وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار -ايليزي-
معهد الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص :قانون خاص معمق
بعنوان :

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

إعداد الطالبة :
بوراس لبنى
بوعزة هشام

تحت اشراف
الاستاذ: بن قردي أمين

وتتكون لجنة المناقشة من الاساتذة :

الاستاذ: بوزيد ذكرى أمال	أستاذة محاضرة –ب-	رئيسا
الاستاذ: بن قردي أمين	أستاذ محاضر-أ-	مشرفا ومقررا
الأستاذ: بوخاري مصطفى	أستاذ مساعد قسم-ب-	مناقشا

السنة الجامعية 2022 /2023

إهداء:

إلى أبي الغالي الذي ساندني طوال حياتي العلمية لغاية الوصول إلى ما أنا عليه الآن.

أهدي ثمرة جهدي لأعز ما أملك في الدنيا، لأمي حبيبتي أسعدها الله و حفظها و رعاها.

إلى كل الأساتذة الذين درسوني طوال مشواري الدراسي و الجامعي، دمتم ذخرا لوطننا الحبيب الجزائر

إلى كل من ساندني من قريب أو من بعيد لإتمام عملنا المتواضع

- هشام -

إهداء :

أهدي تخرجي إلى معلم الإنسانية، إلى النور الذي بدد ظلمة الجاهلية من كان نوره شعلة أضائت قلوبنا سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم، إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ومن أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من أمضى وقته في الكد والعمل ليرسم لنا طريقا ممهدا نحو المستقبل أدعو الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها أبي الغالي، إلى الغالية التي أرى الأمل من عينيها ملاكي في الحياة ومعنى الحب من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي أمي الغالية والدي الكريمين و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا، إلى من حبهم يجري في شراييني ونبض دمي القلوب الطاهرة الرقيقة ورياحين حياتي إخواني إلى من سرنا سويا ونشق الطريق معا إلى جميع الأهل والأصدقاء العزيزين على قلبي فلولاهم ولولا دعائهم ودعمهم ما أكملت مسيرة النجاح

- لبنى-

كلمة شكر و تقدير

نشكر الله عز و جل قبل كل شيء

كل الشكر و التقدير إلى كل من ساهم في

مساعدتنا و تشجيعنا و نخص بالذكر مشرفنا

الأستاذ القدير " بن قردي أمين "

نتقدم بجزيل الشكر له على مساعدتنا في إنجاز

هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات المستعملة في البحث:

1- ج،ر: جريدة رسمية

2- ع :عدد

3- مج: مجلد

4- ب،ط: بدون طبعة

5- ق : قانون

6- ق،م،ج : القانون المدني الجزائري

مقدمة

مقدمة

الحق سلطة تثبت لشخص تمكنه من القيام ببعض التصرفات تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون و يحميها، وموضوع الحق أو محله هو ما ينصب عليه الحق و تختلف باختلافه فالحقوق العينية محلها أعيان أما الحقوق الشخصية فمحلها دين أو التزام، و الحق الذهني محله نتاج فكري[1].

يحتل العقد أهمية كبيرة في التعامل بين الناس و يكاد عدد العقود اليومية لا يعد و لا يحصى، كما يعتبر العقد من أهم الصور التي تبرز التصرف القانوني الذي يحدد المعاملات التي تتم بين الأطراف، فالعقد إذا هو وسيلة من وسائل إرساء السلم المدني كونه يحدد بدقة الالتزامات بين أطرافه، فيحدد بذلك ما يجب عليه و ما هو له[2].

للعقد عدة أنواع تختلف عن بعضها البعض، من ناحية التصنيف و الشكل أو حتى المضمون، أو غير ذلك، وبالرغم من أن النظرية العامة للعقد قد اشتملت على كيفية إنشاء العقد و ما يجب توفره من شروط، كما أنها حددت الآثار الناتجة عن العقد، لكل نوع من العقود خصوصية، فكل نوع يستلزم الوقوف بالدراسة و التمعن بهدف تحديد أحكامه التي تميزه عن غيره، خاصة عقد الهبة، فالهبة لها أهمية بالغة سواء بالنسبة للعلاقات و الروابط الإنسانية التي تقوم على البر و الإحسان و التراحم و الود، أو بالنسبة للحياة العملية فهو ذو أهمية ملفتة للنظر في هذا المجال فهو تصرف يكتسي خطورة ذات بال عظيم في التصرفات القانونية، فالهبة إذا هي تصرف شرعي أباحته الشرائع السماوية و القوانين الوضعية و نظمت أحكامها بقواعد تسير وفق ضوابط تجعلها تحقق أهدافها التي أبرمت من أجلها[3].

---

[1]- قادري نادية، **النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري**، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد الحاج لخضر باتنة، 2009/2008، ص أ

[2]- كاملي مرسلي، **عقد الهبة و أحكامها في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019، ص 1

[3]- محمادي منال، مانة فلة، **الرجوع في الهبة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2022/2021، ص 2

إن جميع التصرفات القانونية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فتنشأ وفقا للقواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود ونفاذها و انحلالها، على سبيل المثال فعقد الهبة نذكر عقد الهبة الذي يعتبر من أخطر التصرفات المالية التي يمكن أن يقدم عليها الإنسان في حياته، فقد شرعت أساسا طلبا للمحبة والمودة وتقوية أواصر الأخوة بين الناس، لأنها تكون تبرعا في الغالب من غير شرط أو عوض، فهي إفقار الطرف و إغناء لطرف ثان، وهذا التصرف قد يؤثر في الذمة المالية للواهب ويحدث أثرا بالغا في نفوس عائلته وأقاربه، ولذا فقد أحاطته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بجملة من القواعد التي تضبط شروطه وتنظم أحكامه[1].

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، وهو من أهم الالتزامات الإرادية التي عرفها الإنسان في تاريخه الطويل وقد ازدادت أهميته اثر ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر، هذا المذهب الذي كان ينادي بمبدأ سلطان الإرادة ويقدس الحرية الفردية، و يعتبرها الأساس في التعامل الاقتصادي، وينظر للإنسان من زاويتين، الأولى أنه غاية في ذاته فلا يجوز اعتباره وسيلة ويترتب على ذلك عدم التزامه بإرادة غيره، والثانية أنه كائن ذو إرادة حرة، ويترتب على ذلك انه يلتزم بإرادته وحدها باعتبارها قانونه الخاص وفي المقابل يتحمل نتائجها.

كما هو معروف فان العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني، وطبقا للمادة 106 من ق.م.ج[2] فان العقد شريعة المتعاقدين[3]، وليكون العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية لا بد أن يصدر عن إرادة حرة خالية من العيوب.

---

[1]- عمارة علي، **الرجوع في الهبة بين النص و الاجتهاد في التشريع الجزائري**، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 01، ع 02 مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 782

[2]- **أمر رقم 75-58**، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ع 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

[3]- تنص المادة 106 من ق.م.ج: " العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها".

تطور مبدأ سلطان الإرادة عبر مراحل تطور التشريع عموما و بتطور القانون المدني خاصة، حيث ظهر بظهور التشريع الروماني و كان أصل إبرام العقود كتابة واستثناء تبرم شفاهة فلم تكن الإرادة تكفي إذ لا تنشأ العقود إلا بإتباع شكلية معينة، كما أن آثاره لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون، فالسلطان الذي كان سائدا في هذا القانون هو سلطان الشكل وهو مصدر الالتزام إضافة إلى ذلك لا يجوز الطعن في العقد الشكلي، بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية، فالحضارة الرومانية وكأي حضارة أخرى لم تعرف التوقف عن التطور والتوسع فقد عرفت تقدما في الفكر القانوني والذي كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل والإرادة في العقد ومنح الإرادة قسطا من الأثر القانوني مما دعا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين أما الشكل فما هو إلا سببا قانونيا للالتزام مما أدى إلى ظهور بعض العقود الرضائية في هذه المرحلة إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يقرر القانون الروماني تحديد مبدأ سلطان الإرادة بوجه عام بل ظلت الأوضاع إلى آخر عهوده والأشكال سارية حتى بعد تطوره[1].

إلا أن ذلك أخذ منحى آخر عبر تطور القوانين مع تطور المجتمع خاصة مع بداية القرن الثامن عشر، فظهر المذهب الفردي الذي قدس حرية الفرد، لاحقا سارت أنظمة وقوانين الدول نحو الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد فظهر المذهب الجماعي وهو الذي يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، ومنع الأفراد من الاتفاق أو التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو الاتجاه العام للمجتمع وذلك من منطلق الصالح العام يعلو المصلحة الفردية، لكن بعيوب المذهب الاشتراكي فأصبحت الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقود كأصل عام واستثناء صياغة الاتفاق في شكل معين، لكن مع ظهور عقود جديدة وتوسع مجال المعاملات والنشاطات أضحت هناك ضرورة ملحة لمواكبة التطور السريع مراعاة

[1]- العربي فاطمة الزهراء، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة**، في مجال العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017، ب ذ ت م، ص 2

للنظام العام بمفهومه الواسع من جهة، وحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة ثانية، وتحقيقا للعدالة من جهة أخرى، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة وردت على شكل استثناءات عن القاعدة العامة فى مجال العقود المدنية خاصة وهذه الاستثناءات منها ما ورد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ومنها ما ورد في قوانين خاصة ولعل أهمها التشريعات المتعلقة بالعمل وبمجال الاستهلاك والتأمينات وهي استثناءات كلما تم التوسع فيها كلما ضاق مجال تطبيق وإعمال مبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث شكل العقود أو من حيث موضوعها[1].

من أهم أسباب اختيارنا للموضوع، أسباب شخصية تتمثل في اهتمامنا بمختلف المواضيع المتعلقة بالعقود، و أسباب موضوعية كونه من بين المواضيع التي يهتم بها القانون المدني و يعالجها و يعد هذا الأخير مجالا لاختصاص دراستنا، بالإضافة لخصوصية الموضوع.

لكننا وجدنا العديد من الصعوبات اثناء البحث في هذا الموضوع من بينها جعلنا نصطدم بأهم مبدأ من مبادئ القانون وهو مبدأ سلطان الارادة الذي يحكم العقد و كذا القوة المنبثقة عنه كالقوة الملزمة للعقد وهذا ما يجعله من أكثر المواضيع المثيرة للجدل ،إضافتاً الى أن موضوع القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة موضوع متشعب يندرج تحت العديد من المواضيع الهامة ضمن النظرية العامة للعقد في القانون المدني منها(عقد الإذعان الاستغلال، نظرية الظروف الطارئة) وكل منها موضوع بحث.

تكمن أهمية الموضوع، كون موضوع مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه موضوع عملي، له أهمية كبيرة سواء من الناحية القانونية، الاقتصادية، و الاجتماعية فيبين مدى أهمية العقود التي نبرمها يوميا و مدى التزام الأطراف بتنفيذ التزاماتهم.

[1]- العربي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 3 و 4

كما لهته الدراسة أهمية من ناحية تسليط الضوء على أهمية السلطة التقديرية للقاضي لتعديل العقد بما يتماشى مع هذا المبدأ، و حماية الطرف الضعيف في العقد سواء في مرحلة إبرامه أو تعديله.

من خلال ما سبق، نطرح **الإشكالية** الآتية:

فيما تتمثل القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري؟

و للإجابة على الإشكالية المطروحة، اتبعنا في دراستنا المنهج التحليلي من خلال تحليلنا لمختلف النصوص الدستورية و القانونية المتعلقة بالموضوع و المنهج الوصفي من خلال تعرضنا لبعض المفاهيم و المصطلحات مثل مبدأ سلطان الإرادة، العقد الشكلي، العقد العرفي.

قسمنا دراستنا لفصلين أساسيين، الفصل الأول بعنوان القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود، بدوره ينقسم لمبحثين، المبحث الأول بعنوان الشكلية كركن من أركان صحة العقد كقيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة، و المبحث الثاني بعنوان الكتابة العرفية كقيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة ، أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع التعاقد، ينقسم بدوره لمبحثين، المبحث الأول بعنوان القيود الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة قبل إبرام العقد، و المبحث الثاني القيود الموضوعية على مبدأ سلطان الارادة بعد إبرام العقد

الفصل الاول: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود

الفصل الأول: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود

تنص المادة 54 من ق.م.ج: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"[1]، فبالتالي العقد هو اتفاق بين شخص أو عدة أشخاص يرتب أثارا قانونية.

القاعدة العامة في العقود هي " الرضائية"، تطبيقا لأحكام المادة 59 من ق.م.ج لكن في بعض الأحيان يشترط القانون شكلية معينة لإبرام بعض النوع من العقود مثل عقد الشركة، عقد الرهن الرسمي، عقد بيع عقار.

صحيح أن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقود وترتيب أثارها عموما، و الأصل في إبرام التصرفات والعقود هو التراضي الذي يتم عبر الإعلان عن الإرادة واقترانها بأخرى دون حاجة لصبها في قالب محدد، فالرضائية لا تكفي[2]، و الشكلية تكون في بعض العقود ركنا من أركان العقد تحت طائلة البطلان، بمعنى آخر تخلفها يرتب البطلان المطلق فلا يترتب عن العقد أي أثر قانوني و بالتالي قيدا من القيود على مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 106 ق.م.ج، و قد يترتب عنها بالإضافة لهته الآثار، أثار قانونية أخرى، فعدم إتمام إجراءات القيد و النشر في عقد الشركة يترتب عنه عدم اكتسابها للشخصية المعنوية، فاكتسابها لهته الأخيرة يعتبر أول أثر مباشر لقيدها في السجل التجاري.

و عليه، سنتطرق للشكلية كركن من أركان صحة العقد كقيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة **(المبحث الأول)**، و للشكلية غير المتطلبة للانعقاد كقيد لمبدأ سلطان الإرادة **(المبحث الثاني)**.

---

[1]- المادة 54 من الأمر 75-58، المرجع السابق

[2]- سالمي وردة، **الشكلية تقييد للإرادة التعاقدية في عقود الأعمال**، دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مج 07 ع 01، لسنة 2023، ص 1

المبحث الأول: الشكلية كركن من أركان صحة العقد كقيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد تعد من أهم المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة ومفاده أن أطراف العقد ملزمون بتنفيذ ما جاء فيه كما لو كان قانون لهم بشرط أن يصاغ بشكل صحيح فالإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار، غير أن نطاق القوة الملزمة للعقد يخضع لفكرة نسبية أثار العقد سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص. وتهدف هذه الورقة البحثية إلى تبيان أهمية توثيق العقد لحماية أطرافه، و إضفاء الأمن القانوني واستقرار المعاملات المدنية[1].

قد يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد و يترتب البطلان على عدم توفرها، و على المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحا ،و تسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن رابع إضافة إلى التراضي و المحل و السبب و من ثمة يلزم الطرفين بكتابة العقد ، و قد تكون هذه الكتابة التي تترجم ركن الشكلية كتابة رسمية أو كتابة عرفية ، كما يشترط التسليم العقد لانعقاده[2].

يقصد بالشكلية إفراغ العقد في شكل معين و إلا اعتبر باطلا بطلانا مطلقا الشكل غالبا ما يكون الكتابة الرسمية هذا و تتجلى الشكلية المباشرة في اشتراط الكتابة في العقود الشكلية، أو اشتراط التسليم في العقود العينية[3].

---

[1]- صفاي العيد، **توثيق العقد و حجيته**، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مج 15، ع 01، لسنة 2022، ص 2328

[2]- بن سعدية مسعودة، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود**، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2022/2021، ص 10

[3]- زحزاح محمد، **الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير مباشرة و أثرها على نفاذ العقد**، مجلة القانون العقاري و البيئة، ع 5 ، جوان 2015، ص 24

تعتبر الكتابة الرسمية الصورة الأولى للكتابة، و من أهم أنواع الكتابة نظرا لارتباطها بتصرفات قانونية مهمة، و المشرع الجزائري وضع لها أهمية كبيرة و نظمها بموجب القانون.

و عليه، سنتطرق للمقصود بالكتابة الرسمية و شروطها **(المطلب الأول)**، و نتناول **أنواع** العقود التي تشترط فيها الشكلية الرسمية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: المقصود بالكتابة الرسمية و شروطها

بدأت الرضائية تتلاشى في مطلع القرن الماضي، لأسباب عديدة، فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل إضافة إلى أركان الأخرى من التراض ومحل وسبب تحتاج كذلك إلى شكل معين، وتتجسد في شكلية رسمية أو شكلية عرفية[1].

سنتطرق في دراستنا في هذا المطلب، للمقصود بالكتابة الرسمية **(الفرع الأول)**، و نتطرق لشروطها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المقصود بالكتابة الرسمية

قبل الإشارة إلى العقود التي استلزم المشرع فيها ركن الشكلية الرسمية يتوجب علينا أولا التطرق إلى تعريفها و شروط هذه الشكلية.

تنص المادة 324 معدلة 2 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته اختصاصه "[2].

سنتطرق في دراستنا لهذا الفرع لإجراءات الكتابة الرسمية **(أولا)**، و لأنواع العقود التي تشترط فيها الكتابة الرسمية **(ثانيا)**.

[1]- فيلالي علي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، ط 3، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013، ص 301 و 302

[2]- المادة 324 من الأمر 75-58، المرجع السابق

الفرع الثاني: شروط الكتابة الرسمية

يقول الأستاذ زواوي: "هناك تلازم بين الرضا والشكل وتأثير متبادل بينهما، فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعية للتصرف بينما الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة، الشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي كما كان الوضع في الشرائع القديمة ، بل لابد من وجود الرضا"[1].

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي فان عدم احترام الشكل الرسمي في بيع العقار يعد مخالفا للمادة 12 من القانون رقم 91-70 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ومن ثم يكون العقد باطلا.

كان اختلاف بشان تطبيق هذه المادة بين مختلف الجهات القضائية إذ ترى بعض الجهات أن إغفال الشكلية لا ينال من صحة التصرف بينما يرى البعض الأخر انه يترتب على إغفالها بطلان العقد ولوضع حد لهذه الاختلافات اجتمعت الغرف مجتمعة للمحكمة العليا وصدر عنها قرار مبدئي في 18 فيفري 1997 يقضي ببطلان التصرف في حالة عدم احترام الشكلية الرسمية المقررة قانونا في الملف رقم 136456، بتاريخ 1997/01/10 [2].

تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"[3].

فبالتالي للمحرر الرسمي شروط، و يجب في تحريره مراعاة الأشكال القانونية، نوضح ذلك كالآتي:

[1]- زواوي محمود، **الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري**، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، ب ذ س، نسخة الكترونية، ص 15

[2]- نقلا عن: صفاي العيد، المرجع السابق ص 233.

[3]- المادة 793 من ق.م.ج

الشكلية كفيلة بتوفير الحماية لإرادة الأطراف خاصة إذا كانت كتابة رسمية ،فهي تشجع على الائتمان إذا ما أن أنكر احد المتعاقدين وجود بند في العقد أو وجود العقد أصلا هذا فيما يخص المصلحة الخاصة للمتعاقدين أما المصلحة العامة حيث أن وظيفة الدولة تطورت وأصبحت تتكفل بالميدانين الاجتماعي والاقتصادي، مما يجعل الدولة مهتمة بالمعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد فتدرجها ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد، فهي تحقق لها إرادات في خزينتها بالضرائب المفروضة[1]، و تتمثل شروط المحرر الرسمي فيما يلي:

أ- يجب أن يتم عند الموظف المختص بذلك

هو الضابط العمومي والذي يعتبر كل شخص خول له القانون سلطة التصديق وإعطاء صيغة الرسمية للعقود والوثائق، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، والموثق وكتاب الضبط لدى المحاكم، وأيضا الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة هم الخواص اللذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضر القضائي والمحامي والموثق حيث تتولى السلطة تعيينهم ولكن يلقون أجور أتعابهم من ذوي الشأن المستفيدين من خدماتهم.

يعتبر الموثق الشخص الوحيد المسؤول على توثيق وإعطاء الصيغة الرسمية لعقود البيع مثلا فالمادة الثالثة من قانون التوثيق، تنص على أن: "الموثق ضابط عمومي ،مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطائها هذه الصبغة"[2].

و المادة 10 من نفس القانون تنص على أن يتولى الموثق حفظ العقود التي يتولى تحريرها أو تسليمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما التسجيل والإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحدد قانونا[3].

---

[1]- صفاي العيد، المرجع السابق، ص 239

[2]- المادة 03 من **القانون رقم 06-02** مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق

[3]- تنص المادة 10 من نفس القانون : " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل و إعلان و نشر و شهر العقود في الآجال المحددة قانونا".

مع الإشارة أن الاختصاص الإقليمي للموثق هو شامل لكافة التراب الوطني، حسب ما جاء في نص المادة 02 من نفس القانون، ولكن قد حد المشرع من اختصاص الموثق في بعض الحالات وهي في حالة كان هو طرفا معنيا ممثلا أو مرخصا بأية صفة كانت.

- يتضمن تدابير لفائدته

- يعين أو يكون فيه وكيلا أو متصرفا أو أية صفة أخرى كانت

- أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية وإلا كانت تحت طائلة البطلان

- يكون ذلك وفق ما نصت عليه المادة 324 السابقة الذكر والمادة 26 من القانون06-02

- تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص ... وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف والتواريخ.

محتوى المادة 324 من القانون المدني قد عدلت و وقع بها تغييرات، لاسيما من حيث استبدالها للفظ " الورقة " ب " العقد"، حيث رأى الكثيرون أنه تعبير غير دقيق، و بغض النظر عن اختلاف تلك الألفاظ و دقة التعبير المستعمل فإنه يشترط في المحررات ثلاث أركان لكي تعتبر رسمية، و هي كالآتي:

- أن يقوم بها موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة.

- أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصا في الموضوع وفي المكان بالكتابة، أي في حدود سلطته و في نطاق اختصاصه.

- أن يراعي الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة في الكتابة ما يوجبه القانون.
أن يكون محرر العقد موظفا ضابطا عموميا، أو مكلفا بخدمة عامة سنبين ذلك فيما يأتي:

1- الموظف

الموظف شخص عرفته المادة 04 من القانون الأساسي للوظيفة العامة الصادر بالأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006/06/15 بأنه: " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في السلم الإداري"[1].

و قد استثنت المادة 02 من الأمر نفسه في فقرتها الأخيرة القضاة العسكريون و المدنيون للدفاع الوطني و مستخدمو البرلمان.

2- الضابط العمومي

هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق و إعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، على أن تكون له مؤهلات قانونية ، تسمح له بذلك فتسند إليه مهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤولية و يتقاضى أجره من ذوي الشأن[2].

في هذا السياق جاءت القواعد المنظمة للمرفق العام لتحدد اختصاص الضابط العمومي حيث على سبيل المثال المادة الثالثة من القانون 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق[3]، و التي نصت على أن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأطراف إعطاءها هذه الصبغة و تقضي المادة العاشرة من نفس القانون بأن يتولى الموثق حفظ العقود التي يقوم بتحريرها، أو يتسلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما التسجيل و إعلان و نشر و شهر العقود في الآجال المحددة قانونا.

---

[1]- المادة 04 من **الأمر رقم 06-03** مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج.ر.ع 46 صادر في 16 يوليو 2006.

[2]- بوغرارة الصالح، **الشكلية في التصرفات القانونية**، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، ع 01، ص 96

[3]- القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق

إذن صفة الضابط العمومي تثبت لكل شخص حامل لأختام الدولة و له صلاحية المعدة من طرف المحضر القضائي، أو العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية أو تلك التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصيغة حيث يلجئون إلى الموثق الذي يقوم بذلك[1].

تجدر الإشارة لنقطة مهمة، بخصوص الطبيعة القانونية للموثق و المحضر القضائي فقد تم اقتراح تعديل بعض المواد القانونية بملتقى دولي أقيم بجامعة البليدة –2– لونيسي علي، بعنوان "مكانة المحضر القضائي في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية"، من أهم توصيات و اقتراحات هذا الملتقى، تعديل بعض النصوص القانونية المنظمة لمهنة المحضر القضائي و الموثق، و من أهم هته التعديلات بخصوص الطبيعة القانونية للمحضر القضائي و الموثق، و تغيير لفظ "ضابط عمومي"، ب " ضابط قضائي"، باعتبارهم من مساعدي العدالة و يخضعون لرقابة وكيل الجمهورية المختص إقليميا، فهل يا ترى ضابط الحالة المدنية الذي يعتبر ضابطا عموميا، له نفس مهام الموثق و المحضر القضائي الذين يعتبران في النصوص القانونية الخاصة بهته المهن "ضابط عمومي"[2].

3– المكلف بالخدمة العامة

المكلف بالخدمة العامة هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع و سواء كان مأجور و مثل هؤلاء رؤساء المجالس الشعبية البلدية المنتخبون، و كذا الخبراء المقبولين الذين تعينهم المحكمة، و يعتبر مكلفا بالخدمة العامة، الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين و المحامين و الموثقين وغيرهم، و رغم أن هؤلاء يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن أي المستفيدين من

[1]- بن سعدية مسعودة، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود**، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022/2021، ص 14

[2]- بوعمامة عصام، **الطبيعة القانونية للمحضر القضائي**، مداخلة ملقاة بالملتقى الدولي " مكانة المحضر القضائي في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية"، يوم 04 ماي بجامعة البليدة -2- لونيسي علي، يوم 04 ماي 2023، ص8

خدماتهم إلا أن السلطة العمومية هي من تتولى تنظيم هذه المهن، فتحدد شروطه و كيفيات ممارستها[1].

تعتبر إرادة الأطراف هي الأساس المنشئ للعقد حيث يقوم العقد التوثيقي عليها فيجب أن تمر عبر مراحل سوف نتطرق إليها كالأتي:

1- مرحلة التعاقد

هي مرحلة تبادل الإيجاب بالقبول وتكون قبل التوقيع، حيث يقوم الأطراف المتعاقدة بالاتصال بالموثق بقصد إبرام العقد وصياغته في الشكل الرسمي وأيضا تزويد الأطراف بالمعلومات والأحكام القانونية التي تمكنهم من اتخاذ القرارات السلمية وذلك طبقا للمادة 08 من القانون رقم 88-27 فيجب على الموثق أن يقدم النصائح و أن يتأكد من صحة العقود الموثقة والمحررة.

بخصوص مهمة الموثق، تنص المادة 05 من القانون 88-27 على أن "مهمة الموثق هي تجسيد توافق إرادة الأطراف في عقد يحرره وفقا للشروط و الأشكال التي ينص عليها القانون والتنظيم الجاري به العمل....."[2].

بحيث تكون العقود الأصلية أو التي لا يحفظ بأصلها تحت مسؤولية الموثق سواء كانت محررة باليد أو الآلة الكاتبة أو المطبوعة أو منسوخة بالوسائل والأجهزة المناسبة ويجب أن يحرر العقد باللغة العربية وفي نص واحدد تسهل قراءته وبدون اختصار أو نقص أو بياض أو كتابة بين الأسطر وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف و التواريخ بالأرقام ويصادق علي الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق، ما لم ينص التشريع على خلاف ذلك.

[1]- بلقاضي كريمة، **الكتابة الرسمية، التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 07.

[2]- المادة 5من **القانون رقم 88-27** الملغى بموجب القانون 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

2- مرحلة التوقيع على المحرر

انطلاقا من نص المادة 59 من القانون المدني التي تنص: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل بالنسبة للأطراف و للموثق حيث ما يقوم به الموثق هو تحرير إرادة الطرفين في شكل محرر مكتوب و قبل أن يعقد الطرفان يجب على الموثق أن يتأكد من:

- هوية الأطراف المتعاقدة الموقعة ومن الوثائق المقدمة التي تثبت هويتهم وأن تتوفر فيهم الأهلية.

- ما أكدت عليها المادة 324 مكرر من القانون المدني: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ... "، و إذا كان بين الإطراف أو الشهود من لا يعرف أو يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في أخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر".

- المادة 18 من القانون 27-88: " يتجسد التعبير عن الإرادة في العقود الرسمية بالتوقيع على العقد بالحروف من قبل كل الأطراف والشهود ويثبت ذلك الموثق بتوقيعه وختمه وفي حالة عجز المتعاقد عن التوقيع بالحروف يمكنه وضع بصمة إبهام يده اليسرى ويسير إلى ذلك الموثق في العقد".

- قراءة الموثق للفصول المتعلقة بالضرائب والتشريع المعمول به

مفاده قراءة الموثق بقراءة أحكام العقد وبنوده على الأطراف حسب ما نصت عليه المادة 7/18 من قانون التوثيق.

ب- مراعاة الأشكال القانونية

زيادة على اشتراط المشرع في كاتبة الورقة الرسمية أن يكون موظفا أو ضابطا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة، فانه يشترط عليه أيضا أن يراعي أثناء تحريره لما يتم لديه أو ما

يتلقاه من ذوي الشأن الأشكال التي يقررها القانون في تحرير الورقة، فالقضاة في تحريرهم للأحكام، و موظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات و محاضر التنفيذ ، ملزمون بمراعاة تلك الأوضاع[1]، من أمثلة الأوضاع المقررة قانونا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 أنه: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء و يؤشر الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في شأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر"[2].

من قبيل ذلك أيضا ما جاء في الفقرة الرابعة من نص المادة نفسها، حيت يجب أن "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعية و حالات و مضمون و حدود العقارات أسماء المالكين السابقين، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية ".

و تجدر الإشارة لشرط مهم، ألا و هو شرط الاختصاص، فلا يكفي لصحة الكتابة الرسمية أن تصدر من موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة حدود سلطته، و إنما يلزم زيادة على ذلك كله أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية صاحب ولاية و اختصاص فالمادة 324 مدني تشترط أن يقوم بعمله في اختصاصه، و المقصود بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة، أو الضابط العمومي ذا ولاية في تحرير الورقة، حيث يكون قائما بعمله قانونيا وقت تحرير الورقة، فان كان قد عزل أو نقل زالت ولايته، و فقدت بذلك الورقة صفة الرسمية، و من ناحية أخرى يجب أن تكون كتابة الورقة الرسمية من اختصاص كاتبها، فلا يجوز أن يقوم كاتب في المحكمة مثلا بتحرير عقد رهن رسمي أو عقد زواج، و زيادة على ذلك فإن القانون قد يحدد الاختصاص الإقليمي أو المكاني لمحرر الورقة الرسمية، و على هذا الأخير أن يعمل ضمن محيط الدائرة الإقليمية المسموح له فيها بمباشرة اختصاصه، و في هذا الإطار منح المشرع الاختصاص الإقليمي للموثق عبر كامل التراب الوطني ،بينما حدد نفس الاختصاص بالنسبة للمحضر

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 14
[2]- المادة 324 مكرر 2

القضائي و جعله محصورا على المستوى الولائي، و يكون اختصاص المحضر القضائي تابعا لإقليم المجلس القضائي المتواجد على مستوى الولاية[1].

المطلب الثاني: أنواع العقود التي تشترط فيها الشكلية الرسمية

المشرع الجزائري اشترط التوثيق و اعتبره ركنا لقيام العقود التي ذكرها بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا، سنتطرق إلى أهم تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات كل من عقد، سنتطرق لعقد بيع العقار و عقد الرهن الرسمي **(الفرع الأول)**، و لعقد الشركة و عقد السفينة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: عقد بيع العقار و عقد الرهن الرسمي

سنتطرق لعقد بيع العقار **(أولا)**، و لعقد الرهن الرسمي **(ثانيا)**.

أولا- عقد بيع عقار

يتميز التشريع الوطني عن باقي التشريعات الحديثة بأحكام قانونية خاصة تتجه إلي التوسع في دائرة النظام العام و ذلك على حساب مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم في شق منه على مبدأ أساسي تجمع عليه كافة الشرائع القانونية الحديثة ألا وهو مبدأ الرضائية و الذي يقر للأفراد حرية اختيار الشكل الذي يرونه ملائماً لهم في التعبير عن إراداتهم[2]، و تنص المادة 351 من القانون المدني على أن ": البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"[3].

يستخلص من استقراء المادة هذه، أن البيع عقد رضائي لا يحتاج في انعقاده إلى أي إجراء شكلي يلابسه، بمعنى أنه يتم بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى المبيع

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 15 و 16

[2]- بوكعبان عكاشة، **انعقاد البيع العقاري و إثباته في ضوء التشريع الوطني و المقارن**، مجلة الدراسات الحقوقية، ع 2 ص89

[3]- المادة 351 من ق.م.ج

والثمن أيا كانت طريقة هذا التبادل كتابة كانت أو مشافهة أو إشارة، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد من عقود التراضي و رضائية عقد البيع على هذا النحو ترجع إلى عهد القانون الروماني، حيث كان عقد البيع على رأس العقود الرضائية، فلم يكن يتطلب في انعقاده شكلا معينا، على أنه عقد بيع[1].

ينص القانون في حالات استثنائية على شكل معين في بعض البيوع كبيع السفينة براءات الاختراع والعلامات التجارية إلا أن ذلك يجب أن يحمل محمل الاستثناء من الأصل و هو رضائية عقد البيع و سواء تناول منقولا أم عقارا .

فكما هو معلوم، فان القاعدة العامة في معاملات الأفراد هي حرية إرادتهم في إبرام عقودهم واتفاقهم حسب الشكل الذي يرونه ملائما لهم احتراما و تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وهذا إلى درجة أصبحت فيها العقود الرضائية هي القاعدة العامة لدى جل التشريعات الحديثة، و غيرها هو الاستثناء، حيث يضطر المشرع إلى تقييد تلك الإرادات بوسائل فنية معينة فلا تكون حرة في اختيار الأسلوب و الوسيلة لإبرام بعض العقود .

و عليه، تكون هناك شكلية عندما يطلب القانون من الأفراد المتعاقدين إتباع إجراءات مرسومة سلفا، و التي يرتب إغفالها أثرا جزئيا أو كليا على العقد، ولم تكن الشكلية في ظل القانون المدني الفرنسي الموروث عن العهد الاستعماري، تشترط في بيع العقار وكافة العقود الأخرى الناقلة لملكية العقارات، فكان الأطراف أحرارا في تحرير عقودهم في أي شكل،فكان البيع سواء ورد على منقول أو على عقار يعتبر تاما و صحيحا حتى ولو لم يحرر في ورقة رسمية أو عرفية علو قد يكون العقد شكليا بحكم الاتفاق لا القانون،هذا إذا تبين أن قصد العاقدين قد انصرف إلى اشتراط الكتابة للانعقاد ، أما إذا ثار شك حول ذلك ، وجب أن

[1]- لراري نوال، **محاضرات في مقياس العقود الخاصة، السنة 3 قانون خاص**، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 2018/2017، ص 8

تؤخذ الكتابة كشرط للإثبات لا للانعقاد تأسيسا على أن الأصل في العقود أن تكون رضائية[1].

غير أنه بعد صدور القانون المدني لسنة 1975، سار المشرع الجزائري المتأثر بالفكر الاشتراكي آنذاك منحى مغاير تماما لما هو وارد أعلاه، إذ بخصوص جزاء تخلف الشكل الرسمي في التصرفات العقارية، فان نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 و بعدها المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني جاء صريح في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي بطلان العقد، مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية ليست للإثبات و إنما للانعقاد و حتى و إن لم توضح المادة محل الدراسة طبيعة هذا البطلان فان المستشف من صياغتها أن المراد بالبطلان إنما هو البطلان المطلق ذلك أنه لو تعلق الأمر بالبطلان النسبي ليبين المشرع لمصلحة من تقرر، كما فعل مثلا بالنسبة لبيع ملك الغير، حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به[2].

و عليه، نستنتج أن بطلان عقد بيع العقار بمفهوم المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني هو بطلان مطلق يتقرر لكل ذي مصلحة أي لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله و ينبني على ذلك انه يحق لكل من البائع والمشتري ان يتمسك بهذا النوع من البطلان، و يثبت ذات الحق لخلفهما العام والخاص على السواء، وهو لا يقبل الإجازة و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإن اقتضى الأمر استصدار حكم فإن ذلك يكشف عن البطلان ولا يقرره، وفي هذا الصدد نصت المادة 102 من القانون المدني على انه : " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة"[3].

ما قيل في عقد بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان، يقال أيضا في الوعد ببيعه وفي الوكالة فيه، بحيث أن جزاء تخلف الشكل الرسمي في كل منهما هو البطلان المطلق

[1]- بوكعبان عكاشة، المرجع السابق، ص 90 و 91
[2]- المرجع نفسه ، ص 92
[3]- المادة 102 من ق.م.ج

هذا وإذا كنا قد سلمنا، بأن العقود الرضائية أصبحت اليوم هي الغالبة في جل التشريعات الحديثة، فان الملاحظ على المشرع الجزائري هنا، مدى تخلفه عن مثل هذا الركب، وهو ما يظهر من خلال إفراطه في تعداد قائمة العقود الشكلية، حيث عمد و بعد إهداره لكل حجية لعقد البيع كعقد رضائي و ناقل للملكية بذاته، إلى أن يجعل من كافة التصرفات التي ارتأى أنها تلعب دورا حاسما في الحياة الاقتصادية تصرفات شكلية، كالتصرفات المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو زراعية، وكذا العقود المنشئة و المعدلة للشركة التجارية[1].

يهدف المشرع الجزائري تمكين المجتمع الاشتراكي، من مباشرة سلطته الرقابية القبلية و البعدية على تصرفات الأفراد تلك ومن ثم تطويق الطاقة والمجهود القانوني للأفراد في قناة تصب في بحر المصلحة العامة على حد زعم أنصار الشكلية 2 و لتمكين الخزينة العامة من تحقيق إيرادات مالية معتبرة، سواء عند توثيق العقد أو تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع أو شهره بالمحافظة العقارية[2].

تجدر الإشارة، عموما فإذا كان هناك من مبرر لمثل نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني في ظل تبني المشرع الجزائري للنهج الاشتراكي، فان قاعدة الشكلية بمفهوم المادة ذاتها، لم تؤدي إلا إلى إنتاج عكسية بعد فتح المشرع الباب على مصراعيه أمام نظام اقتصاد السوق القائم على تشجيع الاستثمار وفتح المجال أكثر أمام الرأسمال الخاص على أساس المنافسة الحرة، حيث اضطر المتعاملون و أمام صرامة نصوص المواد 324 مكرر 01 من القانون المدني 256 من قانون التسجيل و 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[3] إلى اللجوء

[1]- لراري نوال، المرجع السابق، ص 11

[2]- ياحي سامية، **محاضرات في مقياس القانون المدني، السنة الثانية حقوق**، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 2019/2018 ، ص 8

[3]-**الأمر رقم 75 - 74** مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم ج.ر.ع 92، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

و بشكل مكثف إلى إبرام العقود العرفية بشأن المعاملات العقارية وبالتالي تجنب كل تصرف رسمي يتطلب دفع كل تلك الضرائب والرسوم الباهضة.

ثانيا- عقد الرهن الرسمي

يعتبر عقد الرهن الرسمي من أهم الضمانات على الإطلاق إذ هو نوع من الحقوق العينية التبعية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري والتي وجدت لضمان حق شخصي، ولقد خصه المشرع على غرار باقي التصرفات القانونية بمجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية هذه الأخيرة التي هي موضوع بحثنا تمنح كل من الراهن سواء كان المدين أو الكفيل العيني والدائن المرتهن الحماية القانونية من أول مرحلة والتي هي تحرير عقد الرهن الرسمي لدى الموثق إلى ثاني مرحلة والتي هي قيد العقد لدى المحافظة العقارية حتى يرتب العقد آثاره فيما بين متعاقديه والغير[1].

استنادا للمادة 883 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي يتضح لنا أن المشرع الجزائري أضفى على عقد الرهن قاعدة الرسمية لذلك يسمى هذا العقد ب "عقد الرهن الرسمي"[2].

لعل الحكمة من اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي تحقق الرسمية مزايا لكل من الراهن و الدائن المرتهن إذ أنها تبعث الطمأنينة في نفس كليهما وهذا ما يصب في مصلحة الطرفين الراهن والدائن المرتهن[3].

فبالنسبة للراهن، نلاحظ أنه من أهم خصائص الرهن الرسمي أن حيازة العقار المرهون لا تنتقل للدائن المرتهن بل أن العقار المرهون يظل في حيازة الراهن هذا ما يجعل هذا

---

[1]- عبدلي أمينة، **الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري**، مجلة دائرة البحوث في الدراسات القانونية و السياسية، العدد الرابع، جانفي 2018، ص 194

[2]- المادة 883 من ق.م.ج.

[3]- بوشكيوة عبد الحليم، **الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض**، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، ع 06 لسنة 2009، ص 236

الأخير يستسهل الأمر[1]، و يقدم على إبرامه و لا سيما إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين أي الكفيل العيني فهنا الرسمية تجعله أكثر تبصرا وإحاطة بمغبة ما سيقدم عليه من تصرف قانوني، فهي تذكره بخطورة هذا التصرف القانوني فيتريث لأنه في حالة عدم وفائه بالدين فانه سيفقد العقار الضامن للدين إذ يتم الحجز على العقار ثم بيعه بالمزاد العلني.

أما بالنسبة لمصلحة الدائن المرتهن فالرسمية تزود الدائن المرتهن بسند تنفيذي يغنيه عن الإجراءات القضائية المتسمة بالبط في حالة عدم وفاء الراهن بالدين عند حلول الأجل كما أنها تجعل الدائن المرتهن مطمئن لصحة العقد لأن من قام بتحريره موثق يقوم بفحص كل السندات المثبتة للملكية ويتحقق كذلك من أهلية الراهن وطبعا نعلم مدى القوة الثبوتية للعقد الرسمي الذي يطعن فيه فقط بالتزوير هذا ما يجعل الدائن المرتهن مطمئن و هو يقدم على إبرام عقد الرهن الرسمي[2].

و بالنسبة لمصلحة الرهن ذاته، فعقد الرهن الرسمي يتطلب توافر شروط موضوعية عامة وشروط موضوعية خاصة أهمها تخصيص الرهن إذ يجب تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا حيث تذكر طبيعة العقار ومساحته وموقعه وحدوده وكذلك يجب تعيين الدين المضمون بالرهن حيث يذكر مصدره ومقداره واجل استحقاقه[3].

بخصوص جزاء تخلف الرسمية في عقد الرهن الرسمي، فباعتباره من العقود الشكلية فلا يعتبر صحيحا إلا إذا كتب في ورقة رسمية وعليه يترتب البطلان المطلق في حالة تخلف الرسمية، إذ أنها شرط للانعقاد داخل في تكوين العقد وليست شرط للإثبات وبذلك يجوز للقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه في حالة تخلفها كما أن هذا البطلان يتمسك به

[1]- شايب باشا كريمة، **عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري**، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون العقاري 2001/2000، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، ص 78

[2]- سي يوسف زهية حورية، **الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري**، ب ط، دار هومة، الجزائر، ب ذ س، ص 33

[3]- عبدلي أمينة، المرجع السابق، ص 200

كل من لديه مصلحة[1]، كل هذا استنادا للمادة 102 من القانون المدني التي تنص على " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول بالإجازة"[2].

الفرع الثاني: عقد الشركة و للتصرفات الواردة على السفينة

سنتطرق لعقد الشركة **(أولا)**، و للتصرفات الواردة على السفينة **(ثانيا)**.

أولا- عقد الشركة

اعتمادا على نص المادة 544 من القانون التجاري، يمكن التمييز بين الشركات التجارية ونظيرتها المدنية، فأية شركة تتخذ شكل من الأشكال المحددة في المادة المذكورة تعد شركة تجارية بغض النظر عن موضوعها، أي حتى وإن كان موضوعها يتمثل في القيام بأعمال مدنية، أما إذا لم تتأسس على شكل من الأشكال المذكورة، فينظر إلى موضوعها فإذا كان يتمثل في أعمال تجارية، فهي تجارية، وإذا كان يتجسّد نشاطها في القيام بأعمال مدنية، تكون الشركة مدنية تخضع لأحكام القانون المدني[3].

تنقسم الشركات إلى ثلاث أنواع، شركات الأموال تتمثل في: شركة المساهمة، شركة التوصية بالأسهم، و لشركات الأشخاص تتمثل في: شركة التضامن، شركة المحاصة، شركة التوصية البسيطة، و لشركات مختلطة تجمع بين شركات الأشخاص و شركات الأموال و هي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مؤسسة الشخص الوحيد ذات الشركة المحدودة.

لقد استحدث المشرع الجزائري مؤخرا شكل جديد من الشركات التجارية، وهو الذي سماه "بشركة المساهمة البسيطة" " Société par actions simplifiée "، ذلك بموجب القانون رقم 22-09 المؤرخ في 5 مايو 2022، الذي عدل أحكام الأمر رقم 75-59

[1]- السعدي محمد صبري، **الواضح في شرح القانون المدني " التأمينات العينية"**، ب ط، دار الهدى، عين مليلية، الجزائر 2010، ص 77

[2]- المادة 102 من ق.م.ج

[3]- بوقرور سعيد، **النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة البسيطة**، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مج 15، ع 03 ، لسنة 2022، ص 553

المتضمن القانون التجاري، و بمقتضى هذا التعديل[1] تتم المشرع الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الخامس من القانون المذكور بقسم ثاني عشر تحت عنوان: " شركة المساهمة البسيطة"، يتضمن إحدى عشرة مادة من المادة 715 مكرر 133 إلى المادة 715 مكرر 143.

كما عدّل المشرع المادة 544 من القانون التجاري بالمادة الثانية من القانون رقم 22-09، وهذا بإدراجه هذا الشكل الجديد من الشركات التجارية في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، فتعزّزت الشركات التي تعد تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها بالشركة الجديدة " شركة المساهمة البسيطة ".

يلاحظ من الوهلة الأولى، من تفحص هذا التعديل من الناحية الشكلية، أنّ المشرع أدرج أحكام هذا الشكل الجديد ضمن الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الخامس المتعلق بالشركات التجارية. وبالرجوع إلى الفصل الثالث، نجده يتعلق بشركات المساهمة، المقسم إلى إحدى عشر قسما، وهي شركة مستقلة خصها المشرع بفصل مستقل، كما خص كل شركة من الشركات التجارية بفصل مستقل بها، مع إحالته في بعض الفصول على أحكام فصل آخر، متى كانت تلك الأحكام قابلة للتطبيق على الشركة المعنية بالإحالة[2].

تنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري على وجوب كتابة عقد الشركة وإلا ترتب البطلان حال تخلف هذا الشرط وبالتالي تعتبر الكتابة شرط لصحة عقد الشركة، ولم تحدد المادة طبيعتها إذ يمكن أن تكون عرفية أو في قالب رسمي غير أن القانون 88-14 الصادر بتاريخ 1988/05/03 المعدل والمتمم للقانون المدني استبعد الكتابة العرفية حيث اشترطت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الرسمية في العقود.

[1]- **القانون رقم 22-09** مؤرخ في 05 مايو 2022، يعدل و يتمم الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج ر ع 32 الصادرة بتاريخ 14 مايو 2022.

[2]- بوقرور سعيد، المرجع السابق، ص 554

هذه القاعدة ليست على إطلاقها إذ تنص المادة 545 من القانون التجاري على أن إثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، وبناء عليه نخلص إلى القول أن الكتابة هي شرط صحة إذا تعلق الحكم بالشركات المدنية، وتعتبر شرط إثبات إذا تعلقت المسألة بالشركات التجارية ونفس الحكم مقرر بمقتضى المادة التاسعة من القانون 90- 22 المتعلق بالسجل التجاري أي إلزامية الكتابة الرسمية، وهذا يضفي على الشركات التجارية الطابع النظامي.

يترتب على تخلف الكتابة الرسمية في عقد الشركة، بطلان من نوع خاص، ذكرنا أن عقد الشركة يتعين أن يكون في قالب رسمي حتى يعتد بصحته وكذلك الشأن بالنسبة للتعديلات التي تلحقه، وتبعا لهذا إذا تخلف ركن الكتابة باعتبارها شرط للانعقاد فإن هذا يستتبع حتما بطلان العقد، بيد أنه يسوغ للشركاء أن يحتجوا قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يطالب فيه أحدهم بالبطلان وهذا ما تضمنته المادة 418 من القانون المدني[1].

بالنسبة لعلاقة الشركاء بالغير، فإن عدم إفراغ عقد الشركة في قالب رسمي لا يجعل الحق للشركاء في طلب إبطال هذا العقد ذلك أنهم تقاعسوا في أداء الالتزام الذي فرضه القانون وهذا من قبيل الجزاء في مواجهتهم وعلى خلاف ذلك يحق للغير المتعامل مع الشركة أن يتمسك ببطلان عقد الشركة أو بطلان التعديلات التي تلحقه عند تخلف الرسمية وله أن يستعين بكل طرق الإثبات لتحقيق هذا المبتغى، أما بالنسبة لعلاقة الشركاء ببعضهم البعض، يمكن لكل شريك التمسك ببطلان عقد الشركة تجاه الشركاء الآخرين إلا أن هذا البطلان لا يسري بأثر رجعي، وإنما يكون من تاريخ طلب الحكم ببطلان عقد الشركة[2].

[1]- بشير محمد، **مقومات عقد الشركة وجزاء الإخلال بها في التشريع الجزائري**، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، ع 5 ، 2017، ص 169

[2]- المرجع نفسه، ص 169، 170

ثانيا- التصرفات الواردة على السفينة

تعتبر السفينة الأداة الرئيسية التي تتم بواسطتها الملاحة البحرية و هي تخضع في تنظيمها القانوني إلى القانون الدولي للبحار و القانون البحري في الوقت نفسه.

يبدأ الوصف القانوني للسفينة من الوقت الذي تصبح فيه صالحة للملاحة البحرية حتى قبل نزولها للبحر فعلا بان تكون مجهزة و بحالة جيدة، و تثبت هذه الصلاحية بالشهادة التي تسلمها السلطات المختصة لمالك السفينة حسب نص المادة 13 من ق.ب.ج[1].

بالمقابل ينتهي هذا الوصف متى فقدت صلاحيتها للملاحة مثل الغرق أو صارت حطاما أو إذا تعرضت للتلف أو بعدولها نهائيا عن الملاحة، و بالتالي السفينة في طور التكوين لا تأخذ هذا الوصف بالمعنى القانوني باعتبارها لا تصلح للملاحة.

يمتد وصف السفينة لملحقاتها اللازمة لاستقلالها كالآلات والصواريخ والدفة والراجح و اعتبار ملحقات السفينة جزءا منها سواء من الناحية التقنية أو القانونية، لأن السفينة لا تستطيع القيام بوظيفتها الملاحية دون ملحقاتها وهذا ما يستشفى من نص المادة 52 من القانون البحري الجزائري التي تنص: "تصبح توابع السفينة بما في ذلك الزوارق و الأدوات وعدة السفينة و الأثاث و كل الأشياء المخصصة لخدمة السفينة الدائمة ملكا للمشتري"[2].

ورد تعريف السفينة في القانون البحري الجزائري في الباب الأول الفصل الثاني، القسم الأول في المادة 13 منه كالآتي تعتبر" سفينة في عرف هذا القانون كل عمارة بحرية أو آلية عائمة تقوم بالملاحة، إما بوسيلتها الخاصة و إما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة"[3]، و بذلك يكون التشريع البحري الجزائري قد ساير أرجح الآراء الفقهية في تعريف السفينة و السابق الإشارة إليها، كما انه أخذ بالشرطين السابق القول بهما

[1]- **القانون 10-04** المعدل و المتمم للأمر 76-80 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري، ج ر ع 46 مؤرخة في 2010/08/18.

[2]- المادة 52 من القانون 10-04.

[3]- المادة 13 من نفس المرجع

من أنه يشترط أن تكون العمارة أو الآلية العائمة تقوم بالملاحة البحرية أو تخصص لذلك على وجه الاعتياد.

السفينة و إن كانت منقولا لا تسري عليه أحكام المنقولات، إلا أن هذا لا ينفي أن للسفينة طبيعة قانونية خاصة و أنها تخضع لنظام قانوني يميزها عن سائر المنقولات و تقترب به من العقار[1]، إلا أن خضوعها لبعض الأحكام القانونية للعقار لا يعني أنها أصبحت في طبيعتها عقارا ذلك أن تطبق بعض أحكام العقار على السفينة له ما يبرره من اعتبارات اقتصادية و سياسية وبالتالي فللسفينة طبيعة ازدواجية فتارة تصنفها ضمن الأموال المنقولة وتارة تخضعها إلى أحكام قانونية إلى درجة تصنيفها في الأموال العقارية حيث تتشابه مع العقار من ناحية قاعدة الحيازة بسند الملكية ،فكما لا يمكن اكتساب ملكية العقار بالحيازة فإنه لا يمكن كذلك اكتساب ملكية السفينة بالحيازة[2].

كذلك ترهن رهنا رسميا شبيها برهن العقار إذ تبقى تحت يد المدين الراهن فيسجل هذا الرهن في سجل السفن كوسيلة شهر ليسري الرهن في مواجهة الغير، كما تخضع في حجزها لإجراءات حجز العقار و بالنسبة لإنشاء أو نقل أو انقضاء الحق عليها وغيرها من الحقوق العينية يقتضي إفراغه في محرر رسمي[3]، وفقا لأحكام المادة 44 ق.ب.ج، إلا انه بالرغم من أوجه الشبه المتعددة بين العقار و السفينة هناك حقوق لا يتصور أن تقع إلا على العقار بفضل ما يتميز به من مقر ثابت من ذلك حق السكن و حق الارتفاق وحق الحكر و الاختصاص، كذلك الأمر بالنسبة لحق الشفعة بسبب الجوار تفترض فيه أن كلا من المشفوع والمشفوع به ملاصق للآخر و هذا لا يكون إلا في العقار بفضل مقره الثابت.

بالإضافة للاختصاص النوعي للمحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار أما المنقول (السفينة) فليس له مقر ثابت و ذلك حسب نص المادة

[1]- الغنيمي حمدي، **محاضرات في القانون البحري**، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، ب ذ س، ص 9

[2]- حملاوي مريم، نبيلة قرفي، **النظام القانوني للسفينة**، دراسة على ضوء القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2018/2017، ص 16

[3]- منهوج عبد القادر، **خصوصية الرهون البحرية**، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة وهران 2012/2011، ص 14

34 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه تختص الأقطاب القضائية المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم دون سواها بالنظر في المنازعات البحرية و النقل البحري.

إن عقد بيع السفينة ليس من العقود الرضائية التي تتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن الإرادتين متطابقتين، بل هو عقد شكلي لا يعقد إلا إذا افرغ في ورقة رسمية، هذا ما تشير إليه المادة 49 من القانون البحري السالفة الذكر على أن العقود" المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان، بسند رسمي صادر عن الموثق، و في حالة نقل ملكية سفينة جزائرية أو جزء منها إلى شخص أجنبي لابد من الحصول على رخص مسبقة صادرة عن السلطة البحرية المختصة[1].

يتضح من هذا أن عقد بيع السفينة هو عقد شكلي يتطلب شرط الرسمية فإذا تم بيعها خلاف ذلك كان باطلا، و لا يترتب عليه أي أثر قانوني و جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان كما يسوغ للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، و الرسمية مشروطة في بيع السفينة سواء تم البيع أثناء وجودها في الميناء أو أثناء قيامها بالرحلة البحرية حسب نص المادة 324 من ق.م.ج.

كما يلاحظ بأن الشكل المطلوب لانعقاد العقد في هذا الشأن مقصور على حالات بيع السفن وفقا للتعريف الذي جاءت به المادة 13 من القانون البحري، كما أن مثل هذا البيع أيضا مقصور على حالات بيع السفن بيعا اختياريا غير البيع الإجباري للسفينة.

[1]- حملاوي مريم، نبيلة قرفي، المرجع السابق، ص 74

المبحث الثاني: الكتابة العرفية

يعتبر الإثبات من العناصر التي لها دور هام في المجتمع وخاصة منها المدنية والتجارية وغيرها من المعاملات الأخرى ، وهي من الأمور التي تثبت بالإلزام والالتزام، و الحق لا يعتبر ثابتا لصاحبه إلا إذا كانت هناك أدلة قائمة تثبته، وكما أن الحق يعبر مجردا من الدليل إذا لم يقم ما يثبته أو يستند عليه سواء كان هذا الدليل ماديا أو قانونيا[1].

تعتبر الكتابة العرفية صورة ثانية لخروج المشرع عن مبدأ سلطان الإرادة، فبعض التصرفات تتطلب أن تفرغ في شكل مكتوب، و عليه، سنتطرق للمقصود بالكتابة العرفية **و** شروطها **(المطلب الأول)، و لحجية** المحررات العرفية وسلطة القاضي في تقديرها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: المقصود بالكتابة العرفية و شروطها

تعد الكتابة العرفية الصورة الأخرى للشكلية اللازمة لانعقاد بعض العقود تضاف إلى الشكلية الرسمية، وقبل تحديد العقود التي تقوم على الشكلية أو الكتابة العرفية ينبغي علينا أولا تحديد عناصرها وشروط اكتمالها وتحققها باعتبارها ركنا للانعقاد أو يمكن استعمالها في الإثبات مستقبلا.

سنتطرق للمقصود بالكتابة العرفية **(الفرع الأول)**، و لشروطها **(الفرع الثاني)**.

المحرر العرفي هو المحرر الذي يتولى المتعاقدان كتابته و توقيعه، و يشمل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذا في الكتابة العرفية لا غير، و لقد نصت المادة 327 ق.م.ج على أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاءه"[2].

[1]- حفصي عباس، **الإثبات في الكتابة الالكترونية**، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، مج 5،ع 04 ديسمبر 2020 ص129

[2]- المادة 327 ق.م.ج

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا للعقد العرفي، لكن هناك من الفقه من يعرفه على "أنه كل سند معد للإثبات، يتولى تحريره و توقيعه أشخاص عاديون، و يشترط في العقد العرفي الكتابة و التوقيع، و لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ[1] فالكتابة العرفية هي تلك الكتابة التي تفرغ في محرر ما و تتبع بتوقيع من أصحاب الشأن الذين يتولون ذلك بأنفسهم، و هي ذلك الشكل الذي تعارف عليه الناس، و اتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية، ثم قننه المشرع و أعطاه تسمية العقد العرفي، و قد نظمه نصوص القانون المدني لاسيما المادتين 327 و 328 منه.

كما تكون الكتابة العرفية للإثبات فإنها قد تكون للانعقاد أيضا فعلى سبيل المثال و نجد أن المشرع و عند تنظيمه لعقد المرتب مدى الحياة في القانون المدني لاسيما المادة 615 منه، و التي نصت على أن " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا ..."

واضح أن لفظ الكتابة في هذا النص جاء عاما، و عليه فالكتابة اللازمة لانعقاد هذا العقد يمكن أن تكون رسمية أو عرفية و يعتبر من قبل العقود العرفية تلك المحررات المعدة من قبل الأطراف أنفسهم أو أحد الأشخاص الآخرين في الشكل الذي يرضونه و بالطريقة التي يحددونها، شرط أن يحمل العقد إحدى العلامات الشخصية الواردة في المادة 327 من القانون المدني، و يكون للكتابة العرفية عدة صور، فلا عقد الرسمي الذي اختلت شروطه يعتبر عقدا عرفيا وفقا لأحكام المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني، و هو كل عقد يحرره موظف عام عديم الكفاءة، أو أن يحرره ضابط عمومي لا تتوفر لديه الأهلية المطلوبة أو يخالف الشكل المطلوب قانونا متى كان موقعا من قبل الأطراف[2].

[1]- آزوا عبد القادر، **آليات تسوية وضعية الملكية العقارية الخاصة الثابتة بعقد عرفي**، مجلد القانون و التنمية المحلية مخبر القانون و التنمية المحلية، ع 02، 2019 ص 150

[2]- ياحي سامية، المرجع السابق، ص 42

ثانيا- شروط الكتابة العرفية

لكي تكون الكتابة العرفية دليلا كاملا في الإثبات على النحو المبين سابقا فإنه لابد من توافر شرطين أساسين، الشرط الأول وهو التصور الكتابي، و الشرط الثاني وجد التوقيع. نصت على الشروط الواجب توافرها في الأوراق العرفية المادة 327 من القانون المدني التي ورد فيها أنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه"[1].

نستنتج من نص هذه المادة أنه لابد أن تتوافر في الورقة العرفية الشروط الآتية:

أ- الكتابة

فالمحرر العرفي لابد أن يكون مكتوبا على محرر مادي ، وهذه الكتابة لا يلزم أن يكون بشكل معين فقد أضاف القانون رقم 10-05 المعدل للقانون المدني المادة 323 مكرر التي تنص على أن الكتابة تكون بأي شكل حيث جاء فيها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها"[2].

فيمكن أن تكون الكتابة بالرصاص أو بالحبر أو بآلة طابعة، ويمكن أن تكون بواسطة رموز أو أشكال، فذلك ليس بالمهم، إلا أن المهم هو أن تكون هناك كتابة تتعلق بالتصرف الحاصل بين الطرفين بقصد إثباته[3].

لا ضرورة لذكر مكان الورقة، كذلك لا تلزم قراءتها ممن وقعها ، فتوقيع الأعمى حجة عليه سواء كان هو الذي كتب الورقة بيده أو لم يكن هو الذي كتبها وهذا أمر مفروغ منه ما دمنا نسلم بصحة التوقيع على بياض كما سنرى فيما بعد، و لا حاجة للشهود في الورقة وإن

---

[1]- المادة 327 من ق.م.ج

[2]- المادة 323 من ق.م.ج

[3]- أورحمون نورة، **إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع و القضاء الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2012/09/30، ص 16

كان وجود الشهود يفيد من وجهين الأول أنه يعزز الخط أو التوقيع والثاني أنه إذا مات شاهد له توقيع على الورقة فإن هذه الأخيرة تكسب تاريخا ثابتا من وقت الوفاة.

كما لا يشترط في الورقة العرفية أن تكون مؤرخة، إلا أن يتطلب القانون ذلك شأن ما تطلبه في السفتجة والسند لأمر والشيك، كما يصح أن تكون بالغة العربية أو بغيرها، على خلاف المحرر الرسمي الذي يتطلب القانون أن يكون باللغة العربية.

ب- التوقيع:

هو أن يضع الشخص بخط يده على الورقة لقبه أو اسمه أو هما معا، أو كنيته أو أية كتابة أخرى جرت عادته أن يدلل بها على هويته، من ثم فلا بد أن يكون التوقيع باليد و أما في المواد التجارية فإنه بالإمكان أن يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع " la griffe" وهذا راجع إلى حرية الإثبات فيها.

فالتوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة ولا يشترط أن يكون التوقيع مطابقا للاسم الوارد في شهادة الميلاد بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي اشتهر به الشخص، أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به و إذا كان صاحب الشأن أميا يجوز أن يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الإصبع.

أما التوقيع على بياض، رأينا أن التوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يوقع الشخص على بياض أي دون كتابة تاركا للدائن إذا كان محلا للثقة أن يملأ البياض في الورقة فوق توقيعه، فتصبح لها قيمة الورقة العرفية المكتوبة، و عليه يجوز للقاضي أن يستخلص من سند غير موقع عليه بداية ثبوت الكتابة إذا تأكد من مضمون الورقة العرفية أو من خط الطرف الذي يحتج عليه بالسند، أو من إنشائه أو صياغته فعندما تكون الورقة العرفية مشتملة على التزامات ذات طابع تضامني كما هو الأمر في الكفالة[1].

[1]- برادي أحمد، **السند العرفي و أثره على إثبات الوقف في التشريع الجزائري**، مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية، مج 03، ع 03، سبتمبر 2020، ص 291

و إذا كان من تسلم الورقة الموقعة على بياض قد تعامل مع الغير بناءا على ما دون في هذه الورقة، وكان هذا الغير حسن النية فإن إثبات عدم مطابقتها للاتفاق لا يبرئ المدين من التزامه قبل هذا الغير وليس للمدين إلا أن يرجع على من خانه بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق[1].

المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية وسلطة القاضي في تقديرها

إذا ثبتت للورقة صفتها الرسمية على النحو المتقدم بيانه كان في أصلها وصورها حجية في الإثبات إلى مدى بعيد فيما بين الطرفين، وبالنسبة للغير و هو ما سيتم بيانه من خلال هذا العنصر للورقة العرفية حجية من وجهين الوجه الأول يتعلق بالورقة العرفية المعدة للإثبات و الوجه الثاني يتعلق بصورها و قد نصت على هذه الحجية المواد من 327 إلى غاية المادة 332 القانون المدني.

الفرع الأول: حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات من حيث مضمونها

تتمثل عناصر الموضوع في هذا الصدد، من خلال حجية صدورها ممن وقعها **(أولا)**، و للحجية بصدق البيانات الدونة بها **(ثانيا)**، و حجية بالنسبة للتاريخ الذي تحمله **(ثالثا)**.

أولا- حجية صدورها ممن وقعها

نصت على هذه الحجية المادة 327 ق.م: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه....." إذن تثبت حجية الورقة العرفية الموقعة من صاحبها و تكون لها قوة الورقة الرسمية إذا اعترف أو سكت و لم ينكر صراحة صدورها منه، و لا يجوز له بعد ذلك أن يعود إلى الإنكار إلا بأن يطعن بالتزوير، أما إذا أنكرها زالت حجيتها مؤقتا وتعين على من يتمسك

[1]- قاشي علال، **الأوراق الموقعة على بياض و حجيتها في الإثبات**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مج 04، ع 03، لسنة 2019، ص 78

بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع و ذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط للمحرر[1].

يجب أن يكون الإنكار صريحا وإلا عد سكوته أو تشكيكه في صدورها منه إقرارا و الورقة العرفية بما فيها من بيانات تكمن حجة على الخلق العام الورثة الموصى لهم وكذلك الدائن العادي و ليس لهم إلا إقامة الدليل على عكس ذلك بكافة طرق الإثبات، و لكنهم ليسوا ملزمين بإنكار توقيع مورثهم و عليهم فقط أن يحلفوا بعدم علمهم به و هو ما جاءت به المادة 327 في فقرتها الأولى.....".

أما الورثة أو خلفه فلا يطلب منهم الإثبات و لكنهم ليسوا ملزمين بإنكار توقيع مورثهم و عليهم فقط أن يحلفوا بعدم علمهم به و هو ما جاءت به المادة 327 في فقرتها الأولى..... أما الورثة أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق[2].

ثانيا- حجية بصدق البيانات المدونة بها

لا يقتصر المحرر العرفي على أن يكون حجة على صدور ما تضمنه من بيانات وإنما تكون له حجية أيضا على صحة هذه البيانات، إلا أنه لا يلزم لنفي هذه الحجية ممن صدر عنه المحرر الالتجاء إلى الإدعاء بالتزوير، و إنما يجوز نفيها بإثبات عكسها بكتابة مضادة أو اليمين أو الإقرار و استثناءا بالشهادة و القرائن القضائية في الحالات المستثناة من قاعدة عدم جواز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة.

تجدر الإشارة لنقطة مهمة، بأن المحرر العرفي يكون حجة على الكافة بصحة ما تضمنه، ففيما عدا تاريخ المحرر يكون لما يتضمنه المحرر حجية ليس فقط على من صدر عنه، وإنما أيضا على الغير، إلا أنه يجوز للغير، وعلى خلاف من صدر عنه، أن يثبت

[1]- بكوش الهام، **حجية الكتابة كوسيلة للإثبات**، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، ع 14، لسنة 2017، ص 384

[2]- لمزيد من التفاصيل: أنظر المادة 327 من ق.م.ج

عكس ما يتضمنه المحرر بكافة طرق الإثبات، لأن قاعدة عدم جواز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة لا تسري على الغير.

ثالثا- حجية بالنسبة للتاريخ الذي تحمله

ذكرت المادة 328 من القانون المدني بقولها:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء
- غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة"[1].

1- من يوم تسجيله

إن مما لا شك فيه أن التسجيل يعطي للمحرر العرفي تاريخا أكيدا، وذلك لأنه يدل على أنه قد أبرم قبل ذلك التاريخ حتما، وهنا توجد واقعة مادية شهد بها موظف التسجيل، و لذلك فليس للغير أن يطعنوا في تاريخ التسجيل إلا بطريق التزوير.

2- ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام

قد تقدم الورقة العرفية إلى موظف عام مختص أثناء تأدية وظيفته أو إلى شخص مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية هذه الخدمة، فيؤشر عليها بما يفيد تقديمها أو إرفاقها بأوراق أخرى ويضع تاريخا لذلك، فيكون هذا التاريخ تاريخا ثابتا للورقة.

[1]- المادة 328 من ق.م.ج

3- إثبات مضمون المحرر العرفي في محرر رسمي أو في محرر آخر ثابت التاريخ

يكون ذلك بأن يذكر السند العادي مع تحديد موضوعه تحديدا معينا له مانعا للبس في ورقة رسمية لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها أو في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية وعند ذلك يكسب السند العادي تاريخا ثابتا هو التاريخ الثابت للورقة العرفية الأخرى التي جرى فيها ذكر السند العرفي، و حتى يعتبر السند العادي صحيح التاريخ، ليس من الضروري إدراج كامل مضمونه في السند الرسمي بل يكتفي بإثباته أو بإدراج خلاصته في أي إدراج ملخص لأهم البنود التي يحتويها بشكل محدد ماهية التصرف الذي يتناوله تحديدا كافيا[1].

لكن الإشارة العابرة لا تكفي من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص و مثال ذلك أن يتم تقديم السند العرفي في إحدى القضايا المعروضة على القضاء فيقوم القاضي أو الكاتب بالتأشير على السند و بالتالي يكون تاريخ السند هو التاريخ الذي قام الموظف أو القاضي بإثباته على السند و يلحق بذلك أيضا المراسلات التي تكسب حجية في التاريخ من يوم تسجيلها في دائرة البريد، و بالتالي إذا قام الموظف الرسمي المختص بالتأشير على السند فإن تاريخ التأشير هو تاريخ ثابت بالنسبة للغير من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء يعتبر المحرر ثابت التاريخ من يوم وفاة شخص له أثر عليه من خط أو إمضاء أو بصمة إصبع، و ذلك سواء كان المتوفى طرفا في التصرف المدون في المحرر أو شاهدا أو ضامنا، ونفس الحكم إذا أصبح من المستحيل على الشخص أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه، و يعتبر التاريخ الثابت للمحرر عندئذ من وقت الإصابة ولا تعتبر بصمة ختم المتوفي على المحرر مؤدية إلى ثبوت تاريخه، لأنه يسهل التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه. أما بالنسبة للمحررات التي يلزم توقيعها فلا يثبت تاريخها بمجرد وجود خط المتوفي لأن العبرة بتاريخ التوقيع لا بتاريخ الكتابة، ولا قيمة للورقة دون توقيع مثاله العقد العرفي[2].

---

[1]- لراري نوال، المرجع السابق، ص 21

[2]- حشود نسيمة، **حجية السندات الرسمية و العرفية في القانون المدني الجزائري**، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد 12، 2017 ، ص 56

لاحظنا من خلال الفقرة الرابعة من المادة 328 ق.م أنها أغلقت الختم أو البصمة أو أن يسجل على الشخص الكتابة أو البصمة لعلة في جسمه، واكتفى فقط بذكر واقعة الوفاة مقرونة بالخط والتوقيع. وهذا تقصير من جانب المشرع الجزائري.

أما صورة الورقة العرفية فلا حجية لها إلا ثبات و لو كمبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كانت الصورة مكتوبة بخط المدين فتصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة.

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية بالنسبة للغير

الغير هنا كل شخص ليس طرفا في المحرر، و لكن من شأنه أن يستفيد أو يضار من المحرر، و تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية : ".. أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"، من استقراء نص المادة نجد أن المحرر العرفي حجة على من صدر منه و على خلفه الخاص و العام، و إذا ما توفى صاحب التوقيع فهنا لورثته أو الخلف أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه، لا عن طريق إنكار التوقيع، بل يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الختم هي لمن تلقى عنه الحق، و هذا لما هو ثابت في قرار المحكمة العليا الذي خلص من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة أما ورثته أو خلفه لا يطلب منهم ذلك، و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق من ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون[1].

إن ما أشار إليه القرار من كون التوقيع ممن صدر منه ما لم ينكره صراحة، هذا الأحوال العادية، لكن في حالة إذا أقر الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي بأن بصمة ختمه إلى أنه في صحيحة، إلا أنها تمت بدون علمه و إرادته كما في حالة ضياع الختم أو عهد به إلى شخص يخون الأمانة، فلا يستطيع صاحب الختم التحلل من المحرر بإنكاره، و

[1]- حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 57 و 58

إنما لابد من الطعن فيه بالتزوير، و إثبات عدم توقيعه بالختم، و لا يكفي في هذا الإثبات أن يكون قد أعلن فقد ختمه في إحدى الصحف فهذا الإعلان، لا ينهض دليلا على حدوث الفقد فعلا ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم، و زيادة على ذلك فإنه لا يكفي لأحد المتعاقدين إنكار التوقيع المصادق عليه من ضابط الحالة المدنية لأن التصديق على التوقيع في هذه الحالة يعتبر في هذه الحدود بمثابة محرر رسمي، أما ورثة أو خلف من صدر عنه التوقيع لا يطلب منهم إلا حلف اليمين بأنهم لا يعلمون و هو طريق الطعن بالجهالة الذي لا يمتد أثره إلى التصرف ذاته الصادر عن المورث.

أما إقرار الخلف أو الورثة بأنه الختم أو التوقيع أو بصمة الإصبع الموجودة على المحرر لمن تلقوا عنه الحق فإنه لا يقبل منهم بعد ذلك الطعن بالجهالة بل سلوك طريق الطعن بالتزوير في المحرر العرفي.

يقتضي الأمر على من ينكر نسب المحرر إليه أو نفي الوارث أو الخلف علمه بذلك أن يكون قبل مناقشة موضوع المحرر العرفي، و بالتالي خلافا للطعن بالتزوير في المحرر الرسمي، الذي يقع عبء إثباته على الطاعن لأن الرسمية قرينة على الصحة، هذا فيما يتعلق بسلامة وصحة المحرر كورقة عرفية، أما الطعن في صورية التصرف الذي يتضمنه المحرر العرفي، فإنه لا يحوز إثباته إلا بالكتابة فيما بين المتعاقدين كأن يثبت أن التاريخ المذكور ليس حقيقيا، و لا يجوز ذلك إلا بدليل كتابي و هو عادة ورقة الضد، في حين يجوز للغير إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف واقعة مادية لهم، و اعتبارها كذلك بالنسبة لأطراف العقد إذا كانت الصورية تخفي غشا نحو القانون كالبيع المقصود به التحايل على أحكام الميراث[1].

[1]- حشود نسيمة، المرجع السابق، ص 59

خلاصة الفصل الأول

بعد دراستنا للفصل الأول، خلصنا بأنه لمبدأ سلطان الإرادة في العقود قيد يتمثل في اشتراط المشرع الجزائري لشكل معين لإبرام العقد بين أطرافه، و المشرع الجزائري قسم الشكلية لنوعين، الشكلية الرسمية و التي تكون ركنا للانعقاد و تخلفها يرتب عليه البطلان المطلق للعقد، و يجب أن يقوم بها موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة مع مراعاة الأشكال القانونية، مثل عقد بيع عقار، عقد الرهن الرسمي، عقد الشركة، بعض التصرفات الواردة على السفينة، و الكتابة العرفية نظمها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني و هي للإثبات و ليست للانعقاد، و يشترط في المحرر العرفي أن يكون مكتوب و به تاريخ ثابت و موقع.

الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد

الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد

طرأت عدة تغيرات على القواعد التي تحكم العقد كل ذلك نتيجة التطورات التي طرأت في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية كما سبق التطرق له و بروز الفكر الاشتراكي الأمر الذي دفع تدخل المشرع في نطاق العلاقات التعاقدية، و ذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين و حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية و محاربة الاستغلال و الغبن في العقود بناء على هذا المنطق الجديد[1].

بالتالي أورد المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية من القانون المدني التجاري، العمل، حماية المستهلك وقمع الغش و قانون التأمينات العديد من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة و بلغ ذلك درجة وضع قيود من شأنها أن تؤدي إلى تعديل أو إنهاء العقد دون إرادة أحدهما أو كليهما، و لكل قيد ضوابط تحكمه، و للمشرع الجزائري أهداف يهدف لإرسائها وراء ذلك.

غزت العوامل التي أدت بالمشرع للنص على تلك القيود إلى التطور الذي شهده المجتمع في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي، و يتجلى ذلك خصوصا في تطور وظيفة الدولة حيث أصبحت تعمل على ضبط النشاط الاقتصادي و تتحكم في تفسيره و توجيهه من جهة، وتكفلهما بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا من جهة أخرى[2].

استنادا إلى مختلف النصوص القانونية المختلفة المنظمة للمسألة، يمكننا تحديد قيود ترد على مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع، و عليه سنتطرق في دراستنا في هذا الفصل من مذكرتنا، للقيود الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة قبل إبرام العقد **(المبحث الأول)**، و للقيود الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة بعد إبرام العقد **(المبحث الثاني)**.

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص39

[2]- فيلالي علي، المرجع السابق، ص 51

المبحث الأول: القيود الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة قبل إبرام العقد

من نتائج إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في تكوين العقد مبدأ حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد، فالأول يعني أن الأشخاص أحرار في إبرام ما يشاءون من عقود و الثاني أي مبدأ حرية عدم التعاقد يعني عدم إجبار أو حمل الأشخاص على إبرام عقود هم غير راغبين في إبرامها، و أخيرا مبدأ حرية التعاقدية الذي بمقتضاه تخول إرادة الأطراف السلطة و الحرية في تحديد مضمون و بنود العقد من حقوق و التزامات دون أية إملاءات خارجية[1].

إلا أن لهذه المبادئ و النتائج قيودا و حدودا قررها المشرع إما حفاظا على النظام العام بمفهومه العام، النظام العام و الآداب العامة أو خدمة للنظام العام الاقتصادي أو حماية للنظام العام الاجتماعي تحقيقا للعدالة التعاقدية أو العدالة الاجتماعية.

سنتطرق للقيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد **(المطلب الأول)**، و للقيود الواردة على حرية التعاقد حول تحديد مضمون العقد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد

قد تؤدي عوامل مختلفة بالمشرع إلى فرض قيود على حرية التعاقد أو عدمها ،و إن هذه القيود إما أن تؤدي إلى فرض التعاقد و إما أن تؤدي إلى حضر التعاقد من قبل المشرع.

يكون التعاقد جبريا في الحالات التي لا يملك فيها المتعاقد حرية عدم إجراء العقد و إنما يجبر على إبرام هذا النوع من العقود.

قد يمنع المشرع التعاقد بغض النظر عن توافق الإرادتين في عدة حالات يعود معظمها لمخالفة النظام العام و الآداب العامة ، أي إذا تجاوز المتعاقدان الحدود التي رسمها القانون.

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 40

سنتطرق للقيود الواردة على حرية التعاقد **(الفرع الأول)**، و للقيود الواردة على عدم التعاقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد

باستقراء لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العلاقة التعاقدية بين الأشخاص يمكننا إجمال القيود التي تحد من حرية إرادة الأشخاص في إبرام ما يشاءون من عقود و التعامل في ما يشاءون من أشياء نستخلص منع و إبطال عقود يكون محلها أشياء مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة أو مخالفة للقانون **(أولا)**، كذلك منع إبرام عقود يكون السبب و الباعث مخالفا للنظام العام و الآداب العامة **(ثانيا)**، إضافة إلى عدم جواز تعامل شخص في تركه إنسان على قيد الحياة **(ثالثا)**.

أولا- القيد المتعلق بمشروعية المحل و السبب

نتناول كل عنصر على حدى، القيد المتعلق بمشروعية المحل ثم القيد المتعلق بمشروعية السبب، كالآتي:

أ- القيد المتعلق بمشروعية المحل

يعرف محل العقد بأنه: " العملية التي تراضا الطرفان على تحقيقها و المحل يجب أن يكون موجودا أو ممكنا، و معينا و مشروعا"[1].

من خلال التعريف تتضح لنا شروط المحل، أن يكون موجودا أو قابل للوجود، ممكنا بمعنى أن يكون غير مستحيل، أن يكون مشروعا، بمعنى غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، كعقد بيع عضو بشري "كلية" مثلا، أو الاتجار بالمؤثرات العقلية.

[1]- كركادن فريد، **ركن المحل في عقد البيع المال المنقول المعنوي في التشريع الجزائري**، القاعدة التجارية نموذجا دراسة مدعمة بأحكام القضاء الفرنسي، مج 06، ع 01، 2022، ص 515

فالأصل عند التعامل في الأشياء هو الإباحة و جواز التعامل فيها و القيد الوارد عليها هو عدم جواز إبرام عقود يكون محلها غبر مشروع باعتباره مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، فيتمثل ذلك أحد القيود التي تقف أمام إرادة الأشخاص في التعاقد.

هذا ما ضمنه المشرع في القواعد العامة المتعلقة بشروط تكوين العقد، أو في القواعد الخاصة بكل عقد من العقود المسماة، إذ نجد المشرع دائما يشترط مشروعية محل العقد و عدم مخالفته للنظام العام و الآداب العامة فنجد مثلا المادة 93 من القانون المدني تنص على انه: "لا يجوز للأشخاص التعاقد على التجارة بالمخدرات أو شراء أصوات الناخبين أو التعامل في الحيوانات المصابة بالأمراض المعدية، أو مواد سامة، أو التعامل في جسم الإنسان أو أعضاءه ، لما يشكل ذلك مساسا بالنظام العام و الآداب العامة[1].

ب- القيد المتعلق بمشروعية السبب

في إطار تبني المشروع الجزائري النظرية الحديثة في السبب التي تنظر إليه باعتباره الغرض و الغاية غير المباشرة التي يرمي الأطراف الوصول إليها من التعاقد

وفقا لنص المادتين 97 و 98 من القانون المدني، يظهر أن المشرع الجزائري اهتم بمشروعية السبب، و تعليقا عليهما يرى البعض أن العبرة بمشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة، من خلال مراقبة المعاملات والاطلاع على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، ومعرفة الدوافع الرئيسية التي تحملهم على التعاقد...".

قد ذهب رأي آخر إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالنظريتين التقليدية والحديثة معا حيث أن النص الفرنسي للمادة 97 اشترط وجود السبب من جهة، ومشروعيته من أخرى" خاصة وأن النصين المذكورين المادتين 97 و 98 أشارا إلى سبب "الالتزام" لا إلى سبب العقد.

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 41

ثانيا- القيد المتعلق بالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة

من القيود التي أوردها كذلك المشرع على حرية الأشخاص في التعاقد، القيد المتعلق بعدم جواز أن يكون محل العقد هو تركة إنسان على قيد الحياة و ذلك بموجب المادة 92 من القانون المدني[1]، التي تجعل من العقد في هذه الحالة باطل بطلان مطلقا، مما ينبغي تعلق المسألة بالنظام العام و الآداب العامة.

نص المشرع الجزائري في المادة 92 من ق. م . ج. فقرة 1 على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"[2].

أجاز المشرع الجزائري كقاعدة عامة التعامل في الأشياء المستقبلية، وإمكانية أن يكون محل العقد قابلا للوجود، كما في بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت بسعر الوحدة أو بثمن مُقَدَّر جزافا، أو أن يبيع شخص لآخر منزلا لم يبدأ ببناءه، على أنّ الملكيّة تنتقل إلى المشتري عند اكتمال البناء، فهذا من البيوع المحققة الوجود، وقد يكون الشيء محتمل الوجود كبيع نتاج ماشية قبل وجودها فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، و من الأمثلة الموجودة اليوم بكثرة للتعامل في الأشياء المستقبلية، بيع صاحب ملبنة مقدارا مُعيّنا من منتجاته قبل البداية في صنعها أو إنتاجها وكذا بيع الكاتب "المؤلف" لمُؤلفه قبل إتمامه[3].

لا يصح التعامل في الأشياء المستقبلية إذا كان وجودها مستحيلا استحالة مطلقة والاستحالة المطلقة تجعل العقد باطلا، وهي استحالة عامة تشمل جميع الناس، لا استحالة شخصية تختص ببعض دون بعض، وقد تكون طبيعية، كالتزام الجراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد، أو قانونية، كالتزام المحامي بالطعن بالاستئناف في حكم بعد انقضاء ميعاد الاستئناف.

---

[1]- بودالي محمد، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، ط 1، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2007، ص54

[2]- المادة 92 من ق.م.ج

[3]- العربي بلحاج، **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دار هومة، 2014، ص 41

يمنع و يحظر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو برضاه، و يعد قيدا أخر يقف أمام حرية الأشخاص في التعاقد، لعدة اعتبارات أهمها:

– اعتبار هذا النوع من التعامل صورة من صور عقود الغرر التي اعتمد فيها المشرع قاعدة عامة و هي الحظر و المنع.

– عدم معرفة الشخص الذي سيتوفى قبل الآخر، مع إمكانية و احتمال وفاة من يدعي صفة الوارث قبل من يعتقد أنه سيكون مورثا، كذلك عدم معرفة مصير و مال أموال الشخص، مع إمكانية أن يتصرف فيها قبل وفاته.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية عدم التعاقد

يقوم كذلك مبدأ سلطان الإرادة كما سبق القول على عدم إجبار و إكراه شخص على إبرام عقد هو غير راغب في إبرامه، بل من شأن حصول ذلك في مجال العقود أن يجعل العقد قابلا للإبطال طبقا للمادة 89 من القانون المدني، أما إذا كنا بصدد الإكراه المادي فمن شأن ذلك أن يعرض صاحبه لعقوبات جزائية نتيجة الاعتداء على إرادة الشخص، إلا أن لهذا المبدأ قيودا و حدودا أوردها المشرع الجزائري، من خلالها يجبر و يلزم الشخص على التعاقد بقوة القانون، و إلا تعرض لعقوبات ومتابعة جزائية، و نعني بذلك عقود التأمين الإلزامية، كما يتابع ويعاقب الشخص نتيجة امتناعه عن ممارسة البيع دون مبرر مشرع، و نعني بذلك حظر رفض البيع دون مبرر شرعي[1].

أولا– القيد المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات

للتأمين على السيارات أهمية كبيرة في الجزائر، إذ تصل خطورة عدم التأمين على السيارة لحد قيام المسؤولية الجزائية[2]، بالإضافة لاعتبار التأمين من المسؤولية نوع من التأمين على الأضرار، والتي تعد بمثابة تقنية قانونية تكفل الحماية الاجتماعية للضحية، من

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 43

[2]- بن خضرة زهيرة، **محاضرات في مقياس مؤسسات التأمين**، ملقاة على طلبة ماستر 1 مؤسسات التأمين، جامعة البليدة 2، لونيسي علي، 2023/2022، ص 8

خلال تحمل المؤمن للتبعات المالية التي ترتبها مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير فيكون ضامنا حقيقيا للضحية عن الأضرار التي تلحقها بسبب مسؤولية المؤمن له عن طريق توفير التعويض للضحية وإصلاح الضرر الذي لحقها ويضمنها من إعسار المؤمن له، وقد سار المشرع الجزائري على درب التشريعات الحديثة وفرض التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث المرور التي تسببها المركبات الآلية[1].

يعتبر التأمين على المسؤولية المدنية إلزاميا، نظراً لما يتعرض له الفرد في حياته من أخطار ليس في استطاعة كل الناس مواجهتها، لذلك اتجه الأفراد نحو البحث عن الوسائل التي تخفف من الخسائر الناتجة عن هذه الأخطار، وبما أن هناك أضرار تلحق ضحايا حوادث المرور فإن الأمر يستدعي إلزامية التأمين عنها، لهذا فإن التأمين على المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات عقد يضمن بمقتضاه المؤمن الأضرار التي تلحق بالمؤمن له نتيجة رجوع الغير عليه بالمسؤولية، بمعنى أنه تأمين لدين في ذمة المؤمن له فالتأمين على المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات هو تأمين للمؤمن له نفسه من رجوع الغير عليه بدعوى المسؤولية أي بالتعويض، وبالتالي فهو تأمين ضد الأضرار أو الخسارة التي تلحق الذمة المالية للمؤمن له[2].

الغرض من إلزامية التأمين على المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات ضمان حق المضرور في اقتناء التعويض المحكوم له به، ومتى تدخلت السيارة في ارتكاب الحادث تدخلاً إيجابيا فإن التأمين يغطي المسؤولية المترتبة عنها.

عرف المشرع الجزائري عقد التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي

[1]- بوشنافة جمال، **إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات**، تقنية قانونية تكفل الحماية الاجتماعية للضحية، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، ع 06، جانفي 2019، ص 59

[2]- لدغش رحيمة، لدغش سليمة، **إلزامية التأمين على المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات**، مجلة التراث، مج 10 العدد ع 01 ص 197

عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث وتحقق الخطر المبين بالعقد، ودلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"[1].

عليه، فالالتزام بالتأمين على المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات هو أحد صور التأمين من المسؤولية، وهو عقد يهدف إلى ضمان الأضرار التي تلحق بالغير من سيارة المؤمن له والتزام يقع على المؤمن بتغطية مسؤولية مالك السيارة، أو أي شخص وقع منه حادث السيارة متى ثبت خطأه بأن يدفع للمضرور من الحادث تعويضا عن الضرر الذي أصابه جسمانيا، متى تحققت مسؤولية مرتكب الحادث، إذ أن عقد التأمين الإلزامي يهدف إلى حماية المضرور من خطر يحتمل وقوعه، فيلتزم المؤمن بسداد التعويض للمستفيد، وفي نفس السياق يعتبر التأمين على السيارات بأنه ضمان لمالك السيارة أو من تقع تحت حراسته من رجوع الغير عليه بالتعويض[2].

نستنتج بأن التأمين إجباري يفرض على كل مالك سيارة، فبالتالي هو مجبر على التعاقد مع مؤسسات التأمين، يعد عقد التأمين على السيارات قيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة فمالكها غير مخير بين التعاقد أو عدم التعاقد بل هو ملزم بتأمين سيارته تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية و الجزائية.

ثانيا– القيد المتعلق بحظر رفض البيع دون مبرر شرعي

نص المادة 61 من التعديل الدستوري الجديد لسنة 2020 [3] جاء بمفهوم حرية التجارة والاستثمار يتسع في الصياغة الجديدة بعد إضافة المشرع حرية جديدة والمتمثلة في

[1]- المادة الثانية من **الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات** المؤرخ في 25 جانفي 1995 ،ج ر ع 13.

[2]- التأمين الإلزامي ضد الغير هو التأمين من المسؤولية تجاه الغير توجبه القوانين إيجابا على كل صاحب سيارة، كي لا تذهب جناياتها على الأرواح والأموال هدرا إذا كان صاحبها أو سائقها مفلساً، وليس لديه ما يكفي للوفاء بتعويض ما أحدثته من أضرار للغير.

[3]- **المرسوم الرئاسي رقم 20-251** المؤرخ في 15 سبتمبر 2020 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54 المؤرخة 16سبتمبر 2020 م.

حرية المقاولة أو ما يسمى حرية المبادرة، و القانون 22-18 الجديد المتعلق بالاستثمار[1] نص على مراعاة بعض المبادئ و من أهمها مبدأ حرية المنافسة.

الأصل و وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ولمبدأ حرية عدم التعاقد هو حرية الشخص في يتعامل ويتعاقد مع الأشخاص، فعلى سبيل المثال حرية البائع أو المنتج في الامتناع عن تقديم سلع و منتجات لبعض الأشخاص، لضمان منافسة نزيهة و نظيفة في السوق.

إلا أن التعسف في استعمال و ممارسة هذا الحق و الامتناع عن أداء و ممارسة عملية البيع دون أية مبررات، فهذا يعتبر تصرفا غير مشروع لذلك تدخل المشرع وحد من حرية الأعوان الاقتصاديين في رفض ممارسة البيع أو أداء خدمة دون مبرر مشروع، و مقتضى المادة 15 من قانون الممارسات التجارية[2] والمادة 211 من قانون المنافسة[3].

يكون بذلك المشرع قد نص على نوعين من القيود على حرية العون الاقتصادي في رفض البيع دون مبرر مشروع، فيتعلق النوع الأول بالمادة 11 من قانون المنافسة و يكون برفض صادر من عون اقتصادي مستغل لوضعية التبعية في مواجهة عون اقتصادي آخر و يتعلق النوع الثاني بالمادة 15 من قانون الممارسات التجارية حيث يكون رفض البيع الصادر من عون اقتصادي سواء في مواجهة عون اقتصادي أخر أو مستهلك.

حتى تتحقق صفة الحظر في مثل هذا النوع من الممارسات اشترط المشرع:

- صدور طلب من قبل عون اقتصادي أو المستهلك في مواجهة عون اقتصادي أخر يتضمن أداء البيع

- صدور رفض فعلي و بات عن ممارسة البيع أو أداء خدمة من قبل العون

[1]- **القانون رقم 22-18** الصادر بتاريخ 24 جويلية 2022، المتعلق بالاستثمار، ج ر ع 50

[2]- **قانون رقم 04-02** مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر ع 41 المؤرخة في 27 جوان 2004، معدل و متمم

[3]- **الأمر رقم 03-03** المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة معدل و متمم ج.ر رقم 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003.

– تواجد و توافر المنتوج لدى العون، مما يجعل رفضه رفضا غير مشروع، و البعد الذي يرمي إليه المشرع من هذا القيد هو حماية للطرف المستهلك الضعيف[1]

لم يشر المشرع لا في قانون المنافسة و لا في قانون الممارسات التجارية إلى معيار أو ضابط يحدد المبرر الشرعي الذي من شأنه أن ينزع صفة الحظر عن رفض البيع من قبل العون، مما يعني ترك سلطة تقدير ذلك إلى مجلس المنافسة كسلطة ضبط السوق فيما يتعلق بأحكام قانون المنافسة و إلى الهيئة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تطبيق قواعد الممارسات التجارية ، فلا مجال إذن للقول بأن حظر و منع رفض التعاقد أو رفض البيع يصطدم مع مبدأ سلطان الإرادة كون هذا الأخير قد تراجع كثيرا نتيجة تغيير الظروف و تعقدها، و أصبحت الغاية الأولى هي حماية المستهلك[2].

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد حول تحديد مضمون العقد

كذلك من نتائج التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية أن ذلك يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في تضمين ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين و هو شريعتهم، أي الحرية التعاقدية حول مضمون العقد من حقوق و التزامات[3].

إلا أنه و نتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية و تفاوت المراكز القانونية بين الأشخاص بدأت حرية الأشخاص في تحديد بنود و شروط العقد، و يعتبر كل من عقد العمل و عقود الإذعان، من أبرز المجالات التي تغيب فيها حرية و إرادة الأشخاص في تحديد أثار و مضمون و بنود العقد، بل يجد الأطراف أنفسهم أمام شروط لم يتولى كلاهما أو أحدهما وضعها.

[1]- بن طاوس إيمان، **مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي**، دار هومة، الجزائر ، ب س ص91

[2]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 45

[3]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص 50

و عليه، سنتطرق لعقود العمل **(الفرع الأول)**، و لعقد الإذعان **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: القيود المتعلقة بعقود العمل

سنتطرق للقيود الخاصة بعمل الأحداث الأطفال القصر **(أولا)**، و للقيود الخاصة بعمل النساء ليلا **(ثانيا)**، و للقيود الخاصة بالعمال المعاقين **(ثالثا)**.

أولا- القيود الخاصة بعمل الأحداث الأطفال القصر

حرصت أغلب التشريعات العمالية المقارنة بما فيها المشرع الجزائري على توفير الحماية للأطفال من المخاطر التي تنجم عن العمل ووسائله المختلفة، ولهذا جعل المشرع الجزائري سن التشغيل بستة عشر سنة حسب نص المادة 15 قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[1]، ومنها نستنتج مجموعة من الشروط يجب توفرها لتشغيل الأحداث وهي:

1- أن لا يقل سن تشغيل القاصر عن سن 16 سنة، إلا في إطار عقود التمهين[2]، وهذا لإتاحة الفرصة أمام الأحداث للتعلم هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن استخدامهم في سن مبكرة يسبب لهم أضرار صحية و اجتماعية وذهنية، الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة نموهم الجسماني والذهني.

2- لا يوظف العامل القاصر في القانون المدني (أي العامل ما بين 16 إلى 19 سنة) إلا بناءا على رخصة من وليه الشرعي المادة 02/15 من قانون 90-11، وهذا لمنع استغلال أصحاب العمل لهذه الفئة من العمال لأنهم لا يزالون لا يميزون بين الأعمال النافعة و الضارة.

3- يمنع تشغيل العامل القاصر في الأعمال التي تتصف بالخطورة أو ذات طبيعة شاقة أو مضرة بالصحة أو من شأنها أن تمس بأخلاقه المادة 3/15 من القانون 90-11، وهذا لحمايتهم من الناحية الأخلاقية كما أن استخدامهم في سن مبكرة أو في أعمال شاقة يؤدي

[1]- يعتبر العمل ليلي، العمل الذي يتم مابين التاسعة ليلا والخامسة صباحا، وهو ما نصت عليه المادة 27 من قانون 90-11

[2]- المادة 17 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل

إلى الإضرار بهم وهم في مقتبل العمر كما أنه منع تشغيل العامل القاصر، أي من 16 إلى 19 سنة في أي عمل ليلي[1]، حسب المادة 28 من القانون 90-11.

لقد اعتبر المشرع الجزائري حماية العمال الذين لم يبلغوا السن المقررة من بين مسائل النظام العام، ولهذا إذا خالف صاحب العمل القيود المتعلقة بالتشغيل الأحداث فإنه يترتب ما يلي[2]:

1- يبطل العقد طبقا لنص المادة 135 من القانون 90-11

2- يعاقب صاحب العمل بغرامة مالية، وفي حالة العود يمكن إصدار عقوبة حبس تتراوح من 15 يوما إلى شهرين دون المساس بالغرامة التي يمكن أن ترفع إلى الضعف وهذا حسب نص المادة 140 من القانون 90-11.

ثانيا- القيود الخاصة بعمل النساء ليلا

الأصل أنه لا تفرقة بين الرجل والمرأة بشأن حرية التعاقد، من حيث الحقوق والواجبات ما داموا يقومون بنفس العمل[3]، ومع ذلك ونظرا لطبيعة التكوين الفزيولوجي للمرأة من جهة ومتطلبات العادات والتقاليد والتربية الأخلاقية التي فرضتها تعاليم ديننا الإسلامي من جهة أخرى[4]، حيث منع المشرع الجزائري تشغيل العاملات البالغات، (أي أكثر من 19 سنة من أي عمل ليلي، إلا في أعمال محددة وبترخيص من مفتشية العمل، كما منع منعا باتا من تشغيل العاملات اللواتي تقل أعمارهن عن 19 سنة في أي عمل ليلي ولو كانت طبيعة العمل تسمح بذلك[5].

---

[1]- أحمية سليمان، **التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري**، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، طبعة 2002،ص 106.

[2]- قسول مريم، **القيود الواردة على حرية التعاقد في التشريع الجزائري**، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد الرابع جوان 2016، ص137

[3]- أنظر المادة 28 من القانون 90-11

[4]- أنظر المادة 29 من نفس القانون

[5]- أحمية سليمان، **الوجيز في قانون العمل في التشريع الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2012م، ص 139

لقد عاقب المشرع الجزائري في المادة 141 من القانون 90-11 كل صاحب عمل يقوم بتشغيل النساء ليلا بغرامة مالية، و هذا المنع مساير لمقتضيات ومعايير العمل الدولية، لا لاسيما ما تضمنته الاتفاقية رقم 04 الصادرة عن منظمة العمل الدولية سنة 1919 المتعلقة بعمل النساء ليلا[1]، و التي تنص في مادتها الثالثة صراحة على أنه: "لا يجوز تشغيل النساء من أي سن أثناء الليل في منشأة صناعية عامة أو خاصة، أو في أي من فروعها..."

ثالثا- القيود الخاصة بالعمال المعاقين

لم يهمل المشرع الجزائري هذه الفئة من العمال حيث عمد إلى إصدار ترسانة من النصوص القانونية منذ الاستقلال تخص هذه الشريحة من العمال في المجتمع بأحكام خاصة، تتناسب وطبيعة العاهات التي يعانون منها وضرورة إدماجهم وتأهيلهم المهني ، كما نص المشرع الجزائري في القانون المتعلق بعلاقات العمل الفردية لسنة 1990 في المادة 16 منه على وجوب تخصيص مناصب عمل للأشخاص المعوقين وفق كيفيات تحدد عن طريق التنظيم، وهو ما كرسته المادة 27 من القانون 02-09 [2] على وجوب تخصيص كل مؤسسة على 1% من المناصب للأشخاص المعوقين، وعند استحالة ذلك يتعين عليه دفع إشتراك مالي تحدد قيمته عن طريق التنظيم ويرصد لحساب صندوق لنشاط حماية المعوقين وترقيتهم.

لكن لم تنص أغلب الاتفاقيات الجماعية على هذه الفئة من العمال عند التشغيل، إلا أن بعض المؤسسات المستخدمة قد خصصت في اتفاقياتها الجماعية على تخصيص مناصب عمل للمعوقين وهو ما نصت عليه الاتفاقية الجماعية لمؤسسة نفطال في المادة 11 و الاتفاقية الجماعية لشركة توزيع الكهرباء والغاز غرب، ولكن يعاب على المشرع

[1]- أحمية سليمان، **الوجيز في قانون العمل في التشريع الجزائري**، المرجع السابق، ص 140

[2]- **القانون 02-09** المؤرخ 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم. ج.ر.ع 34.

الجزائري أنه لم يرتب عقوبات على كل من لم يلتزم بتوفير مناصب عمل للمعوقين على غرار المشرع اللبناني و المشرع المصري.

و لكن قد يرى البعض أن تخصيص مناصب عمل للمعوقين يعد حرمان غيرهم من التزاحم عليها، خرقا لمبدأ المساوة في الحقوق والواجبات المادة 34 من الدستور الجزائري غير أن اتفاقية العمل الدولية رقم 159 لسنة 1983 قد قطعت الجدل حول هذه المسألة بالنص في المادة 4 منه[1].

الفرع الثاني: عقود الإذعان

الأصل في مبدأ سلطان الإرادة كأساس في العقود هو أن العقود القائمة بين الأطراف هي عقود مساومة نشأت بنودها و شروطها عن طريق المناقشة و التفاوض و المساومة بين الأطراف، إلا أن هناك قيودا ترد على سلطة و إرادة الأشخاص في المناقشة و التفاوض حول مضمونها، و التي في الغالب تكون عقودا معدة و مهيأة سلفا وفقا لنموذج معين، ما على الأشخاص الراغبين الانضمام إليها إلا قبولها أو رفضها دون أية مناقشة ،و نعني بذلك العقود النموذجية[2].

لقد ظهرت عقود الإذعان كنتيجة لاحتكار بعض المرافق العامة احتكارا قانونيا أو فعليا، فقد أصبحت هناك شركات تحتكر خدمة من الخدمات الضرورية للمجتمع، كخدمة المياه، أو الكهرباء أو الغاز، أو النقل، و العقود التي تبرم بشأن هذه الخدمات يضعها المحتكر أو تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد، لا تقبل شروطها التعديل فيها، وما على المتعاقد الأخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها كما وردت وعندها يكون متعاقدا ، وإما أن

[1]- المادة 04 من القانون 04-09 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 ،يتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل،ج.ر.ع 83

[2]- بن عيسى جيلالي، بن قردي أمين، **عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية و الحماية القانونية للمذعن**، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2019، ص 1

يرفضها كلها فلا يكون متعاقدا، فالإرادتان في مثل هذه العقود ليستا متساويتين، بحيث أن إرادة المحتكر تملى وإرادة المشترك تذعن أي ترضخ[1].

يظل الإيجاب المقدم من طرف الموجب مجرد إيجاب فهو لا يلزم من وجه إليه بالقبول بل يظل هذا الأخير حرا في قبوله أو رفضه، لكن قد يحدث وأن يصبح من وجه إليه الإيجاب ملزما بقبوله وذلك متى كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه، و يتحقق القبول في عقد الإذعان، بموجب المادة 70 ق.م.ج : "..... بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "[2]، و التسليم بالشروط المقررة في عقد الإذعان يعد قبولا وهو الرد الإيجابي الصادر عن الموجب له أو المذعن بعد تلقيه الإيجاب.

كما يرى الأستاذ علي فيلالي في كيفية القبول هذه، كونها صورة خاصة تخرج عن القواعد العامة للتعبير عن الإرادة كما يعتقد بعض الفقهاء، فهو مجرد تعبير عن إرادة، قد يكون صريحا أو ضمنيا، ومن ثم لا يتضح مبدئيا، لكن مادامت حرية اختيار الموجب له محدودة على أساس أن وضعه في العقد ضعيف مقارنة بوضع الموجب، الشيء الذي يدفعه إلى قبول الإيجاب وفق الشروط المفروضة عليه، فإن قبوله يكون نسبيا بالنظر إلى القبول في عقود المساومة[3].

و حسب الدكتور بن قردي أمين، يجب توافر شروط ثلاثة في العقد ليعد عقدا من عقود الإذعان وهي على التوالي[4]:

1- عندما يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأساسية للمستهلكين أو المنتفعين لا يمكنهم الاستغناء عنها.

2- أن تكون هذه السلعة أو هذه الخدمات محتكرة احتكارا فعليا أو قانونيا أو تكون المنافسة بشأنها محدودة جدا نتيجة للتفوق الاقتصادي لعارضها.

---

[1]- بن عيسى جيلالي، بن قردي أمين، المرجع نفسه، ص 4

[2]- المادة 70 من ق.م.ج

[3]- فيلالي علي، المرجع السابق، ص 136-138

[4]- بن عيسى جيلالي، بن قردي أمين، المرجع السابق، ص 7

3- أن يكون العرض للانتفاع من السلعة، أو الانتفاع من المرفق موجه إلى الجمهور عموما، وفق شروط وضعها الموجب الطرف القوي في العقد، وما على المتعاقد الثاني و هو الطرف الضعيف إلا قبول العقد بالشروط التي وضعها الطرف الأول، أو عدم التعاقد أصلا.

المبحث الثاني: القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد إبرام العقد

العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضى الطرفين، فالعقد و ما تضمنه من بنود وشروط يُعد بمثابة قانون، فلا يجوز لإرادة أحد الأطراف بمفردها، ولا يجوز بأي حال من الأحوال لا للقانون ولا للقضاء أن يتدخل لتعديل أو إنهاء هذا العقد ولا يتحقق ذلك إلا بموجب اتفاق جديد ومتبادل.

إلا أن لهذه القاعدة التي تمثل أحد ركائز مبدأ سلطان الإرادة، استثناءات أوردها المشرع إما تحقيقا للعدالة أو مراعاة للصالح العام أو لخصوصية العقد، وتتجلى في تدخل القانون من جهة، بالنص على إمكانية تعديل العقد خاصة في حالتي الاستغلال والغبن، أو النص على إنهاء العقد سواء بإرادة منفردة أو بقوة القانون كما تتجلى من جهة أخرى في تدخل القانون بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أو إلغاء بعض الشروط ذات الطبيعة التعسفية، أو منح المدين مهلة للوفاء[1].

سنتطرق لحالات تدخل القانون **(المطلب الأول)**، و لحالات تدخل القضاء في تعديل العقد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: حالات تدخل القانون

يتدخل القانون في مجال العقود كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة و على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على حالات إما لتعديل العقد و إما لإنهاء العقد.

سنتناول حالات تدخل القانون لتعديل العقد **(الفرع الأول)**، و لحالات تدخل القانون لإنهاء العقد **(الفرع الثاني)**.

[1]- بن سعدية مسعودة، المرجع السابق، ص 49

الفرع الأول: حالات تدخل القانون لتعديل العقد

الأصل أن الالتزامات التي تضمنها العقد هي تعبير عن عدالة هذا العقد، كون أن مصدرها هو الاتفاق والإرادة السليمة، لكن قد لا تعبر في بعض الحالات عن تلك العدالة وإنما توجد بصورة متفاوتة وغير متوازنة بشكل كبير، وترجع إما نتيجة للإرادة غير السليمة للمتعاقد كحالة الاستغلال أو ترجع نتيجة لظروف اقتصادية أو اجتماعية جعلت الشخص يقدم على هذا التعاقد الذي جعله في موضع المغبون، مما استوجب تدخل المشرع لإعادة التوازن المالي للعقد تحقيقا للعدالة ولأهمية وطبيعة العقود التي يقبل فيها الطعن بالغبن خاصة في العقارات، وذلك بموجب حالتي الاستغلال و الغبن، سنتطرق لحالة الاستغلال **(أولا)**، و لحالة الغبن **(ثانيا)**.

أولا- حالة الاستغلال

أ- المقصود بالاستغلال

هو أمر نفسي عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوف[1].

يعرفه آخرون انطلاقا من مجاله بأنه أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم معه تصرفا يؤدي إلى غبن فاحش، وصورته الشائعة أن تستغل زوجه في مقتبل العمر دلالها على زوجها الشيخ وما يؤدي إليه هذا الدلال في نفسه من هوى جامح لإرضائها وتحمله بذلك إلى أن يهبها ماله أو حتى قسط كبير منه[2].

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126

[2]- بوكرزازة أحمد، **الغبن و الاستغلال و أثرهما القانوني**، مجلة المعيار، مج 25 ، ع 62، لسنة 2021، ص 954

ب- شروط الاستغلال

وفقا لنص المادة 90 ق م ج يجب أن تتوفر الشروط الآتية لتحقق الاستغلال:

1- اختلال التعادل بين طرفي العقد اختلالا فادحا

يعتبر هذا الشرط عنصر ماديا للاستغلال لأن معيار الاختلال مادي، ولكن ليس برقم ثابت بل هو معيار متغير بناءا على الظروف، و لا ينظر إلى الاختلال إلى القيمة المادية للشيء بل بقيمته الشخصية عند المتعاقد، سواء كان هذا الاختلال[1].

تجدر الإشارة، أنه في عقود المعاوضة المحددة أو في العقود الاحتمالية حتى في عقود التبرعات، أما في عقود المعارضة، يعرف كل متعاقد وقت التعاقد مقدار محددا ما يعطيه وما يأخذه، و بالنسبة للعقود الاحتمالية رغم قيامها على عنصر الاحتمال " الكسب والخسارة" إلا أن الاختلال قد يكون فادحا بين الكسب و الخسارة "العطاء"، أما في عقود التبرع، يتحقق فيه الاختلال، بل أنه يكون أشد وطأة وتحققا فيما لا تعادل فيه وينظر للاختلال من خلال مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وإلى ما يعتاد التبرع به في مثل ظروف المتبرع[2].

2- أن يكون هناك استغلال لضعف بين في المتعاقد المغبون

يعتبر هذا الشرط عنصرا نفسيا للاستغلال، ويتمثل في ضعف المتعاقد معه يتمثل في الطيش البين والهوى الجامح يعرف الطيش البين بأنه خفة زائدة تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، يعرف الهوى الجامح بأنه رغبة شديدة تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه.

3- أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد

يجب أن يكون الاستغلال هو الدافع المباشر للتعاقد، فلولا وقوع المتعاقد فيه لما أقبل على ابرام التصرف، فبالتالي تكون إرادته معيبة.

---

[1]- محمود البعلي عبد الحميد، **ضوابط العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و موازنته بالقانون الوضعي و فقهه، ب ط ب س ن، ص278

[2]- بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص 955 و 956

ثانيا- حالة الغبن

أ- المقصود بالغبن

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين ليس من شأنه التأثير في صحة العقد، لأن الشخص لا يقبل العقد إلا لأنه كان يرى فيه تعبيرا عن مصلحته، والقول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار كل فرد في المجتمع في حكم القاصر الذي تفرض الوصاية على تصرفاته .وتبعا لذلك، فإذا كان العقد ينشأ بإرادة المتعاقدين الحرة فيجب أن يكون أثره كذلك خاضعا لإرادتيهما، فقد يكون هناك تقييد من أثر العقد بدعوى وجود اختلال بين ما يعطيه المتعاقد ويأخذه وهو ما يسمى بالغبن[1].

لقد عرف القانون المدني الجزائري عيبا رابعا للرضا لا يعرفه قانون نابليون، وهو عيب الاستغلال، وهو في الحقيقة تحوير بارع للنظرية المادية للغبن[2]، فخلافا للقانون الفرنسي أخذ بالنظرية المادية نتيجة لتقديسه مبدأ سلطان الإرادة اتجهت القوانين الحديثة إلى ضرورة الأخذ بنظرية عامة في الاستغلال إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في حالات محددة.

سار على خطاه المشرع الجزائري، وذلك في نص المادة 90 من القانون المدني و الواردة في القسم الثاني من شروط العقد من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود تحت عنوان الرضا، ويظهر من موقع نص كل من المادتين في القانون المصري والجزائري أن المشرع المصري ونظيره الجزائري ألحقا الاستغلال بعيوب الرضا، وهذا ما يدل على أخذهما للنظرية الشخصية، واعتبار الاستغلال من عيوب الرضا، ولكن دون التخلي عن النظرية المادية و التي أحالت عليها كل من المادة 130 من القانون المصري، والمادة 91 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت صراحة على أن يراعى في تطبيق المادة السابقة الإخلال بالأحكام

[1]- خليفي أسماء، **الغبن في القانون المدني الجزائري و نظريه الفرنسي، دراسة مقارنة**، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، مج 06،ع 03، ص 166

[2]- درماش بن عزوز، **التوازن العقدي**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2015/2014، ب ذ ت م، ص 122

الخاصة بالغبن في بعض العقود، وبناء على ذلك تبنى القانون الجزائري والمصري كباقي التشريعات الحديثة نظرية عامة للاستغلال تطبق على جميع العقود، ونصوصا خاصة تتعلق عدم بالغبن.

انطلاقا من ذلك كيف الأستاذ علي فيلالي الاستغلال في القانون المدني الجزائري على أنه عيب من عيوب الرضا، أما بالنسبة للغبن في بيع العقارات والذي أشارت إليه القانون المدني فهو عيب قائم بذاته، ولا علاقة له بسلامة رضا المتعاقد المغبون.

ب- شروط الغبن

طبقا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري نظم المشرع أثر الغبن في العقود بصفة عامة، وجعله عيبا لكل أنواع التصرفات إذا ما اصطحب بالاستغلال، ولا يجوز الطعن في العقد إلا على أساس توافر عنصرين، عنصر موضوعي عنصر نفسي، و طبقا لنص المادة 358 ق م ج حتى يطبق الجزاء في الغبن يجب توفر الشروط التالية:

1- أن يكون المبيع عقارا، سواء كان حق ملكية عقار أو حق عيني آخر على عقار، أما المنقول فلا يجوز الطعن في العقد إلا وفقا لما تقدم في نظرية الاستغلال أن الثروة لم تبق قاصرة على الممتلكات العقارية[1].

2- أن يقع في البيع غبن يزيد عن خمس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وأن تراعى في ذلك قيمته المادية بحسب قانون العرض والطلب، لا قيمته الشخصية عند المشتري[2].

3- أن يكون المغبون هو البائع وليس المشتري، فدعوى الغبن تحمي البيع.

4- ألا يكون قد تم البيع بالمزاد العلني، لأن المزاد العلني مفروض فيه أن يكفل البائع الحصول على أعلى ثمن ممكن، فلا محل معه لافتراض وقوع الغبن[1].

---

[1]- فيلالي علي، المرجع السابق، ص 230

[2]- قرماش العالية، **أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري**، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية مج 05،ع 02، 2018، ص183

أما من ما يترتب على تحقق الغبن فيتفق القانون المدني الجزائري والمصري في أن الهدف من دعوى الغبن هو تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، أما في القانون الفرنسي فقد كيفها الفقيه السنهوري بأنها دعوى فسخ.

حسب نص المادة 359 من القانون المدني الجزائري وخلاصة هذه الأحكام الخاصة أن العبرة في الغبن تكون بالتفاوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين، فالغبن عيب قائم بذاته، وهو عيب في العقد، ولا علاقة له بالحالة النفسية للمتعاقد، ولا لإراداته إذا كانت معيبة أم لا.

ج- الآثار القانونية لرفع دعوى الغبن في بيع العقارات

هذا يبرر تدخل القانون كقيد يرد على مبدأ سلطان الإرادة في تعديل العقد من خلال تمكين الطرف المغبون، من طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس قيمة العقار و يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من انعقاد العقد بالنسبة لكامل الأهلية، و من يوم زوال سبب نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية مع وجوب شهر هذه الدعوى[2].

فتمثل حالة دعوى الغبن في مجال العقود المتعلقة بالعقارات قيدا قانونيا يرد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ذلك تحقيقا للعدالة و التوازن في العقد لأهمية و قيمة، و العقارات في النظام القانوني المعمول به في الجزائر، إلا أننا نرى وجوب إعادة النظر في إمكانية اشتمال الغبن في المنقولات.

في الأخير يتبين لنا مما سبق انه كان للأطراف الحرية الكاملة في إدراج بنود العقد التي يرونها مناسبة و موافقة لمصالحهم إلا أن وجود اختلال في توازن العقد بعد إبرامه يؤدي إلى تدخل لتعديل العقد حسب كل حالة إذا توفر شروطها و هذا قصد إعادة التوازن بين الالتزامات.

---

[1]- خليفي أسماء، المرجع السابق، ص 181

[2]- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 62

الفرع الثاني: حالات التدخل لإنهاء العقد

هناك حالات يتدخل فيها المشرع لينهي العقد دون رضا الطرفين ولا يملك القاضي فيها سلطة تقديرية في إبقاء العقد أو إنهائه، سنتطرق لحالة إنهاء عقد شركة التضامن **(أولا)**، و لحالة انتهاء عقد العارية **(ثانيا)**، و لحالات إنهاء العقد بإرادة منفردة **(ثالثا)**.

أولا- انقضاء شركة التضامن

تقوم شركة التضامن على الاعتبار الشخصي، و هو ليس شرطا لتكوينها و فقط بل هو شرط لبقاء و استمرار الشركة، يعني انقضاء الشركة انحلال الرابطة التي تجمع الشركاء مما يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة.

تنتهي شركة التضامن و تنحل بقوة القانون إذا ما حل بشخص الشريك حادث من شأنه زوال ذلك الاعتبار كالموت[1] أو فقد الأهلية، إلا أن أسباب الانقضاء هذه ليست من النظام العام حيث يجوز استمرارها إذا ما نص العقد التأسيسي أو أجمع الشركاء على خلاف ذلك[2].

ثانيا- حالة انتهاء عقد العارية

كذلك يقوم عقد العارية على الاعتبار الشخصي إذ بمجرد وفاة أحد المتعاقدين تنتهي و تنقضي العارية بقوة القانون، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، و تنتهي العارية بموت أحد طرفيها طبقا للمادة 548 من ق.م.ج و كذا انتهاء عقد الوكالة بموت الوكيل أو الموكل طبقا للمادة 586 من ق.م.ج.

ثالثا- حالات الإنهاء بإرادة منفردة

القاعدة العامة أن العقد، لا يجوز إنهاؤه بإرادة منفردة، أي بإرادة أحد طرفيه، استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن يوجد استثناء على هذه القاعدة العامة يجوز فيها الإنهاء

[1]- تنص المادة 562 من ق.ت.ج: " تنتهي شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي".

[2]- تماسيني الهام، حفوظة خولة، **النظام القانوني لشركات التضامن في التشريع الجزائري**، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2018/2017، ص 45 -47

بإرادة منفردة نظرا لتواجد أحد الأطراف في بعض العلاقات التعاقدية في مركز ضعيف يحتاج إلى نوع من الحماية من جهة، و نظرا للاعتبارات الشخصية التي تقوم عليها بعض العقود، إضافة إلى عدم تصور استمرار الالتزامات بالنسبة للأطراف قائمة في العقود إلى الأبد من جهة أخرى، سمح المشرع للأطراف و بإرادة منفردة في إنهاء العقد و فسخه.

أفضل مثال نذكره، هو حالة إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة ومحدد المدة بالإرادة المنفردة يمكن إنهاء عقد الإيجار بإرادة منفردة إذا كان غير محدد المدة شرط التزام من يريد إنهاءه توجيه إنذار أو تنبيه بالإخلاء للطرف الأخر وفقا لشروط معينة عن طريق المحضر القضائي عادة، بل من المستقر عليه قضاء أن إجراء التنبيه بالإخلاء هو إجراء من النظام العام، يتوقف عليه قبول دعوى الطرد وفقا لما خلصت إليه المحكمة العليا. كما حول المشرع استثناء للمستأجر إنهاء عقد الإيجار بإرادة منفردة قبل انتهاء المدة المحددة سلفا ، لكن بشرط أن يكون بمبرر عائلي أو مهني و شرط أخر هو إخطار المؤجر بذلك بموجب إشعار لمدة شهرين و ترجع هذه الحالة إلى حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، أما مبرر إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة بإرادة منفردة فيتمثل أساسا في أنه لا يمكن للشخص أن يبقى ملزما مدى الحياة بل يجب أن يكون لالتزامه نهاية محدد[1].

المطلب الثاني: حالات تدخل القاضي لتعديل العقد

من بين القيود التي أوردها المشرع الجزائري على العقد شريعة المتعاقدين و عدم جواز تعديله أو إنهائه أو تغيير مضمونه إلا باتفاق الطرفين تتمثل في السلطة التي منحت للقاضي الذي يمكنه التدخل لتعديل العقد في ظروف خاصة ، كإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ لاحق على تكوين العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة ، كما يتدخل لتعديل العقد أو إنهائه أو إلغاء بعض شروطه أو بنوده ذات الطبيعة التعسفية أو تمديد أجل العقد من خلال منح المدين مهلة للوفاء كل ذلك تحقيقا للعدالة و مراعاة للصالح العام.

[1]- عودة ناجية، **المدة في عقد الإيجار وفق آخر التعديلات في التشريع الجزائري**، مج 09، ع 1، مارس 2018، ص 382

سنتطرق لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة **(الفرع الأول)**، و لتعديل العقد في حالة الشروط التعسفية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

سنتطرق للمقصود بنظرية الظروف الطارئة **(أولا)**، و لشروط نظرية الظروف الطارئة **(ثانيا)**.

أولا- المقصود بنظرية الظروف الطارئة

يلتزم المتعاقد بمقتضى العقد الصحيح بتنفيذ الالتزامات التي يرتبها هذا العقد في ذمته و قد وصف المشرع العقد بأنه شريعة المتعاقدين مما يستلزم احترامه وتنفيذه، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين.

إن فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة عرفتها الشريعة الإسلامية قبل أن يعرفها القانون الوضعي وذلك لأن العدالة تعتبر من ركائزها الأساسية، وبالرغم من أن الفقه الإسلامي قد عالج هذه النظرية إلا أنه لم يقم بصياغتها والسبب في ذلك هو أن الفقهاء المسلمين كانوا يعالجون ما يعرض عليهم من مسائل ويضعون لها حلول عملية عادلة لتواجه حالات معينة[1].

مقتضى نظرية الظروف الطارئة أنه إذا ما طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحاً بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة، فعندئذٍ يسوغ للقاضي أن يتدخل في العقد لا لإعفاء المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مثال ذلك عقد توريد حدد فيه سعر السلعة التي تعهد العاقد بتوريدها على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد تم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً، يترتب عليها ارتفاع كبير في الأسعار بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد

[1]- السيد سيد علي، **نظرية الظروف الطارئة في العقود و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**، دار الكتاب الحديث، مصر 2006، ص38

التوريد بالسعر المتفق عليه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار[1].

هناك من حاول تعريف الظرف الطارئ بأنه: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة أيضاً، لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلاً"[2]، و يستنتج من هذا التعريف ما يلي:

1- إذا صار الالتزام التعاقدي مستحيلاً يخضع لنظرية أخرى هي نظرية القوة القاهرة وجزاؤها فسخ العقد، وانقضاء الالتزام، أما الظرف الطارئ فجزاؤه رد الالتزام إلى الحد المعقول.

2- لو كان الحادث غير الطبيعي أو الواقعة المادية من شأنهما أن يلحقا بالمدين خسارة لا تتجاوز الحد المألوف في طبيعة العقد ومحتواه لما كان لهما أثر، لا التزام المدين بتنفيذ التزامه كاملاً.

3- يمكن القول إذن بأن الظرف الطارئ، حد وسط بين القوة القاهرة والخسارة المألوفة

ثانيا- شروط نظرية الظروف الطارئة

سعى المشرع إلى تقييد الظرف بشروط معينة لتطبيق هذه النظرية، وهي أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ وأن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا، وأن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ، نبينها فيما يلي:

أ- أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع في مرحلة التنفيذ

يشترط في الظرف الذي تطبق فيه نظرية الظروف الطارئة أن يكون استثنائيا وعاما وليس في الإمكان توقعه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، نتطرق لشرحها كالآتي:

[1]- أقصاصي عبد القادر، **نظرية الظروف الطارئة و أثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي**، مج 02، ع 02، ديسمبر 2018 ص 127

[2]-عنبر محمد عبد الرحيم، **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ب ذ س، ص 19

1- أن يكون الحادث استثنائيا عاما

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناء على القوة الملزمة للعقد، لذا فإن الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون الظرف الطارئ ناشئا عن حادث استثنائي غير مألوف والظرف الطارئ لا يمكن حصر تعداده نظرا للتغيير والتزايد المستمرين له عبر الأيام[1].

من أمثلة الظرف الاستثنائي الحوادث الطبيعية كالزلازل والفيضانات والأوبئة كوباء كوفيد 19 جائحة كورونا، أو الحوادث التي يتسبب فيها الإنسان كالحروب والانقلابات و الثورات وقد يكون الظرف بسبب تغيرات اقتصادية كارتفاع الأسعار أو فرض تسعيرة جبرية أو رفعها.

قد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة في المادة 3/103 والتي تتلخص في وجود عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال (كالعقد الكتروني مثلا) ويحدث أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعاً (كفيروس كورونا) فيصبح بذاك التزام المدين شاق عليه ومرهق له إلى الحد الذي يجعله مهدد بالخسارة الفادحة، و الحقيقة أنه هناك مقومات لاعتبار جائحة كورونا ظرفا طارئا منها الاستثنائية العمومية، عدم التوقع أو إمكانية الدفع، و لابد ان تؤدي هذه الشروط إلى إرهاق شديد وخسارة فادحة على أن لا تصل إلى حد استحالة التنفيذ.

فهذا الفيروس استثنائي يقع حادث خارج إرادة المدين، لا يمكن دفعه أو حتى وجود فرضية دفعه أو القيام بما يلزم لدفعه ويؤثر على تنفيذ الالتزام التعاقدي وعلى الالتزامات بشكل عام إما بشكل يجعل تنفيذه مرهقا على المدين أو يجعل تنفيذه مستحيلا، فاذا كان التنفيذ مرهقا للمدين تصبح عندئذ جائحة كورونا ظرفا طارئا بينما اذا كان التنفيذ مستحيلا فإن جائحة كورونا تكيّف على أنها قوة قاهرة، و بذلك تعتبر نظرية القوة القاهرة من أقرب النظم القانونية إلى نظرية الظروف الطارئة فقد يكون نفس الحادث (جائحة كورونا) هو

[1]- صورية غربي، **سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ**، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، مج 04، ع 03، لسنة 2021، ص 388

الدافع للأخذ بهذه النظرية أو تلك فقط ننظر إلى استحالة التنفيذ وبالتالي انفساخ العقد أو إرهاقه (تعديله)[1].

كما يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، والمقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه بالضرورة أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره مجموعة من أفراد المجتمع الذين ينتمون إلى إقليم معينة أو مدينة أو حي من الأحياء، أو طائفة معينة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها[2].

كما يجب أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع، إذ لا يكفي حسب المادة 107 في فقرتها 3 من القانون المدني أن يكون الحادث الاستثنائي عاما، وإنما يجب أن يكون غير متوقع شأنه في ذلك شأن القوة القاهرة، حيث جاء في الفقرة 3 من المادة المذكورة أعلاه ما يلي: 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".

2- أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا بسبب الحادث الاستثنائي

لابد للظرف الذي يعتمد عليه في تعديل العقد أن يترتب عليه جعل الالتزام مرهقا والإرهاق وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد يجعل تنفيذه مرهقا وليس مستحيلا، أو هو الأثر المترتب على نشوء حادثة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها .

[1]- بن يحيى شارف، بوعمامة عصام، **الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد في ظل جائحة كورونا**، مجلة صوت القانون، مج 08، ع 01، 2021، ص 78

[2]- المرجع نفسه، ص 79

و عليه، يجب على القاضي أن ينظر إلى الإرهاق نظرة موضوعية في ذات العقد والأثر الذي تركه الظرف الطارئ على التزام المدين من حيث حالته المادية التي يمكن أن لا تتأثر بهذه الصفقة كونه غني جدا، ولا ينظر كذلك إلى الدائن من حيث أن حالته المادية تجعله كذلك لا يتأثر بالصفقة سلبا أو إيجابا.

أما بخصوص مقدار الإرهاق فقد اكتفى المشرع الجزائري بوصفه بالخسارة الفادحة أي غير المألوفة، وهو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، فما يكون مرهقا لمدين ما في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر لأن الخسارة تتأثر بتغير الظروف وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير وقوع الإرهاق من عدمه، وهي مسألة واقع لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

ب- أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ

المقصود بهذا الشرط أن توجد مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه سواء كانت قصيرة أو طويلة، وهذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية، والتي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية من الزمن، سواء كانت من العقود دورية التنفيذ كعقود التوريد، أو من عقود المدة المستمرة التنفيذ مثل عقود الإيجار والمقاولات.

أما بالنسبة للعقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة فيجب استبعادها من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن مثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيرا .

يستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقودا، فالوفاء في هذا النوع من العقود يكون بتسديد المدين لمبلغ النقود المستحقة في موعده المحدد في العقد نوعا ومقدارا، وبالعملة المتفق عليها سواء زادت قيمتها وقت الوفاء أو انخفضت، وهذا ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني.

[1]- بن يحيى شارف، بوعمامة عصام، المرجع السابق، ص 79

في جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ الالتزام بخطأ من المدين، إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصير تسبب فيه، أو تماطل المدين في التنفيذ إلى أن انتهت المدة المتفق عليها، فهنا إذا حدثت ظروف طارئة بمفهوم المادة 107 من التقنين المدني خارج الأجل المتفق عليه، فهنا يتحمل المدين وحده تبعات هذه الظروف ولا يمكن بالتالي المطالبة بتعديل العقد.

ثالثا- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

متى توافرت شروط الظرف الطارئ جاز للقاضي طبقا لنص المادة 03/107 من ق.م.ج أن يتدخل لتعديل العقد في حدود مهمته و ذلك برد الالتزام المرهق إلى حد المعقول كما له أن يختار بين أكثر من وسيلة لهذا التعديل ما دام أنه يسعى إلى إعادة التوازن في العقد و توزيع تبعة الحادث الطارئ على الطرفين.

قد يرى القاضي ضرورة إنقاص التزام المدين، و في هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بالالتزام الذي حدده القاضي فقط، و يعتبر إنقاص التزام الوسيلة العادية لرفع الإرهاق عن يكون إما بإعفاء المدين من تنفيذ قسط معين مما التزام به إن أو تخفيض ثمن المدين، و الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري ، وقد يتمثل الإنقاص كذلك في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة الشيء[1].

كما قد يلجأ القاضي إلى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق بتوزيع الزيادة على كل من الدائن والمدين تماشيا العدالة.

في الأخير، يمكن للقاضي اللجوء إلى وسيلة وقف تنفيذ العقد إذا تبين له أن الظرف الطارئ مؤقت و يمكن زواله و أن اللجوء إلى وسائل أخرى من زيادة أو إنقاص من شأنه أن يؤدي إلى إخلال في توازن العقد و مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء و ترتفع أسعار مواد و أدوات البناء ارتفاعا فاحشا سيزول بعد طرح كميات من هذه المواد في السوق كما

[1]- سعداني نورة، **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري**، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، ع 02، 2015، ص 36

نصت على ذلك المادة 2/281 من ق.م.ج بأنه : "... و يجوز للقضاة نظرا لمراكز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنح أجلا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة و ان يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها..."[1].

الفرع الثاني: حالة الشروط التعسفية

سنتطرق للمقصود بنظرية الشروط التعسفية **(أولا)**، و لتطبيقات الشروط التعسفية على بعض العقود **(ثانيا)**.

أولا- المقصود بنظرية الشروط التعسفية

إن القاعدة و المبدأ المعمول به في مجال العقود هو الحرية التعاقدية كما سبق القول و تعني جواز الأطراف تضمين العقد ما يشاءون من شروط ما لم تخالف النظام و الآداب العامة.

إلا أن الوضع أصبح خلاف ذلك في المجال الاقتصادي حيث أصبح السائد هو انتشار العقود النموذجية المحددة مسبقا، و انفراد الأطراف الأقوياء اقتصاديا بتضمين العقود شروطا قد تعتبر في بعض الحالات مجحفة و تعسفية بالنسبة للطرف الآخر، مما استوجب على المشرع التدخل و منح القاضي سلطة لمواجهة مثل هذه الشروط حماية للنظام العام الاجتماعي أي تحقيقا للعدالة و حفاظا على الاقتصاد بمراعاة النظام العام الاقتصادي من جهة أخرى، و تجدر الإشارة أن المشرع لم يعرف الشرط التعسفي، تاركا المجال للفقه لكنه اعتمد على روح الحق و العدالة كمعيار لتعسفية الشرط[2].

إن مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو المجال الأوسع، حيث تحل المساواة الاقتصادية بين أطرافه ولا يمكن العودة إلى توازن عقدي إلا من خلال مراجعة هذه الشروط.

[1]- المادة 281 فقرة 2 من ق.م.ج

[2]- عواطف محي الدين، **أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك و إعادة للتوازن العقدي**، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، مج 04، ع 01، جانفي 2018، ص 13

لقد نظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية بنصوص خاصة إلى جانب نص المادة 110 من القانون المدني وذلك من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حيث تنص المادة 2 من القانون 04-02 السالف الذكر، ضمن فقرتها 05 على الشرط التعسفي، بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى"[1]، و يظهر تأثر المشرع بالتشريع المقارن حيث نستخلص من هذه النصوص أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله من عدمه للتوازن العقدي إخلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

ثانيا- تطبيقات الشروط التعسفية في بعض العقود

بموجب بعض النصوص القانونية وردت بعض الشروط التي اعتبرها المشرع ذات طابع تعسفي أو يكتنفها نوعى من عدم التوازن البين مما يستوجب بطلانها.

أ- بعض الشروط التعسفية الواردة في بعض العقود

أورد المشرع بعض الشروط التي يمكن أن توصف بأنها تعسفية و اعتبرها باطلة مع بقاء العقد قائما من خلال:

- الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع إذا كان البائع عالما به و تعمد إخفاءه.

- الشرط الذي يورده الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها كليا أو جزئيا.

- بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام .

[1]- المادة 02 من **القانون 04-02** المتضمن قانون الممارسات التجارية

ب- بعض الشروط التي ترد في وثيقة التأمين

لم يكتفي المشرع الجزائري بتقرير حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية بموجب المادة 110 من القانون المدني، و إنما أدرج نصوص قانونية خاصة لحماية المؤمن له منها، و التي يمكن أن ترد في وثيقة التأمين و ذلك بموجب المادة 622 من القانون المدني بحيث نص على بطلان هذه الشروط التعسفية التي تضمنتها المادة و هي باطلة بقوة القانون و لا يملك فيها القاضي أية سلطة تقديرية[1].

ج- بعض الشروط التي ترد في عقد القرض الاستهلاكي

كذلك هناك بعض الشروط التي اعتبرها المشرع ذات طبيعة تعسفية يمكن أن تضعها المؤسسة في عقود القروض الاستهلاكية و من شأنها مخالفة قواعد تنفيذ هذا العقد و منها المبالغة في تحديد سعر الفائدة و التزام المستهلك بتعويض مبالغ فيه.

ثالثا- سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

خول المشرع للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني سلطة تعديل تلك الشروط التي تعتبر ذات طبيعة تعسفية مع الحفاظ و الإبقاء على العقد أو إنهاء تلك الشروط دون أن يمس بهم الم تكن تلك الشروط ذات أهمية كبيرة هذا و يكون المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي في سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، إذ اقتصر المشرع الفرنسي في سلطة القاضي على اعتبار الشرط تعسفي لاغيا دون سلطة التعديل، هذا وقد مكن المشرع الجزائري القاضي من سلطة منح أجل للمدين المعسر، أو ما يعرف بالنظرة إلى ميسرة[2].

[1]- بن خضرة زهيرة، المرجع السابق، ص 32 و 33
[2]- عواطف محي الدين، المرجع السابق، ص 14

خلاصة الفصل الثاني:

بعد دراستنا للفصل الثاني، لمبدأ سلطان الإرادة قيود واردة عليه من حيث موضوع العقد قررها المشرع إما حفاظا على النظام العام بمفهومه العام، النظام العام و الآداب العامة أو خدمة للنظام العام الاقتصادي أو حماية للنظام العام، مثل القيود الواردة على حرية العمل فلا يسمح المشرع الجزائري للقاصر بالعمل، و النساء بالعمل ليلا كل هذا حفاظا للنظام العام و الآداب العامة.

خاتمة

في الختام يمكن القول أن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة لكن المشرع أورد قيودا على هذا المبدأ من حيث شكل العقد وموضعه، فاشترط الكتابة الرسمية كركن للانعقاد ومن هذه العقود، العقود الواردة على العقارات عقد الشركة العقود الواردة على المحل التجاري وعقد الرهن، كما اشترط الكتابة العرفية في بعض العقود مثل المرتب مدى الحياة، عقد التأمين عقد العمل الجماعي وعقد التنازل عن حق المؤلف، وهناك عقود لم يكتف فيها بالكتابة و إنما اشترط فيها التسليم مثل عقد الهبة الوارد على منقول، بالإضافة إلى قيود وضعها تحد من إرادة المتعاقدين فاشترط الكتابة للإثبات في بعض التصرفات.

إذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية، وتجعل أحد العاقدين غير متمتع بها تمام التمتع، فعلى الرغم من أن الإرادة قد لعبت دورا بارزا ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، ولكن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية آمرة.

✓ خلصنا إلى جملة من **النتائج** أهمها

- إذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود، و هي التي تقرر قواعد العقد لكن توجد اعتبارات من شأنها أن تمس بهذه الحرية، و تجعل أحد المتعاقدين غير متمتع بها تمام التمتع.
- و بالتالي فإن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال العقود ليس مطلقا إذ أن هناك قيودا عديدة فرضها المشرع في كل المراحل التي يمر بها العقد، إلا أن هذا التقييد له في المقابل ما يبرره.
- فبالنسبة للشكلية و إن كانت تحد من دور الإرادة في إنشاء العقود فإن الفقه الحديث يجمع على أنها أصبحت من أحدث أدوات النظام العام لحماية الرضا ،فهي تهدف إلى

التأكد من توافر هذا الأخير لدى أحد الطرفين في العقود ذات الأهمية و الغرض من ذلك هو تنبيه أحد المتعاقدين أو كليهما إلى خطورة الآثار التي تترتب على العقد الذي يبرمانه كعقد هبة العقار و بيعه ، وعقد الرهن الرسمي الخ حيث يصدر الرضا عن بصيرة

- كما أن مسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، و التي شكلت موضع اهتمام كل التشريعات جعلت المشرع الجزائري يتدخل بنصوص آمرة في مضمون العقد قصد إعادة التوازن.
- إضافة إلى ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد ،بما يوحي اطلق دور الإرادة في تنفيذ العقود التي تبرمها إلا أنه أورد على ذلك قيودا مختلفة و ذلك بمنح القاضي السلطة التقديرية في تعديله حسب الحالة المعروضة عليه كلما توفرت شروطها القانونية، و جعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من نظام العام.
- أن التقييد الوارد على الإرادة في مجال العقود سواء في إنشاء العقد أو تحديد أثاره يجب أن لا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور، و إنما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة، و تبقى هذه القيود رغم تزيدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد.
- إن التطور الحديث لفكرة النظام العام والآداب العامة قد أثر على دور الإرادة في هذا المجال بزياد القيود الواردة عليها، و لكنه في المقابل جسد مضمونا جديدا تمثل في حماية الإرادة ذاتها فلم يعد يقتصر على حماية المتعاقد في إبرام العقد و تحديد أثاره
- و إنما امتد ذلك إلى دعم حريته في التعاقد ابتداء و ضمان سلامة رضاه قبل إبرام العقد يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة و الصالح العام
- هناك بعض القيود التي تبرم على الإلزام القانوني، و التي يمكن تسميتها بالعقود الإلزامية (الجبرية) و التي لا يلعب فيها الرضا دورا كبيرا في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد و إنما يطبق طرفي العقد نظاما رسميا مفروضا عليهم بمقتضى القانون.

✓ توصلنا لمجموعة من **الاقتراحات** كالآتي:

- نقترح على المشرع أن يبادر بتعديل القانون المدني و ذلك نظرا للتطور الذي مس نظرية العقد نتيجة تأثرها بتطور الاقتصادي
- نقترح على المشرع أن يخصص قسما يتناول جانب مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه حتى يسهل على الباحثين تقديم دارسات حوله
- تنظيم أيام دراسية و ملتقيات وطنية و دولية بخصوص موضوع مبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه.

✓قائمة المصادر و المراجع

أولا- الكتب

1. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة 2002.

2. أحمية سليمان، الوجيز في قانون العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2012.

3. بن طاوس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري و الفرنسي، دار هومة، الجزائر ، ب س

4. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2007.

5. السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني " التأمينات العينية"، ب ط، دار الهدى، عين مليلية، الجزائر 2010.

6. سي يوسف زهية حورية، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، ب ط دار هومة، الجزائر، ب ذ س.

7. السيد سيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر 2006.

8. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار هومة، 2014.

9. عنبر محمد عبد الرحيم، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية ب ذ س.

10. الغنيمي حمدي، محاضرات في القانون البحري، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية ب ذ س، ص 9

11. فيلالي علي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2013.

12. محمود البعلي عبد الحميد، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و موازنته بالقانون الوضعي و فقهه، ب ط ب س ن.

ثانيا- الأطروحات و المذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

1. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2015/2014، ب ذ ت م.

ب- مذكرات الماجستير

1. أورحمون نورة، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع و القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2012/09/30.

2. بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية، التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.

3. زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، ب ذ س، نسخة الكترونية.

4. شايب باشا كريمة، عقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص القانون العقاري 2001/2000، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة.

5. منهوج عبد القادر، خصوصية الرهون البحرية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة وهران 2012/2011

ج-مذكرات الماستر

1. بن سعدية مسعودة، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2022/2021.
2. بن سعدية مسعودة، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، قسم الحقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022/2021.
3. تماسيني الهام، حفوظة خولة، النظام القانوني لشركات التضامن في التشريع الجزائري، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي 2018/2017.
4. حملاوي مريم، نبيلة قرفي، النظام القانوني للسفينة، دراسة على ضوء القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2018/2017.
5. العربي فاطمة الزهراء، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، في مجال العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017، ب ذ ت م، ص 2
6. كاملي مرسلي، عقد الهبة و أحكامها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2020/2019.
7. محمادي منال، مانة فلة، الرجوع في الهبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر حقوق، تخصص العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2022/2021.

ثالثاً- المقالات

1. آزوا عبد القادر، آليات تسوية وضعية الملكية العقارية الخاصة الثابتة بعقد عرفي، مجلد القانون و التنمية المحلية مخبر القانون و التنمية المحلية، ع 02، 2019.
2. أقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، مج 02، ع 02، ديسمبر 2018

3. برادي أحمد، السند العرفي و أثره على إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية، مج 03، ع 03، سبتمبر 2020.

4. بشير محمد، مقومات عقد الشركة وجزاء الإخلال بها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، ع 5 ، 2017، ص 169

5. بكوش الهام، حجية الكتابة كوسيلة للإثبات، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، ع 14، لسنة 2017.

6. بن عيسى جيلالي، بن قردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية و الحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2019.

7. بن يحيى شارف، بوعمامة عصام، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد في ظل جائحة كورونا، مجلة صوت القانون، مج 08، ع 01، 2021.

8. بوشكيوة عبد الحليم، الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، ع 06 لسنة 2009.

9. بوشنافة جمال، إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، تقنية قانونية تكفل الحماية الاجتماعية للضحية، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، ع 06، جانفي 2019.

10. بوغرارة الصالح، الشكلية في التصرفات القانونية، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، ع 01.

11. بوقرور سعيد، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة البسيطة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مج 15، ع 03 ، لسنة 2022.

12. بوكرزازة أحمد، الغبن و الاستغلال و أثرهما القانوني، مجلة المعيار، مج 25 ، ع 62، لسنة 2021.

13. بوكعبان عكاشة، انعقاد البيع العقاري و إثباته في ضوء التشريع الوطني و المقارن، مجلة الدراسات الحقوقية.

14. حشود نسيمة، حجية السندات الرسمية و العرفية في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد 12، 2017 ، ص 56

15. حفصي عباس، الإثبات في الكتابة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، مج 5،ع 04 ديسمبر 2020.

16. خليفي أسماء، الغبن في القانون المدني الجزائري و نظريه الفرنسي، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، مج 06،ع 03.

17. زحزاح محمد، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير مباشرة و أثرها على نفاذ العقد مجلة القانون العقاري و البيئة، ع 5 ، جوان 2015.

18. سالمي وردة، الشكلية تقييد للإرادة التعاقدية في عقود الأعمال، دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مج 07 ع 01، لسنة 2023.

19. سعداني نورة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، ع 02، 2015.

20. صفاي العيد، توثيق العقد و حجيته، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مج 15، ع 01 لسنة 2022.

21. عبدلي أمينة، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مجلة دائرة البحوث في الدراسات القانونية و السياسية، العدد الرابع، جانفي 2018.

22. عمارة علي، الرجوع في الهبة بين النص و الاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، مج 01، ع 02 مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021

23. عواطف محي الدين، أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك و إعادة للتوازن العقدي مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، مج 04، ع 01، جانفي 2018.

24. عودة ناجية، المدة في عقد الإيجار وفق آخر التعديلات في التشريع الجزائري، مج 09، ع 1، مارس 2018.

25. غربي صورية، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، مج 04، ع 03، لسنة 2021، ص 388

26. قاشي علال، الأوراق الموقعة على بياض و حجيتها في الإثبات، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مج 04، ع 03، لسنة 2019، ص 78

27. قرماش العالية، أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية مج 05،ع 02، 2018.

28. قسول مريم، القيود الواردة على حرية التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد الرابع جوان 2016.

29. كركادن فريد، ركن المحل في عقد البيع المال المنقول المعنوي في التشريع الجزائري، القاعدة التجارية نموذجا دراسة مدعمة بأحكام القضاء الفرنسي، مج 06، ع 01، 2022.

30. لدغش رحيمة، لدغش سليمة، إلزامية التأمين على المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات مجلة التراث، مج 10 ع 01

رابعاً- النصوص القانونية

أ- الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020م الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54 المؤرخة 16سبتمبر 2020.

ب-الأوامر

1. أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ع 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.
2. الأمر رقم 75- 74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم ج.ر.ع 92، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
3. الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25 جانفي 1995 ،ج ر ع 13.
4. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة معدل و متمم ج.ر رقم 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003.

الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج.ر.ع 46 صادر في 16 يوليو 2006.

ج-القوانين

1. القانون رقم 88-27 الملغى بموجب القانون 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق
2. القانون 02-09 المؤرخ 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم ج.ر.ع 34.
3. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر ع 41 المؤرخة في 27 جوان 2004، معدل و متمم
4. القانون 04-09 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 ،يتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل،ج.ر.ع 83
5. القانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق
6. القانون 10-04 المعدل و المتمم للأمر 76-80 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتضمن القانون البحري الجزائري، ج ر ع 46 مؤرخة في 2010/08/18.

7. القانون رقم 22-09 مؤرخ في 05 مايو 2022، يعدل و يتمم الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج ر ع 32 الصادرة بتاريخ 14 مايو 2022.

8. القانون رقم 22-18 الصادر بتاريخ 24 جويلية 2022، المتعلق بالاستثمار، ج ر ع 50

خامساً- المداخلات العلمية و المحاضرات

أ- المداخلات العلمية

1. بوعمامة عصام، الطبيعة القانونية للمحضر القضائي، مداخلة ملقاة بالملتقى الدولي " مكانة المحضر القضائي في الدفع بعجلة التنمية الاقتصادية"، يوم 04 ماي بجامعة البليدة -2- لونيسي علي، يوم 04 ماي 2023.

ب- المحاضرات

1. بن خضرة زهيرة، محاضرات في مقياس مؤسسات التأمين، ملقاة على طلبة ماستر 1 مؤسسات التأمين، جامعة البليدة 2، لونيسي علي، 2023/2022.

2. لراري نوال، محاضرات في مقياس العقود الخاصة، السنة 3 قانون خاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 2018/2017.

3. ياحي سامية، محاضرات في مقياس القانون المدني، السنة الثانية حقوق، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، 2019/2018.

مقدمة.....1

الفصل الأول: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث شكل العقود 7

المبحث الأول: الشكلية كركن من أركان صحة العقد كقيد من قيود مبدأ سلطان الإرادة ..8

المطلب الأول: المقصود بالكتابة الرسمية و شروطها.....9

الفرع الأول: المقصود بالكتابة الرسمية.....9

الفرع الثاني: شروط الكتابة الرسمية.....10

المطلب الثاني: أنواع العقود التي تشترط فيها الشكلية الرسمية 18

الفرع الأول: عقد بيع العقار و عقد الرهن الرسمي.....18

الفرع الثاني: عقد الشركة و للتصرفات الواردة على السفينة 24

المبحث الثاني: الكتابة العرفية 30

المطلب الأول: المقصود بالكتابة العرفية و شروطها 30

المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية وسلطة القاضي في تقديرها 34

الفرع الأول: حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات من حيث مضمونها 34

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية بالنسبة للغير 38

خلاصة الفصل الأول.....40

الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة من حيث موضوع العقد 42

المبحث الأول: القيود الموضوعية على مبدأ سلطان الإرادة قبل إبرام العقد 43

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد 43

الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد 44

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية عدم التعاقد.....47

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد حول تحديد مضمون العقد 51

الفرع الأول: القيود المتعلقة بعقود العمل 52

الفرع الثاني:عقود الإذعان 55

المبحث الثاني: القيود الواردة على المبدأ من حيث الموضوع بعد إبرام العقد..... 58

المطلب الأول: حالات تدخل القانون 58

الفرع الأول: حالات تدخل القانون لتعديل العقد 59

الفرع الثاني: حالات التدخل لإنهاء العقد 64

المطلب الثاني: حالات تدخل القاضي لتعديل العقد 65

الفرع الأول : تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة 66

الفرع الثاني: حالة الشروط التعسفية 72

خلاصة الفصل الثاني: 75

خاتمة..... 76

قائمة المصادر و المراجع 79

ملخص

إن أساس العقد وجوهره هو تلاقي إرادة المتعاقدين، ومن هذا التلاقي ينشأ ما يسمى بالتراضي الذي يمثل أساس كل اتفاق ،كما أن تحديد محتوى العقد و تعديله وإنهائه مراده في أغلب الاحيان إلى إرادة طرفيه ، ولقد تدخل المشرع في توجيه هذه الإرادة بالقدر الذي يسمح بضمان الاستقرار في المركز القانوني وإحداث التوازن في العقد وكذا حماية الإرادة ذاتها لما لها من دور في المجال التعاقدي .
الكلمات المفتاحية:

مبدأ سلطان الإرادة، تقيد الارادة، تعديل العقد.

Summary

it the basis and essence of the contract is the convergence of the contracting parties, and from this convergence arises what is called mutual consort , which represents the basis of every agreement ,just as the determination of the contract and its termination is most often determined by the will of the two parties ,and the legislator has intervened in directing this will to the extent that allows ensuring stability in the legal status and balance in the Cori tract ,as well as the protection of the will itself because of its role in the contractual field