



جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

كلية الحقوق

قسم الحقوق

الإصلاحات الواردة على المبادئ الكلاسيكية للنظرية العامة للعقد

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص : قانون خاص

تحت إشراف :

د. خوالف صراح

من إعداد الطالبة:

بوبصلة هاجر

الرئيس	بوكايس سمية	أستاذ محاضر "ب"	جامعة عين تموشنت
المشرف	خوالف صراح	أستاذ محاضر "ب"	جامعة عين تموشنت
الممتحن	عقبي يمينة	أستاذ محاضر "ب"	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية : 2025-2026

بسم الله الرحمن الرحيم

(واخر دعوانهم ان الحمد لله رب العالمين)

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الحي القيوم أولاً وأخيراً

وامتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم

(من لا يشكر الناس لا يشكر الله)

أما بعد

أتوجه بأسمى العبارات وأرقاها إلى الأستاذة الفاضلة د. **خوالف صراح ولا** يسعني إلا أن أقول لها شكراً جزيلاً لك أنك تكرمتي بقبول الإشراف على هذه المذكرة دون نسيان مساعدتك لي لإتمام هذا البحث وعلى جميع توجيهاتك والملاحظات والنصائح

ولك مني كل التقدير والاحترام

كما لا يفوتني أن أشكر اللجنة الموقرة بدء برئاسة اللجنة أ. **بوكايس سمية** والأستاذة **عقبي يمينه** على قبولهم قراءة وتقييم هذا العمل دون أن أنسى شكر كل أساتذة وموظفي كلية الحقوق بجامعة عين تموشنت

الإهداء

قال الله تعالى

(يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير)

سورة المجادلة الآية 11

أهدي بكل فخر وامتنان تخرجني إلى نفسي أولاً رغم كل صعوبات

إلى التي لم تشهد يوم تخرجني لأكن دعواتها رافقتني

"جدتي رحمة الله عليها."

إلى ذلك الرجل العظيم الذي أحمل اسمه بكل فخرا الذي كان الكتف الذي اتكئ عليه

"أبي حبيبي"

حفظك الله وأدامك الله ظلاً لنا

إلى من علمتني أنه لا شيء مستحيل بصبر والمثابرة التي كان دعائها سر نجاحي

"أمي جننتي حفظك الله" وشفاك

إلى من قال عنهم عز وجل (سنشد عضدك بأخيك)

أخي "ياسر" أختي "اسمهان" «أدامكم الله ضلعاً ثابتاً لي سندي والكتف الذي أستند

عليه»

إلى ابنة خالتي الغالية كل الامتنان لدعمك الذي لا ينسى.

قائمة أهم المختصرات

ط: طبعة

ص ص: صفحة صفحة

ق م ج: قانون المدني الجزائري

ق أ ج: قانون الاسرة الجزائري

م ج: مشروع الجزائري

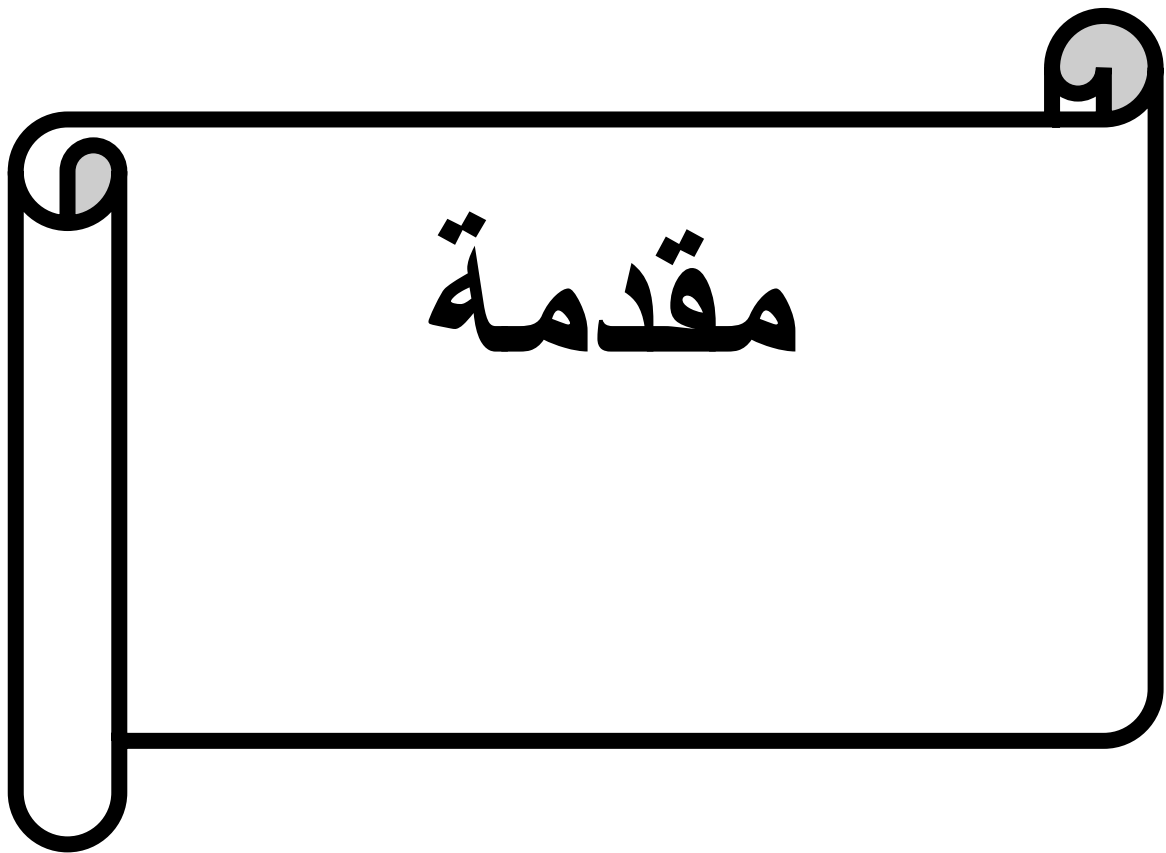
ن ق: نفس القانون

Art: article

c c f: code civile français

civ: civile





منذ نشأة الإنسان، عاش حالة تجمع بين كونه كائنًا مستقلًا، وفي الوقت نفسه محتاجًا إلى التفاعل والعيش مع غيره داخل المجتمع، فالإنسان كائن بطبعه اجتماعي بحيث أن هذه الصفة تلد فيه بالفطرة، فهو لا يستطيع العيش في منزل عن بني جنسه، وحتى أن متطلبات الحياة لا يمكن أن يلبيها بمفرده، وعلى هذا الأساس ظهرت شبكة التي تعتبر الوسيلة التي تهدف إلى تبادل العلاقات والمعاملات بين الناس، وهذه المعاملات تكون بموجب عقد يربط طرفين لقيام علاقة تعاقدية بينهما.

ومن هذا فإن النظرية العامة للعقد تحتل مكانة مرموقة في كافة نظم القانونية والتشريعات المختلفة، بحيث يعتبر هرما لكافة المعاملات سواء على صعيد المحلي أو الدولي، فهو الوسيلة القانونية واقتصادية، تعتمد عليها المجتمعات منذ زمن بعيد، بحيث أنه يمنح الأطراف الحرية الكاملة في إبرام علاقاتهم التعاقدية وذلك يكون وفق لمصالحهم، لأن العقد يكون بموجب رضا الطرفين وذلك بتطابق الإيجاب بالقبول، إضافة إلى أن يكون بحرية تامة في إبرام العقد أو عدمه، دون الحاجة إلى شكل معين لإبرامه وكذا تدخل القضاء إلا في الأمور التي تخص الأدب والنظام العام، إلا أنه كلما تقدم زمن وتطورت معه الحياة الاقتصادية والاجتماعية والصناعية ظهر عجز والقصور التي تتصادم معه النظرية الكلاسيكية للعقد¹، من هنا بدت الحاجة الملحة لإعادة النظر في العديد من القواعد، لهذا فقد استشرع القضاء الفرنسي مبكرا بمقتضيات هذا التطور فكان سريع الخطى في الاستجابة لها، فابتدع حلولاً ونظريات لمواجهة هذه المشكلات مستهدفا تحقيق جملة مبادئ هي العدالة الأمانة والتوازن في نطاق العلاقات العقدية، والالتزامات بوجه عام، ممهدا بذلك الطريق أمام المشرع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية هي الأهم والأوسع في هذا الصدد تضمنت وضع 332 مادة لتحل محل 300 مادة سابقة، دون أن يمس ذلك السياق العام للقانون المدني، ونتيجة هذا فقد عرف حقيقة القانون المدني الفرنسي سنة 2016 إصلاحات كبيرة مست النظرية العامة للعقد، من خلال المرسوم التنفيذي رقم 131/2016 بدأت بمرحلة تكوين العقد ووصلت إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد لتشمل حتى آثار العقد².

¹ بن لعلی عبد النور، جربوعة منيرة، التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد: تجديد العقد أم التخفيف من حدة القواعد الكلاسيكية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، المجلد 58، العدد 05، 2021، ص 204.

² أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية - لمحات في بعض المستجدات -، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 2، سنة 2019، ص 286.

إلا أنه مرّ العقد برحلة تطور طويلة؛ بدأ في العصور القديمة كالقانون الروماني كالنظام شكلي وصارم لا يعتد إلا بالطقوس والعبارات المقررة قانوناً، ثم انتقل في العصور الوسطى بفعل الفقه الإسلامي والقانون الكنسي نحو الرضائية والاعتداد بالنوايا والكلمة الشرفية، وفي العصر الحديث، توج هذا التطور بظهور مبدأ "سلطان الإرادة" في القانون الفرنسي قانون نابليون، لتصبح الإرادة الحرة وحدها كافية لإنشاء الالتزامات؛ وصولاً إلى العصر المعاصر الذي شهد تدخل المشرع للحد من هذه الحرية المطلقة بهدف حماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة العقدية كعقود الإذعان وحماية المستهلك.

تتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع على أنه يعتبر بمثابة الحجر الاساسي الذي يبنى على إثره العلاقات بين الاشخاص فهو حتى أنه يعتبر الطريق الذي يضمن الوصول إلى الغاية، ولهذا نرى بأن النظرية العامة للعقد تحظى بمكانة بارزة في نطاق التشريعات المعاصرة، بحيث يلعب دوراً هاماً في ترسيخ الحقوق والواجبات، وكذا وضع قوانين تحمي طرف الضعيف.

فمن خلال دراستنا هذه سنحاول التركيز على أهم الإصلاحات وليس كلها، وعليه من خلال ما سبق نطرح الإشكالية الآتية: هل كانت هذه الإصلاحات مجرد تطوير للمبادئ الكلاسيكية لنظرية العقد أم جاءت بقواعد جديدة تماماً عن ما كان معروف سابقاً في القانون المدني؟

تتناول هذه الدراسة التطور الهيكلي لنظرية العقد، بدءاً من تأصيل المبادئ الكلاسيكية القائمة على تقديس سلطان الإرادة والقوة الملزمة المطلقة للاتفاقات، وصولاً إلى تحليل أهم الإصلاحات التشريعية الحديثة التي طرأت عليها، وتسعى الدراسة إلى تتبع كيف تحول العقد من مفهومه التقليدي الجامد إلى نموذج أكثر مرونة، يتيح للقاضي والمشرع التدخل لإعادة التوازن العقدي، ومواجهة الشروط التعسفية والظروف الطارئة، تحقيقاً لـ العدالة العقدية وحمايةً للطرف الضعيف في المعاملات المعاصرة.

أما بخصوص الدراسات السابقة التي تشمل موضوع الدراسة فقد كانت جد نادرة، وذلك لأنه معظم دراسات تناولت العقد بصفة عامة دون التحليل في أهم الإصلاحات التي طرأت عليه

_ أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد : صنعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستجدات-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد2، سنة2019.

_ محجوب بوكريس مروي، عليان عدة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد02، سنة2021

نستخلص في هذه الدراسة أهم الأهداف التي أدت بنا لدراسة هذه الإصلاحات في وذلك لتحقيقها العدالة العقدية وفهم كيف تحول القانون من حماية "إرادة المتعاقدين" إلى حماية "الطرف الضعيف" (كالمستهلك) ومنع الشروط التعسفية، علاوة على ذلك إعادة التوازن المالي تبيان الآليات الحديثة التي تمنح القاضي سلطة تعديل العقد لإعادة توازنه عند حدوث أزمات أو ظروف طارئة، وكذا التماشي مع الواقع الاقتصادي والرقمي وذلك بمعرفة كيف تطورت القواعد التقليدية لتستوعب عقود العصر الحديث كالتجارة الإلكترونية والالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

تمثل أبرز الصعوبات التي واجهتني في دراسة البحث ألا وهي اتساع وتشعب المادة العلمية نتيجة لضخامة الإرث الفقهي والقانوني للمبادئ الكلاسيكية ومقارنتها بالكم الهائل من التعديلات الإصلاحية المعاصرة، بالإضافة إلى ندرة المراجع والدراسات الوطنية الحديثة التي واكبت هذه الإصلاحات بالتفصيل، مما يفرض الاعتماد الكبير على المراجع المقارنة والأجنبية.

فيما يخص المنهج الذي اتبعناها في دراستنا لهذا الموضوع فقد اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي لتأصيل المبادئ الكلاسيكية للعقد وتحليل النصوص التشريعية المستحدثة التي طرأت عليها، مدعوماً بـ المنهج المقارن عبر إسقاط هذه التحولات على القانون المدني الفرنسي (خاصة إصلاحات عام 2016) ومقارنته بالقانون الوطني، وذلك لرصد أثر هذه التوجهات الإصلاحية المعاصرة على القواعد التقليدية ومدى استيعاب المشرع المحلي لها.

وللإجابة عن مختلف هذه التساؤلات، قمنا بتقسيم هذه المذكرة إلى فصلين رئيسيين، حيث خصصنا الفصل الأول لعرض المبادئ التقليدية التي تقوم عليها نظرية العقد، بينما تناولنا في الفصل الثاني أهم المستجدات التشريعية التي طرأت على هذه المبادئ في إطار تطور النظرية العامة للعقد.

الفصل الأول: المبادئ التقليدية

الحاكمة للعقد

تعد النظرية العامة للعقد نتاجا خالصا لمبادئ الفكر الليبرالي الذي ساد قرنين الثامن عشر والتاسع عشر، حيث استمدت هذه الأخيرة قوتها من مبدأ سلطان الإرادة، التي تعلي من شأن الفرد وتعتبر إرادته هي المصدر الوحيد والأساسي لإنشاء الالتزامات وترتيب الآثار القانونية، وعلى هذا الأساس فالنسبة لهذا المبدأ ألا وهو سلطان الإرادة يعتبر العقد الأداة التي تقوم عليها المعاملات المالية والقانونية في الفكر الكلاسيكي، بل وهو أكثر من ذلك يمنح الحرية للإنسان في تعبير عن قدرته لصياغة حقوقه والتزاماته بنفسه دون تدخل من السلطة العامة، إلا في حدود ما يتعلق بالنظام والآداب العامة، وعلى هذا الأساس هذه الإرادة التي منحها العقد للأفراد تجسدت في مجموعة من المبادئ التقليدية التي حكمت العقد من كافة جوانبه، بمعنى آخر بدءا بميلاده الى غاية تنفيذه، و للإحاطة بجميع هذه المبادئ دون التغافل سنتناول في دراستنا لهذا الفصل مبحثين أساسيين نبرز فيهما المبادئ الكلاسيكية للنظرية العامة للعقد من جانب التكوين، وآخر من جانب التنفيذ.

من حيث تكوين سنسلط الضوء على الكيفية التي ينشئ بها العقد في الفكر الكلاسيكي وذلك من خلال مظهرين جوهريين، الأول هو مبدأ الرضائية الذي يقضي بأن رضا الطرفان وحده كافي لانعقاد العقد دون الحاجة إلى تقييدها بأشكال وصيغ محددة، فالعقد يتم بمجرد تلاقي الإرادتين الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى شكل معين، وهذا ما يسهل سرعة المعاملات واستقرارها، والثاني هو ما يعرف بالحرية التعاقدية الذي يمنح هذا المبدأ للمتعاقد الحرية الكاملة في إقامة الرابطة العقدية أو رفض الدخول فيها، وله الحق المطلق في رسم مضمون العقد واختيار الشخص الذي يشاركه هذه العلاقة.

أما من جانب التنفيذ سندرس في هذا الحال كذلك مبدأين بارزين اللذان يسهمان في استقرار العقد وصيانته، الأول المتمثل في مبدأ القوة الملزمة الذي يجسد قدسية الاتفاقات، فمتى ولد العقد صحيحا أصبح ملزما للطرفي العقد كما يلزم القانون كافة، فلا يملك أحد الطرفين التحلل من التزامه بمحض الإرادة المنفردة كما لا يملك القاضي كأصل عام تعديل بنوده، لأن في العقد إرادة المتعاقدين تعلو ولا يعلى عليها، كما يتصل بهذا المبدأ نطاق سريان العقد من حيث الأشخاص والذي يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد، الذي يقضي بأن العقد هو ثمرة إرادة طرفيه لا يمكن أن يمتد ليرتب التزامات في ذمة الغير أو يمنحهم حقوق دون رضاهم، فدائرة العقد بالنسبة لهذا المبدأ تظل مغلقة على

أطرافها فلا يضر غيرهما ولا ينفعهم إلا في حالات خاصة حدده القانون.

المبحث الأول: القواعد الكلاسيكية التي تحكم العقد من حيث التكوين

من المعروف أنه حتى يقوم العقد صحيحا لا بد من وجود مبادئ يرتكز عليها والتي تعتبر بمثابة الحجر الأساس التي يجب أن يقوم عليها العقد وهذا ما جاء به أيضا القانون المدني الجزائري، بحيث يعتبر هذا الأخير الركيزة التي توجه الأطراف نحو إبرام علاقات تعاقدية، ومن أبرز هذه المبادئ مبدأ الرضائية الذي يقوم على أساس توافر وتطابق الإيجاب والقبول كأساس لانعقاد العقد دون اشتراط شروط أخرى، ولم يكتفي القانون المدني بهذا المبدأ فقط بل أضاف الى جانب مبدأ الرضائية مبدأ آخر، ألا وهو الحرية التعاقدية الذي يجعل للمتعاقد الحرية الكاملة في علاقاته التعاقدية اتجاه الطرف المتعاقد معه سواء من حيث إبرام العقد أو رفضه، أو اختياره للطرف المتعاقد معه، ومن هذا المنطلق قسمنا المبحث الى مطلبين بحيث أنه في المطلب الأول تناولنا مبدأ الرضائية كأساس لانعقاد العقد، أما المطلب الثاني تناولنا في دراسته مبدأ الحرية التعاقدية.

المطلب الأول: مبدأ الرضائية كأساس لانعقاد العقد

يعد التراضي الركن الأساسي لانعقاد العقد، اذ يقوم على رغبة الشخص في تعبير عن الإرادة وهذا التعبير يكون بصورة واضحة وشاملة تكشف عن نية الالتزام المراد القيام به هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى تكون هذه الإرادة صحيحة وجب أن تقوم على توافق الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عنصران أساسيين في العقد، وحتى يكون هذا العقد صحيح يجب أن يكون الطرف المتعاقد ذو أهلية سليمة وأن تكون ارادته خالية ولا تشوبها عيب من عيوب الرضا، ومن هذا فقد قمنا بدراسة هذا المطلب من جهة الأولى التعبير عن الإرادة كفرع أول، وكذا من جهة ثانية عن توافق الارادتين كفرع ثاني، وأخيرا وليس أخيرا عن صحة التراضي كفرع ثالث، وفي الأخير عن غلو مبدأ الرضائية على الشكلية في الفرع الرابع.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

إن التعبير عن الإرادة يعتبر عاملا جوهريا لوجود العقد بحيث أنه في الأصل هو عمل نفسي وعلى هذا الأساس لا يدخل في دائرة القانون الا باقترانه المظهر الخارجي ومن هذا يطرح تساؤلا عن كيفية التعبير عن الإرادة لذا سوف نتناول ما هو المقصود من وجود الإرادة في البند الأول وكذا طرق التعبير عن الإرادة في البند الثاني.

البند الأول: المقصود من وجود الإرادة

المقصود منها بغض النظر ما إن كانت ايجاب أو قبولا، العبرة في صدورهما من شخص لديه إرادة حرة ذاتية صحيحة يعتد بها القانون وهذا حسب ما اقرت به المادة 59 من القانون المدني الجزائري¹ التي تنص على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان دون الاخلال بالنصوص القانونية"، وعليه إن إرادة التعاقد أساسية لوجود العقد ذاته فإذا كان الشخص راض جري البحث عن أمر آخر ألا وهو النية الحقيقية الجدية لدى هذا الشخص في ترتيب أثر قانوني، والعبرة أيضا بالإرادة التي تكون معلقة على محض مشيئة صاحبها او على مجرد رغبته، كقوله أثناء التعاقد سأبيعك سيارتي عندما أشاء، وذلك لأن نية الارتباط بالالتزام التعاقدية تنتفي، اذا توقفت على مشيئة الإرادة المادة 205 من ق.م.ج، كما يمكن أيضا فقد الإرادة كمن فقد الوعي لسكر او مرض او غيبوبة، بالإضافة إلى أن الإرادة تتحقق لدى الشخص لكن لا تكون غير منتجة لأثرها، لعدم اعتداد القانون بها ذلك لأن القانون لا يعتد إلا بإرادة الشخص المميز، بمعنى المخالفة لا ينعقد العقد مع فاقد التمييز².

البند الثاني: طرق التعبير عن الإرادة

يتخذ التعبير عن الإرادة عدة صور قانونية تختلف باختلاف وسيلة الإفصاح عنها، وعلى هذا الأساس تناولت في هذا البند، أولا التعبير الصريح والتعبير الضمني، والإرادة الظاهرة والباطنة ثانيا، وثالثا تكلمنا عن أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة.

أولا: التعبير الصريح والتعبير الضمني

إن التعبير عن الإرادة يكون بأحد الوسائل التي نصت عليهم المادة 60³ من ق.م.ج، كما يجوز التعبير عنها ضمنا مالم ينص القانون او يتفق الأطراف على خلاف ذلك، بمعنى المخالفة

¹ الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26/06/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975، المعدل والمتمم بقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 31/05/2007.

² بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2015، صفحة 95.

³ المادة 60 من القانون المدني الجزائري، نصت على مايلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصوده"، المقصود من عبارة "لا يدع أي شك في دلالة على مقصوده" وهو تعبير عن الإرادة بسلوك واضح يؤكد المقصود بشكل قطعي غير قابل للتأويل أو الشك.

أن يكون صريحا، وعليه من استنتاج ما نصت عليه المادة 60 من ق.م، أنه التعبير عن الإرادة قد يكون باللفظ والكتابة وكذا الإشارة المتداولة عرفا¹، التي لها دلالة بين الناس مادامت مفهومة للطرف الآخر، ومثلا على ذلك إشارة الآخر دليل على التعبير عن الإرادة كما لو هز راسه عموديا، أما بالنسبة لتعبير الضمني فتعبير فيه يكون باتخاذ مظهر في ذاته ليس موضوع للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون ان يفترض وجود هذه الإرادة، كان يتصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتره، فهذا دليل على انه قبل شراءه².

ثانيا: الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

من الحتمي وجوب التعبير عن الإرادة كما أشرنا، وعلى هذا الأساس ظهرت نظريتان بشأن هذا الموضوع، نظرية تمثل المذهب الشخصي ويتزعمه الفقه الفرنسي وتسمى بالإرادة الباطنة، ونظرية أخرى يتزعمها الفقه الألماني تمثل المذهب المادي وتعتد بالإرادة الظاهرة.

أ: الإرادة الباطنة

فالنسبة لنظرية الأولى التي تعرف بنظرية الإرادة الباطنة كظاهرة نفسية أخذت بها المدرسة الفرنسية، بحيث أنه الالتزام يكون من الملزم، فالعبرة بإرادته الجدية الحقيقية الكامنة لما لها من سلطان ذاتي، لا العلامة الخارجية التي تدل عليها، فالتعبير بحسب هذه المدرسة يبنى على إرادة الباطنة يقبل اثبات العكس، بمعنى التعبير المادي يكون حسب ما هو متفق عليه مع هذه الإرادة الباطنة، ومن يدعي اختلاف ما يقوله المعبر عن إرادته الباطنة ضرورة اثبات ذلك³.

حجة أنصار حسب ما اقرو به حول الإرادة الباطنة هي كالتالي:

حجية تاريخية، يكمن محتواها في أن العقد والالتزام كانوا منذ القدم، ينشأ بأشكال معينة لتحل بعدها الرضائية محل الشكالية ولهذا أصبح يأخذ برضا نفسه لا بشكله

كما أنها حجية منطقية، بحيث ان نشوء الالتزام في العقد هو ارتباط الارادتين⁴.

¹ حمزة قتال، مصادر الالتزام-العقد-، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، صفحة 52.

² حمزة قتال، المرجع نفسه، صفحة 54.

³ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 103 104

⁴ عمري ليدية و ايت أوقاسي نصيرة، دور الإرادة في إنشاء الالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص21.

ب: الإرادة الظاهرة

أما بالنسبة لنظرية الثانية التي تعرف بنظرية الإرادة الظاهرة والتي هي عبارة عن الإرادة التي تظهر إلى العالم الخارجي، فالقانون في أصله يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا بالمظاهر النفسية¹، وعليه لكي يعتد بالإرادة الباطنة فلا بد ان تتخذ مظهرًا خارجي، كما أن القوة الملزمة للعقد تستمد من التعبير عن الإرادة، وهذا الأخير يكون بالإفصاح عنه، ولا يشترط أصحاب هذه النظرية طريقًا خاصًا لتعبير عنها سواء كان تعبير صريح أو ضمني، كما قد يكون مجرد، المهم أن الإرادة تخرج إلى العالم المادي، ويستند أصحاب هذه النظرية إلى الحجج التالية:

ـ حجية تاريخية، أي ان الالتزام يكون بالإعلان عن الإرادة والذي يعتبر جزء من الشك، أن الإرادة الباطنة من الصعوبة الوصول إليها والتعرف عليها، وعلى هذا الأساس فإن الإرادة الظاهرة هي التي يترتب عليها أثر القانوني.

ـ تضمن استقرار المعاملات بحيث تلزم الطرف المتعاقد بما صدر منه².

ج: موقف المشرع الجزائري من النظريتين

تبنى المشرع الجزائري موقفًا توفيقياً يجمع بين النظرية الباطنة والنظرية الظاهرة، مع تغليب أحدهما بحسب طبيعة الحالة، ففي بعض المواضيع، يأخذ بالنظرية الباطنة، كما هو الشأن في العقد الصوري، حيث يُعتدّ بالعقد الحقيقي بين المتعاقدين وخلفهما العام، وفي مواضع أخرى، يغلب الإرادة الظاهرة، لاسيما في مجال تفسير العقود، إذ يلتزم القاضي بالمعنى الواضح لعبارة العقد، ولا يجوز له الانحراف عنها بقصد استجلاء الإرادة الباطنة للمتعاقد³، حيث يظهر من خلال نص المادة 59 من ق.م.ج أن م.ج قد أخذ بالإرادة الباطنة، أين يشترط تطابق الارادتين، حيث تنص المادة على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية، والمادة 81 من ق.م.ج والتي تنص على الغلط باعتباره عيب من عيوب الارادة، وهذا يعني اعتداد المشرع بالإرادة الباطنة، باعتبار الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، كما يظهر تكريس الم.ج لنظرية الارادة الباطنة باعتداده بالإرادة الحرة السليمة من العيوب، حيث جعل الغلط والمنصوص عليه في نص المادة 88 من القانون المدني، والتدليس

¹ حمزة قاتل، المرجع السابق، صفحة 56.

² عمري ليدية، ايت اوقاسي نصيرة، المرجع السابق، ص22

³ مكيد نعيمة، محاضرات في القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، محاضرة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، السداسي الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيبي علي، البلدة 02، 2021/2022، ص 14.

المنصوص عليه في نص المادة 87 من ق.م. ، والاستغلال المنصوص عليه في نص المادة 90 من نفس القانون، وتعتبر عيوب تجيز طلب ابطال العقد، وهذا الاجراء لا يفسر إلا على أساس الأخذ بنظرية الارادة الباطنة ، في حين نص م. ج على بعض الأحكام يظهر من خلالها تغليبها للإرادة الظاهرة، هذا لحرصة على ضمان استقرار المعاملات، ويظهر ذلك في المواد التالية حيث تنص المادة 60 من ق.م.ج على ما يلي : " التعبير عن الارادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، وكذلك نص المادة 61 من نفس القانون التي تنص على: ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك¹

ثالثاً: أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة

الأصل في العقد أنه يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين، وهذا طبقاً لمبدأ حرية التعبير عن الإرادة الذي يكون له وجود فعلي من وقت صدوره، إلا أنه في حالة أن الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول مات أو فقد أهليته كأن أصبح مجنوناً أو معتوهاً قبل أن ينتج أثر هذا التعبير فهل في هذه الحالة يعتد بهذا الإيجاب أو القبول؟ وللإجابة عن هذا التساؤل المطروح أمامنا أنه يبقى منتجا لأثاره إذا اتصل بعلم من وجه إليه الإيجاب برغم من موت صاحبه أو فقد أهليته وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق.م. ج التي تنص على: " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"، وعليه نرى أنه أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتزول بزواله أو بفقده لأهليته، فقد جعل م.ج في مقصودة أن التعبير عن الإرادة يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية².

الفرع الثاني: تطابق الإرادتين

يعتبر تطابق الإرادتين الشرط الجوهرى لقيام العقد، وذلك بتوافق الإيجاب مع القبول وهذا ما نصت عليه المادة 59 من ق.م، وعلى هذا سيتم تناول الإيجاب في البند الأول، ثم القبول في البند الثاني، كما سوف نتناول في البند الثالث اقتران الإيجاب بالقبول.

¹ عمري ليدية، ايت أوقاسي نصيرة، المرجع السابق، ص ص 24، 23.

² عمري ليدية و ايت اوقاسي، المرجع نفسه، ص 30.

البند الأول: الإيجاب

يعدّ الإيجاب المرحلة الأولى في تكوين العقد، إذ يُعبّر من خلاله أحد الأطراف عن إرادته الجازمة في إبرام عقد معيّن بشروط محددة، بحيث يكفي اقترانه بالقبول لقيام العقد، ونظرًا لأهميته في تحديد معالم الالتزام وتوجيه إرادة الطرف الآخر، سيتم تناول في هذا البند أولاً تعريف الإيجاب وبيان شروطه الأساسية ثانياً، وفي الأخير سوف نتطرق لصور الإيجاب.

أولاً: تعريفه

يعتبر بات ونهائي لتعبير عن الإرادة يعرض من خلاله شخص يسمى الموجب على شخص آخر أو آخرين التعاقد وفق شروط معينة وأسس معينة، من أجل الحصول على قبول لهذا العرض فينشئ العقد، حتى أنه في الإيجاب لا يجب أن يكون الإيجاب موجه الى شخص معين بذات بحيث يستطيع أن يكون موجه الى أشخاص غير معينين كالإيجاب الموجه الى الجمهور عن طريق النشرات و الإعلانات أو عن طريق عرض البضائع بأسعارها في واجهات المحلات التجارية¹.

ثانياً: شروطه

وضع المشرع الجزائري مجموعة من الشروط حتى يكون الإيجاب كاملاً، وهذه الشروط هي:

أن يكون جازم بمعنى أن يكون منطوياً على إرادة الموجب في إبرام العقد أي بمجرد اقتران القبول به، وعلى هذا الأساس يفرق بين الإيجاب والدعوة الى التعاقد، وخير مثال عن هذه الأخيرة كالإعلان عن مزايده او مناقصة يعتبر مجرد دعوة وليس إيجاباً، لأن هذا الإعلان لا يتضمن كل العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بينما اذا عرض صاحب محل سلعة مقرونة ببيان أثمانها اعتبر ذلك إيجاباً للجمهور، وطلب شراء من أحد يعتبر بمثابة القبول ينعقد به العقد².

أن يكون كاملاً: وذلك معناه أن يكون يحتوي على جميع عناصر العقد المراد إبرامه، بدقة ووضوح، بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به، ففي عقد البيع مثلاً العرض لن يعتبر

¹ علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام)، موجهة إلى طلبة السنة الأولى ليسانسن، السداسي الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، ص 52.

² محمد بن السايح، التراضي كمكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية، مجلة الدراسة الإسلامية، جامعة الاغواط، العدد 06، 2016، ص 251 250.

كاملا إلا اذا حدد شيء المبيع من حيث مقداره نوعه ودرجة جودته وثمانه، وتحدد مسائل الجوهرية حسب طبيعة العقد المنشود بمعاييرين مهمين يتمثل المعيار الأول وهو الموضوعي أي ماهية العقد المبرم وطبيعته وضوابطه والعناصر المكونة للشيء محل العقد ومعيار الثاني ألا وهو الشخصي وهي فكرة التحفظ أو الشرط، وفقا للإرادة المنفردة لأي من الطرفين، احدهما أو كلاهما¹.

ثالثا: صورة خاصة للإيجاب (الإيجاب في عقود المزايدة)

نصت المادة 69 من ق.م.ج على: " لا يتم العقد في المزيادات الا برسم المزداد، ويسقط المزداد بمزداد أعلى منه ولو كان باطلاً "، الصحيح هو برسو المزداد وليس برسم المزداد، ونرى أنه يتم اللجوء إلى المزداد سواء إجباريا كبيع أموال المدين المعسر..... او اختياريا، قصد الحصول على السعر المناسب، ومن المعترف أنه المزداد يفتح بسعر معين يسمى السعر الافتتاحي والعطاءات بطبع تكون أكبر من السعر الافتتاحي ويسقط العطاء بعطاء أكبر، ويلاحظ انه افتتاح المزداد على سعر معين هو مجرد دعوة للتعاقد، لأن نية صاحب المزداد لم تكن باتة ونهائية، وعليه اذا تقدم شخص بعطاء أكبر من ذلك السعر الافتتاحي عد هذا العطاء إيجابا (ملزما) مادام يشمل على جميع عناصر الإيجاب، ويبقى صاحب هذا العطاء على التزامه حتى يتقدم عطاء جديد أكبر منه ويعتبر هذا الأخير إيجابا جديدا.....حتى يرسو المزداد، وعلى هذا الأساس الإيجاب في عقود المزداد يكون سقوط فيه اذا تقدم المتزايد بعطاء أكبر، ويلاحظ كذلك أن أكبر عطاء هو ايجاب ينتظر قبولا ولا يتم القبول الا بإقفال المزداد وتقرير ارسائه².

البند الثاني: القبول

يعتبر القبول الركن الثاني في تكوين الرضا، إذ يُعبر من خلاله الطرف الموجّه إليه الإيجاب عن موافقته على ما ورد فيه، فيلتقي بذلك مع الإيجاب لتتشأ العلاقة التعاقدية وتترتب آثارها القانونية، ونظرا لدوره الحاسم في إتمام العقد، سيتم تناول في هذا البند أولا تعريف القبول، وبيان شروط صحته ثانيا، إضافة إلى استعراض بعض صورته الخاصة للقبول.

أولا: تعريف القبول

هو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد الا باتفاق إرادتين كما هو منصوص عليه في كل من المادة 54 و 59 من ق.م.ج، فهو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه اليه

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص110.

² مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني(مصادر الالتزام)، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2020/2021، ص 32.

الإيجاب¹، فهو يعتبر الشق الثاني من العقد الذي يعبر عنه تعبيراً صريحاً لفظاً أو كتابةً أو إشارة أو فعلاً، وقد يعبر عنه بالقبول الضمني وذلك أن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، وعلى هذا الأساس كما هو الحال في الإيجاب يتوفر أيضاً القبول على مجموعة من الشروط².

ثانياً: شروط القبول

وعليه كما سبق وقلنا أن القبول حتى يكون صحيح وجب أن يتوفر على شروط وهما شرطان أساسيان لقيام القبول على الوجه الصحيح:

بالنسبة لشروط الأول أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب تمام المطابقة بمعنى أن يكون التعبير عن القبول مطابقاً للإيجاب في جميع المسائل التي عرضها الموجب دون زيادة أو إنقاص، وإلا اعتبر رفضاً له، وهو بذلك يعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الموجب الأول لتمام العقد طبقاً للمادة 66 من ق م ج، أما الشرط الثاني هو أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب ونعني بهذا إذا صدر بعد سقوط الإيجاب لأي سبب من الأسباب اعتبر إيجاباً جديداً، ويلاحظ من هذا أنه القبول مثلما يكون صريحاً قد يكون ضمناً، كما يمكن أن يستخلص من مجرد السكوت وهذا إذا لابسته ظروف ترجح افتراض القبول من مجرد السكوت حسب نص المادة 68 من ق م ج³.

ثالثاً: حالات خاصة في القبول

أ- مجرد السكوت قد يعتبر قبول

كأصل عام لا يعتبر مجرد السكوت هو تعبير عن الإرادة، لأن الإرادة شيء إيجابي مقارنة بسكوت الذي يعتبر شيء سلبي، وحسب المقولة المشهورة "لا ينسب لساكت قول"، والسكوت ليس إرادة ضمنية، لأن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق وتحدثنا عنها، أما السكوت فهو العدم، وعليه يعتبر هذا الكلام كمبدأ عام للقبول إلا أن هناك لكل مبدأ عام استثناء ويرد هذا الاستثناء في طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من ظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، ففي هذه الحالة يعتبر العقد قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب، ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين

¹ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 135.

² محمد بن السايح، المرجع السابق، ص 252.

³ علاق لمنور، المرجع السابق، ص 56.

المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الفرنسي إلا أننا نرى حتى المشرع الجزائري أخذ بهذا المنطلق في المادة 68 من ق.م.ج.¹.

ب- القبول في عقود الإذعان

حسب ما نصت عليه المادة 70 من ق.م.ج في قولها: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها نستنتج من خلال هذه المادة أنه الموجب يضع شروطه حسب ما يتماشى مع مصلحته دون مراعاة الطرف الآخر أي أنه القوي يسيطر على الضعيف وما على هذا الأخير إلا القبول بما جاء به الموجب دون مناقشة في ذلك.

البند الثالث: تطابق الإيجاب والقبول (اقتران الإيجاب بالقبول)

تكلمنا فيما سبق بأنه لا ينعقد العقد إلا بتطابق القبول للإيجاب تمام المطابقة، غير أن اقتران القبول بالإيجاب قد تختلف ظروفهما بحسب تعاقد ما إذا كان طرفان حاضران في نفس المكان أو يقيمان في مكانين مختلفين.

الفرع الثالث: صحة التراضي

لكي ينشأ العقد صحيحا وجب توفره على أركانه الثلاثة والتي هي التراضي والمحل والسبب، وكما أن العقد حتى يكون على الوجه الكامل لابد من أن تكون الإرادة صحيحة بمعنى أنها تكون صادرة من شخص ذي أهلية سليمة لإبرام العقد، ولا نكتفي بهذا فقط فوجب على الإرادة ألا تكن معيبة بعيب من عيوب الإرادة التي نص عليهم المشرع الجزائري في ق.م.ج، وعلى هذا الأساس تناولنا أولا المقصود بالأهلية، وعيوب الإرادة ثانيا.

أولا: المقصود من الأهلية بوجه عام

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 78 من ق.م.ج على أنه " كل شخص اهل للتعاقد، مالم يطرأ على أهليته عارضا، يجعله ناقص الأهلية او فاقدتها بحكم القانون "، ومن خلال هذا النص تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يترتب عليها التزامات والحقوق وهي نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء، بالنسبة لأولى فهي صلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتصاحب الإنسان طيلة وجود شخصيته القانونية، بحيث تثبت للجنين في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة وتكتمل بمجرد الولادة وتنتهي بالوفاة، اما بالنسبة لأهلية الأداء هي صلاحية الشخص المباشرة التصرفات القانونية

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام -، ج1، ص185 184.

لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات على نحو يعتد به القانون، وتتدرج أهلية الأداء بحسب تدرج سن الانسان¹.

ثانيا: عيوب الإرادة

تعد عيوب الإرادة من الأسباب التي تؤثر في سلامة الرضا، إذ تؤدي إلى انحراف الإرادة عن حقيقتها، مما ينعكس على صحة العقد، وتتمثل هذه العيوب في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال؛ فالغلط هو تصور غير مطابق للواقع يقع فيه المتعاقد بشأن عنصر جوهري في العقد بحيث لو علم الحقيقة لما تعاقد وهذا ما نصت عليه المواد من 81 إلى 85 من ق.م.ج، أما التدليس فيقوم على استعمال وسائل احتيالية بقصد خداع المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد حسب ما نصت عليه المادة 86 من ق.م.ج، في حين يتمثل الإكراه في ضغط مادي أو معنوي يولد رهبة تدفع الشخص إلى التعاقد دون إرادة حرة وجاء الإكراه في المواد 88 و 89 من ق.م.ج، بينما يتحقق الاستغلال عندما يستفيد أحد المتعاقدين من حالة ضعف أو حاجة لدى الآخر لتحقيق اختلال فاحش في التوازن العقدي مادة 90 من ق.م.ج. ويترتب على قيام أحد هذه العيوب قابلية العقد للإبطال حمايةً لحرية الإرادة وتحقيقاً للعدالة العقدية، وحتى أننا نرى أن المشرع الفرنسي أضفى مستجدات جديدة على عيوب الإرادة خاصة في الإكراه الذي أضاف إليه الإكراه الاقتصادي.

الفرع الرابع: غلو مبدأ الرضائية على شكلية

يُعدّ مبدأ الرضائية من المبادئ الأساسية في القانون المدني، حيث يقوم على أن العقد ينعقد بمجرد توافق إرادتي الأطراف دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويعكس هذا المبدأ حرية الأفراد في التعاقد، إذ يكفي التراضي لإنشاء الالتزامات وترتيب آثارها القانونية، وتكمن أهمية الرضائية في تبسيط المعاملات وتسريعها، مما يسهم في تحقيق الاستقرار والمرونة في الحياة القانونية والاقتصادية.

يُعدّ مبدأ الرضائية من المبادئ الأساسية في القانون المدني، حيث يقوم على أن العقد ينعقد بمجرد توافق إرادتي الأطراف دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين، ما لم ينص القانون على

¹ لعمري صالحة، محاضرة في مقياس القانون المدني(صحة التراضي)، جامعة بسكرة.

خلاف ذلك، ويعكس هذا المبدأ حرية الأفراد في التعاقد، إذ يكفي التراضي لإنشاء الالتزامات وترتيب آثارها القانونية. وتكمن أهمية الرضائية في تبسيط المعاملات وتسريعها، مما يساهم في تحقيق الاستقرار والمرونة في الحياة القانونية والاقتصادية، وهنا برزت سيادة مبدأ الرضائية، الذي لم يعد مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة، بل غداً أصلاً جوهرياً يكرس حرية الإنسان في صياغة روابطه القانونية بما يتوافق مع رغباته الذاتية؛ وهذا ما أكدته م ج صراحة عبر المادتين 59 و60 من القانون المدني، حيث اعتبر التراضي هو القاعدة العامة التي تهدف إلى تبسيط المعاملات وضمان سرعة تدفق الروابط التعاقدية، وبالرغم من هذا 'الغلو' في الرضائية الذي يجعل العقد تاماً بمجرد تطابق الإيجاب والقبول دون حاجة لقالب معين، إلا أن القوانين الحديثة لم تلغ الشككية تماماً، بل أعادت صياغتها كاستثناء قانوني تفرضه الضرورة في بعض العقود، لتتحول من طقوس بدائية مرتبطة بالشكليات الدينية القديمة إلى أداة حمائية وتقنية¹.

فشككية تعتبر بمثابة استثناء يقيد هذه الحرية فهي ليست مطلقة، إذ يقيدتها أحياناً مبدأ الشككية الذي يفرض إتباع شكل محدد في بعض العقود حمايةً للأطراف أو للمصلحة العامة، كعقود بيع العقار، وبذلك يظهر التوازن بين الرضائية والشككية، حيث تمثل الأولى الأصل، بينما تعدّ الثانية استثناءً تفرضه اعتبارات قانونية خاصة وهي ما سنتطرق لمعالجتها لاحقاً، بحيث أن القانون المدني الفرنسي جاء بإصلاح جديد عليها رغم أن ق م ج لم يفتقر من نصوص قانونية تناولت الشككية.

المطلب الثاني: مبدأ حرية التعاقدية

إن إبرام العقود هو بترك الحرية للأطراف العقد وقد ساد هذا المنطلق لمدة طويلة، بحيث أنه ترك المشرع الجزائري لشخص المتعاقد الحرية التامة في التعاقد مع الطرف الثاني سواء في قبوله للتعاقد أو رفضه، ويستند مبدأ الحرية التعاقدية إلى فكرة سلطان الإرادة حيث يشكل هذا المبدأ إحدى النتائج التي ترتبت مباشرة على دخول هذه الفكرة في فقه القانون، بحيث مبدأ الحرية التعاقدية من أسس الذي يبنى عليها العقد، ونرى أنه يقوم على ثلاث حقوق أولهم حرية التامة للشخص في التعاقد أو الرفض، وثانياً له الحق التام في اختيار الطرف الذي يريد إبرام العقد معه، وأخيراً اختيار مضمون العقد، وعليه في هذا المطلب تناولت مقصود مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد فرع الأول، مضمون مبدأ الحرية التعاقدية في الفرع الثاني.

¹ خوالف صراح، تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2023/2022، ص39.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد

إن تناول موضوع الحرية التعاقدية وما تحظى به من قيمة قانونية له صلة وطيدة بمفهوم الحرية بصفة عامة، باعتبارها لها قيمة إنسانية مرموقة فحرية التعاقد تُعدّ إحدى الحريات الأساسية التي تثبت وجود للإنسان بمجرد كونه إنساناً، ولا يجوز الحدّ منها أو المساس بها على نحو مطلق، لما قد يشكّله ذلك من اعتداء على شخصيته وحقوقه، ومن هذا المنطلق، فإن تحديد مفهوم حرية التعاقد يستلزم أولاً بيان تعريف الحرية بشكل عام، ثم إبراز تطبيقاتها في المجال التعاقدية، وعليه سيتم دراسة هذا المفهوم من بندين : الأول سنقوم ببيان تعريف الحرية بوجه عام، وثاني سوف نشرح فيه العقد.

البند الأول: تعريف الحرية بوجه عام

تتبين لنا أن الحرية من أكثر المواضيع شيوعاً في الوقت الحالي حيث أنها حظت بمساحة شاسعة في المجتمع، وهذا كله راجع إلى كون الإنسان يلد حراً ويموت حراً، لذلك واجهتنا الكثير من النظريات ومفاهيم في تعريفها وتحديدها، إذ أننا نرى ليس فيها حل للمشكلات وإنما نسعى إلى إبراز حل لا اعتبارها مشكلة من المشكلات، ولذلك وجب علينا تحديد معناها تحديداً دقيقاً¹، وذلك من جهة فلسفية وأخرى في القانون الوضعي.

أولاً: معنى الفلسفي للحرية

إن الحرية في مفهومها الفلسفي لها اشتملت على مفاهيم فلسفية كثيرة وذلك على ألسنة أبرز وأهم الفلاسفة الذين اهتموا بالحرية وأعطوها قيمة كون لها أهمية في حياة الإنسان.

بحيث عرفها سبينوزا² Spinoza Baruch 1671-1632 -أنها الخلو من القسر فيقول: "هذا الشيء يدعى حراً إذا كان يوجد وفقاً لضرورة ماهيته وحدها ويعين لذاته بذاته للفعل"، أي حسب تعريفه هذا أن الله هو وحده الحر، وأن الإنسان ليس حر، لأن الإنسان من طبعه من طبيعة

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 93.

² باروخ سبينوزا ولد في أمستردام ينحدر من أسرة من اليهود البرتغاليين كان على وشك انجاز كتاب الاخلاق ثم انصرف الى كتابة الرسالة اللاهوتية السياسية قضى حياته جلها في التأمل كان يتكلم الاسبانية في أسرته والهولندية مع نصارى ومواطني من مدينته، أنظر طرابيشي جورج، معجم الفلسفة، دار الطليعة للطباعة والنشر، ط3، بيروت لبنان، 2006، ص 359-360.

ويتحرك بانفعالات خارجية، غير أن الإنسان يمكنه أن يتحرر على خلاف ما يرى هوبز وذلك اذا غير في أفكاره من الغير الواضحة الى الواضحة، وأحال انفعالاته الى حب الله.¹

أما لايبنتز² 1716 1647 Leibniz Wilhelm Gottfrie: "إن الحرية تكون أوفر كلما كان الفعل صادرا عن العقل، وتكون أقل كلما كان الفعل صادرا عن الانفعال ". بمعنى انه ربط الحرية بالعقل كونه له القدرة لتحكم فيها او اطلاقها على غرار الإحساس³.

إضافة إلى ذلك نجد الفيلسوف فولتير 1778-1694 VOLTAIRE يقول هي "تلك القدرة التي مارستها ذاتك على أداء ما اقتضته إرادتك من ضرورة مطلقة، وبالتالي هي القدرة على فعل ما أريد أن أفعله".⁴ بمعنى المخالفة أن الحرية ليست هي فعل ما تريد وكما تشاء وإنما حسب ما تقتضيه الأولويات.

وعليه إن الحرية من طابعها المادي هي تلك التي يكون فيها الانسان بدون قيود حر وبدون ضوابط ورقابة وحتى وإن كانت تلك الرقابة نابغة من نفس الانسان ذاته، وحتى وإن كانت هذه الرقابة تسبب ضرر له، وهذا كله راجع حتى لا يقف شي في وجهه من أجل استمتاعه بحياته، ومعناه أنه الانسان حر في أن يفعل ما يريد ويترك ما يريد، بدون حواجز، وعلى المجتمع أن يتقبل هذا الحق.⁵

غير أن الانسان وفي طريقه لإشباع حاجاته اصطدم بجملته من الحواجز، وهذه الحواجز تمثلت بدورها في الأفراد الذين يسعون أيضا لإشباع حاجاتهم، من جهة، وكذا السلطة التي تتدخل في تقييد الحرية حسب نظام المتبع في المجتمع وفلسفته، من جهة ثانية.⁶

¹ بدوي عبد الرحمان ، موسوعة الفلسفة ، ج1، ط1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت، 1984، ص 460.

² لايبنتز غوتفريد فلهلم أعظم فيلسوف ألماني قبل كانط، وعالم بالرياضيات ولاهوتي وكيميائي وهندسي ومؤرخ دبلوماسي، ولد في هانوفر، في العمر السابعة عشر تقدم برسالة في مبدأ التشخص، كان يهتم بالمنطق والميتافيزيقا، طرابيشي جورج، نفس المرجع، ص 577.

³ بدوي عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص460.

⁴ صبرنة صباحي، الحرية عند جون جاك روسو، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020، ص14

⁵ خوالف صراح، المرجع السابق، ص94

⁶ عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2015، ص113.

ثانيا: معنى القانوني للحرية

في مفهومها القانوني هي أنه لإنسان الحرية الخالصة في أن يفعل ما يريد وقت ما يريد، وذلك بتوفر الحاجيات والإمكانات، مادام أن الحرية لها صلة بالقدرة و الإمكانيات، وهذا ما يؤكد فولتير في قوله "عندما أقدر على ما أريد فهذه حريتي".¹

فنص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 في المادة الرابعة منه على الحرية بأنها "القدرة على عمل كل ما لا يضر"،² وعليه حسب ما جاء به الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان نرى بأن الحرية هي تلك الإمكانيات والاستطاعة التي تكون لدى الفرد، أي أنها كلما كانت هذه الأخيرة كثيرة كلما كان الإنسان قادر على أن يمارس حريته لها نطاق واسع لممارستها.

ولا يكتمل تحديد مفهوم الحرية في الفقه القانوني إلا بتمييزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة، وعلى رأسها الحق القانوني، فالحق القانوني يُعد مركزاً قانونياً يمنح صاحبه سلطة معينة للتصرف، وينشأ نتيجة واقعة قانونية تُنتج آثاراً محددة، كوجوب توافر شروط التقادم لمن يسعى إلى اكتساب الملكية، وفي حالة أنه تعسف في استعمال هذا الحق يسئل عن هذا، بخلاف هذا الأخير ، فإن الحرية تُعد وضعاً عاماً غير محدد، يستند إلى المبادئ العامة لا إلى نصوص قانونية مباشرة، ويُخول للشخص بمقتضاها اختيار المسار الذي يرغب في اتباعه.³

البند الثاني: المعنى العام للعقد

سبق وأن تحدثنا عن مفهوم الحرية ودورها البارز في حياة الانسان، وعلى هذا الأساس لا يمكن ان تكتمل الحرية الا بربطها بمعنى يكون أقرب منها وهو العقد، وهذا كله راجع الى اعتباره الحجر الذي تطبق عليها الحرية التعاقدية، ومن خلال هذا سوف نقوم بتعريف العقد اصطلاحا أولا ثم التطرق الى تعريفه في قوانين الوضعية ثانيا.

¹ سعاد الشراقوي، النظم السياسية في العالم المعاصر -التحديات والتحويلات-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص295

² عليان عدة، المرجع السابق، ص114.

³ عليان عدة، المرجع نفسه، ص 114. وينظر الى نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري نصت على: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ملكا اذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع".

أولاً: تعريف العقد اصطلاحاً

تعريف الخاص: هو ارتباط إيجاب وقبول بوجه مشروع يثبت أثره في محلّه، فيُقصد بالإيجاب والقبول هنا كلّ ما يدل على إرادة المتعاقدين وما يرضيهما بعقد العقد سواء كان ذلك بالقول أو الفعل، أمّا كونه على وجه مشروع، يُقصد به أن يكون ما تمّ التعاقد عليه بما يأذن به الشرع وأن يكون بما يملكه المتعاقدين، ونستنتج من هذا التعريف تواجد طرفين للعقد، وهما طرف يصدر منه الإيجاب، وطرف آخر يصدر منه القبول، ولا يدخل فيه ما يصدر عن إرادة طرف واحد كالعقود والطلاق.¹

التعريف العام: فالمقصود بالعقد أنّه كل ما يُلزم به المرء نفسه؛ حيث إنّهُ ليس مشروطاً بتواجد طرفين في العقد حسب هذا التعريف، فيصدق المرء على كل ما التزم به، حتى لو لم يتواجد طرف آخر تؤثر إرادته في العقد، مثل: العتق والطلاق، وما نحوهما.²

ثانياً: تعريف العقد في القوانين الوضعية

تم تعريف العقد في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه، شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن فعل شيء"³ أما بالنسبة للقانون المدني المصري لم يعرف العقد، لكن باطلاعنا على المشروع التمهيدي ورد في تعريف للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق، وذلك حسب المادة 122 منه حيث أقرت: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو إنهاؤها أو تعديلها"، وهذا نفسه تعريف في المشروع الفرنسي الإيطالي المادة الأولى منه، والمعنى من هذا التعريف أنه لا فرق بين العقد والاتفاق وجعلها شيء واحد.⁴

أما القانون المدني الكويتي فقد عرّف العقد في المادة 31 منه على أنه: "العقد ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون"⁵ وعليه من خلال التعريف الذي أدلى به المشرع الكويتي أنه استخدم كلمة الإيجاب والقبول في تعريفه للعقد على عكس ما جاء به المشرع الفرنسي

¹ هایل الجازي، مفهوم العقد لغة واصطلاحاً، منتدى موضوع، تاريخ النشر 2018/07/25، تاريخ المراجعة 2026/04/22 على ساعة 22:36.

² هایل الجازي، المرجع نفسه، تاريخ المراجعة 2026/04/22 على ساعة 22:39.

³ Art.n°1101 C. civ. créé par l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 117 118.

⁵ عليان عدة، المرجع السابق، ص 120.

وحتى المصري في تعريفه للعقد، بحيث نرى بأنه ربط العقد بالإيجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر أساسية لقيام العقد.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري نرى بأنه أخذ بنفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي وذلك في المادة 154¹ منه.

الفرع الثاني: مضمون مبدأ الحرية التعاقدية

إن العقد في طبيعته يتماشى مع الحرية وهذا كأصل يقوم عليه العقد، حتى أننا نرى P.EINSENMAN في قوله: "أن العقد بطبيعته يتنفس الحرية" فالعقد هو الأداة الوحيدة القانونية التي تسمح للأفراد بممارسة الحرية في علاقاتهم الاجتماعية أو الاقتصادية، ونرى بأن القانون هو الذي يعطي المجال لممارستها وذلك من خلال أن للفرد الحرية في أن يتعاقد مع الطرف الآخر أو يرفضه² وهذا ما تم تناوله في البند الأول، وكذا بأن له الحرية التامة في اختيار الشخص المراد التعاقد معه البند الثاني، وكذا أنه حر في إعطاء العقد المحل والمضمون الذي يريده كبند ثالث.

البند الأول: حرية المتعاقد في إبرام العلاقة التعاقدية أو رفضها

تُعَد حرية المتعاقد في إبرام العقد أو رفضه من أبرز تجليات مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يقوم على تمكين الفرد من تقرير مصيره التعاقدى وفق إرادته الحرة دون إكراه أو إلزام، وتتمثل هذه الحرية، أولاً، في حق الشخص في إبرام العقد متى ارتأى أن ذلك يحقق مصالحه ويستجيب لحاجاته، وثانياً، في حرية المتعاقد في رفض إبرام العقد من الأساس، إذ لا يُجبر الشخص على الدخول في أي رابطة تعاقدية ما لم تكن هناك نصوص قانونية استثنائية تفرض عليه ذلك.

أولاً: حرية المتعاقد في إبرام العقد

أن هذا المنطلق للمتعاقد الحرية إبرام العقد وهذا راجع كله إلى أن يكون العقد المبرم يخدم حاجته من أجل تحقيق مصالحه الشخصية، وهذا تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث أنه يعتبر حق إبرام العقد حق حصري إذ لا يمكن لأي شخص ولا حتى لجهة قضائية أن تفرض على

¹ نصت المادة 54 من ق.م.ج على مايلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء".

² مبخوتي يوسف، الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013/2014، ص32.

المتعاقد إبرام العقد بمعنى المخالفة أنه حر في ذلك¹، وهذا ما يمكن استخلاصه من قرار المحكمة العليا سنة 2010 في قضية أن أحد الأشخاص طلب أمام القضاء بإلزام شخص ثاني للتوجه لدى الموثق لإبرام عقد بيع شقة، وقد استجاب مجلس قضاء وهران لطلب المدعي، إلا أن المحكمة العليا نقضت القرار و أثارت من تلقاء نفسها دفعا بسوء تطبيق القانون، لما قضت بـ "... حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر وحيث أن قضية الموضوع لما أُلزِموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع أمام قد أخطأوا في تطبيق المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج بحيث أنه يتعين على البائع أو المشتري أن يحضر أمام الموثق بمحض إرادتهما، مما يعرض قضاءهم للنقض، ودون الحاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة، قضت المحكمة العليا : بصحة الطعن شكلا، بنقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 02/18/2008 وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون وتحميل المطعون عليها كامل المصاريف القضائية²، وبحسب ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها هذا رغم أنه للمتعاقد حرية في إبرام العقد إلا أنها لم تكتفي بهذا فقط بحيث ربطت حرية التعاقدية بالإرادة، وهذا الذي دع لها من تلقاء نفسها أن تطعن فيه دون أن تتمسك به الطاعنة.

وعليه نرى بأن مبدأ حرية التعاقد يقر بأن لكل شخص الخيار في إبرام العقد أو الامتناع عنه، إذ يقوم العقد أساسًا على توافق إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، وبناءً على ذلك، يتمتع الأفراد بحرية الدخول في العلاقات التعاقدية دون إكراه، فلا يُلزم الشخص إلا بالعقود التي ارتضاها بمحض إرادته، ومن ثم، لا يُجبر على التعاقد، كما لا تُرتب عليه أي مسؤولية لمجرد رفضه عرضًا مقدّمًا من البائع، حتى ولو كان هذا العرض يتضمن بيع قطعة أرض بثمان يفوق قيمتها، لأن هذا العرض لا ينشئ في حد ذاته أي التزام في ذمته³.

¹ عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود المعمر تيزي وزو، 2018، ص27.

² المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 586766، قضية (ب ب ضد ن خ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، 109 110 111.

³ سعدون يسين، اثر الظروف الاقتصادية في العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمر، تيزي وزو، 2018/2017، ص24.

ثانيا: حرية المتعاقد في رفض التعاقد

"فيحق للمتعاقد رفض التعاقد ولا يمكن إجباره على القبول ما لم يرد ذلك دون إلزامه بتبرير قراره، وذلك لأنه يوازن بين مصالح المختلفة، فقد يرى مصلحته تكمن في عدم التعاقد، فيفضل عدم الدخول في العلاقة التعاقدية، وهذا الرفض ليس تعسفا، فحرية الشخص في أن لا يتعاقد تكمن في حريته أن يصبح دائن أو مدينا، ومثال على ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 2013، في قضية طفل كان متمدرس في مدرسة خاصة ورفضت هذه الأخيرة إعادة تسجيله للسنة الدراسية الجديدة، فقام والي الطفل برفع النزاع أمام القضاء حيث قضت محكمة النقض بصحة تصرف المدرسة، لما رفضت إعادة التعاقد مع أولياء الطفل معتبرة أن هذه الأخيرة مارست حرية مكفولة لا قانونا، وهو حق رفض التعاقد فنلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية وضعت مبدأ عاما وهو الحق في رفض إبرام العقد وذلك دون التزامه بتبرير موقفه"¹.

يتمتع الشخص بحرية رفض التعاقد، انطلاقاً من حقه في الموازنة بين مصالحه المختلفة، فقد يتبين له أن مصلحته تقتضي عدم إبرام العقد، فيختار عدم الدخول في علاقة تعاقدية، ويُعدّ هذا الرفض مجرد تعبير مشروع عن إرادته الحرة، ولا يمكن اعتباره تعسفاً، لأنه يندرج ضمن نطاق حرية الشخص في عدم التعاقد، فحرية الشخص في أن لا يتعاقد تكمن في حريته في أن يصبح دائناً أو مدين، فأما حرية المتعاقد في أن لا يصبح مديناً، فهي من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى بيان، أما حرية المتعاقد في أن لا يصبح دائناً، فيشهد لها عقد هبة، حيث لا بد من قبول الموهوب له لانعقاد الهبة².

البند الثاني: حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه

يتبين لنا أن الحرية التامة للمتعاقد في اختيار الطرف المتعاقد معه بكل حرية شخصية، وكرسته محكمة النقض الفرنسية في قضية المتمثلة وقائعها أن صيدليتين في قرية تتقاسمان احتياجات جمعيتين في المجال الشبه الطبي، وخلال انتخابات ثار خلاف بين رئيس البلدية - والذي بدوره هو رئيس الجمعيتين -، مع زوج صاحبة أحد الصيدليتين تبعا لذلك قررت الجمعيتين تعامل حصريا مع الصيدلية الأخرى دون تقديم أي مبرر العمل، ما جعل بصاحبة الصيدلية التي توقف العمل معها إلى عرض النزاع أمام القضاء للمطالبة بالتعويض³، نرى أن محكمة النقض الفرنسية ألغت قرار محكمة الاستئناف التي حملت هذه الأخيرة للجمعيتين مسؤولية اتجاه الصيدلية،

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 109.

² سعدون يسين، المرجع السابق، ص 24 25.

³ عثمان بلال، المرجع السابق، ص 30.

وهذا الإلغاء التي قامت به محكمة النقض الفرنسية لقرار محكمة الاستئناف راجع لمبدأ أنه لكل متعاقد الحرية في اختيار الشخص الذي يريد التعاقد معه. إذا قرر الشخص إبرام عقد، فإنه يتمتع بحرية كاملة في اختيار من يتعاقد معه، نظرًا للدور الجوهري الذي تؤديه الإرادة في تحديد ما يحقق مصلحته.

وعلاوة على ذلك إذا قرر الشخص إبرام عقد، فإنه يتمتع بحرية كاملة في اختيار من يتعاقد معه، نظرًا للدور الجوهري الذي تؤديه الإرادة في تحديد ما يحقق مصلحته، فقد يرى أن التعاقد مع شخص معين يحقق له فائدة أكبر من غيره، فيتجه إلى إبرام العقد معه بعد موازنة الفرص المتاحة واختيار الصفقة الأنسب لمصالحه، وتتجلى هذه الحرية بوضوح في عقد العمل، حيث يقوم المستخدم بالإعلان عن التوظيف، ثم يختار من بين المترشحين الشخص الأكثر ملاءمة للمنصب استنادًا إلى مؤهلاته وخبرته وكفاءته، مما يبرز أهمية شخصية المتعاقد في هذا النوع من العقود، كما تكتسي شخصية المتعاقد أهمية أكبر في عقود التبرع، إذ يقوم المتبرع بمنح ماله أو تقديم خدمة لشخص معين بذاته أو لصفة فيه، مما يجعل الاعتبار الشخصي عنصرًا حاسمًا في إبرام العقد، ويترتب على ذلك حق المتعاقد في طلب فسخ العقد إذا وقع في غلط بشأن شخصية المتعاقد الآخر، تأكيدًا لحرية الاختيار، ومن جهة أخرى كذا، يتمتع المشتري أيضًا بحرية اختيار البائع، إذ له أن يقتني السلعة من الشخص الذي يرى أن عرضه يلائم حاجاته أو قدرته المالية، وبالمقابل، يملك البائع حرية اختيار المشتري، فله أن يبيع لمن يشاء دون أن يكون ملزمًا بقبول أي عرض أو تقديم مبرر لرفضه، ما دام يمارس حقه في إطار مشروع، وعليه، فإن الإعلان الموجه إلى الجمهور لا يُعد إيجابًا ملزمًا، وإنما يُعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد، لأن شخصية المتعاقد الآخر، التي تُعد عنصرًا جوهريًا في العقد، تظل غير محددة بعد¹.

البند الثالث: حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد

سبق وأن تحدثنا للمتعاقد الحرية التامة سواء في إبرام العقد أو رفض الإبرام، وحتى في اختيار الشخص المتعاقد معه، فهذا لا يغني عنه أيضا أن له الحق في اختيار مضمون العقد سواء في شروطه أو في بند من بنوده، ولا يقصر من نطاق الحرية سوى القواعد الامرة.

أيد الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد في العديد من القرارات، ومنها على سبيل المثال قرار لمحكمة النقض سنة 2006، في قضية وقائعها تتمثل فيما يلي أنه تم إبرام عقد إيجار لمدة 9 سنوات، قابلة للتجديد مع إدراج بند إعادة التفاوض لمراجعة بدل الإيجار، فتم عند حلول الأجل المتفق عليه لتجديد العقد رفض المستأجر إعادة التفاوض في

¹ سعدون يسين، المرجع السابق، ص 25 26.

بدل الإيجار، فعرض النزاع على القضاء، وقضت محكمة استئناف كولمار بتحديد بدل الإيجار الذي يسري على تجديد العقد، إلا أن الغرفة المدنية الثالثة ألغت القرار لأنه يعتبر مخالف للقانون، إذ لا يجوز لقضاء الموضوع التدخل من أجل تحديد بدل الإيجار، وذلك باعتباره مساس بحرية التعاقدية¹، ونستنتج من خلال هذا القرار أنه يمنع منعاً باتاً على القاضي التدخل في مضمون العقد.

بحيث يعدّ مبدأ الحرية التعاقدية من أهم تجليات سلطان الإرادة، إذ يخول للأطراف حرية اختيار نوع العقد الذي يرتضونه، سواء كان من العقود المسماة كالبيع والإيجار، أو غير المسماة، بما يمنح اتفاقهم الإطار القانوني المناسب، غير أنّ هذه الحرية لا تعني إقصاء النماذج التي يضعها المشرع، وإنما تمكّن الأطراف من تنظيم علاقاتهم في حدودها، ويقوم العقد على تطابق إرادتين، مما يقتضي مساهمة الطرفين في صياغة مضمونه من خلال المفاوضات، حيث يتفقان على الشروط والبنود التي تحكم العلاقة التعاقدية، ففي عقد الإيجار مثلاً، يحدد المتعاقدان مدة الإيجار وقيمة الأجرة، وفي عقد البيع يتفق البائع والمشتري على محل العقد من حيث طبيعته وكميته وجودته وسائر أوصافه. كما تمتد حرية التعاقد إلى تنظيم الآثار المترتبة على العقد، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على الشرط الجزائي لتحديد التعويض المستحق في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، مع إمكانية تقدير قيمته مسبقاً، بما يحقق التوازن بين مصالحهم. وتشمل هذه الحرية أيضاً تحديد نطاق المسؤولية العقدية، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تحميل المدين تبعه الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، أو على إعفائه من المسؤولية المترتبة على عدم التنفيذ، كما يمكنهم على العكس من ذلك تشديد مسؤوليته، كأن يتحمل نتائج عدم التنفيذ ولو بسبب أجنبي، أو تحويل التزامه من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، وبذلك تُمكن الحرية التعاقدية الأطراف من تنظيم مختلف جوانب العقد بحرية، في إطار احترام النظام العام والآداب العامة².

المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد

عند قيام العقد صحيحاً واستوفاء لجميع شروطه، يقع على عاتق المتعاقدين التزامات يجب الوفاء بها وذلك و ذلك تحت طائلة التنفيذ، وهذا كله راجع الى ضمان استقرار المعاملات بين الأفراد، وسبق وأن أقر المشرع أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أنه لا يتم نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، والمبتغى من كل هذا راجع الى أنه مادام أن العقد عند إبرامه كان برضا كل من متعاقدين، لذلك عند أي تغيير يطرأ عليه لابد من أن تكون كلا من إرادة الطرفين حاضرة، ومن

¹ عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 31 32.

² سعدون يسين، المرجع السابق، ص 27 28.

هذا المنطلق سوف نتحدث في مبحثنا هذا من جهة عن القوة الملزمة للعقد كمطلب أول، ومن جهة أخرى سوف نتناول نسبية العقد كمطلب ثاني.

المطلب الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد

يُعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم الأسس التي يقوم عليها النظام التعاقدية، حيث ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه بحسن نية، هذا المبدأ يضيف على الالتزامات التعاقدية قوة إلزامية تماثل قوة القانون نفسه، مما يضمن استقرار المعاملات وحماية حقوق الأطراف، ولدراسة هذا المبدأ بشكل شامل، سنتناوله من خلال أربعة فروع: الفرع الأول مفهومه، أما بالنسبة للفرع الثاني قداصة الالتزام، عنصر الإلزامية في التنفيذ في الفرع الثالث منه، وأخيراً آثاره والجزاء المترتبة على الإخلال به في الرابع، هذا التقسيم يمكننا من فهم أبعاد هذا المبدأ الأساسي وتطبيقاته العملية في الحياة القانونية.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الزامية العقد

يُشكل مبدأ القوة الملزمة الركيزة الأساسية التي تضمن استقرار المعاملات وتفرض على أطراف العقد احترام تعهداتهم المشتركة، ولتفكيك أبعاد هذا المفهوم، يسلط هذا الفرع الضوء في بنده الأول على التعريف لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لينتقل في البند الثاني إلى بيان الصفة الإلزامية علاقتها الوطيدة بالرابطة العقدية.

البند الأول: تعريف مبدأ القوة الملزمة للعقد

يُعد مبدأ "القوة الملزمة للعقد" (La force obligatoire) ركيزة عالمية في القوانين المدنية، ويقوم على فكرة جوهرية مفادها أن العقد متى انعقد صحيحاً مستوفياً لأركانه، أصبح بمثابة القانون بالنسبة لطرفيه لذل وجب على الأطراف تنفيذ بنود العقد بدقة وكأنها نصوص قانونية آمرة، فلا مجال للتهاون في الأداء المتفق عليه، لا يملك أي طرف الحق في فسخ العقد أو تعديل شروطه بإرادته المنفردة، فالعقد الذي وُلد بـ "توافق إرادتين" لا يتغير أو ينقضي إلا بـ "توافق جديد" بينهما، بحيث أن التعديل هو استثناء يُبنى على الإرادة المشتركة فقط، مما يمنع التعسف ويحمي التوقعات المشروعة للمتعاقدين، علاوة على هذا فإنها تمنح هذه القوة الإلزامية العلاقات القانونية نوعاً من الثبات والاستمرار، مما يعزز الثقة في المعاملات المالية والاجتماعية¹.

¹ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008/2007، ص08.

البند الثاني: صفة الإلزامية وعلاقتها بالعقد

تنشأ الصفة الإلزامية كأثر مباشر ومصاحب لإتمام العقد، وهي نتاج طبيعي لتطابق الإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة. ومن ثم، فإن فك هذه الرابطة القانونية لا يمكن أن يتم إلا بالتقاء إرادات حرة مماثلة لتلك التي أنشأتها، ويستخلص من ذلك أن جوهر الالتزامات العقدية ينبثق من "التصور الإرادي للعقد"، وهو المفهوم الذي يفرض ضرورة احترام وتنفيذ كل ما اتفق عليه المتعاقدون بمحض اختيارهم، دون الحاجة لأي عامل خارجي لفرض هذا الالتزام، طالما نبع من إرادة حرة واعية¹.

الفرع الثاني: قداسة الالتزام في العلاقة العقدية

تنبثق القوة الملزمة للعقد من فكرة "قداسة الالتزام" التي تجعل من الاتفاق قانوناً خاصاً يفرض احترامه على الجميع، ومن هذا المنطلق، نخصص البند الأول لتسليط الضوء على حدود هذه القداسة في مواجهة المتعاقدين باعتبارهما مصدراً للإرادة، بينما نستعرض في البند الثاني امتداد هذه القداسة لتشمل القاضي والمشرع.

البند الأول: قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدین

يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم نتائج قدسية العقد، إذ يترتب عليه احترامه ومنع المساس به من قبل أطرافه، فالعقد يُلزم المتعاقدين بما ورد فيه، ولا يجوز لأي طرف الانفراد بوقف تنفيذه أو إنهائه، إلا باتفاق مشترك بينهما، باعتبار أن التراضي هو أساس قيامه، وعلى ذلك، لا يمكن للإرادة المنفردة أن تُعدل أو تُنهي الالتزامات العقدية، لأن العقد يُعتبر بمثابة قانون خاص بالمتعاقدين، ولا يملك أي منهما التحل منه بإرادته وحدها لذلك يُقال إن "العقد شريعة المتعاقدين"، مما يفرض عليهم تنفيذ التزاماتهم وفق ما تم الاتفاق عليه، ويستمر هذا الالتزام حتى ولو تضمن العقد أحكاماً تخالف نصوصاً قانونية، ما لم تكن هذه النصوص متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة ومع ذلك، قد يجيز القانون في بعض الحالات الاستثنائية فسخ العقد بإرادة أحد المتعاقدين خروجاً عن القاعدة العامة².

¹ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص ص 08 09.

² خوالف صراح، المرجع السابق، ص 225.

البند الثاني: قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي والمشرع

تتمتع القوة الملزمة للعقد بقدسية قانونية تحظر على القاضي نقض بنود العقد أو تعديلها، حتى وإن بدا له مضمونها مجافياً للعدالة، فالقاضي مقيد بإرادة المتعاقدين تماماً كتقيده بنصوص القانون، وواجبه ينحصر في تنفيذ إرادتهم المشتركة وتكملتها عند الحاجة دون نسخها، انطلاقاً من قاعدة أن "ما تم بإرادتين لا ينحل بإرادة واحدة"، بل يجب عليه تقديم المساعدة القضائية لضمان تنفيذ العقد كما اتفق عليه، لا تقتصر قدسية العقد على القاضي فحسب، بل تمتد لتشمل المشرع أيضاً، إذ يلتزم المشرع باحترام استقرار المراكز العقدية القائمة عند صدور قوانين جديدة، وعليه تظل العقود المبرمة خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله، ما لم تكن قواعد القانون الجديد متعلقة بالنظام العام، وذلك تكريساً لمبدأ عدم جواز تعديل المشرع على الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي¹

الفرع الثالث: عنصر الإلزامية في تنفيذ العقد

لا يتوقف أثر العقد عند حدود النص حرفياً على بنوده، بل يمتد ليشمل كافة مقتضيات العدالة والقانون التي تفرضها طبيعة الالتزام، ولتوضيح ذلك، تم تقسيم هذا الفرع إلى بندين؛ يتناول البند الأول مدى إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد التي تفرضها طبيعته وفقاً لما يقره العرف والقانون، بينما يركز البند الثاني على الجانب الجوهري في الروابط العقدية والمتمثل في وجوب تنفيذ العقد بحسن نية.

البند الأول: إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد

وفقاً لنص المادة 1/107 من القانون المدني، لا يقتصر مضمون العقد على ما أُثبت صراحةً في بنوده، بل يمتد ليشمل كافة "مستلزمات العقد" التي تفرضها طبيعة الالتزام، فمضمون العقد يتمثل في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات محددة وكذلك تلك التي لم تحدد إلا أنها من مستلزماته، فإذا المتعاقدان سهو عن بعض التفاصيل لكونها أمر مألوفاً بين الناس يكون العقد ناقصاً فيتولى القاضي إكماله في حدود القانون والعرف والعدالة، فيعتبر القانون المصدر الرئيسي لاستكمال بنود العقود المسماة، إلا أنه يجب التفرقة فيه بين القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وتعتبر جزء لا يتجزأ من العقد والقواعد المكملة هي التي تسري في حال سكت المتعاقدون عن تنظيم مسألة ما، ويجوز لهم استبعادها بالاتفاق الصريح، أما العرف عملاً بالمادة 2/107، يعد العرف أساساً لتحديد نطاق العقد وهو السلوك المتواتر الذي استقر في

¹ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 14 15.

ذهن المجتمع كقاعدة ملزمة، ويستعين به القاضي لاستكمال ما غفل عنه المتعاقدون مما جرى عليه العمل في تعاملاتهم، أما بالنسبة للعدالة فتعتبر بمعناها الواسع الإنصاف والمنطق وطبيعة الأشياء، فهي مصدراً لاستكمال مستلزمات العقد، وهي تستمد قوتها من "القانون الطبيعي" لا القانون الوضعي. وبناءً على المادة 2/107 من القانون المدني، يتعين على القاضي اللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حال انعدام النص التشريعي أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، لضمان تحقيق التوازن بين حقوق وواجبات الطرفين¹.

البند الثاني: التنفيذ بحسن نية

تعتبر المبادئ الأخلاقية الحجر الأساس الذي انبثقت منه فكرة "حسن النية" في المجال القانوني بصفة عامة، وفي نظرية العقد بصفة خاصة، وقد تبلور هذا المفهوم نتيجة السعي المستمر لإرساء قيم العدالة، أو ما يُصطلح عليه لدى بعض الفقهاء بـ "المتطلبات الاجتماعية الأخلاقية"، لقد مثل هذا التوجه مساراً قانونياً يهدف إلى إضفاء صبغة أخلاقية على الروابط العقدية، والبحث عن "القيم التعاقدية" التي تضمن التوازن بين أطراف العقد، وعليه سوف نقوم بتوضيح ما المقصود بمبدأ حسن النية أولاً، مظاهر تنفيذ مبدأ حسن النية ثانياً

أولاً: مقصود بمبدأ حسن النية

يُعرف "حسن النية" في القانون المدني بأنه معيار قانوني وأخلاقي مرن، يمثل حالة ذهنية وسلوكية تقوم على الاعتقاد الصادق بصحة التصرف القانوني والبعد عن الغش أو التدليس، ويتجسد في مجال العقود من خلال التزام المتعاقد بالاستقامة والنزاهة والإخلاص في تنفيذ التزاماته، مع ضرورة مراعاة مصالح وتوقعات الطرف الآخر وتجنب الإفراط الذي قد يؤدي إلى الإضرار به؛ وذلك بهدف ضمان عدالة التعاملات واستقرار المراكز القانونية بعيداً عن الجمود الذي قد تفرضه النصوص التشريعية الصارمة².

كما أن هذا المبدأ في القانون المدني جاء من خلال منظورين متكاملين أولهم ذو طابع شخصي (ذاتي)، والثاني ذو طابع موضوعي، بالنسبة للمنظور الشخصي يرتبط بالحالة النفسية أو الذهنية للشخص، ويقوم بصفة أساسية على فكرة "الجهل المبرر"، فوفقاً لهذا المنظور، يعتبر

¹ حامي حياة، محاضرات في مقياس تنفيذ العقد، موجهة لطلبة السنة الأولى، فرع قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2023/2022، ص ص 05 06.

² جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2018/2017، ص 36.

الشخص حسن النية إذا كان يجهل واقعة معينة أو يعتقد بصحة وضع قانوني خاطئ، بشرط أن يكون هذا الجهل أو الغلط ناتجاً عن سبب مشروع وليس عن إهمال جسيم أو عدم احتياط، فالحماية القانونية هنا تُمنح بناءً على اعتقاد الشخص الصادق بأنه لا يتعدى على حقوق الآخرين، أما بالنسبة للمنظور الموضوعي لهذا المبدأ جاء في فحواه أنه ينتقل القانون في المفهوم الموضوعي من فحص "النوايا" إلى تقييم "السلوك الخارجي" للمتعاقد، ويُعرّف هنا بأنه ضرورة التزام الأمانة والإخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات العقدية، فالمعيار ليس ما يضره الشخص، بل ما يفرضه الواجب المهني والأخلاقي في الوفاء بالعقد، وتظهر تطبيقات هذا المنظور بوضوح في نصوص القانون المدني الجزائري، لا سيما في "نظرية الغلط" (المادتان 82 و85) و"نظرية تفسير العقود" (المادة 111)، حيث يُلزم المتعاقد بسلوك يراعي مصلحة الطرف الآخر¹.

ثانياً: مظاهر تنفيذ مبدأ حسن النية

أ_الالتزام بالنزاهة: قاعدة حسن النية في تنفيذ العقد أن يلتزم كل متعاقد بأداء التزاماته بصورة تتسم بالأمانة والنزاهة، بحيث يمتنع عن كل غش أو تدليس من شأنه الإضرار بالطرف الآخر، وهو ما أكدته المادة 361 من ق م ج كما يلتزم البائع بنقل الحق المبيع إلى المشتري تمكيناً له من الانتفاع به دون عوائق، ويُعد هذا الالتزام قائماً حتى في غياب نص صريح، باعتباره من مستلزمات العقد، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام قيام مسؤولية المتعاقد، سواء تعلق الأمر بالغش أو الخطأ الجسيم وفقاً للمادة 178 ق م ج، أو بإخفاء عيب يجيز طلب الإبطال أو التعويض طبقاً للمادة 377 ق م ج، كذلك فإن وجود عيب خفي أو تدليس مؤثر قد يبرر إبطال العقد أو المطالبة بالتعويض، ما لم يكن المتعاقد قد ارتضى الالتزام رغم علمه بذلك، وفي سياق متصل، يشترط القانون في بعض الحالات التنفيذ العيني للالتزام، كما في المادة 123 ق م ج، حيث لا يجوز للمدين الامتناع عن التنفيذ متذعراً بصعوبات، بل يتعين عليه بذل عناية الرجل العادي، كما أن تقدير حسن النية يظل خاضعاً لسلطة القاضي، الذي يستخلصه من ظروف التعاقد وملابساته، استناداً إلى نصوص المواد 495 و543 و592 ق م ج، وذلك لضمان تحقيق التوازن العقدي وحماية مصالح².

¹ لعماري سهيلة، العاقل مريم، مبدأ القوة الملزمة للعقد بين الثبات والتراجع، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، 2022/2021، ص17.

² فيلالي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، صص 392-393.

ب_الالتزام بالتعاون: يستند الالتزام بالتعاون إلى التطورات الحديثة التي عرفت العلاقة العقدية، وما أفرزه مذهب التكافل التعاقدية من تصور جديد للعقد، حيث لم يعد ينظر إلى العلاقة بين المتعاقدين باعتبارها علاقة خصومة أو تعارض مصالح، بل أصبحت قائمة على التعاون وتبادل المصالح المشتركة، فهناك بعض العقود التي يقوم جوهرها على التعاون، مثل عقد الشركة الذي عرفتة المادة 416 من ق م ج بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك، وتعد نية المشاركة والتعاون من الأركان الأساسية لعقد الشركة، لذلك فإن اختلال التفاهم بين الشركاء قد يؤدي إلى انقضاء الشركة، كما يقتضي مبدأ حسن النية التزام المؤمن له بالتعاون مع المؤمن، وذلك من خلال إخباره بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، وفق ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات وكذلك ألزمت المادة 497 من ق م ج المستأجر بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كالحاجة إلى ترميمات مستعجلة أو ظهور عيب قد يترتب عليه ضرر بالعين المؤجرة أو بالغير¹.

الفرع الرابع: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها

تتمحور القوة الملزمة للعقد حول الآثار القانونية التي تتولد بمجرد تلاقي الإرادتين، وهي الآثار التي تشكل جوهر الرابطة القانونية بين طرفيها، وللوقوف على أبعاد هذا الموضوع، سنعالج في البند الأول أثر الالتزام في العلاقة التعاقدية وتجسيده للقوة الإلزامية، بينما ننتقل في البند الثاني لتحديد جزاء الإخلال بهذه القوة، وذلك في حال خروج أحد المتعاقدين عما رسمه العقد وسطرته نصوص القانونية.

البند الأول: أثر الالتزام في العلاقة التعاقدية

رتّب العقد أثراً ملزماً يؤول حتماً إلى الانقضاء، وهو مصير يتأرجح بين مسارين؛ أولهما طبيعي يتمثل في براءة ذمة المدين عن طريق تنفيذ الالتزام، وثانيهما استثنائي يفرض نفسه عند استحالة الأداء لسبب أجنبي، مما يؤدي إلى انفساخ الرابطة التعاقدية، وسيتم تناول هذين الأثرين وفق الآتي:

أولاً: انقضاء الالتزام بالتنفيذ

الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد هو المقصد الأساسي الذي يسعى العاقدان إلى تحقيقه من إبرام العقد، فإذا نفذ كل عاقد التزامه تجاه العاقد الآخر فإن العقد يكون قد بلغ نهايته ومن ثم

¹ فيلاي علي، المرجع السابق، ص 394 393.

يزول تلقائياً وتنقضي معه قوته الملزمة، وهذا إذا تم الوفاء وفقاً لشروطه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وانقضاء القوة الملزمة للعقد يشمل العقود الفورية والزمنية على حد سواء، ففي العقد الفوري يكون الانقضاء بالتنفيذ الفوري للالتزامات الناشئة عنه ولو كانت مؤجلة كما هو الشأن في عقد البيع، إذ أنه ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليم الشيء المبيع ودفع الثمن المقابل والوفاء بالضمان، فهذه الالتزامات تنفذ فور حلول ميعاد الوفاء بها دفعة واحدة أو على مراحل، أما الوضع في العقد الزمني فإنه مرتبط بعنصر الزمن، إذ تنقضي قوته الملزمة بانقضاء الزمن إذا كان محدداً أو بإنهائه من طرف أحد المتعاقدين بالإرادة المنفردة مع شرط إغذار المدين إذا كان غير محدد كعقد الإيجار والشركة والعمل على سبيل المثال¹.

ثانياً: الانفساخ لاستحالة التنفيذ

لا يقتصر انقضاء القوة الملزمة للعقد بمجرد تنفيذ الالتزام، بل هناك حالة معاكسة تماماً؛ وهي حالة عدم نفاذ القوة الملزمة للعقد نتيجة أسباب خارجة عن نطاق الأطراف، بحيث نصت المادة 121 من ق م ج على ما يلي: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم"، وتنص كذلك المادة 307 من نفس القانون على أنه ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته"، هذا وتنص المادة 176 من نفس القانون كذلك على أن: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" فمن خلال نص هاته المواد نستنتج أنه إذا استحالة تنفيذ الالتزام من طرف أحد الأطراف فيؤدي ذلك إلى انفساخ العقد بقوة القانون وبالتالي تنقضي معه قوته الملزمة. ويقصد بالاستحالة في هذه الحالة هي تلك التي تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كهلاك المبيع مثلاً بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعليه فإن الانفساخ هو انحلال العقد بقوة القانون تبعاً لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي.. وبالتالي فالاستحالة تعود لأسباب ليس للمدين دخل فيها².

البند الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزم للعقد

إن قيام العقد صحيحاً ينشأ قوة ملزمة تجبر أطرافه على الوفاء بالتزاماتهم المتبادلة، إلا أن تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يمنح الطرف الآخر خيارات قانونية لمواجهة هذا الإخلال؛ وتتعدد هذه الخيارات بين مسار جزائي رادع يهدف إلى إنهاء الرابطة التعاقدية عبر فسخ العقد،

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 242

² خوالف صراح، المرجع نفسه، ص 243.

ومسار وقائي حمائي يتيح للمتعاقد المتضرر تعليق التزامه مؤقتاً من خلال الدفع بعدم التنفيذ، وهو ما سنفصله كالاتي:

أولاً: فسخ العقد

فسخ العقد هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه الناشئ عن عقد ملزم للجانبين، بحيث يترتب عليه حل الرابطة التعاقدية وزوالها بناء على طلب أحد طرفي حيث تنص المادة 119 من ق م ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، وعليه يشترط لطلب الفسخ أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين، حيث يقوم نظام الفسخ على أن أحد طرفي العقد لم يقم بتنفيذ التزامه المترتب عن العقد، فيقوم الطرف الثاني بطلب الفسخ، مما يستلزم وجود عقد ملزم للجانبين، فلا يمكن تصور الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد، كما يشترط أن يكون يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أي أن يكون التنفيذ العيني مستحيلاً بفعل المدين، ويستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان التنفيذ معيباً، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، ويشترط أيضاً أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذه، فلو لم ينفذ طالب الفسخ التزامه ولم يكن مستعداً للتنفيذ فليس له الحق في طلب الفسخ في الوقت الذي أخل فيه هو بالتزامه، الأصل أن الفسخ قد يتقرر بالاتفاق أو بقوة القانون، أو حكم قضائي، الفسخ الاتفاقي يسمى كذلك التنازل، وقد نصت المادة 120 من ق م ج.¹

ثانياً: الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو حق كل متعاقد في عقد الملزم للجانبين في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد معه ما يقع على عاتقه من التزام مقابل، وقد نصت عليه المادة 123 من ق م ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت التزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، فمن خلال نص المادة 123 من ق م ج نجد أنه يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون العقد ملزم للجانبين، فلا يكون له مجال في العقود الملزمة لجانب واحد، ويشترط كذلك أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء، فإذا كان الالتزام غير مستحق الأداء، أو أصبح طبيعياً، فإن الدائن لا

¹ مكيد نعيمة، المرجع السابق، ص 77 78.

يستطيع التمسك بهذا الدفع، كما لا يجوز التمسك به إذا كان الالتزام معلق على أجل واقف، ويشترط أيضاً أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه، حيث يستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أم جزئياً، فالمادة 123 من ق ل م تفرق بينهما، والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية، أي أن المتعاقد لا يتمسك بها إلا إذا تمت مطالبته بما عليه التزامات¹.

المطلب الثاني: مبدأ نسبية العقد

يشكل مبدأ نسبية أثر العقد الدعامة الأساسية التي يستند إليها النطاق الشخصي للرابطة التعاقدية، إذ يقضي كأصل عام بأن العقد لا يرتب أثراً في مواجهة غير أطرافه، فلا يملك إكسابهم حقاً ولا تحميلهم التزاماً، غير أن هذا المبدأ الكلاسيكي، ورغم وضوحه النظري، يثير إشكاليات دقيقة عند تطبيقه العملي حول تحديد من هم "أطراف العقد" حقيقةً ومن هم "الأغيار"، وللوقوف على الأبعاد الموضوعية والإجرائية لهذا المبدأ والوقوف على استثناءاته، آثرنا تقسيم هذا المطلب إلى محاور متكاملة؛ نستهلها بضبط مفاهيمه من خلال تعريف مبدأ نسبية العقد الفرع الأول، ثم ننقل إلى بحث الدائرة الضيقة للمبدأ عبر دراسة آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين الفرع الثاني، وتوسيعاً لنطاق سنبحث عن مدى امتداد هذه الآثار إلى الخلف بنوعيه العام والخاص الفرع الثالث، ثم بعد ذلك بالتحليل مركز الدائنين العاديين والغير الفرع الرابع، ونختتم هذا الطرح ببيان أثر العقد بالنسبة للغير الأجنبي تماماً عن الرابطة العقدية الفرع الخامس.

الفرع الأول: تعريف مبدأ نسبية العقد

قبل الخوض في تفاصيل مبدأ نسبية العقد، من الضروري أولاً ضبط تعريفه وتحديد مقصوده القانوني، ولأن الفقه لم يعتمد زاوية واحدة في تعريف هذا المبدأ، سنحاول تبيان ذلك من خلال مدخلين أساسيين، حيث نخصص البند الأول للمعيار الشخصي في التعريف، بينما نتناول في البند الثاني المعيار الموضوعي.

البند الأول: المعيار الشخصي لتعريف مبدأ نسبية العقد

يستند "مبدأ نسبية أثر العقد" (أو ما يُعرف في القانون الإنجليزي بخصوصية العقد) إلى معيار شخصي جوهره التفرقة الحازمة بين عاقد العقد وبين الغير الأجنبي عنه؛ إذ يقتصر نطاق الحقوق والالتزامات الناشئة عن الرابطة التعاقدية على الأشخاص الذين ساهموا في إنشائها وانصرفت إرادتهم إليها، فلا تتعدى آثار العقد هؤلاء الأطراف لتشمل غيرهم كقاعدة عامة، وبناءً على ذلك، لا يجوز أن يمتد مفعول العقد ليسري في حق الغير أو يضار به، كما لا يحق للأجنبي عن التعاقد

¹ مكيد نعيمة، المرجع السابق، ص ص 80 81.

أن يحتج ببوده أو يطالب أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته، نظراً لانتفاء صفة "المتعاقد" عنه، وهو ما يضمن قصر القوة الملزمة للعقد على من كان طرفاً في تكوينه دون سواهم، بحيث يعتبر مبدأ نسبية أثر العقد تجسيداً جوهرياً للطابع الشخصي للالتزام، حيث تقتصر مفاعيله القانونية على أطرافه دون أن تمتد إلى الغير؛ فلا ينشئ العقد حقوقاً إلا لصالح الدائن فيه، ولا يفرض التزامات إلا على عاتق مدينه. وبموجب هذه الخصوصية، ينفرد الدائن بحق اقتضاء التنفيذ، كما ينفرد المدين بمسؤولية الوفاء، مما يكرس الرابطة العقدية كعلاقة شخصية بين أطراف محددين.¹

البند الثاني: المعيار الموضوعي لتعريف مبدأ نسبية العقد

تعتبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والتي تعني حرية الأفراد في تحديد مضمون العقد ولا يحد من هذه الحرية سوى فكرة النظام العام والآداب العامة، إذا نشأ العقد صحيحاً رتب في ذمة المتعاقدين التزامات يجب الوفاء بها باعتباره عهد يقطعه المرء على نفسه والتزامات وجب الوفاء بها، وهو المبدأ الذي وصفه المشرع بشريعة المتعاقدين؛ أي قانونهما الذي يلتزمان بتطبيقه، منه يلزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما العقدية في حدود ما يقضي به القانون حتى ولو كان العقد يخالف نصوصاً تشريعية، طالما كانت تلك النصوص لا تتعلق بالنظام العام والآداب، فالقاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهم في حدود القواعد التي تضبط وتنظم هذه الإرادة.²

الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

يتطلب تحديد آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين معرفة من تتصرف إليهم هذه الآثار بشكل مباشر وبقوة القانون ولهذا، سنقسم هذا الفرع إلى جزئين؛ نركز في البند الأول على آثار العقد بالنسبة لأطرافه الأصليين، بينما نخصص البند الثاني لدراسة النيابة في التعاقد باعتبارها تمثيلاً قانونياً أو اتفاقاً تترتب عليه آثار العقد في حق الأصل.

البند الأول: آثار العقد بالنسبة لأطرافه

يُعدّ مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية في نظرية العقد، حيث يقتضي أن تتصرف القوة الملزمة للعقد إلى أطرافه فقط، أي إلى الأشخاص الذين عبّروا عن إرادتهم تعبيراً صريحاً أو

¹ بعلي عبد الرحمان، السايح تيت، مبدأ النسبية أثر والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريش، 2022/2023، ص 6 8.

² بعلي عبد الرحمان، السايح تيت، المرجع نفسه، ص 9.

ضمنيًا، على نحو يحقق تطابقًا تامًا بين الإيجاب والقبول، وهو ما يؤدي إلى انعقاد العقد وترتيب آثاره القانونية، بما يُكسب أحد الطرفين صفة الدائن والآخر صفة المدين، كما ينعقد العقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية الأمر، الأمر الذي يجعل أي حكم قضائي يخالف هذا المبدأ مشوبًا بمخالفة القانون، ومتى استوفى العقد جميع أركانه وتوافرت في كل ركن شروطه، اعتُبر عقدًا صحيحًا منتجًا لكافة آثاره القانونية، و تنصرف آثار العقد، وفقًا لمبدأ نسبية أثر العقد، إلى المتعاقدين وحدهم دون غيرهم، وهو ما يُعبر عنه بقصور العقد على عاقيه، بحيث لا يجوز لغير أطرافه التمسك به أو الطعن فيه، كما لا يحق طلب إبطاله إلا ممن كان طرفًا فيه، وتبعًا لذلك، يكون العقد ملزمًا لطرفيه بما يرتبه من حقوق والتزامات، وذلك بحسب طبيعته؛ فعقد البيع يُلزم البائع بنقل الملكية والمشتري بدفع الثمن، وعقد الإيجار يُلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع، كما يُلزم المستأجر بدفع الأجرة، بينما يرتب عقد الهبة التزامات في ذمة الواهب ويكسب الموهوب له حقوقًا، وهكذا، تنصرف آثار العقد إلى أطرافه بمجرد انعقاده، فيصبح كل متعاقد دائنًا بما له من حقوق، ومدينًا بما عليه من التزامات، دون أن يكون لأي منهما الحق في نقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة، وقد كرس القضاء هذا المبدأ، حيث قضت المحكمة العليا بأن إن رفض طلب مراجعة بدل الإيجار استنادًا إلى إرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى عدم مراجعته طوال مدة العقد، يُعد تطبيقًا سليمًا للقانون ومتوافقًا مع إرادة الطرفين المعبر عنها في العقد¹.

البند الثاني: النيابة في التعاقد في إطار مبدأ نسبية العقد

تعتبر النيابة في التعاقد من أهم الآليات القانونية التي تسمح بإبرام التصرفات لحساب شخص آخر، وللاحاطة بأحكامها وقواعدها بدقة، سنقسم هذا البند إلى ثلاثة أقسام، نخصص الأول لـ تعريف النيابة في التعاقد، ثم ننتقل إلى الثاني لتحديد شروط قيامها، لنبين في الأخير الآثار القانونية المترتبة عنها.

أولاً: تعريفها

تناول الفقه من قبل في صور التعاقد والتي تعرف على النحو الاتي بأنها هي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب، محل إرادة شخص آخر هو الأصيل، في انشاء تصرف قانوني

¹ جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، 2018/2017، ص ص 12 13.

تتصرف اثاره إلى ذمة الأصيل، فيتعاقد باسم ولحساب هذا الأخير¹، فإن النيابة إما أن تكون قانونية وإما اتفاقية، فعلى سبيل المثال، فالولي والوصي والقيم والكفيل في قانون الأسرة الجزائري والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه، هم نواب قانونيين، أي أن مصدر نيابته مستمد من القانون، في حين يعتبر الوكيل وحده نائبا اتفاقيا، لأن مصدر نيابته هو عقد الوكالة المبرم بينه وبين الموكل وذلك ما يستخلص من المادة 571 من ق م ج التي عرفت الوكالة بما يلي: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"، ويقابلها في الجهة الأخرى النص بلغة الفرنسية:²

"Le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

ثانيا: شروط النيابة

1_ حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: تتميز النيابة من حيث أن التصرف القانوني ينشأ بإرادة النائب التي تحل محل إرادة الأصيل، وهذا ما يبرر القاعدة التي تضمنها نص المادة 73، يجب الاعتداد بمقتضى هذه المادة بإرادة النائب في تقدير صحة الرضا، ومن ثم صحة التصرف ويجب. عندئذ - أن يكون النائب ذا أهلية كاملة - وقت إبرام التصرف - وإلا ما كان باستطاعته إصدار إرادة يعتد بها قانونا، وأما إذا كان الأصيل ناقص أو عديم الأهلية فهذا لا يؤثر على صحة التصرف، بل انعدام أو نقص الأهلية لديه هو الذي يبرر أحيانا النيابة³.

يترتب على حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل أنه إذا كانت إرادة النائب يشوبها عيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه، فإن العقد يكون قابلا للإبطال حتى ولو كانت إرادة الأصيل سليمة من أي عيب⁴.

¹ فيلالي علي، المرجع السابق، ص427.

² جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص15

³ فيلالي علي، المرجع السابق، ص147.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009 ص23.

جدير بالتنويه أن النظر إلى إرادة الأصيل بخصوص الأهلية لا يصح إلا في النيابة الاتفاقية ، أما النيابة القانونية فالنائب فيها يستمد سلطاته من القانون و ليس من الأصيل،¹

2_عدم تجاوز النائب حدود نيابته: إن هذا الشرط كرّسته المادة 74 من ق م ج صراحة، حيث تنص على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يُضاف إلى الأصيل"، ويتضح من هذا النص أن النائب لا يتصرف إلا في حدود السلطات المخولة له، سواء كانت النيابة قانونية أم اتفاقية، فإذا تجاوز هذه الحدود، فقد صفته كنائب، ولا تتصرف آثار التصرف الذي أبرمه إلى ذمة الأصيل، غير أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التي أقرها المشرع، ومنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 73، وكذلك ما ورد في المادتين 75 و76 من ق م ج، ومن ذلك حالة ما إذا كان من المتعذر على الوكيل إخطار الموكل بتجاوزه حدود الوكالة، وكان من المرجح أن الموكل كان سيوافق على هذا التصرف، وكذلك إذا كان كل من النائب والمتعاقد معه يجهلان وقت إبرام العقد انقضاء النيابة، وبناءً على ذلك، فإن تجاوز النائب لحدود نيابته يؤدي كأصل عام إلى سقوط صفته كنائب، وبالتالي لا تتصرف آثار العقد إلى الأصيل، إلا إذا أجاز هذا الأخير التصرف صراحة أو ضمناً².

3_مباشرة التصرف باسم ولحساب الأصيل: تقتدي أحكام النيابة في التعاقد أن يباشر النائب التصرف القانوني باسم الأصيل، حتى تتصرف آثار العقد إليه مباشرة، وذلك وفقاً لما تقرره المادة 74 من ق م ج، ومفاد ذلك أن النائب لا يتعاقد لحسابه الخاص، وإنما لحساب الأصيل، بحيث تضاف الحقوق والتزامات الناشئة عن العقد إلى هذا الأخير. غير أنه، ما دام النائب لا يتعاقد باسمه الشخصي، فإنه يتعين أن يكون المتعاقد معه على علم بقيام النيابة. وهو ما أكدته المادة 75 من ق م ج ، التي تقضي بأنه إذا لم يصرح النائب وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن آثار العقد لا تتصرف إلى الأصيل، بل تظل قائمة في ذمة النائب ومن ثم، يجب أن يكون هناك علم لدى المتعاقد الآخر بأن التصرف يتم باسم ولحساب الأصيل، الأمر الذي يفرض على النائب واجب الإفصاح عن صفته عند التعاقد ولا يشترط أن يكون هذا العلم علماً حقيقياً

¹ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، ط1، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، 2009، ص 53.

² جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص ص 22 23.

صريحاً، كأن يتم الإخبار به كتابة أو مشافهة، بل يكفي أن يكون علماً حكماً يستفاد من ظروف الحال وملابسات التعاقد.¹

ثالثاً: آثار النيابة

1_الأثر بالنسبة للأصيل: حسب نص المادة 74 من ق.م.ج التي تنص على: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل"، ومعنى من نص المادة أن النائب يبرم العقد باسم الأصيل في حدود ما خول إليه وتقضي بأن الآثار هذا التصرف تنتقل مباشرة إلى الأصيل إلى النائب، وعليه يشترط أن يتصرف النائب في حدود نيابته أما إذا تجاوز هذه الحدود، فلا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل إلا إذا أقره لاحقاً، ويؤكد قرار المحكمة العليا نفس المبدأ الذي كرّسته المادة 74، وهو أن آثار العقد الذي يبرمه النائب في حدود نيابته تتصرف مباشرة إلى الأصيل.²

2_الأثر بالنسبة لنائب: يُعدّ النائب، من حيث آثار العقد، من الغير، بحيث لا تترتب في ذمته الالتزامات الناشئة عن العقد، ولا يكتسب بموجبه حقوقاً سواء في مواجهة المتعاقد الآخر أو في مواجهة الأصيل، رغم أن إبرام العقد تم بواسطته وبإرادته وبرضاه، وهو الذي تولّى التفاوض بشأنه والإشراف على إعداد مع الطرف المتعاقد معه، غير أن العبرة في صحة تكوين العقد وشروطه تُنسب إلى إرادة النائب، باعتباره المباشر الفعلي للتعبير عن الإرادة، وذلك في حدود السلطات المخولة له وبالتنسيق مع الأصيل.³

وعليه، فإن انصراف آثار التصرف الذي يبرمه النائب إلى الأصيل يقتضي أن يلتزم هذا الأخير بحدود النيابة المقررة في عقد الوكالة دون تجاوزه، فإذا احترام الوكيل هذه الحدود، قامت العلاقة القانونية مباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه، دون أن تتصرف آثار العقد إلى الوكيل شخصياً، وذلك تطبيقاً لقواعد النيابة، ويترتب على ذلك حق الأصيل في الرجوع مباشرة على الغير بجميع الالتزامات الناشئة عن العقد، كما يحق للغير بدوره الرجوع مباشرة على الأصيل للمطالبة بحقوقه دون حاجة إلى تدخل الوكيل، غير أن هذا الحكم لا يسري إذا ثبت وجود غش أو تواطؤ بين الوكيل والغير بقصد الإضرار بالأصيل.⁴

¹ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 149.

² جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 28.

³ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 151.

⁴ بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في تشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط2، القبة الجديدة،

الجزائر، 2008، ص 29

3_الاثار بالنسبة للغير: إن نفاذ آثار التصرف الذي يبرمه النائب في مواجهة الأصيل يفترض التزام هذا الأخير بالحدود التي رسمها عقد الوكالة دون تجاوزها، فإذا التزم الوكيل بهذه الحدود، قامت علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه، دون أن ترتب آثار العقد في ذمة الوكيل شخصياً، وذلك تطبيقاً لأحكام النيابة، ويترتب عن ذلك حق الأصيل في الرجوع مباشرة على الغير بكل ما ينشأ عن العقد من التزامات، كما يحق للغير بدوره الرجوع على الأصيل للمطالبة بحقوقه دون الحاجة إلى الرجوع على الوكيل، غير أن هذا الأثر لا يتحقق في حالة ثبوت الغش أو التواطؤ بين الوكيل والغير قصد الإضرار بالأصيل، إذ في هذه الحالة لا تُرتب آثار التصرف في مواجهة هذا الأخير، ويقع على عاتق الغير الأصيل¹.

الفرع الثالث: آثار العقد بالنسبة للخلف بنوعيه

لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين الأصليين فحسب، بل قد تمتد في حالات معينة لتشمل الأشخاص الذين يخلفونهم في حقوقهم والتزاماتهم، ومن أجل تبين كيفية انتقال هذه الآثار ومدى إلزاميتها، سنقسم دراسة هذا الفرع إلى شقين؛ نخصص البند الأول لبحث انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، على أن نتناول في البند الثاني مدى انصراف هذا الآثار إلى الخلف الخاص.

البند الأول: انصراف العقد إلى الخلف العام

ينصرف أثر العقد كأصل عام إلى الخلف العام كالوارث الذي يخلف سلفه في ذمته المالية، بحيث تنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد في حدود التركة، غير أن هذا الانصراف ليس مطلقاً، إذ توجد حالات استثنائية لا يمتد فيها أثر العقد للخلف العام، وذلك إما باتفاق الطرفين، أو بنص القانون، أو إذا كان العقد قائماً على الاعتبار.

أولاً: المقصود بالخلف العام: لقد تم تعريف الخلف العام عن طريق العديد من الفقهاء من بينم محمد صبري السعدي الذي عرفه على أنه: "هو الذي يخلف الشخص في كل حقوقه أي من تعم خلافته له في جميع الحقوق أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة كالنصف أو الربع مثال، وبذلك يتضح لنا أن الخلف العام هو الوارث سواء كان وحيداً أو مع غيره والموصي له بنسبة معينة من مجموع التركة².

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 322

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، طبعة جديدة مزيّدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2009 ص 321.

"وعرفه بلحاج العربي على أنه: " هو من يخلف سلفه في مجموع التركة او في جزء منها كالوارث والموصي له بنسبة معينة من التركة والخلافة العامة تكون بسبب عام وهي لا تقوم إلا بعد الموت وتتحقق بطريق الميراث أو الوصية وهذا ما نجده في المواد 744 من ق م ج والمواد من 180 إلى 185 من ق.م.ج.¹

ثانيا: مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

حسب نص المادة 108 من ق.م.ج، فإن الخلف العام—كقاعدة عامة—تتصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه المورث، فيحلّ محلّه في الحقوق والالتزامات المرتبطة بالتركة، وبذلك يعدّ دائئاً بالنسبة للحقوق التي آلت إليه، كما يكون مديئاً في حدود ما ترتبه التركة من التزامات، على نحو ما كان عليه مورثه أثناء حياته، ويرجع أساس هذه الخلافة إلى ما قرره كلّ من القانون الروماني والقانون الفرنسي، اللذين يقومان على مبدأ اعتبار الوارث امتداداً لشخص سلفه في ذمته المالية، وهذا رأي جاء به أيضاً فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنه يميز بين شخص المورث وشخص الوارث، ويقرّ بأن الخلافة العامة ترد على الأموال دون الشخص، وبناءً عليه، فإن انتقال التركة يخضع لقاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون»².

كما نشير إلى أنه من أمثلة الحقوق الشخصية التي لا تورث مطلقاً حق الحضانة وحق الولاية على النفس فهي ليست بحقوق مالية ، لذلك لا تنتقل إلى الورثة وكذلك الحقوق المتصلة بشخص المورث، كحق النفقة والأجل في الدين³.

ثالثا: حالات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام

بالرجوع إلى نص المادة 108 من ق م ج التي تنص على أنه: "... ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام..."، يتضح أن المشرّع أورد استثناءات على القاعدة العامة القاضية بانتقال آثار العقد إلى الخلف العام، وتتمثل هذه الاستثناءات في طبيعة التعامل ونص القانون، كما أُضيف إليها فقهيًا استثناء ثالث يتمثل في اتفاق المتعاقدين فبالنسبة لطبيعة التعامل، فإن آثار العقد لا تنتقل إلى الخلف العام إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص680.

² خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، 2005، 116.

³ محمد سليمان، ضرورة إعادة النظر في مراكز الخلف العام، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد1، 2009، ص 499.

لا تسمح بذلك، وهو ما يظهر خاصة في الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ومن ذلك مثلاً، العقود التي تمنح السلف إيراداً مدى الحياة، إذ ينقضي هذا الحق بوفاته ولا ينتقل إلى ورثته، وكذلك الشأن بالنسبة للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، كعقود المحاماة أو الأعمال الفنية، حيث ترتبط آثارها بشخص المتعاقد دون غيره، أما الاستثناء المتعلق بنص القانون، فيتحقق عند وجود نص صريح يقضي بعدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة 493 من ق م ج التي تنص على انقضاء الشركة ب وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه، مما يحول دون انتقال آثارها إلى الورثة¹.

رابعاً: حالات يصبح فيه الخلف العام من الغير

سبق وأن تكلمنا أعلاه عن الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام إلا أنه في مقابل هناك حالات يعتبر فيها الخلف العام من الغير وهي كالتالي:

الوصية التي تعتبر من التصرفات القانونية الصادرة عن المورث، غير أنّ نفاذها في مواجهة الورثة يظلّ مقيداً بحدود ثلث التركة، بحيث يُعتبر الورثة من الغير فيما جاوز هذا الحد، فلا تنفذ الوصية في حقهم إلا إذا أجازوها، وهو ما كرسه نص المادة 185 من ق.أ.ج التي تقضي بأن الوصية تكون في حدود الثلث، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، كم أن هناك حالة أخرى مرض الموت، فإن م ج لم يضع تعريفاً دقيقاً له، تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، حيث استقر الرأي على توافر شرطين أساسيين لاعتبار المرض مرض موت، أولهما أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة، ويُرجع في تقدير ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء، وثانيهما أن يعقب هذا المرض وفاة المريض مباشرة، سواء كانت الوفاة نتيجة للمرض ذاته أو بسبب طارئ آخر وقع أثناء استمراره².

البند الثاني: انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

يشكّل انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص أحد التطبيقات المهمة للاستثناء الوارد على مبدأ نسبية أثر العقد، إذ قد تمتد بعض الآثار القانونية للعقد إلى أشخاص لم يكونوا أطرافاً فيه،

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 325 324.

² بحري يعقوب وبولبنان إيد، نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2025، ص 15 16.

متى ارتبط الأمر بانتقال حق معين إليهم، لذلك يقتضي الأمر توضيح المقصود بالخلف الخاص، ثم بيان الشروط التي تسمح بانصراف أثر العقد إليه.

أولاً: المقصود بالخلف الخاص: الم الج لم يعرف الخلف الخاص تارك هذه المهمة للفقه، ونذكر بعض التعريفات الواردة في هذه الخصوص:

عرفه أحمد حسن قداة على أنه: "هو الشخص الذي ينتقل إليه حق معين سواء كان حقا عينيا أو شخصيا أو معنويا أو دينا تابتا في ذمة السلف وذلك بموجب أحد العقود الناقلة للحقوق أو بمقتضى نص القانون¹.

كما عرفه الدكتور بلحاج العربي بأنه: "هو كل من يكتسب ممن يستخلفه حقا على شيء معين، أي كل من يتلقى من السلف بمقابل أو بدون مقابل حقا معيناً كان قائماً في ذمته سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم ذهنياً يرد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والنموذج الصناعي وصاحب العلامة التجارية².

ثانياً: شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص

أ- أن يكون تاريخ العقد سابقاً على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص: اشترط لنفذ التصرف في حق الخلف الخاص أن يكون العقد الذي أبرمه السلف ذا تاريخ ثابت وسابق على انتقال ملكية الشيء أو الحق إليه، إذ تكمن الحكمة من هذا الشرط في تمكين الخلف من التحقق من الالتزامات المرتبطة بالحق الذي تلقاه وقت انتقاله، فإذا افتقد العقد لهذا التاريخ الثابت، أو كان لاحقاً لواقعة انتقال الحق، اعتُبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة لهذا التصرف، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج عليه بالالتزامات الناشئة عنه، ويهدف المشرع من خلال تكريس هذه الأسبقية التاريخية الموثقة إلى حماية الخلف الخاص من تحمل أعباء قانونية مفاجئة أو التزامات غير معلومة لم تكن قائمة فعلياً وقت كسبه للحق³.

ب- أن يصدر من السلف عقد يتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص:

ينصرف أثر عقد السلف إلى الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة عنه من "مستلزمات الشيء" المنتقل إليه، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملية للشيء، كأن تهدف إلى حفظه، تقويته، أو درء الخطر عنه، أو كانت من توابعه الضرورية، ومن أمثلة ذلك انتقال

¹ خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 118.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 69.

³ بحري يعقوب، بولبنان إياد، المرجع السابق، ص 21.

الالتزامات السلبية كعدم المنافسة؛ فإذا باع صاحب منشأة تجارية مؤسسته، انتقل شرط عدم المنافسة إلى المشتري الجديد لضمان استقرار الحق المكتسب، وفي السياق ذاته، تسري القيود العقارية (كشروط الارتفاع في البناء) في مواجهة الخلف الخاص لتعلقها بذات العقار لا بشخص المالك، ومع ذلك، لا يسري هذا الأثر بصفة مطلقة؛ إذ يُستثنى من ذلك الالتزامات التي لا تُعد من مستلزمات الشيء الضرورية، كعقد المقاول المبرم لبناء منزل على قطعة أرض تم بيعها لاحقاً، فلا يحق للمقاول الاحتجاج بعقده تجاه المشتري الجديد وبناءً عليه، يتقيد الخلف الخاص بتصرفات سلفه إذا كانت مفيدة في استعمال الحق أو مقيدة له بما يخدم مصلحة الشيء، شريطة أن يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ ومستقلاً عن الاعتبار الشخصي للسلف، بحيث لا تكون شخصية المتعاقد الأصلي عنصراً جوهرياً في نشوء الالتزام أو تنفيذه¹.

جـ. أن يكون الخلف عالماً بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه: إنَّ انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص يركز بصفة جوهريّة على شرط العلم الحقيقي بالالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، إذ لا يُتصور قانوناً إلزام شخص بتكليف لم تتصرف إليه إرادته أو لم يحط به علماً، فالعبرة هنا ليست بالعلم المفترض بل باليقين الذي يتيح للخلف تقدير مصلحته قبل قبول المال المحمل بالقيود، ومن هذا المنطلق، نجد المشرع قد ميز بوضوح بين الحقوق والالتزامات؛ فبينما يقع عبء إثبات العلم على عاتق الغير المتعاقد مع السلف في حالة الالتزامات لأنه يسعى لتقييد حق الخلف، نجد أن الحقوق تنتقل تلقائياً دون اشتراط العلم بها، كونها تُمثل إثراءً إيجابياً ومزايا تزيد من قيمة العين، كما هو الحال في حقوق الارتفاق التي تخدم العقار وتنتقل معه كعنصر مكمل له، مما يضمن توازناً دقيقاً بين حماية الغير واستقرار المركز القانوني للخلف الخاضع².

الفرع الرابع: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير

يثير آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير عدة أحكام قانونية تختلف بحسب المركز الذي يشغله كل منهما تجاه العقد، فقد يُنظر إلى الدائنين العاديين باعتبارهم خلفاً لمدينهم، كما قد يُعتبرون من الغير في بعض الحالات، لذلك سنتناول أولاً أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين بوصفهم خلفاً للمدين، ثم نبين بعد ذلك أثر العقد بالنسبة لهم باعتبارهم من الغير.

¹ شريف الطباخ، التعويض عن الاخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، منصور، مصر، 2008، ص70.

² خوالف صراح، المرجع السابق، ص329.

البند الأول: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم خلفاء للمدين

انقسم الفقه حول مدى اعتبار الدائنين العاديين من الخلف، بين اتجاهين رئيسيين فذهب جانب من الفقه إلى اعتبارهم من الخلف العام، استناداً إلى حقهم في الضمان العام على أموال المدين، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 188 من ق م ج التي تقضي بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، ويُفهم من ذلك أن التصرفات التي يجريها المدين على أمواله تمتد آثارها إلى دائنيه، باعتبارهم أصحاب مصلحة مباشرة في هذا الضمان في المقابل، يرى اتجاه آخر أن الدائنين لا يُعدّون خلفاء عامًا، بل يُشبهون الخلف الخاص، لأن تأثيرهم بتصرفات المدين يكون تأثيرًا غير مباشر، فالتصرف الذي يُدخل حقًا إلى ذمة المدين يُحسن من مركز الدائنين ويزيد من فرص استيفاء ديونهم، بينما يؤدي التصرف الذي يُرتب التزامًا في ذمته إلى تقليص الضمان العام، ومن ثم الإضرار بمصالحهم، وبغرض حماية حقوق الدائنين في هذا الضمان العام، أقرّ م ج لهم جملة من الوسائل القانونية، من أبرزها: الدعوى غير المباشرة التي يباشرها الدائن باسم مدينه لإدخال حق أهله هذا الأخير في ذمته المادتان 189 و 190 ق.م.ج، والدعوى البوليسية التي تُرفع للطعن في تصرفات المدين الضارة بالدائنين والتي يشوبها الغش المادة 191 ق.م.ج، إضافة إلى دعوى الصورية التي تُستعمل لمواجهة التصرفات الصورية الرامية إلى إنقاص الضمان العام المادتان 198 و 199 ق.م.ج¹، فضلًا عن الحق في الحبس الذي يُجيز للدائن الامتناع عن تنفيذ التزامه إلى حين استيفاء حقه المادة 200 ق.م.ج².

من الجدير بالتنويه أن عقود المدين الحقيقية التي لا تهدف للإضرار بدائنيه تظل سارية في حقهم، بخلاف العقود الصورية التي يقصد بها تهريب الأموال؛ حيث يحق للدائن هنا الطعن فيها بـ "دعوى الصورية" للتمسك بالعقد المستتر، أما إذا كان تصرف المدين حقيقيًا لكنه ينطوي على غش وتواطؤ للإضرار بحقوق دائنيه، فللدائن حينئذٍ الحق في رفع "دعوى عدم نفاذ التصرف" (الدعوى البوليسية) طبقاً للمادة 191 من ق.م.ج، وذلك لتعطيل نفاذ ذلك العقد في مواجهته³.

¹ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، ط 8 ، 2008 ، ص 88

² المادة 200 من ق.م.ج : " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء ، حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

³ جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص 51 52.

البند الثاني: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الغير

إن الاختلافات الفقهية التي وقعت بشأن تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنين العاديين والتي يترتب عليها مدى انصراف آثار العقود التي يبرمها مدينهم ترجع إلى الخلط بين مفهوم مبدأ الأثر النسبي للعقد ونفاذ العقد ، إذ أن المفهوم الأول شيء والمفهوم الثاني شيء آخر رغم ارتباطهما، فعقود المدين غير ملزمة لدائنه لكنها نافذة في مواجهته متى استوفت الشروط المقررة لها قانوناً ، وعلى الرغم من أن الدائن ليس خلفاً عاماً وليس خلفاً خاصاً للمدين إلا أنه يتأثر بالتصرفات التي يجريها هذا الأخير باعتبارها تنقص من حقوق الدائن الحق في الضمان على جميع أموال المدين ، وتزيد من التزاماته ، وبالتالي النقص أو الزيادة في ذمته المالية، وبناء عليه فإن الدائنين العاديين يعتبرون من الغير ولا تحملهم العقود التي يبرمها المدينين أي التزاماً كما لا تكسبهم أي حقوق¹.

بالإضافة إلى هذا يعدّ الدائنون العاديون من الغير بالنسبة للعقد الذي يبرمه مدينهم، تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد الذي يقضي بأن آثار العقد لا تنصرف إلا إلى أطرافه ولا يحتج بها على الغير ولا لمصلحته، غير أنّ هذا الوصف ليس مطلقاً.

حيث وقع خلاف فقهي في تصنيف الطائفة التي ينتمي إليها الدائن العادي فهناك من يلحقه بالخلف العام ومنهم من يلحقه بالخلف الخاص ومنهم من يلحقه بالغير وسبب هذه الخلافات الفقهية راجع إلى الخلط بين نفاذ العقد ونسبية الآثار، غير أن موقف المشرع الجزائري واضح في المادة 131 من ق.م.ج التي تنص: «لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره..... " يتبين من هذا المادة أن دعوى عدم النفاذ هي دعوى مقررّة لصالح الغير ،وعليه الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين التي من شأنها إنقاص في الحقوق أو الزيادة في الالتزامات لذا فإن القانون خول له حماية خاصة للحفاظ على حقوقهم المهددة في الضمان العام وذلك من خلال الحق في رفع إحدى الدعاوي الثلاث وتتمثل في الدعوى غير المباشرة، الدعوى البوليصة، وكذا الدعوى الصورية².

¹ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992، ص54.

² عزّاز شريفة، مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين والأغيار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2020/2019، ص32 33.

الفرع الخامس: أثر العقد بالنسبة إلى الغير

كرس المشرع الجزائري إمكانية انتقال آثار العقد إلى الغير وذلك في المادة 113 من ق م ج والتي نصت على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير لكن يجوز أن يكسبه حقا"، مصطلح الغير منذ القديم فنجد أن الرومان هم أول من وضعه ورتبوا عنه آثار قانونية ثم ما إن وجد في القوانين الأخرى بدءا من القانون الفرنسي القديم، ثم أخذت به المجموعة المدنية الفرنسية، ثم باقي القوانين العربية على رأسها القانون الجزائري، لكن رغم هذا بقي هذا المصطلح غامضا ما دفع بالفقه للبحث على طبيعة هذا الغير وعن دلالاته، فأصبح هذا المصطلح محال للدراسات القانونية، فنجد البعض اهتم بدراسته الفنية في جميع المجالات وهناك من اهتم به كفكرة عامة¹.

وعليه يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن العقد أي كل من لم يوجد في العقد بنفسه أو بواسطة من يمثله ومن لا يعتبر من الخلف الخاص أو من الخلف العام، فالمتعاقدان والخلف ينصرف إليهم في الأصل أثر العقد ويجب عليهم احترامه، ويدخل في ذلك الدائنون، ولكن تلك الطائفة تصبح من الغير في حالات معينة فلا تنصرف إليها اثر العقد ويمكنها تجاهله، كما يقصد بالغير كل شخص مستقل تماما بالنسبة لمركز قانوني معين فلا يتأثر به ولا يؤثر فيه، فهو كل شخص لا تمثله شريعة العقد ولا ينصرف إليه أثر العقد².

الأصل أن آثار العقد تقتصر على أطرافه، وهم المتعاقدون الأصليون وخلفهم العام والخاص والدائنون العاديون، فلا تنصرف إلى الغير ولا ترتب في ذمتهم التزامات، وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، ويُعدّ غيراً كل من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد المتعاقدين، غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، إذ قد يكتسب الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، وذلك عن طريق التعهد عن الغير أو الاشتراط لمصلحة الغير وهو ما سوف نفصل فيه في البندين التاليين

البند الأول : التعهد عن الغير

استنادا لنص المادة 114 من ق.م.ج التي تنص على: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند اثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"، ونلاحظ أن المشرع لم يعرف التعهد عن الغير

¹ بعلي عبد الرحمان، سايح تيت، المرجع السابق، ص28

² بعلي عبد الرحمان، السايح تيت، المرجع نفسه، ص28.

أما التعريفات الفقهية فقد أجمعت على أن التعهد عن الغير هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه احد الطرفين وهو المتعهد بأن يجعل شخص آخر يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر للعقد يقال له عقد التعهد عن الغير ، ويتمثل هذا الالتزام في الحصول على إقرار الغير لعقد أو تصرف قانوني أبرمه المتعهد لحسابه دون أن يكون نائباً عنه¹. فنظام التعهد عن الغير يتكون من ثلاثة أشخاص هم المتعهد والمتعهد له والمتعهد عنه².

يجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر ثلاثة شروط وهذا ما تضمنته المادة 114 ق.م.ج و هي تعاقد المتعهد باسمه يقتضي التعهد عن الغير أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل، فالوكيل لا يعمل باسمه بل باسم الأصل فيتصرف اثر العقد إلى الأصل، أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه وينصرف إليه اثر العقد، ويلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير، أم بالنسبة للشرط الثاني قيام المتعهد بالزام نفسه بالتعهد يشترط لقيام التعهد أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير الذي تعهد عنه، وإلا كان التعهد باطلاً، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص بإرادته شخص آخر لم يكن الملتزم طرفاً في العقد ، وكذا موضوع التعهد عن الغير يتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الالتزام نحو التعاقد الثاني، بمعنى قبول التعهد ويجب أن يكون هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يسأل المتعهد إذا لم يتحصل المتعاقد الثاني على قبول التعهد من قبل الغير³.

كما يُرتّب التعهد عن الغير آثاراً قانونية دقيقة تنبثق من كونه تطبيقاً للقواعد العامة ومبدأً نسبية آثار العقود، حيث يُعتبر هذا التعهد بمثابة إيجابٍ معروضٍ على الطرف الثالث الغير الذي يملك مطلق الحرية في قبوله أو رفضه دون أي إجبار، لكونه أجنبياً تماماً عن العقد الإيجابي الأول ولا يمكن إلزام ذمته المالية دون رضاه، وتحدد آثار هذا التصرف بين المتعاقدين المتعهد والمستفيد في كونه عقداً ملزماً لا يجوز نقضه أو تعديله بالإرادة المنفردة، ويجب عليهما تنفيذ التزاماتهما بحسن نية، فإذا نجح المتعهد في حمل الغير على القبول انقضى التزامه بتحقيق النتيجة المطلوبة، أما إذا رَفَضَ الغير التعهد وهو أمر لا يرتب عليه أي مسؤولية فإن المتعهد يُصبح

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ط2، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 2016، ص 706 705.

² منصورى ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2015، ص53

³ مزوان وردية، بن سي علي مسيلبة، الوة الملزمة للعقد وجزاء مخالفتها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2023، ص 15

مسؤولاً عن الإخلال بالتزامه، ويُلزم بدفع تعويض مالي للمتعاقد الآخر عن الأضرار الناجمة عن هذا الرفض، وذلك ما لم يثبت المتعهد وفقاً للمادة 307 من ق.م.ج التي تنص على: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته" بمعنى أن عدم التنفيذ يعود لسبب أجنبي خارج عن إرادته جعل الوفاء مستحيلاً¹، و يظل للمتعهد الخيار في تنفيذ الالتزام بنفسه عوضاً عن الغير إذا كان ذلك ممكناً وشخصية المدين غير مؤثرة، مما يؤدي إلى إبراء ذمته نهائياً.

كما أن للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد بحيث يتسم التعهد عن الغير بخصوصية قانونية تظهر بوضوح في طبيعة العلاقة بين العقد المبرمين ومآل التزام المتعهد في حالتي القبول والرفض؛ فمن جهة، يختلف العقد الجديد الذي يبرمه الغير بعد قبوله عن العقد الأول من حيث المحل والوقت، إذ يقتصر محل التزام المتعهد في العقد الأول على القيام بعمل وهو حث الغير على القبول، في حين يتنوع محل التزام الغير في العقد الثاني بين إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عنه²،

تنص القواعد القانونية المستقرة على أن رفض الغير للتعهد لا يُرتب في ذمته أي مسؤولية أو التزام؛ فالغير يظل أجنبياً تماماً عن الرابطة العقدية الأولى، ويتمتع بكامل الحرية في قبول الإيجاب المعروض عليه أو رفضه دون أي تبعات قانونية، وبناءً على عدم مسؤولية هذا الطرف الثالث، تقع التبعات كاملة على عاتق المتعهد الأصلي الذي فشل في تحقيق النتيجة التي التزم بها، مما يوجب عليه دفع تعويض مالي للمتعاقد معه لجبر كافة الأضرار التي لحقت به جراء هذا الرفض، كجزاء حتمي لإخلاله بالتزامه التعاقدي³

إلا أنه وبعد تعديل 2016 الواقع على القانون المدني الفرنسي استحدثت المادة 1204 التي كرست توجه المحاكم، إذ أن المشرع كرس بالتعديل الأخير أحكام المحاكم بصيغة نص تشريعي حيث نصت على ما يلي: "يمكن أن يتعهد شخص لآخر ولكن الغير سيقوم بأن الغير سيقوم بفعل ما.

تبراً ذمة المتعهد من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد. وفي حال العكس يمكن أن يلزم بالتعويض عن الضرر.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ص 415.

² أنور السلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1932، ص 207.

³ منصور ليندة، المرجع السابق، ص 67.

إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما ، يعتبر التصرف القانوني صحيحاً بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء العقد" وهو ما نص عليه تعديل 2022، فمن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الفرنسي أجاز الشخص التعهد لآخر بأن الغير سيقوم بفعل ما إما إبرام أو تنفيذ اتفاق ويعتبر التزام المتعهد هذا التزام بتحقيق نتيجة، وتبرأ ذمته من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد، وفي حال العكس يمكن أن يلزم بتعويض الضرر، أما إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما، يعتبر التصرف القانوني صحيحاً بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء التعهد فيما لو نفذ الغير الفعل محل التعهد ألا وهو إبرام التصرف القانوني¹.

البند الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

لقد أشرنا أعلاه أن الغير لا يعتبر من الخلف العام ولا من الخلف الخاص، بل هو طرف أجنبي عن العقد كلياً لم يشارك في العقد، لكن على سبيل الاستثناء يمكن للغير أن يكتسب حقاً، وهذا ما يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير.

يجد الاشتراط لمصلحة الغير أساسه التشريعي في المادة 116 من ق م ج والتي تنص: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"، أي مضمون هذه المادة هو إجازة الاشتراط لمصلحة الغير، ومعناها أن بإمكان الشخص أن يبرم عقداً باسمه الخاص يلتزم بموجبه الطرف الآخر بأداء معين لصالح شخص ثالث ألا وهو المستفيد أجنبي عن العقد، بشرط أن يكون للمشتراط نفسه مصلحة شخصية في هذا الاتفاق؛ سواء كانت مصلحة مادية كالمنفعة المالية أو أدبية، مما يمنح المستفيد حقاً مباشراً ومستقلاً بموجب هذا العقد.

يُقصد بالاشتراط لمصلحة الغير ذلك الاتفاق القانوني الذي يتم بين طرفين: المشتراط والمتعهد، وبموجبه يلتزم المتعهد بأداء التزام معين تجاه شخص ثالث أجنبي تماماً عن هذا العقد يُسمى المستفيد، ويظهر هذا الاشتراط عادةً على شكل بند أو شرط ضمن العقد الأصلي، يترتب عليه نشوء حق مباشر للمستفيد تمكنه من مطالبة المتعهد بتنفيذه، رغم أنه لم يكن طرفاً في إبرام الاتفاق ولا تقع عليه أي التزامات²

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص 337.

² مزوان وردية، بن سي علي مسيلبة، المرجع السابق، ص 18.

منها أن يهب شخص مالا آخر هبة ويشترط عليه رعاية أحد أقاربه مستقبلاً، أو أن يبيع شخص منزله ويشترط على المشتري سداد ديونه المترتبة للدائنين¹.

كما يجدر الإشارة بأن هناك شروط تحكم الاشتراط لمصلحة الغير، سواء بالنسبة للمشتري أو المنتفع، وهذا ما سوف نفصل فيه كالآتي

تمثل الشروط القانونية المتعلقة بالمشتري في سياق الاشتراط لمصلحة الغير في شرطين أساسيين؛ أولهما ضرورة أن يتعاقد المشتري باسمه الخاص لا باسم المنتفع، وهو المعيار الجوهرى الذي يميز الاشتراط عن نظام النيابة سواء كانت قانونية أو اتفاقية وعن تصرف الفضولي، فالنائب يتعاقد باسم الأصل ولحسابه لتصرف الآثار إلى ذمة الأصل مباشرة، بينما يتعاقد المشتري باسمه هو مع بقاء المنتفع أجنبياً عن العقد، مما يجعل اكتساب الأخير لحق مباشر استثناءً فريداً من قاعدة نسبية أثر العقود²، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 116 في فقرتها الأولى من ق م ج بقولها: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير" والمقصود من هذا النص التشريعي إرساء الاستثناء القانوني المعروف بـ "الاشتراط لمصلحة الغير"، والذي يمنح الفرد الحق في إبرام تصرف قانوني بصفته الشخصية ولحسابه الخاص، بحيث يظهر في العقد باسمه هو لا باسم الشخص المستفيد المنتفع.

أما الشرط الثاني فيجب أن تكون للمشتري مصلحة شخصية في تنفيذ تلك الالتزامات محل الاشتراط، فلا يُتصور قانوناً أن يتعاقد شخص باسمه دون أن يعود عليه التصرف بفائدة، ووفقاً للمادة 116 فقرة الأولى من ق م ج: "...إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية" يُقصد بهذه المادة أن المشرع وضع استثناءً صريحاً ومقتناً يخرج عن الأصل العام لنظرية العقد القائمة على "نسبية الآثار"؛ حيث تمنح المادة الحق لشخص يُسمى المشتري بأن يبرم اتفاقاً بصفته الشخصية ولحسابه الخاص دون أن يكون نائباً أو وكيلاً عن أحد، ومع ذلك تؤول الحقوق الناشئة عن هذا الاتفاق مباشرة إلى طرف ثالث أجنبي تماماً عن رابطة التعاقد يُعرف

¹ خوالف صراح، المرجع السابق، ص

² إيمان عمور، مبدأ نسبية العقد، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2014/2015، ص 63

ب المنتفع، ولصحة هذا التصرف، اشترط النص ضرورة توافر "مصلحة شخصية" للمشتري نفسه تبرر قيامه بهذا الاشتراط¹.

تتمحور الشروط الواجب توفرها في المنتفع حول مستلزمات وجوده وإمكانية تحديده وقت ترتب الآثار القانونية؛ إذ لا يشترط الفقه والتشريع معاصرته لملايسات نشوء الرابطة العقدية، بل يكفي تحقق وجوده ومقبولية تعيينه عند حلول أجل استحقاق الحق المشتري، وهو ما كرسته صراحة المادة 118 من ق م ج²، نرى بموجب هذه المادة أن القانون يمنح مرونة كبيرة في تحديد المنتفع (المستفيد) في الاشتراط لمصلحة الغير، فلا يشترط وجوده أو تسميته تحديداً وقت إبرام العقد؛ بل يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة مستقبلية لم توجد بعد (كجنين لم يولد أو شركة تحت التأسيس)، كما يكفي أن يكون المستفيد غير معين وقت العقد بشرط وضع معيار واضح يُمكن من تحديده ومعرفته بدقة عند حلول وقت تنفيذ العقد واستحقاق المنفعة.

بناءً على ما تقدم من تحديد لمفهوم الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره اتفاقاً بين المشتري والمتعهد ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع (الأجنبي عن العقد)، فإن هذا التصرف القانوني يرتب جملة من الآثار التي تشمل أطرافه الثلاثة وتنظم علاقاتهم المتبادلة وبناءً عليه، يخصص هذا لبحث الآثار القانونية الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الغير وتمثل هذه الآثار فيما يلي:

في حال امتناع المتعهد عن التنفيذ، ينفرد المشتري بالحق في طلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة، ومثال ذلك عقد التأمين؛ حيث يلتزم المشتري بدفع الأقساط في مواعيدها المقررة، بينما تلتزم شركة التأمين (المتعهد) بأداء ما عليها، سواء تجاه المشتري نفسه إذا كان قد اشترط لنفسه أيضاً كأن يتقاضى مبلغاً معيناً إذا ظل حياً حتى تاريخ محدد أو تجاه المنتفع، فإذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته، جاز للطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، أو طلب الفسخ مع التعويض عن عدم التنفيذ وفقاً للأصل العام.

تحدد هذه العلاقة وفقاً لطبيعتها القانونية، وبحسب ما إذا كان المشتري يستهدف باشتراطه التبرع للمنتفع أم الوفاء بدين له (المعاوضة)، فإذا كان الباعث هو التبرع وهو الغالب عملياً، فإن الهبة تتم عبر الاشتراط لمصلحة الغير دون حاجة لاتخاذ شكل عقد رسمي، لكونها هبة غير مباشرة وإذا ثبت حق المنتفع بصدور إقراره (قبوله)، فإنه يُعدّ موهوباً له، وتخضع العلاقة بينه وبين

¹ عزاز شريفة، مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين والاعيار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، التخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2019، 2020،

المشترط لأحكام الهبة من حيث الموضوع لا الشكل، ومن ثم يشترط توافر أهلية التبرع لدى المشتري وقت إبرام العقد، وإلا كان الاشتراط قابلاً للإبطال، وإذا صدر التبرع من المشتري وهو في مرض الموت، عُذَّ تصرفه وصية وطُبِّقَتْ عليه أحكامها النظير نص المادة 776 من ق م ج كما يجوز لدائني المشتري الطعن في هذا الاشتراط بواسطة الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف). أما إذا تم الاشتراط في صورة عقد تأمين على الحياة لصالح المنتفع وخضع لأحكام الوصية استناداً للمادة 776 المذكورة، فإنه يُعْتَدُّ في تقدير قيمة الوصية بأقل القيمتين إما مجموع أقساط التأمين التي دفعها المشتري، وإما مبلغ التعويض الذي تلتزم الشركة بأدائه للمنتفع¹.

¹ عزاز شريفة، المرجع السابق، ص 60 .

خلاصة الفصل

تأسيساً على ما تم بحثه في هذا الفصل، نخلص إلى أن النظرية التقليدية للعقد نهضت على فلسفة فردية متكاملة، تحكمت في الرابطة العقدية منذ لحظة الميلاد وحتى مرحلة الأثر والتنفيذ فقد تبين من خلال المبحث الأول كيف صيغت القواعد الكلاسيكية لتكوين العقد على ركيزتي مبدأ الرضائية كأصل عام لانعقاد الروابط القانونية، وتعزيز ذلك بـ الحرية التعاقدية كأداة تمنح الأفراد مطلق الصلاحية في تحديد شروطهم، وفي المقابل، أظهر المبحث الثاني الامتداد الطبيعي لهذه الحرية في مرحلة التنفيذ، حيث تجسدت في القوة الملزمة للعقد التي رفعت الاتفاق إلى مرتبة التشريع بين المتعاقدين وجعلته عصياً على التعديل المنفرد، مع تسييج هذه القوة بـ مبدأ نسبية أثر العقد لضمان عدم امتداد التزاماته إلى الأغيار، وهي القواعد التي شكلت مجتمعة نموذجاً عقدياً مستقراً لكنه واجه لاحقاً تحديات الواقع المعاصر.

الفصل الثاني: المستجدات

التشريعية الواردة على المبادئ

الكلاسيكية للعقد

الفصل الثاني: المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

يمثل العقد الركيزة الجوهرية التي تقوم عليها مختلف المبادلات الاقتصادية والمالية وذلك باعتباره المسؤول عن تنظيم العلاقات، التي تجري بين الأفراد والهيئات، فمن خلاله تبرم الاتفاقات وتتم عمليات البيع والشراء ومختلف الخدمات من استثمارات وغيرها من التصرفات القانونية.

وقد شهدت النظرية التقليدية للعقد استقرارا طويلا على مجموعة من الأسس وفي مقدمتها حرية التعاقد والقوة الملزمة للاتفاق، حيث كان ينظر إلى إرادة المتعاقدين باعتبارها صاحبة الدور الحاسم في كل ما يخص العقد، إلا أن التطورات الجديدة التي عرفتتها المجتمعات الحديثة دعت إلى تحقيق أكبر قدر من العدالة العقدية والتوازن العقدي بين الأطراف، وبالتالي تم ادخال عدة اصلاحات جوهرية تم من خلالها إعادة صياغة مفهوم العقد ووظيفته، حيث أصبح العقد وسيلة قانونية تقوم على طابع التعاون بما يضمن تحقق العدالة التعاقدية ويضمن حماية التوازن واستقرار المعاملات بين الأطراف .

كما أصبح العقد مجال يقتضي تدخل القضاء خاصة في الحالات التي تظهر فيها معاملات تمس بأحد الأطراف وتؤدي للإضرار به أو للتعسف في استعمال الحقوق وعليه بناء على التحولات التي طرأت على النظرية العامة للالتزامات العقدية والتي فرضت عدة إصلاحات على القواعد التقليدية، وتأسيسا على ما تقدم وإدراكا لأبعاد هذا التحول قمنا بتخصيص الدراسة في هذا الفصل حول الحديث عن الإصلاحات التي طرأت على القواعد الكلاسيكية للعقد حيث قسمنا الدراسة إلى بحثين، نتناول في المبحث الأول الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التكوين، أما في المبحث الثاني فنتناول الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التنفيذ.

المبحث الأول: الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التكوين

امتدت الإصلاحات التي مست نظرية العقد إلى أركانه الأساسية، إذ سعى المشرع إلى توفير حماية أكبر للمتعاقدین من خلال إقرار آليات تكفل سلامة الرضا وتحد من مظاهر الاختلال التي قد تشوب العلاقة التعاقدية، فضلا عن إعادة الاعتبار للشكلية وتعزيز دور القضاء في الرقابة على العقد، وعليه فإن دراسة الإصلاحات الواردة على العقد من حيث أركانه تقتضي تناولها من خلال ثلاثة مطالب أساسية، حيث سندرس في المطلب الأول الضمانات القبلية لسلامة الرضا ونعالج في المطلب الثاني مكافحة الاختلال العقدي، أما بالنسبة للمطلب الثالث فمتعلق بالتحويلات الشكلية والرقابة القضائية على العقد.

المطلب الأول: الضمانات القبلية لسلامة الرضا

سنعالج في هذا المطلب الضمانات الحمائية السابقة للتعاقد، والتي تقوم بحماية رضا الأطراف المتعاقدة من خلال التطرق لفرعين، نوضح في الفرع الأول تكريس شفافية الرضا، ونبحث في الفرع الثاني عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

الفرع الأول: تكريس شفافية الرضا

لم يعد الرضا في التشريعات الحديثة يقتصر على مجرد التعبير الشكلي عن الإرادة ، بل أضحى الرضا لا يعتد به إلا إذا كان قائما على الشفافية والتوازن العقدي العادل بين الأطراف ، وهو ما يبرز التغير الذي طرأ على نظرية العقد الحديثة بالانتقال من الحرية التعاقدية الفردية (سلطان الإرادة المطلقة) إلى مراعاة العدالة والتوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف ، وتعد الشفافية في العقود والمجال القانوني أمرا مهما جدا حيث تفيد العلنية والوضوح وتبنى على مبدأ الصراحة و الصدق بحيث تنسجم نية المتعاقد مع إرادته وتكون متطابقة معها ، ويجب أن يقوم العقد على قرار حر وبسيط وعلى الصدق و الثقة المعلنه بين المتعاقدين ، ويدخل في ذلك أيضا كل من الاستقامة والقيم المعنوية اللتان يمثلان النزاهة ، حيث أن الأخذ بالشفافية في إنشاء العقود يشكل ضمانة أساسية لصالح المتعاقدين ، وتستمر هذه الحماية إلى غاية مرحلة التنفيذ

الفعلي للعقد وبذلك تقوم العلاقة العقدية على أساس العدل ، بما يضمن صون حقوق الأطراف المتعاقدة رغم التغيرات التي قد تحدث.¹

وقبل الحديث عن شفافية الرضا ينبغي بداية توضيح مفهوم الشفافية.

عرفتها منظمة الشفافية الدولية بأنها : " أحد واجبات موظفي الخدمة المدنية مهما كانت صفتهم سواء كانوا مدراء أو أمناء ، بحيث يتعين عليهم إرساء ممارسات شفافة وواضحة تتسم بالوضوح وقابلية التنبؤ ، وهو المبدأ الذي يسمح للأطراف المتأثرة من قرار اداري أو تجاري أو خيري بإمكانية الحصول على معلومات تتجاوز الحقوق الأساسية ، بحيث تمتد إلى كافة مراحله وآلياته وعملياته".²

وبناء على تلازم فكرتي الوسيلة والغاية فإن شفافية الرضا يتبلور امتدادها الطبيعي ضمن إطار التوازن العقدي، وهو ما يدفعنا إلى معالجة هذا التوازن، باعتباره آلية تسهم في تبصير الإرادة وإضفاء الطابع العادل على مضمون الالتزامات العقدية ، ونظرا للتطورات التي شهدتها العقد ومجال العدالة العقدية لم يعد تحقق العقد قائما على الإرادة المنفردة للمتعاقدین فقط ، بل أصبحت هناك جهات أخرى تساهم في ضمان سلامة التعاقد وتحقيق أهدافه ، الأمر الذي أدى إلى تكريس فكرة التوازن العقدي وتوفير الحماية للطرف الضعيف ، أما بالنسبة للأحكام والقواعد التي كرسها المشرع فغايتها الأساسية هي ضبط الإرادة وتحديدتها ، وذلك من أجل إقامة توازن بين مصالح الأطراف والمصالحة العامة الا ان التوازن العقدي لا يعتبر شرطا لازما لانعقاد العقد ، غير أن ذلك لم يمنع المشرع من التدخل في العلاقات العقدية التي يشوبها اختلال التوازن ، إذ بات من اللازم مواكبة التطورات ، الأمر الذي دفع بالنظم القانونية إلى تدارك أوجه القصور والخلل ومعالجتهم .³

¹ بيلامي سارة ، مقتضيات الشفافية والنزاهة في تكوين العقد الالكتروني ، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري، الجزائر، المجلد 6 ، العدد 4 ، 2021، ص 430.

² فاطمة الزهراء شردود ، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص مؤسسات دستورية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2017، ص 12

³ غزالي محمد ضياء الدين ، بن شنوف فيروز، بن عمور عائشة ، العدالة العقدية بين الإرادة والقانون ، منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، مخبر البحث في تطوير التشريعات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 7 ، العدد 11، 2022، ص ص 6 7.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بعدة تعريفات حسب آراء الفقهاء نظرا لعدم وجود تعريف واضح محدد له في التشريع، وعليه نذكر من بينها أنه:

" التزام سابق على انعقاد العقد يلزم كل طرف بإخطار الطرف المقابل بكل ما لا يكون على علم به أو يتعذر عليه معرفته، وينشأ في مرحلة المفاوضات «.

وبالتالي فإن الالتزام بالإعلام يهدف إلى تحقيق وإعادة تكافؤ العلم بين أطراف العقد واسترجاع التوازن العقدي ، ويحظى الالتزام بتقديم البيانات والمعلومات الضرورية في العقود بأهمية كبيرة، إذ يفرض الالتزام بهذه البيانات اعتبارا لوجود فجوة معرفية بين المتعاقدين من شأنها أن تؤدي إلى تعرض الطرف الضعيف للاستغلال من الطرف الأقوى الذي يملك الإلمام الكامل بكل ما يتعلق بالعقد ، وعليه فإن الالتزام بالإعلام مرتبط بجهل الطرف الضعيف ، وعليه يتعين تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام بهدف تمكين الطرف الضعيف من الإحاطة بكل المعلومات الجوهرية التي تساعد في إبرام العقد وتسهيله عليه .¹

حيث يعد الالتزام بالإعلام من أهم التدابير الحمائية ، ويشكل هذا إضافة جديدة لمنظومة حماية الطرف الضعيف الأمر الذي شجع التشريعات والفقهاء والقضاء على العمل على تطويره بعد فترة من نشأته ، ولكونه التزاما مستحدثا جرى تقرير الالتزام به من أجل حماية العقد وتحقيق التوازن المعرفي بين المتعاقدين ، ويعد الالتزام بالإعلام التزاما بتقديم جميع المعلومات التي يملكها المتدخل إلى الطرف الضعيف ، ويتمثل نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأطراف في وجود طرفين هما الطرف القوي الذي يكون على علم بكافة خصائص المنتج ويقع عليه الالتزام بالإفصاح عنها للطرف الآخر ويسمى المتدخل ، والطرف الثاني هو الطرف الضعيف الذي يتحصل على المنتج

¹ فرحات فاطمة زهرة ، قنفود رمضان ، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك ، مجلة الإجتهد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد 2، 2020، ص 719.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

بغرض استعماله في إطار الاستهلاك النهائي ، ويحظى بالحماية القانونية بسبب افتقاره إلى المعرفة الكافية بالمعطيات ذات الصلة ¹.

ونظرا لأن مبدأ حسن النية غير كافي لضمان سلامة العقود وعدم وضوحه ، وبما أن نظرية عيوب الرضا تقتصر إلى الفعالية في المعاملات المدنية ، جاءت نظرية الالتزام بالإعلام قبل التعاقد مكتملة لنظرية عيوب الإرادة من أجل ضمان صدور رضا الطرف المتعاقد عن إرادة حرة وواعية وللدلالة على رضا صحيح وسليم متحرر من المؤثرات المعيبة ، وتتجسد هذه الضمانات في تمكين المتعاقد من تحقيق منفعة عند الإقدام على إبرام العقد غير أنه قد تحدث عده اختلالات في العقد بحيث لا يظهر بالشكل المطلوب إذا لم يتم الالتزام بالإعلام ، كما اعترف المشرع الفرنسي بوجود التزام سابق على التعاقد الذي قضى بوجود التزام عام سابق للتعاقد يقوم على المصارحة والشفافية على أن يصاغ ذلك بطريقة صريحة ومحكمة كما كرس المشرع الجزائي التزاما بإبلاغ المتعاقد بمضمون العقد وشروطه وثمان البيع ².

وفيما يلي سيتم التطرق إلى أهم النصوص القانونية التي أقرت مبدأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد حيث يلاحظ أن هذا الالتزام قد تبنته تشريعات الاستهلاك في بادئ الأمر لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، ولتوفير الحماية للمستهلك، ثم انتقل تكريسه بعد ذلك بصفة عامة في القانون المدني الفرنسي بموجب التعديلات التي طرأت على العقد سنة 2016، مما أدى إلى تكريسه كمبدأ عام يمتد على مختلف العقود، ولبيان هذا التأصيل التشريعي نصت المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

" يجب على الطرف الذي يعلم بمعلومة تكون ذات أهمية حاسمة لرضا الطرف الآخر، أن يعلمه بها طالما أن هذا الأخير يجهل هذه المعلومة مشروعا، أو يضع ثقته في متعاقده ».

¹ بنقرة حفيظة ، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة ، 2013 ، ص 36.

² العايز سالم ، الالتزام بالإعلام في العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، ، 2016، ص 22.

وعليه يستفاد من استقراء المادة القانونية، أن المشرع الفرنسي قد كرس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وذلك لضمان سلامة الرضا وحمايته من العيوب، ويستفاد أنها ألزمت من يملك المعلومة بواجب إعلام الطرف الآخر بها، فضلا عن اشتراط أن تكون المعلومة ذات أهمية إلى جانب العديد من التفاصيل المهمة منها عدم إدراج تقدير قيمة الأداء من نطاقه وضبط مسألة الإثبات بين طرفي العلاقة، كما يمنع على الطرفين الاتفاق على استبعاده، كما يؤدي الإخلال بها إلى فرض جزاءات قانونية.

وبالتالي اعتبر المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض أحد مقتضيات مبدأ حسن النية، ويكون المشرع بفرض الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات قد كرس ما سعت إليه العديد من الاجتهادات القضائية، ويتبين من خلال النص السابق أن الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة يجب أن تتوفر فيه ثلاث الشروط والتي تتمثل في: أولا يجب أن تكون المعلومات محل الالتزام بالإعلام جوهرية، وهي تكون كذلك متى كان محل اعتبار لرضاء الطرف الآخر، كما يجب أن يكون أحد الطرفين عالما بها بينما يجهلها الطرف الآخر، ومن ثم فليس ثمة إخلال إذا تبين أن هذا الأخير كان عالما بها من قبل، وأخيرا يجب أن لا يكون جهل الطرف الآخر، أو ثقته التي أولاها للمتفاوض معه، راجعا إلى تقصير منه، ولهذا لا يجوز التمسك بحصول إخلال بهذا الالتزام ممن يجهل معلومات جوهرية بشأن العقد محل التفاوض، متى كان يتعين عليه أن يعلم بهذه المعلومات، وكذلك إذا كان قد أودع المتفاوض معه ثقة مفرطة، وقد عبر المشرع عن هذا الشرط بأن يكون جهل الطرف الآخر على نحو سائغ قانونا، وهي صياغة تحتفظ للقضاء بقدر كبير من سلطة تقديرية في الموازنة بين الالتزامين متقابلين هما التزام أحد الطرفين بالإعلام والتزام الطرف الآخر بالاستعلام¹.

ويقع عبء إثبات تحقق شروط قيام الالتزام بالإعلام وعدم تنفيذه على الطرف الذي يدعيه وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس، ومتى ثبت للقاضي الإخلال بهذا الالتزام، سواء تمثل هذا الإخلال بعدم الوفاء بالالتزام بالإعلام على الإطلاق أو بتقديم معلومات غير كافية أو خاطئة، وجب عليه الحكم بالتعويض وفقا لما قضت به المادة 1112-1 التي منحت القاضي هذا الحق دون أن

¹ أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستجدات-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 2، سنة 2019، ص 297-298.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

تحدد طبيعة المسؤولية أو نطاق التعويض، لكن يستخلص من حقيقة حدوث الإخلال قبل إبرام العقد ومن الاستئناس بالتطبيقات القضائية السابقة أن أساس المسؤولية بالتعويض هو المسؤولية غير العقدية، وأن التعويض ينبغي أن يقتصر على فوات فرصة إبرام العقد أو فوات فرصة إبرامه بشروط أخرى¹.

ففي القانون الجزائري تم تكريس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في القانون 03/ 09 المعدل والمتمم وخاصة المادة 17 والتي نصت على ما يلي:

"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك"².

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري سعى إلى تكريس حماية خاصة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، كما تتميز هذه المادة بكونها ذات صياغة صريحة نسبيا وتتضح صراحتها من خلال النص على الالتزام بالإعلام قبل إبرام العقد، حيث وردت بصيغة عامة وواسعة بما يضمن شمول جميع العوامل المحتملة التأثير على رضا المستهلك وقراره في التعاقد، وذلك بهدف إرساء حماية موسعة وفعالة للمستهلك.

كما يلاحظ من خلال عرض المواد أعلاه أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الالتزام بالإعلام بطريقة مباشرة وبنص صريح في القانون المدني على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في القانون المدني بعد تعديله سنة 2016، ومثل ما تطرق له في قانون حماية المستهلك وقمع الغش لا سيما القانون 03/09 المعدل والمتمم، وهذا ما يدل على أن المشرع الجزائري لم يقرر الالتزام بالإعلام كمبدأ عام في النظرية العامة للعقد إنما اكتفى بتنظيمه كآلية حماية ضمن تشريعات حماية المستهلك.

¹ أحمد إبراهيم الحياوي، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني، مجلة القانونية، مملكة البحرين، العدد 11، 2022، ص 221.

المطلب الثاني: آليات مكافحة الاختلال العقدي

سنتناول في هذا المطلب آليات مكافحة الاختلال العقدي عبر فرعين هما :التوسع في مفهومي الغبن والاستغلال وذكر آليات مكافحة الشروط التعسفية، حيث يوضح هذا المطلب كل ما تبنته التشريعات الجديدة من مفاهيم موسعة ناجمة عن التطورات، وكذلك معرفة ما يفيد في التصدي للشروط التعسفية التي قد تضر بأحد أطراف العقد.

الفرع الأول: التوسع في مفهومي الغبن والاستغلال

لم يعد العقد يقوم على حرية الارادة فقط، إنما أصبح يتطلب التوازن والحماية والعدالة والشفافية وهو ما أدى إلى إعادة النظر في مفهوم الرضا بما يضمن توفير حماية أقوى للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وقبل التطرق إلى ما جاءت به القوانين في هذا الصدد لابد من التطرق إلى تعريف كل من الغبن والاستغلال .

ويقصد بالغبن "عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية بين الأطراف ، أما الاستغلال فيعني الاستفادة من ضعف أحد المتعاقدين على نحو غير مشروع ، بحيث يحقق الطرف المستغل (الذي مارس الاستغلال) على مزايا لا تتوافر للطرف الذي جرى استغلاله" ¹ . والغبن هو عدم التعادل واختلال التوازن العقدي بين من يأخذه العقد وما يعطيه أي غياب التوازن بين ما يلتزم به كل من الطرفين² أما الاستغلال فهو الجانب النفسي للغبن ، حيث يعتبر أكثر اتساعا وشمولا من الغبن³.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد لقد توسع القضاء الفرنسي في نظرية الغبن بعد ما كانت فرنسا متأثرة بالفكر الفردي في العصر الحديث ، إذ غلبت فكرة حرية التعاقد أو ما يسمى بسلطان الإرادة على مختلف القوانين ، مما أدى في تلك الفترة إلى تقليص نطاق الغبن في المعاملات وتضييق مفهومه ، ولم تكن تفرض عليه أي جزاءات إلا على سبيل الاستثناء أو تلك التي حددها

¹ بوكرزازة أحمد ، الغبن والاستغلال و اثرهما القانوني ، مجلة المعيار، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 25، العدد 62 ،سنة2021، ص 953.

² بن غريب رابح ، احكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعه جيجل ، المجلد 6 ، العدد 1، سنة2021، ص 474.

³ ين غريب رابح، المرجع نفسه ، ص 474.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

القانون ، وبعد تدخل القضاء وجد عدة حالات فيها غبن فاحش دون سند قانوني مباشر مما أسهم في تسريع تدخله لتنفيذ النظرية وحماية المغبونين واستقر على اعتبار الغبن الفاحش سببا مؤديا إلى انعدام السبب العقدي على أساس أن الالتزام الذي لا يجد ما يعادله لدى الطرف الآخر يعتبر التزاما مجردا من السبب ، بحيث يترتب عليه إمكانية إبطال العقد أو تعديل الالتزامات التي تجاوزت الحد المعقول¹ .

حيث يرى الفقه أن الغبن مرتبط بالاستغلال ارتباطا وثيقا من حيث أن الغبن يقع نتيجة استغلال طيش المغبون أو هواه الجامح ، ولهذا يعرف هذا العيب بعيب الاستغلال ، أما من حيث طبيعته الحقيقية فإن هذا العيب لا يقوم على فكرة الاستغلال وإنما يقوم على اختلال التوازن بين الطرفين حيث يسفر اختلال التوازن عن آثار سلبية جسيمة ، ويعد هذا الاستغلال عيب من عيوب الرضا ويقوم القانون على افتراض وجود عيب في رضا المغبون استنادا إلى مظهره الخارجي دون البحث في حقيقته الباطنية أو الغبن و الاستغلال كعيوب مستقلة في ذاتها ، وبناء عليه يشكل الغبن قرينة قضائية قوية على أن الرضا كان معيبا وغير سليم ، مما يؤدي إلى بطلان التصرف لقيام هذا العيب² .

هذا ونجد أن القانون المدني الفرنسي كان في أصله قائما على النزعة الليبرالية الفردية وسلطان الإرادة ، حيث كان الاتجاه الغالب حينها يرفض الأخذ بمبدأ الغبن ، حيث ساد تصور للعدالة مفاده أن ما تفرضه الإرادة يعد الأعدل ، حيث كان يرى أن التدخل في العقد يمس بالحرية التعاقدية وقد كشفت التطورات الاقتصادية أن هذه الحرية كانت وسيلة لهيمنة الطرف القوي على الطرف الضعيف ، لذا تدخل المشرع المعاصر لحماية المتعاقدين وتوسيع مفهوم العدالة العقدية ، وبالتالي أضحى الغبن والاستغلال محل رقابة قانونية تترتب عليها جزاءات من أجل حماية رضا المتعاقد الضعيف ، أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد تبنى المفهوم الضيق في بادئ الأمر ، إذ جرى التعامل معه على أنه إخلال مادي بحت دون تجريم أو عقوبة ، وقد عرف تطورا لاحقا نتيجة مبادرات تشريعية أولية ومنها مشروع 1920 المقدم من Guilbal و dupin .

¹ بن غريب رابح ، المرجع السابق ، ص 478.

² المرجع نفسه، ص 477.

وكذلك التعديل الجديد 2016 الذي تراجع فيه المشرع الفرنسي على الفكر الليبرالي ووسع حماية الفئات الضعيفة ونظم تبادل المعاملات الاقتصادية بما يكفل حماية المتعاقدين وصيانة حقوقهم أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تأثر بالقانون المصري و بالنزعة الاجتماعية الحديثة التي تحررت من المفهوم الضيق للغبن ، واتجهت نحو تبني النزعة الاجتماعية التي تقيد سلطان الارادة لحماية الطرف الضعيف ، ومن صور هذا التطور اتساع مفهوم الغبن وتجاوزه لحدوده التقليدية وتحوله من مفهوم الغبن إلى الاستغلال ، كما تم اعتبار حالات الضعف النفسي سببا يترتب عليه جزاءات قانونية كالإفلاس أو فسخ العقد ¹ .

هذا وتتجسد السياسة الحمائية للمتعاقد الضعيف في نصوص التشريعين الفرنسي والجزائري، وقد شهد الغبن والاستغلال بموجب المواد القانونية انتقالا من مفهوم ضيق إلى إطار حمائي أكثر اتساعا وهذا ما سنوضحه الآن:

وعليه نشير إلى المادة 90 من ق م ج التي تنظم نظرية الاستغلال أو ما يشار إليه في القانون بالغبن الاستغلالي ، وتشير هذه المادة إلى وجود خلل يقوم على ظلم واجحاف مالي ، حيث يتحقق ذلك عبر عدة صور أهمها استغلال المتعاقد الأقل قوة بحيث يخسر خساره فادحة ، وبالتالي تكون كلفة ما يقدمه أعلى بكثير من الفائدة المحققة له ، بحيث يوقع على العقد بغير وعي وتفكير كما أن الطرف الآخر يكون مدركا وعالما بموطن الضعف للمتعاقد الآخر، مما يدفعه لاستغلال هذا العيب لتحقيق مصالحه ومنفعته الخاصة ويتمثل السبب المباشر في الاستغلال فلولاها لما حدث الاختلال ، وعند تدخل القاضي وتقديره للوقائع وتثبتته من حقيقة ما حدث يكون أمام خيارين إما ابطال العقد أو تعديله ، بحيث يختار الحل الأنسب حسب ما لاحظته وعليه جاء النص على ابطال العقد المبرم نتيجة الاستغلال في القول :

"جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"²

¹ أسماء خليفي ، الغبن في القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي-دراسة مقارنة-، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية ، جامعة سكيكدة، الجزائر ، المجلد 6 ، العدد 3 ، ، 2022 ، 170 / 173

² نص المادة 90 ، من القانون المدني الجزائري.

ومن جهة أخرى يعتبر القانون الفرنسي في اصلاح 2016 من أهم الاصلاحات التي وسعت مفهوم الاستغلال وعدم التوازن العقدي وجاءت المادة 1143 بما يلي:

" توجد أيضا حالة اكراه عندما يستغل أحد الاطراف حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر تجاهه فيحصل منه على التزام ما كان ليبرمه لولا هذه الحالة من الضغط ويستفيد من ذلك بميزة مفرطة بصورة واضحة " ، وقد كُتب النص الأصلي باللغة الفرنسية وعليه بينت هذه المادة صور الإكراه وعناصره وقد تم توضيح أن الإكراه لم يعد يقتصر على صورته التقليدية ، بل امتد ليغطي الضغط النفسي والاقتصادي وتستلزم المادة توافر حالة الحاجة أو الضعف أو تبعية وأن تتوفر النية في الاستغلال ، وتظهر الرابطة السببية في الاستغلال الذي يعد سببا مباشرا لدفع الطرف الضعيف للقبول بالالتزام ، حيث تنتهي هذه الحالي إلى تحقيق منفعة مفرطة بشكل ظاهر ومجاف وغير عادل لصالح الطرف المستغل ، مما يؤدي إلى اختلال توازن العقد¹ .

هذا ونصت المادة 1169 من نفس القانون على ضرورة تحقق عنصر الجدية بصفة صريحة ، حيث توضح أن العقود التي تقوم على تبادل الامتيازات والمنافع لا تكون صحيحة قانونا إلا إذا توفر مقابل ذو طابع حقيقي وجدي ، ويبطل العقد بطلانا مطلقا في حال تخلف المقابل الجدي أو غيابه وعليه فإن توسع في مفهوم الاستغلال والغبن ظهر من خلال هذا النص ، حيث لم يعد اثبات العيوب النفسية التقليدية شرطا لبطلان العقد بل عمل على توضيح أن مجرد أي خلل وعيب مادي واضح يعد أمرا كافيا من أجل الحكم بعدم صحة التصرف وبطلانه² .

كما توسعت المادة 1171 كذلك من نفس القانون كذلك في حماية المتعاقد الضعيف وأقرت بفكرة الاختلال الجسيم كرسنها ، حيث وضحت أن ما يؤدي إلى اعتبار الشرط غير مكتوب هو وجود شرط يخل بالتوازن الذي يكون بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ، وعلى هذا الأساس تعد هذه المادة أحد أبرز مظاهر الحد من مبدأ سلطان الإرادة³ .

¹ Article n° 1143 c c f (2016-131 de 10/02/2016) : « l y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

² A n° 1169 c c f : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »

³ A n° 1171 c c f : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

الفرع الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية

الشرط التعسفي هو بند تعاقد يفرض على المستهلك ويكون صادر من المهني، وذلك راجع لتوسع المهني في استعمال سلطته بشكل تعسفي، والذي يتعزز نتيجة المكانة الراجحة والمهيمنة التي يحوزها المهني هذا من ناحية العلاقة العقدية.

وعرف الشرط التعسفي من زاوية أسلوب فرض الشرط التعسفي بأنه : شرط يحرر من الشخص ذو القوة الأكبر (المتعاقد) ، بحيث يكون جاهزا قبل التعاقد والذي يتمتع من خلاله الطرف الآخر بميزة تفوق الحد المقبول تعاقديا وتكون ميزة مفرطة مبالغ فيها ، مما ينجم عنه اختلال في التوازن العقدي بين أطراف العقد ، وهو ما يحدث اختلالات بين حقوق والتزامات الطرفين المهني والمستهلك وهذا من جهة أثره على توازن العلاقة العقدية ، أما بالنسبة لتعريف الشرط التعسفي من الناحية التشريعية نجد أن المشرع الجزائري لم يضع تعريف محدد لكن نجد أنه خول للقاضي إمكانية تعديل العقد أو إلغائه وهذا بالنسبة لما جاء به للقانون المدني الجزائري¹.

وعرفته المادة 3 من القانون 02/04 بأنه : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"².

ويعد القانون 02/04 الصادر سنة 2004 بمثابة الخطوة الأساسية المتعلقة بالإصلاحات التعسفية والممارسات فيما يتعلق بالممارسات التجارية ، حيث تم تعديل هذا القانون بالقانون 10/06 الصادر سنة 2010 ، الذي كرس مبدأ وضع الجزاءات القانونية على كل من يخالف الأحكام

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

¹ الوافي عبد الرزاق ، غريسي جمال ، الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 02 / 04 ، مجلة ايليزا للبحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 6 ، العدد خاص، سنة 2021، ص301.

² قانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27/06/2004، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06/10، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18/10/2010، المادة 3 منه.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

وكل من يباشر سلوكيات تعاقدية مجحفة تخل بمصالح المستهلك الضعيف وصدر المرسوم التنفيذي 306/06 بعد ذلك سعيا للحد من الشروط المجحفة في العقود و العمل على تحديد البنود التي تعتبر تعسفية ، وذلك من خلال فرض شروط تتعلق بتضمين بيانات محددة ضمن بنود العقد بحيث تضمن مصلحة المستهلك هذا وجرى تأسيس لجنة المقتضيات التعاقدية المجحفة (البنود التعسفية) ، بموجب المرسوم 306 / 06 المعدل بالمرسوم 44/08 لسنة 2008 ، والتي تضطلع بالبحث في مضامين العقود لكشف البنود المجحفة في العقود وتحليل كل خبرة تتصل بكيفية تنفيذ العقود على المستهلكين ، حيث تتكون اللجنة من أعضاء مختصين في القانون كما لها أن تنظر في العقود من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من وزير التجارة أو الهياكل التنظيمية والجمعيات المهنية والجمعيات المدافعة عن مصالح المستهلك ، وهذا فيما يتعلق بالحماية الإدارية أما على صعيد الحماية القضائية فتتمثل في الحد من التجاوزات في الممارسات التجارية ومنعها وإثارة الدعوى العمومية ، وكذا العقوبات ذات الطابع المالي والجزائي ، إلى جانب حق التعويض باعتباره جبرا لما لحق من ضرر ، إضافة إلى ضرورة توفر الصفة والمصلحة اللتان تعدان من الشروط الأساسية¹ .

ويستفاد أن الحماية في مجال مكافحة الشروط التعسفية تنصب على الطرف الضعيف باعتبار أنه الطرف الوحيد المعني بها² .

كما تعتمد المبادئ العامة في مواجهتها للشروط التعسفية على مبدأ سلطان الإرادة في ضوء مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، حيث ترمي إلى تكريس وحماية التوازن العقدي وتضع حدا للتعسف انطلاقا من نظرية السبب التي تعمل على ابطال الالتزام تأسيسا على سبب غير مشروع

¹لعوامري وليد ، الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في التشريع الجزائري ، مجلة الشريعة والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة1، المجلد 3 ، العدد 5 ، سنة2014، ص ص 279 / 284.

² نويس نبيل وآخرون ، مكافحة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي في التشريع الجزائري ، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية المركز الجامعي سي الحواس بركة ، المجلد2، العدد 2 ، 2019، ص 277.

ونظرية الغبن التي تقوم على اختلال التناسب بين العوضين فيما يتعلق بعقد المعاوضة ، وكذلك الاحتجاج بمبدأ حسن النية وفقا لما ورد في القانون المدني الجزائري في المادة 107¹.

وقد منح المشرع للقاضي سلطة مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاذعان إذ خوله سلطة استثنائية تمكنه من تعديل هذه الشروط أو التوصل منها (إعفاء الطرف المذعن منها) متى تبين له أنها تحدث اختلالا في التوازن العقدي أو تلحق به ضررا غير مبرر ، كما يجوز له إضفاء التفسير على العبارات الغامضة مع الأخذ بعين الاعتبار مبادئ العدالة ، وتعد هذه السلطة سلطة تقديرية ذات طابع جوازي أي أن القاضي يعمل به حسب تقديره متى شاء تطبيقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري ، وتعد معيارا غير ثابت يتسم بالمرونة أي أن المشرع جعل القاضي حرا في ممارسة سلطته التقديرية ، حيث لا يكون محل رقابة المحكمة العليا مادام ملتزما بمقتضيات العدالة ، ويرى الفقه أن القاضي لا يتدخل في الشرط من تلقاء ذاته ، وذلك صونا و احتراماً لمبدأ حياد القاضي في نظر النزاع ، أما بالنسبة للسلطة التفسيرية التي يتمتع بها حيث يعمل على تفسير ما يثير الشك من عبارات غامضة ، كما يسعى إلى البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة² .

ونظرا لما قد تتسبب به الشروط التعسفية من اختلال في التوازن العقدي تدخل كل من المشرع الجزائري والفرنسي بوضع نصوص قانونية تهدف إلى التصدي لها و صون الطرف الضعيف، وعليه سيتم التطرق فيما يلي لأهم هذه المواد.

¹ بوعكاز خليل ، الحاج علي بدر الدين ، مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، المركز الجامعي مغنية، المجلد 7 ، العدد 1 ، 2022، ص 1642/1644.

² زكور فوزية ، بو عامر أم كلثوم ، الآليات القانونية و المؤسساتية لمكافحة الشروط التعسفية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق، المركز الجامعي الشيخ المقاوم امود بن مختار ايليزي، 2023، ص 26 30.

البند الأول: القانون المدني الجزائري

نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على جواز القاضي بتعديل الالتزامات التعاقدية أو عدم إلزام الطرف المذعن من الالتزامات التعسفية في القول : "جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها"¹ .

ووضحت المادة 112 أنه يفسر الغموض في العبارات لمصلحة المدين في حال غموض بنود العقد ، وعليه يتبين من خلالها أن القانون يحد من تعسف الطرف القوي ويعاقبه جراء قيامه بتحرير العقد بعبارات يكتنفها الغموض والابهام وعدم الوضوح ذلك قصد صون مصالح الطرف الضعيف من خلال التفسير² .

هذا وتمنح المادة 30 من القانون 02/04 السلطة التنظيمية حق التدخل لمنع شروط معينة وابطالها في العقود ومن خلال استقراء المادة ، يتبين أنها مادة ذات وظيفة حمائية وتوجيهية بناء على عنوان الباب المصنفة تحته والمسمى بالمخالفات والعقوبات ويستفاد من نص المادة أنها تسعى لصون حقوق المستهلك ، وعليه يظهر اعتراف المشرع بالمقاربة الحديثة التي تقر بضعف المستهلك وبداية سير المشرع على النهج الحديث³ .

البند الثاني: القانون المدني الفرنسي

حددت المادة 1171 من القانون المدني ضوابط و أسس تنظيمية ترمي إلى حماية الطرف الضعيف وتستمد قابليتها للتطبيق حصرا في اطار عقود الإذعان ، كما ركزت على الشروط التي يضعها الطرف القوي في نموذج العقد دون أن يمنح للطرف الآخر فرصة التفاوض من أجل تعديلها ومناقشتها ، ويعد التوازن المنحرف الغير مبرر مؤشرا لظهور التعسف ، وبالتالي يستخلص من نص المادة أن المشرع قرر الجزاء القانوني الواجب التطبيق والمتمثل في عدم الاعتداد بالشروط

¹ المادة 110، من القانون المدني الجزائري .

² المادة 112 القانون المدني الجزائري التي نصت على: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

³ نصت المادة 30، من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على ممارسات التجارية على ما يلي " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه".

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

التعسفي بالقول "يعتبر كان لم يكن" ، كما وضعت بعض الاستثناءات التي لا يحق فيها للقاضي أو المستهلك الدفع بوجود تعسف¹ .

كما وضحت المادة 1170 أن كل شرط يحول دون تحقق المضمون الحقيقي للالتزام العقدي يعتبر باطلا ، وذلك بهدف حماية المصالح التعاقدية للطرف المتعاقد ، وذلك من خلال القول "يعتبر كأن لم يكن كل شرط يحرم الالتزام الجوهري للمدين من مضمونه"² .

إضافة إلى ما تم ذكره سابقا حددت المادة 212 في الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك الفرنسي المعيار الأساسي للشرط التعسفي، ووضحت أن كل ما من شأنه المساس بالتوازن ببيان الحقوق والالتزامات بصورة ترجح كفة المهني على حساب المستهلك يعد شرطا تعسفيا باطلا .

كما وضحت آلية وقت وكيفية تقييم الشرط على أساس أن التقدير يتم وقت انعقاد العقد مع مراعاة كل الظروف والملابسات المحيطة بالعلاقة التعاقدية، ومن الاستثناءات الهامة التي جاء بها نص المادة هي منع النظر في مدى تعسفية الشرط في حالة إذا ما تعلق الأمر بالمحل الرئيسي للعقد أو الانصاف في تحديد المقابل المالي، شرط أن تتسم بالوضوح والشفافية والنزاهة في عرض المعلومات التعاقدية، وحددت المادة القائمة الرمادية للشروط التعسفية وقرينة الإثبات.

بالنسبة للقائمة الرمادية تضمنت الشروط التي يفترض أنها تعسفية ، حيث تحدد هذه القائمة بموجب مرسوم يتم العمل به بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية ، وتعني قرينة الإثبات حسب هذه المادة وقوع عبء الإثبات في حال النزاع على عاتق المهني ، بحيث يتوجب عليه تقديم دليل على أن الشرط المفترض هو شرط تعسفي³ .

وعليه في نهاية المطاف يتضح من خلال مختلف التشريعات سواء القانون المدني الجزائري أو القانون المدني الفرنسي وقوانين حماية المستهلك التي تم ذكرها أعلاه أن المشرع عمل على حماية وصون الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وذلك من خلال اعتبار الشرط التعسفي باطلا متى أحدث خلا جسيما وتفاوتا صارخا بين المراكز القانونية للمتعاقدين، وهذا ما يبرز الإصلاحات

¹ A n° 1171 C C F.

² A n° 1170 C C F qui propose : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

³ AL21/1 **code de la consommation français** partie législative nouvelle disponible sur le site wipo lex wipolex-res-wipo.int 20/5/2026.

الجوهرية التي طرأت على المنظور التعاقدي من أجل تعزيز العدالة والوصول إلى قدر من الإنصاف والتوازن.

المطلب الثالث: التحولات الشكلية والرقابة القضائية على العقد

سندرس في هذا المطلب فرعين وذلك من أجل تبيان التغيرات الطارئة على العقد والتدخلات القضائية، حيث سنتناول في الفرع الأول التحول من الرضائية إلى الشكلية، ونبين في الفرع الثاني سلطة القاضي في تعديل أو ابطال العقد.

الفرع الأول: التحول من الرضائية إلى الشكلية

في الأصل كانت الإرادة الخالية من العيوب والقائمة على الإدراك والاختيار هي القاعدة التي يستند إليها التصرف القانوني ، وقد حظي سلطان الإرادة بأهمية كبيرة ومكانة جوهرية حتى عد المبدأ المهيمن في المجال التعاقدي والتعاملات القانونية ، و لم يكن التعبير عن الإرادة حينها يتطلب شكل معين بل كان يمكن أن يصدر بأي شكل لفظا أو كتابة أو إشارة أو بأي صورة أخرى أو اتخاذ أي موقف يدل عليه وفي مطلع القرن العشرين باشر التطور ظهوره ، بحيث أصبح الوضع مختلفا تبعا لظهور أفكار قانونية ومبادئ جديدة ومستحدثة أدت إلى انحصار وتقلص مبدأ سلطان الإرادة وتراجع مكانته في المجال التعاقدي ، حيث ظهرت المبادئ ذات الطابع الجماعي التي تعمل على تنظيم العلاقات الجماعية ومبادئ العدالة والمساواة ، وتم العودة للشكلية خاصة في القوانين المدنية والعقود التجارية ، ويعتبر الميل نحو الشكلية استبعادا للأصل القائم على الرضا و خروجا عن الأصل العام نتيجة أسباب مستمدة من السياق الطبيعي للحياة الاقتصادية وما تفرضه المعاملات من متطلبات ومقومات جراء الاستجابة لتطور الحياة وأهمية التكيف مع خاصية السرعة والائتمان ، ولم تعد الشكلية تعني التقيد والالتزام ، حيث أصبحت تسهم في تطوير البيئة التجارية ولها صور منها شكلية رسمية وشكلية عرفية لا بد أن يلتزم التجار بمراعاتها في معاملاتهم ومن العقود عقد الشركة والسندات التجارية وعقد المحل التجاري وغيرها من العقود ويستلزم في

إبرام هذه العقود احترام شكلية محددة والتقيّد بها و إلا تكون باطلة قانوناً ولا يترتب عليها أي أثر قانوني¹.

تعمل الشكّلية على ضمان وصون مصالح الأفراد والمحافظة عليها وعلى المصالح الجماعية ذات الطابع العام للمجتمع، وتنقسم إلى فرعين منها أن الشكل وسيلة لصون المصالح الخاصة ومنع الأضرار بها أي أنه يحمي المتعاقدين، وذلك بضمان توافر الظروف المناسبة من أجل التصرف بإرادة حرة ومستتيرة ولتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي والحفاظ عليه سعياً لحماية الطرف الضعيف وتحديد الالتزامات وتوفير للأطراف وقتاً محدداً للتفكير قبل إبرام التصرف (التعاقد) (التصرف القانوني).

وتعد وسيلة قانونية للإثبات وإقامة الدليل الخاص بوجود العقد في حالة النزاع، ويعد الشكل وسيلة لحماية المتعاقدين الآخرين، وذلك بحماية المتعاملون الاقتصاديون المتمثلون في كل من الصناعيين والدائنين والتجار وتمكن الدائنين من معرفة كل ما قد يضر بحقوقهم وتمنحهم حق صلاحية الاعتراض وتوفير أدوات الائتمان التجاري من أجل منح الأمان للغير وتعزيز الثقة والاستقرار بإعلام الغير بوجود الشركة التجارية وتعريفه بها.

ويهدف لحماية الغير حسن النية وذلك نظراً لمكانته في المعاملات التجارية مما دفع المشرع إلى بذل الجهود الحمائية ، وكسب ثقته والفوز بها خصوصاً بعد التغيرات الحاصلة ، ويتمثل الفرع الثاني للشكّلية في أنه وسيلة لتحقيق حماية المصلحة العامة للمجتمع ، وذلك باعتباره الأداة الرامية لإرساء المصلحة ذات الطابع العام ، ويظهر ذلك في ترسيخ استقرار المعاملات ذات الطابع التجاري وتحقيق العدالة إلى جانب مساهمته في تسهيل إجراءات التعاقد ، وذلك أن اشتراط الشكّلية والالتزام بها من شأنه أن يضمن دقة أكبر في المعاملات ، مما يحول دون وقوع النزاعات بين الأفراد ويخفف من وطأة النتيجة ، كما يضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية ويوفر وسيلة

¹خيرري دليّة ، صديق جهاد ، مبدأ سلطان الإرادة والشكّلية في المواد التجارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة ، الجزائر ، 2020 ، ص 1.

اثبات مسبقه ، مما يعزز من تقليل النزاعات ، ويحقق الاستقرار في المعاملات ويسهم بفاعلية في تسيير العلاقات العقدية وتبسيطها قصد دعم الائتمان التجاري وتقويته .¹

ويقصد بالشكل الأسلوب الذي يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة ، بحيث يعد عنصرا أساسيا وجوهريا في العقد وفي بعض التصرفات القانونية و تنعكس من خلاله إرادة الشخص في صورة محددة يقتضيها القانون ، ويترتب على تخلف هذا الشكل عدم إنتاج التصرف لأي أثر قانوني.²

بما أننا قد ذكرنا تعريف الشكلية فلا بد من أن نوضح الأهداف المرجوة منها والمتمثلة في سعي المشرع إلى حماية الأشخاص من خلال إلزام المتعاقدين بالنقيد بالمتطلبات الشكلية، إضافة إلى حماية وصون المصلحة التي تعود بالنفع على المجتمع ككل، كما تعد الشكلية حماية إضافية مقررة للرضا ، يهدف من خلالها المشرع إلى إقامة الدليل على انعقاد العلاقة العقدية، كما تؤمن للمتصرف سبل إثبات حقوقه المترتبة على تصرفه ، و يهدف المشرع من خلالها على تنبيه واطار ذوو العلاقة العقدية بأهمية وخطورة التصرف .³

واعتبر المشرع الجزائري الشكلية كاستثناء على الرضائية بعد ما كان يأخذ بمبدأ الرضائية فقط ويوضح أن العقد لا يكتسب صفته القانونية الا بتوافق ارادتي المتعاقدين، وتظهر الشكلية من خلال اعتبار الرسمية ركنا مهما وشرطا جوهريا في الأعمال ذات الطبيعة القانونية.

وعليه يتبين أن الشكلية الحديثة تضمن سلامة إرادة الطرفين ، وتضمن خلو الرضا وتؤمن سلامته عكس الشكلية القديمة التي كانت تقوم على الاعتداد بالمظهر فقط دون المراعات لإرادة الأطراف.⁴

¹ خيرى دليلة ، صديق جهاد ، المرجع السابق ، ص 52 .

² خالد أبو طه ، أحمد حسنية ، الشكلية في العقود التجارية -دراسة تحليلية-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة ظفار، سلطنة عمان، المجلد 13 ، العدد 1 ، 2020، ص 106.

³ خالد أبو طه ، أحمد حسنية ، المرجع السابق ، ص 107.

⁴ شلابي مشرية ، الشكلية في التصرفات القانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص أساسي ، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018، ص 7.

البند الأول: أنواع الشكلية

وتأسيسا لما تقدم من تحديد لمفهوم الشكلية، وبيان الأهداف المرجوة منها وقبل الخوض في تحليل النصوص القانونية التي نظمت مظاهر الشكلية الحديثة يغدو من اللزوم المنهجي الوقوف أولا على أنواع هذه الشكلية وهو ما سنفصله في الآتي:

أولا: الكتابة الرسمية

" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"¹.

ثانيا: الكتابة العرفية

هي الكتابة التي لا يتولى تحريرها الأشخاص المكلفين بالخدمة العمومية من ضباط عموميين وموظفين ، إنما تتم مجرياتها من قبل أطراف العقد ، بحيث يوقع الطرفان على السند أو يتم التوقيع من قبل من ينوبهم ، وهو الشكل الذي اشترط فيه المشرع وجود بعض التصرفات القانونية لكنه لا يتدخل في كيفية إعداده ² .

ثالثا: الكتابة الإلكترونية

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام الكتابة الإلكترونية وشرح أبعادها في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 ومن هنا نحن نستنتج من خلال استقراء هاذين النصين القانونيين

¹ نص المادة 324، من القانون المدني الجزائري.

² بوطبة نسرين ، الشكلية في عقد الترخيص بإستغلال العلامة التجارية في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوت 1955 ، سكيكدة ، 2018 ، ص19.

التعريف التالي : " الكتابة الإلكترونية هي كل تسلسل لحروف وأرقام أو رموز ذات معنى مفهوم دون تقييدها بشكل أو وسيلة معينة ، وتتساوى مع الكتابة الورقية في الحجية متى تضمنت التأكد من هوية وسلامة حفظها من التعديل " ¹.

البند الثاني: النصوص القانونية التي أوضحت ملامح تطور العقد

يعد التحول من الرضائية إلى الشكلية من أبرز ملامح التطور الذي شهدته النظرية العقدية الحديثة وهو ما كرسه كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي من خلال عدة نصوص قانونية سيتم التطرق إليها فيما يلي:

وضح المشرع الجزائري مبدأ الرضائية في المادة 59 من ق م ج، حيث وضح فيها أن العقد ينعقد فور تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين وتفرض المادة 324 مكرر 1 الالتزام بالشكل الرسمي على العقود والاتفاقيات واحترام الأوضاع والمتطلبات الشكلية ، إذ أنه لا يصح العقد العرفي فيها وتشمل هذه العقود عقود نقل الملكية ذات الطابع العقاري والحقوق المرتبطة بالأموال العقارية والمحلات التجارية أو الصناعية ، وكذلك الأسهم وحصص الشركاء في الشركات وعقود الإيجار المتمثلة في عقود الانتفاع مقابل البذل ، وتدل العبارة : " تحت طائلة البطلان" أنه إذا تم إبرام أي عقد من العقود التي ذكرتها أعلاه بشكل عرفي فإن العقد يعتبر باطلا بطلنا مطلقا. ²

واشترطت الكتابة في عقد الشركة ويعد هذا تطبيقا لإعمال مبدأ الشكلية و أحد متطلبات الانعقاد والاثبات ، وتحتوي المادة 333 على القواعد لطرق الإثبات بشهادة الشهود في المسائل المدنية كما تحدد النصاب المالي المطلوب قانونا الذي يسمح فيه بالاحتكام إلى هذه الوسيلة ، حيث وضحت أنه لا تقبل شهادة الشهود كدليل للإثبات ، إذا زادت قيمة الالتزامات عن 100,000

¹ نصت المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1، من القانون المدني الجزائري علي مايلي:

المادة 323 مكرر بأنه " 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".

المادة 323 مكرر 1: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

² المادتين 59 و 324 مكرر 1 ، من القانون المدني الجزائري.

دينار جزائري أو إذا كانت غير محددة ومضبوطة ، وعليه في هذه الحالة يكون لازما الاعتماد على الكتابة في الإثبات¹.

أما في القانون الفرنسي فتتص المادة 1172 على أن أصل العقود رضائية ، في حين تستثنى العقود الشكلية لتخضع للاشتراطات الشكلية والضوابط التي يفرضها القانون ويفهم من المادة 1173 أنه إذا توافر التراضي بين أطراف العقد فإن عدم استيفاء للكتابة أو التسجيل لا يبطله بل يظل صحيحا منتجا لأثاره بين الطرفين لكنه فقط يصبح صعب الإثبات².

وعليه في النهاية نلاحظ من خلال استقراء كل مواد القانون الفرنسي والجزائري أن الشكلية تعد استثناء فرضته التشريعات الحديثة على الأصل الذي يقوم على مبدأ الرضائية في سبيل كفالة المتعاقدين وتوفير الحماية لهم ولضمان استقرار معاملاتهم وتعد هذه الخطوة تحولا مهما في نظرية العقد واصلاحا بارزا ذو مكانة مهمة، حيث أصبحت الشكلية فيها أداة احترازية ووسيلة ضمان تكفل الأمان.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أو إبطاله

منح القانون للقاضي خلال مرحلة إبرام العقد سلطة محددة بتدخلات معينة في ادخال تعديلات أو إنهاء العقد وحتى صلاحية مراجعته ، حيث يقوم هذا الأخير بالقيام بالمهام التي عدناها أعلاه من خلال القيام بأمرين ، تعديل العقد المتأثر بالغبن والاستغلال أو من خلال تعديل الشروط التعسفية لعقود الإذعان أو إلغائها حماية للطرف المذعن³.

وتعتبر سلطة القاضي في تعديل العقد سلطة ذات صبغة وقائية ، حيث يتدخل القاضي لتعديل العقد في حال الغبن والاستغلال إذا ما قام الشخص المغبون باللجوء للقضاء بطلب ابطال التصرف حيث يحق للقاضي بموجب سلطته أن لا يعتد بالإبطال ويتوجه لممارسة التعديل عملا

¹ المادة 333 فقرة 1، من القانون المدني الجزائري التي نصت على: "ي غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

² A 1172/1173 C C F.

³ ربيعة ناصيري ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، مجلة القانون العقاري و البيئة ، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، المجلد 9 ، العدد 1 ، 2021 ، ص 119.

بالتحديثات الطارئة على العقد ، وخاصة في منظور المشرع الجزائري يمكن للقاضي أن يختار بين انقاص أو زيادة الالتزامات أو ابطال العقد ويتدخل هذا الأخير من أجل الوصول إلى حالة من التوازن واعادته إلى العلاقات العقدية لتتسم بسمات التوازن وهذا من أجل تعديل ما يسمى بالشروط المجحفة في حق الأطراف ، حيث يعمل على تعديل عقود الاذعان الظاهر عليها التعسف¹.

وتعد سلطة القاضي في تعديل العقد من أهم الموضوعات المعقدة التي تحمل طابعا غير مبسط و التي لطالما تعرضت لعدة جدالات حيث تعد من الموضوعات ذات الطابع الصعب ، باعتبار أنها تنصب على العقد وعند قول العقد نقصد كل أنواع العقود².

أما بالنسبة لسلطة القاضي فتمتد كذلك لتشمل مرحلة تنفيذ العقد ، وكذلك يتدخل القاضي في الآجال والظروف الطارئة ، بحيث يخول له بمقتضى السلطة الممنوحة له أن يعمل على تحقيق التوازن بين طرفي العقد وله أن يقوم بالانقاص أو الزيادة أو وقف التنفيذ أو حتى الفسخ والتدخل عند الافراط في الشرط الجزائي أو حالة الغش³.

ويتدخل القاضي لتعديل العقد عند الابرام ، وذلك حين قيام أحد الطرفين باستغلال الطرف الآخر للقيام بتحقيق منفعه الشخصية ، ولتحقيق استفادة غير عادية ، حيث يصيب العقد عدة شروط مجحفة تحمل الطرف الضعيف التزامات تفوق قدرته وطاقته وله أن يتدخل في حال الاحتكار مما يؤدي إلى الاذعان أو الامتناع عن التعاقد ويتدخل عند حدوث ظروف مستعجلة خارجة عن ارادة الطرفين وغير متوقعة في حال تنفيذ العقد ، مما تتسبب في خسائر بالغة ، حيث يتدخل القاضي حسب الظروف لتنظيم احكام العلاقة العقدية⁴.

¹ نورة سعداني ، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 1، العدد 2، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر ، 2015، ص 29

² حميد بن شنييتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، المجلد 34 ، العدد 2 ، جامعة الجزائر ، ص 676.

³ حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص 479.

⁴ عبيد ناجة ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر الصديق، تلمسان ، 2016 ، ص 6.

ومن الدلالات التي تؤكد تكريس سلطة القاضي في تعديل العقد في مختلف التشريعات ما خوله له المشرع الجزائري من صلاحية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفق المادة 107 من ق م ج.

وسلطة تخفيض مبلغ التعويض طبقا للمادة 184 من القانون المدني الجزائري ، وكذا تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري¹.

كما أقر المشرع الفرنسي إمكانية طلب تعديل العقد باتفاق الطرفين وفق المادة 1195 من ق م ف ، ومنح القاضي سلطة تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي وفق المادة 1231.5 من القانون ذاته².

وفي الأخير نود أن نوضح أننا تناولنا تدخل القاضي في تعديل العقد كأخر فرع من فروع الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التكوين إضافة إلى أننا قمنا بالإشارة إلى تدخلاته في مرحلة التنفيذ، أما بالنسبة للتعمق في هذا العنصر لا بد من أن نوضح أنه قد سبق بيان الحالات التي يتدخل فيها القاضي لتعديل العقد ضمن المطالب والفروع السابقة .

المبحث الثاني: الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التنفيذ

شهدت نظرية العقد تطورا ملحوظا بفعل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي أفرزت أنماطا تعاقدية جديدة الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل وإدخال جملة من الإصلاحات على العلاقة التعاقدية، بهدف تعزيز الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة، وتحقيق أكبر قدر من العدالة والتوازن العقدي.

ومن بين الإصلاحات التي مست العقد تبرز الإصلاحات المتعلقة بتنفيذه، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين جوهريين، حيث نناقش في المطلب الأول المبادئ التوجيهية لإصلاح توازن العقد في حين ندرس في المطلب الثاني ضمانات التنفيذ المباشرة والوقائية.

¹ المادتين 184 و 110، من القانون المدني الجزائري.

² A n° 1195 et 1231-5 C C F.

المطلب الأول: المبادئ التوجيهية لإصلاح توازن العقد

في هذا المطلب سيتم التطرق إلى فرع أساسي متمثل في حسن النية في إبرام العقد المتمثلة في الشفافية والصراحة بين أطراف العقد، وفرع آخر عنوانه نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: مبدأ حسن النية في إبرام العقد

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يحرص القانون على تكريسها لما له من دور في تحقيق العدالة وحماية القانون والوقاية من كل ما من شأنه المساس بسلامتها ويعد من المبادئ الأساسية ذات الأهمية البالغة في مجال العقود ويلتزم هذا الأخير بتنفيذ كل ما يقع عليه من التزامات نظرا لاختلاف مصادرها أي أنه يفوت حدود تنفيذ العقود فقط.

ومن أجل تحقيق التوازن العقدي أكد المشرع الجزائري على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية أثناء مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية ولا يقتصر نطاق هذا المبدأ على مرحلة التنفيذ فحسب ، بل يشمل أيضا مرحلتي تكوين العقد وتفسيره وهو ما استقر عليه كل من التشريعين الفرنسي والجزائري، ولابد من أن نشير إلى أن موقف المشرع الجزائري تأثر بموقف المشرع الفرنسي في أغلب الأحوال وينطبق ذلك أيضا على مبدأ حسن النية ، حيث أن عدم وجود نص صريح في القوانين حول مبدأ حسن النية لا يفهم منه بالضرورة عدم سريانه على بعض المراحل كمرحلة إبرام العقود وتفسيرها .

وقد ذهبت بعض الأسس القانونية ومنها القضاء والفقه الفرنسي إلى أن حسن النية أحد الركائز القانونية الأساسية والجوهرية التي تلازم العقد في كافة أطواره ، إذ يمتد نطاقه إلى ما قبل التعاقد ومرحلة انعقاد العقد ، ورغم أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على إخضاع مبدأ حسن النية لتحليل قانوني مستقل قبل مرحلة تنفيذ العقد ، إلا أن مقتضيات هذا المبدأ تقتضي أن تقوم العلاقة التعاقدية على حسن النية والنزاهة منذ بدايتها فسلامة تنفيذ العقد ترتبط بسلامة تكوينه على اعتبار أن ما لم تراخ فيه الاستقامة منذ البداية فلن يستقيم فيما بعد .

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة سريان مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد ، وعليه يتبين أن مبدأ حسن النية يتعدى حدود مجرد التنفيذ ، ولا ينحصر عليه فقط ويشكل هذا الأخير وحدة متكاملة يظهرها العقد بوصفها تجسيدا لروح واحدة مبنية على قوام

الصدق والشفافية والصراحة والأمانة في سياق عملية نقل المعاملات بين المتعاقدين ومرجع الضمير والانصاف عند تفسير وتوضيح أي غموض مبهم قد تطرأ عليه¹.

و يلاحظ أن تطبيق مبدأ حسن النية في التشريع الفرنسي قد ارتبط أساسا بمرحلة تنفيذ العقد دون أن يمتد إلى المراحل السابقة أو اللاحقة على التنفيذ ، حيث لم يرد أي نص صريح في القانون الفرنسي دال على الزام المتفاوضين بالتفاوض وفق مبدأ حسن نية وبعد اهتمام المشرع الفرنسي بدراسة المفاوضات التحضيرية للعقد جرى إدراج مبدأ حسن النية في اطار المبادئ العامة من منظور القانون الوضعي ، حيث يدل ذلك على أن مبدأ حسن النية لم يعد محصورا على مرحلة التنفيذ وحدها ، إنما روعيت تطلعاته في الحساب منذ انطلاق التفاوض على العقد ، وذلك للالتزام بالصدق والتعاون والأمانة والاحاطة التامة والالمام بكل الجوانب المتعلقة بالعقد ، حيث حسم الأمر هذا في تعديل القانون المدني لسنة 2016 ، كما كرس المشرع الفرنسي مبدأ الإرادة الحرة في التعاقد الذي يقرر حرية واسعة للمتعاقدين في ابرام العقود ، وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج ، وبالتالي اغفل المشرعين عن تنظيم العملية التفاوضية ، وبالتالي أصبح من الحتمي الرجوع إلى القواعد العامة².

ويعد واجبا للالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية ومستلزماته وكل ما يترتب عليه سعيا لتحقيق الأهداف والغايات المنشودة التي يسعى العقد لها، ولا بد من مراعاة هذا المبدأ في كل من المراحل العقدية على الرغم من اختلاف طبيعة الطلب الموجه للمتعاقد بين مرحلتي التفاوض أو الإبرام ومرحلة التنفيذ أو الانهاء من جهة أخرى، هذا ويرتبط مبدأ حسن النية بالقوة الالزامية للعقد بناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يدل على أن العقد بمثابة القانون الحاكم³.

¹ بالعربي بشير ، ملاس شعيب ، مبدأ حسن النية في العقد ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، ص ص 18 20.

² مزي ليديا ، مزياني زينة ، مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص شامل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، 2022 ، ص ص 12 13.

³ أحمد القاضي ، مبدأ حسن النية في العقود الإلكترونية ، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، الجامعة العربية الامريكية، المجلد 11، العدد 1، 2026، ص ص 293، 294.

كما يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي تكفل ضمان الشفافية والثقة بين المتعاقدين في ظل التطور التقني الساعي للتعاقد الكترونيا عبر المنصات والوسائل الالكترونية ، حيث يتضمن الإفصاح التام عن المعلومات ذات الصلة بالعقد والامتناع على ما يحد من مصداقية الحقائق ويضعفها ويشك فيها وكل ما يضر بالطرف الآخر ويعمل على التأثير عليه ¹.

ولعل ما يكمل حسن النية هو الامتثال لبعض الواجبات التي تفرضها مرحلة التفاوض ، وعليه لابد من الالتزام بالإعلام من خلال الإحاطة بكافة التفاصيل المتعلقة بالعقد أو الإفصاح عنها من بيانات قد تؤثر على قرار الطرف الآخر ، وكذلك الالتزام بالكتمان من خلال احترام مبدأ السرية سواء في حال إبرام العقد أو عدم إبرامه في حال اتمام العقد من بيانات قد تؤثر على قرار الطرف الآخر ، وكذلك الالتزام بالكتمان من خلال احترام مبدأ السرية سواء في حال إبرام العقد أو عدم إبرامه ، وتعني الحفاظ على سرية المعلومات بين أطراف العقد فقط ، بحيث يترتب على كل استغلال غير مشروع للمعلومات المتحصلة من الطرف الآخر إلى سقوط الالتزام بالسرية ويعد عملا مخالفا للقانون وسلوكا غير مشروع ، أما بالنسبة لضرورة الالتزام بالسرية فهو واجب عيني في حال توافر نص قانوني أو شرط تعاقد في العقد يتطلب حماية سرية المعلومات ومع ذلك يفضل أن يلتزم كل طرف متفاوض بكتمان الأسرار وأن لا يجري استعمالها لمصلحته الخاصة ².

ومن مظاهر حسن النية الامتناع عن الغش والتدليس والتلاعب المضلل ، إضافة إلى منع كل احتيال من شأنه أن يفقد المتعاقد مزايا العقد وعدم تحميل العقد أموال جسيمة لا تتلاءم مع المنفعة المقصودة مع التأكيد على امتناع البائع عن مزاحمة المشتري ومنافسته وعدم اخفائه للعيوب الموجودة في المبيع والكشف عنها ³.

بعد التطرق إلى مبدأ حسن النية حسب ما أورده المراجع القانونية ومن الناحية الفقهية يجدر بنا الانتقال إلى بيان الأساس القانوني له من خلال النصوص التي كرسه فيها كل من المشرع الجزائري والفرنسي ، وعليه سيتم عرض أهم هذه المواد القانونية مع توضيح مفهومها

¹ أحمد القاضي ، المرجع نفسه ، ص 295

² بن منصور صالح ، عثمان بلال ، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد ، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد 06 ، العدد 2 ، 2022 ، ص، ص 553، 554.

³ بن منصور صالح ، عثمان بلال، المرجع نفسه، ص 558.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

ودلالاتها وعليه جاءت المادة 107 من القانون المدني الجزائري بما يلي : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " ¹.

حيث يدل مضمون هذه العبارة على توضيح المعيار و الأسس الاخلاقية في القانون المتمثل في الصدق والأمانة ومعايير الوفاء والاستقامة في تنفيذ العقود ، ما يدل على منع أي تصرف قد يلحق ضررا بمصالح الطرف الآخر ، وكذلك يفهم من استقراء العبارة أن حسن النية يفرض ضرورة التعاون المتبادل بين طرفي العقد من أجل تحقيق الغرض المرجو بسهولة ، بما في ذلك عدم إساءة استعمال الحقوق الناشئة عن العقد بهدف التعسف ، وهذا هو المستخلص من قراءة وفهم ابعاد العبارة المنصوص عليها في المادة 107 ، والتي تقرر وجوب الوفاء بالتعهدات والالتزامات الناشئة عن العقد ، وفقا لما يمليه مبدأ حسن النية بعد استعراض موقف المشرع الجزائري في المادة 107 ننقل إلى القانون المدني الفرنسي الذي يمثل الأساس التاريخي والأصل التشريعي الذي اعتمدت عليه أحكام القانون المدني الجزائري في صياغة أحكامها .

وتبرز المادة 1104 من القانون الفرنسي وفي المقابل نص المادة 107 في ق م ج وجاءت بما يلي : " يجب أن يتم التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية " " ويعد هذا الحكم من النظام العام " ²

يفهم من قراءة هذه المادة أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عاما ينظم مختلف مراحل العملية العقدية وليس محصورا على مرحلة التنفيذ فقط، فالمادة تنص على أن العقود يجب أن يلتزم الأطراف فيها بالتفاوض والابرام والتنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية والمصادقية والنزاهة في التعاملات.

هذا نوضح أن المادّة 1112 فقرة أولى من التعديل الجديد للقانون المدني نصت على أنّ اقتراح المفاوضات وسيرها وقطعها يكون حرّاً، ويجب أن يراعى في ذلك متطلبات حسن النية، وهو ما أكّد عليه أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادّة 1104 من نفس القانون، حيث نصّت المادّة على أنّ يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام. ومن الملاحظ أنّ المشرّع الفرنسي بعدما كان يقتصر حسن النية على مرحلة التنفيذ

¹ المادة 107 فقرة 1، القانون المدني الجزائري .

² A n° 1104 c c f qui propose: « Les contrats doivent etre nègociès formès et exècutès De bonne foi Cette disposition est d'ordre public ».

وسّع من مجال تطبيقه ليشمل حتى مرحلة المفاوضات ، واعتبر ذلك من النظام العام أي لا يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الأمر، وبذلك يكون المشرّع الفرنسي قد كرّس ما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي¹ .

ومباشرة المفاوضات وإدارتها وقطعها لا يعد خطأ في حدّ ذاته، بل هو حق لكل متفاوض يقتضيه مبدأ حرية التعاقد، إلا أنّ ممارسة هذا الحق في ظروف معينة قد يشكل خطأ، ويعدّ قطع المفاوضات خطأً بوجه خاص إذا كان تعسفياً وصدر القرار بسوء نية، وهذا ما أكدّه المشرّع الفرنسي في المادّة 1112 من القانون المدني موجبا التعويض على من يصدر عنه هذا الخطأ، على أن ينحصر هذا التعويض بالخسارة الحقيقية، فلا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه ولا فوات فرصة الحصول على هذه المزايا، ويبرر هذا الحكم بعدة اعتبارات أهمها: علاقة سببية، واختلاف الخطأ في ممارسة حق قطع المفاوضات عن قطع المفاوضات بحد ذاته، والحرية العقدية وعدم ترتيب نتائج الإخلال بعقد قائم على عقد لم يبرم بعد.²

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقود

تعد نظرية الظروف الطارئة أحد الحوادث الغير متوقعة والغير منتظرة أثناء إبرام العقد ، حيث تحدث بصورة مفاجئة وغير متوقعة ، مما يهدد المدين بخسائر كبيرة وبالغة ولعل أغلب الحوادث الطارئة حسب ما ذكره بعض الفقهاء متمثلة في الأخطار الناجمة عن الطبيعة كانتشار الأوبئة والفيضانات والزلازل وغيرها ويكون مصدر الظرف الطارئ اضطرابا في الأوضاع الاقتصادية اضافة إلى الحوادث الناجمة على التقدم التكنولوجي كظاهرة التلوث والغازات السامة ، حيث تصنف كل هذه الحوادث على أنها أحوال مفاجئة غير متوقعة تمارس تأثيرا على تنفيذ ما يترتب في العقد من التزامات ، وعليه فكل من تتوفر فيه الموصفات أعلاه يعد حادث استثنائي غير مألوف تسري عليه نظرية الظروف الاستثنائية الطارئة³.

¹ أحمد إبراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص217.

² محمد مصطفى التونسي، حرح زهير، دور القضاء الفرنسي في إصلاح قانون العقود- المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام-، مجلة دمشق للعلوم القانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد4، العدد 3، سنة 2024، ص5.

³ زواق نجا ، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية ، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 5، العدد 2 ، 2021، ص ص 1469 1470.

وتم الأخذ بهذه النظرية من قبل المشرع الجزائري ، مما لحقه المشرع الفرنسي في الأخذ بهذا النوع ويقتضي الأمر بيان بعض الشروط التي تنبأها المشرعين من أجل تطبيق الحوادث الاستثنائية الطارئة والتي عددها المشرع الجزائري في وجود عقد محدد المدة وينفذ على نحو متراخي الأداء وأن يقع حادث خارجي عن المتعاقدين يغلب عليه الطابع الاستثنائي ، كما له أن يكون حادثا ذا نطاق عام وأن يؤدي الحادث إلى جعل التزام المدين شاقا على أن يكون الارهاق سببا في تكبد خسائر بالغة ، أما بالنسبة للشروط التي جاء بها المشرع الفرنسي فتتصب في نفس القالب الذي جاء به المشرع الجزائري ، غير أنه أورد شرطا يقضي بامتناع المدين عن قبول تحمل تبعات الحالات الطارئة ، والذي يكرس من خلاله مبدأ الزامية العقد بين المتعاقدين وهو ما يعني أن المشرع الفرنسي جعل المادة 1195 مادة استكمالية تسمح للأطراف بالاتفاق سلفا على تحمل المخاطر ، بينما يرى الفقه الجزائري أن القاعدة تقوم على عدم قبول هذا التحمل وبهدف الحفاظ على المساواة ولضمان منع غيابها في العقد بهدف تجنب ائثال كاهل المدين بالتزام يفوق طاقته نتيجة ظروف لم تكن في الحسبان ولم تؤخذ بعين الاعتبار¹.

ومن الشروط أيضا أن يقع الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد ، أي قبل تمام العقد وابرام الاتفاق ولا يعد ظرفا طارئا إن كان قد وقع قبل ابرام العقد أو بعد الابرام وتمام الأمر إلا في الحالات الخارجة عن ارادة المتعاقد كحالة تمديد مدة الوفاء بالالتزام و الأجال التنفيذية².

ونظرا لما تم التطرق له أعلاه نجد أنه من الضروري ابراز أوجه الاختلاف والفوارق بين كل من الظروف الطارئة وما يماثلها من مفاهيم ومصطلحات وعليه سنوضح الاختلافات بينها وبين كل من القوة القاهرة ونظرية الاستغلال والأمور التي تجمع بينهما بالنسبة لما يتعلق بكل من نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة فإن كلاهما ينشأ عن واقع فجائية وبحدث غير متوقع ، بحيث لا يستطيع المدين تجنب حدوثها ، إذ تنشأ دون تأثير المدين وبصفة مستقلة ويختلفان من ناحية

¹ كرفة محمد خليفة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي ، منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 11 ، العدد 2 ، 2025، ص 31.

² حميمي عبد المالك ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020 ، ص 35.

تنفيذ العقد ، حيث يصبح تنفيذ الالتزام في ظل الظروف الطارئة مرهقا وصعبا وشاقا ، إلا أنه يبقى ممكنا رغم ما يسفر عنه من خسائر جسيمة وبالغة .

أما بالنسبة للقوة القاهرة فإن تنفيذ الالتزام يكون مستحيلا استحالة قطعية وتامة ، إلا أن الالتزام لا يزول ولا يخفى بل يخفض ويعاد ضبطه إلى المستوى المعقول بهدف تصحيح الاختلال المالي بالنسبة للظروف الطارئة ، وفيما يتعلق بالقوة القاهرة فإن الالتزام يزول كليا ويسقط بصورة نهائية وتبرا ذمة المدين تماما من تنفيذ الالتزام أو المطالبة بالتعويض لجبر الضرر نظرا لطبيعة الحادث المتمثل في حادث أجنبي الذي لا يد للمدين فيه ويعوق الالتزام بالوفاء كليا عكس نظرية الظروف الطارئة التي يتحمل فيها المدين تبعة الخسارة وما يجمع بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال هو أن كلاهما يجعلان العقد يفقد الاستقرار والتوازن الاقتصادي .

بحيث يمنح كل منهما القاضي صلاحية إعادة النظر في العقد وإدخال التعديلات عليه ، ويخول كلاهما للقاضي سلطة تعديل العقد لإعادة ضبط التوازن بين الالتزامات المترتبة عن العقد ويختلفان من ناحية أن الاستغلال يصنف كعيب من عيوب الرضا وقاعدة الحوادث الاستثنائية (نظرية الظروف الطارئة) ، ويعد واقعة لا صلة لها بإرادة الطرفين¹ .

هذا ويتمتع القاضي في القانون المدني بصلاحيته التدخل لتحقيق إعادة التوازن المالي بين الطرفين عند نشوء ظروف استثنائية غير مألوفة تؤدي إلى مشقة في تنفيذ الالتزام ، حيث يتسنى له تعليق العمل بالعقد مؤقتا من أجل حماية المدين من الخسارة الفادحة والشديدة ، وذلك من خلال مراعاة المصلحة المتبادلة بين الطرفين عكس القاضي الإداري الذي لا يخول له ادخال تعديلات على بنود العقد ، حيث تقتصر سلطته على الحكم بمنح تعويض مالي للطرف المتضرر الذي وقع عليه الضرر دون سواه² .

¹ حمصي ميلود ، مقالاتي مونة ، أحكام نظرية الظروف الطارئة في العقود الالكترونية ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة 08 ماي 1945 ، قالمة ، المجلد 16 ، العدد 4 ، 2023 ، ص ص 169، 170.

² حاج قويدر فريد ، بلقندوز عثمان ، أثر نظرية الظروف الطارئة على مدى مشروعية العقود الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون اداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة غرداية ، 2017 ، ص ص 27 28.

وقد جسدت الأحكام القانونية الصريحة والواضحة الدور الذي يقوم به القاضي من خلال نصوص تشريعية صريحة نذكر منها المادة 107 من القانون الجزائري والتي جاء النص فيها بما يلي :

" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وتترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخساره فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ¹

وجاء في المادة 147 من القانون المصري النص بصراحة على تدخل القاضي عند حدوث ظروف طارئة بالقول:

" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ... جاز للقاضي ... " ² .

وهي نفس المادة التي ذكرتها سابقا من خلال القانون المدني الجزائري، وهذا ما يدل على استلزام واستمداد احكام القانون المدني الجزائري من القانون المدني الفرنسي، وكذلك القانون المدني المصري مثل ما تم توضيحه سابقا .

هذا وتتلخص النتائج المترتبة على الحوادث الاستثنائية في بطلان أي اتفاق مسبق يسلب من المدين حقه في الحماية القضائية مع إمكانية السماح للمدين بالتنازل عن هذا الحق طواعية عن قناعة منه بعد وقوع الظرف فعليا ، كما يمكن للمتعاقدين إنهاء العقد بالاتفاق على الإقالة الودية أو تخفيف الارهاق عبر تجديد الالتزام باستبدال عناصره ومكوناته القديمة بأخرى جديدة وفي حال اللجوء للقضاء يكون للمدين الحق في تحريك الدعوى بغرض إعادة التوازن إلى الالتزام في حده المعقول بشرط أن يقع عليه اثبات أن الحادث استثنائي وغير متوقع وأدى لخسارة فادحة ، وهذا ما يتعلق بأثر الظروف الطارئة بالنسبة للأطراف المتعاقدة ³ .

¹ المادة 107 فقرة 3، من القانون المدني الجزائري.

² المادة 147 فقرة 2، من القانون المدني المصري ،

³ بن الحاج جلول عائشة ، نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022 ، ص 45.

هذا وتمتد آثار نظرية الظروف الطارئة لتشمل الخلف العام بصفتهم الخلف القانوني للمدين حيث يحق لهم اللجوء للقضاء من أجل إقامة دعوى لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا واجهوا خسارة فادحة ، كما يمتد هذا الأثر إلى الخلف الخاص شرط أن يكون العقد تم قبل تاريخ انتقال الشيء وأن تكون الحقوق والالتزامات من مقومات الشيء ، شرط أن يعلم الخلف بكل تلك الالتزامات والمقومات عند انتقال الشيء إليه أما بالنسبة لأصحاب الديون الشخصية فقد منحهم القانون الحق في حماية حقوقهم عبر الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه فقد منحهم القانون الحق في حماية حقوقهم عبر الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه مما يتيح لهم المطالبة نيابة عن مدينهم بتعديل الالتزام المرهق إلى مستوى معقول إذا تقاعس المدين عن ذلك على أن يؤدي التقاعس إلى افلاسه وعدم قدرته المالية أو تهديد الضمان الجماعي للدائنين ¹ .

وفيما يلي سنذكر بعض المواد القانونية التي تناولت نظرية الظروف الطارئة مع توضيح أهم الأفكار التي جاءت بها ، وفي هذا السياق ونقدّميا للتحليل تجدر الإشارة أولا إلى أن المشرع الفرنسي كان رافضا لتبني هذه النظرية في المجال المدني لفترة طويلة ولم يقرها صراحة إلا موجب تعديل القانون المعدني لعام 2016 على خلاف المشرع الجزائري الذي سبقه في تبنيها وتأصيلها ضمن تقنيته المدني فالأصل هو أن تنفذ الأطراف المتعاقدة الالتزامات التعاقدية دون تعديل أو تأخير أو تبديل، ولكن في بعض العقود، وبالذات العقود ذات التنفيذ المستمر، أي يبرم العقد في وقت وينفذ في وقت لاحق، فلو طرأت ظروف خلال هذه الفترة وكان من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، بأن ترتب على تنفيذه خسارة فادحة لأحد طرفيه بسبب هذه الظروف، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، وهذا ما أخذ به المشرّع الجزائري في نص المادة 107 من القانون المدني إلا أنّ القانون المدني الفرنسي لم يكن قبل تعديل 2016 يعرف نظرية الظروف الطارئة مثل ما ذكرت أعلاه ولم يكن يسمح للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن العقدي في العقد، إذ كان مقدما بذلك تحقيق الأمن العقدي على متطلبات العدالة إلا أنّ بعد تعديل 2016 تبني المشرّع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة.

¹ بن الحاج جلّول عائشة ، المرجع نفسه، ص 54.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

وعليه سنعمل من خلال هذا الفرع سنعمل على استعراض المواد القانونية التي تضمنت نظرية الظروف الطارئة في مختلف القوانين مع التأكيد على توضيح الكيفية التي استحدث بها المشرع الفرنسي هذه النظرية بموجب تعديل 2016 ثم بيان الآثار القانونية المترتبة على تطبيقها. جاء في القانون المدني الفرنسي في المادة 1195 ما يدل على نظرية الظروف الطارئة حيث ذكرت المادة:

" يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الاطراف مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ وبالشروط التي يحددها¹ " سلطة القاضي هذه لا تظهر إلا إذا تعثرت عملية إعادة التفاوض أو قوبلت بالرفض، وعليه فإن التفاوض بالنسبة للقانون الفرنسي يعد أمرا في غاية الأهمية ويتم قبل تدخل القضاء .

ففي حالة رفض إعادة التفاوض أو فشلها، يجوز للطرفين الاتفاق على إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا من القاضي بالاتفاق المتبادل المضي قدما في تعديله. في حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، مراجعة العقد أو إنهائه، في التاريخ وبالشروط التي يحددها".

فمن خلال نص المادة نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي قد تبنى وبشكل صريح نظرية الظروف الطارئة كوسيلة يستطيع المدين من خلالها المطالبة بإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، استجابة لمتغيرات الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد، وأصبح اللجوء إلى هذه الوسيلة حقا للمدين، كرسه القانون، مما يشير إلى تطور مفهوم القوة الملزمة للعقد في القانون المدني الفرنسي؛ فالقوة الملزمة للعقد سيما في العقود الزمنية ليست ثابتة ومطلقة، وإعادة النظر في بنود العقد من قبل القضاء في بعض الظروف أمر لا مفر منه ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وبذات الوقت ترك المشرّع الفرنسي لإرادة المتعاقدين دورا مهما في إعادة النظر في شروط العقد الذي أبرماه، وهو ما سيظهر من خلال استعراض شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة² .

فيلتزم لتطبيق هذه النظرية ثلاث شروط: فيجب أن يقع حادث خارجي عن طرفي العقد كظروف السوق، أو أزمة اقتصادية، أو اضطرابات سياسية، كما يجب أن يترتب على هذا الحادث

¹ A n° 1195 C C F : « Le juge peut à la demande d'une partie reviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

² أحمد إبراهيم الحياوي، المرجع السابق، ص240.

أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة، وأخيرا يجب أن لا يكون المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا قد قبل مسبقا تحمل مخاطر التنفيذ المرهق حال تغير ظروف العقد، ويتفرع عن هذا الشرط نتيجة هامة، وهي أن نص المادة 1195 مدني ليس آمرا، وبالتالي فهو لا يتعلق بالنظام العام، إذ يمكن للمتعاقدين مخالفته، بالاتفاق على قبول تحمل ما قد ينشأ عن تغير ظروف العقد من مخاطر التنفيذ المرهق.¹

وحدّد المشرّع الفرنسي مصير العقد في حال تحقق شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بحكم مرّن يتيح للمتعاقدين عدّة خيارات متعاقبة يتحدّد في ضوءها دور القاضي في تعديل العقد أو فسخه. فقد أجاز المشرّع الفرنسي للطرف الذي يرهقه تنفيذ الالتزام أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض حول بنود العقد؛ لمعالجة آثار الظرف الطارئ، على أن يستمر في تنفيذ العقد طيلة مدّة التفاوض، وفي هذه المرحلة إذا قبل الطرف الآخر هذا الطلب يستطيع المتعاقدان الاتفاق على تحديد مصير العقد بحرية تامة دون تدخل من القضاء، سواء اختارا تعديل العقد أو فسخه مع تعويض أو دون تعويض الدائن، ويسري هذا الاتفاق بحقهما من تاريخه أو من التاريخ الذي يحدّدانه .

أما إذا رفض طلب التفاوض أو فشل المتعاقدان في التوصل إلى اتفاق لمعالجة الظرف الطارئ فلهما أن يطلبوا من القاضي باتفاقهما المشترك التدخل لتحديد مصير العقد، وللقاضي بموجب هذا التفويض تعديل العقد أو فسخه، مع مراعاة ما سبق أن اتفقا عليه من تفاصيل خلال فترة التفاوض إن وجد، ويكون قرار القاضي بهذا الشأن ملزما لهما.²

أما بالنسبة للقانون الجزائري والمصري فقد تم ذكر محتوى المواد الدالة على الظروف الطارئة أعلاه (المادتين 107 من القانون المدني الجزائري والمادة 147 من القانون المدني المصري) .

وفيما يلي سنستعرض نصي مادتين اللتين تبيينان مدى تأثير الظروف الطارئة والقوة القاهرة بالنسبة للقانون المدني الجزائري وهما نصي المادتين 108 و109.

¹ أشرف جابر، المرجع السابق، ص 324.

² أحمد إبراهيم الحياوي، المرجع السابق، ص 247.

حيث جاءت المادة 108 بما يلي : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الاثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " ¹.

أما بالنسبة للمادة 109 التي نصت على مايلي: «إذا انشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " ².

المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ المباشرة والوقائية

من أجل ضمان سير التعاقد بطريقة أمنة وشرعية وتجنباً لأي ضرر لابد من توضيح ضمانات التنفيذ والتي سنتناولها في هذا المطلب عبر فرعين هما :الفرع الأول الذي تناولنا فيه الفسخ بالإرادة المنفردة، أما في الفرع الثاني فسوف نتكلم على التنفيذ بعدم الدفع الاستباقي.

الفرع الأول: الفسخ بالإرادة المنفردة

ظل الطابع القضائي للفسخ يمثل أحد المبادئ القانونية المستقرة في القانون المدني الفرنسي منذ تقنين نابليون لسنة 1804، وذلك في ظل التشبث بمبدأ القوة الملزمة للعقد، كمبدأ أساسي يحكم نظرية العقد بوجه عام، وما يقضي به من وجوب احترام العقد وعدم نقضه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه، وبالتالي فإنّ على الدائن الذي يرغب في التخلص من العقد اللجوء إلى القضاء بطلب فسخه. ومع ذلك فقط اضطلع القضاء الفرنسي الحديث بدور لا يمكن الالتفات عنه في تطوير مفهوم الفسخ، إذ كان له فضل سباق في إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، فعلى الرغم من صراحة نص المادّة 1184 من القانون المدني في تطلب ضرورة اللجوء إلى القضاء بطلب الفسخ، أقرت

¹ المادة 108، المتضمن القانون المدني الجزائري .

² المادة 109، المتضمن القانون المدني الجزائري.

محكمة النقض الفرنسية صراحة أن لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، ودون حاجة طلب الفسخ من القضاء، وذلك متى توافرت شروط معينة تبرر ذلك¹.

ورغم هذا الاجتهاد القضائي المبتكر، فقد ظلت الحاجة داعية إلى تدخل تشريعي يكرس صراحة مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، إلى أن عمد المشرع الفرنسي تكريس هذا المبدأ؛ حيث نظمته لأول مرة بنصوص صريحة في القانون المدني، وهو ما يشكل تطوراً في المفهوم التقليدي الراسخ للفسخ كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية.² ، وبالتالي من خلال هذا المطلب سنحاول التركيز في الفرع الأول على تبني مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل، أما في الفرع الثاني فسننتقل إلى شروط إعمال مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل وفي الفرع الثالث نتطرق إلى أثر إعمال مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل.

البند الأول: تبني مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل

اشتمل الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، على مبدأ مستحدث في أنواع الفسخ يدعى بالفسخ بالإرادة المنفردة؛ والذي يعد أيضاً من أهم الأفكار التي أدخلها المشرع الفرنسي في هذا التعديل إذ تم الإشارة إليه بصورة صريحة في المادة 1126 التي جاء فيها ما يلي: "يجوز للدائن، وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار، وفي غير حالة الاستعجال، يجب عليه أولاً إعدار المدين المقصر بتنفيذ تعهده خلال مدة معقولة، يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في الفسخ ، إذا استمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره".³ واستناداً لما ورد في فحوى نص المادة 1126 السالفة الذكر، نجد أنّ المشرع الفرنسي قد تبني مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة لحل الرابطة العقدية، بعدما كان الأصل الفسخ القضائي، الذي لا يتقرر إلا بحكم القضاء وبناء على طلب أحد المتعاقدين، طبقاً لنص المادة 1184 قبل التعديل، وللاشارة فإن المشرع الفرنسي تبني مبدأ الفسخ

¹ منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، العدد 85، سنة 2019، ص 10 11 .

² منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع نفسه، ص 11.

³ A n° 1126 et 1184 C C F.

بالإرادة المنفردة كقاعدة عامة في كل العقود، وليس كاستثناء، عكس ما كان معمولاً به قبل التعديل¹.

ومضمون مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يتمحور حول أحقية الدائن الذي لم ينفذ الالتزام المعهود لصالحه بأن يفسخ الرابطة العقدية بإرادته وبعد إخطار المدين ودون اللجوء إلى القضاء، كما يعدّ الفسخ بالإرادة المنفردة توجه جديد في مفهوم الفسخ، ويختلف عن ذلك الذي يؤسس عليه الفسخ القضائي، فهذا الأخير يكون في حال عدم التنفيذ، تكمن وراءه أبعاد أخلاقية وإنسانية؛ فالبعد الأخلاقي يتمثل في أنه بمقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد، يكون تدخل القاضي ودوره في مجال الفسخ ضرورياً للمحافظة على العقد، والتمكين من تنفيذه، تقادياً أن يستقل الدائن بقرار التحلل من العقد، أما البعد الإنساني فيتجسّد في أنّ القاضي بما يملكه من سلطة في منح المدين مهلة التنفيذ يأخذ في اعتباره الصعوبات التي يواجهها المدين ويمنحه فرصة أخيرة للتنفيذ، في المقابل فإنّ الفسخ بالإرادة المنفردة ينطلق من ترجيح اعتبارات أخرى، تقوم على تغليب المنطق الاقتصادي، وذلك بتمكين الدائن من تصفية حالة عقدية لا يمكن الاستمرار فيها بأقل جهد وأقصر وقت، ودون تحمل مصاريف على نحو يضر بمصالحه².

البند الثاني: شروط إعمال مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدّل

تضمنت النصوص القانونية المنظمة للفسخ بالإرادة المنفردة للدائن مجموعة من الشروط يلزم توافرها لإعمال مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وهي على نوعين، منها ما هي موضوعية ومنها ما هي إجرائية.

¹ محجوب بوكريس مروي، عليان عدّة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 02، سنة 2021، ص 9.

² محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 1، 2010، ص 151.

أولاً: الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية في شرط وحيد وهو أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة فقد ورد في نصّ المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي المعدّل بأنه "في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة، فإنّ الفسخ يقع بإخطار يوجه من الدائن إلى المدين، أو بحكم من القضاء"¹.

وهكذا، فقد اشترطت المادة السالفة الذكر أن يكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة، باعتباره شرطاً مشتركاً بين كل من الفسخ بالإرادة المنفردة والفسخ القضائي، ويكون عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة سواء بالنظر إلى مسلك المدين، أو المصلحة من العقد، أو الطبيعة الجوهرية للإخلال².

وهذا ونصت المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي المعدّل في فقرتها الثالثة على أنه: "وفي حال عدم استمرار التنفيذ، يقوم الدائن بإخطار المدين بإنهاء العقد وأسباب ذلك"، وبالتالي يتبن من خلال نص المادة أنه لا يجوز للدائن إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة إلا في حالة عدم التنفيذ المتحقق، أي في حالة التي لم يقوم فيها المدين بالتنفيذ فعلاً، وليس باعتباره جزاء استباقياً لمواجهة خطر عدم التنفيذ³.

ثانياً: الشروط الإجرائية

تضمنت المادة 1226 السالفة الذكر الشروط الإجرائية التي يجب على الدائن التقيد بها للمطالبة بالفسخ بالإرادة المنفردة وهي كالآتي :

أ-الإعذار المسبق: يتعين على الدائن إعذار المدين المقصر بتنفيذ التزامه خلال مهلة معقولة، وهذا هو الشرط الإجرائي الأول لإيقاع الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن. ويمثل الإعذار كشرط إجرائي الحد الأدنى من الضمانات المقررة لحماية مصلحة المدين المخل

¹ A n° 1224 C C F.

² منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص114.

³ منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع نفسه، ص114.

بالتنفيذ، ومع ذلك تسمح المادة 1226 بالإعفاء من الإعذار في حالة الاستعجال دون أن يتضمن ذلك المساس بحقوق المدين التي تظل مصونة بتطلب تسبیب الدائن لهذا الفسخ¹.
ب-الإخطار بالفسخ: يفهم من نص المادة 1226 أنه إذا استمر عدم التنفيذ، يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره.
ج -التسبیب: تستلزم المادة 1226 أن يتضمن الإخطار الموجه من الدائن إلى المدين الأسباب التي دفعته إلى الفسخ بالإرادة المنفردة .

ثالثا: أثر إعمال مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل

بعد استقراء نص المادة 1226 أن المشرع الفرنسي قد ألغى كليا دور القاضي في الرقابة على الفسخ بالإرادة المنفردة، غير أن الحقيقة عكس ذلك، إذ بتتبع قراءة نص المادة 1226 في الفقرة الثانية بالضبط، نجد أن المشرع أبقى على الدور الرقابي للقاضي، غير أن هذا الدور اقتصر على مجرد الرقابة اللاحقة للفسخ الذي تم بعيدا عنه، بمعنى أصبح الدور الرقابي للقاضي في ظل التعديل الأخير يفعل في حال إذا ما لجأ المدين منازعا في الفسخ الذي وقع بإرادة الدائن تطبيقا لما ورد في فحوى نص المادة 1126 فقرة 2 السالفة الذكر² .

وفي حال ما لجأ المدين إلى القضاء فعلى الدائن إثبات جسامه عدم التنفيذ، وبذلك تظل للقاضي السلطة في تقدير مدى جسامه الإخلال بالتنفيذ من قبل المدين، فإذا استطاع المدين إثبات ذلك فيتقرر الفسخ، أما إذا فشل في ذلك فقد نصت في ذلك المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي المعدل على أن القاضي يأمر بتنفيذ العقد، أو أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ العقد مع التعويض³.

الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي

هو امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه في حال عدم وفاء الإدارة بالتزامات المفروضة عليها وهو حق منصوص عليه في القانون الخاص وعلى العموم يعتبر الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي

¹ محبوب بوكريس مروي، عليان عده، المرجع السابق، ص14.

² محبوب بوكريس مروي، عليان عده، المرجع نفسه، ص15.

³ راجع نص المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

سلطة قانونية ترتب وقف سريان تنفيذ التزام المتعاقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه حتى ينفذ الطرف الآخر للالتزام الذي تخلف عن تنفيذه¹.

لم يكن هناك أي نص قانوني في القانون المدني الفرنسي يدل على وجود قاعدة الدفع بعدم التنفيذ قبل 2016 ، إلا أنه بعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر 131/2016 ، أقر المشرع الفرنسي قاعدة الامتناع عن التنفيذ كدفع قانوني ، أما بالنسبة للقانون الجزائري ، فقد نص في القانون المدني على امتناع الطرف المتعاقد عن تحقيق الالتزام محل العقد في حال امتناع المتعاقد الآخر عن القيام به مثل ما ذكرت في التعريف أعلاه بناء على هدف غايته إهمال المدين في تنفيذ التزامه إلى حين تنفيذ الالتزام المقابل له².

ويعد الدفع بعدم التنفيذ أداة قانونية للدفاع وأداة ضمان وإجراء ذو طابع مؤقت ، حيث يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام من خلال التمسك بعدم الوفاء بالالتزام ، حيث يعد وسيلة ضغط وإكراه تؤثر على المتعاقد حتى ينفذ التزامه دون التوجه إلى القضاء المختص وهو ضمان خاص لكل دائن له التزامات غير منفذة من قبل دائنه ، وهدفه تحقيق العدالة بين طرفي العقد وينتهي هذا الدفع بتحقيق أعمال التنفيذ والوفاء بالالتزامات أو إنهاء الرابطة العقدية³.

وللتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لابد من توفر عدة شروط منها أن تتوفر التزامات متبادلة الارتباط ناشئة عن عقد ملزم للجانبين وأن يكون الالتزام واجب الوفاء حالا وغير مؤجل أو قيام أحد الطرفين بعدم تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا ، وهذا ما يجب حتى يتم التمسك بالاحتجاج بعدم قيام الالتزام إلى جانب ذلك لابد أن لا يسيء الأطراف استعمال الدفع ، ذلك لأن القانون لا يكفل حماية الحقوق ومستعملها إلا إذا تم استعمال الحق استعمالا على نحو مشروع دون أن تترتب عليه أي أضرار وتبعات سلبية ، كما يقتضي حسن النية حيث يتهى المتعاقد لأداء الالتزام بمجرد قيام الطرف الآخر بالوفاء وأن لا يكون تأخير الطرف الآخر في تنفيذ الالتزام صادر من الطرف

¹ رزاق بارة كريمة ، الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة باجي مختار البوني، عنابة، المجلد 10، العدد 2 ، الجزء 2 ، دون سنة النشر ، ص 408 / 409.

² عين السمن العالية ، كريم زينب ، سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، المجلد 14، العدد 29 ، 2022 ، ص 673.

³ المرجع نفسه، ص 674 ، 675.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ولا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ كمرتکز ذو طابع قانوني في حال ما إذا صرح المتعاقد على عدم القيام بالوفاء بما ارتبط به من التزام¹.

ومن أبرز الوسائل القانونية التي تضمن الوفاء بالديون وتعزيز استدامة العلاقات التعاقدية واستقرارها هي الدفع بعدم التنفيذ الذي يعد استجابة فورية عن امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بالتزامه.²

أما بالنسبة لتدخل القاضي في تقدير الدفع بعدم التنفيذ فيتم في حال غياب التراضي بين الطرفين وإنكار أحد المتعاقدين حق المتعاقد الآخر في التمسك بحق الدفع بعدم التنفيذ بعد أن يتأكد هذا الأخير من توفر شروط التمسك بعدم التنفيذ ، أما برجعنا للأصل نجد أنه لا يستلزم تدخل القضاء كون أن المتعاقد يمكن له أن يدفع بعدم التنفيذ طالما بقي الطرف الآخر متخلفا عن تنفيذ التزامه وبعد أن ينتهي القاضي من التحقق من توافر الشروط يعمل على البث في الدفع بعدم التنفيذ حيث يقدر موقف من يتمسك بالدفع في ضوء الظروف المحيطة بالتعاقد ونظرا لمدى أميته وجسامته وحدته ودرجة الاخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية وتكون سلطة القاضي بعدية ، وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ له دورين قضائي لا يترتب أثره إلا إذا بادر المتعاقد برفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بتنفيذ الالتزام الأول وغير قضائي وهو الدور الأول الذي يمتنع فيه التمسك بالدفع عن التزامه كما يراقب القاضي الدفع بعدم التنفيذ كأن يتأكد من قيام حسن النية والاخلاص في التعامل ويتحقق من معرفة المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام على اعتبار أن المتسبب بعدم تنفيذ الالتزام لا يكون له الحق في الدفع بعدم التنفيذ³.

يتأسس الدفع بعدم التنفيذ تشريعيا على المادة 123 من القانون المدني الجزائري التي تمنح الحق في الامتناع عن الوفاء ويستترشد في نطاق تطبيقه بأربع مواد محورية تضبط الشروط ، أهمها المادة 55 التي تحصر هذا الحق في العقود ذات الالتزامات المتقابلة ، وثانيا المادة 212 التي ترهن ممارسة الاحتجاج ببلوغ أجل الوفاء والمادة 210 التي تؤكد أن الإجراءات القضائية للمدين

¹ علي لغموش ياسين ، العناني عبد الرؤوف ، الدفع بعدم التنفيذ في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2022 ، ص 13.

² بونقطة علي ، سناس فريال ، الدفع بعدم التنفيذ ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2024 ، ص 18.

³ عين سمن العالية ، كريم زينب ، المرجع السابق، ص 657.

الفصل الثاني : المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد

لا تمنع الدائن من التمسك بحقه في الدفع ، وأخيرا يتقيد الحق في الدفع بعدم التنفيذ بضوابط المادتين 107 و 124 مكرر اللتان تحدان من إمكانية استعماله على وجه التعسف أو الاضرار بالغير خارج اطار حسن النية العقدية ¹ .

وعليه، يتبين لنا أن الدفع بعدم التنفيذ هو ضمانات قانونية، تهدف إلى دفع المتعاقد الآخر للتنفيذ وليس لإنهاء العقد .

¹ المواد 123 و 55 و 212 و 210 و 107 و 124 ، القانون المدني الجزائري.

خلاصة

خلصت هذه الدراسة إلى أن النظرية العامة للعقد لم تعد تقوم على المبادئ الكلاسيكية في صورتها التقليدية المطلقة ، بل شهدت تطورا ملحوظا بفعل الإصلاحات التشريعية والفقهية والقضائية التي مست مرحلتها تكوين العقد وتنفيذه فقد اتجه المشرع إلى تعزيز حماية الطرف الضعيف من خلال توسيع نطاق بعض المفاهيم التقليدية ، كعيوب الرضا مع تكريس مبدأ حسن النية ، وإضفاء دور أكثر فعالية للقاضي وغيرها ، وذلك من خلال تعديل بعض الشروط ، حيث أظهرت الدراسة أن كل هذه الإصلاحات ترمي إلى تعزيز العدالة العقدية وضمان استقرار المعاملات ، كما يتضح أن الإصلاحات التي مست بالعقد لم تؤدي إلى التخلي عن المبادئ التقليدية للعقد وإنما إلى إعادة تكوينها بما يتلاءم مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة .

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة، يتضح أن موضوع العقد يظل من أهم المواضيع المحورية في القانون المدني، لما له من دور أساسي في تنظيم المعاملات بين الأفراد وتحقيق الاستقرار القانوني.

وقد سعيينا من خلال هذا البحث إلى معالجة هذا الموضوع انطلاقاً من عرض المبادئ الكلاسيكية التي قام عليها العقد منذ نشؤه في الفصل الأول، والتي كرّست مفاهيم سلطان الإرادة بأن يكون لأطراف الحرية التامة في إبرام الرابطة التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد ونسبية آثاره التي برزت معلّمهم بأنه الأطراف هم وحدهم من لهم، سادت هذه الدعائم الأساسية التي حكمت النظرية العامة للعقد لفترة طويلة .

غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي شهدتها العالم فرضت ضرورة إعادة النظر في هذه المبادئ التي اعتبرت بمثابة القصور للعقد، وهو ما تناولناه في الفصل الثاني من خلال تسليط الضوء على أهم الإصلاحات والمستجدات التي طرأت على العقد، سواء من حيث تكوينه أو تنفيذه. فقد برز اتجاه حديث يسعى إلى تحقيق نوع من التوازن العقدي، عبر الحد حرية المطلقة لسلطان الإرادة، وتعزيز دور القاضي، وتكريس مبادئ العدالة والإنصاف، خاصة في ظل العقود الحديثة كعقود الاستهلاك والعقود الإلكترونية

ومن خلال هذه الدراسة، استخلصنا جملة من النتائج أهمها:

_ أن المبادئ الكلاسيكية للعقد، رغم أهميتها، لم تعد كافية لوحدها لمواكبة التحولات الحديثة؛ وأن المشرع أصبح يتجه نحو تكريس حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؛ كما أن فكرة التوازن العقدي أصبحت تحتل مكانة مركزية في التنظيم القانوني الحديث للعقود؛ بالإضافة إلى تزايد دور القاضي في تعديل أو تفسير الالتزامات التعاقدية بما يحقق العدالة.

_ المبادئ الكلاسيكية للعقد، وعلى رأسها مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، شكلت الأساس التقليدي للنظرية العامة للعقد، وأسهمت في استقرار المعاملات القانونية إلا أن هذه المبادئ لم تعد كافية لمواكبة التحولات الحديثة، خاصة في ظل التطور الاقتصادي والتكنولوجي وظهور علاقات تعاقدية غير متكافئة .

_ أن المشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي اتجه إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة، من خلال فرض قيود قانونية تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

بروز فكرة التوازن العقدي كهدف أساسي في التنظيم القانوني الحديث، سواء عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذه. تزايد دور القاضي في تحقيق العدالة التعاقدية، من خلال التدخل لتفسير العقد أو تعديله أو حتى مراجعته في بعض الحالات

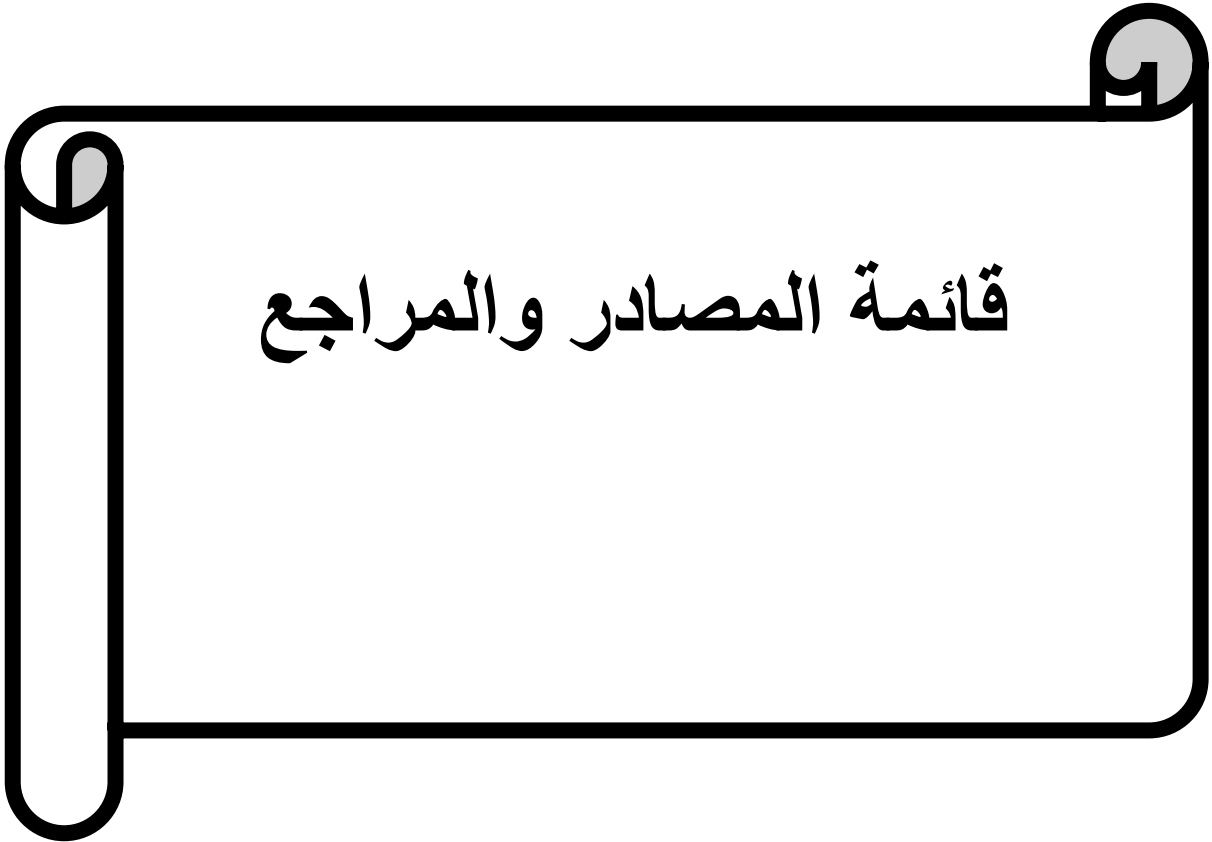
أن الإصلاحات الحديثة مست مختلف مراحل العقد، بدءاً من التكوين (كالرضا والإعلام والتفاوض)، وصولاً إلى التنفيذ (كمبدأ حسن النية ونظرية الظروف الطارئة).

أن الاتجاه الحديث التي برز في القانون المدني الفرنسي يسعى إلى تحقيق التوفيق بين استقرار المعاملات من جهة، ومتطلبات العدالة والإنصاف من جهة

أما فيما يخص التوصيات المقدمة بمناسبة هذه الدراسة هي كالآتي :

حبذا لو أنّ المشرّع الجزائري يضع نصب عينيه تجربة الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، للوقوف على أوجه التحديث والتطوير فيها، وكذلك ما اعتراها من مواطن القصور والغموض، للاستفادة من الأولى ونفاذي الثانية في بناء قانون أكثر حداثة ومواكبة للتطورات التي يعيشها المجتمع.

حبذا لو أنّ القضاء الجزائري يبادر إلى ترسيخ مبادئ الأمن القانوني من خلال اجتهاداته في تطبيق النصوص مستلهما في ذلك من روح العدالة العقدية.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم

أولاً: قائمة المصادر

1. النصوص التشريعية

أ. القوانين

(1) قانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06/10، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر، العدد 46، الصادرة بتاريخ 2010/10/18.

(2) القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الجريدة الرسمية، العدد 15 الصادر بتاريخ 08 مارس 2009، المعدل بموجب القانون - 09-18 المؤرخ في 25 رمضان عام 143 الموافق 10 يونيو سنة 2018

ب. الأوامر

الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26/06/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/09/1975، المعدل والمتمم بقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/31.

2. القرارات

(1) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 586766، قضية (ب ب ضد ن خ)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص 109 110 111.

ثانياً: قائمة المراجع

1. الكتب باللغة العربية

أ. الكتب العامة

(1) أنور السلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1932

(2) بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2015.

- (3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1 ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
 - (4) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ط2، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 2016، ص 706 705.
 - (5) بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في تشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ط2، القبة الجديدة، الجزائر، 2008.
 - (6) حمزة قتال، مصادر الالتزام-العقد-، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2018 .
 - (7) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام، ج1 ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
 - (8) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.
 - (9) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام -، الجزء الأول .
 - (10) علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط8، 2008
 - (11) فيلالتي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013
 - (12) محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، ط1، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، 2009
 - (13) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط4، دار الهدى الجزائر، 2009.
- ب. الكتب الخاصة:**
- (1) بدوي عبد الرحمان، موسوعة الفلسفة، ج1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ط1 بيروت، 1984.
 - (2) سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر-التحديات والتحول-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 295
 - (3) شريف الطباخ، التعويض عن الاخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، منصور، مصر، 2008
- 2. الرسائل والمذكرات الجامعية**
- أ. أطروحات الدكتوراه**

- (1) جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر
 - (2) خوالف صراح، تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2023/2022
 - (3) سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية في العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2018/2017، ص24.
 - (4) عثمان بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن نية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود المعمر تيزي وزو، 2018، ص27.
 - (5) عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2016/2015.
 - (6) زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992 ص54
- ب. مذكرات الماجستير**
- (1) عبيد نجا، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر الصديق، تلمسان، 2016
 - (2) مبخوتي يوسف، الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013
 - (3) علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2008/2007
- ج. مذكرات الماستر**
- (1) إيمان عمور، مبدأ نسبية العقد، مذكرة مكملية لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2015/2014

- (2) العايز سالمة، الالتزام بالإعلام في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016.
- (3) بتقة حفيظة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص 36.
- (4) بحري يعقوب، بولبنان إياد، نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2025.
- (5) بعلي عبد الرحمان، السابح تيت، مبدأ النسبية أثر والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، 2023/2022.
- (6) بالعربي بشير، ملاس شعيب، مبدأ حسن النية في العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية.
- (7) بن الحاج جلول عائشة، نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022.
- (8) بوط بزة نسرين، الشكلية في عقد الترخيص باستغلال العلامة التجارية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2018.
- (9) بونقطة علي، نسناس فريال، الدفع بعدم التنفيذ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2024.
- (10) حاج قويدر فريد، بلقندوز عثمان، أثر نظرية الظروف الطارئة على مدى مشروعية العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2017.
- (11) حميمي عبد المالك، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020.

- 12) خيري دليّة، صديق جهاد، مبدأ سلطان الإرادة والشكلية في المواد التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، 2020.
- 13) زكور فوزية، بو عامر أم كلثوم، الآليات القانونية والمؤسسية لمكافحة الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق المركز الجامعي الشيخ المقاوم امود بن مختار ايليّزي، 2023، ص 26 30
- 14) شلابي مشرية، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018، ص 7.
- 15) صبرنة صباحي، الحرية عند جون جاك روسو، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2020.
- 16) عزّاز شريفة، مبدأ نسبية أثر العقد في مواجهة المتعاقدين والأغيار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2020/2019
- 17) على لغموش ياسين، العناني عبد الرؤوف، الدفع بعدم التنفيذ في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2022، ص 13.
- 18) عمري ليدية وايت أوقاسي نصيرة، دور الإرادة في إنشاء الالتزامات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014/2013.
- 19) فاطمة الزهراء شردود، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص مؤسسات دستورية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2017.
- 20) لعماري سهيلة، العاقل مريم، مبدأ القوة الملزمة للعقد بين الثبات والتراجع، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، 2022/2021.
- 21) منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق بودواو جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2015.

- 22) مزاي ليديا، مزياني زينة، مبدأ حسن النية في إبرام التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2022.
- 23) موزان وردية، بن سي على مسيلبة، الوة الملزمة للعقد وجزاء مخالفتها في القانون الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو.

ثالثا: المقالات

1. أحمد إبراهيم الحيارى، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني، مجلة القانونية، مملكة الحرين، ال عدد 11، 2022.
2. أحمد القاضي، مبدأ حسن النية في العقود الإلكترونية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث الجامعة العربية الامريكية، المجلد 11، العدد 1، 2026،
3. أسماء خليفي، الغبن في القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي-دراسة مقارنة-، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة سكيكدة، الجزائر، المجلد 6، العدد 3، 2022.
4. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستحدثات-، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت العدد 2، سنة 2019
5. الوافي عبد الرزاق، غريسي جمال، الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 04 / 02، مجلة إليزا للبحوث والدراسات، جامعة حمة لخضر الوادي، الجزائر، المجلد 6، العدد خاص، سنة 2021.
6. 6_ بن غريب رايح، احكام الغبن في القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعہ جيجل، المجلد 6، العدد 1، سنة 2021.
7. بن منصور صالح، عثمان بلال، تأثير مبدأ حسن النية عبر المراحل المختلفة للعقد، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد 06، العدد 2، 2022.
8. بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مغنية، المجلد 7، العدد 1، 2022.
9. بوكرازة أحمد، الغبن والاستغلال وأثرهما القانوني، مجلة المعيار، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 25، العدد 62، سنة 2021.

10. بيلامي سارة، مقتضيات الشفافية والنزاهة في تكوين العقد الالكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري، الجزائر، المجلد 6، العدد 4، 2021.
11. حمصي ميلود، مقالاتي مونة، أحكام نظرية الظروف الطارئة في العقود الالكترونية مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، المجلد 16، ال عدد4 2023.
12. حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 34، العدد 2، جامعة الجزائر.
13. خالد أبو طه، أحمد حسنية، الشكالية في العقود التجارية -دراسة تحليلية-، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة ظفار، سلطنة عمان، المجلد 13، العدد 1 2020.
14. رببعة ناصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، المجلد 9، العدد 1 2021.
15. رزاق بارة كريمة، الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة باجي مختار البوني، عنابة، المجلد 10، العدد 2، الجزء 2.
16. زواق نجاة، نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود الدولية، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 5، العدد 2، 2021.
17. عين السمن العالية، كريم زينب، سلطة القاضي في تقدير مشروعية الدفع بعدم تنفيذ العقد، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 14، العدد 29 2022.
18. غزالي محمد ضياء الدين، بن شنوف فيروز، بن عمور عائشة، العدالة العقدية بين الإرادة والقانون، منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مخبر البحث في تطوير التشريعات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، المجلد 7 العدد 11، 2022.
19. فرحات فاطمة زهرة، قنفود رمضان، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 12، العدد 2، 2020.
20. كرفة محمد خليفة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفرنسي منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 11، العدد 2، 2025.
21. لعوامري وليد، الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، المجلد 3، العدد 5، سنة 2014.

22. محمد مصطفى التونسي، حرح زهير، دور القضاء الفرنسي في إصلاح قانون العقود المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام-، مجلة دمشق للعلوم القانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 4، العدد 3، سنة 2024.
23. محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، العدد 1، 2010.
24. محمد سليمان، ضرورة إعادة النظر في مراكز الخلف العام، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 1، 2009.
25. محمد بن السايح، التراضي كميكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية، مجلة الدراسة الإسلامية، جامعة الاغواط، العدد 06، 2016.
26. محجوب بوكريس مروي، عليان عّدة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، العدد 02، سنة 2021.
27. منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا مصر، العدد 85، سنة 2019.
28. نويس نبيل وآخرون، مكافحة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي سي الحواس بركة المجلد 2، العدد 2، 2019.
29. نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، جامعة طاهري محمد، بشار الجزائر، 2015.

رابعاً: المحاضرات

1. حامي حياة، محاضرات في مقياس تنفيذ العقد، موجهة لطلبة السنة الأولى، فرع قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة ال جزائر 1، 2023/2022.
2. علاق لمنور، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام)، موجهة إلى طلبة السنة الأولى ليسانس، السداسي الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2.
3. لعمرى صالحة، محاضرة في مقياس القانون المدني (صحة التراضي)، جامعة بسكرة.

4. مقدم ياسين، محاضرات في مقياس القانون المدني (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2020\2021.
5. مكيد نعيمة، محاضرات في القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، محاضرة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، السداسي الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيبي علي، البلدية 02، 2021/2022.
3. قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

1. Les lois

- 1_Code civile créé par l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats .
- 2_AL21/1 **code de la consommation francais** partie législative nouvelle disponible sur la site wipo lex wipolex-res-wipo.int 20/5/2026.

4. المواقع الالكترونية:

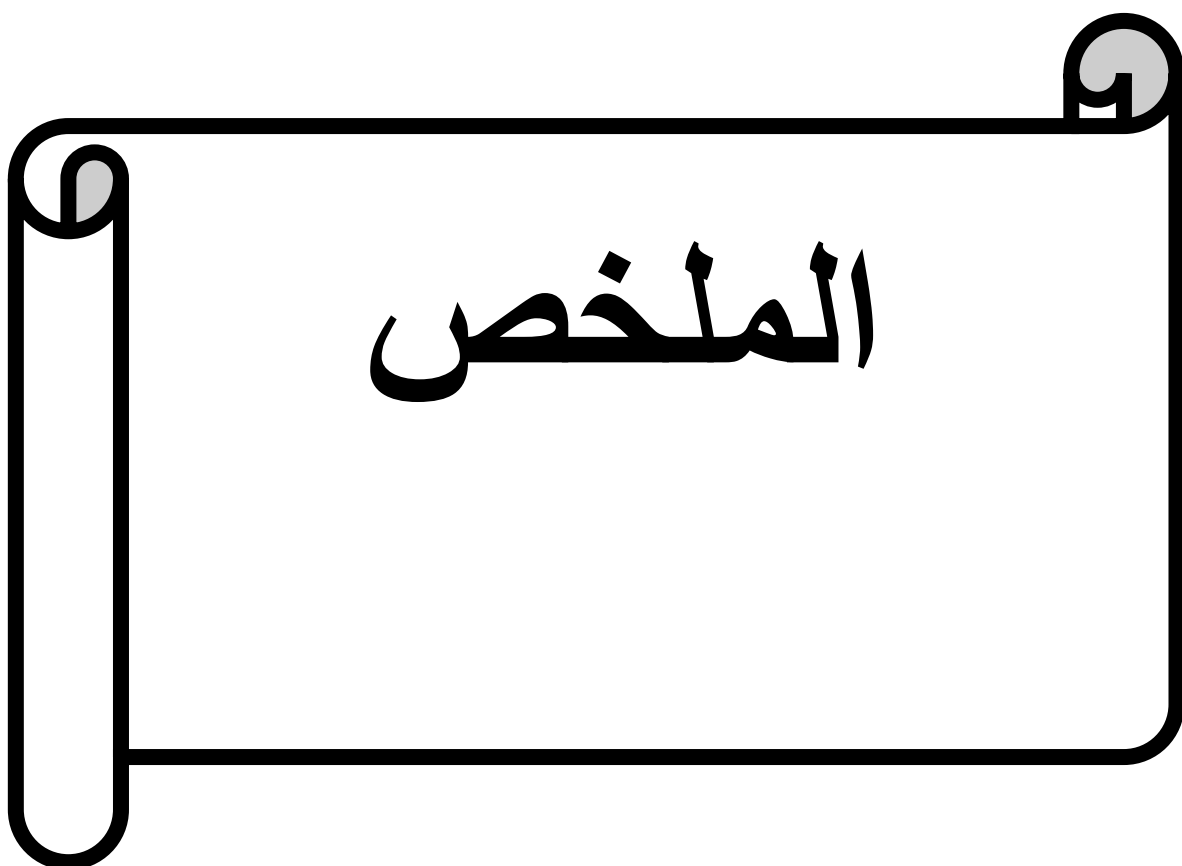
1. <https://mawdoo3.com> consulté le 22/04/2026 à 22.36

الفهرس

أ	شكر وتقدير
ب	الإهداء
ج	قائمة أهم المختصرات
	Erreur ! Signet non défini.
	Erreur ! Signet non défini.
	المبحث الأول: المبادئ التقليدية الحاكمة للعقد
6	المطلب الأول: القواعد الكلاسيكية التي تحكم العقد من حيث التكوين
6	المطلب الأول: مبدأ الرضائية كأساس لانعقاد العقد
6	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة
10	الفرع الثاني: تطابق الارادتين
14	الفرع الثالث: صحة التراضي
16	المطلب الثاني: مبدأ حرية التعاقدية
17	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد
21	الفرع الثاني: مضمون مبدأ الحرية التعاقدية
25	المبحث الثاني: المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد
26	المطلب الأول: مبدأ القوة الملزمة للعقد
26	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الزامية العقد
27	الفرع الثاني: قداسة الالتزام في العلاقة العقدية
28	الفرع الثالث: عنصر الإلزامية في تنفيذ العقد
31	الفرع الرابع: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها
34	المطلب الثاني: مبدأ نسبية العقد

34.....	الفرع الأول: تعريف مبدأ نسبية العقد
35.....	الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين
40.....	الفرع الثالث: آثار العقد بالنسبة للخلف بنوعيه
44.....	الفرع الرابع: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير
47.....	الفرع الخامس: أثر العقد بالنسبة إلى الغير
54.....	خلاصة الفصل
56.....	الفصل الثاني: المستجدات التشريعية الواردة على المبادئ الكلاسيكية للعقد
57.....	المبحث الأول: الإصلاحات الواردة على العقد من حيث التكوين
57.....	المطلب الأول: الضمانات القبلية للسلامة في الرضا
57.....	الفرع الأول: تكريس شفافية الرضا
59.....	الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد
63.....	المطلب الثاني: آليات مكافحة الاختلال العقدي
63.....	الفرع الأول: التوسع في مفهومي الغبن والاستغلال
67.....	الفرع الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية
72.....	المطلب الثالث: التحولات الشكلية والرقابة القضائية على العقد
72.....	الفرع الأول: التحول من الرضائية إلى الشكلية
77.....	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد أو إبطاله
80.....	المطلب الأول: المبادئ التوجيهية لإصلاح توازن العقد
80.....	الفرع الأول: مبدأ حسن النية في إبرام العقد
84.....	الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقود
91.....	المطلب الثاني: ضمانات التنفيذ المباشرة والوقائية
91.....	الفرع الأول: الفسخ بالإرادة المنفردة

95.....	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي
99.....	خلاصة
Erreur ! Signet non défini.	الخاتمة
104	قائمة المصادر والمراجع
117.....	الملخص:



الملخص:

تناولت هذه الدراسة تطور نظرية العقد عبر مقارنة ثنائية، حيث يتناول الشق الأول المبادئ الكلاسيكية الراسخة في القانون المدني الجزائري، والتي تتمحور حول مبدأ "سلطان الإرادة" ولوازمه الأساسية الحرية التعاقدية، والرضائية، والقوة الملزمة للعقود، ونسبية أثر العقد. بينما يتقصى الشق الثاني التحول المعاصر نحو "العدالة التعاقدية" وحماية الطرف الضعيف، مسترشداً بالإصلاحات الجوهرية للقانون المدني الفرنسي لعام 2016. وتتجسد هذه التحولات الحديثة في قوينة نظرية الظروف الطارئة، وحظر الشروط التعسفية، والالتزام القانوني بالإعلام قبل التعاقد، والمبتغى من هذه الدراسة في النهاية هذا من أجل استلزام المشرع الجزائري لهذه الإصلاحات الفرنسية لتحديث إطاره التشريعي، بما يضمن مواكبة المتغيرات الاقتصادية وحماية التوازن العقدي .

الكلمات المفتاحية:

نظرية العقد، سلطان الإرادة، القانون المدني الجزائري، القانون المدني الفرنسي 2016، العدالة التعاقدية، الطرف الضعيف، الظروف الطارئة، الشروط التعسفية.

Summary:

This study examines the evolution of contract theory through a two-fold approach. The first part addresses the classical principles embedded in the Algerian Civil Code, which center on the "autonomy of the will" and its core corollaries: contractual freedom, consensualism, the binding force of contracts (*pacta sunt servanda*), and the privity of contract. The second part investigates the contemporary shift toward "contractual justice" and the protection of the weaker party, guided by the substantive 2016 reforms of the French Civil Code. These modern transformations are exemplified by the codification of the doctrine of unforeseen circumstances (*imprévision*), the prohibition of unfair contract terms, and the statutory pre-contractual duty of disclosure. Ultimately, the study highlights the imperative for the Algerian legislator to draw inspiration from these French reforms to modernize its statutory framework, thereby ensuring alignment with economic shifts and safeguarding contractual equilibrium.

Keywords

Contract Theory, Autonomy of the Will, Algerian Civil Code, French Civil Code 2016, Contractual Justice.