الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة أكلي محند اولحاج -البويرة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تقييد الحرية التعاقدية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: عقود و مسؤولية

إعداد الطالبة:

- نور عبلة

اشراف الاستاذ:

- أ د/ قتال حمزة

لجنة المناقشة

الأستاذ: سميير شيهاني ..... رئيسا

الأستاذ: د /.. أ د/ قتال حمزة .....مشرفا و مقررا

الأستاذ: قاسم حكيم.....عضوا .ممتحنا

تاريخ المناقشة

2018/11/14

إهداء

أهدي ثمرة عملي المتواضع إلى والدي

الذين منحاني حب الحق في شموخ وكبرياء

إلى من كان لهم عظيم الأثر في نفس.

إلى أخواتي الغاليات .

إلى زوج أختي لعاصمي بلقاسم الذي كان سندا لي طوال مساري الدراسي .

إلى كل العائلة الكريمة .

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى حيز الوجود بالقول أو الفعل أو الدعوة الصالحة .

إلى كل أصدقائي وزملائي الطلبة .

أهدي هذا البحث

كلمة شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين نحمده، حمدا يستجلب المرغوب من رضائه وكثرة عطائه، لأنه وفقني لانجاز هذا العمل المتواضع .

فيشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي المحترم "قتال حمزة " على قبوله الإشراف على مذكرتي دون تردد، وكذلك على إسناده لي وتقديمي توجيهات وتشجيعه.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني ومنح لي يد العون لانجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

كما أتقدم كذلك بجزيل الشكر إلى الأستاذة المحامية بوقفة خدوجة .

ولا أنسى الأساتذة الأفاضل طيلة فترة دراستي بجامعة أكلي محند أولحاج كلية الحقوق .

كما أتقدم بأسمى الشكر والتقدير إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لقبولهم مناقشة هذه المذكرة .

نور عبلة

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ج: الجزء

ق.م.ج: قانون المدني الجزائري

ج.ر: جريدة رسمية

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

مقدمة

العقد كوسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي، هو مفهوم قانوني مستقل بذاته، له حدود وخصائص تميزه عن غيره، وقد تم وضع معيار لتحديده وهو " اتفاق يرمي إلى إحداث أثار قانونية".

بعد التطورات التي عرفها المجتمع البدائي، حيث ظهر العقد الأول مرة بهذا المدلول في أواخر العهد الروماني، ثم عرف مرحلة ازدهار في ظل المذهب الفردي، تلتها مرحلة تقهقر مع ظهور المذهب الاجتماعي[1].

إن تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، وكذلك الجانب الفكري أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التطور من عدة أمور منها تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي، وتتحكم في تيسيره وتوجيهه من جهة أخرى، وتكفلها بحماية المتعاقد الضعيف اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى.

ولم يبق العقد، من ناحية أخرى قاصرا على التعامل بين أشخاص القانون باعتبار المساواة أو العدل التبادلي اللذين تقوم عليهما علاقتهم المختلفة .

وفي الجانب الفكري، فان الحرية وهي أساس العقد، تقتضي المساواة بين طرفي العقد، فالتعاقد حرية من الحريات العامة التي تثبت الإنسان بوصف كونه إنسانا، ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة، وإلا كان ذلك عدوانا على شخصيته ذاتها، غير أن الواقع يفرض حتما تفاوتا ومن ثم فإبرام العقد لم يتم في الواقع بحرية كاملة.

فبعد انتشار المذاهب الاشتراكية، لأن أساس الاشتراكية هو صالح الجماعة لا الفرد، فوضعت قيودا على حرية التعاقد، وفرضت إشكالا معينة لبعض العقود، كالرهن الرسمي وعقد الهبة، وأدى تزايد تدخل الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية طائفة، أو جماعة من الناس إلى

[1] علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، الجزائر، 2001، ص،51

وجود ظاهرة حديثة هي ظاهرة الإجبار على التعاقد، فبمقتضاها يجد الشخص نفسه مجبرا على التعاقد بحكم القانون، كعقد التأمين[1].

وكذلك تدخل المشرع بمنع الأطراف المتعاقدة من التعاقد، وذلك بنصوص قانونية أمرة، فحرية التعاقد ثبتت مقيدة بفكرة النظام العام والآداب العامة، بحيث يمتنع على الأفراد أن تتجه إرادتهم إلى إحداث أثر يتعارض مع النظام العام وحسن الأداب، فضلا عن تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، والقاضي لتعديل العقد وذلك لإقامة التوازن بين طرفي العقد.

وبهذا لم تعد الحرية التعاقدية في وقتنا الحاضر مطلقة بل توالت القيود عليها مستهدفة حماية مصالح الجماعة، من ناحية وحماية الطرف المتعاقد الضعيف في التصرف القانوني من ناحية أخرى .

وتكمن أهمية الموضوع من الناحية العلمية والنظرية معا فقد تناولت تقييد الحرية التعاقدية نظرا لأهمية البالغة للعقد في حياتنا اليومية لكي يكون هناك استقرار في المعاملات بين الأفراد..

فتقييد الحرية التعاقدية تكمن هدفه في تحقيق العدالة العقدية من خلال حماية النظام العام والآداب العامة من جهة، وحماية الطرف الضعيف، أثناء تكوين العقد، وفي مضمونه من جهة أخرى .

ومن أسباب اختياري لهذا الموضوع هو الرغبة في معالجة هذا الموضوع من الجانب القانوني، وهذا نظرا لميولي الشخصية التي كان لها التأثير الواضح في هذا الاختيار .

أما عن الأهداف المتوخاة من هذه الدراسة فتتمثل في تحديد القيود الواردة على حرية التعاقد التي هي استثناء للقاعدة العامة وهي حرية التعاقد، وتسليط الضوء عليها باعتبارها تلعب دورا هاما في العلاقة التعاقدية بين الأفراد، وما للعقود من أهمية تتعلق بحياة الناس في

[1] حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص05 .

معاملاتهم فلا يكاد يوجد شخص آهلا للتعاقد إلا أنه يتوقف كثير من أموره الحياتية على إبرام كثير من العقود .

واقتضت طبيعة البحث إلى إتباع المنهج الوصفي، وذلك من خلال عرضي لمختلف جزئيات الموضوع، وذلك من خلال العبارات السهلة واليسر، وكتابة يفهمها القارئ دون مساس بعمق البحث، وكذلك اعتمدت على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل بعض النصوص القانونية نصوص القانون المدني ونصوص القوانين الخاصة .

وكذلك اعتمدت على المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض النصوص القانونية بين كلا من التشريع الجزائري وبعض القوانين الأخرى .

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية: ما هي الفعالية التي أعطاها المشرع الجزائري للقيود الواردة على الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية ؟

فقد حاولنا تجنب الدخول في تفاصيل بعض الموضوعات،كما قمنا بإعداد هذا الموضوع هدفه بيان تقييد الحرية التعاقدية، في القانون المدني الجزائري وبعض القوانين الخاصة وان نظرية العقد تشهد تأثرا من ناحية القيود المتزايدة في المجال التعاقدي نجد قانون المنافسة،وقانون العمل وقانون الاستهلاك وقانون التامين .

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا البحث إلى فصلين،حيث عالجنا من خلال الفصل الأول تقييد الحرية التعاقدية بطريق الإجبار وفيه تحدثنا عن التقييد في تكوين العقد في المبحث الأول تم تطرقنا إلى التقييد في مضمون العقد في المبحث الثاني.

وتناولنا في الفصل الثاني تقييد الحرية التعاقدية بطريق المنع، وهو بدوره قسمناه الى مبحثين في المبحث الأول فكرة النظام العام، وعالجنا في المبحث الثاني المنع من التعاقد بنص القانون وننهي دراستنا بخاتمة تتضمن بعض النتائج والاقتراحات الممكنة في حل المشاكل التي تتعرض إليها تقييد الحرية التعاقدية .

الفصل الأول

تقييد الحرية التعاقدية بطريق الإجبار

ان أساس التعاقد هو حرية إرادة المتعاقدين، فالعقد شريعة المتعاقدين، إذ لهما حق المناقشة والجدل فيما يتفقان عليه ومتى تم الاتفاق عليه و أصبح العقد حجة على الطرفين .

في حالات تنشأ علاقات تعاقدية بقوة القانون يصل الإجبار القانوني على التعاقد مداه ' فتنعدم الإرادة حيث يقرر المشرع أن أشخاصا لم يحصل بينهم اتفاقا سابق يصبحون مرتبطين بقوة القانون بعقد فرض عليهم سواء رضوا بهذا العقد أم لا[1].

فالأصل ان يكون التعاقد بإرادة حرة مختارة من طرف الأطراف المتعاقدة،فإذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود،وهي التي تقرر، قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا ان هناك اعتبارات من شانها، ان تقيد هذه الحرية،هذا ما سنتناول في الفصل الأول من خلال المبحثين التالين: سنتناول في(المبحث الأول) التقييد في تكوين العقد، (المبحث الثاني) التقييد في مضمون العقد.

[1] - بسام مجيد سليمان 'أكرم محمود حسين ' موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)'كلية القانون فرع قانون الخاص ' جامعة موصل ' العراق ' بدون سنة النشر ' ص' 02.

المبحث الأول

التقييد في تكوين العقد

ان تقييد حرية التعاقد تجعل احد المتعاقد غير متمتع بها تمام التمتع، ولكن هذه الحرية في التعاقد تغيرت كثيرا بحيث أصبحت محدودة ومقيدة بنصوص قانونية أمرة بحيث يكون العقد مجبرا لا يستطيع المتعاقد رفضه[1]، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين(المطلب الأول) الشكلية كقيد على التعاقد أما (المطلب الثاني) مخصص التعاقد الإجباري.

المطلب الأول

الشكلية كقيد على التعاقد

فالقاعدة العامة أن التصرفات تقوم على الرضائية بمعنى أن توافر الرضا، بها يكفي أياما كانت طريقة التعبير عن الإرادة .

والأغلبية الكبرى من التصرفات من هذا النوع تكون في عقد البيع والإيجار، وإنما يلزم أن يجئ هذا التصرف في شكل محدد يرسمه القانون لهذا تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية تمييزا لها عن التصرفات الرضائية[2]. وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعيين التالين مفهوم الشكلية كفرع أول، الفرع الثاني تطبيقات الشكلية .

---

[1] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص، 297.

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 45.

الفرع الأول : مفهوم الشكلية

الشكلية هي تلك التي تكون ركنا في العقد، والمقصود بالشكلية كركن في العقد هي تلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه، إذ لا بد منه قيام التصرف.

وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع هو ركن الشكلية، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف، والشكلية المباشرة تتمثل في الكتابة[1].

أولا : تعريف الكتابة

عرف المشرع الجزائري في المادة 323مكرر من القانون المدني كما يلي " **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف، أو أرقام أو أي علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها "، ويتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو أوصاف أو أرقام .....الخ .**

بالنسبة للحروف نذكر بأن اللغات أيا كانت هي وسيلة اتصال بين البشر في شكل أصوات منتظمة، ويتم التعبير عن هذه الأصوات برموز مسموعة أو مرئية، ويراد بالأوصاف الرسوم أو الأشكال المختلفة ذات الدلالة، ويقصد بالرموز العلامات او الأشكال المعبرة عن معنى بصفة مختصرة، وأما العلامات فهي كل شكل، أو رسم، أو صورة للتعبير عن معنى من المعاني، وإما في مجال المعلوماتية فتستعمل الأرقام لغة أساسية لها .

وبالرجوع إلى التعريف السلف الذكر يظهر أن الدعامة التي تحمل الكتابة وكذا وسيلة إرسالها هما مسألتان لابد منهما إلا أنهما ليستا بعناصر جوهرية إذ أن نوع الدعامة أو وسيلة الإرسال لا يؤثر على تكييف الكتابة[2].

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص،296.

[2] عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، طبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 400.

قد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل كتابة رسمية، وقد تكون كتابة عرفية[1].

ثانيا : أنواع الكتابة

1-الكتابة الرسمية :

الكتابة الرسمية هي وضع محرر في قالب رسمي من قبل شخص له الصفة القانونية أو له مهمة المعاينة ' والتحقيق بصفة رسمية عن وقائع معينة .

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج " **العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " لكن قبل التعديل بموجي القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03** [2]' قد عرف المحرر الرسمي كما يلي: " **الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أوشخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ' وذالك طبقا لأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه**".

فمن خلال تعريف المذكور أعلاه يشمل –زيادة على ذلك – الشكلية الرسمية كونها ركنا من العقد.

ويتضح من هذا التعريف أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط: يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد والشرط الثاني بالاختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها .

الشرط الأول : محرر العقد الرسمي

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

[1] **-علي فيلالي ' المرجع السابق ' ص' 297.**

[2]- عدل الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ' المتضمن القانون المدني ' الصادر في الجريدة الرسمية العدد 18 مؤرخة في 1988/05/04.

1-**الموظف** : نصت المادة 4 من الأمر 03/06 مؤرخ 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري ... هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته ". وتنص المادة 7 **من نفس الأمر " يكون الموظف اتجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية ".**

إذن العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، ويكون تابع نحو المؤسسة أو الهيئة أو الإدارة وضعية تنظيمية و عقدية[1].

ويعد التنظيمي لوضعية العامل تجاه الإدارة التي تشغله عنصرا أساسيا في تعريف القانوني .

ويشمل تعريف الموظف كل الأعوان المرسمين في وظيفة عمومية، النظر عن الأسلاك التي ينتمون إليها، من أساتذة الجامعات،و القضاة، وأعوان،وأعوان الدبلوماسيين والقنصليين، والمستخدمين إلى إدارة الشؤون الدينية، وإدارة الجمارك، ومصالح المجلس الوطني الشعبي، والمجلس الأعلى للمحاسبة، وأعوان الجماعات المحلية حسب ما نصت عليه المادة 03 من أمر 03/06 .

ولقد ألحق القضاة الشرعيون بالأعوان العموميين حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1989/06/03 ما يلي : حيث أن العقود التي يحررها ت القضاة الشرعيون وطبقا لما استقر الفقه والقضاء عليه تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين "[2].

2- الضابط العمومي:

هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، والموثق وكتاب الضبط لدى المحاكم ..... الخ

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 298.

[2] المجلة القضائية، 1992، الغرفة الإدارية' العدد الأول، ص، 119 ملف رقم 40097.

3- الشخص المكلف بالخدمة العامة

المقصود بالأشخاص المكلفين بالخدمة العامة هم : الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين القضائيين والمحاميين والموثقين ...الخ وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء، غبر أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن، أي من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهن وذلك بتحديد المهام، وشروط ممارسة المهنة، والرقابة، والمحاسبة حسب قانون 02/06 المؤرخ في 20فبراير 2006 يتضمن مهنة التوثيق[1].

الشرط الثاني: الاختصاص

يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة الاختصاص الإقليمي، والنوعي فيجب على الموظف ان يتقيد بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، وإذا قام بها فلا يعتبر العقد رسميا، كما يتقيد الضابط العمومي كذلك بحدود اختصاصه من حيث الموضوع والإقليم، فلا يمكن للقاضي-مثلا – أن يقوم بتحرير عقد الزواج، كما لا يستطيع رئيس بلدية الجزائر أن يحرر عقد الزواج لزوجين يقنطان بقسنطينة[2].

وتحدد القواعد المنظمة للمرفق العام اختصاص الموظف أو الضابط العمومي، أو الشخص المكلف بالخدمة، وفي هذا السياق نذكر على سبيل المثال المادة 03 من قانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي تنص" الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطائها هذه الصبغة ".

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 299.

[2] علي فيلالي، المرجع نفسه، ص، 300.

وتنص المادة العاشرة " **يتولى حفظ العقود التي يتولى تحريرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما التسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا ....**"

وتناولت المادة الثانية من هذا القانون الاختصاص الإقليمي للموثق، حيث **تنص** " **تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق .... ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني ...**".

الشرط الثالث : مراعاة الأشكال القانونية في تحرير المحرر الرسمي.

تشترط المادة 324 ق.م.ج تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون، وفي هذا الشأن يقدم لنا القانون 02/06 نماذج حيث تنص المادة 26 "**تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص... وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ...و يصادق على الحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، أو على عدد الكلمات المشط في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق،والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم** ".

فالقاضي مثلا عند تحرير الأحكام ’ملزم باحترام البيانات المنصوص عليها قانونا ’ولا سيما تلك المنصوص عليها في المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية ’ فلا بدمن الإشارة إلى أن الحكم صدر في جلسة علنية ’ مع ذكر أسماء وأوصاف الأطراف وموجز بأسانيدهم ’ بالإضافة إلى تاريخ والتوقيع عليها من طرف القاضي وكاتب الضبط.

ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان **تذكر المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج** "**.... العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ....**" . وتقضي

كذلك المادة 883 ق.م.ج " **لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي ....**" [1] والأصل في هذه المسألة هو الآية الكريمة 282 من سورة البقرة " **ياأيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى اجل مسمى فاكتبوه** ".

2-الكتابة العرفية

العقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه،و يتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذن في الكتابة العرفية لا غير[2]. ولقد كانت المادة 327 ق.م.ج تقضي قبل تعديلها : " يعتبر العقد العرفي ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء ..." .

وعملا بهذا النص قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/04/28 في الملف رقم 27136 بما يلي : حيث أن العقد العرفي المتنازع فيه والموجود في حوزة الطاعنة يحمل توقيعا منسوبا إلى موساوي حساني الطرف الأخر ." [3] وخلاصة هذا الحل ان العقد العرفي يتطلب توفر شرطين هما: الكتابة بخط يد المتعاقد الذي ينسب إليه الخط من جهة، وتوقيعه على المحرر من جهة ثانية .

غبر أن بعد تعديل المادة 327 بموجب القانون 10/05 المتعلق بالقانون المدني يظهر أن المشرع تراجع وأصبح يكتفي بشرط واحد فقط، إذ جاء في الصباغة الجديدة : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ..." .

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 302.

[2] حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 56.

[3] حيث أنه من الثابت أن العقد اتفاقا مزدوجا والحامل لتوقيع واحد يكون صحيحا إذا كان هذا التوقيع من الطرف الغير الحائز له نقلا عن علي فيلالي، ص 303. " قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية ملف رقم 27136،بتاريخ 1982/04/28.

فالعبرة في العقد العرفي تكون- حينئذ- بالكتابة أو التوقيع أو بالبصمة، مع العلم ان الكتابة بدون توقيع ليت لها قيمة، وقد يكون الشخص الذي تولى كتابة العقد أجنبيا عن العقد تماما بل أراد مساعدة المعنيين فقط[1] .

الفرع الثاني : تطبيقات الشكلية

أولا : الشكلية في القانون المدني

أ-الشكلية الرسمية في العقود المدنية

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر1 من ق.م .ج على **أنه**: «***زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد.***

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة لشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد».

ان المشرع الجزائري من خلال هذه المادة اشترط التوثيق، واعتبره رهنا لقيام العقود التي ذكرها، بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا .

لذا سنتطرق إلى أهم تطبيقات الشكلية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات من كل عقد بيع العقار ،وعقد الرهن الرسمي، وعقد الهبة، وكذا انعقاد عقد الشركة المدنية[2].

---

[1] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في قانون المدني الجزائري، بدون طبعة مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1983، ص 386 .

[2] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2008، ص، .56

1-الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع الواقع على العقار

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها، وأهمها عقد البيع الواقع على العقار، فبعد ما كان أطراف العقد أحرارا في تحرير عقودهم في شكل رسمي، أو عرفي قبل صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن مهنة التوثيق[1].

وعليه فعدم اتبعا أحكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد، أو بزواله، ويثبت هذا الحق للخلف العام والخاص، ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق.م. ج . وهذا ما أكده القضاء بقوله: "ان الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطا ضروريا لصحته، وأن تحرير هذا العقد في شكله الأخر يخالف القانون، ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد "[2].

2-الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي

لقد نظم المشرع الجزائري عقد الرهن الرسمي، واعتبره عقدا رسميا، واعتبره شكليا فهو لا ينشأ إلا بورقة لاسمية لما نصت المادة 1/883 من ق. م . ج " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي، أو حكم أو بمقتضى القانون ..." كما نصت المادة 886 من ق.م. ج "...**وان يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا** ".

يتضح من خلال المادة 883و 886 من ق. م. ج،أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في شكل رسمي، ونفس الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون[3].

وبالرجوع إلى 324 مكرر1 من ق.م.ج : نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي، تكون تحت طائلة البطلان، وعقد الرهن الرسمي من العقود

---

[1] أمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970، المتضمن مهنة التوثيق، ج. ر، العدد 31.

[2] قراررقم36156 مؤرخ في 1997/02/18المجلة القضائية لسنة1997، العدد1، ص،10.

[3] محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في ق.ج، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 122.

التي تتضمن حقوق عقارية، والتي ألزم المشرع بتحريرها في شكل رسمي، وإلا كانت باطلة، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي جزاءه البطلان المطلق.

3- الشكلية لانعقاد عقد الهبة العقار

عرف المشرع الجزائري في المادة 01/202من قانون الأسرة الهبة بأنها تملك بلا عوض، واعتبرها من عقود الشكلية، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين، وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي، حيث تنص المادة 206 **من ق. أ ج على انه** " **تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، والإجراءات الخاصة في المنقولات** "[1]. ومن ثم فان عقد الهبة المنصب على عقار هو، عقد شكلي يخضع للكتابة الرسمية أمام الموثق، وذلك باعتباره يدخل ضمن العقود المنصوص عليها في المادة 324مكرر1 من ق. م.ج.

وبالرجوع إلى 324مكرر1 من ق.م.ج : نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي، تكون تحت طائلة البطلان، وعقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوق عقارية، والتي ألزم المشرع بتحريرها في شكل رسمي، وإلا كانت باطلة، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الهبة العقار جزاءه البطلان المطلق[2].

4-الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية

لقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد الشركة المدنية،وذلك يفرض إتباع أركان شكلية لانعقاده، ورتب الجزاء على مخالفتها،فلقد نصفي المادة 418 من ق.م.ج على أنه "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد ...".

---

[1] قانون رقم 11/84، مؤرخ في09يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج .ر، عدد24، صادر بتاريخ 12 يونيو1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم،02/05 مؤرخ في 27/يونيو/2005.

[2] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص57.

استنادا إلى هذه المادة يتضح تأكيد المشرع على ضرورة كتابة عقد الشركة، واعتبارها ركنا من أركانه .

فيمكن أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، واقتصر على القول بضرورة كتابة عقد في مرحلة إبرامه .

وهو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 1982/05/08الذي قضت فيما يلي :متى كانت المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 شرط أو التخلي عن أسهم من الشركة أو جزء منها، إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وكانت المادة 572 من ق.م.ج هي الأخرى تنص على عدم إمكانية إثبات حالة الحصص، إلا بموجب عقد رسمي ولمل كان ثابت في قضية الحال ان المجلس القضائي صرح بصحة الاتفاق الشفوي المتضمن تنازلا عن حصص في الشركة، فانه لم يلتزم صحيح القانون[1].

ب-الشكلية العرفية في العقود المدنية

إضافة إلى الكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع في بعض العقود، والتي تعد ركنا في العقد، فانه أحيانا ضرورة توفر الكتابة في العقد يقوم به الطرفان، ولا يشترط أن تكون هده الكتابة رسمية، ولكنه يقرر بطلان العقد، الذي يتم بدونها، فتعد حينئذ قيدا على إرادة المتعاقدين في إنشائها للعقد، ولا بد إذن من مراعاة هذه الشكلية لأجل صحة العقد[2].

من العقود التي فرض فيها المشرع الجزائري الكتابة العرفية نجد عقد مرتب مدى الحياة، والذي يعرف بأنه " إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد إلى شخص أخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد، وقد يقرر مدى حياة الملتزم له المستفيد،وقد يكون لمدين الدائن له أو لشخص أخر، وهذا ما نصت عليه المادة 614 من ق.م.ج[3] كما نصت المادة 615 ق.م.ج

---

[1] المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1989، ص125.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 302.

[3] نصت المادة 614 ق.م.ج "يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له أو مدى حياة شخص أخر، ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

على أنه " **العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع** ".

ففي عقد الإيجار فقد ألزم المشرع، في المادة 21من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، الأطراف المتعاقدة على تجسيد العلاقة الايجارية في عقد الإيجار طبقا، للنموذج الذي بينه المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 19مارس1994 مع معاقبة المؤجر في حالة عدم كتابة العقد، ومنح محتل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل الإيجار[1].

ثانيا : الشكلية في القوانين الخاصة

1-الشكلية لانعقاد عقد التأمين

- عقد التأمين نظمه المشرع بنصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا، فيه إذ لا يناقش شروطه بل يكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن، ويقبل الشروط المقترحة [2].

فاشترط أن يكون عقد التأمين وفق نموذج معين طبقا لأحكام المادة 07 من قانون07/95 المتعلق بالتأمينات، وأبطل كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين،إلا ان يكون ذلك لمصلحة المؤمن له، أو مصلحة المستفيد [3].

كما أبطل بعض الشروط التي قد ترد في وثيقة التأمين طبقا لنص المادة 622 من ق.م.ج والمتمثلة في:

1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسب خرق القوانين،أ والنظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمديه .

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 69/94 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، المنصوص عله في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري .

[2] جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص،42.

[3] نصت المادة رقم 625 ق.م.ج" يكون باطل كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد ".

2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
3- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.
4- كل شرط تعسفي أخر تبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه .

وألزم المشرع أيضا في عقد التأمين عن تنبيه الالتزام بالإعلام صراحة، وبين أهمية الالتزام بسلامة تنفيذ العقد قوامه الثقة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/15من قانون التأمينات رقم 95/ 07 بالتصريح عن اكتتاب العقد بجميع البيانات، والظروف المعروضة لديه فمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها[1].

يبدو على ضوء هذه المادة بفقراتها السالفة الذكر أنه يستوجب على طالب التامين إعلام المؤمن عند إبرام العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه، فضلا أن المؤمن له يلتزم بالتصريح، وتقديم المعلومات عن تغيير الخطر أو الزيادة فيها، وبما أن هذا العقد قائم على الثقة المتبادلة فان المؤمن له يكون إلزاما عليه الإدلاء بجميع البيانات، والمعلومات الخاصة بالخطر المؤمن منه، لكون عقد التأمين يقوم على حسن النية[2].

ولعل عقد التأمين من العقود التي تعتبر فيها الشكلية القانونية شرط لنفاذه، وهذا ما نصت عليه المادة 07 من قانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات التي تنص " **يحرر عقد التأمين كتابيا وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا زيادة على توقيع البيانات.**"

فالبيانات التي عددها المشرع في المادة أعلاه، ليست على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، بحيث يجوز لأطراف ذكر بيانات أخرى في عقد التامين لطريقة وميعاد دفع مبلغ التامين وطرق تقدير الأضرار وكيفية الإدلاء أو التصريح بالبيانات .... الخ، واوجب المشرع

---

[1] قانون رقم 07/95 مؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بقانون رقم04/06 الصادر في 20 فيفري 2006 المتعلق بالتأمينات.

[2] زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر، ص، 238.

من جهة أخرى ان تكتب عقود التامين بحروف واضحة وان تكون العبارات المتعلقة بأحوال البطلان مكتوبة بحروف ظاهرة وإلا اعتبرت باطلة .

وتعد الكتابة هنا وسيلة اشترطها المشرع لإثبات العقد وليس ضرورية لإبرامه، فعقد التامين لا يثبت إلا بالكتابة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار الصادر بتاريخ 22 اكتوبر 2008 الذي اقر المبدأ القانوني الذي يقضي بأنه يمكن إثبات التزامات طرفي عقد التامين إما بوثيقة التامين وإما بمذكرة تغطية التامين أو أي مستند مكتوب وقعه المؤمن[1].

2 – الشكلية لانعقاد عقد الاستهلاك

العقود التي تبرم في مجال الاستهلاك تدخل المشرع الجزائري في تنظيمها بنصوص عديدة، ذات طابع إلزامي منها قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،و تعرض بالممارسات التعاقدية التعسفية "وذلك من خلال المادتين 29 و30 حيث نص في المادة 30 من هذا القانون على أنه " يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

نصت المادة35 في فقرتها الثانية من قانون 02/04 بنصها " **يمكن ان ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا**".

فمن خلال المادة نجد ان المشرع اشترط في العقد الاستهلاكي الشكلية كما ان هذا العقد تعدد أشكاله فقد يرد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى، ولا يقصد بالكتابة ان تكون رسمية[2]. لم يكتفي بإيراد قائمة للشروط

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم 435366 المؤرخ في 22/ أفريل /2008 بين الشركة الجزائرية للتأمينات للنقل كان ضد ذوي الحقوق ح ع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02سنة 2008، ص197-201

[2] الكتابة الرسمية هي التي يحررها موظف عمومي مختص حسب نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

التعسفية، وإذا أورد كذلك تعريف الشرط التعسفي وهو ما يسمح للقضاء بإدخال شروط لم يرد ذكرها في المادة 29 كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع[1].

لقد فرض المشرع الجزائري الالتزام بإعلام المستهلك في مرسوم التشريعي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ليؤكد المشرع مجددا على هذا الالتزام في المادتين18و17 من قانون رقم 03/09 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد نصت المادة 17 منه على ما يلي: " **يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه لاستهلاك، بواسطة الوسم أو بأي وسيلة أخرى مناسبة .... "**[2].

كما تظهر أهمية الالتزام بالإعلام في كونه، الالتزام الوحيد الذي يستهدف حماية الفرد ليس بوصفه متعاقد كما هو موجود في باقي الالتزامات، وإنما وصفه مستعملا للمنتوج بواسطته تكفل الحماية الجسدية والأمن الصحي لهذا المستهلك إضافة إلى كونه التزام الوحيد الذي يحقق الوقاية ومن ثمة توخي إبطال العقد الذي يعد ثمرة تعامل الأفراد[3].

3- الشكلية لانعقاد العقد النموذجي

ان عقد النموذجي عقد معد من قبل أحد المتعاقدين، ويتضمن شروط العقد المعروضة على المتعاقد الأخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار، ويقوم هذا العقد في شكل مطبوع فيه وفراغات يملكها طرفيه حتى يصبح خاص بهم ' والعقود النموذجية قد يحررها الغير كما هو الحال بالنسبة للعقود الإدارية فلإدارة يحررها حتى يستعملها المتعاقدين لإبرام عقود فيما بينهم[4].

---

[1] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص، 88.

[2] قانون رقم03/09،مؤرخ في25/فبراير/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،ج .ر، العدد15، الصادرة بتاريخ 08/مارس/2009.

[3] كريمة بركات، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة المعارف، كلية الحقوق،المركز الجامعي، العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد السادس، 2009، ص، 151.

[4] مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 28.

ويحرر العقد النموذجي في صيغة مكتوبة، يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وتحرر شروط العقد النموذجي عادة من نماذج مختلفة يراعي في كل نموذج منها ظروف تجار السلعة في منطقة معينة، ويختار المتعاقدان النموذج الذي يتفق وظروفهم الخاصة[1].

4- الشكلية لانعقاد عقد العمل

اعتبر المشرع أن كل علاقة عمل غير مطابقة للأحكام القانون تعد باطلة، وعديمة الأثر كما تعتبر باطلة كل بنود المخالفة له وتحل محلها أحكام، هذا القانون باعتبار، أن من يرفض التعاقد ففي هذه الظروف يتعسف في استعمال حق رفض التعاقد، والقانون لا يحمي الاستعمال التعسف للحقوق الأصل أن تحقيق المسؤولية من جانب الرافض يلزم بالتعويض قبل المرفوض إيجابه عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت من جراء الرفض[2].

المطلب الثاني

التعاقد الإجباري

يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على الدخول في علاقة تعاقدية، كما هو الحال في عقد التامين ومن صور الإجبار على التعاقد، حيث يتناول بنوع من التفصيل والدقة كل الشروط التي تحكم هذه العلاقة[3]، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول : التأمين الإلزامي

لقد اقر المشرع إجبارية اللجوء إلى شركات التامين وإعادة التأمين من قبل الأشخاص عندما يتعلق الأمر ببعض المجالات والذي يبن مرة أخرى حتمية تدخل الدولة بواسطة نصوص

---

[1] مندي أسيا يسمينة، المرجع نفسه، ص، 30.

[2] حسب ما نصت عليه المادة ى149من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص، 71.

القانونية لحماية ليس فقط الطرف الضعيف في التامين وإنما حماية الدولة وممتلكات الأشخاص في إطار الدور السيادي للدولة في المجال الاقتصادي .يتعلق الأمر بوجود نصوص قانونية سواء داخل قوانين التامين العادية أو قوانين خاصة تجعل عدم اللجوء الى بعض التأمينات مصحوبة بجزاءات أو بإخطار جمة يتعرض لها الشخص في حياته او ماله، فمن باب الوقاية ورعاية للمصلحة العامة تجبر الدولة حتمية إبرام عقود التامين[1].

بالعودة إلى القانون الجزائري نجد تطبيق إجبارية التأمين مقررة في قانون التامين وفي قوانين أخرى نوجزها ما يلي:

أولا: تأمين المسؤولية المدنية

يتعلق الأمر بلزام المؤسسات الاقتصادية وكذا المستغلين للمحلات التجارية أو الثقافية أوالرياضية وكذا المستغلين للموانئ والناقلين العموميين للمسافرين أوالبضائع وكذا الصناعيين أوالمبتكرين للمواد في مسائل الإنتاج والأطباء وشبه الأطباء والصيادلة والمستوردين، باكتتاب عقود التامين لدى شركات التامين، وهذا لتامين مسؤوليتهم المدنية اتجاه الغير وكذا لفائدة المستهلكين عندما يتعلق الأمر باستعمال مواد الاستهلاك ولمستعملي المرافق التجارية والصناعية والرياضية والثقافية[2]. ومن هذه القوانين نذكر منها :

- مرسوم تنفيذي رقم 95-411 صادر في 09 ديسمبر 1995 يتضمن إلزامية تامين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من مسؤوليتهم المدنية في استغلال المنشات التي تستقبل الجمهور، ج رعدد76، صادرة في 10 ديسمبر1995.

ثانيا: التأمين ضد الكوارث الطبيعية

يتعلق الأمر باكتتاب عقود التامين ضد الزلازل والفيضانات والبراكين التي يتعرض لها الأشخاص في ممتلكاتهم وفي هذا الشأن تم إصدار قانون خاص بإلزامية التامين ضد الكوارث

[1] رواس حميدة، خصوصية عقد التامين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص، 27

[2] المواد من 163 إلى 173 من قانون رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات .

الطبيعية المتمثل في الأمر رقم 03-12 مؤرخ في 26غشت سنة 2003 يتعلق بإلزامية التامين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا جر عدد 52 صادرة في 27اوت 2003. حيث تنص المادة الأولى منه على إلزام ملاك العقارات باكتتاب عقود التامين لدى شركات التامين لتليه بعد ذلك قوانين أخرى نذكر منها :

قانون رقم 02/04 صادر في 25سبتمبر2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد84 صادرة في 29 سبتمبر2004.

ثالثا : التأمين ضد حوادث السيارات

بالإضافة إلى النص على إلزامية تأمينها في قانون التامين، فقد تم وضع نص خاص في مجال التامين ضد حوادث السيارات بموجب الأمر رقم 74-15 حيث نصت المادة الأولى منه على: ***«أنه يجب على مالك لمركبة الالتزام بالاكتتاب في عقد التامين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير، وتعني كلمة مركبة في هذا النص، مركبة برية ذات محرك وكذلك مقطورات أو نصف مقطوراتها وحمولاتها »***. مع الإشارة إلى ان المشرع استثنى من إلزامية التأمين النقل بالسكك الحديدية[1].

رابعا: التأمين البري والتأمين ضد الحريق

ينصب الوضع على إلزام الهيئات العمومية بالتأمين ضد خطر الحريق الذي قد تتعرض له المنشات العمومية ودلك باكتتاب عقود التامين في هذا الشأن بحيث تنص المادة 174 من قانون رقم 07/95 على انه: ***« يجب على الهيئات العمومية التابعة للقطاعات الاقتصادية المدنية ان تكتتب تأمينا من خطر الحريق»*** . واتخذت كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم بصدور المرسوم التنفيذي رقم 95-415 صادر في 09 ديسمبر1995 يتعلق بإلزامية التامين من خطر الحريق،ج ر عدد 76 صادرة في 10 ديسمبر 1995 .

[1] انظر في ذلك المواد 1 و3 من أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30يناير1974 يتعلق بإلزامية التامين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر عدد 15 صادر في 19 فيفري 1974.

أما فيما يتعلق بالتامين البري فهو التزام المقاول والمهندس المعماري والمراقبين التقنيين وكذا أي شخص يتدخل في عمليات البناء للمساكن والمحلات التجارية باكتتاب عقود التامين لدى شركات التامين للحماية ضد الأشغال التي تنجز داخل الورشات ولقد نصت المادة 175 من قانون رقم 07/95 الخاص بالتأمينات السالف الذكر ان" كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل، شخصا طبيعيا أو معنويا ان يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها "[1].

خامسا : تامين المسؤولية المدنية للصيد وتامين السيارات

يلزم قانون التامين، التامين ضد خطر استعمال آلات الصيد بحيث يجبر القانون الصيادين بضرورة اكتتاب عقود التامين في هذا الصدد دون تحديد المبلغ، وذلك لضمان العواقب المالية عن المسؤولية المدنية التي قد يتعرض لها من جراء الأضرار الجسمانية التي يلحقها بالغير أثناء أو بمناسبة الصيد أو إبادة الحيوانات الضارة أو المؤذية وفقا للتشريع المعمول هذا حسب نص المادة 186 من قانون رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، كما يجبر القانون أصحاب السيارات باكتتاب عقد التامين ضد الحوادث التي تحدث عن استعمالها واستغلالها، مع التذكير فقط انه في حالة عدم الاكتتاب يتعرض أصحابها لعقوبات متعددة مقررة في قانون التامين وفي الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التامين على المراكب البرية[2].

سادسا: التأمينات البحرية والجوية

يلتزم أصحاب السفن والناقلين البحريين للمسافرين والبضائع باكتتاب عقود التامين لدى شركات التامين المعتمدة في الجزائر بصفة إجبارية هذا طبقا للمواد 192،193 من نفس القانون.

---

[1] محمد حسين منصور، مبادئ قانون التامين، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، بدون تاريخ النشر، ص، 83.

[2] رواس حميدة، المرجع السابق، ص29.

غير ان البضائع ومواد التجهيز المستوردة التي تستفيد من تمويل خاص لا تخضع لإلزامية هذا التامين، فتعد هذه الفئة من البضائع مستثنات من إلزامية التامين طبقا لما نصت عليه المادة 194من الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التامين على المركبات البرية، واتخذت كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-412 والذي يحدد البضائع ومعدات التجهيز التي تستورد عن طريق البحر والجو وتعفي من إلزامية التامين لدى شركة تامين معتمدة في الجزائر،ج ر عدد 76 صادر في 10 ديسمبر 1995 . الوضع نفسه ينطبق على أصحاب الطائرات أو مستأجريها أوالناقلين الجويين للمسافرين أو البضائع[1].

واستثنت المادة 197 من قانون رقم 95-07 من إلزامية التامين البضائع ومواد التجهيز المستوردة التي تستفيد من تمويل خاص واتخذت كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 95-412 المحدد للبضائع ومعدات التجهيز التي تستورد عن طريق البحر والجو وتعفى من إلزامية التامين لدى شركة تامين معتمدة في الجزائر[2].

الفرع الثاني: بيع السلعة أو تأدية الخدمة

السلعة هي كل شيء عادي قابل للتنازل عنه مقابل أو مجانا، أما الخدمة فهي كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى وان كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة[3].

نظرا للتقدم التكنولوجي والاقتصادي الذي عرفه العالم في العقود الأخيرة كتوحيد نماذج وأنماط السلع والمنتجات وتعقد صناعتها والتوزيع بالجملة في أماكن متفرقة، وهذا ما يسمى بالعقود الإذعان.

عرفت المادة 03 فقرة 16 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بنصها: « ***الخدمة كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة،حتى ولو كان التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة».***

---

[1] طبقا للمواد من 195 إلى 198 من أمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات.

[2] رواس حميدة، المرجع السابق، ص، 30.

[3] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص30.

ومن صور الإجبار إلزام المشرع في بعض الأحوال، الأشخاص أو الهيئات التي تقدم خدمات للجمهور أو بيع السلع الضرورية بان تتعاقد مع كل من يطلب هذه الخدمة أو تلك السلعة إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة المقدمة متوفرة حسب نص المادة 15 من قانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو2004 المتعلق بالقواعد المطابقة على الممارسات التجارية . فيما أكدت نصوص أخرى، ان قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يحقق فعالية في مواجهة السلع فقط دون الخدمات، فقواعده غير مهيأة لتطبق على الخدمات، مثاله المادة 11 المتعلقة بإلزامية مطابقة المنتوجات والمادتين 9 و10 المتعلقتين بإلزامية امن المنتوجات ومثال ذلك المادة 13 منه والمتعلقة بإلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، حيث جاء فيها " يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا،أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات "[1].

كما نصت المادة 10من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم انه يجب ان يكون كل بيع سلعة أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين الذين يمارسون النشاطات المحددة في المادة 02من نفس القانون محل اصدرا فاتورة أو وثيقة تحل محلها ويلزم المشتري بطلبها منه حسب الحالة وتسلم هذه الوثائق بمجرد إتمام البيع أو تأدية الخدمة، ويجب ان يكون بيع السلع أو تأدية الخدمات للمستهلك[2].

وكجزاء عن رفض البيع والامتناع عن التعاقد في هذه الحالة نجد ان المشرع قد رتب لرافض التعاقد بدون مبرر شرعي عقوبة ردعية ممثلة في غرامة تساوي على الأقل مرة ونصف الربح المحقق الناتج عن استعمال الوضعية المهيمنة على السوق دون ان تتجاوز ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع، وفي حالة غياب تقويم هذا الربح تساوي هذه الغرامة 7 بالمائة على الأكثر من رقم الأعمال لأخر سنة مالية مختتمة أو لسنة المالية الجارية لأعوان الاقتصاديين الذين لم يكملوا سنة من النشاط هذا وقد يحيل مجلس المنافسة الدعوى إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعة القضائية، إذا كان تنظيم وتنفيذ عملية رفض التعاقد يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولية شخصية، وللقاضي في هذه الحالة-زيادة على

[1] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص، 76.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص، 31.

العقوبات السالف ذكرها – ان يحكم بالحبس من شهر إلى سنة ضد الأشخاص الطبعين الذين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه، أو شاركوا فيها هذا حسب نص المادة 15 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة[1].

يمكن القول كذلك ان عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يضع فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة، انطلاقا من هذا التعريف يتبين ان عقد الإذعان يتميز عن غيره من العقود بعدة مميزات وخصائص وهي:

1- ان يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور، بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم، كما هو الحال في توريد المياه والكهرباء وكذلك الانتقال .
2- ان يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة سواء، كان احتكاره قانونيا أو فعليا .
3- أن يقوم مقدم السلعة بعرضها إلى الجمهور وفق شروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها، والغالب تكون الشروط مطبوعة، وهي في مصلحة الموجب فهي تحقق من مسؤولية العقدية ونفس المسؤولية على الطرف الأخر[2].

- عمومية الإيجاب أي ان الإيجاب في عقد الإذعان ليس موجه فقط إلى شخص معين بل هو موجه إلى الجمهور عامة أو إلى طائفة من هذا الجمهور تتوافر فيها صفات معينة بشكل دائم وموحد[3].

ان أثاره تتم بناء على إيجاب يصدر من تقدم السلعة أو الخدمة تم قبول من الطرف المذعن، الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة او السلعة دون مناقشة وهذا ما

---

[1] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق،ص، 77.

[2] لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص، 28.

[3] لعشب محفوظ بن حامد، مرجع نفسه، ص، 29.

نصت عليه المادة 70 ق.م.ج يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[1].

الفرع الثالث: التعاقد الإجباري مع الشفيع

حق الشفعة وفقا للقانون المدني هي سبب من أسباب الملكية العقارية حيث نص عليها المشرع الجزائري في المادة 794 من ق.م.ج " **الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص علبيها في المواد التالية** ".

باعتبارها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار وهما الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة،والمشفوع منه وهو المدين الذي يحل محله الشفيع،وعقار مشفوع فيه وهو العقار المراد استعمال الشفعة فيها وبائعا للعقار[2].

ان العلاقة بين البائع والشفيع تقتضي دائما فرضا وحيدا، وهو ان عقد البيع لم يتم تنفيذه بعد كما يمكننا الحديث عن هذه العلاقة إلا بعد ان يحل الشفيع محل المشتري بمقتضى حكم قضائي مشهر لدى مصلحة الشهر كما ان البائع هنا يعتبر الطرف الأول الثابت في هذه العلاقة القانونية، بينما الشفيع يعتبر الطرف الثاني فيها بعد عملية لحلول والتي ترتب عنها أثار قانونية .

منها إلزام البائع بالوفاء بكل الالتزامات المترتبة عن عقد البيع قبل الشفيع، كتسليم المبيع ونقل الملكية أو القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى الشفيع، بالإضافة إلى التزامه بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية[3].

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الجزء الأول، طبعة جديدة، مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2009، ص، 126.

[2] دوة أسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، طبعة ثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص، 100.

[3] أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص،358.

كما يلتزم الشفيع في المقابل بدفع الثمن والمصاريف للبائع والتزامه أيضا بتسلم العقار المشفوع فيه من البائع .

لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل، ليس فحسب لان البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما يذهب إليه من يقولون بذلك، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقي عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل، ذلك بان الشفيع في راي من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد لمشتري إذ أصبح مالكا تشترط الشفعة عندهم ان تخرج ملكية العقار المشفوع فيه البائع إلى المشتري إذ ان المشتري لا يصبح جارا للشفيع او شريكا معه في الشيوع فيضرر الشفيع من جواره أو من شركته[1].

فيجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ونصوص الشفعة في التقنين المدني لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص الشفعة " رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري " وهذا ما نصت عليه المادة أعلاه وما تقابلها المادة 935 من قانون المدني المصري فالشفعة جائزة في بيع العقار ولا يزال بيع العقار بيعا ولو لم يسجل ثم ان الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدي إلى نفس النتيجة التي تؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل وهي ان يمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه، فالشفيع في البيع غير المسجل يحل محل المشتري في حقوقه، ومن هذه الحقوق الالتزام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع، بعد ان حل هذا محل المشتري بنقل العقار المبيع إليه، ويستطيع الشفيع ان يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا كما يستطيع المشتري بل ان الحكم بثبوت الشفعة للشفيع إذا سجل ويستطيع الشفيع ان يقوم بتسجيله بنقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع .[2]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، المجلد الثاني، (أسباب كسب الملكية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص، 766 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص، 767.

فالتزامات البائع طبقا لنص المادة 804 ق م ج والتي جاء فيها " يحل الشفيع بالنسبة إلى محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ... " **فانه يرتب على حلول الشفيع محل المشتري قبل البائع أن يلتزم البائع تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري، وهذا قبل الأخذ بالشفعة**".

ان التزام البائع بان يقوم هو ضروري لنقل حق المشفوع فيه، إلى الشفيع هذا وفقا للقواعد العامة بشان التزامات البائع، حسب ما تقضي 361 ق م ج .وكذلك الالتزام بتسليم العقار المشفوع فيه للشفيع هذا في حالة لم يكن البائع قد تسلم العقار المشفوع فيه للمشتري وإلا يقع ذلك على عاتق المشتري ان كان قد تسلمه من البائع.

أما التزامات الشفيع انه في حالة رضاء البائع لصالح الشفيع على دفع الثمن أقساط أو حسب الأجل، فيجوز للشفيع بعد الحكم له بالشفعة ان يسترد بعض ما أودعه لدى الموثق برضاء والبائع، وهو ما قررته المادة 804 ق م ج " ... **إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع** ...." .

ان حكم المشرع الوارد في الفقرة السابقة يرتكز على أساس ان منح الأجل للمشتري من طرف البائع إنما كانت الأسباب شخصية تتعلق بالمشتري دون ان يتوفر في غيره من الأشخاص، فقط يكون البائع منح هذا الأجل قبل ذلك للمشتري على أساس علاقة قرابة أو صداقة بينهما أو علاقة عمل معينة، وقد يكون سبب المركز المالي درجة الملاءة التي تميز هذا المشتري، وما إلى غير ذلك من المميزات الشخصية، والتي تنعكس بوضوح على عامل الثقة بينهما فدرجة ثقته في المشتري غير درجة ثقته في الشفيع، وكما ان الأول تعاقد معه اختياريا بإرادته الحرة والثاني تعاقد معه إجباريا[1].

فمن العدل في نظرنا ألا يجبر البائع في ان يمنح المتعاقد الثاني وهو الشفيع الامتيازات التي منحها للأول وهو المشتري .

[1] احمد دغيش، المرجع السابق، ص، 359

ألزم المشرع ثبوت هذا الحق بحيث يجب إتباع اجراءات الشفعة المنصوص عليها في قانون المدني من المواد 799الى 803 من ق.م.ج .

وعلى أساس ذلك يتمكن المزارع أو الشفيع من طلب إبطال عقد البيع المبرم مع البائع ليقرر القاضي ثبوت كسبه للملكية نهائيا[1].

وتقييد حرية التعاقد تصبح مساسا بحرية عدم التعاقد أو التعاقد، وبحرية اختيار المتعاقد الأخر في حالة مخالفتها.

وفي الأخير يمكن الإشارة ان المشرع قد يتدخل لتحديد مضمون بعض العقود وذلك بتعديل أحد شروطها أو إبطالها، أو تضمنيها شروط لم يقررها الأطراف، وذلك تبعا للمصلحة التي يسعى إلى المحافظة عليها وهي عادة مصلحة الطرف الضعيف في العقد . طبقا الأحكام القانون المدني إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، ولو قبل البيع أو إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون[2].يمارس الشفيع حقه في الشفعة طبقا الأحكام المادة 795 من ق.م.ج بقوة القانون دون أن يكون ملزما بتبرير حقه في الشفعة، أو تسبيب ذلك فمتى كان صاحب صفة طبقا للقانون، ترتب له هذا الحق تطبيقا لأحكام المادة المذكورة أعلاه تنص " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة أحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية.

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

الفرع الرابع: تشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة

(1) من خصائص الشفعة عدم قابليتها للتجزئة، وأنها متصلة بشخص الشفيع وأنها لا ترد إلا على العقارات.

(2) حسب المادة 807 من أمر رقم 58/75، المتعلق بالقانون المدني.

يقصد بالمعوق كل شخص أصبح غير قادر على الاعتماد على نفسه في مزاولة عمله أو القيام بعمل أخر والاستقرار فيه، أو نقصت قدرته على ذلك، نتيجة لقصور عضوي أو عقلي او حسي أو نتيجة عجز خلقي منذ الولادة[1].

فان لصاحب العمل الحرية في اختيار العامل الذي يريد التعاقد معه، إلا ان المشرع قد خرج على هذا المبدأ وفرض على صاحب العمل، في حدود معينة استخدام نسبة معينة من المعوقين ثم تأهيلهم مهنيا، وقد ظهر هذا القيد الأول مرة في قانون العمل في إطار نظام لرعاية العاجزين عن العمل، لإدماجهم في المجتمع واشتراكهم فعلا في الإنتاج بالعمل الذي لا تمنعهم حالة عجزهم عن أدائه بعد إعدادهم، وتأهيلهم له، في معاهد خاصة[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل " يجب على المؤسسات المستخدمة أنتخصص مناصب عمل للأشخاص المعوقين وفق كيفيات تحدد عن طريق التنظيم " .

وبذلك ألزم المشرع أصحاب الأعمال القطاع الخاص الذين يستخدمون خمسين عاملا فأكثر سواء كانوا يشتغلون في مكان أو بلد واحد أو أمكنة أو بلاد متفرقة، باستخدام المعوقين الذين ترشحهم مكاتب القوى العاملة من واقع سجل قيد المعوقين وذلك في حدود 5 بالمائة من مجموع عدد العمال في الجهة التي يرشحون فيها، يضاف إلى ذلك بأن المشرع قد ألزم الحكومة والقطاع العام بأن يراعي تخصيص نسبة 5بالمئة من مجموع وظائف المستوى الثالث للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل .

وقد رتب المشرع على مخالفة الإلزام بالاستخدام بالنسبة للمعوقين جزاء جنائي أخر مدني وينطبق هذان الجزاءان في حالة رفض استخدام المعوق المرشح أو المتقدم مباشرة لصاحب العمل[3].

---

(1) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 156.

(2) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص، 157.

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع نفسه، ص، 158

المبحث الثاني

التقييد في مضمون العقد

صحيح ان الحرية الإرادية والرضائية لازالت تشكل قواعد العقد التقليدية التي شهدت تحقيق، وتعديلا من اللازم ان يحدث سبب تغيير المجتمع التعاقدي، وأطرافه ذلك بإخضاع المبادلات شروط مقيدة إلى درجة المساس بمرونة حرية التعاقد[1].

ان القيود التي يوردها المشرع بنصوص قانونية أمرة،ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقييد بها في تحديد مضمون العقد .

وفي هذا المجال بأن هذه التقيدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث مضمون العقد برمته،أو ترد على جزئية من جزئيات العقد كتحديد مدة العقد.[2] وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين التالين العقد النموذجي (مطلب الأول) وتنظيم مضمون عقد العمل (مطلب ثاني).

المطلب الأول

العقد النموذجي

الأصل في أحكام، أي عقد نموذجي أنها لا تسري إلا باتفاق الأطراف سواء تم ذلك في عقد البيع أو باتفاق لاحق عليه، وعادة ما تنجد على لكل طائفة من العقود النموذجية رمزا معينا بحيث تكفي إشارة أطراف العقد إلى ذلك الرمز ليطبق على اتفاقهم العقد النموذجي

---

(1) أنور سلطان، الوجيز في نظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص، 212 .

2 -بسام عبد المجيد ' أكرم محمود حسين ' المرجع السابق ' ص' 28.

المشار إليه، وغالبية العقود النموذجية تكون ذات أحكام متكاملة وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين التالين فرع الأول نتناول في تعريف العقد النموذجي، والفرع الثاني مضمون العقد النموذجي.

الفرع الأول: تعريف العقد النموذجي

ان التطورات الاقتصادية الهامة والمؤثرة في تكوين العقود وهو ما يسمى بالعقود النموذجية، والتي يقوم بإعدادها وصياغتها أحد أطراف العقد وليس للطرف الأخر سوى القبول أو الرفض، ولكن لا يمكن للطرف الضعيف أن يطلب تعديل في بنود العقد ومثالها عقود النموذجية للمستهلكين.

ومن ابرز العقود النموذجية الشائعة ما وضعته جمعية تجارة الحبوب اللندنية التي وضعت نموذجا لعقد بيع الحبوب انتشر استخدامه في معظم أنحاء العالم بالنسبة لهذا النوع من التجارة[1]. وقد ظهرت العقود النموذجية حيز الوجود اثر قيام تجمعات مهنية تتخصص بتنظيم تجارة معينة .

وقد تكاثرت العقود البيع النموذجية في الوقت الراهن نتيجة لتعدد الجهات المهنية إقليميا ودوليا، ولقيام عدد من المنشأة الضخمة في دول كثيرة لإعداد صيغة عقدية تحكم ارتباطها ونشاطها.

وعلى الرغم من ان إتباع هذه الشروط أمرا اختاري من الناحية النظرية، أي يجوز لأطراف المتعاقدة في كل وقت مخالفتها واستبدال أي منها باتفاقهم، ولا مسؤولية عليهم في ذلك، إلا أن هذه العقود لعبت دورا كبيرا في توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية، كما ان الصيغة المحددة والواضحة في العقود النموذجية والمعدة إعدادا جيدا أصبحت الحاجة ملحة إليها، لما توافر فيها من الشروط والأحكام التي تنظم مصالح الأطراف المتعاقدة[2]. ومع ذلك

---

[1] ليلي حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص44.

[2] طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص، 49.

إتباع الشروط العامة أمر إلزامي وأصبحت تتمتع بقوة القانون، ولا يجوز مخالفتها إلا للضرورة القصوى عندما، تقضي طبيعة السلعة شروطا خاصة، أووجدت بعض الظروف التي تبرر مثل هذه المخالفة .

فالعقد النموذجي يمثل نموذجا لمشروع عقد يتضمن كافة المسائل التفصيلية للعقد، بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة، أن تستبقي شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة إلى إضافة أسماء الأطراف وكمية السلعة وزمان تسليمها ومكانه ووسيلة النقل وهي بذلك وثائق مطبوعة يمكن ان تستخدم على أنها العقد ذاته[1].

الفرع الثاني: مضمون العقود النموذجية

يوجد في التعامل أكثر من صيغة، ولو لن موضوعها يتعلق ببضاعة أو أدوات أو آلات من نوع واحد، كما هو الحال في الدخل عندما نريد استئجار عقار حيث نلاحظ نماذج عقود إيجار معروضة [2]. وما على الطرفين إلا ملئ بعض الفراغات الموجودة والتي تتعلق بالبدل وبداية ونهاية الإيجار وفيما كان المؤجر مؤنث أم لا، وهكذا في التجارة الدولية .فالعقود النموذجية سواء كانت تتعلق بمنتج معين أو بطوائف من المنتجات زراعية كانت صناعية تامة الصنع أو مصنعة أو اشتملت على أعمال تهيئة وتركيب وتشغيل فني علاوة على بيع المواد والأدوات، وسواء وضعتها منشآت خاصة أو تجمعات مهيأة أو حتى بعض المنظمات الدولية نجدها تنصب في جملة على مسائل معينة[3].

أولا: عقود المنتجات الصناعية

- الشروط العامة بشأن التوريد البيع للتصدير آلات والمصانع، كان من الطبيعي ان تهتم اللجنة الأوروبية بإعداد صيغ عقدية خاصة بالمنتجات الصناعية لذا بد ان يوضع شروط عامة خاصة بأعمال الهندسية آلات والمشروعات الصناعية.

---

[1] ليلى حدوم، المرجع السابق، ص، 49.

[2] نموذج عقد الإيجار الذي جاء تنفيذا للمرسوم التشريعي رقم 03./93 المتعلق بالنشاط العقاري .

[3] محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص، 10 .

– الشروط العامة لاستيراد وتصدير السلع الاستهلاكية طويلة البقاء والمنتجات الآلية المصنوعة في فئات على شق واحد مثل : الصناعات والثلاجات[1].

ثانيا: عقود المنتجات الزراعية

تنقسم هذه العقود قد تم وضع ثمانية عقود منها للبيع، كما يجري العمل في تلك الآونة لصياغة عقود النموذجية للحبوب التي تنقل بطريق المياه الداخلية وبطريق البر .

ثالثا: عقود المنتجات الطبيعية وتشمل

– الشروط العامة لاستيراد وتصدير الخشب الين المنشور .
– الشروط العامة لاستيراد وتصدير ازناد الخشب الصلب والخشب المنشور في المنطقة المعتدلة .

تعد العقود النموذجية وسيلة قانونية مرنة في توحيد أحكام البيوع تحكم المعاملات، لأنها تتفق وحاجات التجارة الداخلية، حيث أن انتشارها يعني انتشار الشروط التي تتضمنها[2].

المطلب الثاني

تنظيم مضمون عقد العمل

الأصل في العلاقة التعاقدية أن العامل ان يتراضى على العمل لدى صاحب العمل يختاره، كما لصاحب العمل ان يتراضى على اختيار عامله، بيد ان تقرير حرية العمل وحرية التعاقد ليست معناه ان تكون هذه الحرية مطلقة لان التطبيق العملي لحرية العمل ترتب عليه

(1) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص29

(2) عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع نفسه، ص، 30.

تحكم أصحاب الأعمال، بما لهم من حرية في استخدام من عدم مما من شأن ترتب أثار اجتماعية خطيرة الأمر الذي جعل المشرع يجبر على التعاقد وذلك تقييد من حرية العمل[1].

وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين التالين .

الفرع الأول: القيود الواردة على مدة العمل

ان المشرع يبدوا واضحا من خلال تنظيمه لعقد العمل تنظيما مفصلا، ودقيقا طبقا لقانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، وذلك بتحديد مواقيت العمل الليلي والساعات الإضافية، والحق في الراحة الأسبوعية، والعطل السنوية والأجر[2]. كما تدخل أيضا بصفة دورية في تعديل بنوده طبقا، لتغيير الظروف كما هو الشأن في إنقاص مدة العمل،وذلك بموجب المادة 22من الأمر رقم 03/97 المؤرخ في 11 جانفي 1997 حيث تغير المدة القانونية للعمل من 44 ساعة الى40 ساعة في الأسبوع، في ظروف العمل العادية وتوزع هذه المدة على خمسة أيام عمل على الأقل[3].

غير ان هناك حالات خاصة ترفع فيها هذه المدة أو حتى تخفض وهذا لا يعني إنقاص من الحماية الممنوحة للعامل.

كما قد يلجأ رب العمل إلى تشغيل العامل في ساعات إضافية زيادة على المدة القانونية للعمل، لتحقيق مصلحة الشركة أو المؤسسة المستخدمة وحتى يحمي حق العامل، ربط المشرع توظيف العامل لساعات إضافية بشرطين هما:

- ان تكون الساعات الإضافية لمدة لا تتعدى 20 بالمائة من المدة القانونية للعمل.
- زيادة في الأجر لا تقل عن 50 بالمائة من الأجر العادي للساعة .

الفرع الثاني: القيود الواردة على العطل وتشغيل النساء والأحداث

---

(1) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 134.

(2) قانون 11/90 مؤرخ في 21 أفريل1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر، العدد17، لسنة 1990 .

(3) أمر 03/97 مؤرخ في 11 يناير 1997، المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج.ر العدد 03، لسنة 1997.

أولا: القيود الواردة على العطل

بالنسبة للعطل وفترات الراحة القانونية، فهي حقوق مكرسة في كافة القوانين والنظم، ففترات الراحة القانونية يجب على العامل أن يتمتع براحة أسبوعية حدها الأدنى 24 ساعة، ويعتبر يوم الراحة الأسبوعية كما جاء في المادة 02/33 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، أما العطل السنوية فهي حق مكرس للعمال للحفاظ على صحتهم ولتزيد قدراتهم، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون 11/90 "**لكل عامل الحق في عطلة سنوية مدفوعة الأجر يمنحها إياه المستخدم** "[1].

وتتفق اغلب التشريعات على جعل مدة العطل السنوية ثلاثين يوما متتالية، وهي مدة يمكن أن تحدد إلى أكثر من ذلك بالنسبة لبعض العمال الذين يقومون بأعمال مرهقة فكريا أو جسديا،كالأساتذة وعمال الجنوب نظرا لقساوة المناخ .

والأجر يحدد بالحد الأدنى حسب نص المادة 87 من قانون علاقات العمل يحدد الأجر الوطني المضمون المطبق في قطاعات النشاط بموجب مرسوم بعد استشارة نقابات العمل، والمستخدمين والتنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا، ويراعي عند تحديد الأجر الوطني الأدنى المضمون ما يلي:

- متوسط الإنتاجية الوطنية والمسجلة
- الأرقام الاستدلالية لأسعار الاستهلاك
- الظروف الاقتصادية العامة[2].

[1] أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري وعلاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الجزائر، 2002، ص140.

[2] مندي أسيا يسمينة، النظام العام والعقود، المرجع السابق، ص، 36.

ثانيا: القيود الواردة على تشغيل النساء والأحداث

1- تشغيل النساء:

يظهر الطابع الحمائي من خلال الأحكام التي تحمي النساء والقصر، العرف والاتفاقات الجماعية والقوانين تمنع استخدام النساء للقيام بأعمال خطيرة، العمل في المحاجر، المناجم، وتمنع استخدام المرأة ما بين الساعة 21 ساعة إلى الخامسة صباحا، إلا إذا سمح بذلك مفتش العمل المختص إقليميا نظرا لطبيعة العمل، الطب، المرافق الضرورية، ومكاتب السياحة[1].

وقد بدأ المشرع بالتدخل لحماية النساء وتنظيم انشغالهن بمقتضى القانون، والذي حرم انشغال النساء ببعض الأعمال في مجال الصناعة والتجارة، وهذا القيد من القيود التي ترمي إلى حماية العامل تحقيقا لاعتبارات اجتماعية[(2)].

وحيث ان التكوين الطبيعي للمرأة يختلف عن تكوين الرجل، كذلك لا يمكن أن تتجاهل أن التقاليد والقيم الأخلاقية في مجتمعها تنظر إلى المرأة نظرة مختلفة عن نظرتها إلى الرجل، تشغيل النساء في الأعمال الضارة بهن صحيا أو أخلاقيا، وكذلك في الأعمال الشاقة وغيرها.

ومن الجدير بالذكر ان هذا التنظيم القانوني لتشغيل النساء يستثني في الخضوع لأحكامه العاملات في الزراعة،وكذلك العاملات في المصانع المنزلية، التي لا يعمل فيها سوى أعضاء العائلة تحت إشراف الأب أو الأم أو الجد أو الأخ أو العم، والزوج ويرتب على مخالفة هذا التنظيم الأمرين ببطلان العقد بطلانا مطلقا[(3)].

وبذلك يتضح للباحث ان إرادة رب العمل ليست حرة بشان تشغيل النساء، بل ان المشرع قد أورد قيودا راعى في هذه القيود، الاعتبارات الخاصة بالنساء فضلا على انه رتب على مخالفة هذا التنظيم الأمر الذي وضعه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

[1] -مندي أسيا يسمينة ' النظام العام والعقود ' المرجع نفسه ' ص 39.

[(2)] حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 137.

[(3)] حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، الناشر، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979، ص،228 .

2-تشغيل الأحداث :

تقضي الاعتبارات الإنسانية بأنه لا يمكن تشغيل الحدث قبل سن معينة، وقد نص قانون العمل على ذلك، حيث يمنع استخدام العامل القاصر إذا لم تتوفر فيه سن معينة، وأهلية العمل تختلف عن الأهلية المدنية، إذ يحدد سن العمل 16 سنة في مختلف التشريعات العالمية التي اتفقت جلها على الاكتفاء بسن التمييز، فحددتها الاتفاقية الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية رقم 137 لسنة 1979 بالسن الذي ينتهي فيه الطفل من المرحلة الدراسية اي سن 15 سنة، ويسمح بتخفيضها بالنسبة للدول التي تعاني من عدم تطور نظامها الاقتصادي والتعليمي وهذا يجعلها 14 سنة[1].

حدد المشرع الجزائري أهلية العامل 16 سنة مشروط بضرورة تقديم رخصة من الولي الشرعي حسب نص المادة 15 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل. التي تنص " لا يمكن في أي حال من الأحوال ان يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة ".

وان لم تستوفي علاقة العمل هذه الشروط كان العقد باطلا كما نصت المادة 135 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل " تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به ".

كما نصت المادة140 من نفس القانون على عقوبة توظيف القاصر الذي لم يبلغ السن المقرر للعمل، إلا في عقود التمهين وتتمثل في دفع غرامة مالية تتراوح من ألف إلى ألفين دينار.

وعند التكرار تصل إمكانية العقوبة إلى الحبس من 15 يوم إلى 2 شهرين مع إمكانية مضاعفة الغرامة المالية. وحتما لا شك فيه ان الهدف من هذه الأحكام هو حماية القاصر من استغلال رب العمل فيه[2].

---

[1] همام محمد محمود، قانون العمل، الناشر، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية،1986، ص، 114.

[2] قانون 21/96 المؤرخ في 09 يونيو 1996، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 10 جويلية 1996، المتضمن علاقات العمل .

ان تقييد التعاقد في عقد العمل بتحديد كل من الحقوق والالتزامات الأساسية للعمال، وأصحاب العمل على حد سواء يهدف المشرع من خلاله إلى حماية العامل ضد تعسف رب العمل .

الأمر الذي لم يترك أي مجال للاجتهاد، أو التأويل إلا فيما يكمن إضافته من حقوقه أكثر فائدة للعمال[1]. حيث اعتبر أن كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام هذا القانون تعد باطلة، وعديمة الأثر كما تعتبر باطلة كل البنود المخالفة له، وتحل محلها أحكام هذا القانون[2].

[1] أحمية سليمان،المرجع السابق، ص، 141.

[2] همام محمد محمود، المرجع السابق، ص، 116.

وخلاصة لما سبق ذكره ان القانون اشترط الشكلية في إبرام عقد معين، فيستعبر هذا الاشتراط إحدى الحالات الاستثنائية التي تدرج ضمن القيود المفروضة على الإرادة التعاقدية في تكوين العقد .

فمدى اشتراط الشكلية في العقود الشكلية، هو عبارة عن إلزام قانوني يحدده المشرع شعورا منه بان ذلك من متطلبات التعاقد .

فعندما يرغب أحد الأشخاص بالتعاقد في عقد ما يتوجب عليه مراعاة القيود التي يفرضها مبدأ إرادة التعاقد، فعليه مراعاة القيود التي قد يفرضها القانون على المتعاقد من شكلية التي يقصد بها الكتابة وميز بين الكتابة العرفية والرسمية، وكذلك تطبيقات الشكلية كقيد على التعاقد وفي القوانين الخاصة كاشتراط الشكلية في عقد التامين، وعقد الاستهلاك، عقد العمل وعقد النموذجي .

ومن العقود الأخرى التي يلزمها المشرع طرفي العقد أو احدهما على التعاقد الإجباري هو التامين الإلزامي وبيع السلعة أو تأدية خدمة، فان المشرع هو الذي يحدد شروط حينئذ لا ينشأ العقد من إرادة أطرافه فحسب، بل من انضمام إرادتهم إلى رخصة المشرع، ى وكذلك التعاقد الإجباري مع الشفيع، وبتالي يوشك ان المشرع ان يدخل في العقد كمتعاقد ثالث فتستطيع السلطة المختصة، عن طريق تخويلها منح الإذن ان تجبر على إنشاء العقد، أو تؤجل على إبرامه إلى وقت أخر .

أما الحالات الأخرى التي تعتبر تقييدا على المتعاقدين في مضمون العقد، كعقد النموذجي، وتنظيم مضمون عقد العمل الأمر الذي جعل المشرع يجبر الأطراف المتعاقدة على التعاقد، وذلك بتنظيم المشرع لعقد العمل بكامله، نتيجة لمل كانت الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي، حيث ان معظم مسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي، كأجور وساعات العمل ومدة العمل وشروط السلامة والعطل والساعات الإضافية فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية .

ان تقييد التعاقد في عقد العمل بتحديد كل من حقوق والالتزامات الأساسية للعمال، وأصحاب العمل على حد سواء يهدف المشرع من خلاله إلى حماية العامل ضد تعسف رب العمل .

فالعلاقة التعاقدية تقيدت كثيرا بحيث أصبحت مقيدة بنصوص قانونية أمرة، فالمتعاقد أصبح مجبرا على التعاقد في تكوين العقد وفي مضمونه، فتفرض مباشرة من قبل المشرع، ويكون ذلك عندما يصدر بنصوص أمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها ففي هذه الحالات يكون العقد مفروضا لا يستطيع المتعاقد رفضه .

الفصل الثاني

تقييد الحرية التعاقدية بطريق المنع

إذا كان الأصل في تكوين العقد أو إبرامه هو تراضي المتعاقدين' إلا أن مقتضيات الحاجة الاجتماعية في إعطاء المشرع الدور الكبير والبارز في الإشراف على نوعية التعاقد، أمر مهم لا يمكن تجاهله ومن ثم يكون المشرع صاحب اليد العليا في منع التعاقدات التي تتعارض مع النظام العام والآداب ودوره في تقييد المتعاقدين في شروط العقد عند التعاقد وبما يتلاءم مع الحاجة الاجتماعية [1].هذا ما سنتناوله في هذا الفصل من خلال المبحثين التالين :فكرة النظام العام كآلية المنع (مبحث الأول) و(المبحث الثاني) المنع من التعاقد بنص القانون .

[1] -نقلا عن عصمت عبد المجيد ' ص'176' أ بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين ' المرجع السابق 'ص' 26.

المبحث الأول

فكرة النظام العام

إذا كان للمتعاقدين ان ينشأ العقود ليس في حرية مطلقة، بل ترد عليها قيود عديدة منه ترجع في معظمها إلى فكرة النظام العام باعتبارها ضابط من ضوابط الحرية التعاقدية.

سنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم النظام العام كآلية المنع من التعاقد في (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى تطبيقات فكرة النظام العام (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم فكرة النظام العام كآلية المنع من التعاقد

ليس من اليسير تحديد المقصود بالنظام العام، لان هذه الفكرة غير ثابتة تتغير بتغير الزمان والمكان ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان.[1]

لذا سنعالج في هذا المطلب تحديد تعريف النظام في فرع أول ثم مصادر النظام العام في فرع ثاني ثم نتطرق إلى مجال النظام العام في فرع ثالث .

الفرع الأول: تعريف النظام العام

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار غيره من المشرعين النظام العام، ولم يحدد فكرته بلترك ذلك للفقه والقضاء بالرغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى.

[1] -مندي أسيا يسمينة ' النظام العام في العقود' المرجع السابق' ص' 06.

وقد اكتفى الشراح بتقريبها من الأذهان بقولهم ان النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود في المجتمع، وفي وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما من دون استقرار هذا الأساس[1].

وفكرة النظام العام نسبية تتغير بتغير الزمان والمكان بل داخل المجتمع الواحد تختلف من زمان للأخر، لهذا سوف نتعرض لتعريف النظام العام القديم والحديث .

أولا : تعريف القديم

النظام العام القديم محافظ، يهدف إلى المحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع، ويمكن من الدفاع على النظام على أسس وتنظيم المجتمع، ليحميه من التصرفات الفردية المهددة لأمن والآداب العامة .[2]

النظام العام القديم مفهوم قضائي، لان القاضي السلطة التقديرية لتحديد ما إذا كان عقد ما محل أم لا بالنظام العام، وأخيرا النظام العام القديم يحث على المنع ويمنع التصرفات المخلة به[3].

ثانيا: تعريف الحديث

تطور النظام العام مع تطور المجتمع فارضا نفسه في عدة المجالات.

النظام العام الحديث هو قبل كل شيء اقتصادي، اجتماعي ومهني، بهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، عن طريق إعادة التوازن للعقد. فقد غير طبيعته كليا .

النظام العام الحديث ايجابي،لأنه لا يكتفي بمنع بعض التصرفات فهو قد يلزم الأطراف المتعاقدة بالتزامات كما هو الحال في النظام العام الحمائي الاجتماعي الهادفة إلى حماية

---

(1) مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص'07.

2 -مندي أسيا يسمينة' المرجع نفسه 'ص'08

(3) علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 267.

الأطراف المتعاقدة الضعيفة (العامل، المؤمن له، المستهلك، المقرض)، من الأطراف المتواجدة في مركز قوة، (رب العمل، البائع، شركة التأمين).

ومع التطور الذي عرفه مجال المنافسة والاستهلاك في السنوات الأخيرة تدخل النظام العام الاقتصادي الحمائي لحماية المستهلك، لهدا منع المشرع الجزائري الشروط التعسفية في العقود المبرمة ما بين المنتجين والبائعين[1].

الفرع الثاني : مصادر النظام العام

يستمد النظام العام مصدره من النصوص القانونية حيث يتولى المشرع تحديد مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا، حيث يقضي النص صراحة انه لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه، كما جاء ذلك على سبيل المثال في المواد 96 و98 و107 من القانون المدني الجزائري، فيكون النص القانوني إذن من النظام العام إذ كان يمنع المتعاقدين من مخالفته لأحكامه، وقد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة محيلا التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية، بواسطة المراسيم والقرارات، والمنشورات، وتكون كل هذه النصوص التنظيمية بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها[2].

الفرع الثالث: مجال النظام العام

يمكن التمييز في إطار فكرة النظام العام بمعناها الواسع، يتمثل الشق الأول في المفهوم التقليدي لفكرة وهو ما يعرف بالنظام العام السياسي الأخلاقي، أما الشق الثاني فهو المفهوم الحديث لهذه الفكرة والذي يجسد التطورات التي لحقتها وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي[3].

---

(1) مندي اسيا يسمينة ' المرجع السابق ' ص' 08.

(2) بوفلجة عبد الرحمان' نقلا من علي فيلالي ج 4 ' ص 212' المرجع السابق، ص، 69.

(3) - بوفلجة عبد الرحمان ' نقلا عن محمد حسين عبد العال، ص، 51' المرجع نفسه ' ص' 71.

أولا: النظام العام السياسي والأخلاقي

يشكل النظام العام السياسي والأخلاقي، كما سبق مفهوم التقليدي لفكرة النظام العام، ويعبر عن المضمون الذي كان سائدا لها في ظل المذهب الفردي والذي يجسد قدرا من القيود التي تحد من نطاق الإرادة في المجال التعاقدي.[1]

1- النظام السياسي المتجسد بالقوانين الدستورية والتشريعية والإدارية والقضائية والسياسية والحريات العامة، والوظائف العامة، فتعد من النظام العام كل القوانين التي تنظم الهيئات العمومية .
2- النظام الاجتماعي بما فيه نظام الأسرة، كالزواج البنوة والأهلية والجنسية والإرث .
3- الإجراءات القضائية والمحاكمات الحامية لحقوق الإنسان و التنظيم القضائي وعمل المحاكم .
4- النظام الأخلاقي وقوامه المبادئ السلوكية في مجتمع معين والتي تعتبر ضمانا لأخلاقيات الفرد والجماعة.

وقد جاءت نصوص القانون المدني صريحة وقاطعة في هذا الشأن ففيما يتعلق بمحل العقد تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري " ....**أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا**" . وكذلك فيما يتعلق بركن السبب تنص المادة 97من القانون المدني الجزائري "..... **أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا** ".

وعليه يتضح ان قواعد النظام السياسي تقرر في غالبيتها جملة من الممنوعات، إذا خالفها المتعاقدان كان اتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا[(2)].

ثانيا: النظام العام الاقتصادي

يمتاز النظام العام الاقتصادي التوجيهي بكونه ايجابي مقارنة، مع النظام العام التقليدي الذي يصنع حدود لحرية التعاقد في مجالات مختلفة لحماية الدولة، والمرافق العامة، والمصلحة

[1]- **بوفلجة عبد الرحمان ' المرجع السابق ' ص' 71.**
[(2)] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص، 72.

العامة وحماية الأخلاق والأسرة، بكل الاتفاقات المخالفة للدستور باطلة، وكذلك تلك المخالفة لنظام الأسرة[1].

هذا الطابع السلبي للنظام العام التقليدي أو السياسي يقابله الطابع الايجابي للنظام العام الاقتصادي التوجيهي لان هذا الأخير لا يهدف فقط إلى منع الأفراد المتعاقدة من القيام ببعض التصرفات القانونية ولكن يلزمهم على احترام بعض الشروط عن القيام بإبرام بعض العقود[2].

كما يرتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام السياسي وهذا ما نصت على ذلك المادة 136 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل " **يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون** ".

في الأخير يمكن الإشارة إلى ان فكرة النظام العام قد انحصرت في بدايتها في نطاق ضيق حيث أنها مقتصرة على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع، لذا لم تشهد حرية التعاقد في ظلها إلا قيودا محددة تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، ولكنها بدأت تشهد اتساعا شديدا في مضمونها منذ بداية القرن 19 حيث تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ، مما أدى إلى زيادة القيود على منع الأفراد من التعاقد على احترام قواعد كثيرة صارت متعلقة بالنظام العام في ثوبه الجديد[3].

---

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 274.

(2) - بلحاج العربي، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة، الجزء الأول، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1995، ص153.

(3) -بوفلجة عبد الرحمان 'نقله عن عبد العال 'المرجع السابق ' ص'74-75 .

المطلب الثاني

تطبيقات النظام العام والآداب العامة

ان القواعد القانونية في القانون العام وكذالك في القانون الخاص تعتبر مخالفة للنظام العام، كما تعتبر مخالفة لحسن الأداب.

ما يتنافى من قواعد الأخلاق الحميدة التي تسود في أمة معينة في وقت معلوم، وكل اتفاق يرد على أمر يتنافى مع تلك الأخلاق يقع باطلا[1].

وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين التالين: الفرع الأول' الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام في القانون العام، والفرع الثاني 'الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام والآداب في القانون الخاص.

الفرع الأول: الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام في القانون العام

قدمنا أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت مصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وقد حاولنا حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام.

أولا: الحقوق العامة

القانون العام ينظم روابط الأفراد بالدولة، كما ينظم روابط الهيئات العامة بعضها بالبعض الأخر، وهذا التنظيم فيه إلى المصلحة العامة، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقا لمصالحهم الفردية، ويشمل القانون العام القواعد الدستورية، والحريات العامة، والنظم الإدارية، والنظم المالية للدولة[2].

---

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص،211 .

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص، 500.

1- روابط القانون الدستوري

القاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح،و الانتخاب تعتبر من النظام العام، ولا يجوز لمرشح ان يتنازل عن ترشيحه لمرشح أخر بمقابل أو بغير مقابل، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته، وكل اتفاق من هذا القبيل يكون باطل كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في المسائل التي تفرض على الهيئة التي ينتمي إليها، ولا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يعطي صوته لرأي معين حسب المادة 36من دستور 1996، كما لا يجوز له أن يتعهد بالتنازل عن عضويته، كل هذه الاتفاقات وما يليها تتعارض مع المصلحة العامة التي أريد تحقيقها من وراء الحكم النيابي، فهي باطلة بطلان مطلق لمخالفتها النظام العام[1].

2- الحريات العامة

أ- الحرية الشخصية وحرية الإقامة وحرية الزواج

لا يجوز أن يتفق شخص مع أخر يسترقه أو على أن يستخدمه طول حياته .

كذلك لا يجوز أن يتعهد شخص بالإقامة في جهة معينة، أو مع شخص معين طول حياته فان هذا يتعارض مع حرية الشخص في الإقامة.

ومع ذلك أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة من جهة معينة[2].

وكل شخص حر في ان يتزوج، أو لا يتزوج، فحرية الزواج من النظام العام، وكل قيد يرد على هذه الحرية باطل، ونفترض هنا القيود المختلفة التي ترد على حرية الزواج لنطبق عليها هذا المبدأ، ويكون باطلا تعهد الشخص ألا يتزوج من شخص معين، لاسيما إذا كان هذا التعهد

---

[1] محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة الناشر مطبقة، جامعة القاهرة، 1987، ص188.

[2] علي علي سليمان، نظرات قانون مختلفة، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص، 265.

يعوقه عن الزواج عملا، ومع ذلك قد يكون مثل هذا التعهد جائزا إذا وجد سبب ليبرره كما إذا كان الشخص المعين يخشى ضرره على المتعهد[1].

ب- **حرية الدين والاعتقاد**

ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره حسب المادة 36 من دستور 1996، كما إذا تعهد شخص بالدخول في دين معين، أو بالخروج من الدين الذي ينتمي إليه، أو بعدم الخروج منه، أو بعدم الانتماء إلى دين، أو الانتماء ضرورة إلى دين ما، ويكون كذلك باطلا كل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب من مذاهب التفكير[2].

ج- **حرية العمل والتجارة**

لكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل حسب المادة 52 من دستور1996 بما يشاء من أنواع التجارة، ولا يجوز ان يحرم شخص من هذه الحرية،ولو رضي بهذا الحرمان، وإلا أغلق على نفسه أبواب الرزق، وعجز عن العمل للقيام بأوده، وهذا يتعارض مع النظام العام .

وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية العمل،و التجارة في عقود بيع التاجر،و في عقود العمل، فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين،فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل وقد يكون هذا القيد مخالفا للنظام العام[3].

3- النظم الإدارية

النظم الإدارية تحقق المصلحة العامة، فهي إذا من النظام العام، ولا يجوز الأفراد، باتفاقات خاصة، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة.

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص،80.

[2] حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة منشاة المعارف، الإسكندرية 1974، ص، 53.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص، 266.

وكثيرا ما يطبق هذا المبدأ على الموظف، فهو شخص مكلف بخدمة عامة، يجب عليه أن يقوم بها على الوجه الأكمل، دون أن يجعل وظيفته محلا للمساومة،ودون أن يستغل هذه الوظيفة للحصول من ورائها على منافع غير مشروعة[1].

وكل عقد يرمي من جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته، فان يتعاقد على شيء متصل بأعمال وظيفته فتجني من وراء ذلك ربحا، يكون عقدا باطلا لمخالفته للنظام العام، والقاضي وعمال القضاة عموما محرم عليهم أن يشتروا حقوقا متنازع عليها إذا كان النزاع يدخل في اختصاصهم حسب نص المواد 402،403 من ق.م.ج.

4- النظم المالية للدولة

نظم الدولة المالية تحقق هي أيضا مصلحة عامة، فلا يجوز الأفراد الاتفاق على ما يخالف هذه القوانين، ويعد داخلا في النظم المالية للدولة للقوانين التي تفرض الضرائب، والرسوم على مختلف أنواع، فإذا قرر قانون ضريبة وجب دفعها، ويعد باطلا كل اتفاق يقوم الأفراد بعدم أداء الضريبة، وإذا اقترن هذا الاتفاق بشرط جزائي كان الشرط باطلا، أيضا كما لا يجوز الاتفاق على الامتناع على أداء الضريبة، ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملزم بدفعها شخصا أخر غير الذي عينه القانون[2].

ثانيا: قواعد القانون الجنائي

قواعد القانون الجنائي من النظام العام، فيقع باطلا الاتفاق على ما يخالفها، ومثل ذلك أن يتفق شخص مع أخر على ارتكاب جريمة، كذلك يعد باطلا الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص ألا يقدم بلاغا عن جريمة ارتكبت أو ان يساعد على إخفاء الجريمة، بكتمه معلومات توصل إلى كشف الحقيقة،أو بتقريره غير الواقع الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن

(1) محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص، 189.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح قانون المدني، المرجع السابق، ص،505.

أخر ما قد عسى ان يتعرض له من مسؤولية جنائية، والاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بان يدفع التزامات التي يحكم بها جنائيا على شخص أخر[1].

كما لا يجوز بموجب اتفاق خاص ما بين الأفراد، ان تحقق جريمة ليست موجودة في القانون، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن عدم الوفاء بالدين يعتبر تبديدا، إذا أن التبديد منصوص عليه في عقود معينة، وهي عقود الأمانة، كالإيجار والوكالة[2].

الفرع الثاني: الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام والآداب في القانون الخاص

ان النظام العام والآداب يدخل دون شك في روابط القانون الخاص، وهذه الأخيرة اما تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، أو داخلة في دائرة المعاملات المالية[3].

أولا: الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام

1- الأحوال الشخصية

كثير من روابط الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة، وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز الأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم من ذلك الحالة المدنية، وأهليته وعلاقته بأسرته.

أ- الحالة المدنية:

لا يجوز تعديل الحالة المدنية التي يثبتها القانون للشخص باتفاق خاص، لأن إثبات هذه الحالة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز مثلا لشخص أن يتفق مع أخر على تعديل جنسيته دون ان يتبع الإجراءات الحالة بالتجنس أو تغيير الجنسية، ولا يجوز له الاتفاق على تغيير اسمه دون ان يتبع الإجراءات التي يتطلبها تغيير الاسم.

---

(1) خليل أحمد حسن قدادة، ص، 82.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 214 .

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص،211.

ولا يجوز له التنازل عن مركزه في أسرته، أو الصلح على هذا المركز كأن يتنازل عن نبوته لأبيه، أو يصفح على هذه النبوة، كتحديد مركز الشخص في أسرته يعتبر من النظام العام[1].

ب- **الأهلية** :

قواعد الأهلية من النظام العام، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص، ولا يجوز للقاصر التنازل عن حقه في الطعن بالبطلان في العقود الباطلة التي تصدر منه،أو من نائبه مادام قاصرا، فإذا بلغ سن الرشد كان له أن يجيز العقد الباطل، كالولاية فلا يجوز للولي أو الوصي أو للقيم أن يزيد أو ينقص من ولايته أو وصايته أو قوامته[2].

وعلاقة الشخص بأسرته، وماله من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام،و كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام، فلأب حق تربية أولاده فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طرفيه تربية الأولاد أو يلزمه مقدما باختيار دين معين لهم .

وكذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج، فلا يجوز الاتفاق بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية[3].

2- المعاملات المالية

المعاملات المالية أغلب قواعدها لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها إلا هناك بعض القواعد تتعلق بالمعاملات المالية، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لأنها تتعلق بالنظام العام وبتالي تعتبر قواعد أمرة، ومن ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام

---

(1) المادة 25 من القانون المدني، والأمر رقم 20/70 الصادر في 1970/02/17 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية .

(2) المادة 40 من قانون المدني الجزائري، والمادة81 من قانون الأسرة .

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص، 139.

الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي، طورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف وطورا تشتمل على الأحكام التي تتضمن حماية للغير حسن النية[1].

ومن روابط المعاملات المالية حق الملكية، فلا يجوز تقييد المالك في استعمال حقه في التصرف فيما يملك، فشرط عدم التصرف باطل، إلا إذا كان سببه مشروعا ومقصورا على مدة معينة معقولة، ومنه أيضا تقييد المالك على الشيوع بالبقاء فيه لمدة تزيد عن خمس سنوات هذا ما نصت عليه المادة 722 من قانون المدني الجزائري، هذا ما يقابلها المادة 834 من قانون المدني المصري "لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ولا يجوز بمقتضى نص أو اتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين فإذا كان لأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه ."

كذلك لا يجوز الاتفاق على منع المالك من التصرف فيما يملكه إلا في حدود معينة وأن يكون هذا المنع مبنيا على باعث مشروع[2].

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف في العقد، أنه لا يجوز الاتفاق على تجنب سلطة القاضي إزاء البنود التعسفية، في عقود الإذعان أو إزاء الظروف الطارئة بعد إبرام العقد، أو الشرط الجزائي، ولا يجوز الاتفاق في عقد العمل على إنقاص حقوق العامل على الوجه الذي حدده القانون[3].

وحماية للغير حسن النية يكون باطلا في عقد البيع اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المرتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري، ولولم تشهر هذه الحقوق هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون.

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، المرجع السابق، ص،510.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 277.

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 212.

والقاضي يقضي ببطلان العقد، بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام مؤيدا في ذلك قرار المجلس بإلزام البائع برد الثمن السيارة المستوردة محظورة بيعها بحكم القانون واللوائح التنظيمية[1].

ثانيا: الاتفاقات المتعلقة بالآداب العامة

يعتبر مخالفا الأداب العامة كل عمل يقصد به خداع شخص معين، أو خداع جمهور على وجه الإطلاق.

كما يعتبر انه كل اتفاق بغرض الحصول على كسب غير مشروع كالاتفاق المسروقات مقابل مبلغ من النقود.

غير أن و أهم تطبيقات فكرة الأداب هي ما تناولت العلاقة الجنسية، وبيوت العهارة والمقامرة ..

1- العلاقة الجنسية

يعتبر مخالفا للآداب كل اتفاق على دفع مبلغ من المال مقابل إنشاء علاقة جنسية غير شرعية، أو مقابل استمرارها، أو العودة إليها بعد انقضائها، ولكن هذا التصرف لا يعد منافيا للآداب كالاتفاق على دفع مبلغ من المال عند انتهاء هذه العلاقة إذا قصد منه تعويض احد طرفيها عما أصابه من ضرر، أو مساعدته على مواجهة الحياة بعد انقطاع هذه العلاقة[2] هذا ما قرره القضاء الفرنسي 'لكن المشرع الجزائري في المادة 103 من القانون المدني الجزائري منع استرداد الملوث ومن باب أولى منع التعويض فيه .

---

[1] قرار رقم 30072، مؤرخ في 1983/02/16، الصادر بالمجلة القضائية لسنة 1989، عدد02، ص، 37.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص، 155

2- بيوت العهارة

وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلا لمخالفة الأداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على الترخيص الإداري اللازم، فبيع بيت للعهارة، وإيجاره وشراء مفروشات له، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه، وإنشاء شركة لاستغلاله وإقراض مال الإعانة على إدارته، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب[1].

وتتسم أحكام القضاء المصري بشأن كل ما يتعلق بالدعارة، أو العهارة بالصرامة والحزم، فهي تبطل بلا رحمة، ولا هوادة كل العقود التي تتصل بها .

بل ان معظم المحاكم كانت تصرح فيها بالدعارة وتخضعها لرقابتها،اعتبار بأن التصريح الرسمي بالدعارة، وان أضفى عليها الشرعية من الناحية الإدارية،و الجنائية إلا أنه يقصر أن يظهرها مما تتسم به من تناف وانحراف عن حميد الأخلاق وحسن الأداب[2].

3-المقامرة

ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة، أو رهان لمخالفته الأداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك هذا ما نصت عليه المادة 2/739 من القانون المدني المصري .

ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه، كما يستثنى منه أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق اليانصيب[3] .

ويعد باطلا بيع دار للمقامرة أو إيجاره، وكل ما يقع من العقود بقصد استغلاله للمقامرة[4].

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول 'المجلة 01'فقرة 240 'المرجع السابق، ص،531.

(2) حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص، 216.

(3) حسب ما نصت عليه المادة 740 من قانون المدني المصري الجديد.

(4) حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع نفسه، ص،217.

المبحث الثاني

منع التعاقد بنص القانون

إذا كان الأصل حرية التعاقد، إلا انه في المجال الواقعي اتسعت دائرة النصوص الآمرة، لتصل إلى تدخل القانون لإنشاء علاقات قانونية لم تكن تنشأ إلا بتوافق إرادتي طرفيها فالتقييد مقتصر على منع التعاقد وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين منع التعاقد في القواعد العامة (مطلب أول)، منع التعاقد في القواعد الخاصة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

منع التعاقد في القواعد العامة

ان القيود التي يوردها المشرع بنصوص قانونية أمرة تمنع على الأطراف من التعاقد، يستوجب على المتعاقدين التقيد بها وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفروع التالية

الفرع الأول: منع التعاقد في المحل غير المشروع

محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع والإيجار، التأمين، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين.

لذا نجد محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تنتج عنه، قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون، أو إلى مخالفة هذا التعامل[1].

فيمنع القانون من التعامل في الشيء مبنيا على اعتبارات ترجع إلى النظام العام والآداب العامة، فالقانون مثلا يحرم أن تزيد الفوائد7 بالمائة حسب المادة 185 من قانون المدني المصري، وهذا التحريم يرجع إما مخالفة الأداب، باعتبار أن الربا الفاحش يتنافى مع الفيلا، باعتبار أن في الربا الفاحش إرهاقا للمدين، كما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه، ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر، كالنص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية .أي تركة الإنسان على قيد الحياة ولو كان التعامل برضاه وكذلك منع القانون هبة المال في المستقبل هذا ما نصت عليه المادة 92 من ق.م.ج " ..... **غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأَحوال المنصوص عليها في القانون " وكذلك رهن الشيء المستقبل رهنا حيازيا أو رسميا هذا ما نصت عليه المواد** 886،984،966ق.م.ج[2]وما تقابلها المادة 492من قانون المدني المصري .

أما مبررات المنع فتتمثل على وجه الخصوص في أن الوارث الذي يتصرف في أموال التركة المحتملة بالنسبة له يكون في غالب الأحيان مدفوعا تحت تأثير الحاجة، ويقع تحت طائلة الاستغلال من الآخرين.

فيجب أن يكون المحل ممكنا وغير مستحيل أن يكون المحل ممكنا أي غير مستحيل وهذا ما تقضي به المادة 93 من ق.م.ج[3]. ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام، وبتالي العقد المستحيل هو عدم استطاعة الناس كافة القيام بمحل الالتزام، وليس فقط بالنسبة للمدين بالذات والاستحالة نوعان : نسبية ومطلقة.

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 239.

[2] فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة الالتزام، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009 ص، 103.

[3] نصت المادة 93 من ق.م.ج " **إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب كان باطلا بطلانا مطلقا** ".

فالاستحالة مطلقة إما تكون استحالة طبيعية كما إذا كان التزام شخص يلمس الشمس.

أما الاستحالة النسبية وهي لا تحول دون قيام العقد، وهذه الاستحالة تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه مع وجود شخص غيره يستطيع القيام به كأن يلتزم شخص بنقل ملكية منزل مملوك لغيره فالاستحالة تمنع من قيام العقد،هي الاستحالة المطلقة، دون الاستحالة النسبية، ويراعي أن تكون الاستحالة المطلقة، وقت إبرام العقد حتى تمنع من قيامه[1].

فيمكن القول أن محل غير مشروع،فقد أورد المشرع نصا عاما يقضي بأن يكون الغرض من التعهد فعلا جائزا أي مشروعا، وشيئا يجوز التبايع فيه أي التعامل فيه كما أورد فيها المشرع المصري نصا عاما كذلك في المادة 149 من ق.م.م .

ويرى القانون ان يكون الاتفاق مشروعا، لان الأصل ان تحترم إرادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وقد حال دون احترامها مانع وقتي، هو وجود قانون يحرم الاتفاق .

و يلاحظ أن المحل يعتبر غير مشروع إذا كان خارجا عن التعامل فيه، سواء أكان هذا راجعا لطبيعة الشيء، كأشعة الشمس والهواء والماء الجاري أو سواء كان خارجا عن التعامل بنص قانون، كالأموال المخصصة للمصلحة العامة[2].

الفرع الثاني: منع التعاقد في السبب غير المشروع

السبب هو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه،فعدم مشروعية السبب كتعهد شخص بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من النقود، فالتزام من تعهد بدفع النقود يكون باطلا لعدم مشروعية سببه وهو قيام الطرف الأخر بارتكاب الجريمة[3].

الأمر في كل عقد يلتزم أحد المتعاقدين تنفيذ إجازة الأخر ليحمله، على أن يلتزم بالقيام بما يجب عليه القيام به دون إجازة، كالمودع يجيز حافظ الوديعة حتى يرد الوديعة، وكمن سرق

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص، 550.

(2) فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص، 104.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص،223.

منه شيء يجيز اللص حتى يرد المسروق، و كالحريص على كرامته يجيز بذئ اللسان حتى لا يسب.

ويمنع المشرع كذلك عقد الوساطة في الزواج، وهو عقد يلتزم به شخص أن يدفع أجرا لوسيط يبحث له عن زوج برضاه وهذا الوسيط هو ما يسميه بالخاطب، ويعتبر هذا العقد غير مشروع وهذا ما قرره القضاء الفرنسي وذالك باشتراط عدم الحصول على المال إلا إذا تم الزواج يعتبر باطل لعدم المشروعية وفريق أخر اعتبر الحصول على اجر سواء تم العقد أم لا يعتبر مشروع لان الأجر مقابل العمل وليس مقابل النجاح .

لأنه يجعل الزواج ضربا من التجارة في حالة ما اشترط الأخر على ألا يأخذه إذا تم الزواج فهذا الاتفاق باطل[1].

كذلك في حالة شخص يهب مالا الأخر حتى يمكنه من القيام بعمل غير مشروع في هذا الغرض إعطاء لان السبب هو الدافع إلى الهبة، أي غير مشروع، ولذلك تبطل الهبة لعدم مشروعية السبب لا لعدم مشروعية المحل .

يمنع المشرع كذلك من التعاقد التبرع غير مشروع أبطل التبرع لولد غير شرعي، أو ولد الزنا بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي، أو ولد الزنا أو المحارم في مال أبويه تبرعا أو ميراثا، محددا تحديدا ضيقا، وبتالي يبطل التبرع، ويمنع كذلك تبرع الخليل لخليلته وبتالي يبطل لا السبب غير مشروع .

وكذلك في حالة تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا وديا، انفصال الزوجة عن زوجها في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد إتباع اجراءات خاصة نص عليها القانون أو يكون بالطلاق،و فيما عدا هاتين الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على ان ينفصل أحدهما دون إتباع اجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع[2].

---

[1] فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص، 104.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص،576.

ويمنع المشرع التعاقد لسبب غير مشروع كما إذا تعهد شخص بدفع دين على أنه قرض وحقيقته أنه دين قمار، وهنا يبطل العقد لعدم مشروعية السبب الحقيقي الذي ينقسم إلى سبب قصدي وباعث [1].

ونجد القضاء المصري قضي ببطلان العقد بيع الأسلحة محرم استيرادها إلى مصر لعدم مشروعية السبب متى كان البائع على علم بهذا التحريم، وقضي بأن عقد القرض يكون باطلا إذا كان غرض المقترض منه المقامرة، وكان المقرض على علم بهذا القرض[(2)].

وأيضا حكم ببطلان عقد الوكالة الذي بموجبه يعقد سمسار صفقات بقصد المضاربة في سوق الأوراق المالية البورصة لعدم مشروعية السبب.

لذا نجد المشرع الجزائري يمنع التعاقد لسبب غير مشروع، ويكون العقد باطلا وهذا ما نصت عليه المادة 97 من ق.م.ج " **إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا** " وهذا المنع قصد به حماية المجتمع من نشوء عقود غير مشروعة وبذلك يتحقق لصالح الفرد والمجتمع[(3)].

الفرع الثالث: المنع بسبب صفة المتعاقد

أولا: النيابة في التعاقد

1- التعريف بالنيابة

نستطيع تعريف النيابة بأنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب، محل إرادة شخص أخر، هو الأصيل، في إنشاء تصرف قانوني تتصرف أثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب وهكذا نجد في النيابة شخصا يعبر عن إرادته باسم غيره، ولحساب هذا الغير، وبذلك يكون

[1] **عبد الرزاق أحمد السنهوري ' جزء الأول' فقرة 291 ' المرجع السابق ' ص' 577.**

[(2)] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 230.

[(3)] علي فيلالي المرجع السابق، ص، 253.

النائب طرفا في التصرف، ولمكنه لا يكون طرفا في العلاقة التي تنشأ عن هذا التصرف، العقد مثلا تنصرف إلى ذمة الأصيل كما لو كان هو الذي أبرم التصرف بنفسه[1].

نكون بصدد النيابة في التعاقد لما يقوم شخص بإبرام عقد بواسطة شخص ينوب عنه، ويجب أن تتوفر في الشخص بصفته نائب الأهلية اللازمة لإبرام العقد .

و النيابة كما هو معروف، قد تكون قانونية كما هو الحال الولي، أو الوصي أو القيم، أو اتفاقية يحدها الأطراف أو يحددها القضاء، كالنيابة القضائية التي تعطي للحارس القضائي مثلا السلطة في إدارة مصالح معينة إلى أن يصدر حكم فاصل .

كما ان النيابة قد تكون عامة لا تسمح للنائب بالقيام بأعمال التصرف بل تقتصر أعمال إدارة الاستغلال والاستعمال، أو يمكن ان تكون خاصة تشمل أعمال التصرف والاستعمال والاستغلال .

و النيابة في التعاقد بأنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص أخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف أثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب.

ويحقق نظام النيابة فوائد عملية كثيرة، فيسمح للراغبين في التعاقد، الذين تمنعهم ظروفهم من إبرام العقود، بأنفسهم كالمرض أو السفر، أو عدم الخبرة،أن يحققوا ذلك عن طريق النيابة، بل ان نظام النيابة في التعاقد قد يكون مفروضا، على الشخص كما في حالة نقص أهليته، وكذلك في حالة عديمي الأهلية كالصبي غير المميز، والمعتوه والمجنون، إذ ان القانون لا يجيز لهؤلاء الأشخاص إبرام التصرفات بأنفسهم، فيحل محلهم من ينون عنهم[2].

وعليه تعد النيابة لازمة في بعض الأحيان، لما يكون الأصيل عاجزا عن التعبير عن إرادته كالقاصر،المحجوز عليه،النائب . فلا يستطيع إبرام التصرفات القانونية بنفسه،فيقوم نائب عنه بهذا العمل،أو إذا كان الأصيل كامل الأهلية، لكن ليس لديه الوقت الكافي مثلا: لإبرام بعض التصرفات القانونية،فيكلف شخصا ينوب عنه وتتوافر لديه الخبرة في القيام بالتصرفات.

---

(1) فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص، 72

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص،139

والنيابة في التعاقد قد تكون اتفاقية وهذه الأخيرة هي التي يستمد النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة، الذي يبين حدود الوكالة، وقد تكون قانونية، وهي التي يستمد النائب سلطته في التعاقد من القانون . ومثالها :الولي، الوصي والقيم على القصر، والمحجوز عليهم. وقد يفوض القانون تحديد شخص النائب للقاضي،كما هي الحال بالنسبة إلى الوصي والقيم والحارس القضائي، ويصبح تسمية النيابة الأخيرة بالنيابة القضائية لأن القضاء يعين النائب[1].

2-شروط النيابة

وحتى تكون النيابة صحيحة وجب توافر شروط، وهي ان تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وعدم تجاوز حدود النيابة،وتعامل النائب باسم ولحساب الأصيل[2].

أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني، وهذا ما يميز النائب عن مجرد الرسول،الذي يقتصر دوره في التعاقد على مجرد نقل إرادة، أحد المتعاقدين، إلى المتعاقد الأخر، والتعاقد في هذه الحالة يكون بين غائبين .

ويشترط في النيابة ان يتعامل باسم الأصيل لا لحسابه الخاص،ولا يعتد بقصده، لأنه أمر باطني، فلا بد أن يعلن انه يتعاقد بصفته نائبا، فإذا لم يفعل ذلك، فان اثار العقد، لا تضاف إلى الأصيل، بل تضاف إلى النائب شخصيا .

يجب ان يلتزم النائب حدود نيابته، فإذا خرج عن هذه الحدود التي يحددها الاتفاق، إذا كانت النيابة اتفاقية، أو حددها القانون ان كانت النيابة قانونية، لم ينتج التصرف أثره في ذمة الأصيل[3].

---

(1) عبد الرزاق دربال، الوجيز في نظرية العامة الالتزام مصادر الالتزام، طبعة الأولى دار العلوم للنشر والطباعة، الجزائر، 2004، ص، 39.

(2) حسب ما نصت عليه المادة74 من ق.م.ج " **إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل** "

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص، 30.

3- أثار النيابة

ومن أثار النيابة بالنسبة للنائب لا أثر له للعقد، فلا يلحقه الأصيل فالنائب لا يلتزم بأي التزام، ولا يكسب أي حق يرتب على العقد، ولذلك فلا يحق للنائب مطالبة المتعاقد معه بتنفيذ العقد حسب المادة 173 ق.م.ج إلا إذا كان نائب عن الأصيل في التنفيذ كما لا يسأل عن تنفيذ العقد كفيلا عن الأصيل .

أما الأثر بالنسبة للغير، الذي أبرم التصرف مع النائب، فتنشأ علاقته مع الأصيل، مباشرة، فيكسب في مواجهته الحقوق الناشئة عن العقد، ويسأل عن تنفيذه ولا يطالب النائب بالتنفيذ، إلا إذا كان النائب قد كفل الأصيل في ذلك، فيرجع عليه لا بصفته نائبا، بل بوصفه كفيلا، وللغير الرجوع على النائب على أساس المسؤولية عن الفعل غير المشروع مسؤولية تقصيرية إذا ارتكب النائب خطأ في حقه أثناء التعاقد[1].

ثانيا: تعاقد الشخص مع نفسه

التعاقد مع النفس لا يتفق إذا مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد إلا شخصا واحدا، وإرادة واحدة يتمثل في الإيجاب.

كما يتمثل فيها القبول ولهذا يرى جانب من الفقه أن التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية،وأن التعبير ذاته "التعاقد مع النفس" يعتبر لا معنى له لان لفظ التعاقد بذاته يستلزم متعاقدين،و لا يستقيم بطرف واحد[2].

منع التعاقد هو عدم وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل، أو وجود هذا الخطر، فيمنع التعاقد عند وجود خطر، وبتالي فالخطر متحقق في تعاقد شخص مع نفسه لنفسه .

بالنسبة لبعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه، فتمنع مباشرة هذه العقود، فمثلا قد يكون الشخص الذي ينوب عنه متعاقد مع نفسه شخص معنويا، كشركة يمثلها مديرها، فيتعاقد

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص،149

[2] فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص، 75.

المدير مع نفسه باسم الشركة، ويتبع في هذه الحالة القواعد المتقدة، بل يجب زيادة التحفظ لأن الخطر أشد، فالشركة وهي شخص معنوي لا تستطيع أن تحافظ على حقوقها محافظة الشخص الطبيعي،فتمتنع العقود الخطرة كالبيع والمقايضة، وما إليها ولا تصح إلا بترخيص خاص من الجمعية العمومية للشركة وبتقديم حساب عن العمل[1].

كأن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلا عن نفسه،ونائبا عن غيره، كما إذا وهب الأب بصفته الشخصية ماله لابنه، ثم قبل بصفته وليا عنه،وكما إذا اشترى لنفسه شيئا مملوكا لغيره وكل في بيعه .

وبتالي لا يجوز أن يتعاقد النائب مع نفسه، نيابة عن كل من المتعاقدين، سواء كان عقدا في خطورته، أو عقدا دون ذلك كذلك لا يجوز لمحامي واحد أن يوكل عن خصمين في قضية واحدة .

ان المشرع الجزائري أورد نصا عاما يحظر تعاقد الشخص مع نفسه، عدا بعض الحالات الاستثنائية وهذا حسب ما نصت عليه المادة 77 من ق. م.ج،المقابلة لنص المادة 108 من ق. م. **المصري "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز الأصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد كل هذا مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة ".**

يتبين من النص أن العلة من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما بقصد حماية حقوق الأصيل، غير أنه انه متى تحققت مصلحته من ذلك التعاقد جاز للأصيل أن يرخص للنائب مقدما بأن يتعاقد لحساب نفسه، أو أن يجيز هذا التعاقد بعد تمامه[2].

وتزداد خطورة التعاقد مع النفس عندما يكون أصيلا عن نفسه، ونائبا عن غيره حيث سيقدم حتما مصلحته الشخصية عن مصلحة الغير، وهو ما يتعارض مع مبدأ حسن النية في

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص، 236.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص، 151.

تنفيذ العقود المنصوص عليها في المادة 107 ق.م.ج وكذا نصوص المواد 77 و410 و412 من ق.م.ج التي حظرت مثل هذا النوع من التعاقد .حسب ما نصت عليه المادة 412ق.م.ج يصح البيع في الأحوال المشار إليها في المادتين 410[1].و411 إذا أجازه من تم العقد لحسابه هذا حسب نص المادة 412 من ق.م ج على انه " العقد يصح في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا أجازه من تم البيع لحسابه "[2].

وقد حرمت بعض القوانين تعاقد الشخص مع نفسه، كالقانون الألماني والايطالي، وأجازته بعضها مع بعض العقود، كالقانون الفرنسي والسويسري .

وبعض القوانين جعلت القاعدة الأصلية هوالتحريم، وأورد حالات استثنائية كما هو الحال في القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري .

1- في بعض الحالات منع المحامين والقضاة من التعاقد

يمنع المشرع كذلك شراء الحقوق المتنازع عليها من قبل القضاة والمحامين والمدافعين الشرعيين والموثقين وكتاب الضبط، وهذا ما نصت عليه المادة 402 من ق.م.ج التي تنص " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين ولا للمحاميين ولا الموثقين ولا كتاب الضبط أن يشترط بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتهم وإلا كان البيع باطلا[3]".

كذلك نصت المادة 403 من ق .م.ج " لا يجوز المحامين ولا المدافعين 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) نصت المادة 410 من ق.م.ج « ***لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى***»

(2) وتحريم التعاقد مع النفس مرجعه ان النائب وحده ينفرد بالتوفيق بين مصلحتين متعارضتين، وهذا وضع لا تتوافر فيه الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل .

(3) محمد صبري السعدي،المرجع السابق، ص، 150.

ومن هذه الأمكنة أن محل الالتزام نقل حقوق أمر مشروع لكن محل العقد أي العملية القانونية وهي التعامل في حقوق متنازع أمر غير مشروع[1].

2- في بعض الحالات منع البائع من التعاقد

نصت المادة 903 ق.م.ج. الخاصة بارتفاق المرتهن والراهن على شراء الرهن عن طريق القضاء والمادة 960 ق.م.ج . الخاصة بالرهن الحيازي، والتعامل في تركة المستقبلة والاتفاق على فائدة في القرض الاستهلاكي بين الأفراد ....." .

وهناك حالات ولو كانت حقوق الغير فلا يصح التعامل فيها كبيع الحقوق السياسية، وحق تولي الوظائف العامة، ولا الحقوق العامة كحق الحرية الشخصية، فلا يمكن أن يتنازل شخص عن حق لصيق بحالته، مثلا : التنازل عن الحق في البحث عن نسبه أو تعديل نسبتيه ولا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على ولده في التربية[2].

وكذلك يمنع المشرع تغيير الالتزام النقدي، حسب ارتفاع أو إنقاص قيمة العملية وهذا حسب ما نصت عليه المادة 95 من ق.م.ج وبتالي كالشرط الذي يغير الثمن المنصوص عليه في العقد حسب تغيير الدينار باطلا بطلان مطلقا[3].

وأيضا يمنع القانون شراء الشيء على من عهد إليه بيعه أو بتقويمه حسب المادتان 410، 411 من ق.م.ج .

وكذلك يمنع المشرع الأشخاص الذين يصبحون فاقدي الأهلية بحكم القانون، وهذا حسب نص المادة 78 من ق.م.ج تنص " كل شخص أهلا للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون[4]".

---

(1) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص، 37.

(2) فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص، 106.

(3) نصت المادة 95 من ق.م ج " **إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود وانخفاضها وقت الوفاة أي تأثير**" .

(4) مندي أسيا يسمينة، الرجع السابق، ص،125

أي المحكوم عليه بعقوبة جناية خلال مدة قضاء العقوبة فيكون عديم الأهلية، ويمتنع عليه قانون القيام بالتصرفات القانونية، ويصبح محجوزا عليه بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بعقوبة جنائية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية بأنه ". من المقرر قانونا أن المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية ومن ثم فان القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون[1].

المطلب الثاني

منع التعاقد في القواعد الخاصة

ان العقد باعتباره تصرفا قانونيا يعد تعبيرا إراديا عن النية، يرتب عليه القانون أثار قانونية تحقيقا لتلك النية، فليس القانون هو الذي ينشا العقد، وإنما إرادة المتعاقدين هي التي تنشأ العقد بمساعدة القانون[2].

ولكن هذه الحرية في التعاقد تغيرت كثيرا بحيث أصبحت محدودة ومقيدة بنصوص قانونية أمرة .وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال الفرعين التالين: منع الاتفاقات المقيدة لحرية المنافسة فرع أول، ومنع إبرام قروض الاستهلاك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: منع الممارسات المقيدة لحرية المنافسة

يمكن القول بأن النظام الاقتصادي التنافسي هو تدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية لضبطها لان ترك النشاط الاقتصادي لأفراد والسماح بحرية مطلقة قد يمس في غالب الأحيان بالحرية التنافسية لذلك جاء قانون المنافسة للحد من هذه الحرية عن طريق حظر بعض

---

[1] قرار رقم،43476، مؤرخ في 29/ 1986/06 المجلة القضائية 1993 العدد 01.

[2] محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا الأمر 03/03 والقانون 02/04، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، ص، 54 .

الممارسات المقيدة للمنافسة والتي ذكرها على سبيل المثال لا على الحصر ونجد ذلك في نص المادة 06 من أمر 03/03 المتعلق بالمنافسة[1].

أولا : حظر الاتفاقات المقيدة لحرية المنافسة

نصت المادة 06 من قانون المنافسة على أنه " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف، أو يمكن ان تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لا سيما عندما ترمي إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها.

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطو التقني .
- اقتسام الأسواق أو مصادرالتموين .
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع للارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو بحسب الأعراف التجارية .
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة[2].

ثانيا: حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

توجد في بعض الأسواق،مؤسسات تتمتع بقوة سوقية أو هيمنة على السوق من منافسيها، كما توجد في حالات قصوى مؤسسة وحيدة تحتكر السوق أي دون منافسين لها[3].

---

(1) أمر رقم 03/03 المؤرخ في19/يوليو/2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر، العدد43 المعدل والمتمم.

(2) محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص، 55.

(3) محمد تيورسي ، الضوابط القانونية لحرية المنافسة في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص،299.

ونصت المادة 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة على انه "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها على جزء منها قصد .

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسات النشاطات التجارية فيها .
- تقليص أو مراقبة الإنتاج، أو من حد التسويق أو الاستثمارات أ والتطور التقني .
- أقسام الأسواق أو مصادر التموين .
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين هما يحرمهم من منافع المنافسة .
- إخضاع إبرام العقود الشركاء لقبولهم خدمات إضافية، ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية"[1].

ثالثا: حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية

يحرص قانون المنافسة على منع الممارسات المقيدة للمنافسة مهما كان شكلها ومضمونها، ومن تلك الممارسات ما تركبه بعض المؤسسات القوية الاقتصادية من افعال وسلوكيات اتجاه بعض المؤسسات تتمثل في فرض بعض الشروط التعسفية عليها، نتيجة استغلال حالة التبعية التي تتواجد عليها هذه المؤسسات، التي لا تملك خيارات كافية او حلول بديلة لرفض تلك الشروط المجحفة ونظرا لما تسببه هذه المنافسة من ضرر فقد حظرتها المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة ونصت على انه " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة يتمثل هذا التعسف على الخصوص في :

- رفع البيع بدون مبرر شرعي .
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا .

[1] جمال خوالد، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2017، ص، 24 .

- البيع المتلازم أو التمييزي .
- الإلزام بإعادة البيع بسعر ادني .
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة .
- كل عمل أخر من شانه ان يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق ".

يلاحظ ان التعسف في حالة التبعية الاقتصادية، يكفي لإدانته ان تكون للمؤسسة المسيطرة تبعية على المؤسسة التي تتعامل معها[1].

رابعا : حظر ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا :

استحدث المشرع الجزائري هذه الممارسة بموجب الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة وتختلف عن ممارسة إعادة البيع بالخسارة المنصوص عليها في الأمر رقم 06/95 الملغى[2]. وذلك من حيث مضمونها وشروطها حظر قانون المنافسة البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي نظرا لضررها على المنافسة في السوق، وتتمثل هذه الممارسة في ذلك البيع الذي يعرض فيه العون الاقتصادي بيع سلعة أو بيع هذه السلعة فعلا للمستهلك بسعر يقل عن سعر الإنتاج والتحويل والتسويق، وذلك إذا كان هدف أو اثر ذلك تقييد المنافسة او عرقلتها في سوق ما، فقد حد المشرع نطاق الحظر إلى المنتج والممول اللذين قد يتعسفان في تخفيض أسعار السلع المباعة من طرفها مباشرة إلى المستهلك إلى حد يقل على تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق[3].

---

(1) تيورسي محمد، المرجع السابق، ص، 230.

(2) أمر رقم 06/95 المؤرخ في 25/ جانفي /1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد9 الصادرة في 22/فيفري /1995، الملغى.

(3) جمال خوالد، المرجع السابق، ص، 25.

الفرع الثاني: منع إبرام قروض الاستهلاك

أولا : تعريف القرض الاستهلاكي

القرض الاستهلاكي هو القرض الذي يربط بين المهنيين والمستهلك مهما كانت الطبيعة القانونية للعقد الذي أدى إلى ايجادهذا القرض سواء تعلق الأمر بشراء أو كراء أو تقديم خدمة .وقد يكون القرض الاستهلاكي شخصيا عندما لا يتم تقييد المقترض لصرفه في مجال محدد، وقد يكون مرتبط بعقد أخر، ان تزايد الإقبال على السلع والخدمات وتغيير تقاليد الاستهلاك في المجتمع أدى إلى ظهور أشكال جديدة للتمويل للحصول على السلعة او الخدمة في اقرب وأسرع وقت، وهكذا ظهرت شركات متخصصة في تقديم قروض الاستهلاك، وفي إطار قانون الالتزامات والعقود فانه عرف القرض "أو عارية لاستهلاك بأنه عقد بمقتضاه يسلم احد الطرفين لأخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال "أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها بشرط ان يرد المستعير عند انقضاء الأجل المتفق عليه أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة، إضافة إلى العناية الخاصة التي أصبح القطاع البنكي بالجزائر يوليها لهذا النوع من القروض إذ أصبح يخلق فروعا متخصصة في تقديمها ويقدر عدد الشركات العاملة في قطاع التمويل وقروض الاستهلاك[1].

وتتمحور القروض الاستهلاكية الممنوحة من قبل هذه الشركات حول قروض السيارات وقد تطور هذا القرض خاصة الذي عرفه سوق السيارات، وقروض التجهيز المنزلي والقرض الشخصي المباشر، والقروض العقارية .

ويرجع هذا التطور الذي يعرفه هذا النوع من القروض الى المزايا التي يوفرها للمستهلك، حيث تمكن له الحصول على المنتجات والخدمات دون حاجة الى توفير المؤونة النقدية حالا،

[1] عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص، 49 .

أو دون ان يطالب بالأداء الفوري للثمن بحيث ينتفع بالسلعة او الخدمة ولا يؤدي ثمنها إلا لاحقا[1].

ثانيا : مخاطر القرض الاستهلاكي

إذا كان القرض الاستهلاكي يوفر تلك المزايا، فان مخاطره بالنسبة للمستهلك متعددة، فهذا الأخير نفسه في مركز ضعف في مقابل المهني وقد يقدم على تصرفات لا يقدرها حق قدرها وذلك تحت تأثير الحاجة إلى المال خاصة في المجتمعات التي تقل فيها القدرة الشرائية كما هو بالنسبة للمجتمع الجزائري والإغراءات التي يقدمها المهنيون في هذا الإطار تتزايد أخطار القرض الاستهلاكي بالنسبة للمستهلكين خاصة بعدما التجأ المهنيون إلى استعمال هذه التقنية كوسيلة لتنمية أنشطتهم، لذلك أصبح هؤلاء لا يترددون في اللجوء إلى أساليب الإشهار لجلب اكبر عدد ممكن من الزبائن،لذلك أصبح المستهلك مهددا في إرادته بإخطار حقيقية قد تصلب منه إرادته الكاملة وتجعله يبرم العقد دون تبصر تحت ضغط الإكراه الاقتصادي، فالحاجة إلى المال من جهة وتحول كثير من السلع والخدمات الكمالية إلى ضرورة ملحة في المجتمع يغلب عليه فالطابع الاستهلاكي من جهة ثانية تشكل تهديدا حقيقيا لإرادة المستهلك فقد تدخل المشرع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المؤرخ في 12ماي 2015 وقد يحاول البعض التحايل للحصول على أكثر من قرض في ان واحد من عدة بنوك وهذا أمر غير قانوني يوقع المدان والبنوك في الحظر لذلك يتم الاعتماد على مركزية المخاطر في تفادي ذلك، فكل شخص استفاد من قرض سواء كان استهلاكي أو قرض سكن أو غيره مسجل تلقائيا ويمنع من اخذ قرض أخر حتى يسدد كل الديون التي عليه، وبتالي ستمر كل طلبات القرض إلى مركزية المخاطر وفي جميع الحالات[2].

إضافة إلى القيود التي قيد بها الإشهار المتعلق بالقرض فنجد المشرع يمنع كل أشكال الإشهار الكاذب حيث نظم طرق الإشهار ومحتواه والمسؤولية المترتبة عنه،وان يكون الإشهار

---

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، طبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص، 91.

[2] عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص، 94.

نزيها وان لا يكون من شانه إيقاع المستهلك في الغلط، وكذلك يمنع استعمال العنوان الالكتروني للغير وكذلك تزييف أو إخفاء مصدر الرسالة .وهذا ما نصت عليه المادة 121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تمنع بدورها كل إشهار يتضمن ادعاء أو إشهار أو تقديم خاطئ أو بشكل تضليل يحول وجود طبيعة وخصائص ومصدر وكمية السلع والخدمات موضوع الإشهار، يمنع ان يشار في كل إشهار كيفما كانت الوسيلة المستعملة فيه إلى إمكانية منح القرض دون طلب معلومات تمكن من تقييم الوضعية المالية للمقترض أو ان يقترح فيه ان القرض يؤدي إلى زيادة في الموارد أو يمنح احتياطيا ماليا تلقائيا متوفرا في الحال دون مقابل مالي معين، يجب تمييز العرض المسبق عن أي وسيلة أو وثيقة اشهارية[1].

وخلاصة لما سبق ان النظام العام والآداب العامة مستعصيا ويرجع ذلك الى فكرته مرنة غير محددة، فهو مفهوم مطاطا يختلف باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر من النظام العام

[1] عرعار أمينة وحداد سومية، حماية المستهلك من الإشهار التجاري المضلل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون،تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص، 15.

والآداب العامة في مجتمع ما، لا يعتبر في مجتمع أخر، وقد يخرج ما كان يعتبر منهما من دائرتهما بشكل نهائي في زمن لاحق .

والقواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي يرمي من وراء تقريرها مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تعلو على مصلحة الأفراد، أما الأداب العامة هي تلك الوتيرة الأدبية التي تعارف الناس في مجتمع معين على السير بموجبها باعتبارها وليدة المعتقدات الحميدة المناطة فيه .

فالمشرع تدخل لمنع الأطراف المتعاقدة في القواعد عامة،و بنصوص خاصة والقواعد القانونية أمرة هي تسمية فقهية للدلالة على تلك النصوص التي تأمر بفعل أو تنهى عنه بحيث لا يجوز لأفراد الاتفاق على مخالفتها مهما كانت مراكزهم القانونية .

فتدخل المشرع بمنع بسبب صفة المتعاقد أي لا يمكن للشخص ان يتعاقد مع نفسه، وذلك بنصوص قانونية آمرة وكذلك منع المحاميين والقضاة من إبرام عقود المتنازع فيها .

وبتالي قيد المشرع من حرية التعاقد بمنع المتعاقدين من إبرام العقود كمنع إبرام قروض استهلاك، نجد تدخل المشرع مباشرة بنصوص قانونية يحتم على المتعاقدين التقيد بها مثل منع الاتفاقات المقيدة لحرية المنافسة .

خاتمة

إذا كانت حرية التعاقد هي على كل حال قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا ان هناك اعتبارات من شأنها ان تمس بهذه الحرية وتجعل أحد العاقدين، غير متمتع بها تمام التمتع ولكن هذه الحرية في التعاقد قد تغيرت كثيرا بحيث أصبحت مقيدة بنصوص قانونية أمرة .

من خلال ما سبق يمكن استخلاص مجموعة من النتائج مع إيراد بعض الاقتراحات:

1- أخذت العقود التي تتفاوت فيها المراكز بين المتعاقدين منتشرة كثيرا إذ باتت من المألوف فرض الطرف المتمتع بالقوة التعاقدية، بشروطه محررة سلفا والتي لا يملك إزاءها المتعاقد الأخر من الناحية العملية فرصة للمناقشة أو تعديل مضمونها هذا من جهة ومن جهة أخرى، أصبحت هذه العقود في الوقت ذاته بسبب إجحاف بحق الطرف الأقل خبرة وذلك لتضمين شروط تحد من حقوقه أو ضماناته أو تزيد من أعباءه والتزاماته أو بالعكس تزيد من حقوق واضعها وتوفر له السبل الكفيلة في الزيادة من ضماناته أو الحد من نطاق التزاماته التي يفرضها العقد المبرم بينهما .
2- ان إجبار الطرف الضعيف بالشروط التي يفرضها الطرف القوي يستوجب علمه بها لان يغير ذلك، لا يمكن القول بان إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى التعاقد .
3- ان تدخل المشرع بنصوص قانونية أمرة توضح لنابان إرادة التعاقدية ليست مطلقة في نطاق شاسع بل مطلقة في نطاق القانون .
4- ان التطور الحديث لفكرة النظام العام قد اثر على المجال التعاقدي، بزيادة القيود الواردة عليها.
5- ان مسالة تدخل المتزايد للمشرع، في تنظيم التعاقدات ما هو إلا تمشيا مع نفس أسس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية .
6- فالمشرع باعتباره قانونيا موضوعيا يعلو العقد بحسبانه مصدرا للحقوق الشخصية، وإذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج .

7- هناك بعض العقود التي تبرم على الإلزام قانوني أي التعاقد الإجباري، والتي يمكن تسميتها بالعقود الإلزامية والتي لا يلعب فيها الرضا دورا كبيرا في مناقشة شروط العقد عند إبرام العقد، وإنما يطبق طرفي العقد نظاما رسميا مفروضا عليهم بمقتضى القانون .

8- ان القيود التي تفرض على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد، إنما تفرض مباشرة من قبل المشرع ويكون ذلك يصدر نصوص أمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها مثل : تنظيم مضمون عقد العمل وعقود النموذجية عبارة عن مجموعة من الشروط فتعد العقود النموذجية وسيلة قانونية مرنة في توحيد أحكام البيوع التي تحكم المعاملات .

9- ان تدخل المشرع في منع إبرام العقود المخالفة للنظام العام والآداب العامة كمنع إبرام العقد في محل غير مشروع أو لسبب غير مشروع يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ذلك لحماية المصالح الجماعية من جهة وحماية الطرف المتعاقد الضعيف من جهة، وكذلك تدخل المشرع في منع التعاقد في القواعد الخاصة فقيد من حرية المنافسة وذلك بمنع الاتفاقات المقيدة لحرية المنافسة بنصوص قانونية، وكذلك نجد المشرع فرض مباشرة بنصوص قانونية يحتم على المتعاقدين التقيد بها مثل منع إبرام قروض الاستهلاك .

10- ان المشرع الجزائري أدرج العديد من الأحكام الجديدة في القانون المدني وأصدر عدد كثيرا من التشريعات الخاصة،إلا انه لم يقم في إطار برنامج بإصلاح العدالة .

خلافا للمشرع الفرنسي الذي قام بإصلاح جذري لنظرية العقد من خلال تقيده للحرية التعاقدية لأطراف في إبرام العقد.

نقترح على المشرع الجزائري كان عليه ان يجمع شتات التطبيقات التي أوردها في نصوص مختلفة من القوانين يجمعها وينظمها في القانون المدني الجزائري التي تقيد الحرية

التعاقدية ضمن احد أبواب قانون المدني .لتكون نظرية القيود الواردة على حرية التعاقد لا تقل من شانها عن باقي النظريات الأخرى .

وفي ختام دراستنا يمكننا الإجابة على الإشكالية ان جوهر العقد هو الحرية التعاقدية، إلا ان هذه الحرية ليست مطلقة بل ان هناك قيود عديدة فرضها المشرع في مرحلة تكوين العقد وفي مضمونه .

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المراجع

I. الكتب

1-سليمان أحمية ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

2-أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائري، الجزائر،2011.

3-أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

4- العربي بلحاج، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة،الجزء الأول، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

5- محمد تيورسي ، الضوابط القانونية لحرية المنافسة في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.

6-معراج جديدي ، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

7-حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة منشأة المعارف، الإسكندرية،1974.

8- حسن كيره،أصول قانون العمل،عقد العمل، منشاة المعارف،الإسكندرية، 1979.

9- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

10-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح قانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

11- أسيا دوة ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،2009.

12-طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ' 1997.

13-عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح قانون المدني، النظرية العامة لالتزامات، نظرية الحق، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1998.

14-عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول' طبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1998.

15-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، المجلد الثاني، (أسباب كسب الملكية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

16-عبد الرزاق دربال، الوجيز في نظرية العامة الالتزام مصادر الالتزام، طبعة الأولى دار العلوم للنشر والطباعة، الجزائر، 2004.

17-علي علي سليمان، النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

18-علي فيلالي، الالتزامات(النظرية العامة للعقد)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، الجزائر، 2001.

19-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، طبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

20-فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب، الإرادة المنفردة، إعادة الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009.

21-لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في قانون المدني الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1991.

22-محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2006 .

23-محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في قانون المدني الجزائري، بدون طبعة، مؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1983.

24-محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في ق.ج،بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.

24- محمد حسين منصور، مبادئ قانون التامين، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، بدون تاريخ النشر .

26-محمد حسنين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى حماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، بدون طبعة، دار النهضة العربية،القاهرة،1998.

27-محمود سعد الشرقاوي، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية، درا النهضة العربية، القاهرة،2006.

28- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا الأمررقم 03/03 والقانون 02/04، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر .

29-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة لالتزامات، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، الجزء الأول، طبعة جديدة، مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2009.

30-محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، الناشر مطبعة، جامعة القاهرة، 1987.

31- همام محمد محمود، قانون العمل، الناشر، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1986.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

I. رسائل الدكتوراه :

1. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، علوم في الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

II. مذكرات الجامعية :

1. بوفلجة عبد الرحمان، الإرادة في مجال التعاقدي على ضوء القانون المدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الخاص،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2008.
2. مال خوالد، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، جامعة قاصي مرباح، ورقلة، 2017.
3. رواس حميدة، خصوصية عقد التامين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016 .

4. عرعار أمينة وحداد سومية، حماية المستهلك من الإشهار التجاري المضلل، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون،تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة،2016
5. ليلى حدوم، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر،2001
6. مندي أسيا يسمينة،النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر،2009

III. **المقالات** :

1- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين ' موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)'كلية القانون' فرع قانون الخاص ' جامعة موصل ' العراق ' بدون سنة النشر.

2-كريمة بركات، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة المعارف، كلية الحقوق، المركز الجامعي، بجامعة البويرة، العدد السادس،2009.

ثالثا : النصوص القانونية

I. النصوص التشريعية

1. قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة'ج-رعدد 24 الصادر في 1984/06/12 معدل ومتمم .
2. قانون رقم 02/89 مؤرخ في 07 فيفري1984، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج-ر، العدد 06، لسنة 1989 ملغى بقانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 ج –ر عدد 15 الصادر في 11 مارس 2009.
3. قانون رقم 90 /11مؤرخ في 21أفريل1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج-ر، العدد 17، الصادر في 1990/04/25معدل ومتمم .
4. قانون رقم07/95 مؤرخ في 1995/01/25، ج –ر عدد 13 الصادر في 1995/03/08 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بأمر رقم 02/08 و أمر 01/10 .
5. أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003،المتعلق بالمنافسة،ج-ر، العدد 64، المؤرخ 20 يوليو2005 موافق عليه بقانون 12/08مؤرخ في 25يونيو2003 ج-ر، العدد36، الصادر

ب02 يوليو2003جريدة رسمية، عدد64، الصادرة 26اكتوبر2003معدل ومتمم، بقانون12/08 المؤرخ في 25 جوان2008، المتعلق بالمنافسة .

6. قانون رقم 02/06 مؤرخ في 20 يوليو 2006، يتضمن مهنة التوثيق، جريدة رسمية رقم 14 الصادر ب03/08 /2006.
7. أمر رقم03/06 مؤرخ في 15 يوليو 2006، متضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية، عدد 46، الصادر في 07/16/ 2006.
8. قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،ج-ر، العدد 15، الصادر بتاريخ 08مارس2009 .
9. أمر رقم 91/70، مؤرخ في 15 سبتمبر1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج-ر،العدد 31 ملغى بقانون 02/06.
10. أمر رقم 15/74 مؤرخ في 30جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض، معدل ومتمم، ج ر عدد 15 صادر في 19 فيفري 1975.
11. أمر رقم 58/75، المؤرخ في 26سبتمبر 1975، المتضمن المدني الجزائري، ج-ر، العدد78، لسنة 1975، المعدل والمتمثل بالقانون 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005،ج-ر العدد44، لسنة2005.
12. أمر رقم03/97، مؤرخ في 11يناير1997، المتعلق بالمدة القانونية للعمل ج-ر، العدد 03 لسنة،1997.

II. النصوص التنظيمية

1- المراسيم :

أ- المراسيم التنفيذية

1. مرسوم تنفيذي رقم 85/63 مؤرخ في 16 مارس 1963، المتعلق بقمع مخالفات التشريع المتعلق بإفشاء وحيازة وصناعة الأسلحة والذخيرة والمتفجرات، ج-ر، العدد 14 الصادرة في 19/مارس/1963.
2. مرسوم تنفيذي رقم 69/94 المتعلق المصادقة على نموذج عقد الايجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 مؤرخ في 01مارس 1993.
3.

ب- المراسيم التشريعية

1. مرسوم تشريعي رقم 07/94 مؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج-ر العدد 32 الصادر في 1994/05/25 معدل ومتمم .

2- القرارات القضائية :

1. قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية ملف رقم 27136 بتاريخ 1982/04/28.
2. قرار المحكمة العليا' الغرفة الإدارية' ملف رقم 40097، المؤرخ في 1989/06/03 'المجلة القضائية، 1992 العدد الأول ص،119.
3. قرار المحكمة العليا ملف رقم 43476 المؤرخ في 1986/06/29 الصادر بالمجلة القضائية، العدد01، لسنة 1993 ص ' 14.
4. قرار المحكمة العليا ملف رقم 435366 المؤرخ في 22 أفريل 2008، العدد02، لسنة 2008.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول **تقييد الحرية التعاقدية بطريق الإجبار**	
المبحث الأول : التقييد في تكوين العقد	03
المطلب الأول : الشكلية كقيد على تعاقد	03
الفرع الأول : مفهوم الشكلية	03
أولا :تعريف الكتابة	04
ثانيا : أنواع الكتابة	05
1. الكتابة الرسمية	05
الشرط الأول : محرر العقد الرسمي	05
1-الموظف	05
2. الضابط العمومي	06
3. الشخص المكلف بالخدمة العامة	06
الشرط الثاني : الاختصاص	07
الشرط الثالث : الأشكال القانونية	07
2. الكتابة العرفية	08
الفرع الثاني : تطبيقات الشكلية	09
أولا : الشكلية في القانون المدني	09
أ. الشكلية الرسمية في العقود المدنية	09
1. الشكلية الرسمية للانعقاد عقد البيع الواقع على العقار	10
2. الشكلية للانعقاد عقد الرهن الرسمي	10
3. الشكلية للانعقاد عقد هبة العقار	11
4. الشكلية للانعقاد عقد الشركة المدنية	12
ب . الشكلية العرفية في العقود المدنية	12

ثانيا : الشكلية في القوانين الخاصة	13
1. الشكلية في عقد التأمين	13
2. الشكلية للانعقاد عقد الاستهلاك	15
3. الشكلية للانعقاد العقد النموذجي	16
4. الشكلية للانعقاد عقد العمل	16
المطلب الثاني : التعاقد الإجباري	18
الفرع الأول : تأمين التزامي	18
الفرع الثاني : بيع السلعة وتأدية الخدمة	22
الفرع الثالث : التعاقد الإجباري مع الشفيع	24
الفرع الرابع :تشغيل ذوي الاحتياجات الخاص	28
المبحث الثاني : التقييد في مضمون العقد	30
المطلب الأول : العقد النموذجي	30
الفرع الاول: تعريف العقد النموذجي	31
الفرع الثاني: مضمون العقود النموذجية	32
المطلب الثاني : تنظيم مضمون عقد العمل	33
الفرع الأول : القيود الواردة على مدة العمل	34
الفرع الثاني :القيود الواردة على العطل وتشغيل الأحداث والنساء	35
أولا : القيود الواردة على العطل	35
ثانيا : تشغيل الأحداث والنساء	36
الفصل الثاني **تقييد الحرية التعاقدية بطريق المنع**	
المبحث الأول : فكرة النظام العام	43
المطلب الأول : مفهوم فكرة النظام النظام العام كآلية المنع من التعاقد	43
الفرع الأول : تعريف النظام العام	43
أولا : تعريف القديم	44

ثانيا : التعريف الحديث	44
الفرع الثاني : مصادر النظام العام	45
الفرع الثالث : مجال نظام العام	45
اولا : النظام السياسي والأخلاقي	46
ثانيا : النظام العام الاقتصادي	46
المطلب الثاني : تطبيقات النظام العام	47
الفرع الأول : الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام في القانون العام	48
اولا : الحقوق العامة	48
1-روابط القانون الدستوري	48
2-الحريات العامة	49
3-النظم الإدارية	50
4-النظم المالية للدولة	51
ثانيا : قواعد القانون الجنائي	51
الفرع الثاني :الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام في القانون الخاص	52
اولا : الاتفاقات المتعلقة بالنظام العام	52
1-الأحوال الشخصية	52
أ-الحالة المدنية	52
ب-الأهلية	53
2-المعاملات المالية	53
ثانيا : الاتفاقات المتعلقة بالآداب العامة	55
1-العلاقة الجنسية	55
2-بيوت العهارة	55
3-المقامرة	56
المبحث الثاني : منع التعاقد بنص القانون	57
المطلب الأول : منع التعاقد في القواعد العامة	57

الفرع الأول : منع التعاقد في محل غير مشروع	57
الفرع الثاني : منع التعاقد في سبب غير مشروع	59
الفرع الثالث : المنع بسبب صفة المتعاقد	59
أولا : النيابة في التعاقد	59
1-تعريف بالنيابة	59
2-شروط النيابة	63
3-أثار النيابة	63
ثانيا : تعاقد الشخص مع نفسه	64
1-في بعض الحالات منع القضاة والمحاماة من التعاقد	66
2- في بعض الحالات منع البائع من التعاقد	66
المطلب الثاني : منع التعاقد في القواعد الخاصة	68
الفرع الأول : منع الممارسات المقيدة لحرية المنافسة	68
أولا : حظر الاتفاقات المقيدة لحرية المنافسة	68
ثانيا : حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق	69
ثالثا : حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية	70
رابعا : نظرا ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا	71
الفرع الثاني : منع إبرام قروض الاستهلاك	71
أولا : تعريف قرض الاستهلاك	71
ثانيا : مخاطر قرض الاستهلاك	72
خاتمة	76
المراجع والمصادر	80
الفهرس	87