جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص : قانون خاص

إعداد الطلبة :

حنيشي أبو بكر الصديق

بوقانون يونس

إشراف الأستاذة الدكتور :

د. زرباني مصطفى

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
د. الشيخ صالح بشير	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	رئيسا
د. زرباني مصطفى	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د. عيساوي عبد القادر	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي :

1442هـ / 1443هـ - 2021م / 2022م

جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق

تخصص : قانون خاص

إعداد الطلبة :

حنيشي أبو بكر الصديق

بوقانون يونس

إشراف الأستاذة الدكتور :

د. زرباني مصطفى

أمام اللجنة المكونة من السادة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
د. الشيخ صالح بشير	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	رئيسا
د. زرباني مصطفى	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د. عيساوي عبد القادر	أستاذ محاضر ب	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي :

1442هـ / 1443هـ - 2021م / 2022م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

الحمد الله رب العالمين و الصلاة و السلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا

محمد وعلى اله و صحبه أجمعين

الشكر ترجمان النية و الإخلاص فالشكر الجزيل :

للأستاذ المحترم "**زرواني مصطفى**" على قبوله الإشراف لهذا العمل..

كما نتقدم له بالشكر على نصائحه وتوجيهاته القيمة طوال فترة البحث..

ونشكر كل من ساهم بمساعدتنا في إنجاز هذا العمل

من قريب ومن بعيد..

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهم الله عز وجل: "رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا"

صدق الله العظيم

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الغاليين الذين أغلى ما أملك حفظهما الله تعالى وأطال في عمرهما..

كما أهدي عملي إلى زوجتي ورفيقة دربي حفظها الله تعالى..

وإلى إخوتي وأخواتي وعائلتي صغيرها قبل كبيرها..

إلى أصدقائي الذين رافقوني في مشواري الدراسي وإلى زملائي العمل كل باسمه..

أهديكم سلاما لو رفع إلى السماء لكان قمرا منيرا ولو نزل إلى الأرض لكساه

سندسا وحريرا ولو مزج بماء البحر لجعل ملح أجاجا عذابا فراتا سلسبيلا.

أبو بكر

الإهداء

إلى من قال فيهما الرحمان: "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا"

ريحانة الدنيا ونور عيني إلى من تعبت وقاست الكثير من أجلي وعلمتني أن الحياة

كفاح إلى من رضيت بالقليل لتصنع منه الكثير، أمي الغالية

إلى سندي في هذه الحياة إلى الذي تعب من أجل إسعادي وأفنى حياته من أجل

تعليمي إلى ذلك الرجل الكريم، أبي الغالي

إلى إخوتي وأخواتي الذين أحاطوني بكل الاهتمام والرعاية

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة

يونس

قائمة المختصرات

الإختصار	الدلالة
القانون المدني	ق.م
قانون العمل	ق.ع
قانون حماية المستهلك	ق.ح.م
قانون المعاملات	ق.مع
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج
القانون المدني المصري	ق.م.م
القانون المدني السوري	ق.م.س
ديوان المطبوعات الجامعية	د.م.ج
الصفحة	ص
الطبعة	ط
العدد	ع
الجزء	ج
الجريدة الرسمية الجزائرية	ج.ر.ج

مقدمة

مقدمة

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام التي تربط الشخص مع الغير في معاملاته معه، حيث يقوم الشخص بإبرام عقود كثيرة ومختلفة أحيانا، وتلعب العقود دورا مهما في تحقيق المصالح الاقتصادية والاجتماعية للشخص ما دامت ضمن ما يسمح به القانون وغير خارجة عن النظام العام والآداب.

لقد ارتبط العقد بمبدأ سلطان الإدارة الذي مازال يلقي بثقله على أغلب التشريعات والقوانين، والقائم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث تطغى الحرية الفردية لكل طرف في إنشاء العقود بحرية مطلقة تخدم مصالحه، وتلعب حرية الإرادة في التعاقد دورا هاما في إنشاء العقود في مجال المعاملات باعتبارها جوهر قيام العقود والمنطوية تحت مبدأ سلطان الإرادة الذي بدوره أساس قيام الحرية التعاقدية، تسيطر حرية الإدارة بصفة عادية على إبرام العقود أو عدم إبرامها وتحديد مضمونها وشكلها، وطريقة إنهائها كأصل أما استثناء فإن حرية الإرادة تعترضها بعد الاستثناءات التي يفرضها القانون في بعض العقود التي تفيد الحرية في التعاقد كعقد التأمين وعقد العمل التي تكبح حرية الفرد في التعاقد بموجب نصوص قانونية ذات صبغة آمرة متعلقة بالنظام العام، وذلك بإنشاء مراكز تعاقدية بقوة القانون، تفرض على أطراف التعاقد على قبول طرف جديد خارج على إراديتهما.

تقوم حرية الإرادة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتحت قاعدة الرضائية التي تصدر من أطراف العقد، حيث اجتهد المشرع الجزائري متأثرا بالتشريعات المقارنة في مجال تعزيز حرية الإرادة في التعاقد مما أسهم في توضع قوانين جديدة وتحسين خدمة أخرى لهذا المبدأ وحفاظا على المصلحة العامة والنظام العام، وقد أنتج تدخل المشرع في مجال الحرية العقوبة إلى وضع قيود آمرة في القانون المدني وبعض القوانين الأخرى على مبدأ حرية الإرادة في التعاقد، بغية توجيه الإرادة في التعاقد، بغية توجيه الإرادة إلى غاية مشروعه، ولا عبرة للإرادة التي لا تتجه

لإحداث أثر قانوني وتنقسم الإرادة إلى نوعين إرادة كامنة في النفس، وإرادة خارجة التي يجب على صاحبها إبرازها والتعبير عنها بالطرف وضحها القانون.

–لقد أصبحت الدول تتدخل لفرض قيود على حرية الإرادة بوسائل منها إدارية، ومنها قضائية حماية للطرف المذعن في العقد بهدف إعادة التوازن للمعاملات المرئية حتى بتحقق العدل الذي هو غاية المجتمع.

وقد مرت حرية الإدارة في التعاقد بمراحل كبيرة من عدة قرون بداية من العصر الروماني وثم العصر الكنسي الذين كان لهم دورا في تكريس الحرية التعاقدية.

وقد كان للمذهب الفردي الدور الأبرز الذي قدس الحرية الفردية إبان القرن السابع عشر ومطلع القرن الثامن عشر، حتى عرف أنصاره بالغلو بهذا المبدأ وصولا إلى المذهب الاجتماعي الذي دعم الأفكار الاجتماعية الاشتراكية.

أو بخصوص حرية الإرادة في التعاقد بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد استمدها من الشريعة الإسلامية والتشريع الفرنسي، حيث آمن بها، وأدرجها المعاملات من خلال القانون المدني في المادة 106 منه، وقد قيدها بضوابط حيث أخضعها للنظام العام والآداب.

أولا: أسباب اختيار الموضوع.

يمكن تقسيم أسباب اختيار هذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

– فمن الناحية الموضوعية فإن حرية الإرادة من أهم المواضيع التي تشغل بالأفراد والمشرع خاصة فيما يتعلق بالقيود الواردة عنها والتي تشكل قلقا كبيرا من ناحية الفرد بسبب تقييد حريته في إبرام عقود بحرية تامة، أو الخوف من فرض شروط عليه هو غير راض عنها، ومن جهة المشرع الذي يسعى دائما إلى تحقيق المساواة في العقود خدمة للمصلحة العامة، وتحقيقا للنظام العام.

– أما بالنسبة للأسباب الذاتية نعد قيود حرية الإرادة ضمن موضوعات القانون المدني، وندخل في إطار القانون الخاص، وبالتالي ضمن تخصصنا واهتمامنا.

ثانيا: أهمية الموضوع.

لحرية الإدارة في التعاقد أهمية كبيرة في ضمان سير المعاملات في مجال الالتزام، فالرغم من القيود الواردة عنها من طرف المشرع، واختلاف الفقهاء في تعريفها ومدى تأثيرها، إلا أن التشريع الجزائري اعترف بها وحاول تعزيزها.

ثالثا: أهداف الدراسة.

بالرجوع إلى الأهداف المراد الوصول إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع، تكمن في تسليط الضوء مرة أخرى على حرية الإرادة في الفقه والتشريعات المقارنة وتبيان القيود الواردة عليها نتيجة تدخل القانون، وتطور التعاملات، بالإضافة إلى دور القضاء في المحافظة على هذا المبدأ من خلال الأحكام التي يصدرها ونوع التدخلات التي يفرضها، ومدى دور القاضي وسلطته في حماية حرية الإرادة من جهة وضمان المصلحة العامة من جهة أخرى.

رابعا: حدود الدراسة.

يشتمل نطاق هذه الدراسة على مدى تمتع الفرد بالحرية في التعاقد وحجم القيود التي فرضها المشرع الجزائري ضمن القانون المدني رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1975 الموافق ل 26 سبتمبر، المعول والمتمم، حيث تطرقنا للقيود الواردة على مبدأ حرية الإرادة في التعاقد.

خامسا: صعوبات الدراسة.

واجتهدنا أثناء إنجازنا لهذا العمل صعوبات عدة منها ما هو مرتبط بالموضوع والمتمثلة في نقص المراجع في الجامعة والكلية والمكتبات العمومية، ومنها ما هو مرتبط بذاتنا بحكم العمل

الذي نحن فيه لصعوبة إيجاد الوقت للتنقل للحصول على المراجع المختصة الخاصة في الموضوع.

سادسا: إشكالية البحث.

وللوصول إلى دراسة واضحة لهذا الموضوع ارتأينا وضع إشكالية للموضوع والموسومة ب:

– فيما تتمثل القيود الواردة على حرية الإرادة في التعاقد؟

سابعا: منهج الدراسة.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا المنهج التحليلي لدراسة وتحليل حرية الإرادة والقيود الواردة عنها بالإضافة للمنهج الوصفي باعتباره الأجدر في مثل دراستنا.

وكذلك استعملنا المنهج المقارن للمقارنة بين مختلف التشريعات في مجال حرية التعاقد.

ثامنا: تقسيم الدراسة.

لقد قسمنا خطة البحث إلى تقسيم ثنائي مكون من فصلين وكل فصل فيهما إلى مبحثين:

بالنسبة للفصل الأول الموسوم بعنوان مبدأ حرية الإرادة في التعاقد، والذي يحمل مبحثين، حيث ندرس في المبحث الأول مفهوم حرية الإرادة في التعاقد.

أما المبحث الثاني مبدأ سلطان الإرادة والأسس التي يركز عليها بينما في الفصل الثاني فهو موسوم بالاستثناءات الواردة على مبدأ الحرية في التعاقد، والذي يحتوي على مبحثين: المبحث الأول: القيود القانونية على حرية التعاقد، أما المبحث الثاني: القيود القضائية على حرية التعاقد.

الفصل الأول

مبدأ حرية الإرادة في التعاقد

الفصل الأول: مبدأ حرية الإرادة في التعاقد

تمهيد

الإرادة ظاهرة نفسية، وهي جوهر التصرف القانوني، وما العقد إلا تلاقي إرادتين بطانيتين، فإذا إنعدمت هذه الإرادة النفسية الداخلية لسب ما، فجزاء التصرف البطلان أو الإنعدام، ويعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزام التي تربط الشخص مع الغير في معاملاته معه، وتلعب الإرادة الحرة التعاقد أساس قيام العقود.

فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " [1].

ومن الثابت قانونا إن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها فلا يمكن أن يلتزم إلا بما أرتض به، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني، من حيث نشأته وتحديد آثاره، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة القائم على فكرتين الأولى : أن كل الإلتزامات ترجع مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، والثانية : أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الإلتزام، بل تعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الإلتزامات من آثاره .[2]

والوصول إلى مفهوم أوسع لحرية الإرادة في التعاقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين الأول نتناول فيه مفهوم حرية الإرادة في التعاقد (فصل أول).

1- سجاد أحمد بن حمد أفضل – **الألوكة الشعرية- آفاق الشريعة – مقالات دينية – من شروط التكليف – حرية الإرادة** .ص 5.

2- عتيق حان – **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية** – مذكرة ماجيستير في القانون الخاص – معهد الحقوق – تخصص قانون التعاون الدولي – المركز الجامعي – العقيد أكلي محند أولحاج – البويرة – 2012 .ص 01.

المبحث الأول : مفهوم مبدأ حرية التعاقد

كان للمذهب الفردي دورا هاما في تطور مبدأ حرية التعاقد الذي قام على تبجيل الحرية الفردية المطلقة (مطلب أول)، وبالمقابل.

القيود التي طرأت على هذا المبدأ في ظل المذهب الإجتماعي

المطلب الأول : مبدأ الحرية في التعاقد

فرع أول : مبدأ حرية الإرادة عند المذهب الفردي

إن الحديث عن حرية التعاقد في مجال القانون الخاص يقودنا بلا شك إلى الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة الذي شهد مع مطلع القرن السابع عشر رواجا وتجسيدا هائلا، وذلك إثر تفشي المذهب الفردي، الذي لعبت الثورة الفرنسية دورا رائدا في ترسيخه وتوطيد دعائمهن وكانت له السيطرة والسيادة في المجال السياسي والإقتصادي والقانوني إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر.[1]

فمن الناحية السياسية إنحصرت سلطة الدولة في أضيق الحدود إحتراما للحرية الفردية وإقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن، وعلى الصعيد أو الجانب الإقتصادي فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الإقتصادية الكاملة .[2]

أما في جانب القانون جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال إعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته . [3]

1- عبد الحميد متولي – الحريات العامة – نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها – منشأة المعارف الإسكندرية 1975 – ص 24، أدرج عند – محمد حسين عبد العال – الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستور به لمبدأ حرية التعاقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 1998. ص21

2- أعليان عدة – مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد – دراسة مقارنة – بدون تاريخ نشر ، ص 137.

3- علي فيلالي – الإلتزامات – النظرية العامة للعقد – موقم للنشر – الجزائر – 2008. ص 49

فرع ثاني : مبدأ حرية التعاقد في المذهب الإجتماعي

مع مطلع القرن العشرين إنتكس مبدأ حرية التعاقد وبدأ بفقد بريقه، وذلك راجع إلى سببين أساسيين :

أولا : تطرف أنصار المذهب الفردي في تطبيقه : وكانت الإرادة عندهم مقدسة وهي أساس كل إلتزام أيا كان نوعه بما في ذلك أحكام القانون. كونه مجرد تعبير عن مجموع إرادات للأفراد.

ثانيا : العوامل السياسية والإقتصادية التي كانت سببا في إزدهار مبدأ حرية التعاقد أخذت تتكمش تدريجيا تحت تأثير عوامل أخرى، فقيام الصناعات الكبيرة، وتأسيس شركات الضخمة التي تضم جموعا هائلة من العمال، كانت وراء ظهور المذهب الإشتراكي والإجتماعي، الذي قام في وجه المذهب وإنكمش بعوامل إقتصادية .[1]

" لقد لعب فرض رب العمل شروطا قاسية وظالمة على العامل سواء من حيث إلتزامه بالعمل لساعات طويلة بغض النظر عن جنس العامل، أكان ذكر – أنثى – صبي، مما زاد من حوادث العمل دون إسناد الخطأ لرب العمل " .[2]

" وقد ترتب على ذلك تدهور أحوال العمال وتعرضوا لكثير من المظالم دون إنصاف من النظام القانوني".[3]

وبما أن الجزائر إنتهجت بعد الإستقلال نهجا إشتراكيا فقد أثبتت في سياستها الإقتصادية منذ الإستقلال إلى أواخر الثمانينات، فقد عرفت حرية الإرادة في التعاقد في التشريع الجزائري

[1] – محمد حسين عبد العال – المرجع السباق .ص 110

[2] – أ– عليان عدة – المرجع السابق – ص 139

[3] – أحمد عيسى – **الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي** – مقالة من مجلة دراسة قانونية – كلية الحقوق – تلمسان – العدد 04. ص 54

العديد من القيود، منها منع الأشخاص من ممارسة بعض الأنشطة التجارية، وإبرام بعض العقود للبضائع السلع حسب المرسوم 78/02 .[1]

كما تعدت سياسة تقيد مبدأ حرية الأفراد في التعاقد في ما يخص عقود التأمين طبقا لما جاء في المادة 01 من الأمر 74/15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات.[2]

كما قد يكون هذا التقييد من خلال فرض إلتزامات على عاتق المتعاقد الذي يمتنع بقوة إقتصادية لصالح المتعاقد الضعيف كما هو في عقود الإستهلاك .[3]

ويمكن القول مما سبق أن سياسة الإقتصاد الموجه التي إنتهجتها الجزائر منذ الإستقلال وإلى نهاية الثمانيات قد أثرت بشكل مباشر على حرية التعاقد مما جعلها محلا للعديد من القيود.

فرع ثالث : مبدأ حرية الإرادة في التعاقد في العولمة الإقتصادية

لقد إقتصرت فكرة الحرية الإرادة في مجال الفلسفة الإقتصادية وقد تعززت فكرة العقد في الشرائع المدنية بتطور مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر الإطار العام الذي تندرج تحته حرية الإرادة في التعاقد، وقد كان للمشرع الفرنسي دورا في تعزيز مبدأ سلطان الإرادة من خلال المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، عندما اعتبرت الإتفاقات المنشئة بكيفية مشروعة بمثابة القانون بالنسبة للأطراف المنشئة لها، بحيث لا يمكن مراجعتها إلا بإتفاق الجميع أو في الحالات المرخصة من طرف القانون. [4]

أما في الجزائر مع مطلع التسعينات وبداية القرن الحالي، تبنت الجزائر تدريجيا نظاما مختلفا يقوم على أساس إقتصاد السوق متأثرة بالعولمة الإقتصادية التي إنتهجتها معظم دول العالم، وذلك من خلال ما تجسد في دستور 1989 تم التعديل الذي طرأ عليه في دستور 1996،

---

[1] – المادة 01 من قانون 78/02 المؤرخ في 11-02-1978 المتعلق بإحتكار الدولة للتجارة الخارجية – المادة 14 من الدستور

[2] – المادة 01 من أمر 74/15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام تعويض الأضرار.

[3] – قانون رقم 09/03 المؤرخ في 08-03-2009 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

[4] – مبدأ سلطان – **الإرادة ودوره في تكوين العقد** .ص 1- UNIVERSITYLIFESTYLE.NET01

ونتيجة لهذا التحول بدأت حرية الإرادة في التعاقد تستعيد دورها الريادي من خلال فتح المجال لحرية التجارة والصناعة . [1]

والمرسوم التنفيذي رقم 91/37 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الذي قلص إحتكار الدولة على التجارة الخارجية المتمثلة في الإستيراد والتصدير. [2]

فرع رابع : مبدأ حرية التعاقد في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية بما أقرته من مبادئ وحريات إقتصادية إعتبرت العقد جوهر العلاقات التعاقدية في المجتمع ووسيلة لتحقيق الأمن في مجالات المعاملات المالية وغير مالية. [3]

من أهم المبادئ والضمانات التي أقرها الفقه الإسلامي ترسيا للحرية الذي يبين عليه العقد والقائم على وجوب إعلام المتعاقد بشروط العقد وبمحل العقد وآثاره وهذا ضمانا لصحة رضاه وخلوه من عيوب الإرادة. [4]

ويعتبر الرضا من أركان البيع الخمسة فلا يصح دون رضا الطرفين لقوله صلى الله عليه وسلم " إنما البيع عن تراض " رواه انب ماجه بن حسين. [5]

ومن أجل تعزيز حرية المتعاقد في إبرام عقوده، أقرت الشريعة الإسلامية حق الإختيار للمتعاقد كضمان لحمايته والحكم في وجوده هو التأكد من رضا العاقدين في إنشاء العقد وإمضائه وكذلك لمقتضيات العدل ورعاية مصلحة طرفي العقد. [6]

---

[1] – عليان عدة . المرجع السابق . ص 141

[2] – المادة 37 من دستور 1996

[3] – أ.د – بن حملة سامي– **أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الإسلامية** – كلية الحقوق – جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 مجلة البحوث في العقود وقانون العمال – العدد الخامس – 2018 . ص21

[4] – ا– د. بن حملة سامي – نفس المرجع .ص 25

[5] – أبو بكر جابر الجزائري – **منهاج المسلم** – دار الفكر ، بيروت 2003 . ص 279

[6] – عبد الكريم زيدان – **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – مؤسسة الرسائل** – ص 14 بيروت – 1996 .ص 239

المطلب الثاني : مفهوم حرية الإرادة في التعاقد

فرع أول : تعريفها

إن الإرادة في ذاتها عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه وهي لا تتخذ مظهرها الإجتماعي. [1] إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الإلتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة، ولا يحد من هذه الحرية سوى إعتبارات النظام العام وحسب الآداب.

وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها. [2]

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني حيث جاء في نصها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية. [3]

ويميز علماء النفس بين عدة صور للإرادة معتمدين في ذلك على قدرة وتطور إدراك كل كائن، أما القانون فإنه لا يعتد إلا بالإرادة الجدية التي عرفت تطورات عديدة فرضتها تحولات المجتمعات وقد أجمعت كلها على ضرورة إظهار هذه الإرادة. [4]

---

[1] – بلحاج العربي– **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري** – الجزء الأول – التصرفات القانونية – العقد والإرادة المنفردة – ديوان المطبوعات الجامعية 2007 . ص59

[2] – د.محمد صبري السعدي – **الواضح في شرح القانون المدني– النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام** – العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية – طبعة جديدة مزيدة ومنقحة – دار الهدى – عين مليلة – الجزائر –2012 .ص 46

[3] – المادة 59 من القانون المدني الجزائري .

[4] – علي فيلالي – **الالتزامات – النظرية العامة للعقد** – رقم للنشر . ط3 . 2013. ص98

فرع ثاني : أنـواع حرية الإرادة

ويمكن تقسيم حرية الإرادة في التعاقد إلى قسمين هما الإرادة الباطنية (أولا) والإرادة الظاهرة (ثانيا).

أولا الإرادة الباطنية :

فطبقا للمذهب الشخصي تكون العبرة بالنية الخفية لا بما نأخذ من مظهر خارجي، ويكون التعبير الخارجي عن الإرادة الباطنية مجرد قرينة عليها وعلى القاضي إن يتحرى عن النية الحقيقية لم صدر عنه التعبير، إذ قد يكون هذا التعبير صادقا وقد لا يكون والعبرة في هذا المذهب هي الإرادة الباطنية، وتترتب على ذلك نتائج خطيرة فيما يتعلق ببقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه الإرادة. [1] حسب مادة 62 من القانون المدني التي تنص على " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند إتصال التعبير يعلم بعلم من وجه غليه، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أمن طبيعة التعامل.

ثانيـا: الإرادة الظاهـرة.

والمذهب المادي يعتد بالإرادة الظاهرة la volonté externe فإن صدر التعبير عن الإرادة فان صدر التعبير عن الإرادة فانه يحدث أثره القانوني بصرف النظر عن نية من صدر منه فالعبرة من هذا المذهب هي إعلان الإرادة حتى يكون هناك استقرار في التعامل بين الناس.

ولنضرب مثلا يوضح لنا الفرق ين المذهبين، شخصا لديه حصانان أحدهما أبيض والآخر أحمر ويريد التخلص من هذا الأخير فيعرض على شخص إن يبيعه الحصان الأبيض، فإرادته الباطنية توجهت إلى بين الحصان الأحمر وإرادته الظاهرة عبرت عن الحصان الأبيض غلطا،

[1] – علي علي سليمان – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري– ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون طبعة ثانية 2008 .ص32

فطبقا للمذهب الشخصي يكون هناك غلط لأن الإرادة الباطنية لم تظهر في ثوبها الصادق، وطبقا للمذهب المادي يقع البيع على الحصان الأبيض الذي صدر التعبير به. [1]

ثالثا: توافق الإرادتين :

يفترض العقد إيجاب يتبعه قبول، ويجب إن يكون القبول مطابقا للإيجاب حتى ينعقد حسب مادة 2/99 من القانون المدني الأردني. [2]

1- الإيجاب : الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادة في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له. انعقد العقد . [3] يرى أنصار هذا الرأي إن العقد يتم عندما يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين إلا إن تبادل التعبير فيه نظريتان:

أ- **نظرية التسليم:** يرى أنصار هذه النظرية أن لحظة تكون العقد هي لحظة تسلم الموجب قبول الموجب له.

ب- **نظرية العلم بالقبول** : يرى أنصار هذه النظرية وهو كثير، أن لحظة إنشاء العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول، لأن أي إرادة في إنشائها لأثر قانوني يلزم أن يعلم بها من هي موجهة إليه . [4]

---

[1] – علي علي سليمان – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون
الجزائر – طبعة ثانية .2008 .ص 32

[2] – علي علي سليمان المرجع السابق ص 32.33

[3] – بلحاج العربي – **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الأول – التصرف القانوني** – العقد والإرادة المنفردة –
ديوان المطبوعات الجامعية . ط 5 بن عكنون – الجزائر .ص 67

[4] – انظر السنهوري – **مصادر الحق في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي** – ج4 – منشورات الحلبي الحقوقية بيروت طبعة 2 – الجديدة .1998 .ص21

فرع رابـع : طرق التعبير عن حرية الإرادة في التعاقد

طرق التعبير عن الإرادة هي وسائل تنقل الإرادة الباطنية إلى إرادة ظاهرة ليعلم بها الآخرين وتنقسم هذه الطرق إلى ايجابية وسلبية.

أولا: طرق التعبير الايجابية عن حرية الإرادة .

التعبير عن الإرادة يتم عادة باستعمال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على الإرادة، نصت المادة 60. [1] من القانون المدني على حرية التعبير مجسدة بذلك لمبدأ الرضائية، فالفرد له كامل الحرية في كيفية التعبير عما يريده . [2]

فالتعبير عن الإرادة وسائل كثيرة بواسطتها يتم الإفصاح عن الإرادة ونقلها من إرادة كامنة في النفس إلى إرادة ظاهرة يعلم بها الغير، هذه الوسائل بدورها تنقسم إلى مظاهر إيجابية تصلح بصفة عامة للتعبير عن الإرادة ، كاللفظ والكتابة والإشارة، والموقف الدال على الإرادة . [3]

إن الأصل في التعبير عن حرية الإرادة هو اللفظ وهو الطريق الطبيعي والسهل للتعاقد وذلك لقوة دلالته ووضوحه ففي الفقه الإسلامي مقدم على غيره. [4]

ثانيـا : طرق التعبير السلبية عن حرية الإرادة

السكوت هو موقف سلبي بحث لا يمكن التعبير به عن الإيجاب، والإيجاب هو العرض الذي يتقدم به احد المتعاقدين للآخر تاركا له أمر القبول أو رفضه . [5]، كما أن السكوت حالة

---

[1] – جاب الله عبد الحميد – **التعبير عن الإرادة** – مذكرة ماجيستر – كلية الحقوق – فرع العقود والمسؤولية – جامعة الجزائر 1– بن عكنون – 2012–2013 .ص 22

[2] – علي فيلالي – المرجع السابق .ص 96

[3] – جلال علي العدوى – أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزام). منشأة المعارف الإسكندرية – مصر – الطبعة 1997.ص 89–90

[4] – مندي عبد الله محمود حجازي– **التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت – وإثبات التعاقد الالكتروني (وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني)** – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – مصر – ط1 2010.ص 117

[5] – د.محمد صبري السعدي – المرجع السابق .ص83

سلبية لا يوافقها أي سلوك إيجابي من اللفظ أو الكتابة أو الإشارة. [1] والسكوت ليس تعبيرا ضمنيا عن الإرادة. فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق بيان ذلك أما السكوت فهو العدم. [2]

القاعة العامة تقول أن السكوت في ذاته والمجرد من أي ظرف يحيطه. لا يعتبر تعبيرا عن الرضا. لأن الرضا عمل إيجابي. أما السكوت فهو سلوك سلبي وبالتالي لا يمكن الإستخلاص من السكوت المجرد إرادة غير موجودة، أي أن نستخلص من العدم وجودا.

وعليه ليس من السهل إستخلاص الإرادة الضمنية من السكوت المجرد وهذا عملا المبدأ العام لا ينسب لساكت قول. [3]

وبالمقابل ترد إستنادات على التعبير السلبي المتمثل في السكوت وذلك .

1- السكوت الملابس :

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب بالمصلحة من وجه إليه حسب ما جاء في نص المادة 68 من القانون المدني. [4]

ومن خلال نص المادة يمكن إستخلاص ثلاثة حالات يعد فيها السكوت قبولا وذلك في الحالات التالية.

- حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين مثل التعامل بين تاجر التجزئة وتاجر الجملة في بضاعة معينة، فإذا طلب تاجر التجزئة من تاجر الجملة كمية من السلعة بالشروط السابقة . ولم

[1] - جاب الله عبد الحميد - المرجع السابق .ص24

[2] - د.محمد صبري السعدي - المرجع السابق .83

[3] - السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق .ص157

[4] - علي فيلالي - المرجع السابق .ص 134

يرى تاجر الجملة بعد سكوته قبولا وملزم بتنفيذ العقد، كان بإمكانه الرد إذا لم تتجه إرادته إلى القبول بهذه الشروط.

- ✓ حالة ما يرجي بحسب العرف والعادات أن الموجب له يعتبر قابلا إذا لم يرد عدم القبول.في الوقت المناسب. مثل إرسال تاجر بضاعة تطالبها مع شروط جديدة سكت المشتري عنها يرفضها.
- ✓ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فإن السكوت هذا الأخير يعد قبولا، مثل شخص يعد آخر أن يبيع له سيارة بثمن مغري فإذا سكت هذا الأخير فسكوته يعتبر. [1]

[1] – المادة 68 من القانون المدني.

المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والأسس التي تركز عليها

مبدأ سلطان الإرادة يدخل في نطاق فلسفة القانون ويعد من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية إختيار إبرام العقود وترتيب آثارها، وهو يقوم على أساسين هما الحرية والمساواة، فالحرية هي أساس النشاط الذي يظهر في الإرادة التي تنشئ العقد وتحدد آثاره وتختار ما تشاء من المصالح التي تلائمها، ويأتي القانون بعد ذلك مكملا.

أما المساواة القانونية فهي التي تحقق المصلحة العامة التي هي مجموع مصالح الأفراد بإتاحة الفرص للجميع دون تفريق. [1]

وستناول في هذا المبحث كل من مفهوم مبدأ سلطان الإرادة من خلال تعريفه (مطلب أول) والأفكار التي يقوم عليها (مطلب ثاني).

المطلب الأول : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.

يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول (تعريف مبدأ سلطان الإرادة) وفرع الثاني نشأته في الشريعة الإسلامية والقانون.

فرع أول : تعريف مبدأ سلطان الإرادة .

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد أي معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها. [2]

ومن هذا يتضح أمران :

---

[1] – د.عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي دغيش – **مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون** – مجلة العلوم السياسية – جامعة محمد خيضر – بسكرة – العدد 44 جوان 2016 .ص257

[2] – سلطان أنور – **الموجز في مصادر الالتزام** – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية مصر – د.ط. 1998.ص 13

الأول : أن الإرادة لها سلطان ذاتي فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني، وقد أشارت معظم القوانين إلى هذا الأمر

فمثلا نص القانون المدني الفرنسي في المادة 11948 منه على أن (الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرميها).

وكذلك القانون المصري في المادة 147 منه التي تتطابق معها المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. [1]

فرع ثاني : نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة.

سنتناول في هذا فرع نشأة مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية ثم القانون الوضعي.

- **أولا : في الشريعة الإسلامية.**

مما لا شك فيه أن التشريع الإسلامي قد أولى لحرية الفرد أهمية كبيرة مالم تخالف القرآن والسنة، ففي مجال العقود ومبدأ سلطان الإرادة نجد في الشريعة أن هذا المبدأ مع بداية الإسلام ونزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم، وقد وصل مداه إلى أن جعله الله تعالى أساس الدين كله. [2]

فقد جاء في كتاب الله تعالى في محكم تنزيله قال تعالى : " لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن ابلله فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها والله سميع عليم ". [3]

[1] – د.محمد صبري السعدي – المرجع السابق ص.ص 45.44

[2] – د.عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي دغيش – المرجع السابق .ص 259

[3] – سورة البقرة ، آية 256

وقال أيضا : "وقيل الحق من ربكم، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر " سورة الكهف آية 29. [1]

وقال أيضا : " ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا، أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين ". [2]

وواضح من هذه النصوص أن حرية الإنسان هي أساس صحة الإيمان بالله عز وجل، وبقية التصرفات من باب أولى لأنها أقل شأنا من الاعتقاد ذاته.

أن نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية، قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة . [3]

لقد اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة ويرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القران الكريم، ويظهر ذلك في قوله تعالى :" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " [4]

وقوله تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ... " [5] وبالمقابل وفي السنة الشريفة فقد جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له "

وبناء على ذلك لا يمكن إنكار ما وصل إليه التشريع الحديث لا يعلوا عن كونه من المبادئ التي إستقر عليها فقهاء الإسلام الذين إستنبطوا أحكامها من مصادر التشريع (الكتاب ، السنة،

---

[1] – سورة الكهف ، آية 29

[2] – سورة يونس ، آية 99

[3] – مصطفى أحمد الزرقاء، **الفقه الإسلامي في توبه الجديد** – المدخل الفقهي العام – دار الفكر – دمشق. سوريا – الطبعة التاسعة – د.ت.ط 10 ص 466

[4] – سورة المائدة ، آية 01

[5] – سورة الإسراء ، آية 34

القياس)، والدليل على ذلك مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية.

والدليل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات، إنما لكل إمرئ ما نوى " وإحترام العهد على مستوى الأفراد أو على مستوى المؤسسات والدول في المعاهدات الدولية. [1]

وقوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا أحل حراما ". [2]

ومعنى الحديث أن المسلمون مطالبون بالوفاء بشروطهم التي إشترطوها إرادتهم، بإستثناء الشروط المخالفة للنصوص الشرعية.

- **ثانيا: في القوانين الوضعية**

لم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القوانين المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو آخر.

ففي القانون الروماني لم يكن يكفي لإبرام العقد. مجرد توافق الإرادتين بل كان لابد من القيام باتخاذ إجراءات شكلية لكي تنعقد العقود وسادت هذه الفكرة في القانون الروماني في عصوره المختلفة رغم ظهور العقود الرضائية التي يكفي توافق الإرادتين لانعقادها. [3]

---

[1] – رواه البهيقي في السنن الكبرى ج 7.ص 249 ح 14213، والدار قطفي في سننه ج3 ص27 ح 98 وصححه الألباني. أنظر إرواء
الغليل ج 7 ح 191 ح 2212

[2] – عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي دغيش – المرجع السابق .ص 260

[3] – انظر.د.محمد صبري السعدي – المرجع السابق .ص 45

فكان من بين التصرفات الشكلية الناقلة للملكية الإشهاد وطريقة انعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان.ثم يقوم مكتسب الملكية صيغة خاصة تقيد اكتسابه للملكية . ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم السبيكة إلى المتنازل عن الملكية. [1]

إن تطور الحضارة الرومانية، وإتساع إقليمها وظهور الحاجة إلى إجراء المعاملات والمبادلات التجارية مع الأمم الأخرى ومنها المعاهدة التجارية المبرمة مع قرطاجة سنة 384 ق.م . [2]

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة وإتساع الرقعة الرومانية والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة

للتقدم الاجتماعي وتعقد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني الذي اظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث انه إلى جانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة. [3]

فاعترف القانون الروماني ببعض العقود كواقعة التسليم والاكتفاء بمجرد التراضي، ثم اعترف في مرحلة أخيرة بأربعة عقود رضائية هي البيع والإيجار والشركة والوكالة ولم يعرف غيرها وهكذا

---

[1] – محي الدين إسماعيل – علم الدين– **نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية** – الطبعة الثالثة دار النهضة العربية –
القاهرة – مصر – دون سنة نشر – ص.86

[2] – خولة عرعار– **مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي** – دون ذكر المذكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم
العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون خاص (استثمار)– جامعة 8 ماي 1945 – سنة 2015 – 2016 .ص 15

[3] – باسعيد عائشة – الحاج موسى حنان– أثر **التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات** – مذكرة ماستر أكاديمي – كلثة
الحقوق – قسم الحقوق – تخصص قانون خاص – جامعة غرداية – 2019 م .2020م . ص31

ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية وبعض العقود الرضائية وإستقر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية. [1]

وفي هذا الإطار فإن القانون الفرنسي القديم، لم يكن يتقبل فكرة لمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية، لكن في القرن السادس عشر ميلادي والذي عاش فيه العالم لوزايل (Loisel) الذي ترك القول المأثور " إن الثيران تربط بقرونها والناس بكلامهم "عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود، ويعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي والمبادئ الدينية التي قامت على التعاليم المسيحية القائمة على وجوب الوفاء بالعهد. [2] إذا كانت تنادي بإحترام العهود والمواثيق فكان القانون الكنسي مهدا للرضائية إذ قرر أن كل اتفاق يكون ملزما ولو تجرد من الشكلية. [3]

وإنتهى فقهاء القرن الثامن عشر إلى اعتبار أن إرادة الطرفين هي الواجبة الاحترام وهي التي تلزم صاحبها وتتحدد مدى الالتزام، وان القانون لا يملك التدخل في حرية الإرادة في إنشاء هذا الالتزام أو في تحديد آثاره، وهكذا تقرر على مر من الأيام أن ما تتجه إليه إرادة الطرفين في العقد ملزم لهمان ويتعين الوفاء به قانونا، يقيد واحد هو عدم المساس بالنظام العام ويحسن الآداب وبذلك دخل مبدأ السلطان الإرادة في الشرائع الأوروبية في القرن الثامن عشر بتأثير الفلاسفة الذي أخذوا بالمذهب الفردي، ومن أوائل القوانين التي تمنت هذا المبدأ القانون الفرنسي حيث صاغه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بالقول " الاتفاقات التي تتم وفق لقانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها ".[4]

---

[1] – أنظر عبد السلام التونحي– المرجع السابق ج1.ص 93.92 عبد الرزاق السنهوري– **الوسيط في شرح القانون المدني**– ج 1 .ص155

[2] – إلياس ناصيف ، **موسوعة العقود المدنية والتجارية** – البحث الأول – أحكام العقد الجزء الأول – أركان العقد .طبعة 2 – دار النهضة العربية – مصر– 1997 .ص 51

[3] – د.عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي دغيش – المرجع السابق .ص 259

[4] – د.عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي – دغيش، المرجع السابق ،ص262

- **ثالثا: موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة.**

بما أن المشرع الجزائري إتخاذ من المشرع الفرنسي مصدرا لاستنساخ بعض قوانينه، فقد كان كذلك فيما يخص مبدأ سلطان الإرادة، فقد اخذ بمبدأ الرضائية في تكوين العقد، فقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ .

موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا. [1]

وتماشيا مع ما أشارت إليه المادة 60 من القانون السابق الذكر، فقد نصت المادة 106 من نفس القانون فيما يعد مبدأ سلطان الإرادة، التي تشير إلى آثار العقد التي تخضع إلى مبدأين هما : إلزامية العقد ونسبة آثار العقد .

وتنص المادة على " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " فالإرادة الحرة الواعية التي تكسب العقد إلزاميته، أما المبدأ الثاني فمفاده أن آثار العقد لا تتصرف إلى غير المتعاقدين. [2]

وتسري هذه القوة الإلزامية للعقد في حق القاضي أيضا، فهو ملزم باحترام إتفاق المتعاقدين حتى وإن كان غير عادل من وجهة نظره، فلا يمكن له إضافة أو إنقاص أو تعديل على ما ورد فيه، وإذا إقتضى الأمر تأويل العقد، وجب عليه البحث عن نية المتعاقدين بغض النظر عن كل الاعتبارات الأخرى. [3]

---

[1] – المادة 60 من القانون المدني

[2] – علي فيلالي – **الالتزامات ، النظرية العامة للعقد** ، موقم للنشر، الجزائر 2010 .ص 51

[3] – علي فيلالي – **الالتزامات ، النظرية العامة للعقد** ، موقم للنشر – الطبعة الثالثة 2013 .ص 53

المطلب الثاني : الأسس التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة

وفي هذا الإطار يقوم مبدأ سلطان .الإرادة على مجموعة من الأسس الفلسفية والاجتماعية والاقتصادية سنحاول التحدث عنها كأفكار فيما يلي : أفكار إقتصادية (فرع أول)، أفكار فلسفية (فرع ثاني) .

فرع أول : الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة

يعود أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية نظرا لطبيعة هذا النشاط الذي يتميز بالسرعة، ولقد عبر عن هذا الواقع مجموعة من التيارات في الفكر الاقتصادي وأبرزها التيار الميركانتلي والتيار الفيزيوقراطي. [1]

" **فالتيار الميركانتلي** : يقوم على ربط قوة الدولة بما تتوفر عليه من معادن نفيسة ويقوم المبدأ الثاني على توجيه الدولة للاقتصاد من خلال توسيع الصناعة وحمايتها .

– **أما التيار الفيزيوقراطي** : الذي انتقد التيار الميركانتلي بخصوص اعتبارهم أن المعادن النفيسة أساس النشاط التجاري، واعتبرها وسيلة للاقتصاد وليس غاية لها.

كما جعل من الإنتاج الفلاحي، إنتاجا حقيقيا واعتبروها أساس كل ثروة " [2]

[1] – ميمون أزناي – هشام الناصر – خميسة افريال – يحي رابحي – خديجة بالقاضي – إيمان مجدوي – **مبدأ سلطان الإرادة** – دراسة

تأصيلية لفهم جدلية الثابت والمتغير في العقد – كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مادة القانون المعمق للعقود – مذكرة

ماستر – وجدة المغرب – 2018–2019 .ص 18

[2] – نفس المرجع .ص 10.09

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي إستبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية [1]

ويمكن شرح هذا الرأي في فكرتين هما :

أولا : فكرة الحرية التعاقدية والعدالة .

حيث يرى أنصار هذه الفكرة أن مبدأ سلطان الإرادة ماهو إلا إنعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن (18م)، والتي تقوم على مبدأ " دعه يعمل دعه يمر" (laisser faire et laisser passer) والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون (تبادل الثروات والخدمات بمحض إختيارهم). وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص، والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فالتزام المدين في العقد يكون نتيجة تحقيق مصالحة، فليس هناك إنسان عاقل يرتضي إتفاقا يسبب له ضرر أي الالتزام الذي يرتضيه الشخص لا يكون جائزا، إضافة إلى أنه من وجهة هذا المبدأ، فإن الغبن لا وجود له في العقود.

وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة " فمن قال عقد قال عدل. [2]

ثانيـا : فكرة المنفعة الاجتماعية

يرى أنصار المنفعة الاجتماعية أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الإزدهار، والتوازن الاقتصادي، فقانون العرض والطلب، الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة، وبالتالي

[1] – نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة – الأزاريطة ، الإسكندرية، – طبعة 2004 .ص33

[2] – خولة عرعار – المرجع السابق .ص 23

الحرية الاقتصادية ليس كفيلا بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب، وإنما أيضا يطوع الإنتاج للحاجات، وهذا يعفي ببساطة أن هناك آلية اقتصادية (automatisme économique) وإنسجاما طبيعيا.

(l'harmonie naturelle) وهذا ما جعل باستيا Bastia يمجد فيما بعد في كتابه الشهير (les harmonies économique) ومن هذا المنطلق فإن المصلحة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة، أو الفردية . [1] وما يمكن قوله أن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد، وتكريس المجتمع لخدمته جسدت في ميدان القانون بمبدأ العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم العقد من ناحيتين .

- **الناحية الأولى** : إن الإرادة لها سلطان ذاتي وهذا يعد في أنها وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام وهذا ما يسمى بالقاعدة الرضائية . [2]
- **الناحية الثانية:** أن الإرادة حرة في نحو تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني. [3]

فرع ثاني : الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة

إن التحليل للأفكار الفلسفية يرى أن الناس ولدوا أحرارا ومتساويين، فالإنسان في جوهره حر لا يخضع لإرادة غيره، كما أن إرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما شاء ومتى شاء من أجل تحقيق مصلحته.

[1] – خولة عرعار – المرجع السابق.ص 23

[2] – نبيل إبراهيم سعد– المرجع السابق ص ص. 36.37

[3] – حدي لالة – المرجع السابق ، ص 10

ومن هذا المنطلق فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي ناهيك عن ذلك الأفكار الفلسفية التي تعترف للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنسان، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق.

وفي سبيل ذلك يجب الاعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق، ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لإرادته المنفردة.[1]

وبناء على ذلك فإن الأساس الفلسفي يقوم على فكرتين أساسيتين هما :

أولا : فكرة الحرية الطبيعية للإنسان.

في مستهل الحديث يرى أنصار هذه الفكرة أن مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الفلسفية يقوم على إعتقاد راسخ، وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان.

ولذلك ينبغي الإشارة إلى أن القاعدة القانونية كان لها إرتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في القرن (18) التي كانت تقوم على تأكد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى الإعلان عن المنظمة العالمية لحقوق الإنسان سنة 1989 م.

فالمجتمع لا يدله أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق، وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية، وما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة. [2] هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام نشأ عنها نتيجتان :

- **فالأولى** : قائمة على أن الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها.
- **أما الثانية** : قائمة على أن ما يرتضيه من التزامات تفرض عليه. فالإنسان كائن حي، وهذا يعني أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود فلا توجد

[1] – علي فيلالي – المرجع السابق ، ص 48

[2] – نبيل إبراهيم – **النظرية العامة للالتزام** – المرجع السابق ص 35

حرية حقيقية مالم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها، والإنسان حر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه. [1]

ثانيا : فكرة العقد الإجتماعي

تعتبر فكرة العقد الاجتماعي سدا قوي لمبدأ سلطان الإرادة، وهي ليست إلا وجها آخر لهذه الفلسفة، بحيث تشكل حقيقة تاريخية عند البعض وتبريرا عقليا ومنطقيا للإجبار الذي تفرضه الحياة في المجتمع عند البعض الآخر. [2]

حيث يرى أنصار هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك. [3] ففي إعتقاد أحد أنصار هذه النظرية " جون جاك روسو " أن الفرد ليست له أية سلطة طبيعية على غيره وما دامت القوة لا تولد أي حق، لذلك فإن الاتفاقات هي التي تبقى أساس لكل سلطة بين الأفراد. [4] فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشأ الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن و مدين. [5]

ومما سبق نستخلص أن " روسو " عمل على تكريس مبدأ سلطان الإرادة من خلال التأكيد على أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع مما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته الحرة. [6]

---

[1] – باسعيد عائشة – المرجع السابق ص28

[2] – عاشور عثمان – عبد الفتاح فريدة، **مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة** – مذكرة ماستر – كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم الحقوق.

[3] – أنظر – نبيل إبراهيم سعد – المرجع السابق، ص 53

[4] – جون جاك روسو : **العقد الاجتماعي** – الكتاب الثاني – الفصل السادس، ص 165

[5] – حدي لالة أحمد، المرجع السابق ، ص 09

[6] – ميمون أزناي – هشام الناصر – يحي رابحي – خميسة أفريال – فريحة بالقاضي – ايمان مجدوب – المرجع السابق، ص 11

فرع الثالث : أهم الانتقادات التي وجهت لمبدأ سلطان الإرادة

مما لا شك فيه أن مطلع القرن (20) قد شهد الكثير من الانتقادات في مختلف الأفكار التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة، خاصة مع ظهور المبادئ الاشتراكية الأمر الذي أدى إلى إنتكاسه وتراجعه في كثير من العقود.

1- نقد الفردية المطلقة، أولا : نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.

إن الفلسفة التي جاء بها مبدأ سلطان الإرادة شهدت إنتقادا لاذعا من طرف الفقهاء، وذلك لأنهم اظهرا وخطأ هذه الافتراضات، حيث قالوا : " إن الإنسان هو كائن إجتماعي يطبعه وأنه لا سبيل له للعيش، أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، وعليه فغن ما يتمتع به في كنف الجماعة، وعليه فإن ما يتمتع به له حقوق هي ناتجة عن كونه إجتماعيا يعيش مع غيره من الأفراد. [1]

وإذا ما كان ما سبق يعبر عن رفض وإنكار الفلسفة الفردية، فإن هناك إتجاها معتدلا ظهر، برفض الفكرة المتظرفة التي تنكر وجود الفرد الصالح في المجتمع، حيث يعتبر أن الالتزام ينشا من تلاق المصلحة من جهة، ومن جهة أخرى وسيلة لتحقيق غرض القانون الذي هو خير العام.[2]

2- إستبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة

فحسب النظرية التقليدية للعقد، فالعقد عبارة عن تلاقي إرادات وأن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد لأن الإرادة الحرة بذاتها جديدة بالحماية، فهدف القانون هو إنقاذ تلك الإرادات التي هي جوهر العقد، والإرادة هي المشيئة أو إنعقاد العزم على أمر ما ولكن قبل ذلك فإن ذهن المتعاقد يتصرف إلى التفكير في ذلك الأمر وتقدير مدى صلاحياته ولكن هذه الإرادة قد تسيء تقدير

[1] – حدي لاله أحمد ، المرجع السابق ، ص 21

[2] – سمير عبد السيد تناغو – **المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام** – منشأة المعارف بالإسكندرية، من دون طبعة ، ص 327

المصلحة لسبب معين أو لآخر، كالسرعة أو إتباع ميول لحظية، فإذا كان الأمر كذلك فإنها تكون ذات طبيعة متغيرة لا يمكنها أن تلتزم صاحبها حتى النهاية.

وبالمقابل فإنه من الصعب تجميد وإبقاء إرادة الفرد على نفس العزم طوال مدة تنفيذ العقد، حتى ولو نتجت عن تقدير سليم وعن كياسة وترو، هذا لأن الإنسان ليس آلة بل هو عواطف وأهواء وهي معرضة للتقلب نتحكم به وبإرادته، فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أرخى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي إلتزم القيام بها، لذلك لابد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئا آخر غير إرادته وهذا الشيء هو القانون. [1] فالقانون هو الذي يعطي الإرادة القدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، وذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية، وإنما أيضا بالنسبة للمستقبل، وهو الذي ينفي عليها عنصر الثبات، ولهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد. [2]

وناقلة القول، فإن الإرادة ليست غاية القانون، فهو لا يرتب عليها أثرا ملزما تحقيقا لسلطانها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الخبر العام والعدالة. [3]

ثانيا : نقد الأساس الاقتصادي وفكرة عدالة العقد.

كان مع القرن التاسع عشر (19) وظهور الحرية الاقتصادية، والتي أفرزت حرية التعاقد، إذ جعلت للعقد في حد ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العقد، فالشخص له حرية التعاقد مع من يريد، وإختيار شروط العقد التي يرتضيه، والشخص العاقل

---

[1] – خولة عرعار – المرجع السابق ، ص 26

[2] – عبد الرزاق السنهوري – **النظرية العامة للالتزامات** – نظرية العقد الجزء الأول – الطبعة الثانية الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – الطبعة 1998 ، ص 191

[3] – آدم أبكر صافي النور – **إنتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين** – مجلة العدل رقم 19 – السنة الثامنة –

كلية القانون

– جامعة الرباط الوطني – المغرب ، ص 393

الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنما تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية. [1]

إن النظرية القانونية التقليدية قد أغفلت إحتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين والذي في حال تحققه يتنافى مع إفتراض وجود حقيقي للاختيار الحر والسبب في ذلك راجع إلى أنها إهتمت بالعدالة التبادلية ولم تهتم بالعدالة التوزيعية لذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل إهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد، وإلا ترتب على ذلك مساس بعدالة العقد، ولكن إفتراض ملازمة العدالة للعقد الناتجة من حرية وعدالة أطرافه، قد يكون مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة والتجارة تحتفظان بالطابع الحرفي، والعائلي، أي ذلك الزمن الذي كان يطغى فيه على العلاقات العقد به للطابع الشخصي والذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد، وبالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة، إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي. [2]

مع ظهور الصناعات الكبيرة التي إتخذت الشكل المؤسسي أو المشروع تغير الوضع، وأدت الحرية المنادى بها إلى إضطرابات توزيع الثروة، وتكدست في بوقلة من أبناء كل دولة، ونشأت الشركات الضخمة وإتحادات المنتجين الذين تحكموا في المستهلكين وفي العمال الذين سيستخدمونهم وأملوا شروطهم على هذه الفئات. [3]

بحيث لم يعد مقبولا تساوي المواطنين في المركز الاقتصادي وبالتالي حريتهم في التعاقد.[4]

---

[1] – سليمان مرقس – **الوافي في شرح القانون المدني** ، الالتزامات، المجلد الأول – نظرية الإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – سنة 1987 ، ص 99

[2] – حدي لاله أحمد – المرجع السابق ن ص 25

[3] – محمود جمال الدين زكي – **الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول** – مطبعة جامعة القاهرة – مصر – ط 1976 ، ص 39

[4] – فاضلي إدريس – **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد الإرادة المنفردة الفعل المستحق للتعويض** – الإثراء بلا سبب – القانون – ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية – ط 2009 ، ص 42

وبناء على ذلك فإن الافتراض الذي جاءت به النظرية التقليدية القائمة على مبدأ (حرية وتعادل المتعاقدين) وبنت عليه عدالة العقد، هو إفتراض كذبته الحقائق إذ بينت عدم تمتع أحد الأطراف بحرية التعاقد أو حرية قبول شروط معينة وهو ما يؤكد عدم وجود مساواة آو تعامل بينهم خصوصا من الناحية الاقتصادية ، وأصبحت الإرادة الحرة ليست إلا إرادة تستطيع فرض نفسها على إرادة أخرى. [1]

ومما سبق يمكن إستنتاج انه لابد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد عند حدوث ظروف تؤدي إلى إختلاله. [2] فغالبا ما يتوصل المرئ إلى أن الالتزامات لا يتم التراخي عليها بحرية وإنما هي مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا، وعليه فإن الإرادة الحرة لا تحقق دائما العدالة العقد به. [3] ولا يكون ذلك إلا بتدخل القانون وذلك بإعطاء القاضي سلطة رقابية تمكنه من حماية الطرف الضعيف من سطوة القوي وأضراره بالمصلحة العامة.

وبذلك فإن المشرع يضمن العدالة العقد به التي توصل إليها الأطراف والعدالة الموضوعية المتوافقة مع المصلحة العامة. [4]

فرع الرابع: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الحرية.

وتترتب على نظرية سلطان الإرادة في عدة نتائج هي:

1-الالتزامات الإرادية هي الأصل.

2- حرية التعاقد.

---

[1] – آدم أبكر صافي – **إنتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين**، مجلة العدل رقم 19 – السنة الثامنة كلية القانون –
جامعة الرباط الوطني – المغرب ، ص ص 395

[2] – حدي لاله أحمد – المرجع السابق ، ص 27

[3] – آدم أبكر صافي النور – المرجع السابق ، ص 397

[4] – حدي لالة أحمد – المرجع السابق ، ص 27

3- الحرية في تحديد آثار العقد.

4- العقد شريعة المتعاقدين.

أولا: الالتزامات الإرادية هي الأصل.

لا يلزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا قضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، فتقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالتزاماته الإرادية تكون عادلة بالضرورة إذ أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته[1].

والواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرقوا في الانتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطق، فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالا تنصب فيه حرية التعاقد فحسب بل هي قوام التصرف القانوني.

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها، بل نعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي: "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"[2].

وبناء على ذلك تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة، منفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على شخص دون رضاه هي حتما التزامات ظالمة، إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حق من حقوقه[3]، كما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يجوز إجبارا أحد على التعاقد

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص46.

[2]- باسعيد عائشة، الحاج موسى حنان، المرجع السابق، ص ص 34-35.

[3]- محي الدين إسماعيل، علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر، ص80.

فلكل إنسان الحرية في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، فلا يجوز إجبار أحد على بيع أملاكه أو تأجيرها، كما انه حر في اختيار من يتعاقد معهم ومن لا يتعاقد معهم[1].

كما أن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار حسب طبيعتهم ، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، وهذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من التزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه به[2].

ثانيا: حرية التعاقد.

حيث أن كل ما هو عقدي يحقق بالضرورة العدالة، وأن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، وعليه فإنه يجب على المشرع أن يفسح لهذه الإرادة حرية واسعة في إنشاء العقود وفي تحويل مضمونها، مع وجوب احترام مشيئة المتعاقدين طالما أن العقد هو وليد إرادة الطرفين، لذلك يجب احترام هذه الإرادة، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما، وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخلا في العقد[3].

وعلى اتصال بذلك فإن إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب.

وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها[4].

---

[1]– سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1998م، ص13.

[2]– محي الدين إسماعيل، علم الدين، المرجع السابق، ص77.

[3]– أحمد بورزق، خديجة بورزق، المرجع السابق، ص136.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46.

ثالثا: الحرية في تحديد آثار العقد.

إن انعقاد العقد عقدا صحيح من الناحية القانونية يجعل منه شريحة في مواجهة طرفيه حيث تتصرف إليهما آثاره دون أن تتعداهما، من حيث المبدأ، ولا ينتج آثارا بالنسبة لغير أطراف العقد إلا في حالات استثنائية[1].

وإذا كانت الإرادة التشريحية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في لأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى، فإذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافهما، وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة[2].

ومن الأمثلة التي تعزز حرية التعاقد هي في مجال الأسرة، حيث يملك الفرد حرية في عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف[3].

كما نعتبر الإرادة عنصرا جوهريا في الرضا الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين[4].

---

[1]– أشرف جيتوي، انتقال أثر العقد للخلف، مقارنة ببعض نظريات القانون المدني والفصل 229 ق.ع المغربي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2009 ص182.

[2]– باسعيد عائشة، الحاج موسى حنان، المرجع السابق، ص37.

[3]– محي الدين إسماعيل، علم الدين، المرجع السابق، ص 80.

[4]– عل فيلالي، المرجع السابق، ص 97.

وبالاطلاع على الدستور لسنة 1996 نجد أن الإصلاحات الاقتصادية الممنهجة من قبل الدولة الجزائرية لشروع في سياسة الانفتاح الاقتصادي، تكريس مبدأ حرية التعاقد من خلال إعطاء حرية التجارة والصناعة، وذلك لضمان الحرية الاقتصادية[1].

وقد هيأ المشرع المناخ المناسب لحرية الإرادة في التعاقد من خلال حرية المنافسة،واستبعد كل العوائق التي تحول دون قيام المؤسسات الخاصة بلعب دورها الكامل في زيادة الفاعلية الاقتصادية، وبالتالي زيادة التنمية التي لا تكون إلا بتحرير إرادة تلك المؤسسات ومكافحة جميع مظاهر تقييدها[2].

حيث أقر المشرع على تكريس وتعزيز مبدأ حرية التعاقد من خلال المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 نوفمبر 1996 في المادة 37 من التعديل الدستوري، والذي نصت فيه المادة على "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"[3].

وكما يساق أيضا في هذا الصدد الاستناد إلى الوقائع العملية المحيطة بالحرية التعاقدية في ظل النظام القانوني، فالملاحظ أن مكانة الحرية التعاقدية ودورها كبيرين جدا في الحياة القانونية، فذلك لأن هذه الأخيرة تعد من أهم مصادر الالتزامات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكذا مصدرا للممارسة الفعلية لعدة حقوق أخرى.

وعلى سبيل المثال إذا أسقطنا حرية التعاقد في مجال الشركات التجارية، نجد أن أول مظاهر حرية التعاقد لدى الشركاء هي إبرام عقد الشراكة ذاته، لذا فالمظهر الأول هو دخول

---

[1]- عجاني عماد، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر 2014، ص263.

[2]- سليمة بلال، التنظيم التشريعي لمبدأ حرية التجارة والصناعة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص88.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 نوفمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 76، الصادرة في 08/12/1996.

الشريك في العلاقات القانونية الناشئة عن الشركة من خلال التعبير عن إرادته، ويليه إدراج شروط اتفاقية خاصة في القانون الأساسي كمظهر ثان للحرية التعاقدية[1].

لقد فسر مبدأ سلطان الإرادة اقتصاديا على أن السوق تحكمه قوانين العرض والطلب، وأن هذه القوانين هي التي تحقق النفع للمجتمع والفرد، فمن أجل السماح بتنشيط التجارة والمعاملات في السوق وتشجيع النشاط الاقتصادي بصفة عامة كان لابد من إزاحة أي عقبة أمام حرية الإرادة في التعاقد، ومن ثم ظهر مبدأ "دعه يعمل، اتركه يمر"، والذي يعني في ذات الوقت "دعه يتعاقد بلا قيود".

ومن هذا المنطلق فلتتبع مظاهر الاعتبار الإرادي في مجال المنافسة وجب علينا تتبع مظاهر الحرية الإرادية في المجال الاقتصادي التي جسدها المشرع الجزائري[2].

ومما سبق فقد حملت العديد من التشريعات كتشريع المنافسة هامشا من حرية الإرادة في التعاقد، فجعلها حرة في الوصول لغايتها طالما التزمت بالإطار العام للمشروعية، وهذا ما أدى إلى تكريس حرية المنافسة كوسيلة قانونية تتماشى مع هذا الهامش من الحرية، وعليه نستنتج أنه ولتكريس الحرية الاقتصادية ببعديها التنافسي والعقدي كان لازما تجسيد حرية الإدارة في التعاقد الذي ترتكز أساسا على تكريس مبدأ حرية التجارة والاستثمار، وأي نظام قانوني لا يعترف بهذا المبدأ لا يمكن له بأي حال من الأحوال الوصول إلى المنافسة الحرة[3]، ونعتبر الإرادة في التعاقد عنصر جوهري في التراضي، والذي يتم فيها الطرفان تبادل التعبير عن إرادتهما المتطابقتين[4].

---

[1]– بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2016–2017، ص08

[2]– شروط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص13.

[3]– جويدي ضياء الدين رمضان، مبدأ سلطان الإرادة في قانون المنافسة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019–2020، ص13.

[4]– أجعود أزواو، آية موهوب نونور، المرجع السابق، ص06.

رابعا: العقد شريعة المتعاقدين.

المقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذا فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو بإنهائه، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك[1].

وقدس المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بخصوص هذا المبدأ حيث تنص على "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"[2].

كما نص المشرع السوري بهذا الشأن في المادة 148 الفقرة الأولى منها من القانون المدني "التي تشترط إلزام الطرفين بهذا المبدأ لتمام العقود وتكوينها"[3].

بناء على ذلك نستنتج أن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف ولذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجد إلى جانبه عقود صغيرة في ما بين الأفراد، ولذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة، إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعي.

ويترتب على ذلك أن الأفراد المتعاقدون يرتبطون بعقدهم ولا يستطيعون الامتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة، كما لا يمكن إجراء أي تعديل فيه غلا باتفاق جديد بين الأطراف، وهذا الاتفاق ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة، بل العكس هو إعلان لانتصار جديد لهذا المبدأ.

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص47.

[2]– المادة 106 من ق.م.

[3]– العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، المادة 148 من القانون المدني السوري.

ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى انه يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح النزاع أمامه، إذا لا يصوغ له أن يحيد عن إرادة الأطراف إذا كانت واضحة بحجة تفسير العقد أو أنها تجافي العدالة، ولا يستطيع أن يعدل من آثار العقد ولا يستند إلى تغيير الظروف عما كانت عليه عقد التعاقد كتغير الأسعار مثلا ليعدل هذه الآثار[1].

وتنص المادة 230 من القانون المدني المغربي على العقد شريحة المتعاقدين، كما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما أو من الحالات المنصوص عليها في القانون"[2].

وقد سبق المشرع الفرنسي إلى الاعتراف على هذا المبدأ، حيث نصها في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

فتنص المادة على "الاتفاقات التي تنعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها"[3].

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على إرادة الشخص من خلال حريته في التعاقد وفق مبدأ الرضائية وتحديد آثار العقد فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أنه إذا كان هناك قانون يحكم المجتمع بصورة عامة فإن المتعاقدين في نطاق محل تعاقدهما إنما يحكمهما العقد الذي ارتضياه بإرادتيهما ووضعا فيه من الشروط ما أرادا.

[1]– باسعيد عائشة، الحاج موسى حنان، المرجع السابق، ص38.

[2]– المادة 230 من القانون المدني المغربي.

[3]– المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

وبالتالي فهما كان ملزمين به كشريعة تحكم علاقتهم التعاقدية، فلا يمكن منهما التملص من التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد ولا تعديلها ولا إنهائها بإرادة منفردة، وإنما يلزم لذلك توافق الإرادتين كما كان ذلك عند التعاقد بداية[1].

[1]– محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011–2012، ص16.

خلاصــة الفصل الأول

ومن خلال دراستنا لهذا الفصل يمكن القول أن مبدأ حرية الإرادة في التعاقد تعتبر أساس يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، كان ومازال يعتبر الجوهر الأساس في التعاقد، رغم القيود التي تزايدت على هذه القاعدة ذلك راجع إلى التطور في الأفكار والنظريات الاجتماعية القائمة على حماية الطرف الضعيف في المعاملات العقدية بين الأفراد.

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد

الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد.

تمهيد

إن العقود شرعت في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم، باعتبار أن العقد في مفهومه العام الوسيلة التي يحقق بها الفرد مصالحه الاقتصادية والاجتماعية، وقوام العقود الوفاء، أما أساسها فهو المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين، ودلالة ذلك أن مختلف التشريعات أولت أهمية كبيرة للعقود، حيث نجد أنها تشترط في العقد جملة من الأركان، والشروط وتعطي الإرادة الأفراد الحرية الكاملة في إبرام عقودهم وتحديد آثارها، مالم يمس ذلك بالنظام العام والآداب العامة، إلا أنه يتطور المعاملات واتساع أشكالها، فقد ظهرت بعض الاستثناءات والقيود التي أثرت على مبدأ حرية التعاقد منها قيود قانونية يفرضها القانون، ومنها قيود فضائية قائمة على دور القاضي في إنشاءها.

وسنتناول في الفصل الثاني كل من القيود القانونية التي تنص على مبدأ حرية التعاقد، في كل من عقد التأمين وعقد العمل (مبحث أول)، والقيود القضائية على مبدأ حرية الإرادة في التعاقد (مبحث ثاني).

المبحث الأول: القيود القانونية الواردة على حرية التعاقد.

ويقصد بها الاستثناءات التي شرعها مختلف التشريعات والتي تفيد مبدأ حرية التعاقد في إبرام العقود، حماية لطرفي العقد من جهة والمصلحة العامة وضمان سير المعاملات من جهة أخرى، وذلك من خلال تقليص إرادة المتعاقد في العقود الإلزامية (مطلب أول)، المتمثلة في عقد التأمين (فرع أول)، وعقد العمل (فرع ثاني).

فرع الأول: عقد التأمين.

التأمين أو Assurance يستهدف في الواقع تقديم الضمان والأمان(Sécurité)، للأشخاص ضد المخاطر التي لا يمكن توقعها ولا معرفة درجة خطورتها والأضرار المترتبة على ذلك، وكان في القديم يعتمد الإنسان في هذا المجال على ادخاره الخاص، وتبين مع مرور الزمن أن الفرد مهما كانت ثروته لا يستطيع في الكثير من الحالات تغطية النتائج الضارة التي تصيبه في شخصه أو ماله أو ذويه أو تلك التي بسببها هو للغير وقد تكون آثار هذه المخاطر جسيمة للغاية سواء بفعل الإنسان كالحريق أو السرقة أو الاعتداء الجسماني أو الدوائي وظروف مختلفة، وقد يرجع السبب فيها للكوارث الطبيعية[1].

أولا: مفهوم التأمين.

لقد اجتمع كل من الفقه والتشريع في إعطاء تعريف محدد التأمين يتضمن جوانبه المختلفة، أو سنتناولها فيما يلي:

I-تعريف التأمين:

1-التأمين في الفقه الغربي:

حيث وردت تعريفات كثيرة ومتعددة للتأمين:

[1] – جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 9، 2007، 03.

–نجد أن الفقيه SUMIEM فقد عرفه بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمي المؤمن بالتبادل مع شخص آخر يسمى المؤمن له أن يقدم هذا الأخير الخسارة المحتملة نتيجة حدوث خطأ معين مقابل مبلغ معين يدفعه المستأمن إلى المؤمن ليضيفه إلى رصيد الاشتراك المخصص لتعويض الأخطار.

– كما عرفه الفقيه الفرنسي HIMARD بأن "التأمين هو عملية بموجبها يحصل أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير مقابل يدفعه وهو القسط على تعهد المؤمن بمبلغ يدفعه له أو للغير إذا تحقق خطر معين والطرف الآخر وهو المؤمن يأخذ على عاتقه مجموعة المخاطر ويجري المقاصة فيها وفقا لقوانين الإحصاء[1].

2– التأمين في الفقه العربي:

أما الفقهاء العرب فقد انقسموا في تعريفهم للتأمين إلى فريقين:

الفريق الأول: ويبدو أنه متأثر بالفقه الفرنسي والذي يعرف التأمين بأنه عقد يأخذ فيه المؤمن على عاتقه طائفة معينة من الأخطار محتملة الوقوع يرغب المؤمن له أن لا يتحملها منفردا مقابل أن يدفع هذا الأخير قسطا أو اشتراكا محددا.

الفريق الثاني: ويعرف التأمين بأنه عملية فنية تزاولها هيئات منظمة مهامها جمع أكبر عدد ممكن من المخاطر المتشابهة، ويحتمل المؤمن عن طريق المقاصة أعباء لهذه المخاطر وفقا لقوانين الإحصاء وبذلك يتحصل المؤمن له أو من يعينه حالة تحقق الخطر (المؤمن له) على تعويض مالي[2].

[1]– بن خضرة زهيرة، محاضرات عقود التأمين، سنة أولى ماستر، تخصص قانون التأمينات والضمان الاجتماعي، سنة 2021–2022، ص ص 3–4.

[2]– جديدي معراج، المرجع السابق، ص11.

3- التأمين في التشريع:

لقد أصبح للقانون الوضعي دورا هاما في تحقيق مبدأ حرية الإرادة، وتكريس مبدأ المساواة بين الأفراد، حيث أصبح دوره لا يكتفي فيه بحماية الأفراد ومساواتهم أمامه، بل أصبح يؤدي دورا إيجابيا تحقق بموجبه المساواة الحقيقية بما تحقق العدالة التوزيعية، حيث أصبح يراعي التفاوت في القدرات والإمكانيات.

فيما بين الأفراد بغرض إقامة المساواة فيما بينهم بناء على هذه الاعتبارات، لقد تدخلت الدولة من أجل ذلك بقواعد آمرة لا تجوز مخالفتها[1].

فقد المشرع الجزائري عقد التأمين في المادة 619 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة على "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد أو أي عرض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"[2].

فرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التأمين.

حيث تتعد عقود التأمين مع غيرها من العقود المدنية الأخرى في مجموعة من الخصائص نوردها كما يلي:

أولا: عقد التأمين ملزم للجانبين.

حيث يلتزم كل من طرفي العقد للالتزامات المتبادلة بينهما، فيلتزم كل متعاقد اتجاه الآخر بالأداءات المعينة، حسب ما أشارت إليه المادة 619 من القانون المدني السالفة الذكر[3]، وكذا

[1] – J.GHESTIN, l'utile et le juste dans les centralloz, dalloz, 1982, p02.

[2] – المادة 619 من القانون المدني.

[3] – معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص35.

ما نصت عليه المادة 55 من القانون المدني على التزام طرفي العقد اتجاه بعضهما البعض[1]، ونفس ما أقرته المادة 12 من قانون التأمين الجديد[2].

ثانيا: عقد التأمين عقد معاوضة.

يقوم هذا النوع من العقود بتلقي كل من المتعاقدين عوضا لما يقدمه، حيث بهذا العقد يدفع المؤمن له أقساطا ويأخذ مقابلا لذلك مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، وفي صورة عدم وقوع الخطر المؤمن منه، تصبح الأقساط التي دفعها المؤمن له مقابلة ما يوفره المؤمن من ضمانات وحماية للمؤمن له.

وفي هذه العقود أيضا يتحصل كل الطرفين على فائدة أو مصلحة ففائدة المؤمن له تكمن فيها بوفرة العقد من أمان الخطر، أما فائدة المؤمن فهي تتمثل فيما يتحصل عليه من أقساط، فهو إذن يختلف عن غيره من العقود الأخرى التي لا يأخذ فيها أحد الأطراف أي مقابل كعقد التبرع، والهبة بدون عوض وغيرها من العقود الأخرى[3].

ثالثا: عقد التأمين عقد إذعان.

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يقبل فيه أحد الأطراف بالشروط التي يعرضها عليه الطرف الآخر دون إمكانية مناقشتها خلافا لعقود المساومة التي تتاح فيها الفرصة للطرفين وعلى قدم المساواة لمناقشة جميع الشروط التي سيضمنها العقد.

ويعتقد البعض أن عقود التأمين هي من عقود الإذعان باعتبار أن دور المؤمن له يقتصر على قبول الشروط التي تستقل شركات التأمين بإعدادها مسبقا في شكل نماذج مختلفة لكل نوع من أنواع التأمين، وفي رأينا أن هذه العقود تأخذ صفة الإذعان بالنسبة للشروط العامة للعق،

[1]– المادة 55 من القانون المدني.

[2]– المادة 12 من قانون التأمين الجزائري.

[3]– معارج جديدي، المرجع السابق، ص ص 36-37.

لكنها تصبح هذه الصفة نسبية بالنظر إلى الشروط الخاصة للعقد، إذ يستطيع المؤمن له مناقشتها مع شركات التأمين.

أما بالنسبة لعقد التأمين وطبيعته القانونية، فقد نظر المشرع الجزائري فيها، واعتبر أن عقود التأمين هي عقود إذعان طبقا للقواعد العامة المتعلقة بعقود الإذعان[1]، طبقا للمادة 112 من القانون المدني حيث تنص على "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[2].

-كما جاءت المادة 110 من نفس القانون لتحمي الطرف المذعن، أو المؤمن له من تعسفات شركات التأمين، فقد أجازت للقاضي أن يحول هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[3].

ومن الشروط التعسفية التي تضر بالمؤمن له، ما جاء في المادة 622 من القانون المدني والتي يمكن أن تتضمنها وثيقة التأمين[4]:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.
- كل شرط مطبوع لم يبرر بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط تعسفي آخر أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

---

[1]- جديدي معراج، المرجع السابق، ص ص 38-39.

[2]- المادة 112 من القانون المدني.

[3]- المادة 110 من القانون المدني: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما يقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

4- المادة 622 من نفس القانون.

فرع الثالث: أطراف عقد التأمين.

أولا: المؤمن.

يعتبر المؤمن هو الطرف الأول في عقد التأمين، وقد نص المشرع الرسمي في المادة 747 من القانون المدني المصري على أن المؤمن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتبا أو عوضا ماليا آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه المبين في العقد، وذلك نظير قيام المؤمن له بدفع قسط تأميني محدد، وعلى هذا فإن أداء المؤمن (La prestation de l'assureur)، هو ما يلزم به هذا الأخير[1].

والمؤمن يتدخل لتنظيم المساهمة في تبادل الخسائر بين الأشخاص المتعاقدين، ويتطلب هذا التنظيم تقنيات وفنيات خاصة لا يمكن أن يقوم بها شخص طبيعي، لذلك فإنه لا يمكن أن يكون إلا شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها قانونا، ومهما كان شكلها فإن المشرع ألزمها لممارسة التأمين أن نحصل على اعتماد، وأن تكون قادرة على تكوين احتياطات وأرصدة تقنية، كما تخضع ككل شركة أخرى إلى أحكام الإفلاس والتسوية القضائية[2].

ثانيا: المؤمن له.

-عبد الرزاق السنهوري المؤمن له كاسم واعتراف منه على الطرف الثاني في عقد التأمين[3].

ويمكن أن يكون المؤمن له شخصا طبيعيا أو معنوي المهدد بالخطر في ماله أو في شخصه.

فيكون مكتب التأمين إذا تعاقد مع المؤمن وترتبت عنه كل الالتزامات التي يرتبها عقد التأمين، ويكون هو المستفيد إذا آل إليه مبلغ التأمين عن تحقق الخطر.

1- خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص35.

2- باسعيد عائشة، المرجع السابق، ص52.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني-عقود الغرر والمغامرة والرهان والمرتب مدى الحياة- وعقد التأمين، إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، 1964، ص1084.

ويمكن أن يكون المؤمن له ومكتتب التأمين شخصا واحد والمستفيد شخصا آخر كأن يؤمن شخص على حياته في حلة وفاته لمصلحة أولاده[1].

فرع الرابع: قيد حرية الإرادة في عقد التأمين.

لقد سبق القول أن حرية الإرادة في التعاقد أصبحت قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية في الالتزامات، حيث تعتبر الإرادة الحرة مرجعا أساسيا لانعقاد العقود وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وبالرغم عن سيادة حرية التعاقد في كثير من المجالات إلا أن هذه الحرية أخذت في تراجع واضطراب من خلال تقليص الإرادة في التعاقد في بعض الالتزامات[2].

لهذا قد يتدخل المشرع بقيود قانونية تحد من حرية الإرادة التعاقدية بإجبار الأشخاص على التعاقد ولا يمكنهم الامتناع عنه وإلا ترتب على ذلك جزاء قد يكون مدنيا أو جزائيا[3].

أولا: قيد الإرادة في عقود التأمين الإلزامية.

جسد المشرع الجزائري مبدأ حرية الإرادة في التعاقد من خلال التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة، حيث نص المادة 106 من القانون المدني على العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[4].

إلا أنه هناك حالات استثنائية تحد من حرية الإرادة.

---

[1]- باسعيد عائشة، المرجع السابق، ص ص 52-53.

2- عبد الرحيم العزاوي، سعدية بوضار، لطيفة الطهير، وآخرون، مبدأ سلطان الإرادة بين الإطلاق وإكراهات التوازن العقدي، مذكرة ماستر، قانون المنازعات، كلية متعددة الاختصاصات، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة مولاي إسماعيل، سنة 2018-2019، ص13.

3- حنيفي فاطمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص73.

4- المادة 106 من القانون المدني.

الحالة الأولى: في حالة مالك مركبة الملزم بحكم القانون أن يبرم عقد تأمين على مركبته وذلك بموجب المادة 01 الأولى من الأمر رقم 74-15 المعول والمتمم بالقانون رقم 88-31، والتي تفرض على المؤمن بالمفهوم العكسي بأن لا يمتنع عن إبرام عقد التأمين على كل مركبة تكون خاضعة له ومتوفرة على الشروط الأساسية.

الحالة الثانية: تفيد حرية المتعاقد في عدم التأمين على مسؤوليته المدنية من عدمه، لأن الهدف هذا العقد هو حماية الغير وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، وضمان جبر الضرر الذي يصيبهم نتيجة لقيام مسؤولية المؤمن له المدنية، أو كل من آلة المركبة المؤمن عليها، وقد ربط المشرع إطلاق المركبة للسير بإبرام عقد التأمين عليها وبمفهوم التشريع لا يمكن أن تكون المركبة مرخصة للسير قبل أن يكون مؤمنا عليها، وبالتالي لا مجال لحرية مالكها في استعمالها[1].

التأمين الإلزامي على المركبات:

إن تدخل المشرع في العلاقة التعاقدية لعقد التأمين على المركبات وفقا للنصوص القانونية الآمرة التي تحد من حرية الإرادة للمتعاقدين التي كرسها القانون نفسه، حيث حصل العقد إلزاميا مما غير من طبيعته ومضمونه وكيفية انقضائه وذلك بإدخال طرف ثالثا وهو الطرف المضرور باعتباره مستفيدا من العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، وتغطيته لمسؤولية كل من السائق وحارس المركبة يكون قد تدخل في هذا العقد بإنشائه لمراكز تعاقدية خارجة عن إرادة طرفي العقد[2]، فقد نصت المادة 13 من الأمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات على "إذا حمل سائق المركبة جزء من المسؤولية عن جميع الأخطاء ما عدا الأخطاء المشار إليها في المادة الثانية، فإن التعويض المسموح له بخفض نسبة الحصة المعادلة للمسؤولية التي وضحت

[1]- جميل التعليمات، موسى: النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص74.

[2]- بولحية سمية، النظام القانوني لعقد التأمين على المركبات في التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص قانون العقود المدنية، مدرسة الدكتوراه، دراسات قانونية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2010-2011، ص17.

على عاتقه، إلا في حالة العجر الدائم المعادل ل 50% فأكثر، ولا يسري هذا التخفيض على ذوي حقوقه في حالة الوفاة"[1].

وتتجسد قيود الحرية في التعاقد من خلال تدخل التشريع في عقد التأمين على السيارات، حيث جاء في فحوى المادة الأولى من الأمر رقم 74-15 "كل مالك مركبة ملزم بالاكتئاب في عقد التأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير".

وحسن فعل المشرع الجزائري يتوسعه في فئة المشمولين بالتأمين فلو ترك الحرية لشركات التأمين، لحرصت على حصر هذا التأمين على الغير المضرور فقط، وحرمت المتسبب وأقاربه من التعويض[2] كامل العام فإن حرية التعاقد أساس قيام العقود إلا أنها تختلف ذلك في التأمين الإلزامي على حوادث السيارات، حيث قيد المشرع حرية الإرادة من خلال إجبار مقتني المركبات على اكتتاب تأمين لها، هذا من جهة ومن جهة أخرى قيد الحرية في التعاقد على تحديد أغلب التزامات هذا العق، فقد نص الأمر 74-15 على قواعد آمرة لا يجوز تجاوزها على التزام الطرفين خاصة مقدار التعويض ونوعه والأشخاص المشمولين به.

فقد جاء في نص المادة 16 من نفس الأمر على "تؤدي التعويضات الواجبة الأداء بعنوان التعويض عن الأضرار الجسمانية دفعة واحدة أو تحت شكل إيراد مرتب، وذلك من ضمن الشروط المنصوص عليها في ملحق هذا الأمر، ويسمى تحديدها طبقا لجدول الأسعار المدرج في الملحق المذكور"[3].

[1]- المادة 13 من الأمر 74-15 مؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق ل30-01-1974 بتعلق إلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

[2]- بابا عمي الحاج أحمد، أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات، دراسة على ضوء قوانين التأمين الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة غرداية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد1، 2002، ص1080.

[3]- المادة 16 من الأمر 74-15

ومن مظاهر القيود على حرية الإرادة في التعاقد هو فرض المشرع الجزائري الكتابة كاستثناء عن مبدأ الرضائية في عقد التأمين إذا اشترط صياغته في قالب شكلي[1]، وهذا ما نستنتجه في المادة 07 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات على "يحرر عقد التأمين كتابيا وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجبار بالزيادة على توقيع الطرفين المكتتبين على البيانات التالية:

-اسم كل ما الطرفين المتعاقدين وعنوانهما.

- الشيء أو الشخص المؤمن عليه.

- طبيعة المخاطر المضمونة.

- تاريخ الاكتتاب.

- تاريخ سريان العقد ومدته.

- مبلغ الضمان.

- مبلغ أقساط أو اشتراك التأمين.

بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجد أنه لا توجد نصوص تشريعية تنظم على العقود النموذجية خاصة في نطاق عقود التأمين الفرنسية فقد أخذت الإدارة سلطة رقابة عقود التأمين النموذجية ووضع ضوابط لها، وذلك يبني نماذج عقود التأمين الصادرة عنها[2].

لم يكتفي المشرع الجزائري على الحد من حرية الإرادة في التعاقد في مجال التأمين فقط بل اشتمل عقود أخرى.

[1]- أجعود أزواو، آيت موهوب نونور، دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، قسم الحقوق للقانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص74.

[2]- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص69.

-كعقد الشركة الذي اشترط الكتابة حسب نص المادة 418 من القانون المدني وإلا كان باطلا.

- العقد المرتب مدى الحياة، حيث اشترط فيه الكتابة وهذا حتى يكون صحيحا، حيث نصت المادة 615 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع[1].

فرع الخامس: عقد العمل.

قد تطرق على حرية الإرادة جملة من القيود ولعل هذه القيود التي تتواجد في عقد العمل، حيث يتميز قانون العمل بطابعه التنظيمي الأمر الذي جعل عقد العمل مجرد وسيلة يتم من خلالها الزام أطراف علاقة العمل بتنفيذ أحكام تم وضعها خارج إرادتهم، ويجسد عقد العمل العلاقة القانونية القائمة بين العامل وصاحب العمل، فهو عنصر ضمان بالنسبة للعامل يتم من خلاله تحديد علاقة هذا الأخير بالمؤسسة المستخدمة ومن جهة أخرى يمثل عنصرا استقرار لضمان استمرار العمل لكن يتميز عقد العمل في أنه يجمع ما بين طرفين غير متساوين وغير متكافئين يحوز على القوة الاقتصادية وسلطة الإشراف والإدارة وعامل لا يملك سوى ما يمكن أن يقدمه من عمل مقابل أجرة[2]، لأجل هذا فقد قيل أن عقد العمل الجماعي هو من قبيل العقد الجبري الذي لا تقوم حرية الإرادة فيه بأي دور[3].

لقد ورد تعريف عقد العمل عند الفقهاء أكثر منه في التشريع، وعليه يمكن إعطاء تعريف فقهي لعقد العمل.

[1]- المادة 615 من القانون المدني.

[2]- مخلوف كمال، حرية الإرادة في عقد العمل بين النسبية وضوابط التقييد، كلية الحقوق، جامعة البويرة، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 06، العدد01، 2021، ص58.

[3]- عبد المنعم بن أحمد، علاقة العامل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجيستر في الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص34.

أولا: تعريف عقد العمل.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل باعتبار أن التعريفات أو المفاهيم هي من اختصاص الفقه.

فقد عرف بعض الفقهاء عقد العمل على أنه "اتفاق بتعهد موجبه أحد طرفيه يسمى حسب الأحوال مستخدم أو عامل أو خادم بأداء عمل مادي تحت إدارة العاقد الآخر يسمى رب عمل أو صاحب عمل مقابل أجر يحصل عليه.

-كما أعطى بعض آخر من الفقهاء أنه "اتفاق بتعهد مقتضاه أحد طرفيه يدعى مستخدما لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر معين وحدد سلفا[1].

وقد أشار المشرع الجزائري إلى عقد العمل من خلال أطرافه المتمثلين في الأجير العامل والمستخدم أو صاحب العمل، وذلك وفقا للقانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، حيث نصت المادة الأولى منه على "يحكم هذا القانون العلاقات الفردية والجامعية في العمل بين العمال الأجراء والمستخدمين"[2].

-كما نصت كل المادة الثانية من نفس القانون على العامل الأجير والذي هو كل عاملا أجيرا يؤدي عملا يدويا أو فكريا، مقابل راتب ويكون في إطار تنظيمي لحساب شخص آخر قد يكون طبيعيا أو معنويا.

[1]- سي فضيل زهية، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، تخصص القانون الاجتماعي والمؤسسة، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع، جوان 2017، ص196.

[2]- المادة 01 من القانون رقم 11/90، المؤرخ في 26 رمضان عامٍ 1410 الموافق ل21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

– وقد جاءت تسمية المستخدم أو صاحب العمل ضمن تعريف العمال الأجراء، والذي هو الشخص القانوني الذي تربطه علاقة شغل بالأجير، يكون تابع له ويلزمه تجاهه بما يولده العقد أو يرتبه القانون من التزامات[1].

ثانيا: خصائص عقد العمل.

يتميز عقد العمل على أنه عقد من العقود الرضائية، ومن العقود المسماة، كما أنه عقد ملزم لجانين العمل الأجير، والمستخدم، وقد جاء في المادة 08 من القانون 11/90 فبما يخص خاصية الرضائية في التعاقد التي تكرس حرية الإرادة، حيث نصت المادة المذكورة على:

–تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجر الحساب لمستخدم ما.

– وتنشأ عنها حقوق المعنين وواجباتهم وفقا لما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية وعقد العمل[2].

حيث يقوم عقد العمل على توافق إرادتي الطرفين إلا في الحالات الاستثنائية التي ذكرتها المادة 11 من القانون نفسه.

ثالثا: قيود حرية الإرادة في عقد العمل.

الأصل العام في حرية الإرادة أنها تقوم على الاطلاع وحرية التفاوض على بنود وشروط العقد بين الطرفين دون أي تدخل، لكن في عقد العمل بمختلف ذلك، حيث تختلف الآراء في ذلك وبامتياز عقد العمل بالإجبارية باعتبار أن الطرف المتفوق قانونيا أو فعليا هو الذي يحدد كل

[1]– عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، 2004، ص ص 271–272.

[2]– المادة 08 من القانون 11/90.

شروط الاتفاق، دون أن يكون باستطاعة الطرف الآخر أن يناقش هذه الشروط أو يتدخل في تعديلها، ولا يكون أمامه إلا أن يقيلها جملة أو يرفضها جملة[1].

بناء على ذلك يمكن أيضا أن نسمي عقد العمل بعقد إذعان واعتبار أن العامل الأجير هو الطرف الأجير المذعن إضافة إلى تدخل الدولة في علاقات العمل بنصوص آمرة تحمي الطرف الضعيف، أصبح عقد العمل عقد إذعان في حق كل من الطرفين، فحتى صاحب العمل عليه الإذعان للمقتضيات القانونية التي تنظم العلاقة ناهيك عما تفرضه الاتفاقيات الجماعية للعمل من حقوق العمال[2].

انطلاقا من ذلك يمكن تقسيم القيود الواردة على مبدأ حرية الإرادة في التعاقد إلى قسمين: قيود متعلقة بصاحب العمل أو المستخدم، وقيود خاصة بالعامل الأجير.

1-بالنسبة للقيود المتعلقة بصاحب العمل:

قد وردت قيود على حرية التعاقد على عقد العمل تنفرد أساسا لتقييد حرية صاحب العمل في التعاقد على العمل أو رفضه في تحديده، وهي قيود عديدة ومتنوعة وتختلف باختلاف الاعتبارات التي تأسست عليه هذه القيود، الأصل العام، وفقا للقواعد العامة، هو حرية التعاقد على العمل، وحرية التعاقد في مجال علاقات العمل، وأغلب القيود الواردة على حرية التعاقد بالنسبة لصاحب العمل.

-قيود تهدف تحقيق تكافؤ الفرص ومكافحة البطالة، وقيود تتعلق باعتبارات إنسانية حماية لشخص العامل، قيود مقررة لاعتبارات وطنية، وكذلك قيود خاصة بتوظيف فئة مسيري المؤسسات الذين يخضعون لنظام خاص بهم[3].

---

[1]- عبد الحق صافي، القانون المدني، مصدر الإرادي للالتزامات – العقد-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص89.

[2]-سي فضيل زهية، المرجع السابق، ص200.

[3]- مخلوف كمال، أحكام تشريع العمل، أي الذاتية؟، المركز الجامعي، البويرة، ص ص 150-151.

ومن القيود التي فرضها المشرع على صاحب العمل، ما جاء في المادة 06 من القانون 11/90، التي تفرض على صاحب العمل في إطار علاقات العمل مع العامل الأجير على:

-التشغيل الفعلي.

- احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامتهم.

- الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم.

- التكوين المهني والترقية في العمل.

- الدفع المنتظم للأجر المستحق.

- الخدمات الاجتماعية.

- كل المنافع المرتبطة بعقد العمل ارتباطا نوعيا[1].

ويتدخل المشرع في العلاقات في العمل التي أضفت الطابع التنظيمي على العلاقات التعاقدية بين العامل والهيئات المستخدمة، وتتصرف هذه القيود على صاحب العمل في أغلبها باعتباره أن كل علاقة عمل غير متطابقة وفقا للأحكام السارية، هي باطلة وعديمة الأثر، حسب المادة 135 من القانون المدني، وكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون، المادة 136 من القانون المدني[2].

[1]- المادة 06 من القانون 11/90.

[2]- حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، الحقوقية، بغداد، 2009، ص 329.

02- قيود متعلقة بالعامل الأجير:

أخضع المشرع الجزائري حرية التعاقد في إطار علاقة العمل إلى مجموعة من القيود مرتبطة بالسن القانونية والفحوصات الطبية المفروضة، بالإضافة إلى وجوب التصريح بمناصب العمل الشاغرة لدى الوكالة الوطنية للتشغيل، ويمكن التفصيل في القيود المذكورة كما يلي:

- **وجوب التوجه إلى الوكالة الوطنية للتشغيل:**

ألزم المشرع في إطار العلاقة في العمل من التعاقد المباشر بين طالب العمل والمستخدم، وأوجب على المستخدمين التصريح بالمناصب الشاغرة لدى هيئاتهم على مستوى وكالة التشغيل، لتعرضها هذه الأخيرة على طالبي العمل لمن تتوفر فيهم الشروط ليتم اختيارهم من طرف المستخدمين.

حسب ما جاء في نص المادة 18 من القانون رقم 19/04 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل[1].

في ظل هذا الإجراء يجد المستخدم نفسه مقيدا في اختبار العمال وحرية التعاقد المباشر معهم[2].

- **احترام السن القانوني للتشغيل:**

مثله مثل باقي فروع القانون يشترط قانون العمل سنا معينا لمزاولة عمل أو مهنة ما، حيث جاء في المادة 1/15 من قانون علاقات العمل " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة، إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين، والتي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بها."[3]

---

[1]- المادة 18 من القانون 19/04 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، "يجب على كل مستخدم أن يبلغ الوكالة المؤهلة أو البلدية أو الهيئة الخاصة المعتمدة بالمناصب الشاغرة لدى مؤسسته والتي يريد شغلها.."

[2]- سي فضيل زهية، المرجع السابق، ص201.

[3]- المادة 1/15 من قانون علاقات العمل.

كما ألزم القانون أصحاب العمل على احترام السن المعمول به والتقيد به بما في ذلك السن القانوني لعمل القصر التي تفرض على معايير وشروط من مختلف المصادر الدولية والاتفاقات الخارجية والوطنية[1].

كما ألزم المشرع الجزائري وفي إطار علاقات العمل على تحديد وتقييد حرية بعض العناصر في عقد العمل كالأجر والمدة الزمنية وعنصر التبعية.

-فالنسبة لعنصر الأجر هو الزام المستخدم على إعطاء العامل أجر مقابل العمل الذي يقوم به حسب ما جاء في المادة 80 من قانون علاقات العمل رقم 11/90، والذي يفرض على المستخدم احترام الأجر الأدنى الوطني الذي حددته الدولة وفق المرسوم.

حيث نصت المادة 87 منه على "يعود الأجر الوطني الأدنى المضمون المطبق في قطاعات النشاط بموجب مرسوم بعد استشارة نقابات العمل والمستخدمين والتنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا، ويراعي عند تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون تطور الآتي:

-متوسط الإنتاجية الوطنية المسجلة.

- الأرقام الاستدلالية لأسعار الاستهلاك.

- الظروف الاقتصادية العامة[2].

بالنسبة لعنصر المدة فقد نصت المادة 11/90 عن ذلك حيث جاء في نصها "يعتبر العقد مبرما لمدة غير محدودة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة، وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محدودة[3].

---

[1]- Tanquil Burl, l'âge et le droit de travail au Quélec : vers un milieu de travail égalitaire et pluriactif pour les personnes salaries de tous âges. Thése en vue de l'obtontion du doctorat université LAVAL, Quéles, Canada, 2014, P P 131-132.

[2]- المادة 87 من القانون رقم 11/90.

[3]- المادة 11 من القانون 11/90.

–بالنسبة لعنصر التابع والمتبوع، حيث تعتبر التبعية عنصرا مهما يتم من خلاله تكييف عقد العمل وتمييزه عن غيره من العقود، كما أن قانون العمل بحكم العمل التابع الذي يؤديه شخص لحساب آخر وتحت إشرافه ورقابته، بينما يخرج من نطاقه العمل الذي يؤديه الشخص لحسابه الخاص والتبعية نوعان قانونية واقتصادية[1].

فرع السادس: قيد مشروعية المحل والسبب في العقود الرضائية.

أولا: قيد المحل.

يقوم العقد على ثلاثة أركان، هي الرضا، المحل، السبب، ويعرف محل العقد (l'objet) ركن في الالتزام كما هو ركن في العقد ومحل الالتزام (l'obligation objet de)، هو ما يتعهد به المدين، وهذا الأخير قد يلزم بإعطاء شيء أو بتأدية شيء أو الامتناع عن عمل من المادة 54 من القانون المدني.

أما محل العقد فهو العملية القانونية التي تراضي الطرفان على تحقيقها[2]، ومن القيود التي فرضها المشرع في العقد في عنصر المحل فهي الشروط التي جاءت في المواد 1/92 و93 من القانون المدني.

فحسب المادة 1/92 يجب أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا[3] ففي عقد البيع مثلا نجد أن محله (أي العملية القانونية) المبتغى تحقيقها في نقل الملكية مقابل ثمن نقدي (م 351 ق.م)، ولتحقيق هذه العملية القانونية ينشئ العقد التزامات أطرافه[4].

[1]– سي فضيل زهية، المرجع السابق، ص202.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني –العقد والإدارة المنفردة–، ديوان المطبوعات الجامعية، ص138.

[3]– المادة 1/92 من القانون المدني.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص138.

بالرجوع إلى نص المادة 93 نجد أنها قيدت محل العقد أنه يلزم أطراف العقد على عدم مخالفة النظام العام أو الآداب العامة[1].

ومن الشروط الواجب توفرها في المحل أن يكون ممكنا أو موجودا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين بالإضافة إلى أن يكون مشروعا طبقا لما وجد في المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني.

حيث إذا ورد الالتزام على شيء معين بنوعه وصنفه ومقداره، كأن يكون مثلا أنه حبوب، نوعه قمح، مقداره 70 قنطارا، وإلا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره حسب المادة 2/1/94 من القانون المدني[2].

ثالثا: قيد السبب.

يقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أو ركنا في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء، الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام، وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، ففي عقد البيع يرتضي البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية البيع إلى المشتري[3].

ومن القيود التي فرضها المشرع على إلزام وجود السبب هي وجوب أن يكون السبب مشروعا (Licite) ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام والآداب العامة.

---

[1]– المادة 93 من القانون المدني (معادلة) إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.

[2]– المادة 94 من القانون المدني.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص217.

ومثال السبب غير المشروع تعهد شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود، فالتزام من تعهد بدفع النقود يكون باطلا لعدم مشروعية سببه، وهو قيام الطرف الآخر بارتكاب الجريمة[1].

فقد نصت المادة 97 من القانون المدني على مشروعية السبب حيث جاء في نصها: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا."[2]

المطلب الثاني: قيود تتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

سبق القول أنه وبفصل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية ظهر طرف قوي اقتصاديا وماليا وفنيا وقانونيا، وذلك ناتج عن وضعه في السوق واحتكاره للسلعة أو الخدمة أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، فاختلفت بفعل ذلك المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازن القوى وبالتالي أدى ذلك إلى استغلال الطرف الضعيف من لدن القوي، مما أدى بالمشروع إلى التدخل ووضع ضوابط قانونية آمرة متعلقة بالنظام والآداب العامة[3].

وسنتناول في ما يلي كل من تعريف النظام العام (فرع الأول)، وتعريف الآداب العامة (فرع الثاني)، والقيود المتعلقة ببعض الحقوق المتنازع عنها (فرع الثالث)، وأخرى متعلقة بالتعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة (فرع الرابع).

[1]– محمد صبري السعدي، نفس المرجع، ص 223.

[2]– المادة 97 من القانون المدني.

[3]– محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية لمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين البري حماية مستهلكي خدمات التأمين، الطبعة الثانية، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 2010، ص30.

فرع الأول: تعريف النظام العام.

يعتبر النظام العام من بين المفاهيم المستعصية عن وضع تعريف شامل مانع لها اعتبار أنها فكرة نسبية تختلف من تشريع إلى آخر ومن فقيه لآخر، تبعا لتباين الأفكار والقيم والمبادئ والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية[1].

وعموما يمكن القول بأن النظام العام هو ما يعتبره القانون جوهريا أو أساسيا ويحيطه بحماية خاصة: أو هو مجموعة المصالح العليا التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية و اجتماعية أو اقتصادية أو مالية أو أخلاقية أو دينية، وغيرها من المجالات التي صاغها المشرع في شكل قاعدة آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها[2].

ولقد عرف الفضاء النظام العام حيث قال فيه ما جاء في الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض "أن القضايا المتعلقة بالنظام العام هي التي لا يصح للأطراف الاتفاق على مخالفتها ولها ارتباط مباشر بالمصلحة العامة[3].

إن فكرة المصلحة العامة التي تقوم عليها قواعد النظام العام لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العمومية، بل امتدت إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي، حيث أصبحت الدولة تلتزم بترقية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للمواطن وتتكفل بحماية الفئات الضعيفة[4].

---

[1]– أحمد مفلح خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1432هـ، الموافق 2011 م، ص 162.

[2]– بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر تعديل، ودعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، 2015، 2016، دار هومه، ص 527.

[3]– قرار المحكمة النقض، رقم 2197 بتاريخ 10 ماي 2011، الغرفة المدنية القسم السابع، الملف ع 2009/7/1/4109، أورده سليمان مقداد في أطروحة دكتوراه، مركز الإرادة في العقود، 2016–2017، جامعة محمد الأول، المغرب، ص204.

[4]– على فيلالي، المرجع السابق، ص281.

–فقد عرف القضاء المغربي النظام العام على أنه "مجموعة من القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يخالفوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت لهم هذه الأخيرة مصالحهم الفردية فإن المصالح العامة أهم[1].

ومن بين التعريفات الفقهية للنظام العام، يقول عبد الحي حجازي ما يلي:

"النظام العام هو مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقهم.

أما فيما يخص بالاجتهاد القضائي في مسألة تعريف النظام العالم، فلقد حاول هو الآخر من ضبط وتحديد معنى النظام العام، وذلك من خلال ما ورد في جينات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1982/01/17، والذي جاء فيه لفظ النظام العام يعني مجموعة القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه السياسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة[2].

أما بخصوص تعريف النظام العام عند المشرع الجزائري فلم يتناوله صراحة ولكن تم الإشارة له بلفظ بطلان التصرفات القانونية "حيث تعبر المادة 97 من القانون المدني على القيود القضائية لمبدأ حرية الإرادة في التعاقد، حيث جاء في أنها "إذا التزم العاقد بسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"[3].

[1]– عبد الرحيم العزاوي وآخرون، المرجع السابق، ص21.

[2]– حنيفي فاطيمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، مذكرة ماستر في الحقوق، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017–2018، ص77.

[3]– المادة 97 من القانون المدني.

كما جاء في المادة 110 من نفس القانون على "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1].

وبالمقابل أقر القانون المدني الفرنسي على النظام العام، وحسن الآداب ضمن نص المادة 06 من القانون المدني الفرنسي.

فرع الثاني: تعريف الآداب العامة.

تعتبر فكرة الأداء العامة مثلها مثل فكرة النظام العام فلم يتكفل المشرع الجزائري بتعريفها مما يحتم علينا الرجوع إلى الفقه، حيث عرفها بعض الفقهاء أنها مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية[2].

كما عرفها البعض الآخر على أن "الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في فبيئة معينة، وعصر معين، هي وليدة المعتقدات الموروثة، والعادات المتصلة، وما جرى به العرف، تواضع عليه الناس".[3]

كما أن الآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وزمن معين، فهي مجموعة المبادئ الخلقية التي يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع، وتدخل من ثم في فكرة الآداب التي ربطها المشرع الجزائري بالنظام العام في المادة 96 من القانون المدني هي لازمة للمحافظة على أخلاقيات المجتمع من الانحلال، بحيث يفترض على الجميع احترامها

[1]– المادة 110 من القانون المدني.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظري الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص400.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العام للعقد)، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص279.

وعدم المساس بها والقاضي ملزم بمراعاتها، عند ما لا تسعفه النصوص الموضوعة على أساس الرأي العام في المجتمع والآداب السائدة فيه[1].

ومن تطبيقات المشرع الجزائري فكرة الآداب العامة، حيث اعتبر العقد باطلا إذا كان مخالفا للآداب ومنافيا للأخلاق (م96، ق.م)، كما أنه يقع باطلا كل الاتفاقيات التي تخالف الآداب والمتعلقة بالعلاقات الجنسية خارج الزواج[2].

أما بالنسبة لتعريف الآداب العامة في الإسلام، فقد أجمع الفقهاء المسلمون بأن النظام العام والآدب العامة إنما هي مستمدة مبادئه من الأوامر والنواهي أي الأحكام الشرعية الآمرة، والتي ليس للأفراد أن يخالفوها، وبالتالي العمل بالتقيد بها دون أن تترك لهم حرية الاختيار، وهي ما يتحقق به النفع العام دون أن يختص به أحد.

ويتعلق الأمر بالعبادات الخالصة كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ومنها العبادات كالصلاة والزكاة والصيام والحج.

وبالتالي يجب التقيد بها ولا يجوز مخالفتها وإلا ترتب عن ذلك الدخول في مجال التحريم مما يترتب عنه جزاء دنيوي وجزاء أخروي[3].

وبهذا فإن الأخلاق العامة أو الآداب العامة من النظام العام وهو ما ذهب إليه النظام القضائي المغربي أيضا بموجب قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 14/سبتمبر 1977 تحت رقم 512[4].

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص153.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص132.

[3]– صديق شياط، المرجع السابق، ص132.

[4]– قرار محكمة النقض الصادر ب1977/09/14 تحت رقم 512، انظر ميمون أزناي، هشام الناصر، يحي رابحي وآخرون، مبدأ سلطان الإرادة، دراسة تأصيلية، المرجع السابق، ص20.

إذن فالحرية التعاقدية تفيد إما بنصوص قانونية آمرة صريحة أو بأحكام قضائية عندما يتبين للقاضي بأن العقد مخالف للمبادئ الأساسية التي يبنى عليها النظام العام، ومن خلال التعريفات السابقة للنظام العام والآداب العامة يمكن أن نستخلص أن النظام العام والأخلاق الحميدة تهدف إلى تحقيق المصالح العامة العليا للدولة فهي تقع على مرتبة عليا على اتفاقات الأفراد[1]، دون إغفال المشرع الفرنسي الذي نص على الآداب العامة في المادة 1133 من ق.م[2].

وخلاصة القول، لا يوجد فرق جوهري بين النظام العام والآداب من حيث الوظيفة المستندة إليهما والمتمثلة في حماية المجتمع والمحافظة على النظام والسلم الاجتماعي، والفرق الوحيد الموجود بينهما يتمثل في مجال كل منهما، ولا نرى حينئذ مبررا جديا بالتمييز بينهما[3].

فرع الثالث: القيد عدم التعامل في حقوق متنازع عليها.

ومن القيود الواردة على حرية الإرادة في التعاقد هي تقييد المشرع على التعامل في الحقوق المتنازع عليها من خلال النص على حق استرداد المدعى عليه الذي تم التنازل ضده للشيء المبيع من المشتري جبرا، طبقا للمادة 1400 من القانون المدني التي تنص على "إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد ثمن البيع الحقيقي له والمصاريف الواجبة[4].

وحسب الفقرة الثانية من نفس المادة "الحق المتنازع فيه هو الحق الذي رفعت بشأنه دعوى أو كان محل نزاع جدي وجوهري"، وهو حق احتمالي، يمكن أن يكون محلا لعقد بيع ينتج أثره من تاريخ إبرامه لا من تاريخ صدور الحكم لصالح المدعي لذا فهو بين لا يكون فيه حق البائع على المبيع مؤكدا ولا يضمن البائع للمشتري وجوده، وإنما يحل الحائز محل البائع في الدعوى

---

[1]– سليمان مقداد، مركز الإرادة في العقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وحدة المغرب، 2016–2017، صً203.

[2]– Article 1133 de code civil, François, dalloz 117 edition, 2018.

[3]– علي فيلاي، المرجع السابق، ص281.

[4]– المادة 1/400 من القانون المدني.

ويتحمل نتائجها، لذلك عادة ما يباع هذا الحق بأقل من ثمنه، فهنا إما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له، وإما أن لا يثبت لذلك أجاز القانون للمتنازل ضده أن يسترد من المشتري هذا المبيع بشرط أن يرد الثمن الحقيقي للمبيع والمصاريف الواجبة للمشتري.

والحكمة من تقرير الاسترداد هي عدم تشجيع المضاربين على شراء الحقوق المتنازع فيها، ووضع حد للمنازعات والقضايا[1].

وقد استثنى المشرع بعض الحالات التي لا تسري عليها أحكام المادة ال400 في فقرتها الثانية ويمكن تحديد الحالات وفق الشروط التالية:

وقد رتبها المشرع في المادة 01 من القانون المدني:

-إذا كان الحق المتنازع فيه مشاع بين ورثة أو شركاء وباع أحدهم نصيبه للآخر.

- إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه، وفاء للدين الثابت في ذمته.

- إذا كان الحق المتنازع فيه يكون دينا مرتبا على عقار وبيع الحق لحائز العقار[2].

وقد قيد المشرع الجزائري بعض الأشخاص بصفاتهم المهنية على حرية الإرادة في التعاقد فيما يخص الحقوق المتنازع عليه.

فقد أقرت كل من المادتين 402 و403 على التوالي في ذلك، حسب نص المادة 102 من القانون المدني على "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا المحامين ولا الموثقين ولا لكتاب الضبط، فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع بدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتهم وإلا كان البيع باطلا"[3].

---

[1]- قماز ليلى، محاضرات العقود الخاصة موجهة إلى طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق، قسم قانون خاص، ص 28.

[2]- المادة 401 من القانون المدني.

[3]- المادة 402 من نفس القانون.

وبالرجوع إلى المادة 403 من نفس القانون نجد أنها تقر على " لا يجوز للمحامين ولا للمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة[1].

فرع الرابع: القيد المتعلق بالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

إذا كان المشرع الجزائري أباح التعامل في الأشياء المستقبلة إلا أنه قد استثنى من ذلك التعامل في التركة المستقبلة[2]، فقد نصت المادة 92 في فقرتها الثانية على أنه غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون[3].

وعليه فقد استثنى المشرع التعامل في تركة شخص على قيد الحياة ومنع ذلك ولو برضاء الموروث، ولا تسمح جل التشريعات في العالم بهذا التعامل الذي يعتبر مضاربة على حياة المورث ومن ثمة يكون مخالفا لحسن الآداب[4]، ومن بين التشريعات التي منعت التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة، القانون المدني المصري في المادة 131 حيث اعتبر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه[5].

وباستثناء الوصية تكون كل تصرفات المورث بخصوص تركته باطلة بطلانا مطلقا مع العلم أن يجوز للواهب على قيد حياته أن يهب كل ممتلكاته، ويسمح المشرع المصري في المادتين 903 و913 من القانون المدني، بقسمة الموروث لتركته وهو بين ورثته حتى يجنبهم كل شقاق

[1]– المادة 403 من نفس القانون.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص209.

[3]– المادة 2/92 من القانون المدني.

[4]– على فيلالي، المرجع السابق، ص243.

[5]– المادة 131 من القانون المدني المصري.

على قسمة التركة، وقد أخذ المشرع الفرنسي كذلك بهذا الحل في المادة 1075 من القانون المدني[1].

والمصدر التاريخي لهذا المنع هو القانون الروماني ولو أنه كان يسمح بالتعامل إذا كان المورث طرفا في التعامل، أو وافق على ذلك، وعنه أخذت التشريعات المختلفة هذا التحريم، غير أنها حرمت التعامل في التركة المستقبلة ولو برضاه المورث نفسه.

وأساس هذا التحريم مخالفته للنظام العام وحسن الآداب لما يتضمنه من مضاربة على حياة المورث والحث على استعجال موته، كما يجعل الشبان الذين سيرثون فريسة للمضاربين فمن مصلحة الوارث نفسه عدم التعامل فيما سيرثه، إذ لو أبيح ذلك فإنه سينزل عن نصيبه في التركة المستقبلة بأبخس الأثمان.

وتحريم التعامل عام يتضمن المعاملة بين الوارث المحتمل والغير محتمل وبينه وبين الوارث محتمل آخر، وكذلك بين المورث نفسه والغير أو حتى مع وارث محتمل له[2].

أما التصرفات التي يقوم بها الوارث كالبيع أو الهبة أو المقايضة أو إيجار المنازل، أو تنازل الوارث عن ميراثه في المستقبل أيا كان نوعها في التركة المستقبلية فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا ولقد استثنى المشرع في وقت سابق من التعامل تحويل الحق الشامل بالنسبة للمؤلفات المستقبلية[3].

[1]– عل فيلالي، نفس المرجع، ص244.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص210.

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص244.

المبحث الثاني: القيود القضائية على حرية الإرادة في التعاقد.

لقد ساهمت المؤسسة القضائية على تقييد حرية الإرادة في التعاقد، فقد ساهمت أيضا في الحد من حرية التعاقدية وتقيدها فالأصل في التعاقد هو حرية الإرادة للطرفين أخذا بمبدأ سلطان الإرادة القائم على الرضائية في المادة 59 من ق.م وكذا العقد شريعة المتعاقدين كما جاء في المادة 106 من ق.م[1] كما نصت المادة 1/107 من نفس القانون على "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[2]، إلا أن القضاء أعطى للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في العقود وتعديلها كتدخله في الظروف الطارئة (فرع الأول)، وتعديل شروط عقود الإذعان (فرع الثاني) بالإضافة إلى تدخل القاضي في الشرط الجزائي الخاص بالتعويض (فرع الثالث).

المطلب الاول: تدخل القاضي في الظروف الطارئة

فرع الأول: تدخل القاضي في إطار الظروف الطارئة.

يمكن القول أن المادة 107 في فقرتها الأولى تتيح للقاضي مراجعة لعقد وتكريس الظروف الطارئة استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يكون فقط على أساس المادة 107 الفقرة الثالثة من ق.م مما يعد استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويأخذ القاضي بذلك محل الأطراف المتضررة من الظروف الطارئة كونه سيحاول إنقاذ الأمر دون عرقلة تنفيذ العقد بحسن نية[3].

وعلى غرار ذلك نصت المادة 3/107 على "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عام لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلف ذلك."[4].

---

[1]– صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال تعاقد، رسالة دكتوراه، علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، سنة 2017–2018.

[2]– المادة 1/107 من القانون المدني.

[3]– زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016، 389.

[4]– المادة 3/107 من القانون المدني.

لكن الفقه كان له رأي آخر حيث انتقد المشرع على إدراج الظروف الطارئة ضمن المادة 107 فيما كان لابد من إدراجها ضمن نص المادة 106 من القانون المدني بحكم أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناء يرد على مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي الحرية التعاقدية، ولهذا أوردتها القوانين العربية كاستثناء في الفقرة الثانية للمادة التي تنص فيها على أن العقد شريعة المتعاقدين[1].

فنجد أن المشرع قد قيد تدخل القاضي في نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى اختلال في التوازن الاقتصادي الذي يشترط أن يكون نتيجة وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، بحيث يهدد بخسارة فادحة، فالمشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام[2].

وقد نشأت هذه النظرية عند الفقهاء المسيحيون في القرون الوسطى نسجوها على غرار نظرية تغيير الظروف المعروفة في القانون الدولي العام (Rebssic STANTIbus)، التي تسمح في المعاهدات بتغيير شروطها إذا تغيرت الظروف[3].

أما عن تطور نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية، فقد تنبه فقهاء التشريع الإسلامي إلى أثر الظروف الاقتصادية ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فقرروا عدم جواز الغبن سواء كان ذلك في تكوين العقد أو في تنفيذه، فهي في كلا الحالتين ربا محرم، ومن هنا حرم الفقه الإسلامي الربا، وجعل الغبن سببا من أسباب فسخ العقود، كما أن نظرية الظروف

[1]– علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، سنة 1992، ص90.

[2]– سعاد بوختالة، بوروح منال، تقييد النظام العام الاقتصادي الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص65.

[3]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص98.

الطارئة تستند في حقيقتها على نظرية الضرورة، ونظرية العذر، وكذا نظرية الحوائج، وكلها نظريات من النظريات الإسلامية[1].

كما يميز الفقه بين سلطة القاضي في التعديل التشريعي والتعديل القضائي، وذلك بمدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، حيث إذا كانت سلطته مفيدة فإن التعديل يكون تشريعيا، ومن جهة أخرى إذا كانت موجودة فيحينها التعديل قضائي[2].

ولقد طور الفقه الشروط التي يلزم توفرها ليكون القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ويمكن جمعها في ثلاثة شروط حسب المادة 107.

- أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ.
- أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما.
- أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي العام إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا غير مستحيل.

أولا: أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ.

وهنا يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ من العقود المحددة، فإن كان من العقود الاحتمالية فلا محل لأعمال نظرية الظروف الطارئة في شأنه[3]، ومجال طروء هذه الظروف هو العقود المستمرة الزمنية التي يتطلب تنفيذها زمنيا، كعقد الإيجار، وعقد العمل، وعقد التوريد، وتطبيق النظرية أيضا في العقود الفورية إذا تراخى تنفيذها كالبيع الذي يؤجل دفع الثمن أو تسليم المبيع

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص252.

[2]– SAMIR, TANAGHO : de l'obligation judiciaire thèse pour le doctorat d'état, faculté de droit et des sciences économiques, université de paris, 1964, p291.

[3]– محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدي الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، علوم إسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج الأخضر باتنة، 2011–2012، ص246.

فيه، فإذ طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه، فاثمن أو الباقي منه يكون عرضة لإنقاص الحادث الطارئ[1].

ولا يشترط قيام التراخي بالنسبة للالتزامين المتقابلين، وإنما يكفي قيامه بالنسبة لأحدهما وإن كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه فور صدوره العقد، بحيث لو نفظ أحد المتعاقدين التزامه ولم ينفذه الآخر أدى إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالعبرة بالالتزام العقدي الذي أصبح مرهقا وليس الالتزام الذي يقابله.

ويترتب على ما تقدم أن البيع مثلا، الذي جعل الحادث الطارئ مرهقا لا يكون عرضة للتعديل إذا كان المشتري دفع الثمن واستلم المبيع، ثم طرأ الحادث الطارئ بعد ذلك، إما إن طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه فالثمن أو الباقي يكون عرضة للانقاص[2].

ثانيا: أن تكون الظروف الطارئة حادثا استثنائيا عام وغير متوقعة.

حيث تشترط المادة 3/107 من ق.م لانطباق نظرية أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ في الوسط توقعه[3].

والمقصود بالحادث الاستثنائي كما عبر معظم الفقه العربي هو ذلك الحادث الذي ينحدر حصوله، بحيث يبدو شاذا وخارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمور[4].

يعرف الأستاذ عبد الحكيم فودة العمومية في الظروف الطارئة، ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس،

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص305.

[2]– محمد بوكماش، المرجع السابق، ص247.

[3]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص256.

[4]– محمد بوكماش، نفس المرجع، ص248.

كأهل البلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين مثلا في جهة من الجهات، أو منتجة سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها[1].

ويجب أن يكون الحادث مفاجئا، أي خارج عن المألوف، وأن يكون غير متوقع أي ليس في وقع الرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، والمعيار هنا هو معيار موضوعي، فإذا كان متوقعا وفي الاستطاعة دفعه فلا يؤخذ به لإعمال هذه النظرية[2].

ولهذا يتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون مما لا يستطاع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو أن يتغلب عليه، فيستوي عندئذ أن يكون متوقعا أو غير متوقع[3].

ثالثا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا.

أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا له بحيث يهدده له بحيث يهدده بخسارة فادحة، ويقتضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزامات ممكنا ولكن مرهقا للمدين[4].

وفي هذا يختلف الظرف الطارئ (l'imprévision)، عن القوة الظاهرة (La force majeur)، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة، إلا أن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام (م 127.ق.م)[5].

أما الحادث الطارئ فلا ينقضي الالتزام به، بل يرتد إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعة الحادث[6].

---

[1]- عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة في الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة 1999، ص31.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص257.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص 721-722.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص100.

[5]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص258.

[6]- محمد بوكماش، المرجع السابق، ص252.

فرع الثاني: تعديل شروط عقود الإذعان التعسفية.

الأصل أن المتعاقدين لا يبرمان العقد إلا بعد مفاوضات ومناقشات في شروطه، الهدف منها الوصول إلى أفضل الشروط المناسبة للمتعاقدين، لكن بعد تطور المجتمع أدت ضرورات الحياة إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجات الأفراد الضرورية أطلقت عليها عقود الإذعان.

أولا: تعريف عقود الإذعان التعسفية.

لقد عرف القضاء المغربي عقود الإذعان بأنها العقود التي لا يكون فيها أي خيار للمتعاقد سوى الإذعان أي الخضوع للشروط التي يمليها المتعاقد الآخر إن أراد فعلا التعاقد[1].

وقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هو صيغة من صيغ إبرام العقود نعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها[2].

وقد تناول المشرع المصري عقود الإذعان في المادة 1/149 من القانون المدني المصري حيث تنص على: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها[3].

[1]– قرار صادر عن المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2001/05/10 أشار إليه محمد الهيني في كتابه: الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين البري، حماية مستهلكي خدمات التأمين، الطبعة التالية، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 2010، ص17، أشار إليه عبد الرحيم العزاوي، المرجع السابق، ص19.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، بدون سنة النشر، ص68.

[3]– المادة 1/149 من القانون المدني المصري.

أما المشرع الجزائري فقد تطرق لعقود الإذعان في المادة 110 من ق.م الفقرة الأولى حيث أخذ نفس الاتجاه المشرع المصري في تعريف الإذعان وطرق الإعفاء[1].

وعليه ليمارس القاضي سلطته في تحويل عقد الإذعان التعسفي يجب أن يكون الشرط تعسفيا، وهي مسألة نسبية تختلف باختلاف ظروف كل عقد على حدة، وعلى المحكمة المختصة في الموضوع أن تقدر التعسف وكيفية التحويل ومداه، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في مثل هذا التقدير[2].

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فنجده قد أخذ بهذا المفهوم، حيث نص في المادة 03 الفقرة 04 من القانون رقم 02/04 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على العقد بأنه: "انفاق إذعان حرر مسبقا بين طرفين بحيث لا يمكن للمذعن تغيير شروطه أو آثاره"[3]، وأكد ذلك المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في المادة الأولى منه الفقرة الثانية عندما أشار إلى العقود التي يبرمها الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين[4].

فرع الثالث: تعديل الشرط الجزائي بموجب المادة 2/184 من القانون المدني.

عرف الفقه القانون الشرط الجزائي بأنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين يحدد فيه مقدار التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وقد اشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدني وهي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بينهما، إضافة إلى إعذار المدين، لذلك يتوجب على القاضي التحقق من توفر هذه الشروط أولا ليتقرر له بعد ذلك حقه في

---

[1]- المادة 1/110 من ق.م.

[2]- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2007، ص76.

[3]- المادة 03 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية 41، المرجع السابق.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد رقم 56، الصادرة في 2006/09/11.

التدخل بتعديل الشرط الجزائي في صورة الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه، أما سلطته المتمثلة في عدم الحكم به (إلقاء الشرط الجزائري فتترتب على عدم توافر تلك الشروط أو بعضها[1]، وتنص الفقرة الثانية من المادة 184 من ق.م على "..يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.."[2].

بالرجوع إلى تعريف الشرط الجزائي وهو الاتفاق مقدما على تقرير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخلى المدين مستقبلا بالتزامه، ويقوم الشرط الجزائي على مجموعة خصائص هي:

- أنه التزام احتياطي ليمكن اللجوء إليه إلا بعد التأكد من عدم تنفيذ الالتزام.
- الشرط الجزائي هو تقدير جزئي للتعويض حيث يشترط لتحقق الشرط الجزائي، كل الشروط الخاصة بالتعويض المتمثلة في الخطأ، الضرر، العلاقة السببية التي نصت عليها المادة 183، وتطبق فيها أحكام المواد (176 إلى 181) من ق.م.
- التعويض الاتفاقي اتفاق مسبق على تقدير التعويض، الذي يعتبر الخاصية الأساسية المميزة للتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، القائمة على اتفاق إرادة الطرفين التي تعتبر المصدر الوحيد لهذا الشرط[3].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إبطال العقد.

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوقف شروطه، ولقد سبق أن تناولنا أركان العقد وشروطه[4].

---

[1]– نورة سعداني، سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، جامعة طاهري محمد، بشار، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، ص ص 38–39.

[2]– المادة 2/184 من القانون المدني.

[3]– عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 2003، ص ص 23–24.

[4]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 372.

وسنحاول تعريف البطلان (فرع أول)، وأنواع البطلان (فرع ثاني)، بالإضافة إلى السلطة التقديرية للقاضي في إبطال العقد (فرع ثالث).

فرع الأول: تعريف البطلان في العقود.

هو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، والعقد الذي لم تراع قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام، وتختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراع في تكوينه يكون باطلا فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام، وتختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراع في تكوين العقد، فإذا كانت القاعدة تحمي المصلحة العامة، كان البطلان مطلقا، بحيث لا يكون للعقد وجود أمام القانون، أما إذا كانت تلك القاعدة تحمي مصلحة خاصة، كان البطلان نسبيا، فيكون للعقد وجوده القانوني إلى أن يطلب إبطاله من تقرر الجزاء لمصلحته[1].

وقد نص المشرع الجزائري على البطلان في المواد 102-103-105 من القانون المدني[2]، حيث وصفت المادة 102 من ق.م، "إذا كان بهذا باطل بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يجوز البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد"[3].

فرع الثاني: أنواع البطلان.

تقسم النظرية القانونية التي عرفها القانون الروماني، ثم القانون الفرنسي القديم، أحكام البطلان إلى نوعين أساسين: البطلان المطلق والبطلان النسبي، وسنتناول البطلان المطلق أولا ثم البطلان النسبي ثانيا.

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171.

[2]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص173.

[3]- المادة 102 من القانون المدني.

أولا: البطلان المطلق.

هو جزاء العقد الذي نخلف فيه ركن من أركان الانعقاد وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، فلا يكون لهذا العقد عندئذ وجود قانوني ولا ينتج أي أثر، وقد تناول كما سبق الذكر، القانون المدني البطلان في المواد 93 و 94 و97و102، بالإضافة إلى المواد 324 مكرر، و 418.

ويوجد في نص المادة 93 من ق.م التي ورد فيها البطلان المطلق في: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام كان باطلا بطلانا بذاته[1]، كما نصت المادة 97 ومن نفس القانون على "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"[2].

وباستقراء المادة 324 مكرر التي تفرض "إخضاع العقود تحت طائلة البطلان إلى التحرير وفق ما يأمر به القانون"[3].

وكذا المادة 418 من نفس القانون كما أنه يسقط بالتقادم ولا تلحقه الإجازة التي تشترط "أن يكون عقد الشراكة مكتوبا وإلا كان باطلا"[4].

ثانيا: البطلان النسبي.

هو جزاء تخلف شرط من شروط الصحة، كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدا كل من المتعاقدين، أو فساد الإرادة بأحد عيوب الرضا وهي الغلط، الإكراه، التدليس، والغبن أو الاستغلال، كما يوجد حالات معينة يقرر فيها القانون البطلان النسبي[5].

---

[1]– المادة 93 من القانون المدني.

[2]– المادة 97 من القانون نفسه.

[3]– المادة 324 مكرر من القانون نفسه.

[4]– انظر المادة 418 من القانون نفسه.

[5]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص172.

وعلى عكس البطلان المطلق فإن البطلان النسبي تلحقه الإجازة ويسقط بالتقادم[1]، ويقال في هذه الحالة أن العقد قابل للإبطال، فإذا حكم بالبطلان واعتبر العقد باطلا من يوم إبرامه وزال ما يترتب عليه من آثار[2].

تنص المادة 397 على حالة بيع ملك الغير التي تنشء البطلان النسبي للعقد فنقول: "إذا باع الشخص شيئا وهو لا يملكه فالمشتري حق طلب إبطال العقد وهو في كل الأحوال غير جائز في حق مالك المبيع ولو أجازه المشتري[3].

ومهما يكن فإن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعوض عادل حسب المادة 103 من ق.م المعدلة عام 2005[4].

حيث تنص المادة 103 على: "إذا تقرر بطلان أو العقد الذي شرع في تنفيذه فلابد أن يسترد كل منها أداه عينا أو بمقابل حتى تزول كل آثار هذا العقد.."[5].

فرع الثالث: سلطة القاضي في إبطال العقد.

الأصل أنه متى اتفق المتعاقدان على أجل يتم فيه تنفيذ العقد، فبحلول هذا الأجل يكون الالتزام المترتب عن هذا العقد مستحقا، غير أن المدين قد يمتنع عن هذا التنفيذ على الرغم من إمكانية التنفيذ العيني وعدم استحالته[6].

---

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 333.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص240.

[3]– المادة 397 من القانون المدني.

[4]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص606.

[5]– المادة 103 من ق.م.

[6]– طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018–2019، ص300.

ومن جهة أخرى فإن البطلان إذا كان مترتبا على عدم توافر شروط صحة العقد، كما لو لحق إرادة المتعاقد عيب من عيوب الرضا[1].

يملك القاضي سلطة إبطال العقد متى كانت فيه أحد عيوب الرضا المتمثلة في الرضا، السبب المحل، الأهلية، أو الشكل في العقود الشكلية نزولا على الاعتبارات المصلحة العامة[2]، قد يختار المتعاقد المغبون على رفع دعوى الإبطال، حيث يقتصر الحق في رفع دعوى الإبطال على المتعاقد الذي قرر لمصلحته وهو وقع عليه الاستغلال دون غيره[3].

أولا: رفع دعوى الإبطال بسبب الاستغلال.

تنص المادة 90 من ق.م "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبية مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد...، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا ...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد..."[4].

"خرج المشرع عن المبادئ العامة التي تحكم دعوى الإبطال، فأجاز للقاضي الاختيار بين الآثار القانونية التي تضمنها المادة أعلاه، فيكون هذا الإبطال أشبه بالإبطال المترتب على باقي عيوب الإرادة (الغلط، الإكراه، التدليس)، ومع كل ذلك وجوب على القاضي أن يتقيد بمبدأ الطلب القضائي الذي يعتبر الإطار العام لسلطته التقدير به"[5].

تقوم دعوى الإبطال بسبب الاستغلال على ثلاثة مميزات تميزها عن باقي دعاوى الإبطال، الآجال، ونوفي الإبطال، الإنقاص.

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص611.

[2]- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 614.

[3]- المادة 99 من ق.م.

[4]- المادة 90 من ق.م.

[5]- طبيب فايزة، المرجع السابق، ص ص 195-196.

1-بالنسبة للآجال:

حيث تنص المادة 2/90 من ق.م "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة[1].

لا ينطبق آجال السنة على الدعوى فقط بل ينطبق أيضا بالنسبة للبطلان الذي يشار في الدفع بالبطلان، ويمكن تصور ذلك في الحالة التي لا يرفع في المتعاقد المغبون دعوى الاستغلال، وفي المقابل لم ينفذ التزاماته، خلال السنة الثانية لتمام إبرام العقد، فإذا ما طالبه الطرف الآخر بالتنفيذ فلا يمكن للمتعاقد المغبون في هذه الحالة أن يدفع بالاستغلال[2].

2- بالنسبة لتوقي الإبطال:

حيث منح المشرع للمتعاقد المستغل في حالة دعوى الاستغلال أن يفعل الحق في توقي الإبطال متى كان العقد عقد معاوضة[3]، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م على "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"[4].

للمستغل وحده الحق في اختيار بين تحمل آثار دعوى الإبطال وبين توقيها بعوض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن طبعا لمبدأ "لا يحكم القاضي المدني بما لم يطلب منه، ومنه فإن سلطة القاضي في إبطال العقود مفيدة بما النصوص القانونية، وبما يطلبه أحد أطراف العقد[5].

---

[1]- المادة 2/90، من ق.م.

[2]- طبيب فايزة، المرجع السابق، ص203.

[3]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص69.

[4]- المادة 3/90 من ق.م.

[5]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص69.

ويلاحظ من ناحية أخرى أنا المادة 90 من ق.م بصف الضحية بالمغبون مما يذكرنا بمفهوم الغبن الذي اعتمده المشرع في بعض الحالات الخاصة، ويشير في نفس الوقت إلى فعل استغلال الضعف النفسي فيذكرنا بعيوب الرضا[1].

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص216.

خلاصة الفصل الثاني:

بهذا نكون قد حاولنا في هذا الفصل تسليط الضوء على الاستثناءات الواردة على حرية الإرادة في التعاقد من خلال تسليط الضوء على النصوص القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في مختلف القوانين بالإضافة إلى التشريعات العربية والغربية دون إغفال وأي الفقه في الحرية التعاقدية.

وإذا كان العقد يبنى على حرية وأساس الإرادة الحرة للمتعاقدين، ورغم القيود الواردة على هذه الحرية، إلا أنها لا يمكن الاستغناء عنها بحكم أن حرية الإرادة منطوية تحت مبدأ سلطان الإرادة القائم بدوره على الحرية والمساواة.

وعليه فإن الحرية هي أساس النشاط الذي مظهره الحرية، سواء لضمان المصلحة الخاصة أو المصلحة العامة التي حتمت على المشرع وضع قيود في مجال التعاقدات، ضمانا للطرف الضعيف في العقود وتحقيقا للمساواة، التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، وهذا من جهة، ومن جهة أخرى تكريس دور حرية الفرد في إبرام عقوده وفق حرية مقننة تضمن حقه الدستوري، وتحمي مصالح المجتمع.

.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال دراستنا لمبدأ حرية الإرادة في التعاقد، ومما سبق فإن حرية الإرادة هي جوهر في قيام العقود، فقد احتلت جزءا كبيرا من كتب الفقه والقانون خاصة إرادة المتعاقدين، وأنفقوا على وجوب تكريس هذه الحرية رغم تطور أشكال العقود، وزيادة القيود على هذا المبدأ التي يفرضها القانون الذي أصبح يتدخل في إرادة الطرفين في إبرام العقود وشروطها والآثار المترتبة عليها، وذلك بنصوص قانونية آمرة تؤدي إلى توقيع جزاءات في حالة تجاوزها بالإضافة إلى التدخل القضائي الممنوح لسلطة القاض في تعديل وإبطال العقود متى ما كان ذلك ممكنا خدمة للصالح العام، وحماية للطرف الضعيف في العقد هذا من جهة.

ومن جهة إخلال المساواة في إبرام العقود خاصة في عقود الإذعان التي تنتج طرفا ضعيفا دائما بغض النظر على نوع العقد كعقد العمل، وعقد التأمين التي تفرض شروط تعسفية تحجز الطرف المذعن مما أدى إلى تدخل الدولة لتعديل أو إلغاء هذه الشروط من خلال المواد المدرجة في القانون المدني، بالإضافة إلى استحداث قوانين خاصة كقانون حماية المستهلك وقمع الغش، وقانون العمل.

ومنه تمكنا من الوصول إلى بعض النتائج يمكن ترتيبها كالتالي:

1-أن قاعدة حرية الإرادة في التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد تتعلق أساسا بمبدأ سلطان الإرادة.

2- أن حرية الإرادة تقوم دائما على مبدأ الرضائية بين المتعاقدين إلا في بعض الحالات التي تسقط هذا المبدأ بحكم تحقيق المساواة.

3- وجود عدد من العيوب التي تؤثر على مبدأ الحرية الإرادة في التعاقد منبثقة من الشريعة الإسلامية وقد تبانها المشرع الجزائري والمتمثلة في الإكراه، التغرير، الغبن، الغلط.

4- اعتراف المشرع الجزائري بحرية الإرادة في التعاقد وتحديد أثرها وضرورة احترام إرادة المتعاقدين وتوقعاتهم عند تكوين العقد وعند تنفيذه، وأنه لا يجوز المساس بإرادة المتعاقدين مهما تغيرت الظروف الاقتصادية.

5- مبدأ حرية الإرادة قديمة النشأة حيث أنها ظهرت عند الرومان قديما، وقد أطرت عليها عدة قيود، وتعددت الآراء والقراءات الفقهية والتشريعية منذ وقتها وصولا إلى يومنا هذا.

6- أن شريعة المتعاقدين هي المبدأ أو الأساس الذي تقوم عليه حرية الفرد في التعاقد، باعتراف جل التشريعات القانونية منها التشريع الجزائري، التشريع المصري، التشريع الفرنسي.

7- الحرية هي أساس النشاط الذي مظهره الإرادة، فإن المصلحة العامة نتحقق عندما يتم التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر مصلحة قائمة باعتبار أن المصلحة العامة ليست إلا مجموع من المصالح الفردية.

8- أن سلطة القاضي في تعديل أو إبطال العقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق عليها القوانين الحديثة.

9- دور القاضي في القوانين الحديثة أصبح دورا إيجابيا لا سلبيا في مجال المعاملات والالتزامات، حيث أصبح يقوم بتحقيق حماية الأفراد في مجال التعاقد.

وإذا كان العقد يبنى على أساسا على الإرادة وما تتمتع به من سلطان فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، وفي تحديد آثارها، إن مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ التزمها، فللإرادة الحق في إنشاء ما نشاء من العقود الغير مفيدة بالقوانين التي يشترطها القانون المدني، كما أن إرادة الفرد الحرية الكاملة في تحديد آثار العقد غير متأثرة ومفيدة بالآثار التي يرتبها المشرع في العقود.

وعلى هذا وجب تقديم بعض التوصيات التي تعزز حرية الفرد في التعاقد تحت رقابة وحماية القانون وهي كالتالي:

1-الاعتماد على مبادئ الشريعة الإسلامية في تنظيم وتعزيز حرية الإرادة.

2- إعطاء حرية أكبر للأفراد في مجال العقود من خلال تخفيف التدخل القضائي في إرادتهم إلا في حالات خاصة بالخصوص في الجزاءات المفروضة.

3- تعديل بعض القوانين الخاصة بالعقود وتنظيمها خدمة للحرية في التعاقد خاصة في ظل التطور التكنولوجي الحاصل.

المصادر والمراجع

أ- المصادر:

1- القوانين:

1. قانون رقم 09/03 المؤرخ في 2009-03-08 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش.
2. القانون رقم 11/90، المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل.
3. قانون 78/02 المؤرخ في 1978-02-11 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية
4. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية 41، المرجع السابق.
5. القانون المدني: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما يقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."
6. القانون المدني المصري.
7. قانون علاقات العمل.
8. القانون 19/04 المؤرخ في 2004/12/25 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، "يجب على كل مستخدم أن يبلغ الوكالة المؤهلة أو البلدية أو الهيئة الخاصة المعتمدة بالمناصب الشاغرة لدى مؤسسته والتي يريد شغلها"..
9. القانون المدني المغربي.
10. القانون المدني (معادلة) إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.
11. القانون المدني السوري.

2 – المراسيم التنظيمية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد رقم 56، الصادرة في 2006/09/11.
2. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 نوفمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 76، الصادرة في 08/12/1996.

3- القرارات

1. قرار المحكمة النقض، رقم 2197 بتاريخ 10 ماي 2011، الغرفة المدنية القسم السابع، الملف ع 2009/7/1/4109، أورده سليمان مقداد في أطروحة دكتوراه، مركز الإرادة في العقود، 2016-2017، جامعة محمد الأول، المغرب
2. قرار صادر عن المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2001/05/10 أشار إليه محمد الهيني في كتابه: الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين البري، حماية مستهلكي خدمات التأمين، الطبعة التالية، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 2010، ص17، أشار إليه عبد الرحيم العزاوي.

ب- المراجع:

1- الكتب العامة:

1-أبو بكر جابر الجزائري – منهاج المسلم – دار الفكر، بيروت 2003.

2-أحمد مفلح خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1432هـ، الموافق 2011 م.

3-أعليان عدة – مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد – دراسة مقارنة – بدون تاريخ نشر.

4-إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية – البحث الأول – أحكام العقد الجزء الأول – أركان العقد، طبعة 2 – دار النهضة العربية – مصر– 1997.

5-انظر السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي – ج4 – منشورات الحلبي الحقوقية بيروت طبعة 2 – الجديدة .1998

6-بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر تعديل، ودعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، 2015، 2016، دار هومه

7-جلال علي العدوى – أصول الالتزامات (مصادر الالتزام). منشأة المعارف الإسكندرية – مصر – الطبعة 1997

8-جون جاك روسو: العقد الاجتماعي – الكتاب الثاني – الفصل السادس.

9-حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، الحقوقية، بغداد، 2009

10-خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة)، المكتبة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

11-رواه البهيقي في السنن الكبرى ج 7.ص 249 ح 14213، والدار قطفي في سننه ج3 ص27 ح 98 وصححه الألباني. أنظر إرواء الغليل ج 7 ح 191 ح 2212

12-سلطان أنور – الموجز في مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية مصر – د.ط. 1998.

13-سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات، المجلد الأول – نظرية الإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – سنة 1987

14-سمير عبد السيد تناغو – المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام – منشأة المعارف بالإسكندرية، من دون طبعة.

15-شروط حسين، شرح قانون المنافسة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

16-عبد الحق صافي، القانون المدني، مصدر الإرادي للالتزامات – العقد-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.

17-عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة في الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة 1999

18-عبد الحميد متولي – الحريات العامة – نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها – منشأة المعارف الإسكندرية 1975، أدرج عند – محمد حسين عبد العال – الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستور به لمبدأ حرية التعاقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 1998.

19-عبد الرزاق السنهوري – النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد الجزء الأول – الطبعة الثانية الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – الطبعة 1998

20-عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، بدون سنة النشر.

21-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني- عقود الغرر والمغامرة والرهان والمرتب مدى الحياة- وعقد التأمين، إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، 1964

22-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004

23-عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 2003.

24-عبد الكريم زيدان – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – مؤسسة الرسائل – بيروت – 1996.

25-عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، 2004.

26-علي فيلالي – الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقم للنشر – الطبعة الثالثة 2013

27-محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية لمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين البري حماية مستهلكي خدمات التأمين، الطبعة الثانية، مطبعة الأمنية، الرباط، المغرب، 2010.

28-محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2007، ص76.

29-محمد صبري السعدي – الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية – طبعة جديدة مزيدة ومنقحة – دار الهدى – عين مليلة – الجزائر -2012

30-محمود جمال الدين زكي – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول – مطبعة جامعة القاهرة – مصر – ط 1976.

31-محي الدين إسماعيل – علم الدين- نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية – الطبعة الثالثة دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – دون سنة نشر.

32-مندي عبد الله محمود حجازي- التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت – وإثبات التعاقد الالكتروني (وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني) – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – مصر – ط1 2010.

33-نبيل إبراهيم سعد – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة – الأزاريطة ، الإسكندرية، -طبعة 2004 .

34-مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – المدخل الفقهي العام – دار الفكر – دمشق. سوريا – الطبعة التاسعة – د.ت.ط 10

35-محي الدين إسماعيل، علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر

36-

2- البحوث الجامعية:

1. سعاد بوختالة، بوروح منال، تقييد النظام العام الاقتصادي الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، 2020

3- المقالات العلمية:

1. سجاد أحمد بن حمد أفضل – الألوكة الشعرية– آفاق الشريعة – مقالات دينية – من شروط التكليف – حرية الإرادة

4- المطبوعات الجامعية:

1-بلحاج العربي – النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الأول – التصرف القانوني – العقد والإرادة المنفردة – ديوان المطبوعات الجامعية. ط 5 بن عكنون – الجزائر.

2-جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 9، 2007

3-علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، سنة 1992

4-علي علي سليمان – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري– ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون طبعة ثانية 2008

5-فاضلي إدريس – الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد الإرادة المنفردة الفعل المستحق للتعويض – الإثراء بلا سبب – القانون – ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية – ط 2009

5- المذكرات والأطروحات:

1. أجعود أزواو، آيت موهوب نونور، دور الإرادة في إنشاء العقد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، قسم الحقوق للقانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017
2. باسعيد عائشة – الحاج موسى حنان- أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات – مذكرة ماستر أكاديمي – كلية الحقوق – قسم الحقوق – تخصص قانون خاص – جامعة غرداية – 2019 م .2020م.
3. بالطيب محمد البشير، الحرية التعاقدية في الشركات التجارية وفقا للتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2016-2017
4. بولحية سمية، النظام القانوني لعقد التأمين على المركبات في التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص قانون العقود المدنية، مدرسة الدكتوراه، دراسات قانونية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2010-2011
5. جاب الله عبد الحميد – التعبير عن الإرادة – مذكرة ماجيستر – كلية الحقوق – فرع العقود والمسؤولية – جامعة الجزائر 1- بن عكنون – 2012-2013.
6. جميل التعليمات، موسى: النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2006

7. جويدي ضياء الدين رمضان، مبدأ سلطان الإرادة في قانون المنافسة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2019-2020
8. حنيفي فاطمة، إرادة المتعاقد بين الإطلاق والتقييد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، تخصص قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018
9. خولة عرعار- مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي - دون ذكر المذكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم العلوم القانونية والإدارية تخصص قانون خاص (استثمار)- جامعة 8 ماي 1945 - سنة 2015 - 2016
10. سليمان مقداد، مركز الإرادة في العقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وحدة المغرب، 2016-2017
11. صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال تعاقد، رسالة دكتوراه، علوم القانون الخاص، كلية الحقوق، تخصص القانون المدني، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، سنة 2017-2018.
12. طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2018-2019
13. عاشور عثمان - عبد الفتاح فريدة، مبدأ سلطان الإرادة بين التأصيل والحداثة - مذكرة ماستر - كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق.
14. عبد الرحيم العزاوي، سعدية بوضار، لطيفة الطهير، وآخرون، مبدأ سلطان الإرادة بين الإطلاق وإكراهات التوازن العقدي، مذكرة ماستر، قانون المنازعات، كلية متعددة الاختصاصات، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة مولاي إسماعيل، سنة 2018-2019

15. عتيق حان – مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية – مذكرة ماجيستير في القانون الخاص – معهد الحقوق – تخصص قانون التعاون الدولي – المركز الجامعي – العقيد أكلي محند أولحاج – البويرة – 2012

16. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006

17. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012

6- المجلات:

1. أحمد عيسى – الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي – مقالة من مجلة دراسة قانونية – كلية الحقوق – تلمسان – العدد 04

2. آدم أبكر صافي – انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة العدل رقم 19 – السنة الثامنة كلية القانون – جامعة الرباط الوطني – المغرب.

3. أشرف جيتوي، انتقال أثر العقد للخلف، مقارنة ببعض نظريات القانون المدني والفصل 229 ق.ع المغربي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2009

4. بابا عمي الحاج أحمد، أثر التنظيم القانوني على حرية التعاقد في مجال التأمينات، دراسة على ضوء قوانين التأمين الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة غرداية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد1، 2002.

5. بن حملة سامي– أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الإسلامية – كلية الحقوق – جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 مجلة البحوث في العقود وقانون العمال – العدد الخامس – 2018.
6. سليمة بلال، التنظيم التشريعي لمبدأ حرية التجارة والصناعة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 04، جامعة سعد دحلب، البليدة.
7. سي فضيل زهية، تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود العمل، تخصص القانون الاجتماعي والمؤسسة، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الرابع، جوان 2017
8. عبد الرؤوف دبابش .أ. حملاوي دغيش – مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون – مجلة العلوم السياسية – جامعة محمد خيضر – بسكرة – العدد 44 جوان 2016 .
9. عجاني عماد، تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر 2014.
10. مخلوف كمال، حرية الإرادة في عقد العمل بين النسبية وضوابط التقييد، كلية الحقوق، جامعة البويرة، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 06، العدد01، 2021.
11. نورة سعداني، سلطة القاضي في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، جامعة طاهري محمد، بشار، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02.

7- المحاضرات:

1. بن خضرة زهيرة، محاضرات عقود التأمين، سنة أولى ماستر، تخصص قانون التأمينات والضمان الاجتماعي، سنة 2021-2022
2. قماز ليلى، محاضرات العقود الخاصة موجهة إلى طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق، قسم قانون خاص
3. مخلوف كمال، أحكام تشريع العمل، أي الذاتية؟، المركز الجامعي، البويرة

4. معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

8- المواقع الإلكترونية:

1. مبدأ سلطان - الإرادة ودوره في تكوين العقد. - UNIVERSITYLIFESTYLE.NET

9- المراجع باللغة الأجنبية:

- **Les ouvrages**:

1. Article 1133 de code civil, François, dalloz 117 edition, 2018.
2. J.GHESTIN, l'utile et le juste dans les centralloz, dalloz, 1982.
3. SAMIR, TANAGHO : de l'obligation judiciaire thèse pour le doctorat d'état, faculté de droit et des sciences économiques, université de paris, 1964
4. Tanquil Burl, l'âge et le droit de travail au Quélec : vers un milieu de travail égalitaire et pluriactif pour les personnes salaries de tous âges. Thése en vue de l'obtontion du doctorat université LAVAL, Quéles, Canada, 2014.

الفهرس	الصفحة
الشكر	
الإهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	ب – هـ
الفصل الأول: مبدأ حرية الإرادة في التعاقد	
تمهيد	7
المبحث الأول: نشأة مبدأ حرية الإرادة في التعاقد	8
المطلب الأول: نشأة مبدأ حرية التعاقد	8
فرع أول: مبدأ حرية الإرادة عند المذهب الفردي	8
فرع ثاني: مبدأ حرية الإرادة عند المذهب الإجتماعي	9
فرع ثالث: مبدأ حرية الإرادة في العولمة الإقتصادية	10
فرع رابع: مبدأ حرية الإرادة في الشريعة الإسلامية	11
المطلب الثاني: مفهوم حرية الإرادة في التعاقد	12
فرع أول: تعريف مبدأ حرية الإرادة	12
فرع ثاني: أنواع حرية الإرادة	13
فرع ثالث: مبدأ حرية الإرادة في العولمة الإقتصادية	
فرع رابع: طرق التعبير عن حرية الإرادة في التعاقد	15
المبحث الثاني: مبدأ سلطان الإرادة والأسس التي يرتكز عليها	18
المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	18
فرع أول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة	18
فرع ثاني: نشأة وتطور مبدأ سلطان الإرادة	19
المطلب الثاني: الأسس التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة	25
فرع أول: الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة	25
فرع ثاني: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة	27

فرع الثالث: أهم الانتقادات التي وجهت لمبدأ سلطان الإرادة	30
فرع الرابع: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الحرية	33
خلاصة الفصل الأول	42
الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد	
تمهيد	44
المبحث الأول: القيود القانونية الواردة على حرية التعاقد.	45
فرع الأول: عقد التأمين.	45
فرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التأمين.	47
فرع الثالث: أطراف عقد التأمين.	50
فرع الرابع: قيد حرية الإرادة في عقد التأمين.	51
فرع الخامس: عقد العمل.	55
فرع السادس: قيد مشروعية المحل والسبب في العقود الرضائية.	62
المطلب الثاني: قيود تتعلق بالنظام العام والآداب العامة.	64
فرع الأول: تعريف النظام العام.	65
فرع الثاني: تعريف الآداب العامة.	67
فرع الثالث: القيد عدم التعامل في حقوق متنازع عليها.	69
فرع الرابع: القيد المتعلق بالتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.	71
المبحث الثاني: القيود القضائية على حرية الإرادة في التعاقد.	73
المطلب الاول: تدخل القاضي في الظروف الطارئة	73
فرع الأول: تدخل القاضي في إطار الظروف الطارئة.	73
فرع الثاني: تعديل شروط عقود الإذعان التعسفية.	78
فرع الثالث: تعديل الشرط الجزائي بموجب المادة 2/184 من القانون المدني.	79
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إبطال العقد.	80
فرع الأول: تعريف البطلان في العقود.	81
فرع الثاني: أنواع البطلان.	81

فرع الثالث: سلطة القاضي في إبطال العقد.	83
خلاصة الفصل الثاني	87
خاتمة	89
المصادر والمراجع	93
الفهرس	104
الملخص	107

الملخص:

العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ومن المتفق عليه أن العقد يعتبر من أهم مصادر الالتزام، ويتطور العقد بتطور التشريعات المدنية من خلال تطور مبدأ سلطان الإرادة الذي يبين حرية الإرادة في التعاقد، حيث تقوم هذه الأخيرة على إعطاء حرية للأطراف لتكوين عقودهم و تعتبر تصرف قانوني يصدر عن شخص يهدف إلى إحداث أثر قانوني، وقد تبنى القرآن الكريم مجال العقود في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"، ويتطور العقود والمعاملات تدخل المشروع في تقييد حرية الإرادة في التعاقد من خلال نصوص قانونية مرة وضعها تحت السلطة التقديرية للقاضي للتحويل فيها وفق العقود التي تتطلب ذلك نخبة إعادة التوازن للعقد حتى لا يصيب ضرر أحد أطراف العقد وتحقيقا للمصلحة العامة، وحفاظا على النظام العام.

Abstract:

A contract is the agreement of two wills to produce a legal effect, and it is agreed that the contract is one of the most important sources of commitment, and the contract develops with the development of civil legislation through the development of the principle of the authority of the will, which adopts the freedom of the will to contract, whereas the latter is based on giving freedom to the parties to form their contracts, as it is considered A legal act issued by a person aiming to produce a legal effect, and the holy Qur'an has adopted that with the development of contracts and transactions the legislator intervened in restricting the freedom of the will to contract through jus cogens legal texts that placed them under the discretion of the judge to amed them according to the contracts that require this. In order to rector the balance of the contract so as not to harm one of the parties to the contract of the hand, in order to achieve the public interest, and to preserve public order.