تاريخ الاستلام:2023/06/24 تاريخ القبول: 2024/07/31

دور الإرادة في التصرفات القانونية في التشريع الجزائري

The role of will in legal actions in Algerian legislation

د.همساس مسعودة *
المركز الجامعي نور البشير البيض
hemsasmessaouda@yahoo.com

د. براهيمي سهام
المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة
brahimi.sihem@yahoo.fr

ملخص:

يتناول هذا المقال الدور الذي تلعبه الإرادة في التصـرف القانوني في التشـريع الجزائري؛ إذ تعمل على إنشـائه وتحديد آثاره؛ أي بمجرد وجودها وجودًا جاداً صحيحاً معبراً عنها تعبيرًا صريحاً وضمنيًا تصبح صالحة لإحداث أثر قانوني.

وعليه فإن إرادة الأطراف هي أسـاس التصـرف القانوني وقوامه فقد عبّر عنها الفقه بمبدأ سـلطان الإرادة، إلاّ أنه مع تطور الأزمنة والقوانين بداية من القانون الروماني مرورًا بالقانون الكنسي ثم التحولات الاقتصادية الذي ميزه ظهور نظريات اقتصادية وفلسفية، إلى غاية القرن التاسع عشر الذي صدر فيه قانون نابليون، ثم القرن العشـرين الذي قدّس الفرد وكرّس له المجتمع لخدمته، ثم انتشـار المذاهب الاجتماعية الذي جعل إرادة الدولة تشـارك إرادة الأطراف ليتم تقييد مبدأ سلطان الإرادة والحد من إطلاقها.

كلمات مفتاحية: دور الإرادة.، التصرف القانوني.، مبدأ سلطان الإرادة.، تقييد مبد سلطان الإرادة.، التحولات الاقتصادية.

Abstract:

This article is the role played by the will in legal action in Algerian legislation, as it works to create it and determine its effects, that is, once it exists in a serious and correct existence, expressed explicitly and implicitly, it becomes valid to produce legal effect.

Accordingly, the will of the parties is the basis of legal disposition and its strength has been expressed by jurisprudence with the principle of the authority of the will, but with the development of times and laws, starting with Roman law through canon law and then economic transformations characterized by the emergence of economic and philosophical theories, until the nineteenth century in which the Napoleonic law was issued, then the twentieth century, which sanctified the individual and devoted society to him to serve him, and then the spread of social doctrines that made the will of the state share the will of the parties to be restricted the principle of the authority of the will and limit of its launch.

Key words: role of will., legal disposition., principle of the authority of the will., restriction of the

*المؤلف المرسل

. مقدمة:

يُؤصل فئة من الفقهاء إلى أن التصرف القانوني أحد مصادر الحق قوامه إرادة محضة مستوفية لكامل شروطها؛ تُنشئه وتُحدد آثاره، ومتى كانت موجودة وجادة فإنها تُنتج أثر قانوني وهذا التصرف يندرج ضمن العقد والإرادة المنفردة؛ فقد يصدر بإرادتين كالإيجار والبيع، وقد يصدر بإرادة واحدة كالوصية والهبة.

من هنا كان الاهتمام بالإرادة في القوانين؛ انطلاقًا من القانون الألماني الذي يرى عدم كفايتها بذاتها لإنشاء التصرف القانوني، واشترط لذلك إتباع شكلية معينة من جهة، ومن جهة أخرى تتولد آثار التصرف القانوني عن الإجراءات الشكلية التي حددها القانون، وبالتالي هذا التوجه حصر التصرف في نطاق مصدر الالتزام.

على غرار القانون الألماني الذي سارت على خطاه بعض التشريعات المقارنة؛ فإن القوانين العربية لم تتبع منهجه على أساس تأثرها بالقانون المدني المصري، حيث اكتفت بذكر أحكام التصرف القانوني بتنظيمها للعقد، وعليه فإن الأثر الذي تُحدثه إرادة المتعاقدين المتمثل في إنشاء حق أو تعديله أو انقضائه ما هو إلا نتاج عن الدور المهم الذي تلعبه في التصرف القانوني، وهذا ما سُمي فقهًا بمبدأ سلطان الإرادة[1].

لقد برزت عدة تطورات اعتنقت هذا المبدأ والتخفيف منه، بدءًا بالقانون الروماني الذي ميز بين الشكل والإرادة في العقد، فظهرت إلى جانب العقود الرضائية العقود الشكلية، ثم القانون الكنسي الذي احترم العهود والمواثيق، إلى غاية بروز نظريات اقتصادية وفلسفية في القرن الثامن عشر تمحورت حول حرية إرادة الفرد واستقلاليته وكذا تأييد قانون نابليون له[2]. ومع حلول القرن العشرين؛ سطعت تعاليم المذهب الاجتماعي بتقديس الجماعة على حساب الفرد، خاصة بعد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية للفرد بتكفلها بمن هم أضعف اجتماعياً واقتصاديًا[3].

بالرغم من التطورات التي طرأت على مبدأ سلطان الإرادة؛ لا يمكن القول بأنه زال، إنما فُرضت عليه بعض القيود قلصت من مهمته بعدما كان يُعتد به بصفة كلية، وعلى هذا الأساس يمكننا التساؤل حول مدى الاعتداد بالإرادة في التصرف القانوني؟

سنحاول تقسيم دراستنا إلى مبحثين؛ الأول يتضمن نطاق مبدأ سلطان الإرادة، أما الثاني فسنتطرق فيه إلى القيود الواردة عليه.

المبحث الأول : نطاق مبدأ سلطان الإرادة

للإرادة الحرة الصادرة من ذي أهلية، والخالية من أي عيب علاقة وطيدة بإبرام التصرفات القانونية[4]، وذلك من خلال الدور المهم الذي تلعبه في إنشائه وتحديد آثاره[5]، وبذلك يقوم القانون بتحقيق غايتها المقصودة، إذ يكون لها سلطان ذاتي من خلال كفايتها لإنشائه[6].

من هذا المنطلق سوف نعالج هذا المبحث في مطلبين؛ الأول نبين فيه دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، أما الثاني فسنُبين فيه دورها في تحديد آثاره.

المطلب الأول: دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني

تعمل الإرادة على تحرير التصرف القانوني من القيود التي فرضها عليه المشرع، فجعلت الرضا كافي وافي لإبرام العقد، من خلال توافق وتطابق الإرادتين المتمثلتين في إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر مع اتفاقهما على بنود العقد.

وعليه سوف نتعرض إلى وجهتين؛ فأما الأولى تتضمن دور الإرادة في إبرام التصرف القانوني (الفرع الأول)، وأما الثانية فتتعلق بدور الإرادة في تحديد مضمونه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دور الإرادة في إبرام التصرف القانوني

يكفي لإبرام العقد مجرد تطابق الإرادتين بأي طريقة قانونية[7]، وهذا ما يسمى بمبدأ الرضائية في العقود، إذ عرف هذا المبدأ تطورات على مر الأزمنة، انطلاقًا من القانون الروماني الذي اعتبر العقد شكلي، حيث تخضع إرادته لشكل معين، ولا يستمد صحته من موضوعه إنما من شكله، ثم القانون الجرماني الذي له نفس الرأي إضافة إلى اعتباره أن التراضي يكفي لإنشاء العقد مع وجود قواعد خُلُقية من بينها قاعدة **أن الاتفاق يغلب القانون**، إلاّ أن بعض العوامل الحديثة التي ظهرت في العصر الحديث ساهمت في استعادة الإرادة لدورها في تكوين العقد بسبب ازدهار التجارة وتطور العلاقات، إضافة إلى عوامل سياسية من خلال تدخل الدولة لحماية حقوق الأفراد.

أما المشرع الجزائري؛ فقد أوضح من خلال نص المادة 59 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري على أن أصل العقود في رضا أطرافها[8]، و كما نعلم أن لكل أصل استثناء؛ فإن استثنائها يُفرغ العقد في قالب خاص[9]؛ في حين نص المادة 60 من نفس القانون، فجاء ليوضح كيفية التعبير عن الإرادة فيكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عُرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

وعليه فقد أعطى المشرع الجزائري الحرية الكاملة لأطراف العقد للتعبير عن إرادتيهما بدون شرط أو قيد، لكن في حال نص على إفراغه في قالب خاص؛ فإن الشكلية هي من أجل إثباته[10]، ومن ثم يجوز الإثبات بأي طريق من طرقه، إذاً مادام أصل العقود الرضائية، يبقى للشكلية دور تنبيه الأطراف العقد في البحث عن الاستقرار والأمن لمعاملاتهم ولإثبات العقد. وبالتالي فإن إبرامه يخضع لمبدأ الرضائية من خلال تمتع المتعاقدين بالحرية التامة للتعبير عن إرادتيهما.

الفرع الثاني : دور الإرادة في تحديد مضمون التصرف القانوني

مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة وحدها تكفي لإبرام العقد، ومن ثم لها أن تُحدد الالتزامات العقدية، بحرية تامة لا يحدها إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة؛ فهي تُحدد حقوق المتعاقدين والتزاماتهم؛ وإرادة الفرد لا تحتاج إلى قالب خاص كما أنه مثلما للشخص الحق في التعاقد، أيضاً له الحق في الرفض؛ فهو غير مجبر على شيء لا رغبة له فيه، ويُعبر عن هذا بقاعدة الرضائية كأصل[11]، استثناءً هناك تصرفات تقتضي إفراغ العقد في شكل خاص بُغية حماية أطرافه، مما يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانًا مطلقًا، وهذا ما يُعبر عنه بشكلية التصرف القانوني.

كقاعدة عامة لأطراف العلاقة التعاقدية الحرية في تحديد مضمون التصرف القانوني وبنوده، مما يعطيه صيغة خاصة تفرضها الأحكام الخاصة به، وهو ما سعى له المشرع لتفادي تعارض مصالحهما حتى لا يختل التوازن العقدي فيُصبح طرف قوي وآخر ضعيف[12].

لقد تدخل المشرع بقواعد مكملة تضبط العلاقة العقدية؛ ففي عقد الإيجار مثلاً يضمن المؤجر للمستأجر كل العيوب الموجودة في العين المؤجرة التي تحول دون استعمالها أو تُنقص منه نقصًا محسوسًا، ماعدا العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[13].

المطلب الثاني : دور الإرادة في ترتيب آثار التصرف القانوني

للإرادة وحدها دور في إنشاء التصرف القانوني ما لم ينص القانون على شكل معين له، في المقابل لها أيضاً دور في تحديد نتائج آثاره القانونية دون تعديله، حيث يحكم المسألة مبدأين؛ مبدأ إلزامية التصرف القانوني سنتعرض له في الفرع الأول، ومبدأ نسبية آثاره سنتعرض له في الفرع الثاني.

الفرع الأول : إلزامية التصرف القانوني

يكتسب التصرف القانوني قوته الإلزامية من الإرادة الحرة؛ فهو مصدر لقوة الالتزامات الناشئة عن أطرافه وبالتالي متى كان التصرف القانوني صحيحًا مستوفيًا لكامل أركانه وشروطه خاصة إذا كان ملزم لجانبين، وجب على الأطراف تنفيذ الالتزامات المتبادلة المترتبة عليه، وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، ولا يجوز النقض أو التعديل أو الإنهاء إلا باتفاقهم[14]، وبالتالي فإن للإرادة دور فعّال في ترتيب آثار التصرف القانوني[15].

إن الأطراف ملزمين في حدود ما يُقرره القانون، ومن ثم فإن دور الإرادة يكمن في إعطائه القوة الإلزامية للتصرف القانوني، إذ يجب التقيد بما تمليه هذه الإرادة دون تدخل أجنبي إعمالاً بمبدأ سلطان الإرادة[16]؛ فقد تجلت هذه الفكرة من خلال نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري[17]؛ بمعنى إذا انعقد العقد صحيحًا مستوفيًا لكامل شروطه وأركانه يُلزم المتعاقدين القيام بالتزاماتهم على أكمل وجه وبالتالي فإن إرادة الأطراف بمثابة القانون الذي يحكم معاملاتهم.

فالقوة الملزمة للتصرف القانوني بصفة عامة ظهرت في ظل انتشار المذهب الفردي وتمجيده لإرادة الأفراد وحريتهم، متى اكتفت بإنشاء العلاقة التعاقدية بتوافق وتطابق الإرادتين، وهو ما أدى إلى جعل الإرادة حرة مستقلة مصدرًا للالتزام الناشئ عن العقد، وباعتبار هذا الأخير من صور التصرف القانوني؛ فإن القوة الملزمة للعقد على وجه الخصوص هي مبدأ وأثر سائر الالتزامات الناشئة بين الأطراف، وقد برهنت ذلك النقاشات الفقهية والنصوص التشريعية والتطبيقات القضائية[18].

وعليه نستخلص أن الإرادة وحدها أعطت للتصرف القانوني القوة الإلزامية، لذلك يتوجب على الأطراف احترامها والتقيد بما قررته طبقاً لمضمون نظرية العقد لما لها من مكانة علمية ونظرية وعملية.

الفرع الثاني : نسبية أثر التصرف القانوني

تنصرف نسبية أثر التصرف القانوني إلى أطرافه باسمهما ولحسابهما، سواء كانت العملية التعاقدية بوشرت مباشرة من الأطراف، أو بتكليف وكيل أو نائب عنهم، بل وتنصرف إلى الخلف العام وأحيانا الخلف الخاص.

فقد عبر المشرع الجزائري عن العقد من خلال ترتيبه التزامات تعاقدية تمثلت في حقوق وواجبات في ذمة أطرافه، وهذا ما يُسمى بنسبية العقد استنادًا لنص المادتين 108 و113 من ق م ج؛ فأما المادة الأولى فتنص على أنه : « ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام....»، وأما المادة الثانية فتنص على أنه : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًا».

انطلاقاً من النصين المذكورين فإن الشخص يمكنه أن يبرم عقد باسمه لمصلحة الغير؛ ففي حالة حلول إرادة شخص نائب محل إرادة شخص آخر وهو الأصيل في إنشاء التصرف القانوني؛ تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب[19]، فيعبر عن إرادة الأصيل بالتصرف والتفاوض في حدود نيابته، ومن ثم فإن آثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل[20]. كما يمكن للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسمه ولحسابه بصفته نائبًا عن الطرف المتعاقد معه، كأن يشتري شخص شيء منقول بتكليف من الطرف المتعاقد معه ببيعه، فحقوق وواجبات المشتري تنصرف للذي باشر بالتعاقد باسمه ولحسابه، وتنصرف حقوق وواجبات البائع للأصيل.

ففي حالة انصرف أثر التصرف القانوني إلى الخلف العام؛ فإن الحقوق والواجبات التي يكتسبها هذا الأخير قد تلقّاها باعتباره محل سلف، ويُلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزماً به من قبل، وعليه ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إليه مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث[21].

أما انصراف أثر التصرف القانوني للخلف الخاص[22] فيُشترط شرطين؛ فأما الشرط الأول يستوجب أن تكون الحقوق والواجبات التي رتبها التصرف من مستلزمات الشيء الذي تلقاه الخلف الخاص، بحيث لا يمكن التعرف عليها إلا بوجود الشيء، لأنها من توابعه ولا يُمكن فصلها، كعدم إمكانية تصور فصل الرهن عن الشيء المرهون[23].

وأما الشرط الثاني فيتعلق بسريان التصرف القانوني في مواجهة كافة الناس لأنه بالنسبة للغير واقعة مادية يحتج بها لمصلحته أو ضده (مبدأ نفاذ التصرف القانوني)[24]، وفي حقيقة الأمر لا يستطيع المشرع تجاهله لأن التصرف يرتب آثاره بين أطرافه، بينما بالنسبة للغير فهو مجرد واقعة قانونية نافذة في حقهم.

وبالتالي فإنه تترتب على الغير مسؤولية يتحمل تبعاتها في ظل عدم تجاهل وجوده بالرغم من أن الحقوق والواجبات من صلاحيات المتعاقدين، لكن آثارها تسري في مواجهة الجميع، مثلما هو الحال في عقد البيع لأن البائع بائعًا لكل الأشخاص ومن بينهم الغير، فعلى هذا الأخير أن يمتنع عن أي تصرف يمس بحقوق المتعاقدين، وفي الوقت ذاته مركز الغير لا يمنعه من الاحتجاج بالعقد لأنه قد يكون مصدرا للمعلومات كأن يحتج بعقد بيع محل تجاري ليتعرف على مدة الإيجار أو ما إلى غير ذلك، وقد يكون مصدرا للمسؤولية كمسؤولية متولي الرقابة على أعمال الخاضع للرقابة[25].

وفي سياق آخر هناك استثناءات عن مبدأ نسبية التصرف القانوني؛ فقد يتعهد الشخص عن الغير بحيث يلتزم المتعاقد بأن يُحمِّل الغير على هذا الالتزام بأمر معين نحو المتعاقد الثاني[26]، وقد يستفيد الغير من اشتراط المتعاقدين فيكتسب حقوقًا من علاقة تعاقدية بين شخصين ترمي لإنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث ليس طرفًا فيها (عقد لا يكن طرفاً فيه)، فيُشترط في هذا التصرف القانوني المشترط على المتعاقد معه أن يقوم بفعل شيء لفائدة طرف ثالث أجنبي وهو المنتفع، وقد يتحصل الغير كحالة استثنائية على حق مباشر من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، وذلك من خلال الدعوى المباشرة التي يقوم برفعها الدائن ضد مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه دون أن تمس المدين.

المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

استيفاء الإرادة لكامل شروطها يجعلها تُرتب آثار قانونية لأنها اتجهت لإحداثها[27]، وكما أسلفنا الذكر أنه بمطلع القرن السابع عشر وبرواج تعاليم المذهب الفردي القائمة على تقديس الفرد واستقلالية إرادته؛ أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابت ومقرر، لكن سرعان ما ظهرت عيوبه في القرن العشرين بانتشار المذهب الجماعي نتيجة تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية للأفراد، أصبح من الضروري الحد من إطلاقه وتقييده طبقاً لما جاء به التشريع والقضاء، وهذا بهدف معالجة تفاوت المراكز الاقتصادية والاجتماعية وحماية المصلحة العامة؛ فقد تبنى المشرع قيودًا كلاسيكية سنتعرض لها في المطلب الأول، لكن مواكبة منه للتطورات الاقتصادية ظهرت قيوداً حديثة سنبينُها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : القيود الكلاسيكية

تطرقنا فيما سبق إلى دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، وما لها من أهمية بالغة في إطلاق حرية الأفراد من خلال مبدأ سلطان الإرادة، وكذا دورها في تحديد الآثار، لكن هذه الغاية لم تكن لتتحقق بصفة مطلقة بسبب ظهور قيود مست هذا المبدأ من حيث تكوين التصرف وهذا ما سنتطرق له في الفرع الأول، بالإضافة إلى القيود التي مسته من حيث تحديد آثاره التي سنوضحها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : القيود المتعلقة بتكوين التصرف القانوني

هناك قيود كلاسيكية متعلقة بمرحلة تكوين التصرف القانوني، حيث مست مبدأ الرضائية من جهة فقيّدت حرية الأطراف وفرضت شكلية معينة على تصرفهم (أولاً)، ومن جهة أخرى أجبرت الأفراد القيام ببعض التصرفات (ثانياً)، كما فرضت قواعد على المجتمع المدني والمتمثلة في قواعد الآداب العامة والنظام العام (ثالثاً).

أولاً : الشكلية

استمدت إرادة الأطراف قوتها في العصور القديمة[28]، لكن مع التطورات وظهور قوانين حديثة لم تعد لهذه الإرادة الفاعلية السابقة فظهرت الشكلية كاستثناء على مبدأ الرضائية الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني الجزائري[29]، فمتى تم إفراغ الإرادة في قالب معين؛ يكون الجزاء على تخلفها باختلاف ما إذا كانت شكلية انعقاد أو إثبات[30].

أ- الكتابة الرسمية:

الكتابة الرسمية في التصرف القانوني هي ما يثبته الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، مما تلقاه من ذوي الشأن طبقًا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، وعليه فالفرق بين التصرف القانوني والورقة الرسمية، قد يكون الأول صحيح والثانية غير صحيحة أو العكس[31].

يستلزم العقد الرسمي شروط تكسبه المصداقية:

- شرط يتعلق بمحرر العقد، إذ يجب أن يُحرر من طرف موظف[32] أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو ضابط عمومي.
- شرط يتعلق بالاختصاص الإقليمي والنوعي، حيث يتقيد بحدود اختصاصه من حيث الموضوع والإقليم.
- شرط يتعلق بالأشكال القانونية، حيث يُشترط الشكل المفروض قانونًا في التحرير، ومتى تخلف كان العقد منعدم، إلا في حالة إغفال بعض الأشكال[33].

ب- الكتابة العرفية:

يتولى المتعاقدان الكتابة العرفية بنفسيهما، بشرط تكون بخط اليد والتوقيع إلاّ أن المشرع اكتفى بشرط واحد أو التوقيع أو البصمة؛ فالتوقيع علامة مميزة لصاحبها تكون بكتابة اسمه ولقبه حتى يُعبر عن قبوله بما ورد في المحرر، وفي حالة إذا تم إبرام التصرف القانوني من جانب واحد فتوقيع المدين وحده كافيًا، ويمكن أن يكون التوقيع بالبصمة في حالة تعذر التوقيع الكتابي، كالتوقيع الصادر من الأشخاص الأميين، ونظراً للتطور التكنولوجي فقد أقر المشرع التوقيع الالكتروني، إذ اعتمده في المعاملات الالكترونية[34] على غرار التشريعات المقارنة[35].

أشرفت النصوص القانونية على تنظيم التوقيع الإلكتروني بعناصر ثلاثة؛ أولها الأرقام أو الرموز أو أي علامات أخرى، ثم اقترانها بالمحرر الإلكتروني، ثم تمييز الشخص عن غيره؛ فهي تفيد في تبيان قبوله لما ورد في المحرر، إلا أن هذا التوقيع نادر الاستعمال لأنه سهّل التزوير كأن يوضع على قرص مضغوط وبالتالي يسهُل استعماله.

ثانيًا: التصرف الإجباري

إذا كانت الشكلية مست مبدأ سلطان الإرادة، سواء كانت شكلية مباشرة أو غير مباشرة؛ فإنه أيضاً ظهرت قيود أخرى مست إبرام التصرف القانوني تتعلق بإجباريته إذ هناك بعض التصرفات الملزمة على الأفراد[36]، فقد يُجبر بعض الأشخاص على بيع سلع عن طريق التعاقد الإلكتروني وذلك بعرضها عبر وسائل التواصل الالكترونية، كذلك عقد التأمين الإلزامي الذي يشمل كل أنواع التأمين، حيث تلزم

الدولة الأفراد والهيئات بإبرامها كالتأمين على الأمراض، إصابات العمل، والتأمين الإجباري للمؤسسات التعليمية والرياضية والنشاطات الطبية وضد حوادث السيارات إلى غير ذلك[37].

ثالثاً: قواعد النظام العام والآداب العامة:

النظام العام مجموعة من المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية تتغير مع تغيير الظروف، تهدف إلى سير المصلحة العامة وعلاقات الأفراد إذ لا مجال لمخالفته، إضافة إلى مجموعة من القواعد الخلقية التي يلتزم بها الأفراد في مدة ومكان معينين، مصدرها الدين والعرف والتقاليد[38].

من هذا المنطلق فإن النظام العام يُقيّد التصرفات القانونية فيتدخل لتحديد مضمونه، وخير مثال على ذلك بيع واقتناء وحيازة وصنع العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة والمتفجرات[39]، أيضا يحل محل أطراف بعض التصرفات كعقد الزواج[40].

الفرع الثاني :القيود المتعلقة بآثار التصرف القانوني

كما رأينا أن المشرع فرض قيود كلاسيكية تعلقت بمرحلة تكوين التصرف القانوني ففرض أيضاً قيوداً تتعلق بمرحلة ترتيب آثاره لها صلة وطيدة بالقيود الواردة على القوة الملزمة له (أولاً)، وكذا القيود الواردة على نسبيته (ثانياً).

أولاً : القيود الواردة على القوة الملزمة للتصرف القانوني

وجوبًا لما تحدده الإرادة لتنفيذ التصرفات القانونية أو نتيجة لظرف استثنائي لاحق على تكوينه كظرف طارئ أو تعديله كحالة عقد الإذعان، وبهدف إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية؛ اتجهت بعض القوانين لإعطاء القاضي سلطة تعديل التصرف، سنكتفي بدراسة هاتين الحالتين.

أ- تعديل القاضي للتصرف القانوني في حالة الظروف الطارئة:

نظرية الظروف الطارئة هي افتراض لوقوع حادث مفاجئ غير متوقع أثناء تنفيذ التصرف القانوني، فيتسبب في خسارة المدين خسارة فادحة ويصبح التنفيذ مرهقًا، مما يتعارض مع نوايا المتعاقدين، فلو علموا بما سيحدث مستقبلاً لما أبرموا التصرف القانوني، وعليه جاز للقاضي بعد النظر في إعادة التوازن العقدي بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[41]، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[42].

ب- تعديل القاضي للتصرف القانوني في حالة عقد الإذعان

في سياق آخر، واستنادًا لما تفرضه الظروف الاقتصادية نظراً لاتساع نشاطها وظهور مشاريع احتكارية؛ أصبح لأحد المتعاقدين سلطة على الآخر بفرض شروط تعسفية تمنحه احتكار السلعة أو الخدمة احتكاراً قانونيًا أو فعليًاً، فما على الطرف الضعيف إلا أن يقبل بالمشروع أو يرفضه ولا مجال للنقاش فيه، كالتعاقد مع شركات الكهرباء والغاز باعتبارها الطرف القوي، فيجوز للقاضي تعديلها لمصلحة الطرف المذعن، حتى وأنه يمكنه أن يعفيه منها في حالة ما كانت بالغة التعسف[43].

ثانياً : القيود الواردة على نسبية للتصرف القانوني

كقاعدة عامة لا ينصرف التصرف القانوني إلاّ لأطرافه، فلا ينفع الغير ولا يضرهم، أي لا يرتب التزامًا في ذممهم؛ لكن استثناءً ونظرًا لانتشار نظام التأمين وكذا مبدأ نسبية التصرف القانوني، قد يُمنح للغير حق التعاقد باسمه لمصلحة الغير من خلال ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة.

أ- الاشتراط لمصلحة الغير :

تنتمي مسألة الاشتراط لمصلحة الغير لقاعدة نسبية أثر التصرف القانوني، حيث تدرج تطورها ضمن مراحل بدأت بمرحلة صدور القانون الروماني مروراً بالقانون نابليون، إلى غاية بعض الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية تحت ضغط الحاجات العملية[44].

يشترط أحد أطراف التصرف القانوني ويدعى المشترط على المتعاقد معه؛ أي المتعهد أن يقوم بأداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي[45]، واشترط أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المستفيد، بحيث تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، وكذا وجود مصلحة للمشترط[46].

كما أن هذه المسألة ترتب آثارًا في علاقة المشترط بالمتعهد في الوفاء بالتزاماتهما، وفي حالة لم يتم الوفاء؛ يُمكن المطالبة بالتنفيذ، أو المطالبة بالفسخ، فيعود الطرفان إلى حالتهما التي كانا عليها قبل التعاقد، ليتحلل المشترط من التزاماته ويزول حق المستفيد.

أيضاً الأثر المترتب عن العلاقة بين المشترط بالمستفيد والتي ترتكز على قصد المشترط من اشتراطه، وكذا الأثر المترتب على علاقة المتعهد بالمستفيد باعتبار أن لهذا الأخير حق شخصي يُجبر به المتعهد بالوفاء لما التزم به كما أن هذا الحق يمنع دائني المشترط من المطالبة بأي حق لهم، أما دائني المتعهد فيتزاحمون مع المستفيد للتنفيذ على أموال المتعهد.

ب- الدعوى المباشرة :

تُعتبر الدعوى المباشرة أحد الاستثناءات التي خرجت عن القاعدة العامة لانصراف أثر التصرف إلى الغير، وباعتبارها أحد النظم القانونية التي تكفل حق الدائن في التنفيذ؛ أقرها المشرع في بعض الحالات لحماية الدائن حماية خاصة، حيث يرجع بها على مدين مدينه باسمه ولحسابه الخاص[47] ليطلب الوفاء بما هو مستحق في ذمة المدين، ويكون ضمان من خطر إعسار مدينه ومزاحمة دائنيه[48].

من بين تطبيقات الدعوى المباشرة رجوع الموكل مباشرة على نائب الوكيل وهو ما نصت عليه المادة 580 من ق م ج، أيضا حق المضرور في عقد التأمين لمباشرة دعوى ضد شركة التأمين بما في ذمتها للمؤمن له حسب نص المادة 619 من نفس القانون.

المطلب الثاني : القيود الحديثة

تشهد المبادلات الاقتصادية في عصرنا اليوم تطوراً في شتى المجالات بسبب المستجدات التي طرأت عليها بسبب التطور التكنولوجي، فلم يعد الاستغناء عنها بالأمر السهل، حيث صارت جزء لا يتجزأ من حياتنا مما أدى إلى تنوع التصرفات التي يبرمها الأفراد واتساع مجال العقود، وهو ما أدى إلى ظهور الفرق بين طائفتين، طائفة المحترفين وطائفة المستهلكين، نتج عنه اختلال في التوازن العقدي، حيث اضطر المشرع لإدراك هذا الخلل وسن تشريعات لحماية المستهلك[49] وتقييد حرية وإرادة الأطراف، فمنها تشريعات تحمي المستهلك في تكوين التصرف (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بآثار التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول : آليات حماية المستهلك خلال تكوين التصرف القانوني

في ظل استغلال الطرف الضعيف في التصرف القانوني؛ تم استدراك ذلك تشريعيًا لتجاوز الخلل العقدي[50] من خلال عودة الشكلية لردع تجاوزات الطرف القوي، وإطلاع المستهلك على وثيقة تسبق العقد.

أولاً : الشكلية كآلية لحماية المستهلك

ينجم عن مساوئ مبدأ سلطان الإرادة تضرر أطراف العقد؛ فبإمكانهم التسرع في إبرامه، وعدم أخذ الحيطة والحذر من سوء نية المتعاقد معه بسبب تضليله مما يؤدي إلى نزاعات بينهما، لذلك أدى اللجوء إلى الشكلية في بعض التصرفات كآلية حمائية، فعلى سبيل المثال تنبيه المتعاقدين في التصرفات الواردة على العقار نظراً لخطورتها وأهميتها[51].

لقد ألزم القانون شرط الكتابة في بعض التصرفات، لكن في حالات أخرى اشترطها للصحة مهما كانت قيمة التصرف، فأوجب أن تحتوي على بيانات مكتوبة بخط يد المستهلك، وفي حالة التخلف عنها رتب القانون عقوبات أهمها قابلية العقد للإبطال لمصلحة المستهلك؛ فهذا الجزاء بمثابة حماية للطرف الضعيف في العقد، والشكلية هنا حمائية جزئية مكملة للموضوع، بالإضافة إلى أنها تعمل على إخطار الغير عن العقد بخطورة التصرف لتوخي حدوث نزاع[52].

ثانياً : إطلاع المستهلك على الشروط كآلية لحماية المستهلك

من أجل تحقيق التوازن العقدي؛ اشترط المشرع في بعض الحالات تحديد مسبق لمضمون بعض العقود، على غرار التشريعات التي قبلت حق المستهلك في العدول، حيث اشتُرط اطلاعه على وثيقة تبني العقد في مجمله، مهمتها إبقائه محرراً من قبل السلطات العامة بطريق قواعد آمرة أو بطريق التفاوض الجماعي من خلال قوانين وتنظيمات واتفاقات جماعية.

أ- تحرير العقد بقواعد آمرة :

تدخل المشرع بهدف حماية الطرف الضعيف من خلال فرض قواعد آمرة تقوم بتحديد التزامات الأطراف مسبقًا، حيث اشترط في بعض التصرفات إجراءات خاصة حتى ينعقد العقد بصفة نهائية ويكون للمستهلك فرصة حق العدول، من خلال اطلاعه على وثيقة عرض تسبق العقد[53].

وعليه فإن المشرع تولى تنظيم بعض التصرفات بنصوص آمرة تُجنب الطرف الضعيف تعسف الطرف القوي، ففرضت شروط وأبطلت أخرى لتحل محل إرادة الأطراف ولو بشكل جزئي، ومن بين هذه العقود عقد الإيجار، عقد البيع، عقد التأمين...إلخ.

ب- التفاوض :

بفرض شروط تعسفية على المستهلك بالإذعان المشروط عليه من المحترفين؛ فإن الجمعيات والنقابات العمالية تتفاوض فيما بينها بشأن حماية الطرف المذعن، وحصوله على شروط أكثر توازنًا من خلال الاتفاق الجماعي لمضمون العقود الفردية، وعليه فقوة الحماية النقابية تحل محل ضعف المستهلك لأنها تلعب دوراً مهمًا للوقاية من هذه البنود التعسفية وإزالتها بهدف المساواة بين أطراف التصرف، نذكر على سبيل المثال فكرة الأستاذ بيل من خلال تقنية الاتفاقات الجماعية بين قانون الاستهلاك وقانون العمل[54].

الفرع الثاني : آليات حماية المستهلك من حيث آثار التصرف القانوني

بسبب الضغوطات الممارسة على الطرف الضعيف في التصرف القانوني؛ عمدت التشريعات إلى وضع حد لهذه الممارسات من خلال تمكين المذعن ممارسة حريته في التعاقد، حيث أكسبته حق الرجوع ورفض التعاقد؛ أي حق الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج.

أولاً : رفض التعاقد وحق العدول عنه

بعيدًا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومدى قيمته القانونية؛ منح التشريع للمستهلك حق التراجع عنه لأسباب خاصة، حيث يمكن له بعد إبرام العقد وفي مهلة محددة أن يرجع عن التعاقد بإرادته المنفردة في ظل حماية تشريعية وخوفًا عليه من أخذ قرار التعاقد تحت تأثير قلة خبرته وإغراءات المحترفين ووسائل الإعلان الموجه للجمهور[55].

وقد تنوعت مجالات هذا الحق بتقنين المشرع الفرنسي نذكر منها قانون التعليم بالمراسلة المؤرخ في : 1971/07/12، كذلك المرسوم رقم : 2001/741 الذي يقر حق البيع عن بعد والذي أضيف إلى قانون الاستهلاك.

ثانياً : حق العدول على متدخل في عملية عرض المنتوج

رفض التعاقد له أساسيات وعناصر؛ فالأساسيات تُعطي للمتعاقد الحق في حظر رفض البيع ولا يمكن للمشتري أن يبرم عقدا معه ما دام لا يود الطرف الآخر البيع (متى انعدم الإيجاب ينعدم القبول)، وأما العناصر فتنطوي تحت عناصر تساهم في تكوين الرفض للتعاقد من خلال إلزامية الرفض فعليًا يجعل من العقد مستحيلاً، أيضاً توجيه رفض أداء الخدمة للمستهلك[56].

وعليه وفي حالة تعاقد المستهلك مع تاجر وإلحاقه ضرر من هذا المنتوج الذي اقتناه؛ له أن يرجع على التاجر على أساس مسؤولية عقدية استنادا للعقد المبرم بينهما، أما التاجر فله حق العودة على المنتج، لأن المستهلك لا يستطيع فعل هذا، استناداً لمبدأ الأثر النسبي للعقد باعتبار المنتج بيد الغير ولا تربطه أي علاقة عقدية مع المستهلك، لذلك لهذا الأخير الحق في الرجوع على أي متدخل في عرض خدمته سواء كان تاجرًا أو منتجًا.

الخاتمة :

وكخاتمة لمقالنا المتضمن دور الإرادة في التصرف القانون في التشريع الجزائري نستخلص أنها مصدراً منشأ للتصرف؛ فهي قوامه وجوهره، حيث برز دورها في تكوينه من خلال تبيان الشروط اللازمة في الإرادة حتى تحدد آثاره، وقد تجلى من خلال تحكم الإرادة في توسع نطاق مبدأ سلطان الإرادة أصل القواعد الكلية التي تُسير مرحلة التكوين ومرحلة تحديد الآثار.

لقد بيّنا أن مبدأ سلطان الإرادة فصل في مرحلة إبرام التصرف القانوني فأصبح القاعدة العامة، إذ بمجرد توافق وتطابق إرادتي الأطراف ينشأ العقد بأي وسيلة بكل حرية دون قيود تتطلب شكل معين، ثم تُحدد حقوق الأطراف والتزاماتهم بحيث لا يمكن للقاضي التدخل في شؤونهم أو دخول شخص أجنبي. ولم يقتصر دور الإرادة في تكوين التصرف بل تعدت ذلك لتحدد الآثار بمبدأي القوة الملزمة للتصرف القانوني ونسبيته.

كذلك أبرزنا النقائص الناتجة عن المذاهب الفردية والتي أسفرت عن انتشار المذاهب الجماعية وتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية للأفراد، حيث أدى إلى الحد من إطلاق حرية إرادة الأطراف من خلال فرض قيود كلاسيكية مست مرحلة التكوين بفرض الشكلية المتطلبة للانعقاد في بعض التصرفات، وكذا تحقيق المصلحة العامة من خلال إجبار الأفراد على إبرام عقود معينة تحت طائلة العقوبات المدنية والجزائية، وقواعد النظام العام. إضافة تقييد الآثار من خلال تقييد مبدأي القوة الملزمة للتصرف القانوني الذي تجلى في حالة ظهور حادث استثنائي يرهق تنفيذ العقد، أو ما تعلق بعقود الإذعان ثم تقيد مبدأ نسبيته، بالاشتراط لمصلحة الغير وكذا ضمان الدائن في استيفاء حقه مباشرة بمدين مدينة من خلال الدعوى المباشرة.

كما ظهرت بعدها قيود حديثة نتيجة التطورات التكنولوجية لعبت الدور الأهم في حماية المستهلك؛ فقد نتج عنها الفرق بين طائفة المحترفين والمستهلكين، لتعود الشكلية كشرط لكتابة التصرف ووثيقة مسبقة للعقد توضح شروطه وبنوده حماية للطرف المذعن فيه، كما حماه المشرع بمنحه حق العدول عن التعاقد في حالة رفضه لبنود العقد من خلال هذه الوثيقة، وكذا حق الرجوع على كل متدخل في عرض المنتوج.

وعليه توصلنا إلى النتائج التالية :

- لعبت الإرادة دوراً مهماً وهو ما نتج عنه كثرة العلاقات التعاقدية؛ فهي التي تُنشئ التصرف القانوني ثم ترتب آثاره.
- لقد بررت القيود المفروضة من طرف المشرع الأساس القانوني لحماية إرادة الأطراف، سواء كانت هذه القيود تقليدية أو حديثة؛ فهي بمثابة وسائل حماية خاصة للطرف المذعن في العقد.
- وضع المشرع قيد لبعض التصرفات وجعلها تخضع لإجراءات الشكلية بغرض ضمان احترامها، كعدم انتقال الملكية في التصرفات التي تتطلب شهرها وتسجيلها.

- يُعتبر النظام العام قيد أساسي وضمان عام يحمي إرادة الأطراف وهو ما تجلى في حماية المستهلك.
- فرض المشرع وثيقة تسبق مرحلة إبرام بعض التصرفات القانونية وهو ما أعطى للمستهلك فرصة الاطلاع على شروط العقد، وفي نفس الوقت ردع الطرف المذعِن الذي استقوى على الطرف الضعيف بفرضه شروط تعسفية.

كما يُمكننا طرح بعض التوصيات :

- من الضروري توفير وسائل الاتصال خاصة مع التطورات التكنولوجية الحديثة على وجه الخصوص استعمالات الذكاء الاصطناعي.
- ضرورة ربط حرية التعاقد مع مبادئ استقرار المعاملات للحفاظ على التوازن العقدي.
- ضرورة التوفيق بين مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه.
- أبرز تدخل المشرع لتقييد الإرادة تحقيق المصلحة العامة وإجبار الأطراف على صب العقود في قالب خاص لبعض التصرفات، فهو بمثابة حماية لمصلحة المتعاملين.
- ضرورة وضع قانون خاص يُنظِّم شكلية جميع التصرفات القانونية في باب خاص بها حتى يتم التمييز بين العقود وإفراغ كل تصرف في قالب خاص.
- ضرورة وضع قانون خاص يُنظِّم المعاملات الالكترونية بصفة خاصة في ظل التحولات الاقتصادية.
- ضرورة التنسيق وتوحيد النصوص القانونية لتفادي المشاكل التي تُعطّل المعاملات خاصة ما تعلّق بالشهر العقاري والتسجيل.

التهميش :

[1] شوقي بناسي، **نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري**، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، ص 580.

[2] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 156.

[3] علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص.ص 51-53.

[4] بوفلجة عبد الرحمان، **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة تخرج في مقتضيات نيل شهادة الماجستير في القانون المدني الجزائري، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008/2007، ص 14.

[5] محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 43.

[6] لقد تضمنت معظم القوانين حرية الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني، حيث نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن :« الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمبرمها »، أما المادة 106 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على أن : « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون»، ويطابقها نص المادة 147 من القانون المدني المصري.

[7] العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الجزء الأول، بدون طبعة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 45. أيضًا محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45، أيضاً عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، الطبعة الثانية، 1965، ص 261.

[8] تضمنت المادة 59 من القانون المدني الجزائري ما يلي: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين».

[9] تضمنت المادة النص التالي :« يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين»

[10] لأكثر توضيح؛ فإن التطورات الاقتصادية عبد العصور ساهمت في تراجع الرضائية وظهور صور مختلفة الشكلية، فقد تكون إما شكلية انعقاد بحيث يتوجب وجودها لانعقاد العقد، فتتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني كركن من أركانه إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ويترتب على عدمها البطلان المطلق له، أما الشكلية الغير مباشرة؛ فيكتفي فيها المشرع بفرض إجراءات للتصرف القانوني، إما سابقة له أو تلحقه، فقد تحد من فعاليته ونفاذه دون أن تؤثر في صحته. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 310.

[11] عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سبق ذكره، ص 261.

[12] حسن كيزة، **المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 683.

[13] المادة 488 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78 في 1975/09/30، معدل ومتمم.

[14] علي فيلالي، مرجع سبق ذكره، ص 311.

[15] علاق عبد القادر، **أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها**، مذكرة تخرج لمقتضيات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006، ص07.

[16] محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، عنابة، الجزائر، ص130.

[17] جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري : « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون»

[18] علاق عبد القادر، مرجع سبق ذكره، ص 08.

[19] علي فيلالي، مرجع سبق ذكره، ص 398.

[20] نصت المادة 74 من القانون المدني الجزائري على أنه : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، و التزامات يضاف إلى الأصيل» .

[21] نص المادة 108 من القانون المدني الجزائري.

[22] الخلف الخاص هو الشخص الذي يخلف غيره في شيء معين انتقل إليه، قد يكون هذا الشيء إما حق عيني، أو حق شخصي وفي هذه الحالة يقتصر الحق الشخصي على تقرير حق في ذمة المدين لصالح الدائن، بينما في وضعية الخلف الخاص فينتقل الشيء وما يترتب عليه، إضافة إلى أن الخلف الخاص يمكن أن يخلف غيره في شيء مادي أو غير مادي.

[23] يجب أن يعلم الخلف الخاص بمستلزمات الشيء علماً حقيقيًا وقت انتقاله إليه، لأنه إذا كان علمه حكميًا لا تنصرف إليه الآثار.

[24] لتوضيح أكثر فإن للغير عدة مفاهيم؛ فهناك الغير الأجنبي عن العقد أي لم يكن طرفًا فيه ولم يُبرم لا باسمه ولا لحسابه، وبالتالي فإن الوكيل أو النائب هما من الغير لأنهما لم تتوفر فيهما الشروط، ويكون أجنبي عن المتعاقدين أي أنه ليس من الخلف العام أو الخاص لأطراف العقد، كالوارث الذي قام بالتصرفات التي قام بها المورث في مرض الموت، وهناك كذلك الدائنون العاديون استناداً لنص المادة 188 ق م ج: « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» ، إضافة إلى رأي الفقهاء؛ فهناك من يعتبرهم خلف عام لأنهما يتأثرا بتصرفات السلف أو المدين، ومنهم من يعتبرهم خلف خاص لأن المدين على قيد الحياة وبالتالي الحقوق مستحقة الوفاء، لكن الصواب هو أنه لا يمكن اعتبار الغير لا من الخلف الخاص ولا من الخلف العام بسبب الخلط بين نفاذ العقد ونسبية آثاره، وقد وضح ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 191 من نفس القانون حيث أعطى للدائن الحق في رفع دعوى عدم نفاذ ضد التصرفات القانونية التي أنقصت حقوق المدين وزادت من التزاماته، وبالتالي هي دعوى مقررة لصالح الغير. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 410.

[25] تنص المادة 134 من نفس القانون : «كل من يجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية» .

[26] تضمنت المادة النص التالي :« يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين»

[27] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 553.

[28] بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سبق ذكره، ص 54.

[29] جاء في المادة 59 من القانون المدني الجزائري : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية »

[30] لقد عُرّف التعهد عن الغير من طرف كتّاب القانون وشُرّاحه أبرزهم : فريدة زواوي، محمد صبري سعدي، العربي بلحاج، علي علي سليمان. علي فيلالي، مرجع سبق ذكره، ص 413. علي فيلالي، مرجع سبق ذكره، ص 294.

[31] حشود نسيمة، **الشكلية في البيع العقاري**، رسالة ماجيستر، الجزائر، 2003.

[32] الموظف العام حسب نص المادة 04 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة المؤرخ في 2006/07/15، ج ر عدد46 على أنه : يعتبر موظفًا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة السلم الإداري.

[33] نصت الفقرة الثانية من المادة 326 من القانون المدني الجزائري على أنه : « يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعًا من قبل الأطراف ».

[34] وقع المشرع الجزائري على التوقيع الالكتروني في المادة 02 من القانون رقم 04/15 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بتاريخ 2015/02/01، ج ر عدد 06 الصادرة بتاريخ 2015/02/10 حيث تنص على أنه : «كل شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني و يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ».

[35] اهتمت جل التشريعات الحديثة بحماية رضا وإرادة المتعاقد الالكتروني، حيث اعترفت له بضرورة تعامله عبر الدعائم الالكترونية ففي سنة 2016 اعترف المشرع الفرنسي بحماية إرادة المستهلك المتعاقد الكترونيًا بأحكام إضافية وأخرى ذكرها في قانون الاستهلاك ضمن الفصل الرابع تحت عنوان "تكوين العقد"، إذ أكدت المادة 1125 على احتواء الوسيلة الالكترونية بنودًا تعاقدية أو معلومات حول السلع والخدمات وهذا نصها :

Art 1125 : l'ordonnance n° 1016 – 131 DU Février 2016 portant réforme du droits des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 0035 du 11 Février 2016.

نقلا عن زبيري بن قويدر، **أدلة الإثبات الحديثة في المواد المدنية، البصمة الوراثية والتوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 85.

[36] شوقي بناسي، مرجع سبق ذكره، ص 585.

[37] مريم عمارة تحت إشراف مولود ديدان، **مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص 35.

[38] بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سبق ذكره، ص 68.

[39] المادة الأولى من المرسوم رقم : 85/63 المؤرخ في : 1963/03/16، المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع والمتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات، جريدة رسمية عدد 4.

[40] حسن كيزة، مرجع سبق ذكره، ص 684.

[41] تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق م ج على أنه : «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف الطارئة وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ».

[42] حسن كيزة، نفس المرجع، ص 684.

[43] نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدُل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقًا لما تقضي به العدالة و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ».

[44] محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981، ص 101.محمد صبري السعدي، مرجع سبق ذكره، ص 403.

[45] علي فيلالي، مرجع سبق ذكره، ص.ص 416-417.

[46] نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في المواد من 116 إلى 118 من ق م ج.

[47] محمد حسنين، مرجع سبق ذكره، ص 279.

[48] شوقي بناسي، مرجع سبق ذكره، ص 587.

[49] تم إلغاء القانون رقم 89-02 المؤرخ في : 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[50] زبيري بن قويدر، **حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث التعديلات القانون الجزائري والمقارن)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 19.

[51] زبيري بن قويدر، نفس المرجع، ص.ص 41-42.

[52] شوقي بناسي، مرجع سبق ذكره، ص 590.

[53] حيث نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في عقود القرض الاستهلاكي على أنه : «يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة و مدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه و كذا شروط تنفيذ العقد»، أما المادة 07 من نفس المرسوم فأكدت ذلك.

[54] خديجة فاضل، **اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل**، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص 2021، تاريخ الاستلام : 2021/10/14، تاريخ القبول : 2021/10/26، تاريخ النشر : ديسمبر 2021، ص 312.

[55] غزالي محمد ضياء الدين، بن شنوف فيروز، **مبدأ سلطان الإرادة في ظل التحولات الاقتصادية**، مجلة القانون، المجلد 11، العدد 01، تاريخ الاستلام : 2022/05/10، تاريخ القبول : 2022/06/14، تاريخ النشر : 2022/06/30، ص 146.

[56] زبيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سبق ذكره، ص 50.

قائمة المراجع:

- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الجزء الأول، بدون طبعة، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1999.

- حسن كيزة، **المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

- زبيري بن قويدر، **أدلة الإثبات الحديثة في المواد المدنية، البصمة الوراثية والتوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

- زبيري بن قويدر، **حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث التعديلات القانون الجزائري والمقارن)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

- شوقي بناسي، **نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري**، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر.

- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، الطبعة الثانية، 1965.

- علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد**، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.

- محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق**، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، عنابة، الجزائر.

- محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1981.

- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة**، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

- مريم عمارة تحت إشراف مولود ديدان، **مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري**، دار بلقيس للنشر، الجزائر.

- بوفلجة عبد الرحمان، **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري**، رسالة تخرج في مقتضيات نيل شهادة الماجستير في القانون المدني الجزائري، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008/2007.

- حشود نسيمة، **الشكلية في البيع العقاري**، رسالة ماجيستر، الجزائر، 2003.

- علاق عبد القادر، **أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها**، مذكرة تخرج لمقتضيات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.

- خديجة فاضل، **اتفاقية العمل الجماعية مصدر لقانون العمل**، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 35، عدد خاص 2021، تاريخ الاستلام : 2021/10/14، تاريخ القبول : 2021/10/26، تاريخ النشر : ديسمبر 2021.

- غزالي محمد ضياء الدين، بن شنوف فيروز، **مبدأ سلطان الإرادة في ظل التحولات الاقتصادية**، مجلة القانون، المجلد 11، العدد 01، تاريخ الاستلام : 2022/05/10، تاريخ القبول : 2022/06/14، تاريخ النشر : 2022/06/30.

- المرسوم رقم 85/63 في 1963/03/16، المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع والمتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات، جريدة رسمية عدد 4.

- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78 في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

- الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة المؤرخ في 2006/07/15، ج ر عدد46.

- القانون رقم 04/15 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بتاريخ 2015/02/01، ج ر عدد 06 الصادرة بتاريخ 2015/02/10.

-l'ordonnance n° 1016 – 131 DU Février 2016 portant réforme du droits des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 0035 du 11 Février 2016.