "ضرورة إسقاط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد4، 2014، ص 50.

[3]أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]ياسر باسم ذنون، ورؤى خليل إبراهيم، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الاحكام القضائية (دراسة تحليلية مقارنة)" مجلة الشريعة والقانون، العدد57، 2014، ص118.

فلأصل أن لا يجوز للقاضي تعديل العقد باعتباره قانون المتعاقدين[1] فالمشرع أخذ بالنظرية الظروف الطارئة كاستثناء على القوة الملزمة للعقد، المكرسة في المادة 106 من القانون المدني أن يحل محل إرادة المتعاقدين لإجراء تعديل في العقد، إذا ما توفرت الشروط اللازمة لتطبيقها[2].

إن قواعد نظرية الظروف الطارئة تنطبق على الالتزامات التعاقدية فقط، أي الالتزامات الناشئة عن العقود لذلك لابد من توفر الشروط التالية:[3]

**1- أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه:**

يعد هذا الشرط في الحقيقة أمرا مهما ، ومنه إذا كانت هذه الظروف موجودة قبل الإنعقاد فلا تؤثر عليه حتى وإذا كان لا يعلم بها الطرفين ، ومجال إستخدام هذه الظروف في العقود المستمرة التي يكون تنفيدها زمنيا كعقد الإيجار وعقد العمل، وكذلك العقود الفورية كالبيع الذي يؤجل دفع الثمن أوتسليم المبيع فيه، فإذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو باقي منه يكون عرضة لإنقاص الحادث الفجائي، أما فيما يخص دفعه قبل وقوع الحادث فلا يناله تعديل بحيث يكفي وجود التراخي للتنفيد إلى مابعد الحادث الطارئ و صار مرهقا للمدين[4].

## 2- أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة:

من خلال استقراء نص المادة3/107 أعلاه من القانون المدني، يتبين أن ليس كل حادث غير متوقع يفتح نطاقه لتعديل العقد، بل من المفترض أن يمس جماعة من المتعاقدين،[5] أي لا يقتصر على المدين أو المدينين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بغض النظر عن الحوادث الخاصة بالمدين كموته أو إفلاسه، أكثر من هذا أن يكون الظرف غير المتوقع خارج عن المألوف

[1] معايزية سارة ، لحمارى وئام، المرجع السابق، ص 55.

[2] لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد في القانون المدني، الطبعة الثانية، بيت الأفكار، الجزائر، 2021، ص 229.

[3] محمود علي الراشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر وتوزيع، عمان،2010، ص67.

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص305.

[5] لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص234.

حيث كالزلازل أن الشخص العادي لا يمكن تصور أو توقع هذا الظرف أثناء إبرام العقد، فهذا المعيار الموضوعي كالزلازل أو الفيضانات[1].

## 3- أن يكون الحادث الاستثنائي قد جعل التزام المدين مرهقا:

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون تنفيد الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين[2]، هذا ما نصت عليه المادة 3/107 من القانون المدني بأنه:«... **وترتب على حدوثها أن تنفيد الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بخسارة فادحة** ...» أن يكون هذا الحادث الاستثنائي قد جعل التزام المدين مرهقا بحيث يهدده بخسارة جسيمة إذا نفذ التزامه كما هو ولذلك لا محل لتطبيق النظرية، إذ من شأن هذه الظروف أن تجعل التزام المدين ثقيلا ومرهقا إرهاقا كبيرا، فالعبرة من كل هذا ما يتحمله المدين من خسارة، فإذا كانت هذه الخسارة التي وصلت المدين من المألوف حدوثها، فلا محل لتطبيق هذه النظرية،[3] ومثال عن ذلك كان يلتزم المدين بتوريد سلعة معينة، ثم ارتفعت أسعارها بشكل فادح، وكان قد احتفظ في مخازنه بمخزون من هذه السلعة فلن يتأثر بارتفاع أسعارها، فهو يقوم على معيار مرن يتغير بتغير الظروف، والمهم أن تنفيد الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، ومن ناحية أخرى فإنه يجب لا يؤدي هذا الحادث الاستثنائي العام غير متوقع إلى أن يصبح تنفيد الالتزام مستحيلا، هنا يوضح لنا الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل تنفيد الالتزام مرهقا مما يستدعي رده إلى الحد المعقول، أما القوة القاهرة تجعل تنفيد الالتزام مستحيلا فلا يتحمل المدين معه عدم التنفيد[4].

---

[1] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص92.

[2]قصاصي عبد القادر، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة أحمد دراية، بشار 2018، ص136.

[3]مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص 201-200.

[4]عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011، ص130.

## ثانيا: سلطة القاضي في تعديل العقد في نظرية الظروف الطارئة

بعد استقراء الشروط الواجب توفرها في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فالمتعاقد المرهق له الحق أن يطلب من القضاء تعديل العقد[1]، هذا بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني بأنه:<< **جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**>>[2]، ومن خلال هذه المادة يتبين أن المشرع منح للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد، فلا يجوز للمدين إجراء التعديل بإرادته المنفردة قيام أو القاضي بتعديل العقد من تلقاء نفسه، فيجب على المدين التمسك بتطبيق النظرية وعلى ذلك يقوم القاضي عن طريق رد الالتزام المترتب عنه والمرهق في تنفيذه إلى الحد معقول[3] الذي يره مع العدالة وحسن النية، عن طريق إجراء موازنة بين المتعاقدين، من هنا القاضي له الحرية الكاملة في اختيار الطريقة التي بها يحد من إرهاق المدين في تنفيذه التزامه، ولذلك يقوم القاضي بطرق معينة :

**1-** فقد يقوم القاضي بالزيادة من الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وبالتالي على القاضي في هذه الحالة ألا يعفي المدين من الخسارة الفادحة وإبقاء الخسارة المألوفة[4]، كمثال ذلك أن تتعهد شركة سكر بتوريد كمية منه لمصنع حلوى، ولحدوث ظرف الطارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا فيرفع القاضي السعر عن المحدد في العقد ولكن دون أن يحمل الدائن الزيادة التي قام بها القاضي في السعر الذي ترتب عن الظرف الطارئ، بل يكون مناصفة بين الدائن والمدين[5].

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق،389.

[2] أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص112.

[4] المرجع نفسه، ص 113.

[5] محمد صبرى السعدي، المرجع السابق، ص 309.

**2**- قد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق، فيجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم بها المدين بتوريدها، وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في حدوده المعقولة، ويجوز إنقاص القسط المتبقي من الثمن في عقد البيع المؤجل فيه الثمن[1].

**3**- يمكن للقاضي أن يأمر بوقف تنفيد العقد، ريثما يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا وأن الدائن لا يتضرر في وقف التنقيد، هذا ما نصت عليه المادة 281 الفقرة الثانية من القانون المدني أنه:<< **...غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنقيد مع إبقاء جميع الأمور على حالها...**>> بمعنى أن القاضي له الحق في وقف تنفيذ العقد، مع مراعاة للظروف الاقتصادية في مدة زمنية لا تتعدى سنة، بشرط إبقاء الأوضاع كما توجد في العقد. ومثال على ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء، وترتفع مواد البناء ارتفاعا كبيرا، ولكن هذا الارتفاع سيزول في السوق في الوقت القريب، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم.

**4**- فيما يخص فسخ العقد، لا يجوز للقاضي القيام بالفسخ عند وجود ظرف طارئ، يقع ذلك على عاتق الدائن بدلا من المدين، كما ورد في المادة 107من القانون المدني بأنه<<**...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...**>>[2]، فالالتزام المرهق يبقى ولا يمكن أن ينقضي بالحادث الطارئ، بهدف تحقيق التوازن العقدي[3].

ينبغي الإشارة في الأخير إلى أن سلطة القاضي تنحصر في الزيادة أو الإنقاص من الالتزام أو وقفه دون فسخ العقد، ومنه أن تعديل الالتزام توزع الخسارة بالتساوي بين الدائن والمدين، في حين أن في الفسخ الدائن هو وحده الذي يتحمل الخسارة، كما يعد حكم المادة 107 من النظام العام بمعنى من القواعد الآمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[4].

---

[1]محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص390.

[2]أمر رقم 75_58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص809.

[4]عمري ليدية، أيت أقاسي، المرجع السابق، ص 100.

## المطلب الثاني

## تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي وعقود الإذعان

يعتبر كل من الشرط الجزائي وعقود الإذعان من الاستثناءات التي خرج فيها التشريع الجزائري عن الأصل الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعقدين، حيث خصص لها نصوص سمح فيها للقاضي التدخل لممارسة سلطته التقديرية، لاعتبارات تتعلق بالعدالة وحماية للأطراف الضعيفة من التعسف، فنجد نص المادة 183 من القانون المدني التي تتعلق بالشرط الجزائي سمحت للقاضي بالتدخل وتعديل الشرط الجزائي أو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي، فيمارس القاضي سلطته التقديرية إما بالإنقاص منه أو الزيادة من مقداره أو بإلغائه كليا في عدة حالات حماية للطرف المتضرر، أما نص المادة 110 من القانون المدني[1]، فتتعلق بعقود الإذعان حيث للقاضي سلطة واسعة في تقدير إذا ما كان البند تعسفيا فيقوم بتعديله[2] أو تفسيره، وللتعمق أكثر في هذا الموضوع خصصنا لدراسة تعديل القاضي للشرط الجزائي(الفرع الأول) ثم سنتطرق إلى دراسة سلطة القاضي في عقود الإذعان(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

سنتطرق إلى التعريف بالشرط الجزائي من خلال بيان تعريفه وشروط استحقاقه(أولا)، ثم سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من خلال بيان سلطته في الإنقاص من مقدار الشرط الجزائي أو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو إلغائه كليا أو الزيادة من مقداره (ثانيا).

### أولا: التعريف بالشرط الجزائي

سنتعرض إلى تعريف الشرط الجزائي (1) ثم نرى شروط استحقاقه(2).

[1]أمر رقم75-58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 251.

**1_تعريف الشرط الجزائي:**

يعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك التعويض الذي يتفق عليه أطراف العقد، إما في العقد ذاته أو في عقد لاحق، فيتولى المدين أداؤه إلى الدائن، إما في حالة التنفيذ أصلا أو التراخي في التنفيذ أو تنفيذه على غير المتفق عليه، أي على نحو سبب ضرر للمتعاقد الأخر[1].

أشار المشرع أشار إلى التعويض الاتفاقي أو ما يسمى بالشرط الجزائي في المادة 183 من القانون المدني على أنه :«**يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181**»، نلاحظ من خلال نص هذه المادة بأن المشرع سمح للأطراف المتعاقدة بتحديد قيمة التعويض إذا ما أخل أحد الأطراف بالتزاماته، وذلك وفق للشرط الجزائي في العقد أو عن طريق اتفاق لاحق بين المتعاقدين ويخضع ذلك لأحكام المواد 176 إلى181من القانون المدني، من هذا المنطلق بين لنا بأن الشرط الجزائي يظهر دوره في استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض[2].

**2_شروط استحقاق الشرط الجزائي:**

يشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي ما يلي:

**أ-الخطأ:** الذي يتمثل إما في عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويقع عبئ إثبات الخطأ على الدائن، بأنه صدر خطأ من مدينه و حال دون تنفيذ الالتزام [3]، فإذا كان المدين ملزما بتحقيق نتيجة، فيكفي إثبات الخطأ أن يقيم الدليل الدائن على عدم تحقيق النتيجة .

**ب- الضرر:** يلزم أيضا لتحقق التعويض الاتفاقي توفر الضرر، الذي قد يكون أصاب الدائن ويقع عبئ إثبات انعدام الضرر على المدين[4].

---

[1]فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1999، ص293.

[2]محمود علي الرشدان، االمرجع السابق، ص79.

[3]المرجع نفسه، ص79.

[4]دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2004، ص 18.

**ج-العلاقة السببية:** يستوجب أيضا لاستحقاق الشرط الجزائي توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفت هذه الأخيرة فلا يمكن الأخذ بالشرط الجزائي، خاصة إذا كان الضرر راجع لسبب أجنبي و لا دخل للمدين فيه.

**د- الإعذار:** يتعين على الدائن حتى يستحق الشرط الجزائي إعذار المدين، حيث نصت المادة 179 من القانون المدني على أنه: «**لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك**»[1] باستقراء هذا النص نلاحظ أنه ليس في كل الأحوال يستوجب إعذار المدين فهناك حالات تتواجد في نص المادة 181 من القانون المدني لا ضرورة لإعذار المدين إذا تواجدت وهي كلاتي[2]:

1. إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين .
2. إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
3. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
4. إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

## ثانيا: أحكام الشرط الجزائي

في بعض الحالات يمكن للقاضي الخروج عن الأصل الذي يتمثل في الحكم على المبلغ المتفق عليه كاستثناء، ويمارس سلطته عن طريق تعديل الشرط الجزائي، في الحالات التي نص عليها القانون، ويكون ذلك بالتدخل إما بإلغاء الشرط الجزائي أو بالإنقاص منه أو بالزيادة من مقداره.

**1_تخفيض القاضي للشرط الجزائي:** يجوز للقاضي التخفيض من قيمة الشرط الجزائي لكي يتناسب مع قيمة الضرر في حالتين:

[1] أمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] المرجع نفسه.

أ- في حالة ما إذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه، لأن الشرط الجزائي يوضع عادة في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا، لذا تقضي العدالة بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للجزء الذي تم تنفيذه من طرف المدين، ويقع عبئ إثبات التنفيذ الجزئي على المدين [1].

**ب**- في حالة ما إذا كان تقدير الشرط الجزائي مبالغا فيه، فهنا يقوم القاضي بممارسة سلطته التقديرية عن طريق إعادة النظر، ليرد الشرط الجزائي إلى حده المعقول دون المبالغة فيه[2].

**2_زيادة القاضي للشرط الجزائي:** للقاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، في حال إذ ما أثبت الدائن بأن الضرر الذي أصابه أكبر من مقدار التعويض الاتفاقي، وأن المدين ارتكب خطأ جسيما، فهنا يجب على القاضي بأن يصل بتلك الزيادة إلى مقدار الضرر الحاصل، وتعتبر هذه الاستثناءات من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها[3].

ويمكن للقاضي أيضا أن لا يقضي إطلاقا بالتعويض الاتفاقي، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه، حيث تنص المادة 177 من القانون المدني على ما يلي:«... **أو لا يحكم بالتعويض إدا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه**»[4].

من أمثلة الشرط الجزائي كما هو الحال في عقد البيع، كأن يشترط المشتري على البائع دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع.

---

[1]محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2002، ص87.

[2]دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص18.

[3] المرجع نفسه، ص18.

[4]أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

## الفرع الثاني

## سلطة القاضي في عقود الإذعان

قبل التطرق إلى سلطة القاضي في تعديل هذا النوع من العقود، نقوم بالتعرف على عقد الإذعان(أولا)، ثم نتطرق إلى سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان من خلال أحكام حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان (ثانيا).

### أولا: تعريف عقد الإذعان

إن الأصل العام في إبرام العقود أن للأطراف كل الحرية على المناقشة و المساومة للتوصل إلى اتفاق بينهما، إلا أن في بعض العقود يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق لشروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها، وما على الطرف الأخر إلا قبولها ويعرف هذا النوع من العقود بعقود الإذعان، فالمشرع لم يعط تعريفا للإذعان، بل اكتفي في المادة 70 من القانون المدني بالنص على أنه: «**يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها**»[1]، يتضح من خلال نص هذه المادة أن الإذعان هو التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها، هذا يعني أن الإذعان يكون دائما بالنسبة للقابل، بينما ممارسة الإذعان يكون من الموجب، إذ يوجه إيجابه لعامة الناس كونه صاحب الاحتكار القانوني أو الفعلي لمجال ما، وما على الطرف الأخر إلا قبولها أو رفضها، لكن غالبا ما يتم قبولها، إذ تعتبر ضرورية لسد الحاجيات اليومية للإنسان[2]، إذ نلاحظ أنه لكي نعتبر أحد العقود من هذا النوع يجب أن يتميز بصفات أساسية وهي [3]:

1_أن يتعلق العقد بسلعة او خدمة ضرورية للجمهور، يعني ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها

2–أن يكون أحد المتعاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة.

---

[1]أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] حوحو يمينة ، الأحكام العامة للعقد، ( تكوين و تنفيذ ) ، دار بلقيس ،الجزائر،2023، ص ص71–72.

[3]محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر،2007 ، ص ص123–124.

3-أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها وفق لشروط مقررة سلفا، ولا يمكن النقاش فيها وغالبا ما تكون شروط في مصلحة الموجب، فهي تخفف من المسؤولية العقدية وتشدد المسؤولية على الطرف الآخر.

## ثانيا: حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان

لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تضر مصلحته، نجد المشرع أعطى للقاضي السلطة للتدخل في هذا النوع من العقود، حماية للطرف الضعيف عن طريق وسيلتين الوسيلة الأولى تتعلق بتدخل القاضي لتعديل العقد، أما الوسيلة الثانية مرتبطة بتفسير العقد.

### 1_تعديل العقد:

نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه :«**إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفق لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك**»، من خلال هذا النص نلاحظ بأن المشرع سمح للقاضي التدخل و أعطى له سلطة استثنائية واسعة لتعديل العقد، إذا ما رأى شروطا تعسفية في عقود الإذعان، فالسلطة ترجع له، خروجا عن القواعد العامة التي تقضي على عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا وفق لما تفتضيه العدالة من ضرورة حماية الطرف المذعن بشتى الوسائل، في ظل المبادئ العامة[1].

### 2_تفسير العقد:

يعتبر تفسير العقد الوسيلة الثانية لحماية الطرف المذعن، حيث نجد المشرع قد خرج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، حماية للطرف الضعيف[2]، حيث نصت المادة 112 من القانون المدني على أنه:« **غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات**

[1]بلحاج العربي، المرجع السابق، ص251.

[2]محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص125.

**الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن>>**، يفهم من خلال هذا النص بأنه إذا كانت عقود الإذعان تحتوي على عبارات غامضة، يعني غير واضحة وفيها شك عند التعاقد فتفسر لمصلحة الطرف المذعن، وهو المتعاقد الضعيف[1]، من أمثلة عقود الإذعان نجد عقد توريد المياه والكهرباء، عقد النقل الذي تبرمه شركة الملاحة والطيران...

## المبحث الثاني

## تدخل القاضي في إنهاء العقد

تتدخل إرادة القاضي في مرحلة إنهاء العقد في عدة حالات، فمتى فقد العقد أحد أركانه فيجعله معيبا، فيتدخل القاضي ليحكم إما بالبطلان النسبي أو البطلان المطلق للعقد، حيث ترجع له السلطة التقديرية في ذلك، وقد يتدخل القاضي في فسخ العقد متى أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، فيمارس سلطته إما عن طريق فسخ العقد من عدمه، في حالة إذا ما كان نوع الفسخ قضائيا، أما إذا كان اتفاقيا بين الأطراف فيكتفي التحقق من توفر الشروط اللازمة لذلك ترتيبا لما تقدم نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص لدراسة تدخل القاضي في فسخ العقد في (المطلب الأول) ثم دراسة تدخل القاضي في البطلان (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### تدخل القاضي في فسخ العقد

كمبدأ عام يتم الفسخ القضائي، عن طريق رفع دعوى من طرف الدائن وللقاضي السلطة التقديرية في قبول الفسخ أو رفضه أو إعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه، لكن كاستثناء على هذا المبدأ يمكن لأطراف العقد الاتفاق على فسخ العقد إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته، وهنا تقتصر سلطة القاضي على التأكد من توفر اتفاق على الفسخ، والشروط المطلوبة لفسخ العقد، وفي هذا

[1]بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (لمصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة )، الطبعة الثانية دار هومه، الجزائر، 2016، ص 786.

السياق سنقوم بتعريف الفسخ (الفرع الأول)، ثم نخوض إلى سلطات القاضي في فسخ العقد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تعريف الفسخ وشروطه

سنقوم في هذا الفرع بالتطرق إلى معنى الفسخ (أولا) ثم نبين الشروط اللازمة للمطالبة بالفسخ (ثانيا).

### أولا: تعريف الفسخ

يعتبر الفسخ وسيلة يلجأ إليها المتعاقد في العقد المبرم من جانبين لكي يتحلل من التزامه[1] فإذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، فيحق للطرف الذي لم ينفذ الالتزام اتجاهه أن يطلب فسخ العقد[2] وفي هذا السياق نجد المشرع أشار إلى الفسخ في نص المادة 119 من القانون المدني على أنه: «**في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك**»[3].

باستقراء نص المادة 119 أعلاه نستنتج بأنه الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين وبالتالي إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه جاز للطرف الآخر بعد الإعذار، أن يطلب إما تنفيذ الالتزام أو فسخ العقد، وإن لزم الأمر المطالبة أيضا بالتعويض في كلتا الحالتين.

### ثانيا: شروط الفسخ

يشترط لمطالبة بالفسخ ما يلي:

---

[1] سرايش زكريا، الوجيز في مصادر الالتزام(العقد والإرادة المنفردة)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،2014 ص152.

[2] DESCHAMPS Christian Lapoyades, Droit des obligations, Ellipses, Paris, 1998, P113.

[3] أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

## 1-أن يكون العقد ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو عقد ينشئ التزامات متبادلة لأطراف العقد، كالبيع حيث يلتزم البائع بنقل الملكية في مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن، عكس العقود الملزمة لجانب واحد، حيث يكون المتعاقد الآخر من غير مدين، ومثالها الهبة بغير عوض[1].

## 2-أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه:

إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة كالفيضانات والزلازل، فإن التزام المدين ينقضي ومن ثم ينقضي الالتزام المقابل بحكم القانون[2]، وهنا لا مجال للتكلم عن الفسخ فيجب أن يكون عدم التنفيذ العيني راجع إلى فعل المدين، كما لو أتلف البائع الشيء المبيع مثلا ففي هذه الحالة يجوز للدائن المطالبة بفسخ العقد[3]، يمكن أن يكون أيضا عدم التنفيذ جزئيا فيطلب الدائن الفسخ و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك، بحيث ينظر إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذه يبرر الحكم بالفسخ أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ[4].

## 3_ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه:

إضافة إلى الشروط السابقة، فإنه يجب أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه، أو كان مستعدا لتنفيذ التزامه الذي نشأ، ثم يقوم بطلب الفسخ لعدم تنفيذ مدينه لالتزامه، ولما كان فسخ العقد يرد الشيء إلى أصله[5]، لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأنه لم يكن، وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[6].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 ص25.

[2] محمد أحمد عابدين، محمد محمود المصري، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص21.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني: العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص307.

[4] محمد أحمد عابدين، محمد محمود المصري، المرجع السابق، ص 21.

[5] المرجع نفسه، ص25.

[6] راجع نص المادة 122 من القانون المدني، المرجع السابق.

## الفرع الثاني

## سلطات القاضي في فسخ العقد

إن القاعدة العامة في الفسخ أن يكون قضائيا، ويتحقق ذلك عن طريق حكم قضائي بعد رفع دعوى من قبل الدائن بعد إعذار المدين،[1] وللقاضي السلطة التقديرية إما بمنح المدين أجلا حسب الظروف أو رفض الفسخ، أو الأخذ بالفسخ، وهذا ما أشارت إليه المادة 2/119 من القانون المدني[2]، فإذا منح القاضي للمدين أجلا حسب الظروف، وجب على هذا الأخير تنفيذ التزامه، ولا يمكن للقاضي منح أجل أخر للتنفيذ، بل يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانتهاء ذلك الاجل الممنوح له حتى لو أغفل القاضي النص على ذلك[3].

يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على وقوع الفسخ، إذا أخل أحدهما بالتزامه كاستثناء عن القاعدة العامة، حيث تنص المادة 120 من القانون المدني على أنه: «**يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفى من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين**»[4]، بناءا على نص هذه المادة نجد بأنه بمجرد الاتفاق على الفسخ، إذا ما أخل الطرفان بالتزاماتهما يعتبر العقد مفسوخا، لكن هذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار، وعلى الدائن إثبات عدم التنفيذ و تسجيله على المدين عن طريق الإعذار[5]، وإذا كان للقاضي سلطة واسعة في حالة الفسخ القضائي إلا أن الفسخ بإرادة واحدة لا يستبعد حتما امكان القاضي في التدخل، إلا أن تقتصر سلطة القاضي في هذه الحالة على التحقق

[1]أمر رقم 75 –58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2]المرجع نفسه.

[3]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص307.

[4]أمر رقم 75–58 يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، دار الكتاب الحديث 2003، ص293.

من أن ثمة اتفاق على الفسخ مقدما، وتوافر شروط تمسك الدائن بالفسخ بإرادة واحدة[1]، ومن هنا ليس للقاضي إلا قبول دعوى الفسخ.

من هنا نرى بأن الفرق بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي يكمن في أن في هذا الأخير يكون الحكم هو المنشئ للفسخ، أما في الفسخ الاتفاقي يكون الحكم كاشفا عن الفسخ[2].

## المطلب الثاني

## تدخل القاضي في بطلان العقد

لتكوين التصرف القانوني يجب توفر مجموعة من الأركان، المتمثلة في الرضا والمحل والسبب والشكلية، وكذلك مجموعة من الشروط، فيجب أن يكون خاليا من عيوب الإرادة أواختلالات تجعله غير صالح لإنتاج أثاره القانونية، على نحو غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فإذا كان العقد معيبا أو مخالف للقانون فجزاؤه البطلان، وللقاضي سلطة في إبطال التصرف القانوني إذا كان خارجا عن القاعدة الآمرة، وهو محل دراستنا الحالية، بحيث لدراسته استوجب لنا الوقوف إلى نقطتين أسياسيتين، التعرف ببطلان العقد ( الفرع أول)، سلطة القاضي في إبطال العقد ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### التعريف بالبطلان

يتم التعرض في هذا الفرع إلى تعريف بالبطلان (أولا) ثم نخوض في أنواع البطلان(ثانيا).

#### أولا: تعريف بالبطلان

البطلان هو ذلك الجزاء الذي أقره القانون، على عدم توفر أركان العقد (التراضي، المحل السبب، الشكلية) أو تخلف شرط من شروط صحته ( الأهلية أو سلامة الإرادة ) فالعقد الباطل

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص47.

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، المرجع السابق ص288.

ليس له أي أثر بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للغير[1]، بحيث اهتم الفقه بمسألة البطلان بعناية خاصة فعرفه الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري بأنه: «الجزاء القانوني الذي يترتب على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها»[2]، وفي هذا الصدد يرى أنه عدم استكمال أركان وشروط التصرف القانوني أثناء إبرامه يكون معيبا، وكذلك يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي أن البطلان كجزاء هو في الواقع القانوني مؤداه اعتبار التصرف القانوني بوجه عام غير قائم بسب اختلال تكوينه[3].

لم يقدم المشرع الجزائري أي تعريفا بخصوص مسألة البطلان، حيث نظم فقط أحكامه وذلك في الباب الأول، الفصل الثاني، الكتاب الثاني، القسم الثاني من القانون المدني وهذا يتضح من خلال استقراء نص المادة 99 إلى 105 من القانون المدني[4].

في هذا الصدد يمكن لنا تعريف البطلان بأنه هو جزاء تخلف ركن الانعقاد (وجود التراضي) أو عدم استيفاء مقوماته من حيث المضمون أو غايته بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة وبتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا[5].

## ثانيا: أنواع البطلان

لقد اكتفى المشرع بذكر نوعين من البطلان فقط، الذي يتمثل في البطلان الوجوبي أو ما يعرف بالبطلان المطلق، أما النوع الثاني هو البطلان النسبي أو ما يعرف بالقابلية للإبطال حيث أن القانون المدني لم يذكر هذا التمييز، بل أن الفقه و القضاء هما اللذان استمد، ذلك من النصوص القانونية[6].

---

[1] محمد أحمد عابدين، محمد محمود المصري، المرجع السابق، ص 147.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه العام، مصادر الالتزام) مجلد 01، طبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 532.

[3] عبد الحكيم فؤده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، مصر، 1999 ص19.

[4] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5] همام محمد محمود زهران، الآصول العامة للإلتزام نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص183.

[6] DESCHAMPS Christan Lapoyades، op.cit, P87.

## 1_البطلان المطلق

يتم البطلان المطلق في العقود والتصرفات الباطلة، فهي تلك العقود التي لم يراع فيها الأحكام المقررة قانونا، كعدم توفر الشكل القانوني لأنه يعتبر من الأركان اللازمة توفرها لتكوين العقد[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 102 من القانون المدني:<< **إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلق جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد.**>>[2]، أي أن البطلان يقع بقوة القانون لعدم توفر الأركان والشروط اللازمة أثناء إبرام التصرفات القانونية ولا يجوز التصحيح بإجازة العقد، مثال عن ذلك فلا ينعقد عقد بيع الطائرة إلا بعقد رسمي واستنادا إلى إجراءات معينة وإلا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، لأنه من العقود الشكلية[3]، أما الفقرة الثانية من المادة 102من القانون المدني تنص على أنه: << **تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد**>> ، إذن البطلان المطلق هو جزاء عقد معدوم، لم ينعقد أصلا من الناحية القانونية، ويكون العقد باطلا بطلانا مطلاقا في الحالات التالية[4]:

أ–انعدام المحل، أو عدم مشروعيته وتعارضه مع الآداب العامة.

ب– إذا كان سبب الالتزام غير موجود، أو إذا كان سبب العقد غير مشروع.

ج_ انعدام الرضا، إما لعدم تطابق إرادة الأطراف أو لأن أحد المتعاقدين عديم الإرادة كالصغير الغير مميز والمجنون والمعتوه.

د–انعدام الشكلية القانونية المطلوبة عند إبرام عقد يشترط فيه شكل خاص.

---

[1] حمداش مقران، البطلان في القانون المدني الجزائري، المجموعة العلمية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2022، ص 21.

[2] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] المرجع نفسه.

[4] MICHELE Muller , Droit civil , 4e édition, Edition Foucher, Vanves, 2006, P118.

من خلال هذه الحالات يتضح أن بعض أسباب البطلان تعود إلى اعتبارات فنية يقتضيها إبرام العقد، وهناك البعض يرجع هدفها إلى حماية المجتمع من مخالفة النظام العام والآداب العامة مثلا مشروعية المحل وعدم مشروعية السبب[1].

## 2_ البطلان النسبي

يكون البطلان نسبيا أو ما يسمى بالقابلية للإبطال، إذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كنقص الأهلية لأحد من المتعاقدين، وكذلك عيب من عيوب الرضا كالتدليس أو الغلط بحيث القانون يتدخل في البطلان النسبي لحماية الطرف الضعيف من التعسف، فهو بحاجة أكثر لهذه الحماية[2]، حيث نصت المادة 101 من القانون المدني بأنه:<< **يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب** ...>>[3]، حيث يتضح من خلال نص هذه المادة أن البطلان النسبي يكون في الحالة التي يوجد فيها الرضا ولكنه يكون مختلا ولا بد من صدور حكم من القضاء وليس بإرادته المنفردة، طالما أن الطرف الأخر متمسك بالعقد فيظل صحيحا حتى يصدر حكم من القضاء.

# الفرع الثاني

# سلطات القاضي في إبطال العقد

كما أشرنا إليه سابقا، فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق لا يحتاج إلى حكم قضائي، فهو لم ينعقد أصلا من الناحية القانونية، أما إذا كان حماية خاصة فيكون الجزاء البطلان النسبي، فلا يمكن التمسك به إلا عن طريق القضاء[4].

---

[1]محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، المرجع السابق ص263.

[2] محمد اتني رواية، هباش زاهية، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2020، ص14.

[3]أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4]محمد صبري سعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري(النظرية العامة للالتزامات)، المرجع السابق ص262.

أي أن سلطات القاضي تكون حسب نوع البطلان، فإذا كان البطلان مطلقا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بالبطلان المطلق للعقد، والقاضي يستطيع أن يقرر ذلك[1]، حتى وإن لم يطلب المتعاقدان البطلان، إذا كان الأمر متعلقا بالنظام العام والآداب العامة، ومثال عن ذلك فإذا رفع البائع الدعوى على المشتري للمطالبة بالثمن، فأثناء دراسة الملف يتبين للقاضي أن المال مخصص للمصلحة العامة، فهنا القاضي يقضي بالبطلان المطلق للعقد لعدم مشروعية المحل الذي يعد ركن من أركان العقد[2].

بما أن العقد غير موجود قانونيا في البطلان المطلق، إذن للقاضي السلطة الواسعة في البطلان خاصة إذا تبين أن الأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة وليس بحقوق أطراف العقد وعلى ذلك جاز لكل الشخص أن يتمسك ببطلان عن طريق الدعوى، [3] فيمكن للبطلان المطلق أن يظهر على القضاء بشكل طلب من أحد المتعاقدين تنفيد العقد الباطل، كطلب البائع من المشتري سداد الثمن، و طلب المشتري من البائع تسليم المبيع، عندئذ يجوز لأحدهما أن يدفع تنفيد العقد بالبطلان المطلق، و هذا الدفع لا يسقط بالتقادم مهما طال الأمر يجوز إثارته في أي مرحلة كانت الدعوى[4].

أما بالنسبة للعقد القابل للإبطال أي البطلان النسبي، يكون ذلك لمصلحة أحد المتعاقدين ولهذا المتعاقد وحده أن يتمسك بالبطلان، ولا يمكن أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف الخاص إلا عن طريق استعمال حقه في طلب إبطال العقد في الدعوى الغير مباشرة، وكذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة بدعوى البطلان ويحصل على الحكم بذلك، وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد ولا

[1]عبد الحميد الشورابي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص480.

[2]طالبي وليد، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2018، ص 31.

[3]همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 186.

[4]عبد الحكيم فؤاده، المرجع السابق، ص 554.

يقتصر على تقريره، وإذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببا قائما فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد[1].

وفي الأخير بعد التأمل في طبيعة البطلان، فيمكن أن نستنتج أن سلطات القاضي في مسألة البطلان لها وظيفة فعالة، فعندما نكون في البطلان المطلق لها دور كاشف، بخلاف البطلان النسبي حيث يتدخل القاضي بدور منشئ، يترتب عليه إقرار البطلان بناء على طلب أحد الطرفين.

[1]عبد الحميد الشورابي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المرجع السابق، ص 481.

# خاتمة

## خاتمة

في ختام بحثنا، نستنتج بأن مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ أصلي إذ يعد من أهم الركائز في القانون المدني الجزائري، بحيث يخول للأفراد الحرية في إبرام ما شاءوا من التصرفات القانونية، إلا أن لهذا الأصل استثناءات، فرضها المشرع الجزائري أثناء إبرام مختلف التصرفات القانونية فرضها سواء كانت في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذ العقد ونهايته و قد وفق إلى حد كبير في ضبط الحرية من خلالها، وإن كان المجال مازال مفتوحا للمزيد من التكييف و التجديد خاصة مع تطور المعاملات، فالبداية بمرحلة تكوين العقد، نجد فكرتي أن النظام العام والآداب العامة تشكل قيدا جوهريا على مبدأ الحرية التعاقدية فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

إلى جانب النظام العام والآداب العامة نجد قيدا قانونيا آخر، ألا وهو الشكلية، التي تكون في بعض الأحيان ركنا للانعقاد وشرطا للإثبات تارة أخرى، والهدف منها حماية النظام القانوني وضوح العقود وتسهيل الإثبات في حالة النزاع، وبعد استيفاء مرحلة تكوين العقد من قبل المتعاقدين، تنتقل العلاقة التعاقدية إلى مرحلة تنفيذ العقد وإنهائه، بحيث هنا تباشر الأطراف في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها بموجب العقد، وهنا يبرز دور القاضي في إعادة التوزان العقدي كتدخل القاضي في رفع الغبن والاستغلال، حماية للطرف الضعيف، وذلك عن طريق ابطال العقد أو انقاصه كما هو الحال في الظروف الطارئة، خاصة في العقود طويلة المدة.

تعد عقود الإذعان استثناء أخر لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث يتضمن في بعض الأحيان شروطا تعسفية وعلى هذا، تكون للقاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد أو فسخه إذ تبين أنها مضرة بالطرف المذعن، حماية لمبدأ المساواة في التعاقد، وكذلك الأمر بالنسبة للفسخ والبطلان حيث يحد من إطلاق الحرية التعاقدية للأشخاص لتحقيق التوزان وحماية لمصالح الأطراف والنظام العام.

بعد دراستنا لموضوع ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في القانون المدني الجزائري توصلنا إلى بعض النتائج التي نوجزها فيما يلي:

**أولا: النتائج المتواصل إليها**

-رغم وجود مبدأ سلطان الإرادة أثناء إبرام التصرفات القانونية، إلا أنها تخضع إلى قيود قانونية فرضها المشرع على المجتمع، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه وإنهائه.

-تقييد الحرية التعاقدية بفكرتي النظام العام والآداب العامة أثناء إنشاء العقد، لغرض حماية المصلحة العامة والخاصة للمتعاقدين

-تدخل المشرع بنصوص قانونية آمرة لتقييد حرية الأشخاص بفكرتي النظام العام والآداب العامة وذلك إما عن طريق جبر الأفراد على التعاقد أو منعهم من ذلك.

-فرض الشكلية المباشرة لانعقاد العقد، والشكلية غير المباشرة للإثبات.

-يجوز للقاضي القيام بتعديلات في مضمون العقد، خاصة في الظروف الطارئة، التي لا تكون في الحسبان، بعد دراسة ملف الدعوى، سواء بالإنقاص من الالتزامات أو الزيادة منها أو وقف التنقيد.

-منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في عقود الإذعان والشرط الجزائي، وذلك في مرحلة تنفيذ العقد بهدف حماية الطرف الضعيف في العقد.

- يكون دور القاضي في البطلان المطلق، عند تخلف ركن من أركان العقد، أما دوره في البطلان النسبي عند تخلف شرط من شروطه.

-اتفاق الأطراف على الفسخ، لا يحرم القاضي من ممارسة سلطته، عن طريق التأكد من توفر الشروط اللازمة لفسخ العقد.

**بناءا على ما تم بيانه سابقا، نتقدم بالاقتراحات التالية:**

- منح القاضي سلطة أوسع في حالة ما إذا كان الخطأ جسيما.

–ضرورة توسيع المشرع لفكرتي النظام العام الآداب العامة، وفقا للتطورات والتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تطرأ في المجتمع.

– ينبغي على المشرع أن يعمل على التقليل من توسيع الشكلية في العقود نظرا للتطورات الحاصلة في المجتمع، مع تزايد المعاملات الإلكترونية.

# قائمة المراجع

# قائمة المراجع:

## I . باللغة العربية:

### أولا: الكتب


1- بلحاج العربي، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004.

2- _____ ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (لمصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة )، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2016.

3- بن عبيدة عبد الحفيظ ،إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ،الطبعة التاسعة، دار هومه للطباعة و النشو و التوزيع ، الجزائر، 2017.

4- حزيط محمد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر، 2017.

5- حمداش مقران، البطلان في القانون المدني الجزائري، المجموعة العلمية للنشر والتوزيع الجزائر، 2022.

6- حوحو يمينة، الأحكام العامة للعقد، ( تكوين و تنفيذ ) ، دار بلقيس ،الجزائر،2023.

7- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

8- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع ،عنابة ،2004.

9- رمضان محمد أبو السعود، المصادر الإرادية (القسم الأول: العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

10- سرايش زكريا، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،2014.

11- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

12- عبد الحكيم فؤده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، مصر، 1999.

13- عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996.

14- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول: نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998

16- _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الإلتزام بوجه عام: مصادر الالتزام)، مجلد01، الطبعة03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

17- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011.

18- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) الطبعة السابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

19- عمر زودة، الإثبات في المواد المدنية ( في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء)، الطبعة الثانية، دار بلقيس، الجزائر، 2024.

20- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد ( دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.

21- فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر الجزائر 2013.

22- كيرة حسين، المدخل إلى القانون (النظرية العامة للحق)، منشأ المعارف، الإسكندرية 1973.

23- لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد في القانون المدني، الطبعة الثانية، بيت الأفكار، الجزائر 2021.

24- محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2002.

25- محمد أحمد عابدين، محمد محمود المصري، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

26- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة مصر،2002 .

27- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

28- _____، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى الجزائر،2007.

29- _____ ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ا(لإثبات في المواد المدنية و التجارية ) دار هومه، الجزائر، 2008.

30- محمود علي الراشدان، الغبن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر وتوزيع عمان، 2010 .

31- مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.

32- مصطفي العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

33- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام(نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة مصر، 2004.

**ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية**

**1. الأطروحات الجامعية:**

أ-عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون المدني والفقه، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان،2016.

ب-ربيعة فراح، تطور الشكلية في العقود، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة،2024.

**2. المذكرات الجامعية:**

**أ- مذكرات الماجيستر:**

**1**-بو فلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون، تخصص: القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008.

**2**-بومعز رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر، باتنة 2005.

**3**-حمادي جازية مجيدة، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003.

**4**-عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

**5**-مراح وردة، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم الحقوق، كلية العلوم الإجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2004.

**ب-مذكرات الماستر:**

**1**-إمخلوفن يوبا، حدود النظرية الحديثة للعقد في ظل النظام الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية،2024.

**2**-أيت أوقاسي نصيرة، عمري ليدية، دور الإرادة في إنشاء الالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية، 2016.

**3**-بوعمامة رشيد، بوعمامة صدام، الشكلية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، الجزائر 2022.

**4**-حنيفي فاطيمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018.

**5**-سحيري مراد، محتار بن حامد، النظام العام والعقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثلجي الأغواط ،2020.

**6**-طالبي وليد، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2020.

**7**-فرج الله دلال، فكرون خديجة، آثار الإيجار المدني في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر، بسكرة،2022.

**8**-محمد اتني رواية، هباش زاهية، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945، قالمة.

**9**-معايزية سارة، لحماري وئام، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة،2024.

**ثالثا: المقالات**

**1**-بن يحي شارف، "ضرورة إسقاط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني"، المجلة الأكاديمية للدراسات الأجتماعية والإنسانية، العدد4، 2014، ص ص45-56.

**2**-بوروح منال، "مصادر النظام العام لحماية الطرف الضعيف"، المجلة الأكادمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2017، ص ص294-309.

**3**-تريغة نوارة، "تطور عناصر النظام العام"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد01، العدد02 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص ص93-108.

**4**-يحياوي يوسف، زحزاح محمد، "الشكلية العلنية كصورة من صور الشكية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد" مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد الخامس، جامعة الجزائر01، 2015 ص ص125-138.

**5**-قصاصي عبد القادر، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي"، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة أحمد دراية، بشار 2018، ص ص 127-142.

**6**-ياسر باسم ذنون، رؤى خليل إبراهيم، "نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الاحكام القضائية" "(دراسة تحليلية مقارنة)"، مجلة الشريعة والقانون، العدد57، 2014، ص ص181-213.

**رابعا: النصوص القانونية**

**أ-النصوص التشريعية:**

**1**-أمررقم74-15مؤرخ في 30 جانفي1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر ج ج ، عدد 29 صادر في20 يونيو1988 معدل و متمم.

2-أمر رقم75 -58 مؤرخ في 26سبتمر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج رج ج عدد 78، صادر في 30سبتمبر1975، معدل ومتمم.

3-أمر رقم 75-74 مؤرخ في12 نوفمبر 1975 متعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، ج رج ج عدد92، صادر في 18 نوفمبر 1975.

4-قانون رقم 84-11مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة ،ج ر ج ج ، عدد 24 صادر في12 يونيو 1984، معدل و متمم.

5-قانون رقم 90-25 مؤرخ في18 نوفمبر1990، متعلق بالتوجيه العقاري، ج ر ج ج عدد55، صادرفي19 ديسمبر1990، معدل ومتمم.

6-قانون رقم 05-10مؤرخ في 30 يونيو2005، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 سبتمبر 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج رج ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر1975 .

7-قانون رقم 07 – 05 مؤرخ في 13 ماي2007، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في13 ماي، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج رج ج، عدد 78، صادر في 30سبتمبر1975.

8-قانون رقم 11- 10، مؤرخ في 2011/06/22، يتضمن قانون البلدية، ج ر ج ج عدد37صادر في 3يوليو2011، معدل و متمم.

9-قانون رقم 12-07 مؤرخ في 2012/02/21، يتضمن قانون الولاية، ج ر ج ج عدد12 صادر في 2012/02/29.

10-قانون رقم 18-11، مؤرخ في02 يوليو2018، يتعلق بالصحة، ج رج ج، عدد46 صادر في 29 يوليو2018، معدل ومتمم.

**2.النصوص التنظيمية:**

**1**-مرسوم تنفيذي رقم 76- 63 مؤرخ في 25 مارس1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، عدد30، صادر في 13 أفريل 1976، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19ماي 1993، ج رج ج، عدد34، الصادر في 23-05-1993.

2-مرسوم تشريعي، رقم 94-07 مؤرخ في 18ماي 1994، يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر ج ج، عدد32، صادر في 25 مايو1994.

3-مرسوم تنفيدي رقم 04-381 مؤرخ في 28 نوفمبر 2004، يحدد قواعد حرية المرور عبر الطرق، ج ر ج ج، عدد 62، صادر في20 نوفمبر2011.

**II .باللغة الفرنسية:**

**1- Les ouvrages :**

1-DESCHAMPS Christian Lapoyades, Droit des obligations, Ellipses Paris, 1998.

2- FRANCOIS COLLART DUTILLEUL, DELEBECQUE Philippe contrats civils et commerciaux, 8e édition, Dalloz, Paris, 2007.

3- MICHELE Muller , Droit civil , 4e édition, Edition Foucher, Vanves 2006 .

# الفهرس

مقدمة..... 2

**الفصل الأول: ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد**

المبحث الأول: النظام العام والآداب العامة كضابطين على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 7

المطلب الأول: مفهوم فكرتي النظام العام والآداب العامة ..... 7

الفرع الأول: تعريف النظام العام والآداب العامة ..... 8

أولا: التعريف الفقهي ..... 8

ثانيا: التعريف القانوني ..... 9

الفرع الثاني: مصادر النظام العام والآداب العامة..... 10

أولا: النظام العام مصدره تشريعي..... 11

ثانيا: النظام العام مصدره قضائي ..... 11

الفرع الثالث: مجال النظام العام ..... 12

أولا: النظام العام السياسي والأخلاقي ..... 12

ثانيا: النظام العام الاقتصادي ..... 15

المطلب الثاني: مظاهر تقييد حرية الأشخاص بفكرتي النظام العام والآداب العامة ..... 18

الفرع الأول: ضبط المشرع لحرية إبرام العقد..... 18

الفرع الثاني: تدخل إرادة المشرع في تحديد مضمون العقد ..... 19

أولا: تنظيم المشرع لبعض العقود بنصوص آمرة: ..... 20

ثانيا: التدخل التشريعي لتوسيع نطاق العقد..... 20

الفرع الثالث: تدخل المشرع لصرف أثر العقد إلى الغير ..... 22
المبحث الثاني: فرض الشكلية كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 23
المطلب الأول: فرض الشكلية المباشرة كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد..... 24
الفرع الأول: العقد الرسمي كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 24
أولا: تعريف العقد الرسمي..... 24
ثانيا: شروط صحة العقد الرسمي ..... 25
الفرع الثاني: العقد العرفي كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 28
الفرع الثالث: العقود العينية كشكلية مباشرة على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 29
المطلب الثاني: الشكلية غير مباشرة كضابط على الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تكوين العقد ..... 30
الفرع الأول: الكتابة كشرط للإثبات ..... 30
الفرع الثاني: الشكلية المتعلقة بالشهر العقاري ..... 33

**الفصل الثاني: ضوابط الحرية التعاقدية للأشخاص في مرحلة تنفيذ العقد وإنهائه**

المبحث الأول: سلطة القاضي لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه ..... 38
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالات الغبن والاستغلال والظروف الطارئة ..... 38
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الغبن والاستغلال ..... 39
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في الظروف الطارئة ..... 42
أولا: التعريف بالظروف الطارئة ..... 42
ثانيا: سلطة القاضي في تعديل العقد في نظرية الظروف الطارئة ..... 46
المطلب الثاني: تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي وعقود الإذعان ..... 48
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ..... 48
أولا: التعريف بالشرط الجزائي ..... 48
ثانيا: أحكام الشرط الجزائي ..... 50
الفرع الثاني: سلطة القاضي في عقود الإذعان ..... 52
أولا: تعريف عقد الإذعان ..... 52
ثانيا: حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان ..... 53
المبحث الثاني: تدخل القاضي في إنهاء العقد ..... 54
المطلب الأول: تدخل القاضي في فسخ العقد ..... 54
الفرع الأول: تعريف الفسخ وشروطه ..... 55
أولا: تعريف الفسخ ..... 55
ثانيا: شروط الفسخ ..... 55

الفرع الثاني: سلطات القاضي في فسخ العقد ..... 57
المطلب الثاني: تدخل القاضي في بطلان العقد ..... 58
الفرع الأول: التعريف بالبطلان ..... 58
أولا: تعريف بالبطلان ..... 58
ثانيا: أنواع البطلان ..... 59
الفرع الثاني: سلطات القاضي في إبطال العقد ..... 61
خاتمة ..... 65
قائمة المراجع: ..... 69
الفهرس ..... 78

**الملخص:**

تلعب الإرادة دورا مهما في إنشاء التصرفات القانونية، حيث تجسد لنا حرية الأشخاص في التعاقد والاتفاق على تحديد بنود العقد وشروطه وفقا لرغبتهما كأصل عام، غير أن تطور المعاملات القانونية بين الأفراد أدت إلى تدخل المشرع باستثناءات نص عليها في القانون المدني وحتى في بعض القوانين الأخرى لتحد من حرية الأشخاص بضوابط في كل مراحل العقد المختلفة.

حيث منح المشرع للقاضي سلطة لممارستها متى استدعى الأمر ذلك وتوافرت مبررات قانونية حماية للمصلحة العامة وضمان استقرار المعاملات تحقيقا للعدالة بين الأشخاص.

**الكلمات المفتاحية:** تدخل القاضي في العقد، الحرية التعاقدية، إبرام العقد، الشكلية في العقود.

**Abstract:**

The will plays an important role in creating legal acts, as it embodies individuals' freedom to contract and agree on the terms and conditions of a contract according to their desires as a general principle. However, the development of legal transactions among individuals has led to the legislator's intervention with exceptions stipulated in the civil code and even in some other laws to limit individuals' freedom with controls at various stages of the contract.

The legislator has granted the judge the authority to exercise these controls whenever necessary and when legal justifications exist, in order to protect public interest and ensure the stability of transactions, thereby achieving justice among individuals.